
Kommentar

Richter am LG Professor Dr. Kai Ambos, Göttingen*

Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker(straf)recht

I. Keine Anklage wegen Luftangriff in Kunduz, Afghanistan

Die Bundesanwaltschaft hat das Ermittlungsverfahren gegen Oberst *Klein* und Hauptfeldwebel *Wilhelm* wegen des Luftangriffs vom 4. 9. 2009 in der Nähe von Kunduz (Nordafghanistan) am 16. 4. 2010 gem. § 170 II StPO eingestellt, weil nach ihrer Ansicht im Ergebnis weder die Vorschriften des Völkerstrafgesetzbuchs (VStGB) noch die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs erfüllt sind (Presseerklärung 8/2010 v. 19. 4. 2010; abrufbar unter <www.bundesanwaltschaft.de>). Die Entscheidung ist vertretbar, wenn man von dem von der Bundesanwaltschaft unterstellten Sachverhalt ausgeht; das Ermittlungsergebnis ist für einen Außenstehenden aber kaum nachvollziehbar (II). In rechtlicher Hinsicht enthält die Entscheidung wichtige Klarstellungen zur Art des Konflikts in Afghanistan (III) sowie zur Strafbarkeit nach VStGB (IV) und StGB (V), lässt aber auch wichtige Fragen unbeantwortet.

II. Das entscheidende Ermittlungsergebnis: Keine Kenntnis von der Anwesenheit von Zivilisten am Tatort

1. Die Bundesanwaltschaft erklärt, dass „die Beschuldigten schon nicht davon ausgegangen (sind), dass sich zum Zeitpunkt des Luftangriffs Zivilisten auf der Sandbank des Kunduz-Flusses aufhielten. Diese Frage war Gegenstand der Erörterungen des etwa eineinhalbstündigen Entscheidungsprozesses bis zum Bombenabwurf. Nach Ausschöpfung der ihnen in der konkreten militärischen Lage zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten hatten die Beschuldigten keine Hinweise auf die Anwesenheit von Zivilisten. Vielmehr konnten sie nach gewissenhafter und immer wieder aktualisierter Prüfung aller ihnen zum Geschehensablauf bekannten Fakten und Umstände annehmen, dass ausschließlich Aufständische vor Ort waren.“ (Presseerklärung v. 19. 4. 2010 unter Nr. 2). Oberst *Klein* habe „keine ihm gebotene und praktikable Aufklärung unterlassen. Nach Ausschöpfung aller ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen war in der konkreten zeitkritischen militärischen Situation vielmehr

eine weitere Aufklärung nicht möglich, so dass er nach den ihm vorliegenden Informationen nicht mit der Anwesenheit geschützter Zivilisten rechnen musste.“ (Presseerklärung unter Nr. 5 b). Damit ist die von der Bundesanwaltschaft vertretene, hier so genannte *subjektive Lösung* vorgezeichnet: Die Beschuldigten konnten die Tötung bzw. Verletzung von Zivilisten aus der entscheidenden Tatzeitperspektive weder sicher erwarten (§ 11 I Nr. 3 VStGB, dazu unter IV) noch auch nur voraussehen (§ 222 StGB, dazu unter V), so dass ihnen weder ein Vorsatz- noch ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann.

2. Diese tatsächlichen Annahmen geben jedoch zu erheblichen *Zweifeln* Anlass. Zunächst beruhen sie nur auf schriftlichen militärischen Unterlagen, die zum überwiegenden Teil als geheime Verschlussache eingestuft wurden (Presseerklärung v. 19. 4. 2010 vor Nr. 1), sowie auf Vernehmungen der Beschuldigten und der in der Kommandozentrale zum Zeitpunkt diensthabenden deutschen Soldaten. Diese Quellen sind der Öffentlichkeit nicht zugänglich, bisher hat nicht einmal die Nebenklage Akteneinsicht erhalten. Ermittlungen vor Ort konnten nicht durchgeführt werden, weshalb unter anderem die genaue Zahl der Opfer des Luftangriffs nicht aufgeklärt werden konnte, „insbesondere weil der Einsatz moderner gerichtsmedizinischer Untersuchungen einschließlich notwendiger Exhumierungen und Obduktionen zur Überprüfung von Zeugenaussagen angesichts der gesellschaftlichen und religiösen Gegebenheiten in Afghanistan ausgeschlossen ist“ (Presseerklärung unter Nr. 8). Eine realistische Nachstellung des Tatgeschehens, mit der in solchen Fällen (etwa bei den zu einer Putativnotwehr führenden „Checkpoint-Fällen“) die Ermittlungsdefizite bis zu einem gewissen Maß kompensiert werden können, ist nicht erfolgt. Weitere Vernehmungen, etwa der US-Bomberpiloten (die mehrfach vor dem Angriff gewarnt haben sollen, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,665331,00.html>),

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und internationales Strafrecht der Georg-August-Universität Göttingen. Er dankt seiner Mitarbeiterin *Stefanie Bock* für wertvolle Anregungen.

wurden nicht durchgeführt, weil man sich davon keine weiterführenden Erkenntnisse versprochen hat. Wie dem auch sei, das Ermittlungsergebnis ist wegen der Unzugänglichkeit seiner Quellen für Außenstehende nicht nachvollziehbar und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass spätere Erkenntnisse die – immer mögliche (Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl. [2009], § 170 Rdnr. 9) – Wiederaufnahme des Ermittlungsverfahrens notwendig machen.

III. Nichtinternationaler bewaffneter Konflikt

1. Die Bundesanwaltschaft geht von einem „nichtinternationalen bewaffneten Konflikt im Sinne des Völkerstrafrechts“ mit den Bundeswehrsoldaten als „reguläre(n) Kombattanten“ aus (Presseerklärung v. 19. 4. 2010 unter Nr. 1). Das ist eine wichtige und im Ergebnis *zutreffende Klarstellung*, die für die Soldatinnen und Soldaten endlich ein Stück verdiente Rechtssicherheit bringt, das ihnen die deutsche Politik, insbesondere in Gestalt des ehemaligen Verteidigungsministers Jung, so lange vorenthalten hat.

2. Die im Ergebnis zutreffende Ansicht der Bundesanwaltschaft bedarf allerdings begrifflicher *Präzisierung* und einer *Begründung*. Begrifflich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Rechtsbegriff des bewaffneten Konflikts aus dem (modernen) humanitären Völkerrecht, also einer vom Völkerstrafrecht unabhängigen Disziplin stammt (Ambos, in: MünchKomm-StGB, 2009, Vorb. §§ 8 ff. VStGB Rdnr. 21), die zudem älter, verbreiteter und anerkannter als dieses ist (zur historischen Entwicklung Ambos, in: MünchKomm-StGB, Vorb. §§ 8 ff. VStGB Rdnr. 5 ff.). Das humanitäre Völkerrecht regelt das völkerrechtlich zulässige Verhalten im Krieg (*ius in bello*) und geht dabei rein innerdienstlichen Vorgaben wie den immer wieder genannten Einsatzregeln (rules of engagement) vor; diese dürfen auch nicht dagegen verstoßen. Das hebt die Bundesanwaltschaft zutreffend hervor (Presseerklärung v. 19. 4. 2010 unter Nr. 7). Das *ius in bello* ist allerdings von dem die völkerrechtliche Zulässigkeit militärischer Maßnahmen betreffenden *ius ad bellum* streng zu unterscheiden (Ambos, Int. Strafr, 2. Aufl. [2008], § 7 Rdnr. 225; Safferling/Kirsch, JA 2010, 81 [82]; konfus leider insoweit wieder die Bundesregierung in der Person von Entwicklungshilfeminister Niebel, der in der ARD-Sendung Anne Will, 18. 4. 2010, „objektiv“ wegen des UN-Mandats nicht von einem „Krieg“ sprechen wollte).

3. Nach dem humanitären Völkerrecht setzt ein *bewaffneter Konflikt* den, einer der Konfliktparteien zurechenbaren, Einsatz von Waffengewalt voraus (Ambos, in: MünchKomm-StGB, Vorb. §§ 8 ff. VStGB Rdnr. 22; Safferling/Kirsch, JA 2010, 81 [82]). Es kommt weder auf die subjektive Qualifikation der Situation durch die Konfliktparteien (Schaller, Rechtssicherheit im Auslandseinsatz, Stiftung Wissenschaft u. Politik [SWP]-Aktuell 67 [2009], S. 3) noch auf die Existenz eines UN-Mandats an, denn dieses betrifft eben nur das gerade genannte *ius ad bellum*. Was die erforderliche Intensität der Auseinandersetzung i. S. von Art. 1 II des Zweiten Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen (ZP II) angeht, so wird auf das dort genannte Erfordernis territorialer Kontrolle in asymmetrischen Konflikten zunehmend verzichtet, weil in solchen Konflikten die territoriale Besetzung eines bestimmten Gebiets angesichts moderner beweglicher Kampftechniken und Waffensysteme keine notwendige Bedingung mehr für die Durchführung oder Fähigkeit zu anhaltenden, koordinierten Kampfhandlungen darstellt (ICC-Pre-Trial Chamber I, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the confirmation of charges, 29. 1. 2007, ICC-01/04-01/06-803, para. 233; Werle, VölkerstrafR, 2. Aufl. [2007], Rdnr. 953;

Ambos, in: MünchKomm-StGB, Vorb. §§ 8 ff. VStGB Rdnr. 23). Demnach kommt es für Afghanistan nicht darauf an, ob die Taliban einen Teil des afghanischen Hoheitsgebiets unter ihre Herrschaft gebracht haben. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob sie faktisch in der Lage sind, anhaltende und konzentrierte militärische Operationen zu planen und durchzuführen (Safferling/Kirsch, JA 2010, 81 [82]). Da die Taliban seit Jahren gezielt mit Waffengewalt gegen die afghanischen und ISAF-Streitkräfte vorgehen, ist das zu bejahen und die Schwelle zum bewaffneten Konflikt überschritten (Schaller, SWP-Aktuell 67 [2009], S. 3; Diehl, Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften [HuV-I] 2010, 16). Die weitere Bestimmung der Art dieses Konflikts als „nicht-international“ ist wegen des Eingreifens der ISAF allerdings durchaus problematisch, denn man könnte insoweit von einer Internationalisierung des Konflikts sprechen, zumal die ISAF-Truppen nicht in die afghanischen Streitkräfte eingliedert sind, sondern ausschließlich dem Befehl der ISAF-Führung bzw. ihren nationalen Kommandozentralen unterstehen und damit selbst die „operational control“ ausüben. Bei dieser Sichtweise bliebe aber unberücksichtigt, dass die ISAF, so jedenfalls die offizielle Ansicht, im Interesse Afghanistans tätig wird und keine eigenen militärisch-strategischen Ziele verfolgt (Safferling/Kirsch, JA 2010, 81 [83]). Darüber hinaus handeln die ISAF-Staaten auf Grund der völkerrechtlich wirksamen Zustimmung Afghanistans. Damit gehört die ISAF konfliktvölkerrechtlich zur afghanischen Regierung und es liegt ein nichtinternationaler bewaffneter Konflikt vor.

IV. Keine Strafbarkeit nach Völkerstrafgesetzbuch?

1. Die Bundesanwaltschaft verneint den in casu zentralen § 11 I Nr. 3 VStGB mangels des dort vorausgesetzten direkten Vorsatzes hinsichtlich möglicher ziviler Opfer (Presseerklärung v. 19. 4. 2010 unter Nr. 2). Das ist im Lichte ihres Ermittlungsergebnisses (o. II¹) konsequent, führt aber dazu, dass die im Rahmen des objektiven Tatbestands schwierige Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Folgefrage eines möglichen Verbotsirrtums der Beschuldigten an dieser Stelle unbeantwortet bleibt. Im Übrigen stellt die Bundesanwaltschaft fest, dass „(a)uch sonstige Tatbestände des VStGB (§ 8 und § 11 I Nr. 1) nicht erfüllt (sind), weil keine der von diesen Vorschriften geschützten Personengruppen Ziel des Luftangriffs waren“. Das ist aber ungenau. Denn zum einen muss die Zivilbevölkerung nur nach § 11 I Nr. 1 VStGB „Ziel des Luftangriffs“ gewesen sein, während für § 8 I Nr. 1 VStGB auch *dolus eventualis* ausreicht (§ 2 VStGB, § 15 StGB). Und zum anderen werden damit die allgemeinen Schutzbestimmungen des Genfer Rechts (§§ 8–10 VStGB) mit den Kampfführungsbestimmungen des Haager Rechts (§§ 11, 12 VStGB) vermengt (zur Unterscheidung Ambos, in: MünchKomm-StGB, Vorb. §§ 8 ff. VStGB Rdnrn. 5, 17).

2. Die Unterscheidung hat durchaus sachliche Konsequenzen, wie gerade der hier relevante Fall eines *Distanzangriffs mit zivilen Opfern* zeigt: Dieser soll grundsätzlich nicht nach der spezifischen Schutzbestimmung des § 8 VStGB, sondern nur nach den Kampfführungsbestimmungen der §§ 11, 12 VStGB strafbar sein (Ambos, in: MünchKomm-StGB, Vorb. §§ 8 ff. VStGB Rdnr. 43), um damit insbesondere einen Wertungswiderspruch zu § 11 I Nr. 3 VStGB, der die Hinnahme ziviler Opfer bei überwiegender militärischer Notwendigkeit („Kollateralschäden“) grundsätzlich erlaubt, zu vermeiden. Anders ausgedrückt: Der in § 8 VStGB implizit zum Ausdruck kommende absolute Schutz der Zivilbevölkerung wird durch § 11 I Nr. 3 VStGB eingeschränkt, und zwar dadurch,

dass die i. S. von § 8 VStGB zu „schützenden Personen“ in Absatz 6 dieser Vorschrift (restriktiv) definiert werden. Nach dem hier relevanten § 8 VStGB VI Nr. 2 letzte Var. VStGB sind im nichtinternationalen Konflikt nur solche Zivilpersonen geschützt, die „sich in der Gewalt der gegnerischen Partei befinden“. Aus dieser an Art. 4 der Vierten Genfer Konvention angelehnten und vom deutschen Gesetzgeber auf den nichtinternationalen Konflikt übertragenen Vorschrift folgt, dass über die Frontlinie hinwegreichende Distanztötungen nicht § 8 VStGB unterfallen (krit. *Gropengießer/Kreicker*, in: *Eser/Kreicker*, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Bd. 1: Deutschland, 2003, S. 162).

Aus teleologischer Sicht muss zudem berücksichtigt werden, dass das humanitäre Völkerrecht grundsätzlich nur die Rechtsgüter der gegnerischen Konfliktpartei schützt (*Ambos*, Int. Strafr., § 7 Rdnr. 226). Die Tötung eigener Zivilisten durch so genanntes friendly fire ist daher nur am jeweiligen nationalen Strafrecht, nicht aber am humanitären Völkerrecht zu messen (*Gropengießer/Kreicker*, in: *Eser/Kreicker*, S. 161). Deshalb unterfallen getöteten Zivilisten nur dann dem Schutzbereich des § 8 I Nr. 1 VStGB, wenn sie sich erstens auf dem Hoheitsgebiet der schutzverpflichteten Konfliktpartei (in casu: ISAF/Bundeswehr) oder in von ihr faktisch beherrschtem Gebiet aufhalten und es sich zweitens um Zivilpersonen der gegnerischen Konfliktpartei (in casu: Taliban) handelt bzw. sie dieser zuzurechnen sind. Im vorliegenden Fall wird dies wohl zu verneinen sein (so *Safferling/Kirsch*, JA 2010, 81 [83]); die Bundesanwaltschaft konnte diese Frage jedenfalls offenlassen, weil sie a limine den – auch für § 8 VStGB notwendigen – Vorsatz der Beschuldigten verneint hat.

V. Keine Strafbarkeit nach StGB?

1. Die Bundesanwaltschaft hält das StGB zutreffend neben dem Völkerstrafgesetzbuch für anwendbar (Presseerklärung v. 19. 4. 2010 unter Nr. 4; BMJ, Arbeitsentw. eines Gesetzes zur Einführung des VStGB, 2001, S. 23). Ihre Zuständigkeit ergibt sich insoweit als Annexkompetenz zu § 120 I Nr. 8 GVG (zu völkerrechtlichen Verbrechen insoweit *BGHSt* 45, 64 = *NJW* 2000, 2517). Das *Konkurrenzverhältnis* richtet sich nach den § 2 VStGB, §§ 52 ff. StGB, wobei in vielen Fällen das Völkerstrafgesetzbuch *lex specialis* sein wird, in anderen aber auch eine Idealkonkurrenz in Betracht kommt (vgl. *Weigend*, in: *MünchKomm-StGB*, § 2 VStGB Rdnr. 7).

2. Natürlich dürfen aber die *völkerrechtlichen Wertungen* nicht durch den Rückgriff auf das StGB unterlaufen werden. Eine völkerrechtliche Erlaubnis wirkt im allgemeinen Strafrecht als Zurechnungsausschluss oder Rechtfertigungsgrund. Die Bundesanwaltschaft sieht das im Ergebnis ebenso (Presseerklärung v. 19. 4. 2010 unter Nr. 5: „immer dann gerechtfertigt ..., wenn der militärische Angriff völkerrechtlich zulässig ist“), ihre Prüfung der völkerrechtlichen Zulässigkeit greift aber zu kurz. Hinsichtlich der allein relevanten zivilen Opfer argumentiert sie rein subjektiv mit Blick auf die Ex-ante-Vorstellung Oberst *Kleins* (Presseerklärung v. 19. 4. 2010 unter Nr. 5b, o. bei II 1 zitiert), die komplexe Abwägungsfrage des § 11 I Nr. 3 VStGB entscheidet sie mit dem zu knappen Hinweis, dass sich Oberst *Klein* „trotz des besonderen Drucks der Entscheidungssituation für einen örtlich eng begrenzten Einsatz mit der kleinsten zur Verfügung stehenden Bombengröße und -anzahl entschieden“ habe. Natürlich kann man mit der subjektiven Lösung der Bundesanwaltschaft argumentieren, dass Oberst *Klein* auch und jedenfalls keine Fahrlässigkeitschuld (§ 222 StGB) trifft, weil er eben – subjektiv – mit der Anwesenheit von Zivilisten nicht gerechnet hat. Dann war er auch nicht verpflichtet, die gem. Art. 57 II lit. c ZP I vorgeschriebenen Warnhinweise (zur Übertragung auf den

nichtinternationalen Konflikt *Henckaerts/Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules, 2005, S. 52 ff.) zu geben (Presseerklärung v. 19. 4. 2010 unter Nr. 6). Doch zum einen steht und fällt diese Argumentation mit dem nicht über jeden Zweifel erhabenen Ermittlungsergebnis der Bundesanwaltschaft, und zum anderen kann von einer *humanitär-völkerrechtlichen Durchgriffswirkung* auf das allgemeine Strafrecht nur bei einem auch *objektiv völkerrechtsgemäßem Angriff* gesprochen werden. Insoweit ist eine Ex-ante-Betrachtung gefordert (vgl. Art. 51 V lit. b ZP I als die humanitär-völkerrechtliche Mutternorm für Kollateralschäden: „... Angriff, bei dem damit zu rechnen ist ...“) und auf die Perspektive eines vernünftigen Befehlshabers abzustellen (*UN-Jugoslawientribunal*, Prosecutor v. Galic, Judgement, IT-98-29-T, 5 December 2003, para. 58: „reasonably well-informed person in the circumstances of the actual perpetrator“). Mit der Bundesanwaltschaft ließe sich nun argumentieren, dass – da alle durchgeführten Aufklärungsmaßnahmen keinerlei Hinweise auf am Zielort anwesende Zivilisten gegeben haben – bereits objektiv, selbst aus Sicht eines „reasonable commander“, nicht mit Verlusten unter der Zivilbevölkerung zu rechnen war. Dann läge schon objektiv kein unverhältnismäßiger Angriff vor, so dass die fahrlässige Tötung der Zivilisten – sofern man bei Zugrundelegung des von der Bundesanwaltschaft angenommenen Sachverhalts überhaupt eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung bejahen kann – jedenfalls gerechtfertigt wäre. Allerdings hätte man spätestens an dieser Stelle Ausführungen zu der Frage, welche konkreten Aufklärungsmaßnahmen vor einem Angriff zu ergreifen sind, erwartet. Zudem ist die Argumentation der Bundesanwaltschaft inkonsequent. Wenn objektiv keine Verluste unter der Zivilbevölkerung zu erwarten sind, kommt es auf die in § 11 I Nr. 3 VStGB vorgesehene Abwägung nicht mehr an. Dann sind aber auch Überlegungen zur Größe der eingesetzten Bombe entbehrlich.

Im Übrigen sind diese Überlegungen unzureichend, denn die Wahl des Angriffsmittels ist nur eines von vielen Kriterien zur Beantwortung der Frage, ob der mit dem Luftschatz eventuell erzielte militärische Vorteil (welcher?) *außer Verhältnis* zu den erwarteten Verlusten unter der Zivilbevölkerung stand. Die von § 11 I Nr. 3 VStGB geforderte *Abwägung* ist *relativ*, d. h. sie hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, ohne dass eine absolute Grenze mit Blick auf die Zahl der Opfer bestünde. Ist also der mit einem Angriff verbundene militärische Vorteil sehr groß, so kann der Tatbestand selbst bei erheblichen Kollateralschäden nicht erfüllt sein (*Dörmann*, in: *MünchKomm-StGB*, § 11 VStGB Rdnr. 90 f.). Im vorliegenden Fall müsste insoweit berücksichtigt werden, dass die Tanklastzüge zum Zeitpunkt des Angriffs manövrierunfähig festsaßen. Von ihnen ging keine akute Gefahr aus (ebenso *Safferling/Kirsch*, JA 2010, 81 [84]), somit war *insoweit* auch kein sofortiges Handeln erforderlich. Vielmehr hätte ohne Gefährdung des Einsatzziels zuerst die Bevölkerung vor dem bevorstehenden Luftschatz gewarnt werden können und zivile Opfer hätten vermieden oder zumindest vermindert werden können (ebenso *Safferling/Kirsch*, JA 2010, 81 [84]; für Unverhältnismäßigkeit *Diehl*, HuV-I 2010, 16).

VI. Zusammenfassung

Die Entscheidung stellt zutreffend die Existenz eines (nicht-internationalen) bewaffneten Konflikts in Afghanistan klar und trägt somit zur Rechtssicherheit bei. Die Einstellung mangels Strafbarkeit nach Völkerstrafgesetzbuch und StGB beruht in tatsächlicher Hinsicht auf einem für Außenstehende nur schwer nachvollziehbaren Ermittlungsergebnis und in rechtlicher Hinsicht auf einer subjektiven Lösung, deren Überzeugungskraft mit dem Ermittlungsergebnis steht und fällt. Wichtige Rechtsfragen, insbesondere die völkerrechtliche Zulässigkeit von Kollateralschäden, bleiben unbeantwortet. ■