

Berlin, 09. Juni 2010

Vorab per Fax: 0351-4 46 29 70

An die

Generalstaatsanwaltschaft

Postfach 120727

01008 Dresden

In dem

Ermittlungsverfahren

gegen Oberst Georg KLEIN und Hauptfeldwebel Markus WILHELM

Bisheriges AZ: 392 AR 100001/09

beantrage ich unter Hinweis auf meine gegenüber dem Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof angezeigte Bevollmächtigung durch Herrn Abdul Hanan sowie der Untervollmacht des Herrn Rechtsanwalt Karim Popal - Kopie als Anlage 1 anbei,

das Ermittlungsverfahren gegen die Beschuldigten KLEIN und WILHELM sowie gegen sämtliche weitere in Frage kommende Personen fortzuführen

und zwar bezüglich aller in Frage kommender Straftatbestände nach dem **Strafgesetzbuch** – insbesondere §§ 211, 212, 222 – hinsichtlich des Luftangriffes in der Nähe von Kundus/Afghanistan, Bezirk Chardarra, in der Nacht vom 3. auf den 4. September 2009 auf zwei Tanklaster und zahlreiche Einzelpersonen.

Ich bitte zu gegebener Zeit um Mitteilung des Aktenzeichens.

Im Übrigen beantrage ich zu gegebener Zeit

Akteneinsicht

mit der Bitte um Übersendung der Akte an unsere Büroadresse,

sowie

unter dem Hinweis auf den verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf rechtliches Gehör und Artikel 19 Absatz 4 Grundgesetz, mir vor relevanten Entscheidungen

Gelegenheit zur Stellungnahme

zu geben.

In Hauptvollmacht vertrete ich Herrn Abdul Hanan, Vater der beiden bei dem Luftangriff vom 4. September 2009 getöteten Kinder Abdul Bayan, zum Todeszeitpunkt 12 Jahre alt, und Nesarullah, zum Todeszeitpunkt 8 Jahre alt. Beide waren zum Zeitpunkt der Tat vor Ort, um Kraftstoff zu holen.

Gliederung:

I.	Nunmehrige Zuständigkeit der Generalstaatsanwaltschaft Dresden	4
II.	Fortführung des Ermittlungsverfahrens wegen StGB-Tatbeständen	10
A.	Rechtspflicht zur Untersuchung	13
B.	Neue Tatsachen	15
III.	Tatverdacht bezüglich Taten nach dem Strafgesetzbuch	19
A.	Sachverhalt	19
B.	Strafrechtliche Einschätzung nach dem Strafgesetzbuch	30
1.	Einleitung	30
2.	Strafbarkeit nach dem deutschen Strafgesetzbuch	31
a.	Das Strafgesetzbuch ist neben dem Völkerstrafgesetzbuch anwendbar	32
b.	Tatbestände des Mordes und Totschlages verwirklicht	33
i.	Liegt eine Rechtfertigung nach humanitärem Völkerrecht vor?	34
◆	Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff – Grundsatz: Art. 57 Abs. 1 ZP I/Art. 13 Abs. 1 ZP II 36	
◆	Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff – Aufklärungspflicht: Art. 57 Abs. 2 a) i) iVm Art. 51 Abs. 4 und 5 b) ZP I	39
	Personaler Anwendungsbereich	39
	Angriff (Art. 49 ZP I)	40
	Aufklärungspflicht	40
◆	Schutz der Zivilbevölkerung – Verbot unterschiedsloser Angriffe: Art. 51 Abs. 4 und 5 b) ZP I	45
	Perspektive	45
	Militärischer Vorteil	47
	Konkreter und unmittelbarer militärischer Vorteil	47
	Erwartete Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung	50
	Verhältnismäßigkeit	51
	Zwischenergebnis	52

◆ Vorsichtsmaßnahmen zur Verhinderung unverhältnismäßiger Angriffe: Art. 57 Abs. 2 a) iii) ZP I	52
◆ Angriffseinstellung bei Unverhältnismäßigkeit: Art. 57 Abs. 2 b) ZP I.....	53
◆ Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff - Warnpflicht: Art. 57 Abs. 2 c).....	53
◆ Zwischenergebnis	55
ii. Irrtumsfragen.....	55
◆ Pflichtgemäße Prüfung als Rechtfertigungsvoraussetzung?	56
◆ Verbotsirrtum	59
c. Fahrlässige Tötung (§ 222 StGB).....	59
3. Zusammenfassung: Der Angriff von Kundus war objektiv rechtswidrig	63

Die Generalstaatsanwaltschaft in Dresden hat dem Verdacht der Begehung mehrerer Taten nach dem Strafgesetzbuch durch die Beschuldigten **OBERST KLEIN** und **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** sowie weiterer uns bislang unbekannter Personen nachzugehen und das förmliche Ermittlungsverfahren fortzuführen.

I. Nunmehrige Zuständigkeit der Generalstaatsanwaltschaft Dresden

Zunächst gehe ich davon aus, dass das Ermittlungsverfahren Klein/Wilhelm nach Abschluss beim Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof – dortiges Az. 3 BJs 6/10-4 – ohnehin wieder an die Generalstaatsanwaltschaft in Dresden abgegeben wird. Denn die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts besteht nur für Verfahren nach dem Völkerstrafgesetzbuch. Da aber nunmehr das Ermittlungsverfahren zu Tatvorwürfen nach dem Völkerstrafgesetzbuch eingestellt worden ist, ist eine Abgabe zur weiteren Ermittlung der Tatvorwürfe nach dem Strafgesetzbuch an die dafür zuständige Generalstaatsanwaltschaft in Dresden angezeigt.

Der Generalbundesanwalt wurde aufgrund seiner Sonderzuständigkeit bei Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch tätig.¹ Erhebt der Generalbundesanwalt jedoch keine Anklage wegen der Begehung einer Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch, so endet auch hier seine Sonderzuständigkeit. Die Einstellungsverfügung kann nur diejenigen Taten umfassen, für die eine Sonderzuständigkeit besteht. Für Taten nach dem Strafgesetzbuch, für die keine Sonderzuständigkeit gegeben ist, muss das Verfahren an die zuständige Staatsanwaltschaft zurückverwiesen werden.

§ 142 a Abs. 1 GVG begründet i.V.m. § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts 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 RiStBV Nr. 88, 89 ist durch den Generalbundesanwalt bisher ohnehin nicht ergangen. Es wurde den Vertretern der Geschädigten allerdings die Übersendung eines solchen in Aussicht gestellt. Da es ausweislich der Pressemitteilung vom 19. April 2010 nach Ansicht des Generalbundesanwalts jedoch ein hinreichender Tatverdacht bezüglich Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch fehlte und aus diesem Grund keine Anklage erhoben wurde, endet damit die Sonderzuständigkeit des Generalbundesanwalts. Der Generalbundesanwalt behauptet in seiner Pressemitteilung vom 19. April 2010, dass er „nach dem Ergebnis von historischer, systematischer, teleologischer und verfassungsbezogener Auslegung der Zuständigkeitsnorm des § 120 Abs. 1 Nr. 8 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)“ dafür zuständig sei, „alle in diesem Zusammenhang relevanten strafrechtlichen Tatbestände abschließend zu prüfen“.

Dieser Auslegung kann nicht gefolgt werden: Mit Verabschiedung des Völkerstrafgesetzbuches wurde Artikel 96 Absatz 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

¹ § 142a Absatz 1 GVG i.V.m. § 120 Absatz 1 Nr. 8 GVG.

der Aufnahme von Kriegsverbrechen in das Strafgesetzbuch scheiterte bereits 1957.² Erst das Völkerstrafgesetzbuch erfasste das spezifische Unrechtsgehalt der Kriegsverbrechen durch das deutsche Strafrecht.³ 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.

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.

Schon historisch bedingt sind Taten nach dem Strafgesetzbuch keine Kriegsverbrechen, selbst wenn diese im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangen werden. Die Begehung von Kriegsverbrechen erfordert die Erfüllung eines Tatbestandes einer Strafnorm nach dem Völkerstrafgesetzbuch. Entfällt dieser, liegt auch kein Kriegsverbrechen vor. Anders liegt der Fall, wenn der Tatbestand erfüllt ist, der Täter aber aufgrund etwa einer Notwehrsituation gerechtfertigt ist. Dennoch, nach dem Strafgesetzbuch kann kein Kriegsverbrechen begangen werden.

Die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft zeigen beispielhaft auch die Verfahren BGH, Beschluss vom 17. 6. 2004 - 5 StR 115/03 (=NJW 2004, 2316) und BGH, Urteil vom 15. 8. 1969 - 1 StR 197/68 (=NJW 1969, 2105), denen beide Verurteilungen wegen Mordes im Zusammenhang mit Kriegshandlungen während des 2. Weltkrieges zugrundeliegen und die vor dem Landgericht Hamburg bzw. dem Schwurgericht Baden-Baden angeklagt wurden, mithin von der Staatsanwaltschaft und nicht dem Generalbundesanwalt.

Dies erklärt auch die Zuständigkeit der Generalstaatsanwaltschaften in Zweibrücken und Frankfurt/Oder in früheren Fällen bei Vorfällen an Straßensperren sowie die ursprüngliche Zuständigkeit der Generalstaatsanwaltschaft in Dresden im vorliegenden Fall. Freilich obliegt dem Generalbundesanwalt die erste Prüfung, ob Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch

² Zimmermann/Geiß in MüKo, §8, Rn. 52.

³ Zimmermann/Geiß in MüKo, §8, Rn. 53.

begangen worden sind. Wird dies verneint, sind die Staatsanwaltschaften der Länder wieder zuständig.

Bislang 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, führen gerade dazu, dass Täter außerhalb des Völkerstrafgesetzbuches auf Landesebene und nicht auf Bundesebene verfolgt werden sollen.⁴ Ansonsten müssten Wehrstrafgerichte des Bundes eingesetzt und damit die gesamte Zuständigkeit an den Generalbundesanwalt übertragen werden.

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

Die Abgabe richtet sich nach der allgemeinen Regel des § 6 StPO, nicht aber nach der speziellen Regel des § 142 a GVG. § 142 a Abs. 2 Nr. 1 GVG beinhaltet eine Abgabepflicht des Generalbundesanwalts an die Landesstaatsanwaltschaften für bestimmte Delikte, welche im vorliegenden Fall jedoch nicht einschlägig sind.⁵ § 142 a 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.⁶ § 142 a 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 der Generalbundesanwalt 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 zu Anwendung.

⁴ Siehe zur Kompetenz der Länder auch Bundestags-Drucksache 16/7423 vom 4.12.2007, 16. Wahlperiode, unter 11.

⁵ Boll in Löwe/Rosenberg, StPO, 7. Bd., 25. Aufl. 2003, Rn. 9

⁶ Boll in Löwe/Rosenberg, StPO, 7. Bd., 25. Aufl. 2003, Rn. 11.

Nach § 6 StPO muss das Gericht seine sachliche Zuständigkeit in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen prüfen. Da die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts an die des Oberlandesgerichts gekoppelt ist, gilt diese Norm auch für den Generalbundesanwalt. 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.⁷ § 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 wird⁸ – „ein Gericht anderer und nicht höherer Ordnung ist.“⁹ Dies gilt umso mehr, als dass es hier um die verfassungsrechtlich zwingende Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern geht. Der Bundesgerichtshof hat ausführlich festgestellt, dass die fehlerhafte Eröffnung des Verfahrens vor dem Oberlandesgericht zu einem Verfahrenshindernis führt¹⁰ und eine Abgabe analog § 209 Abs. 1 StPO auch nach Eröffnung des Verfahrens erfolgen muss.¹¹ 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 des Generalbundesanwalts verbleiben,¹² ist Voraussetzung für die Zuständigkeit insgesamt, dass zumindest ein Tatbestand angeklagt wird, der unter die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts fällt. Dies ist natürlich dann nicht mehr der Fall, wenn bzgl. des Tatbestandes, auf dem die Sonderzuständigkeit beruht, kein Tatverdacht mehr besteht.

Dies war bislang auch Praxis des Generalbundesanwalts. So wurde am 26. Mai 2006 das Ermittlungsverfahren wegen eines möglichen versuchten Tötungsdeliktes gegen Ermyas M.

⁷ Bay StV 87, 392; MG 209, 2

⁸ BGH, Urteil vom 22. 12. 2000 - 3 StR 378/00, Ziff. 19.

⁹ Ebd., Ziff. 24.

¹⁰ Ebd., Ziff. 21.

¹¹ Ebd., Ziff. 27.

¹² LR-Boll, Rn. 14

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.¹³ Damit entfiel auch die Verfolgungskompetenz des Bundes.¹⁴ Ebenso wurde am 3. Januar 2001 ein Ermittlungsverfahren an die zuständige Staatsanwaltschaft zurückgegeben, da der Generalbundesanwalt seine Zuständigkeit im Sinne des § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG nicht mehr für gegeben ansah. Hier wurde bzgl. eines Brandanschlags auf eine jüdische Synagoge zunächst vermutet, dass eine Tat mit rechtsextremem Hintergrund vorlag, dies stellte sich später als falsch heraus.¹⁵

Im vorliegenden Fall liegt ausweislich der Pressemitteilung nach Ansicht des Generalbundesanwalts der eine Einreichung einer Anklageschrift begründende Tatverdacht 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 vom Generalbundesanwalt durchgeführten Ermittlungsverfahrens ausdrücklich auf die Prüfung beschränkt war, ob dem Beschuldigten **OBERST KLEIN** der für die Annahme eines Kriegsverbrechens notwendig hohe Vorsatzgrad nachzuweisen ist. Die Durchführung einer umfassenden Ermittlung aller für die Prüfung der in Betracht kommenden Straftatbestände der vorsätzlichen und fahrlässigen Tötung relevanten Umstände lässt sich der Pressemitteilung nicht entnehmen und ist mangels Zeugenbefragungen vor Ort in Afghanistan auch nicht erfolgt.

Es besteht somit eine automatische Abgabepflicht entsprechend § 6 StPO des Generalbundesanwalts an die zuständige Länderstaatsanwaltschaft, hier die Generalstaatsanwaltschaft in Dresden. Eine Einstellung bzgl. der Tatbestände des

¹³ GBA, Abgabe der Ermittlungen wegen des Überfalls in Potsdam, Pressemitteilung 20/2006, 26.5.2006, <http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=8&newsid=241>

¹⁴ GBA, Abgabe der Ermittlungen wegen des Überfalls in Potsdam, Pressemitteilung 20/2006, 26.5.2006.

¹⁵ GBA, Abgabe der Ermittlungen wegen des Brandanschlags auf die Synagoge in Düsseldorf, Pressemitteilung 1/2001, 3.1.2001, <http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=3&newsid=31>

Strafgesetzbuches außerhalb der Sonderzuständigkeit des Generalbundesanwalts, wenn sie denn überhaupt erfolgt ist, dürfte im Gegensatz dazu jedenfalls nicht erfolgen.

Nach den zugänglichen öffentlichen Informationen besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts für die Begehung von Taten nach dem Strafgesetzbuch seitens der Beschuldigten **OBERST KLEIN** und **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** sowie weiterer Personen. Die Abgabe des Verfahrens an die Generalstaatsanwaltschaft in Dresden und die dortige Fortführung des förmlichen Ermittlungsverfahrens sowie die Erhebung öffentlicher Klage sind geboten. Möglicherweise hat der Generalbundesanwalt ohnehin vorgehabt, das Verfahren wegen der weiteren Ermittlungen wegen Straftatbeständen nach dem Strafgesetzbuch an die Generalstaatsanwaltschaft abzugeben. Da aber nach knapp zwei Monaten hier noch nicht einmal ein Einstellungsbescheid eingegangen ist, soll wegen drohenden Beweisverlustes von hier aus darauf hingewirkt werden, dass das Verfahren beschleunigt wird, handelt es sich doch immerhin um Ermittlungen wegen eines massiven Tötungsdeliktes.

Sollte die Generalstaatsanwaltschaft in Dresden eine gegenteilige Auffassung vertreten, bitte ich um eine kurze Mitteilung und beantrage, mir Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

II. Fortführung des Ermittlungsverfahrens wegen StGB-Tatbeständen

Ungeachtet der obigen Ausführungen und der vertretenen Auffassung zu Fragen der Zuständigkeit und der Abgabe durch den Generalbundesanwalt haben sich neue Tatsachen ergeben, die Anlass zu einer Wiederaufnahme bzw. Fortführung des Ermittlungsverfahrens geben. Der Unterzeichner sieht derzeit keinen Anlass, sich gegen die angekündigte, wenn auch noch nicht mitgeteilte, Einstellung des Verfahrens gegen Oberst Klein wegen eventueller Verstöße nach dem Völkerstrafgesetzbuch zu wenden. Vorbehaltlich anderweitiger Erkenntnisse spricht derzeit vieles dafür, dass dem Beschuldigten vor allem hinsichtlich der Begehung von Kriegsverbrechen der spezifische Vorsatz fehlte. Damit würden sich weitergehende Ermittlungen derzeit nur auf Tatbestände des Strafgesetzbuches beziehen. Selbst wenn der Generalbundesanwalt bzw. die Generalstaatsanwaltschaft die

obigen Ausführungen nicht teilen sollten, ist jedenfalls nach den Ausführungen in diesem Absatz eine Fortführung des Ermittlungsverfahrens geboten. Denn ein Strafklageverbrauch tritt mit Einstellung der Ermittlungen gemäß § 170 Absatz 2 StPO nicht ein, da der Einstellungsverfügung keinerlei Rechtskraftwirkung zukommt. Das Verfahren kann auch bei gleicher Sach- und Rechtslage jederzeit wieder aufgenommen werden.¹⁶

Das Vorliegen neuer Tatsachen ist auch dadurch bedingt, dass bislang nur unzureichend ermittelt worden ist. Die Zahl der Toten ist nach wie vor nicht sicher bekannt und es wurde keiner der Geschädigten, Hinterbliebenen oder Augenzeugen vom Generalbundeanwalt vernommen. Neue Ermittlungen hinsichtlich aller in Frage kommender Delikte nach dem Strafgesetzbuch sind dringend angezeigt.

Die besondere Pflicht ausreichend zu ermitteln, ergibt sich aus § 152 Abs. 2 StPO. Das Legalitätsprinzip, als Ausformung des Rechtsstaatsprinzips¹⁷ stellt einen der wesentlichen Verfahrensgrundsätze der Strafprozesses dar und verlangt gem. § 160 StPO von der Staatsanwaltschaft u.a. die Beweissicherung vorzunehmen, also für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, die verloren gehen könnten. Der Untersuchungsgrundsatz des § 244 StPO gilt über § 160 StPO schon für das Ermittlungsverfahren. Aus § 244 Abs. 2 StPO ergibt sich, dass die Ermittlung des wahren Sachverhalts das zentrale Anliegen des Strafverfahrens ist.¹⁸ Nach § 244 StPO müssen alle nicht von vornherein aussichtslosen Schritte unternommen werden, um zu einer möglichst zuverlässigen Beweisgrundlage zu gelangen.¹⁹ Nach RiStBV Nr. 3 Abs. 1 soll „[d]er Staatsanwalt [...] in bedeutsamen oder in rechtlich oder tatsächlich schwierigen Fällen den Sachverhalt vom ersten Zugriff an selbst aufklären, namentlich den Tatort selbst besichtigen, die Beschuldigten und die wichtigsten Zeugen selbst vernehmen.“

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

¹⁶ RGSt 67, 315, 316; OLG Hamm VRS 58, 33; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, § 170, Rn. 23; HK-StPO Krehl Rn 4; Pfeiffer, Strafprozessordnung, Kommentar, § 170, Rn. 5.

¹⁷ Schoreit, KK, 6. Aufl. 2008, § 152, Rn. 13

¹⁸ S. BVerfGE 63, 45.

¹⁹ BGHSt 31, 148, 152.

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 ist bisher offenkundig von deutschen Strafverfolgungsbehörden noch nicht durchgeführt worden. Der Generalbundesanwalt schreibt hierzu in seiner Presseerklärung 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 hält im Übrigen diese Ermittlung auch für die „hier vorzunehmende rechtliche Beurteilung“ für „nicht entscheidungserheblich“.

Hierin liegt ein Mangel der bisherigen Ermittlungen des Generalbundesanwalts, der aufgrund der recht eingeschränkten rechtlichen Prüfung des Geschehens durch die Bundesanwaltschaft durchaus folgerichtig sein mag. Denn sie konzentrierte sich auf die subjektive Seite des Tatgeschehens nach dem Völkerstrafgesetzbuch, ohne das objektive Geschehen umfassend auszuermitteln und zu berücksichtigen. Allerdings wäre es selbst nach eigener Einschätzung des Generalbundesanwalts für eine Strafbarkeit nach dem Völker- und dem Strafgesetzbuch auf die objektive Rechtmäßigkeit der Anordnung des Bombenangriffes angekommen. Die Sichtweise einer objektiven dritten Person ist unter anderem auf Rechtfertigungsebene entscheidend.²⁰ Der Generalbundesanwalt beschränkte sich bei den Ermittlungen darauf, wie im weiteren auszuführen und zu beurteilen sein wird, **OBERST KLEIN** einen direkten Vorsatz zur Begehung von Kriegsverbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch abzusprechen. Möglicherweise wird sich diese rechtliche Beurteilung auch nach Ausermittlung des Sachverhaltes als zutreffend erweisen. 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 der Angaben überprüfen zu können. Unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten wäre der Generalbundesanwalt jedoch genau dazu auch verpflichtet gewesen. Dies ergibt sich im Einzelnen aus unseren weiteren Ausführungen zu einer

²⁰ Siehe dazu IV. C) (b) (i).

möglichen Strafbarkeit von **OBERST KLEIN** nach dem Strafgesetzbuch. Im Übrigen bestehen auch internationale Verpflichtungen zur umfassenden Aufklärung – dazu ebenfalls weiter unten.

A. 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 bislang nicht nachgekommen. Die Europäische Menschenrechtskonvention, die für Deutschland über Art. 59 Abs. 2 GG i.V.m mit dem Ratifikationsgesetz gilt,²¹ kennt so genannte Untersuchungspflichten. Diese wurden durch den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof entwickelt.²² Diese Rechtsprechung ist laut Bundesverfassungsgerichtsurteil im innerstaatlichen Recht zu berücksichtigen.²³

1995 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall McCann für das Recht auf Leben durch eine Zusammenschau von Art. 1 und Art. 2 EMRK eine Untersuchungspflicht festgestellt.²⁴ Der Inhalt der Untersuchungspflicht unterteilt sich in zwei Aspekte: einerseits ist eine Untersuchung überhaupt einzuleiten. Dies ist im vorliegenden Fall 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,

²¹ Neufassung: BGBl. 2002 II S 1055.

²² Siehe für einen allgemeinen Überblick über die Entwicklung von Schutzpflichten durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte H. Krieger, Funktionen von Grund- und Menschenrechten, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006, S. 266-331, Rn. 21 ff.

²³ BVerfG, B. v. 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 - "Görgülü"; ebenso, speziell zu den Untersuchungspflichten BVerfG, Beschluss vom 4.2.2010 (2 BvR 2307/06).

²⁴ 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."

insbesondere durch staatliche Bedienstete, den Tod eines Menschen zur Folge hatte. Diese Ermittlungen müssen zur Identifizierung und Bestrafung der Verantwortlichen führen können.²⁵ Ferner müssen sie gründlich und effektiv sein.²⁶ Gründlich 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.”²⁷

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].“²⁸ 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.“²⁹

Im Urteil Isayeva gegen Russland nannte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte weitere Voraussetzungen. Hier kam der Sohn der Beschwerdeführerin kam 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

²⁵ 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.

²⁶ EGMR, Sevtap Veznedaroğlu ./.. 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.

²⁷ 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.

²⁸ EGMR, McCann et al. ./.. Vereinigtes Königreich (18984/91), Urteil v. 27. September 1995, A324, Nr. 150.

²⁹ EGMR, Makaratzis ./.. Griechenland (50385/99), Urteil vom 20. Dezember 2004, NJW 2005, S. 3405, 3407.

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 führt 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.“³⁰

Der Generalbundesanwalt hat keine dieser Anforderungen erfüllt. Es wurden laut Presseberichten nur vier Zeugen gehört, darunter keines der Opfer und keine Augenzeugen, d.h. Menschen, die vor Ort waren.³¹ 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. Die Ermittlungen des Generalbundesanwalts verstoßen damit gegen die Europäische Menschenrechtskonvention – und damit auch gegen deutsches Recht.

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

B. Neue Tatsachen

Es haben sich neue Tatsachen ergeben, die Anlass für die Wiederaufnahme des Ermittlungsverfahrens geben. Insbesondere die Feststellung der Identität der Geschädigten

³⁰ 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.

³¹ Anlage 21: Spiegel Online vom 23.03.2010, „Bundesanwälte laden Oberst Klein vor“.

sowie deren Anzahl und die bisherigen Ermittlungen diesbezüglich waren fehlerhaft. Hierzu haben sich neue Tatsachen ergeben:

Die erste neue Tatsache ist die Feststellung der Fehlerhaftigkeit und damit die Unbrauchbarkeit der vom Generalbundesanwalt verwendeten Liste der Karsai-Untersuchungskommission zu den Geschädigten. Der Generalbundesanwalt ist von einer falschen Anzahl Geschädigter ausgegangen. Die Liste der Karsai-Untersuchungskommission kann keinen strafprozessualen Voraussetzungen genügen und ist zudem unvollständig. Die Erstellung und Ermittlung einer Übersicht der Geschädigten des Luftangriffs unter Berücksichtigung der strafprozessualen Anforderungen ist daher dringend geboten.

Der Generalbundesanwalt beruft sich in dem bisherigen Schriftverkehr – siehe zum Fall der Söhne meines Mandanten Abdul Hanan - maßgeblich auf eine Liste einer von Präsident Karsai eingesetzten Untersuchungskommission, auf der zumindest 42 der Getöteten als Taliban bezeichnet werden. Der oben benannte Sohn Abdul Hanans, Abdul Bayan, 12 Jahre alt, taucht auf der Liste als 22jähriger auf, der bewaffnet gewesen sei. Die Einordnung als bewaffnet wurde später wieder handschriftlich gestrichen. Zudem scheint die Liste mehr aus politischen Gründen als aus ordentlichen Ermittlungen zustande gekommen zu sein. Sie basiert 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:

„Übereinstimmend bezeichnen sie (die Provinzräte) diese nächtliche ISAF-Operation als genau die richtige Antwort gegenüber den INS (insurgents = Aufständische) 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.“³²

³² Feldjägerbericht vom 9.9.2009, S.5.

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 nahestehen. Dies entspricht auch der bekannten historischen Konfliktlage zwischen Provinzgouverneur und paschtunischer Bevölkerung. Jeder der vor Ort Anwesenden wird als Aufständischer bezeichnet, ohne jegliche Differenzierung nach Alter oder anderen Merkmalen. Da verwundert es auch nicht weiter, dass die Liste der Untersuchungskommission von einer hohen Zahl getöteter Taliban ausgeht und genauere Ermittlungen, wer vor Ort getötet wurde, unterlassen wurden. Hinzu kommt, 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 hat nie stattgefunden. So tauchten Tote aus Ortschaften, die nicht erfasst wurden, auch in der Liste nicht mit auf. Ein Grund dafür ist, dass einige Ortschaften nur sehr schwer zu erreichen sind und in einiger Entfernung zu Kundus liegen.

Es bleibt festzuhalten, dass die Liste der afghanischen Untersuchungskommission unzureichend ist und eine Vielzahl von Fehlern enthält, die auf mangelnder Recherchearbeit basieren, sowie vor allem von politischen Überlegungen und Präferenzen getragen wird.³³

Weitere neue Tatsachen bilden die Aussagen der Verletzten und Hinterbliebenen.

- Anlagenkonvolut 2 –

Diese Aussagen lagen vor Einstellung der Ermittlungen durch den Generalbundesanwalt noch nicht vor. Die Aussagen erlauben eine sehr viel eindeutigerere Einschätzung der Situation auf der Sandbank in den umliegenden Ortschaften am 3. September 2009. Zum einen

³³ Auch weitere Listen und Übersichten zu den Geschädigten weisen vielfach Fehler auf: Eine Liste von Amnesty International enthält 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 existieren im Afghanischen nicht und es gibt auch Verwechslungen bei den Dorfnamen. Die Liste wurde von einer einzigen sehr jungen Researcherin erstellt und basiert nur auf Hörensagen in Kundus. Die Dörfer selbst wurden auch von ihr nicht besucht. Auch das Internationale Komitee vom Roten Kreuz hat eine Liste erstellt, die allerdings nicht öffentlich vorliegt. Weitere Listen könnten bei der NATO sowie der UN Mission UNAMA vorliegen. Schließlich listet der Reporter Christoph Reuter in seinem Buch 91 Geschädigte.

werden einige der Geschädigten näher identifiziert und Zeugen dafür benannt. Zum anderen werden die vorherrschenden Gesamtumstände des 3. Septembers in der Region südlich von Kundus sowie in der Nacht zum 4. September 2009 deutlicher. Viele der Dorfbewohner der Region gingen zu der Sandbank, um Benzin abzapfen oder auch einfach nur aus Neugierde. Bewaffnete Kämpfer der Taliban waren nicht darunter, nur viele zum Teil stark verarmte Männer und Jungen aus den umliegenden Dörfern. Viele gingen mehrfach zwischen Dörfern und Sandbank hin und her, um möglichst viel Kraftstoff zu holen. Diese neuen Aussagen dienen dazu, einen Ausgangspunkt für weitere Vernehmungen und Ermittlungen zu bilden. Für die Ermittlungen mehrerer Tötungsdelikte sind die Aufklärung der Situation am Tatort und die Identifizierung von allen Geschädigten unerlässlich.

Schließlich bietet die Veröffentlichung des Bildbandes des Journalisten Christoph Reuter und des Fotografen Marcel Mettelsiefen „Kunduz, 4. September 2009. Eine Spurensuche“ eine weitere neue Tatsache. Die beiden Autoren, die als Zeugen in Betracht kommen, recherchierten mehrere Monate vor Ort in Kundus, um Geschädigte ausfindig zu machen, zu fotografieren und deren Geschichten aufzuschreiben. Auch diese Recherche zeigt, dass offensichtlich mehr Personen zu Schaden gekommen sind, als der Generalbundesanwalt zum Zeitpunkt der Einstellung der Ermittlungen berücksichtigte. Die Autoren gehen von 91 Todesopfern aus, wobei sie nur zu den in den nahe an Kundus gelegenen Dörfern lebenden Hinterbliebenen Kontakt hatten. Weiter entfernt lebende Hinterbliebene und Geschädigte sind in dieser Aufzählung nicht mit berücksichtigt.

Diese Reihe an neuen Tatsachen, insbesondere zu der Zahl der getöteten und verletzten Personen bei dem Luftangriff vom 4. September 2009, erfordert eine Wiederaufnahme der Ermittlungen. Die Ermittlung der genauen Anzahl der Geschädigten ist für ein Strafverfahren zu Tötungsdelikten unerlässlich. Ebenso ist es essentiell, Ermittlungen bezüglich der Geschehnisse am Tatort selbst anzustellen. Dies ist bislang durch den Generalbundesanwalt nicht erfolgt. Die Ermittlungen zu Tatbeständen nach dem Strafgesetzbuch müssen diese Aspekte jedoch zwingend berücksichtigen.

Dazu ist es notwendig, die Überlebenden, Augenzeugen, Geschädigte sowie Hinterbliebene in Afghanistan Aussagen zu lassen. Das ist neben den Dorfbewohnern auch der überlebende Fahrer des einen Tanklastzuges, der als Augenzeuge vor Ort war. Des Weiteren sind aber

auch auf militärischer Ebene Zeugen zu vernehmen. Dazu gehören die beiden Piloten der F-15 Kampffjets sowie derjenige des B1-Bombers. Auch der afghanische Informant ist zu ermitteln und zu befragen, ebenso wie der Übersetzer und die beiden Bundeswehrsoldaten, die als „Kollektoren“ bei der Weiterleitung der Informationen des Informanten fungierten. Schließlich ist es erforderlich, unabhängige Sachverständige zu den Fragen der Situation in Afghanistan und lokalen Gebräuchen und Konflikten zu hören. Ebenso müssen Militäranalysten zu Fragen der technischen und praktischen militärischen Möglichkeiten in der Situation des 3. Septembers gehört werden.

Sollte die Generalstaatanwaltschaft in Dresden eine gegenteilige Auffassung vertreten, bitte ich um eine kurze Mitteilung und beantrage, mir Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

III. Tatverdacht bezüglich Taten nach dem Strafgesetzbuch

Der Generalbundesanwalt konnte keinen hinreichenden Verdacht bezüglich einer Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch feststellen. Folglich wurde das Ermittlungsverfahren diesbezüglich eingestellt.

Trotz der unzureichenden Ermittlungen liegen bereits zum jetzigen Zeitpunkt ausreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass ein hinreichender Verdacht der Begehung einer Tat nach dem Strafgesetzbuch besteht. Aus öffentlich zugänglichen Quellen ergibt sich das folgende Bild der Geschehnisse des 3. und 4. Septembers 2009 bei Kundus in Afghanistan.³⁴ Welche Sachlage der Generalbundesanwalt seiner Einstellungsverfügung zu Grunde gelegt hat, insbesondere was die Aussagen einiger der Beteiligten ergeben haben, kann mangels Gewährung des Akteneinsichtsrechts nur anhand der Pressemitteilung nachvollzogen werden.

A. Sachverhalt

³⁴ Siehe hierzu Anlage 25: Landkarten Region Kundus / Chardara.

Die Entführung der Tanklastzüge

Am 3. September 2009 fuhr gegen 11.00 Uhr Ortszeit ein Konvoi mit zahlreichen Tanklastzügen in Shir Khan an der tadschikisch-afghanischen Grenze Richtung Süden mit Ziel Kabul los.³⁵ Bei den Tanklastzügen handelte es sich um Mercedes-Benz-Tanklastwagen, Baujahr 1986.³⁶ Nach einer Reparaturpause gegen 12.30 Uhr kurz hinter dem Ortsausgang Kundus wurde der Konvoi wenig später von etwa 25 bewaffneten Männern an einer von diesen errichteten Straßensperre gestoppt.³⁷ Die Straßensperre befand sich bei dem Dorf Angur Bagh auf der Fernstraße zwischen Kundus und Kabul.³⁸ Mehrere Tanklastzüge konnten die Straßensperre durchbrechen, die beiden letzten wurden aber gestoppt.³⁹ Ein Fahrer wurde direkt vor Ort getötet, die anderen wurden gezwungen, die Tanklastzüge zum Dorf Omarkhil (auch: Omar Khel) zu steuern.⁴⁰ Der Ort Omarkhil liegt südwestlich von Kundus und südlich der Abzweigung zum Feldlager des deutschen Provincial Reconstruction Team (PRT), der Straße zwischen Kundus und Kabul.⁴¹ Die Laster hatten sich seit dem Zeitpunkt der Entführung permanent weiter vom deutschen Feldlager in entgegengesetzter Richtung entfernt. Das deutsche Feldlager liegt auf einem Hochplateau bei Kundus, von dem aus das Geschehen ohne weiteres hätte beobachtet werden können. In Omarkhil wurden die Fahrer dann angewiesen, den nahe gelegenen Kundus-Fluss zu überqueren, um den Bezirk Char Darrah zu erreichen. Bei dem Versuch der Flussüberquerung zwischen 14.30 und 18 Uhr⁴² blieben die Tanklastzüge jedoch auf einer Sandbank stecken, in entgegengesetzter Richtung zum deutschen Feldlager.⁴³ Einer der Fahrer wurde von den Entführern daraufhin erschossen.⁴⁴

³⁵ Anlage 12: Spiegel Online vom 13.12.2009, „Es sah aus, als ob die Erde Feuer spuckt“.

³⁶ Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 17; Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

³⁷ Anlage 12: Spiegel Online vom 13.12.2009, „Es sah aus, als ob die Erde Feuer spuckt“; Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

³⁸ Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

³⁹ Anlage 3: Der Spiegel vom 14.9.2009, Ausgabe 38/2009, S. 72, „Das Ende der Unschuld“.

⁴⁰ Anlage 12: Spiegel Online vom 13.12.2009, „Es sah aus, als ob die Erde Feuer spuckt“; Anlage 5: Spiegel Online vom 1.12.2009, „Ein Angriff, eine Affäre und viele brisante Fragen“; Anlage 12: Spiegel Online vom 13.12.2009, „Es sah aus, als ob die Erde Feuer spuckt“; Anlage 5: Spiegel Online vom 1.12.2009, „Ein Angriff, eine Affäre und viele brisante Fragen“; Anlage 25: Landkarten Region Kundus / Chardara.

⁴¹ Anlage 25: Landkarten Region Kundus / Chardara.

⁴² Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

⁴³ Anlage 12: Spiegel Online vom 13.12.2009, „Es sah aus, als ob die Erde Feuer spuckt“; Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

⁴⁴ Anlage 12: Spiegel Online vom 13.12.2009, „Es sah aus, als ob die Erde Feuer spuckt“; Anlage 7: STERN vom 9.12.2009, „Luftangriff von Kundus: Rot-Kreuz-Bericht belastet Guttenberg“.

In der Folgezeit strömten immer mehr Menschen zur Sandbank.⁴⁵ Aufgrund des Fastenmonats Ramadan waren sehr viele Menschen unterwegs.⁴⁶ Denn während des Ramadans gibt es zwei Mahlzeiten, eine nach Sonnenuntergang und eine zweite kurz vor Sonnenaufgang. Ebenso finden zu diesen Zeiten Gebete statt. Dazwischen ist es Tradition, wach zu bleiben. Das Fastenalter beginnt mit 14 Jahren. Am 3. September war die erste Mahlzeit gegen 19.00 Uhr, eine zweite wurde für 2.30 bis 3.00 Uhr vorbereitet. Mangels Veranstaltungen und Beschäftigungen in der Zeit zwischen den beiden Mahlzeiten in dieser Region Afghanistans trafen sich die Dorfbewohner in Moscheen oder größeren Wohnhäusern, um die Zeit des Wachbleibens gemeinsam zu überbrücken. In der Nacht des 3./4. Septembers nutzten dies viele, um nach dem 19.00 Uhr-Mahl zu den Tanklastzügen zu gehen. Frauen und Kleinkinder kehrten nach Mitternacht zurück, um das 2.30-Mahl vorzubereiten. Aus den umliegenden Dörfern wurden Menschen zusammengerufen, um mit einem Traktor die Tanklastzüge frei zu ziehen und Benzin abzapfen.⁴⁷ Zeitweise waren nach einer Augenzeugenaussage schließlich um die 200 Personen an der Sandbank, davon 40 oder 50 Bewaffnete, die das Geschehen organisierten.⁴⁸ Ab etwa 22 Uhr war Fluglärm zu hören, woraufhin manche der Bewaffneten die Sandbank verließen.⁴⁹ Andere Quellen sprechen von mehreren „hundert Menschen um die Laster, vielleicht 300, vielleicht 500, halbe Dörfer sind auf den Beinen.“⁵⁰ Nach Mitternacht verebbte das Gedränge langsam.⁵¹ Um 1.08 meldete ein F15 Kampffjet Pilot rund 50 „Aufständische“ nahe den Tanklastzügen.⁵² Auf den Ausschnitten der Videobilder der F15 Kampffjets sind nach Angaben des

⁴⁵ Anlage 12: Spiegel Online vom 13.12.2009, „Es sah aus, als ob die Erde Feuer spuckt“.

⁴⁶ Während des Ramadans gibt es zwei Mahlzeiten, eine nach Sonnenuntergang und eine zweite kurz vor Sonnenaufgang. Ebenso finden zu diesen Zeiten Gebete statt. Dazwischen ist es Tradition, wach zu bleiben. Das Fastenalter beginnt mit 14 Jahren. Am 3. September war die erste Mahlzeit gegen 19.00 Uhr, eine zweite wurde für 2.30 bis 3.00 Uhr vorbereitet. Mangels Veranstaltungen und Beschäftigungen in der Zeit zwischen den beiden Mahlzeiten in dieser Region Afghanistans treffen sich die Dorfbewohner in Moscheen oder größeren Wohnhäusern, um die Zeit des Wachbleibens gemeinsam zu überbrücken. In der Nacht des 3./4. Septembers nutzten dies viele, um nach dem 19.00 Uhr-Mahl zu den Tanklastzügen zu gehen. Frauen und Kleinkinder kehrten nach Mitternacht zurück, um das 2.30-Mahl vorzubereiten.

⁴⁷ Anlage 12: Spiegel Online vom 13.12.2009, „Es sah aus, als ob die Erde Feuer spuckt“.

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ Ebd.

⁵⁰ Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 22.; Anlage 1: Spiegel Online vom 4.9.2009, „Kampf gegen Taliban“.

⁵¹ Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 22.

⁵² Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“.

Generalbundesanwalts zum Zeitpunkt des Bombenabwurfs 30-50 Personen zu sehen.⁵³ Der überlebende Tanklastzugfahrer, Augenzeuge des Luftangriffs, spricht von etwa 120 Personen zum Zeitpunkt des Bombardements. Er hielt sich etwa 50 Meter entfernt auf.⁵⁴ Die Taliban agieren normalerweise nur in bis zu zehn Mann starken Gruppen.⁵⁵

Das Geschehen im Gefechtsstand

Bereits gegen 17 Uhr ging im Operationszentrum der Sicherheitsbehörden von NATO und Afghanen (OCC-P) in Kundus eine Meldung des afghanischen Geheimdienstes NDS ein, die von dem Überfall auf den Tanklastzugkonvoi berichtete.⁵⁶ Gegen 20 Uhr ging beim J2-Offizier⁵⁷ im deutschen Feldlager bei Kundus eine Meldung eines afghanischen Informanten ein, wonach zwei Tanklastzüge eines NATO-Versorgungskonvois bei Aliabad südlich vom deutschen Feldlager entführt worden seien.⁵⁸ Soldaten der Task Force 47 forderten daraufhin Luftunterstützung durch amerikanische Streitkräfte an.⁵⁹ Ein B1-Bomber (Einsatzname „Bone22“) traf um 21.14 Uhr über der Region Kundus ein.⁶⁰ Der B1-Bomber befand sich aufgrund der Unterstützung einer anderen Operation mit deutscher Beteiligung bereits im Norden der Region.⁶¹ **HAUPTFELDWEBEL WILHELM**, Codename „Red Baron“,⁶² hielt den direkten Kontakt zu den amerikanischen Piloten.⁶³ Gegen 22.00 Uhr kam die Meldung durch denselben afghanischen Informanten, der auch schon die Entführung gemeldet hatte, dass die Tanklastzüge auf einer Sandbank feststeckten - allerdings mit fehlerhaften Ortsangaben, so dass der B1-Bomber die beiden Tanklastzüge bis kurz nach Mitternacht nicht finden konnte.⁶⁴ Der B1 Bomber der amerikanischen Luftwaffe übertrug

⁵³ Anlage 22: Pressemitteilung Generalbundesanwalt vom 19.04.2010.

⁵⁴ Anlage 12: Spiegel Online vom 13.12.2009, „Es sah aus, als ob die Erde Feuer spuckt“.

⁵⁵ Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“; nach Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 23, gehen die Taliban „für gewöhnlich in Gruppen von 5, 10, 20 Mann vor“.

⁵⁶ Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

⁵⁷ J2 ist die für das Nachrichtenwesen zuständige Stabsabteilung.

⁵⁸ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“; Anlage 3: Der Spiegel vom 14.9.2009, Ausgabe 38/2009, S. 72, „Das Ende der Unschuld“.

⁵⁹ Anlage 8: Bild vom 10.12.2009, „Welche Rolle spielte die Elitetruppe KSK?“.

⁶⁰ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“.

⁶¹ Ebd.

⁶² Ebd.

⁶³ Anlage 19: Süddeutsche Zeitung vom 26.2.2010, „Ich war nicht im Kopf des Kommandeurs“.

⁶⁴ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“; Anlage 2: Washington Post vom 6.9.2009, „Sole Informant Guided Decision On Afghan Strike“.

ab 0.14 Uhr bis 00.48 Uhr aus 10.000 Metern Höhe⁶⁵ schwarz-weiß Videobilder von dem Szenario auf der Sandbank in den deutschen Gefechtsstand der Task Force 47 (TOC – Tactical Operation Center).⁶⁶ In diesem Gefechtsstand befanden sich ab Mitternacht **OBERST KLEIN**, **HAUPTFELDWEBEL WILHELM**, der Nachrichtenoffizier der Sondereinheit Task Force 47, **HAUPTMANN NORDHAUSEN**, sowie KSK-Hauptfeldwebel V. als Protokollführer (“storyboard“) und ein weiterer Oberfeldwebel.⁶⁷ Dabei oblag dem Oberst die letztendliche Entscheidungsbefugnis.⁶⁸ Die Nutzung des Gefechtsstands der Task Force 47 und nicht des regulären Bundeswehrgefechtsstands wurde mit der besseren technischen Ausstattung zur Übertragung von Bild- und Videoaufnahmen begründet.⁶⁹ Außerdem war **HAUPTMANN NORDHAUSEN** der Führungsoffizier eines afghanischen Informanten, der per Handy über das Geschehen auf der Sandbank berichtete.⁷⁰ Ferner steuerte die Task Force 47 in Anwesenheit von **OBERST KLEIN** den B1-Bomber bereits den gesamten Tag über wegen eines Vorfalls weiter nördlich, bei dem ein „Dingo“ der Bundeswehr beschossen und zurückgelassen wurde.⁷¹ Bei der Task Force 47 handelt es sich um 120 Personen, zur Hälfte KSK Elitekämpfer, zur anderen Hälfte Aufklärer der Bundeswehr, deren Hauptaufgabe es ist, das Bundeswehr Feldlager zu schützen und führende Taliban aufzuspüren.⁷² Im Gefechtsstand der Task Force 47 konnten **OBERST KLEIN** und **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** über ein „Rover“ Sichtgerät (eine Art Laptop mit Direktverbindung zur Kamera des Flugzeugs) die Videobilder verfolgen.⁷³ Ob **OBERST KLEIN** den Funkverkehr zwischen **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** und den amerikanischen Piloten mithören konnte, ist umstritten.⁷⁴

⁶⁵ Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 22.

⁶⁶ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptraumnacht von Kunduz“.

⁶⁷ Anlage 19: Süddeutsche Zeitung vom 26.2.2010, „Ich war nicht im Kopf des Kommandeurs“; Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“; Anlage 16: Spiegel Online vom 10.2.2010, „Die dunklen Geheimnisse der KSK-Krieger“.

⁶⁸ Anlage 19: Süddeutsche Zeitung vom 26.2.2010, „Ich war nicht im Kopf des Kommandeurs“.

⁶⁹ Ebd.

⁷⁰ Ebd.

⁷¹ Anlage 9: Spiegel Online vom 10.12.2010, „Der Schreibtischkrieger vom KSK“.

⁷² Anlage 19: Süddeutsche Zeitung vom 26.2.2010, „Ich war nicht im Kopf des Kommandeurs“; Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“; Anlage 9: Spiegel Online vom 10.12.2010, „Der Schreibtischkrieger vom KSK“.

⁷³ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptraumnacht von Kunduz“.

⁷⁴ Nicht möglich: Anlage 19: Süddeutsche Zeitung vom 26.2.2010, „Ich war nicht im Kopf des Kommandeurs“; Anlage 16: Spiegel Online vom 10.2.2010, „Die dunklen Geheimnisse der KSK-Krieger“; möglich: Anlage 20: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 2.3.2010, „Unklares Bild, widersprüchliche Aussagen“.

Neben diesen Bildern verließ sich das deutsche Einsatzkommando auf die Aussagen des eben bezeichneten einzelnen afghanischen Informanten, der sich zwar nicht selbst am Ort des Geschehens befand,⁷⁵ aber aufgrund telefonischen Kontaktes mit einem der Entführer dennoch mindestens siebenmal versicherte, dass es sich bei den Personen ausschließlich um „Taliban“ und nicht um „Zivilisten“⁷⁶ handele.⁷⁷ Die Informationen des Spitzels gelangten nur über eine Kette von Personen an den deutschen Gefechtsstand: Mittelsmänner vor Ort telefonierte mit dem Informanten, dieser übermittelte die Informationen dem deutsch-afghanischen Übersetzer (Offizier der Bundeswehr) im deutschen Feldlager, welcher wiederum zwei deutsche Bundeswehrsoldaten („Kollektoren“) anrief. All diese Personen befanden sich nicht im Gefechtsstand. Die beiden Kollektoren übermittelten die übersetzten Informationen an **HAUPTMANN NORDHAUSEN** im Gefechtsstand, der **OBERST KLEIN** sodann - gefiltert um geheimdienstliche Geheimhaltungsinteressen - informierte.⁷⁸ Außerdem teilte **HAUPTMANN NORDHAUSEN OBERST KLEIN** mit, dass der Informant zwar normalerweise verlässlich sei, Fehler oder eigene Interessen des Informanten aber nicht auszuschließen seien.⁷⁹ Meldungen aus einer Quelle seien „grundsätzlich nicht als absolut anzunehmen.“⁸⁰ Es handelte sich bei dem Informanten um eine so genannte C-3-Quelle, das heißt, seine Berichte hatten sich mehrfach als zuverlässig erwiesen. Diese Einstufung gilt als das Minimum, um mit den Informationen arbeiten zu dürfen.⁸¹

Nachdem der erste Bomber der amerikanischen Luftwaffe um 00.48 Uhr wegen Treibstoffmangels zur Basis zurückgerufen worden war, forderte **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** um 00.50 Uhr ein zweites Mal bei der Lufteinsatzzentrale (ASOC – Air Support

⁷⁵ Anlage 19: Süddeutsche Zeitung vom 26.2.2010, „Ich war nicht im Kopf des Kommandeurs“.

⁷⁶ Ebd.

⁷⁷ Wortlaut eines Berichtes, den OBERST KLEIN einen Tag nach dem Luftangriff selbst angefertigt hat. Zitiert nach Anlage 13: Der Spiegel vom 26.12.2009, Ausgabe 53/2009, S. 32, „Feinde des Wiederaufbaus“.

⁷⁸ Anlage 19: Süddeutsche Zeitung vom 26.2.2010, „Ich war nicht im Kopf des Kommandeurs“; Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

⁷⁹ Anlage 19: Süddeutsche Zeitung vom 26.2.2010, „Ich war nicht im Kopf des Kommandeurs“; Anlage 16: Spiegel Online vom 10.2.2010, „Die dunklen Geheimnisse der KSK-Krieger“.

⁸⁰ Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 24, der darauf hinweist, dass eine zweite Quelle gesucht wurde.

⁸¹ Anlage 3: Der Spiegel vom 14.9.2009, Ausgabe 38/2009, S. 72, „Das Ende der Unschuld“.

Operations Center „Trinity“) Luftunterstützung an.⁸² Auf Nachfrage gab **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** an, dass eine Feindberührung eigener Kräfte sowie eine unmittelbare Bedrohung bestehen.⁸³ **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** bestätigte in seiner Aussage gegenüber dem Ermittlungsteam der NATO, dass die Lufteinsatzzentrale nur mit dieser Begründung bereit gewesen war, die Flugzeuge zu entsenden.⁸⁴ Er selbst habe jedoch keine akute Bedrohung gesehen und nur Befehle von **OBERST KLEIN** weitergegeben; auch die von **OBERST KLEIN** herangezogene ISAF-Einsatzregel „habe er nicht einleuchtend gefunden.“⁸⁵ Um 1.08 Uhr trafen zwei F-15 Kampffjets ein (Codennamen der Piloten „Dude 15“ und „Dude 16“), die fortan ab 1.17 Uhr Videobilder direkt in den deutschen Gefechtsstand der Task Force 47 lieferten.⁸⁶ Diese Videobilder konnten zwischen Totalen und Nahaufnahmen hin und her geschaltet werden und die Bilder konnten nach verschiedenen Kriterien gerastert werden.⁸⁷ Auf Nachfrage eines der Piloten zum Verbleib der Tanklastzugfahrer erklärt **HAUPTFELDWEBEL WILHELM**, hierzu lägen keine Informationen vor. Der afghanische Übersetzer, der die Meldungen des Informanten erhielt, erklärte später gegenüber den NATO-Ermittlern, eine Quelle vor Ort habe berichtet, dass mindestens einer der Fahrer noch am Leben gewesen sei.⁸⁸ Tatsächlich überlebte auch einer der Fahrer. Einer der Piloten meldete ausdrücklich keine „friendly forces“, also deutsche oder afghanische Truppen in der Nähe der Tanklastwagen, worüber er auch die Lufteinsatzzentrale informierte.⁸⁹ Zudem berichtete ein Pilot über eine Gruppe von Personen, die sich vom Nordufer des Kundusflusses her wegbewegte.⁹⁰ Daraufhin entschied **OBERST KLEIN**, Tanklastzüge und anwesende Personen seien ein zeitkritisches Ziel und stellten eine unmittelbare Bedrohung dar.⁹¹ Die beiden Piloten wurden von **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** aufgefordert, in

⁸² Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptraumnacht von Kunduz“.

⁸³ Anlage 19: Süddeutsche Zeitung vom 26.2.2010, „Ich war nicht im Kopf des Kommandeurs“.

⁸⁴ Ebd.

⁸⁵ Ebd.

⁸⁶ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptraumnacht von Kunduz“.

⁸⁷ Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

⁸⁸ Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“; Anlage 14: Spiegel Online vom 30.1.2010, „Nato-Bericht prangert Fehler von Oberst Klein an“.

⁸⁹ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptraumnacht von Kunduz“; Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

⁹⁰ Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

⁹¹ Anlage 3: Der Spiegel vom 14.9.2009, Ausgabe 38/2009, S. 72, „Das Ende der Unschuld“; Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

möglichst hoher Höhe zu kreisen und sechs 500-Pfund-Bomben abwurfbereit zu machen.⁹² Die beiden F-15 Jagdbomber Piloten schlugen vor, eine sog. „dynamische Zielerfassung“ zu veranlassen, etwa mit Hilfe von Drohnen oder anderen Aufklärungsmitteln (möglicherweise ein Tiefflug).⁹³ Sie empfahlen zwei 2000-Pfund-Bomben.⁹⁴ Um 1.30 Uhr gab **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** Einsatzdetails zum Bombenabwurf weiter (eine 2000-Pfund-Bombe zwischen die beiden Tanklastzüge)⁹⁵ und erwähnte dabei ausdrücklich, dass die Zeit dränge und keine alliierten Kräfte in der Nähe seien.⁹⁶ Um 1.33 Uhr bat einer der beiden Piloten den deutschen Gefechtsstand um weitere Aufklärung des Tatorts.⁹⁷ Außerdem schlugen die Piloten vor, Rücksprache mit dem Combined Air Operations Center in Udeid, Katar, zu halten, was **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** mit Hinweis auf den Freigabebefehl durch den neben ihm sitzenden Kommandeur des deutschen Feldlagers zurückwies.⁹⁸ **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** gab dann den Befehl von **OBERST KLEIN** zum Abwurf der Bomben mit dem Ziel, direkt die Sandbank zu treffen, weiter.⁹⁹ Um 1.36 Uhr fragt einer der Piloten an, ob er eine Schleife in niedriger Höhe über die Tanklastzüge fliegen soll, um „die Personen auseinanderzuscheuchen“, was **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** ablehnte.¹⁰⁰ Die Piloten fragten insgesamt fünf Mal nach, ob man nicht zunächst im Tiefflug über das Geschehen fliegen solle, um die Menschenmenge zu zerstreuen, oder alternativ Hitzefackeln abwerfen solle, um die Zahl der möglichen Opfer zu verringern.¹⁰¹ Dies wurde von **OBERST KLEIN** jedoch abgelehnt, da Tiefflüge abgenutzt und wirkungslos und deshalb als überflüssig anzusehen seien.¹⁰² Um 1.46 Uhr fragte einer der Piloten an, ob die Personen um die Tanklastzüge eine „unmittelbare Bedrohung“ darstellen, was **HAUPTFELDWEBEL WILHELM**

⁹² Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“; Anlage 20: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 2.3.2010, „Unklares Bild, widersprüchliche Aussagen“; Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“; Anlage 6: Spiegel Online vom 5.12. 2009, „US-Kampfpiloten warnten schärfer vor Luftangriff als bisher bekannt“.

⁹³ Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 25.

⁹⁴ Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

⁹⁵ Ebd.

⁹⁶ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“.

⁹⁷ Ebd.

⁹⁸ Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

⁹⁹ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“.

¹⁰⁰ Ebd.

¹⁰¹ Ebd.; Anlage 20: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 2.3.2010, „Unklares Bild, widersprüchliche Aussagen“; Anlage 5: Spiegel Online vom 1.12.2009, „Ein Angriff, eine Affäre und viele brisante Fragen“; Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

¹⁰² Anlage 17: Spiegel Online vom 10.2.2010, „Oberst Klein flüchtet sich in Vorwärtsverteidigung“; Anlage 5: Spiegel Online vom 1.12.2009, „Ein Angriff, eine Affäre und viele brisante Fragen“.

bestätigt.¹⁰³ Auf Vorschlag der Piloten erklärte sich **OBERST KLEIN** mit zwei 500-Pfund-Bomben einverstanden.¹⁰⁴ Die Piloten ließen schließlich entsprechend dem Befehl zwei GPS-gesteuerte 500-Pfund-Bomben¹⁰⁵ vom Typ GBU-38 auf die Sandbank fallen.¹⁰⁶ Konkrete Anzeichen, dass sich die Tanklastzüge überhaupt wieder hätten in Bewegung setzen können, gab es zu keinem Zeitpunkt, so **OBERST KLEIN** vor dem Untersuchungsausschuss.¹⁰⁷

Wie viele Menschen durch die Explosionen der zwei Bomben ums Leben kamen, ist nicht ohne jeden Zweifel festzustellen. Nach den Recherchen, die Rechtsanwalt Popal gemeinsam mit lokalen Autoritäten anstrebte, kamen mindestens 113 Personen ums Leben. Das Initial Action Team der NATO schätzte schon unmittelbar nach dem Vorfall, dass es sich um ca. 125 Tote handele, hiervon seien mindestens 24, vielleicht mehr, keine Aufständischen.¹⁰⁸ Der Generalbundesanwalt geht von etwa 50 Toten aus,¹⁰⁹ der Journalist Christoph Reuter von 91.¹¹⁰ Mehrere dieser Toten waren Kinder, so berichtet Reuter von zwei Elfjährigen, einem zwölfjährigen, sieben 13jährigen, einem 14jährigen sowie acht 15jährigen Toten.¹¹¹ Außerdem wurde schon früh bekannt, dass ein Zehnjähriger verletzt wurde.¹¹² Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz nennt 74 tote Zivilisten, darunter auch acht-, zeh- und zwölfjährige Kinder.¹¹³

Nach dem Luftangriff

Eine Direktive des ISAF-Oberbefehlshabers sieht vor, dass innerhalb von zwei Stunden ein Untersuchungsteam an den Tatort geschickt werden muss, um ihn zu untersuchen.¹¹⁴ Am 4. September wurde um 7.00 Uhr morgens lediglich eine Drohne eingesetzt, um Bilder vom

¹⁰³ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“.

¹⁰⁴ Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

¹⁰⁵ 227 Kilogramm nach Umrechnung der amerikanischen Einheit.

¹⁰⁶ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“; Anlage 3: Der Spiegel vom 14.9.2009, Ausgabe 38/2009, S. 72, „Das Ende der Unschuld“.

¹⁰⁷ Anlage 18: Süddeutsche Zeitung vom 24.2.2010, „So war es wirklich“.

¹⁰⁸ Anlage 2: Washington Post vom 6.9.2009, „Sole Informant Guided Decision On Afghan Strike“.

¹⁰⁹ Anlage 22: Pressemitteilung Generalbundesanwalt vom 19.04.2010.

¹¹⁰ Anlage 24: Die Welt vom 24.4.2010, „Die unbekanntenen Toten des Angriffs von Kunduz“; Anlage 23: taz vom 21.4.2010, „91 Todesopfer in Kunduz“.

¹¹¹ S. die Liste der Toten bei Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 14 f.

¹¹² Anlage 2: Washington Post vom 6.9.2009, „Sole Informant Guided Decision On Afghan Strike“.

¹¹³ Anlage 7: Stern vom 9.12.2009, „Luftangriff von Kunduz: Rot-Kreuz-Bericht belastet Guttenberg“.

¹¹⁴ Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 28; Anlage 5: Spiegel Online vom 1.12.2009, „Ein Angriff, eine Affäre und viele brisante Fragen“.

Tatort zu machen.¹¹⁵ Afghanische Sicherheitskräfte fanden am Morgen nur noch wenige Spuren, da Leichen und Leichenteile bereits im Verlauf der Nacht von den Anwohnern abtransportiert worden waren.¹¹⁶ Gegen 12.00 Uhr untersuchten deutsche Feldjäger den Tatort, fanden aber noch weniger Spuren von den Getöteten. Zwar war ein deutsches Ermittler-Team aus Mazar-i-Sharif, ausgesandt vom dortigen Brigadegeneral Jörg Vollmer, zu diesem Zeitpunkt schon anwesend, sie waren aber nicht am Tatort, da sie – laut Protokoll - „vor Ort nicht erwünscht“ gewesen seien.¹¹⁷ Die Feldjäger fanden die beiden zerstörten Tanklastzüge, einen Traktor und ein Pick-up-Fahrzeug.¹¹⁸ Außerdem erhielten sie erste Berichte über 14 Vermisste aus einem Dorf und sahen beim Besuch des Krankenhauses in Kundus mehrere verletzte Kinder sowie zwei Leichen von Heranwachsenden.¹¹⁹

Nachdem ISAF-Oberbefehlshaber McChrystal nur einen sechszeiligen Bericht erhalten hatte, wurde ein siebenköpfiges Team (Initial Reaction Team) nach Kundus geschickt, das am Nachmittag des 4. September ankam. **OBERST KLEIN** argumentierte gegenüber dem Initial Reaction Team, es sei zu gefährlich, zum Tatort zu fahren oder das Krankenhaus von Kundus zu besuchen. Beides geschah aber am 5. September.¹²⁰ Bei dem Krankenhausbesuch sprach ISAF-Kommandeur McChrystal vor laufenden Kameras mit einem verletzten zehnjährigen Jungen, der sagte „Ich wollte nur Benzin aus dem Tanklastwagen holen, dann gab es einen großen Knall, was danach passiert ist, weiß ich nicht.“¹²¹ Ebenfalls am 5. September schrieb **OBERST KLEIN** eine zweiseitige Meldung an Generalinspekteur Schneiderhan. In diesem Schreiben führte **OBERST KLEIN** aus: „Am 4. September um 01.51 Uhr entschloss ich mich, zwei am Abend des 3. September entführte Tanklastwagen sowie an den Fahrzeugen befindliche INS (insurgents = Aufständische) durch den Einsatz von Luftstreitkräften zu vernichten.“¹²² Weiter beschreibt **OBERST KLEIN**, er sei gegen null Uhr geweckt worden und

¹¹⁵ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“.

¹¹⁶ Ebd.

¹¹⁷ Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 30.

¹¹⁸ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“.

¹¹⁹ Ebd.

¹²⁰ Anlage 2: Washington Post vom 6.9.2009, „Sole Informant Guided Decision On Afghan Strike“; Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 31 f.

¹²¹ Anlage 5: Spiegel Online vom 1.12.2009, „Ein Angriff, eine Affäre und viele brisante Fragen“.

¹²² Anlage 11: Spiegel Online vom 12.12.2009, „Oberst Klein wollte „Feinde des Wiederaufbaus treffen“; INS steht für „Insurgents“, zu Deutsch „Aufständische“; siehe auch Anlage 10: Süddeutsche Zeitung vom 11.12.2009, „Fatale Ausnahme“.

in den Befehlsstand der Task Force 47 gegangen. Aus den Bildern der Bomberpiloten habe er geschlossen, dass die Anwesenheit von Unbeteiligten sehr unwahrscheinlich sei. Das Bombardement habe er befohlen, „um Gefahren für meine Soldaten frühzeitig abzuwenden und andererseits mit höchster Wahrscheinlichkeit nur Feinde des Wiederaufbaus zu treffen“.¹²³

Am 7. September schickte die NATO ihren 27-seitigen Initial Action Team-Report an die deutsche Bundesregierung.¹²⁴ Dieser stellte fest, dass es mit sehr großer Wahrscheinlichkeit zivile Opfer gegeben habe.¹²⁵ Sie befragte zudem alle Beteiligten. Der SPIEGEL berichtet zu der Befragung von **OBERST KLEIN**:

„Die Isaf-Ermittler fragen ihn nach seiner Definition von "Zivilist". Klein sagt, ja, der Begriff könne irreführend sein, weil die Taliban ja keine Uniformen trügen. Deshalb, sagt er, würde er lieber davon reden, ob die Leute "beteiligt oder unbeteiligt" seien oder in die Aktivitäten der Aufständischen verwickelt. Für ihn waren alle Leute vor Ort an der Entführung der Fahrzeuge und dem Versuch, die Fahrzeuge aus dem Schlamm zu befreien, beteiligt. Sagt Oberst Klein.

Der B-1-Bomber musste dann abdrehen, Klein überlegte, ob er eine unbemannte Aufklärungsdrohne vom Typ "Luna" losschicken solle, aber er schätzte, dass es 40 bis 60 Minuten gedauert hätte, bis eine startklar sei. Er überlegte, Luftunterstützung anzufordern, aber nicht, um das Ziel zu bekämpfen, sondern einfach um Luftaufklärung zu haben, Bilder vom Geschehen, Informationen. Sein Fliegerleitoffizier habe ihm geraten, die Lufteinsatzzentrale ASOC zu kontaktieren, um Luftunterstützung zu erhalten. Zu den Fragen, wie ihm das gelungen sei und warum ein TIC¹²⁶ erklärt werden musste, sagt Klein nicht viel; er gibt aber zu, dass die Voraussetzungen für einen TIC gar nicht vorlagen. Das hätten jedoch seiner Meinung nach alle Beteiligten sowieso gewusst.

¹²³ Anlage 11: Spiegel Online vom 12.12.2009, „Oberst Klein wollte „Feinde des Wiederaufbaus treffen“.

¹²⁴ Anlage 5: Spiegel Online vom 1.12.2009, „Ein Angriff, eine Affäre und viele brisante Fragen“.

¹²⁵ Ebd.

¹²⁶ TIC bedeutet „troops in contact“.

Als er die Bilder der F-15 sah, habe er sich zum Waffeneinsatz entschieden, weil alles hundertprozentig zusammenpasste. Wenn es den Aufständischen gelingen würde, die Tanklaster freizubekommen, könnten sie ganz schnell Autobomben werden, sagt Klein, eingesetzt gegen Polizeistationen, gegen Checkpoints, gegen das deutsche Lager. Welche Macht der Welt die zwei versunkenen Tanklaster aus dem Sand hätte befreien sollen, ist nicht Gegenstand der Zeugenvernehmung. Klein sagt: "Ich musste meine Soldaten, die afghanischen Sicherheitskräfte und die afghanische Bevölkerung in diesem Gebiet schützen." Anschließend habe er deutlich gemacht, dass er die "kleinstmögliche Waffenwirkung" wolle, dass sie die "kleinstmögliche Bombe" einsetzen sollten. Er sagt, dass es seine Absicht gewesen sei, "die Sandbank zu treffen und die Tankfahrzeuge auszuschalten sowie die Personen, die die Fahrzeuge entführt hatten".¹²⁷

Die Bundesregierung versuchte auf den ausführlichen NATO-Bericht zu dem Vorfall einzuwirken, indem sie dem NATO-Oberkommandierenden in Europa, Admiral James G. Stavridis, zu verstehen gab, dass eine allzu deutliche Verurteilung von **OBERST KLEIN** durch die NATO in Deutschland zu juristischen Problemen führen könnte.¹²⁸ Das Einsatzprotokoll der Task Force 47 aus dem Gefechtsstand wurde den NATO-Ermittlern mit Verweis auf deutsche Geheimhaltungsvorschriften vorenthalten.¹²⁹

B. Strafrechtliche Einschätzung nach dem Strafgesetzbuch

1. Einleitung

Der Generalbundesanwalt stützt die Einstellung des Ermittlungsverfahrens im Verfahren gegen **OBERST KLEIN** und **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** laut Pressemitteilung unter anderem darauf, dass der gemäß Völkerstrafgesetzbuch geforderte Vorsatz nicht vorlag und alle in

¹²⁷ Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“.

¹²⁸ Anlage 5: Spiegel Online vom 1.12.2009, „Ein Angriff, eine Affäre und viele brisante Fragen“.

¹²⁹ Anlage 8: Bild vom 10.12.2009, „Welche Rolle spielte die Elitetruppe KSK?“.

Frage kommenden Straftatbestände nach dem Strafgesetzbuch gerechtfertigt seien, da die Regeln des humanitären Völkerrechts eingehalten worden seien.¹³⁰

Aufgrund der bislang zugänglichen Faktenlage ergeben sich mehrere Fragen zur Völkerrechtsmäßigkeit des Luftangriffs – und entsprechend zur Strafbarkeit der Beschuldigten. Hier ergeben sich insbesondere schwere Bedenken hinsichtlich einer Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Das Zustandekommen von **OBERST KLEINS** Überzeugung, nur Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils der Taliban und damit legitime Ziele im Sinne des humanitären Völkerrechts zu treffen, ist ebenso zu untersuchen wie seine bewussten Verstöße gegen die Vorsichtsmaßnahmen bei Angriffen nach humanitärem Völkerrecht.

Letztlich erschwert die derzeitige Faktenlage die rechtliche Bewertung. Durch die bislang nicht gewährte Akteneinsicht ist die faktische Grundlage der Einstellungsentscheidung des Generalbundesanwalts unbekannt. Entscheidende Untersuchungsberichte wie etwa der NATO/ISAF-Bericht und der IKRK-Bericht unterliegen der Geheimhaltung und sind den Rechtsanwälten daher nicht zugänglich. Der Generalbundesanwalt hat die Ermittlungen hauptsächlich in Deutschland geführt. Über eine Überprüfung der Angaben vor Ort oder den Versuch, widersprüchliche Aussagen durch Zeugenvernehmungen aufzuklären – zum Beispiel durch Vernehmung der Hinterbliebenen oder Verletzten – ist nichts bekannt. Die Ergebnisse des Bundestags-Untersuchungsausschusses wurden bei der Entscheidung gar nicht erst abgewartet.

Auf der Grundlage der derzeit bekannten Fakten soll jedenfalls der Einschätzung des Generalbundesanwalts, eine Strafbarkeit nach Völkerstrafgesetzbuch komme nicht in Betracht, nicht widersprochen werden.

2. Strafbarkeit nach dem deutschen Strafgesetzbuch

Zunächst muss geklärt werden, ob und inwieweit das allgemeine Strafrecht neben dem Völkerstrafgesetzbuch angewandt werden kann. Dann soll auf den Tatbestand des Mordes

¹³⁰ Anlage 22: Pressemitteilung Generalbundesanwalt vom 19.04.2010.

mit gemeingefährlichen Mitteln eingegangen werden. Eine umfassende Prüfung, ob objektiv das humanitäre Völkerrecht verletzt wurde, schließt sich an. Dabei sind auf subjektiver Seite mögliche Irrtümer von **OBERST KLEIN** und deren Auswirkungen näher zu untersuchen. Abschließend wird die mögliche fahrlässige Deliktsbegehung durch **OBERST KLEIN** geprüft.

a. Das Strafgesetzbuch ist neben dem Völkerstrafgesetzbuch anwendbar

Aus den Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch geht ausdrücklich hervor, dass ein Ausschluss der Anwendbarkeit des Strafgesetzbuches nicht gewollt war.¹³¹ Begründet wurde dies damit, dass das Völkerstrafgesetzbuch gerade keine abschließende Sonderregelung für Straftaten treffe, die in bewaffneten Konflikten oder im Zusammenhang mit Angriffen gegen die Zivilbevölkerung begangen werden.¹³²

Der Sinn und Zweck der Vorschriften spricht ebenso für eine parallele Anwendung. Die Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs war unter anderem dazu gedacht, Handlungen, die (meist) schon vorher strafbar waren, ihrem Unrechtsgehalt nach angemessen zu erfassen, indem man sie als Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen klassifiziert.¹³³ Ihr Sinn war es jedoch nicht, Mörder oder Totschläger, die in einem völkerrechtlichen Gesamtzusammenhang gehandelt haben, womöglich straffrei zu stellen. Dies sieht auch der Generalbundesanwalt so.¹³⁴

Die Begründung der Bundesregierung zum Völkerstrafgesetzbuch führt dazu aus: „(...) war das Verhalten völkerrechtlich verboten, so kann es auch dann nach deutschem Strafrecht strafbar sein, wenn das Völkerrecht als solches keine Strafbarkeit anordnet. So kann etwa

¹³¹ 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. (24, 26).

¹³² 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. (24).

¹³³ 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. (23); G. Werle, Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) – Einleitung, in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/2 – Nebenstrafrecht III, Völkerstrafgesetzbuch, 2009, Rdn. 33.

¹³⁴ Anlage 22: Pressemitteilung Generalbundesanwalt vom 19.04.2010.

ein Flugzeugpilot, der die völkerrechtlich gebotenen Vorsichtsmaßnahmen (vgl. etwa Art. 57 Abs. 2 Zusatzprotokoll I) nicht getroffen und deshalb beim Abwurf von Bomben Zivilpersonen getötet hat, nach deutschem Recht (...) wegen vorsätzlicher Tötung strafbar sein, auch wenn das Völkerstrafrecht sein Verhalten nicht unter Strafe stellt.“¹³⁵ Außerdem: „Verletzt der Täter (...) die nach humanitärem Völkerrecht bestehende Pflicht zur Unterscheidung zwischen militärischen Zielen und zivilen Objekten (vgl. etwa Artikel 57 Abs. 2 Buchstabe a (ii) des Zusatzprotokolls I), so nimmt er eine völkerrechtswidrige Kriegshandlung vor. Die Tötung von Zivilpersonen ist dann zwar nicht nach VStGB strafbar, kann aber (...) nach deutschem Recht (§§ 211 ff. StGB) strafbar sein.“¹³⁶

b. Tatbestände des Mordes und Totschlages verwirklicht

Durch den Befehl des **OBERST KLEIN** wurden Menschen vorsätzlich getötet, damit ist der Tatbestand des Totschlages gemäß § 212 StGB erfüllt.

Von den speziellen Mordmerkmalen nach § 211 StGB kommt insbesondere das Merkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“ in Betracht. Das Merkmal der Gemeingefährlichkeit ist erfüllt, sobald die Tötungshandlung im Einzelfall eine Gefahr für eine unbestimmte Anzahl anderer, unbeteiligter Personen mit sich bringt.¹³⁷ 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.

Auch der Tötungsvorsatz ist nicht umstritten, da das deutsche Strafrecht keinen Unterschied auf Tatbestandsebene zwischen Kombattanten (bzw. „Mitgliedern einer organisierten bewaffneten Gruppe“) und Zivilisten macht. Der Angriff zielte auf Personen, die getötet

¹³⁵ BT-Drs. 14/8524, S. 13.

¹³⁶ Ebd., S. 33.

¹³⁷ T. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl. 2009, § 211 Rdn. 59; H. Schneider, § 211, in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3 – §§ 185–262 StGB, 2003, Rdn. 103.

werden sollten, was letztlich auch eintraf. Davon scheint auch der Generalbundesanwalt auszugehen, die auf Rechtfertigungsebene prüft, ob das humanitäre Völkerrecht eingehalten wurde, was das Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen impliziert.¹³⁸

Damit sind der subjektive wie der objektive Tatbestand des Totschlags und des Mordes erfüllt. Da die Strafbarkeit nach § 211 und § 212 StGB abhängig ist von der Frage, ob humanitäres Völkerrecht verletzt wurde, soll zunächst diese Frage geklärt werden. Sollte humanitäres Völkerrecht nicht verletzt worden sein, so wäre **OBERST KLEIN** in seinem Verhalten gerechtfertigt.

i. Liegt eine Rechtfertigung nach humanitärem Völkerrecht vor?

Eine Strafbarkeit des **OBERST KLEIN** kommt dann nicht in Betracht, wenn die Normen des humanitären Völkerrechts objektiv eingehalten wurden und subjektiv eingehalten werden sollten. Zu beachten ist dabei insbesondere die Frage eines möglichen Irrtums auf Seiten **OBERST KLEIN** und die Auswirkungen des Irrtums auf die Strafbarkeit seines Handelns.

Die entscheidenden Normen des humanitären Völkerrechts sind die Artikel 51 und 57 ZP I. Das Erste Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen von 1949 findet direkt im internationalen bewaffneten Konflikt Anwendung. Nach Ansicht der Bundesregierung und des Generalbundesanwalts ist der Konflikt in Afghanistan allerdings ein nicht-internationaler bewaffneter Konflikt. Diese Einschätzung ist zwar nicht unumstritten, vorliegend aber ohne Bedeutung. Denn die im vorliegenden Fall relevanten Normen stellen inzwischen grundsätzlich anerkanntermaßen humanitäres Völkergewohnheitsrecht auch für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt dar.¹³⁹ Dies wird auch vom Generalbundesanwalt in

¹³⁸ Anlage 22: Pressemitteilung Generalbundesanwalt vom 19.04.2010.

¹³⁹ J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, ICRC Study, Vol. I: Rules, 2005, Regeln 15 bis 20; International Institute of Humanitarian Law: M. Schmitt/C. Garraway/Y. Dinstein, The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict (Sanremo Manual), 2006, S. 22 ff. Siehe auch HPCR, Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, 15 Mai 2009, abrufbar unter: <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/>; Auch das Jugoslawien-Tribunal geht von einer Konvergenz beider Rechtsgebiete aus: ICTY, Prosecutor ./ Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber, Entscheidung v. 2. Oktober 1995, Ziff.

der Pressemitteilung unterstellt.¹⁴⁰ Außerdem findet in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten das Zweite Zusatzprotokoll direkt Anwendung. Hier sieht Artikel 13 Absatz 1 ZP II vor, dass die Zivilbevölkerung und einzelne Zivilpersonen Schutz vor den von Kampfhandlungen ausgehenden Gefahren genießen. Ohne dies ausdrücklich vorzusehen, lässt sich daraus der Grundsatz des Verhältnismäßigkeitsprinzips ebenso wie die ihn mit Leben erfüllenden grundlegenden Verfahrensregeln herauslesen.¹⁴¹

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

„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 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.“¹⁴²

119: "What is inhumane, and consequently proscribed in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife."

¹⁴⁰ Anlage 22: Pressemitteilung Generalbundesanwalt vom 19.04.2010.

¹⁴¹ Auf die enge Verbindung zwischen der Verhältnismäßigkeit, dem Verbot des unterschiedslosen Angriffs und den Verfahrensregeln weisen auch S. Oeter, *Methods and Means of Combat*, in: D. Fleck (Hrsg.), *Handbook of International Humanitarian Law*, 2. Aufl. 2008, S. 119 ff. (207 ff.); ICTY, Prosecutor ./. Kupreskic (IT-95-16T), Trial Chamber, Urteil v. 14. Januar 2000, Ziff. 525; sowie J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, ICRC Study, Vol. I: Rules, 2005, S. 53, hin.

¹⁴² Anlage 7: Stern vom 9.12.2009, „Luftangriff von Kundus: Rot-Kreuz-Bericht belastet Guttenberg“.

Auch Bundesverteidigungsminister zu Guttenberg bezeichnete bekanntermaßen den Vorfall als „aus heutiger, objektiver Sicht, im Lichte aller, auch mir damals vorenthaltener Dokumente, militärisch nicht angemessen“¹⁴³ und hält an dieser Ansicht auch nach der Entscheidung des Generalbundesanwalts fest.

Im Folgenden wird aufgezeigt, gegen welche Normen des humanitären Völkerrechts vor und während des Angriffs verstoßen wurde.

Gegen das humanitäre Völkerrecht wurde in dreifacher Hinsicht verstoßen: die Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff sind ebenso wie das Verhältnismäßigkeitsgebot durch **OBERST KLEIN** verletzt worden. Schließlich wurde gegen Warnpflichten verstoßen.

◆ Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff – Grundsatz: Art. 57
Abs. 1 ZP I/Art. 13 Abs. 1 ZP II

Der Grundsatz bei Angriffen im bewaffneten Konflikt lautet, die Zivilbevölkerung, Zivilisten und zivile Objekte soweit wie möglich zu schonen.¹⁴⁴ Alle möglichen Maßnahmen müssen getroffen werden, um den Verlust an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, die Verletzung von Zivilisten sowie Schädigungen ziviler Objekte zu verhindern oder so weit wie möglich zu minimieren. Was alles getan werden muss, um die Zivilbevölkerung zu schützen, hängt von der Situation im Einzelfall ab. Sowohl humanitäre als auch militärische Erwägungen sind zu berücksichtigen, ebenso wie die Gesamtumstände zur Zeit der Entscheidung eines Angriffsbefehls. Hinzu kommt der Grundsatz aus Artikel 50 Absatz 1 ZP I, dass alle Menschen solange als Zivilisten anzusehen sind, bis ein anderweitiger Status festgestellt wird.

¹⁴³

www.bmvg.de/portal/a/bmvg/service/redenundinterviews/redendesministers?yw_contentURL=/C1256F1200608B1B/W27YDQAZ059INFODE/content.jsp

¹⁴⁴ Siehe auch HPCR, Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, 15 Mai 2009, Rule 30 und 34, abrufbar unter: <http://www.ihlresearch.org/amw/manual/>

Dies bedeutet, dass zunächst alle Personen auf der Sandbank als Zivilisten anzusehen waren. Entscheidend ist nun, welche Personen in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten ein legitimes Ziel eines Angriffs bilden können.

Das humanitäre Völkerrecht beruht auf der Unterscheidung von Kombattanten und Nicht-Kombattanten. Erstere sind legitime Ziele, letztere sind zu schützen, vgl. Artikel 43 Absatz 2, Artikel 48 Halbsatz 2 ZP I. Im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt gibt es keine Kombattanten.¹⁴⁵ Gleichwohl sind Personen, die dauerhaft an den Kampfhandlungen auf Seiten der nicht-staatlichen Partei teilnehmen, wozu alle Personen, die Mitglied einer organisierten bewaffneten Gruppe sind, gehören, sowie Personen, die gemäß Art. 13 Abs. 3 ZP II unmittelbar an den Feindseligkeiten teilnehmen, legitime Ziele.¹⁴⁶

Die Mitgliedschaft in einer organisierten bewaffneten Gruppe wird funktional, nicht abstrakt bestimmt.¹⁴⁷ Dabei ist eine Person Mitglied dieser Gruppe, wenn sie kontinuierlich an den von dieser Gruppe ausgehenden Feindseligkeiten beteiligt ist.¹⁴⁸ Zu unterscheiden davon sind Personen, die spontan, sporadisch oder unorganisiert oder in einer nichtkämpfenden Funktion an Feindseligkeiten teilnehmen.¹⁴⁹

Für eine unmittelbare Teilnahme an den Feindseligkeiten sind drei kumulative Aspekte entscheidend: Objektiv muss die Handlung dazu geeignet sein, militärische Operationen oder Kapazitäten einer Partei des Konfliktes zu schädigen oder die Tötung, Verletzung oder Zerstörung von geschützten Personen oder Objekten zu verursachen (Kriterium des „threshold of harm“).¹⁵⁰ Zudem muss Kausalität zwischen dem Schaden und der Handlung oder der militärischen Operation, deren integraler Bestandteil die Handlung ist, bestehen

¹⁴⁵ Ebenso wie dem Recht des internationalen bewaffneten Konflikts das Recht zur Tötung innewohnt, setzt das Recht des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts die Rechtmäßigkeit von Tötungen des Gegners durch Angehörige der Streitkräfte voraus. Dies lässt sich u.a. an Art. 13 ZP II erkennen, der das Verbot des unterschiedslosen Angriffs festschreibt und damit implizit davon ausgeht, dass es legitime Ziele gibt, s. dazu ausführlich D. Steiger/J. Bäumler, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Soldaten bei Auslandseinsätzen: an der Schnittstelle von Strafrecht und Völkerrecht, AVR 2/2010, im Erscheinen, Manuskriptseite 24 f.

¹⁴⁶ 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. 36.

¹⁴⁷ Ebd., S. 33.

¹⁴⁸ Ebd.

¹⁴⁹ Ebd., S. 33-34.

¹⁵⁰ Ebd., S. 16.

(Kriterium der „direct causation“).¹⁵¹ Subjektiv muss die Handlung darauf ausgelegt sein, unmittelbar kausal die oben genannten schweren Verletzungen herbeizuführen, mit dem Ziel, eine Kriegspartei zum Nachteil der anderen zu unterstützen (Kriterium des „belligerent nexus“).¹⁵² Nimmt eine Person eine solche Handlung vor, so nimmt sie unmittelbar an Feindseligkeiten teil und verliert daher ihren Schutzstatus als Zivilperson. Dies gilt aber nicht dauerhaft, sondern ist auf die Vorbereitung und Vornahme der Handlung sowie die Rückkehr von dem Ort der Handlung beschränkt.¹⁵³

Zusammenfassend gilt für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt, dass als legitime Ziele nur die Personen anzusehen sind, die entweder Mitglied einer organisierten bewaffneten Gruppe sind oder an den Kampfhandlungen aktiv teilnehmen.

Einzelpersonen sind also nur dann legitime Ziele im humanitär-völkerrechtlichen Sinn, wenn sie Mitglied einer organisierten bewaffneten Gruppe sind. 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 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**) 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 können. Zu betonen ist jedoch, dass auf der Sandbank keine Feindseligkeiten stattfanden, an denen irgendeine Person hätte teilnehmen können. Auch die Tanklastwagen waren nicht als

¹⁵¹ Ebd.

¹⁵² Ebd., S. 17.

¹⁵³ Ebd.

Waffe einsetzbar.¹⁵⁴ Es durften also ausschließlich Mitglieder des bewaffneten und organisierten Teils der Taliban getötet werden, keinesfalls irgendwer anders.

Folglich mussten die Personen auf der Sandbank positiv als organisierte bewaffnete Mitglieder der Taliban identifiziert werden. Artikel 57 Absatz 1 ZP I spricht von „constant care“ gegenüber Zivilpersonen. Was diese dauerhafte Komponente beinhaltet und wie dieser humanitär-völkerrechtliche Grundsatz beachtet werden soll, wird durch nähere Bestimmungen weiter ausgefüllt:

- ◆ Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff – Aufklärungspflicht:
Art. 57 Abs. 2 a) i) iVm Art. 51 Abs. 4 und 5 b) ZP I

Derjenige, der den Angriff beschließt, muss alles praktisch Mögliche tun um sicherzugehen, dass der Angriff nicht gegen das Erste Zusatzprotokoll – aufgrund der völkergewohnheitsrechtlichen Geltung des Art. 57 ZP I ist damit zugleich auch jeder Verstoß gegen völkergewohnheitsrechtlich geltende Normen des ZP I gemeint – verstößt. Hier ist insbesondere relevant, dass der Angriff – wie im Folgenden genauer begründet wird, gegen das Verbot des unterschiedslosen Angriffs, konkretisiert in Form des unverhältnismäßigen Angriffs gemäß Art. 51 Abs. 4 und 5 b) ZP I verstoßen hat. **OBERST KLEIN** als Befehlshaber des Angriffs hätte alles praktisch Mögliche tun müssen, um eine Verletzung des anwendbaren humanitären Völkerrechts zu verhindern. Dies ist nicht geschehen.

Personaler Anwendungsbereich

OBERST KLEIN hat den Befehl zum Abwurf der beiden GBU-38 Bomben gegeben, welcher dann durch **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** an die beiden amerikanischen Piloten der F15-Kampjets übermittelt wurde. Er hat damit den Angriff beschlossen und musste die Vorsichtsmaßnahmen des Artikels 57 ZP I beachten. Dass **OBERST KLEIN** und **HAUPTFELDWEBEL WILHELM** falsche Informationen an die Lufteinsatzzentrale sowie an die Piloten der F-15 Bomber übermittelten, die erst dazu führten, dass er gemäß den NATO-

¹⁵⁴ Dazu ausführlich IV. C) (b) (i).

Einsatzregeln (Regel 429a/b)¹⁵⁵ eine Eilzuständigkeit besaß, entbindet sie nicht von ihrer Verantwortlichkeit, humanitäres Völkerrecht einzuhalten.

Angriff (Art. 49 ZP I)

Der Bombenabwurf stellt einen Angriff auf die auf der Sandbank befindlichen Personen und Objekte dar.

Aufklärungspflicht

OBERST KLEIN musste alles praktisch Mögliche tun, um sicherzugehen, dass anwendbares humanitäres Völkerrecht nicht verletzt wurde.

Ab Mitternacht lagen Videobilder vom Geschehen auf der Sandbank vor, erst durch den angeforderten B1-Bomber und später durch die beiden gesondert angeforderten F15-Kampfbomber. Zusätzlich zu den Videobildern standen **OBERST KLEIN** die Informationen des einen afghanischen Informanten der Task Force 47 zur Verfügung. Reichten diese beiden Quellen aus, um der Erfüllung der Aufklärungspflicht zu genügen?

Zunächst ergeben sich mehrere Fragen in Bezug auf den Informanten und die Verwendung seiner Informationen. Wer war er, wie zuverlässig war er, verfolgte er eigene Motive und was wusste er genau über die Umstände am Kundus-Fluss, kurz: wie glaubwürdig war er und darf eine Angriffsentscheidung auf Informationen eines einzelnen Informanten gestützt werden? Ebenso ist zu fragen, ob **OBERST KLEIN** Rückfragen dazu gestellt hat, was der Informant mit „Taliban“ meint. Ziel dürfen nach dem humanitären Völkerrecht nur „Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils“¹⁵⁶ der Taliban sein (die NATO-Einsatzregeln benutzen den Begriff „Aufständische“). Aus dem Feldjägerbericht geht aber hervor, dass in Kundus und in den umliegenden Dörfern mehr oder weniger jeder von den Provinzräten und dem Gouverneur als „Aufständischer“ oder „Taliban“ bezeichnet wurde, der nicht auf Seiten der örtlichen Machthaber steht:

¹⁵⁵ Siehe Feldjägerbericht vom 9.9.2009.

¹⁵⁶ Dazu siehe oben IV. C) (b) (i).

„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.“¹⁵⁷

Die Bezeichnung „Taliban“/„Aufständische“ im Sprachgebrauch der lokalen Bevölkerung und Politiker kann nicht dem humanitär-völkerrechtlichen Begriff des „Mitglieds des organisierten bewaffneten Teils der Taliban“ gleichgesetzt werden, da die erste Bezeichnung viel weiter geht. **OBERST KLEIN** spricht in seinem Schreiben vom 5. September 2009 an Generalinspekteur Schneiderhan von „Feinden des Wiederaufbaus“, dies scheint auch eine zu weite Auslegung des Begriffs „Mitglied des organisierten bewaffneten Teils der Taliban“ zu beinhalten. Nicht jeder, der daran beteiligt ist, die Tanklastzüge zu befreien oder Benzin abzuzapfen, ist ein Mitglied des organisierten bewaffneten Teils der Taliban und damit legitimes Ziel. Dies gilt ebenso für Personen, die sich nachts in einem von den Taliban kontrollierten Gebiet außerhalb von Ortschaften aufhalten, aber damit noch nicht automatisch Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils der Taliban sind, zumal feststeckende Tanklastzüge in einer ländlichen und verarmten Region an sich schon eine Besonderheit und Attraktion darstellen, die auch Neugierige anzieht. Es war eine Reihe von Kindern vor Ort, die nicht als Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils der Taliban zu bezeichnen sind. Hinzu kommt, dass die Tanklasten seit dem Nachmittag (zwischen 14.30 und 18 Uhr) dort feststeckten, mithin sich die Zusammensetzung der Personen vor Ort in dieser Zeit bis 1.50 Uhr (dem Zeitpunkt des Bombenabwurfs) geändert hat. Diese Rückfragen mit Bitte um Spezifizierung der einzelnen Personen vor Ort wären alleine schon deshalb nötig gewesen, weil die Kette von Telefonaten und die jeweiligen Übersetzungen den Wert der Informationen des Informanten am Ende deutlich einschränken. Dies suggeriert auch die Aussage des **HAUPTMANN NORDHAUSEN**, dass er es für wahrscheinlich gehalten hat, dass **OBERST KLEIN** zusätzliche Informationen gehabt habe, die ihm, **HAUPTMANN NORDHAUSEN**, nicht bekannt gewesen seien.¹⁵⁸ Außerdem hat er noch darauf hingewiesen, dass Meldungen aus einer einzigen Quelle „grundsätzlich nicht als absolut anzunehmen seien“ und er nicht ausschließen könne, dass die Quelle ihr eigenes Spiel spiele. Auch die Erfahrung lehrt, dass Informanten des Öfteren schon die US-Armee benutzt haben, um

¹⁵⁷ Feldjägerbericht vom 9.9.2009, S. 5; INS bedeutet „insurgents“, zu Deutsch „Aufständische“.

¹⁵⁸ Anlage 19: Süddeutsche Zeitung vom 26.2.2010, „Ich war nicht im Kopf des Kommandeurs“.

Eigeninteressen durchzusetzen: So wurde etwa eine Hochzeitsfeier in Uruzgan, eine Trauerfeier in Herat und einmal sogar eine Stammesdelegation auf dem Weg zu einer Ratsversammlung nach Kabul, zu der die Amerikaner selbst eingeladen hatten, durch die US-Luftwaffe aufgrund wissentlich fehlerhafter Angaben durch Informanten bombardiert.¹⁵⁹

Hinzu kommt, dass der Informant als C-3-Quelle lediglich den untersten Zuverlässigkeitsgrad von Informanten erreicht hatte. Außerdem war bekannt, dass der Informant selbst keinen Sichtkontakt zu der Sandbank hatte, sondern wiederum auf eigene Informanten angewiesen war.

Die Gesamtschau der Umstände bezüglich der einzigen Quelle macht deutlich, dass **OBERST KLEIN** sich nicht einzig und allein auf diese Quelle stützen durfte, um seiner Aufklärungspflicht Genüge zu tun. Eine Präzisierung der Personen und des Inhalts der Aussagen des Informanten wären zum einen erforderlich gewesen. Zum anderen hätte eine weitere Quelle herangezogen werden müssen, um die Verlässlichkeit zu überprüfen und eigene Beweggründe der einzigen Quelle auszuschließen.

Die Informationen, welche Personen anwesend waren, lieferten jedenfalls nicht die Flugzeuge. Es müssten insgesamt etwa 80 Minuten Videobilder von der Sandbank vorliegen. Diese Videos zeigen die Vorgänge ab etwa Mitternacht mit einer fast halbstündigen Unterbrechung wegen des Austausches der Flugzeuge. Kurz vor dem Angriff sollen nach Augenzeugenangaben noch etwa 120 Personen auf der Sandbank anwesend gewesen sein. Außerdem ist bekannt, dass viele Menschen öfter von ihrem Dorf zu den Tanklastzügen gegangen sind. Eine weiträumigere Observation des Geschehens hätte dies erkennbar gemacht. Die Zahl der Getöteten und Verwundeten lag weit über 100. Eine solche Anzahl von Menschen hätte auch auf den Videobildern erkennbar sein müssen. Immerhin erlaubte die Übertragungstechnik Nahaufnahmen. Bewaffnet waren laut Augenzeugenangaben anfangs 40 bis 50 Personen, von denen einige das Geschehen ab 22.00 Uhr verließen. Auf den Videobildern ab Mitternacht dürften demnach etwa 30 Personen von den über 120 Anwesenden Waffen getragen haben. Inwieweit dies auf den Videobildern zu erkennen war, ist nicht bekannt.

¹⁵⁹ Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 22.

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, nach dem eine Weiterfahrt 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 zudem mehr als fragwürdig. 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.¹⁶⁰ Wenn es darum ging, die Tanklastzüge wieder freizubekommen, dann hätte es ausgereicht, wenn einige bewaffnete Taliban die Bevölkerung zum Helfen gezwungen hätten. Dann wären neben den Mitgliedern des organisierten bewaffneten Teils der Taliban zahlreiche Zivilisten vor Ort gewesen. Hinzu kommt, dass die Taliban normalerweise in kleinen Gruppen vorgehen, die Situation auf der Sandbank wäre eine „riesige Operation“ gewesen.¹⁶¹

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.¹⁶² Dies wäre auch ohne eigenes Risiko möglich gewesen, da man lediglich Panzerabwehrraketen entdeckt hatte und keine Befürchtung haben musste, abgeschossen zu werden.

Da aber aus seiner Sicht nicht nur die Tanklastzüge, sondern auch die Menschen auf der Sandbank das Ziel des Angriffes bildeten, sah **OBERST KLEIN** ein „zeitempfindliches“ Ziel, das ihm keine weiteren Aufklärungsmöglichkeiten gestatten würde. Die Konsequenz daraus,

¹⁶⁰ S. dazu auch Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 20.

¹⁶¹ Anlage 15: Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34, „Ein deutsches Verbrechen“; Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 23.

¹⁶² Christoph Reuter/Marcel Mettelsiefen, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 25.

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.¹⁶³ 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 unterstützt 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 vom Generalbundesanwalt 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 –

¹⁶³ 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.

was sie waren –, und ob und wenn ja wie viele Personen Panzerfäuste oder ähnliches 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 sicherzugehen, dass die anwendbaren Vorschriften des humanitären Völkerrechts eingehalten wurden.¹⁶⁴

◆ Schutz der Zivilbevölkerung – Verbot unterschiedsloser Angriffe: Art. 51 Abs. 4 und 5 b) ZP I

Neben der Verletzung der Aufklärungspflicht kommt auch eine Verletzung des Schutzes der Zivilbevölkerung durch einen unterschiedslosen Angriff in Frage. Dabei geht es darum, ob die Verhältnismäßigkeit des Angriffes erwartet wurde. Unverhältnismäßig ist ein 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. Bei der Erörterung des militärischen Vorteils sind Aspekte wie die vom Gegner ausgehende Gefahr, die durch den Angriff zu erreichende Schwächung des Gegners und der daraus erwachsende eigene militärische Vorteil zu berücksichtigen.

Perspektive

Für die Entscheidung, ob ein Angriff verhältnismäßig war, ist auf eine objektive dritte Person im Zeitpunkt der Tat (*ex ante* Sicht) abzustellen. Es geht also darum, ob der Täter wusste oder hätte wissen müssen, dass der Angriff unverhältnismäßig sein wird.¹⁶⁵ Es ist dabei auf eine im vernünftigen (*reasonable*) Maß informierte Person in den Umständen des Täters

¹⁶⁴ S. auch D. Diehl, Zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm durch die Generalbundesanwalt, 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.).

¹⁶⁵ International Institute of Humanitarian Law: M. Schmitt/C. Garraway/Y. Dinstein, The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict (Sanremo Manual), 2006, S. 23.

abzustellen. Diese muss aufgrund der ihr vernünftigerweise zur Verfügung stehenden Information einen unverhältnismäßigen Verlust der Zivilbevölkerung als Folge des Angriffs erwarten können.¹⁶⁶ Der Täter musste also das wissen, was er aufgrund der Normen des humanitären Völkerrechts hätte herausfinden müssen, bevor er einen Angriff befiehlt.¹⁶⁷ Hierbei ist auf Art. 57 Abs. 2 lit. a) ii) ZP I¹⁶⁸ abzustellen. Gerade diese Norm wurde aber bei dem Angriff verletzt. Selbst wenn es einen erwarteten militärischen Vorteil gibt, müssen Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff sowohl in der Planung und dem Beschluss über den Angriff als auch während der Fortdauer des Angriffs berücksichtigt werden, Art. 57 Abs. 2 lit. a) iii), lit. b) ZP I.

Im Unterschied zu § 11 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Völkerstrafgesetzbuch (unverhältnismäßiger Angriff), der auf subjektiver Seite verlangt, dass der konkret Handelnde die Unverhältnismäßigkeit sicher erwartet, erfordert Art. 51 Abs. 4 und 5 b) ZP I¹⁶⁹ ‚nur‘, dass damit zu rechnen ist, dass der Angriff unverhältnismäßig sein wird. Hinzu kommt, dass das Erste Zusatzprotokoll – wie ausgeführt – die Perspektive eines objektiven Dritten zu Grunde legt, während das Völkerstrafgesetzbuch auf den handelnden Einzelnen abstellt. Die Sicht des Einzelnen bzgl. der Verletzung des Ersten Zusatzprotokolls allerdings spielt beim womöglich vorliegenden subjektiven Rechtfertigungselement wieder eine Rolle.

¹⁶⁶ ICTY, Prosecutor ./ Galić (IT-98-29), Trial Chamber, Urteil v. 5. Dezember 2003, Nr. 58, Fn. 110: “also military manuals provide guidance as to the practical application of this test. The Canadian Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level, Section 5, para. 27 (1992) indicates, for example, that “consideration must be paid to the honest judgement of responsible commanders, based on the information reasonably available to them at the relevant time, taking fully into account the urgent and difficult circumstances under which such judgements are usually made” and indicates that the proportionality test must be examined on the basis of “what a reasonable person would do” in such circumstances. The Australian Defence Force, Law of Armed Conflict – Commander’s Guide (1994), at p. 9-10, and the New Zealand Interim Law of Armed Conflict Manual, at para. 515(4), contain a similar provision. See also, e.g., Yugoslav Regulation on the Application of international Laws of War in the Armed Forces of the SRFY, para. 72 (1988).“

¹⁶⁷ D. Kretzmer, Rethinking Application of IHL in Non-International Armed Conflicts, Israel Law Review 2009 (42), S. 1 ff. (20).

¹⁶⁸ Oder entsprechend auf die völkergewohnheitsrechtliche Norm, J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, ICRC Study, Vol. I: Rules, 2005, Regel 17, S. 56 ff.; International Institute of Humanitarian Law: M. Schmitt/C. Garraway/Y. Dinstein, The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict (Sanremo Manual), 2006, S. 25, 27.

¹⁶⁹ Oder entsprechend der völkergewohnheitsrechtliche Norm, J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, ICRC Study, Vol. I: Rules, 2005, Regel 1 und 11 f., S. 3 ff., 37 ff.; International Institute of Humanitarian Law: M. Schmitt/C. Garraway/Y. Dinstein, The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict (Sanremo Manual), 2006, S. 10 f., 20 f., jeweils m.w.N.; s. auch ICTY, Prosecutor ./ Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber, Entscheidung v. 2. Oktober 1995, Ziff. 119: “What is inhumane, and consequently proscribed in international wars, cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife.”

Militärischer Vorteil

Auf der Seite des militärischen Vorteils sind Aspekte wie die vom Gegner ausgehende Gefahr, die durch den Angriff zu erreichende Schwächung des Gegners und der daraus erwachsende eigene militärische Vorteil zu berücksichtigen. Dies ist aus einer *ex ante* Sicht heraus zu beurteilen.¹⁷⁰ Der Ausdruck „konkreter und unmittelbarer militärischer Vorteil“ bezieht sich auf einen militärischen Vorteil, der zur Zeit der Entscheidung vorhersehbar war. Ein solcher Vorteil muss sich nicht unbedingt zeitlich oder geografisch auf das Objekt des Angriffes beziehen.

Für die Bestimmung des militärischen Vorteils ist von Bedeutung, dass das militärische Ziel im Falle eines ‚dual use‘ Objektes wie etwa eines Tanklastzuges aufgrund seiner Beschaffenheit, seines Standorts, seiner Zweckbestimmung oder seiner Verwendung wirksam zu militärischen Handlungen beiträgt und dessen Zerstörung unter den in dem betreffenden Zeitpunkt gegebenen Umständen einen eindeutigen militärischen Vorteil darstellt (Art. 52 Abs. 2 ZP I). Die Tanklastzüge sind aufgrund ihrer Beschaffenheit grundsätzlich auch potentielle militärische Ziele, da sie als Waffe gegen Gebäude und Personen eingesetzt werden können.

Die Tötung von Mitgliedern des organisierten bewaffneten Teils der Taliban ist dagegen immer als militärischer Vorteil anzusehen. Da auf der Sandbank keine Feindseligkeiten stattfanden, stellt ausschließlich die Tötung von Mitgliedern des organisierten bewaffneten Teils der Taliban einen militärischen Vorteil dar. „Feinde des Wiederaufbaus“ oder Talibansympathisanten gehören beispielsweise nicht dazu.

Konkreter und unmittelbarer militärischer Vorteil

„Konkret und unmittelbar“ soll nach dem IKRK-Kommentar – dem Kommentar, den man als „official history of the negotiations leading to the adoptions of the treaties“ bezeichnen

¹⁷⁰ C. Safferling/S. Kirsch, Die Strafbarkeit von Bundeswehrangehörigen bei Auslandseinsätzen: Afghanistan ist kein rechtsfreier Raum, JA 2010, S. 81 ff. (83); Erklärung der Bundesregierung zu Teil IV Abschnitt 1 ZP I, BR-Drucksache 64/90, 2. Februar 1990, S. 132. S. auch die Erklärungen Belgiens (ebd., S. 125), Italiens (ebd., S. 127), der Niederlande (ebd., S. 129) und Spaniens (ebd., S. 130).

kann¹⁷¹ – zum einen solche Vorteile ausschließen, die sich kaum bemerkbar machen und zum anderen solche, die sich nur langfristig auswirken.¹⁷² Relativ einig sind sich die Staaten darüber, dass die Grenze auch nicht zu eng gesteckt werden dürfe, sondern der Angriff als Ganzes und nicht nur isolierte oder bestimmte Teile des Angriffs betrachtet werden dürften.¹⁷³

Tanklaster

Bei der Zerstörung der Tanklaster fehlt es an der Unmittelbarkeit des militärischen Vorteils. Das scheint auch das IKRK in seinem Bericht zum Luftangriff so zu sehen.¹⁷⁴ Der Verlust zweier Tanklaster, die bereits stundenlang auf einer Sandbank feststeckten und zumindest vorerst nicht zu gebrauchen waren, wirft die Frage auf, ob sich der Vorteil ihrer Zerstörung überhaupt bemerkbar macht. Hier wäre bereits die Konkretheit des militärischen Vorteils anzuzweifeln. Selbst wenn man dies noch annähme, so fehlt es an der Unmittelbarkeit des Vorteils. Die Tanklaster steckten fest, konnten also momentan nicht eingesetzt werden. Auch ein Blitzangriff durch die Tanklaster war nicht zu erwarten. Zum einen waren diese dafür viel zu schlecht motorisiert und daher zu langsam.¹⁷⁵ Für die Strecke vom Ort der Entführung bis zur Sandbank vergingen mehrere Stunden. Selbst wenn die Tanklastzüge befreit worden wären, wären mehrere Stunden vergangen, bis die Tanklastzüge das deutsche Feldlager erreicht hätten. Die Tanklaster haben sich aber aus Richtung des Feldlagers wegbewegt, erst in südlicher, dann in westlicher Richtung.¹⁷⁶ Auf der Sandbank steckten sie in Fahrtrichtung entgegengesetzt zum Feldlager fest,¹⁷⁷ dies konnte eine objektive dritte Person auf den Videobildern der Flugzeuge auch erkennen. Zudem kommt erschwerend die Lage des deutschen Feldlagers bei Kundus auf einem Hochplateau hinzu,

¹⁷¹ Michael Scharf, *The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes*, 41 *Law and Contemporary Problems* 1996, S. 41-61, 44.

¹⁷² 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. 2209: "The expression "concrete and direct" was intended to show that the advantage concerned should be substantial and relatively close, and that advantages which are hardly perceptible and those which would only appear in the long term should be disregarded."

¹⁷³ S. Laurie R. Blank, *The Application of IHL in the Goldstone Report: A Critical Commentary*, 12 *YB of Int'l Humanitarian Law* 2009, S. 1 ff. (26).

¹⁷⁴ Anlage 7: STERN vom 9.12.2009, „Luftangriff von Kundus: Rot-Kreuz-Bericht belastet Guttenberg“.

¹⁷⁵ Anlage 5: Spiegel Online vom 1.12.2009, „Ein Angriff, eine Affäre und viele brisante Fragen“.

¹⁷⁶ Anlage 5: Spiegel Online vom 1.12.2009, „Ein Angriff, eine Affäre und viele brisante Fragen“.

¹⁷⁷ Anlage 7: STERN vom 9.12.2009, „Luftangriff von Kundus: Rot-Kreuz-Bericht belastet Guttenberg“.

die eine schnelle Anfahrt für die Tanklastler sehr schwer macht.¹⁷⁸ Es fehlt mithin an der Unmittelbarkeit des militärischen Vorteils. So hätte sich ein Abwarten angeboten. Durch ein Abwarten wäre den Taliban kein militärischer Vorteil entstanden, sondern lediglich das Risiko von Kollateralschäden hätte sich vermindert. In solchen Fällen der Unsicherheit sollte sich nach dem IKRK-Kommentar an die „Goldene Regel“ des Art. 51 Abs. 1 ZP I (bzw. Art. 13 Abs. 1 ZP II) gehalten werden, also die Pflicht zivile Opfer zu minimieren.¹⁷⁹

„Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils der Taliban“

Zweiter möglicher militärischer Vorteil war die Tötung von „Mitgliedern des organisierten bewaffneten Teils der Taliban“. Es ist sehr fraglich, wie viele Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils der Taliban überhaupt getötet wurden und ob so ein konkreter und auch unmittelbarer Vorteil vorliegt. Dabei ist auf die *ex ante*-Sicht abzustellen: Aus Sicht einer objektiv dritten Person zum Zeitpunkt des Bombenabwurfbefehls stellt sich die Frage, welche Informationen vorhanden waren und ob diese in vernünftigem Maße verwertet wurden. Letzteres ist – wie bei der Aufklärungspflicht gesehen – nicht der Fall gewesen. Der erwartete militärische Vorteil lag zum Zeitpunkt des Bombenabwurfs angeblich in der Ausschaltung von „bis zu 70 Aufständischen“ bzw. „ca. 50 Aufständischen“.¹⁸⁰ Allerdings hätte es weitere Vorsichtsmaßnahmen bedurft, so dass diese Informationen gerade nicht hätten zugrunde gelegt werden dürfen. Denn wären alle Vorsichtsmaßnahmen eingehalten und hinreichend aufgeklärt worden, so wäre das Zahlenverhältnis von „Aufständischen“ zu Zivilisten auch ein anderes gewesen. Aus Sicht einer objektiven dritten Person war eine Bestimmung der Personen bei den Tanklastzügen noch nicht abschließend möglich, weshalb auch noch keine Feststellung zur Konkretheit und Unmittelbarkeit eines eventuellen militärischen Vorteils getroffen werden konnte.

Zwischenergebnis

¹⁷⁸ Anlage 5: Spiegel Online vom 1.12.2009, „Ein Angriff, eine Affäre und viele brisante Fragen“.

¹⁷⁹ 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. 2215.

¹⁸⁰ Feldjägerbericht vom 9.9.2009, S. 2; der Bericht verweist selbst auf zwei unterschiedliche Angaben die Anzahl der Aufständischen betreffend.

Folglich bestehen schon massive Zweifel am Vorliegen eines konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteils, der Hauptvoraussetzung für die Zulässigkeit eines verhältnismäßigen Angriffs mit Verlusten an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung.

Erwartete Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung

Sollte man entgegen unserer Ansicht doch zur Feststellung eines zu erwartenden militärischen Vorteils gelangen, so war mit hohen Verlusten an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung zu rechnen. Es hielten sich zwischenzeitlich um die 300 Personen an der Sandbank auf. Ausgehend von der Zahl von 113 Toten und 20 Verletzten waren jedenfalls mehr als die 50 bis 70 angeblichen Aufständischen um 1.50 Uhr vor Ort. Zivile Objekte wie ein Traktor waren sichtbar.¹⁸¹ Der Informant war selbst nicht vor Ort und konnte nur allgemeine Aussagen treffen („Taliban“) ohne genau zu verifizieren, wer und wie viele Personen im Einzelnen anwesend waren. Durch die Kommunikationskette zwischen Mittelsmännern vor Ort über die afghanische Quelle der Task Force 47 bis zu **OBERST KLEIN** über etwa sechs Personen waren Rückfragen zeitnah schwierig und ein Informationsverlust durch Übersetzung und fernmündliche Weitergabe durch mindestens vier Telefonate nicht zu verhindern.¹⁸² Mehr zu Zweifeln an den Informationen des Informanten siehe oben. Laut IKRK-Kommentar zu den Genfer Abkommen hat die verantwortliche Person selbst bei „geringen Zweifeln“ über die Verhältnismäßigkeit des bevorstehenden Angriffes weitere Informationen einzuholen.¹⁸³

Die Videobilder der Bomber zeigten eine Vielzahl von Menschen zwischen 00.00 und 1.50 Uhr. Aufgrund der Höhe der Flugzeuge sind keine genauen Eigenschaften der Personen wahrzunehmen, ob bessere Videoaufnahmen als die öffentlich zugänglichen vorliegen, ist nicht bekannt. Sind Personen nicht zweifelsfrei als ‚Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils der Taliban‘ im Sinne des Zweiten Zusatzprotokolls zu bestimmen, so ist gemäß Artikel

¹⁸¹ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“.

¹⁸² Anlage 5: Spiegel Online vom 1.12.2009, „Ein Angriff, eine Affäre und viele brisante Fragen“.

¹⁸³ 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, Art. 57, Rn. 2195.

50 Absatz 1 ZP I grundsätzlich davon auszugehen, dass es sich um Zivilisten handelt.¹⁸⁴ Nach humanitärem Völkerrecht steht die Unterscheidung von Zivilisten und Kombattanten/Mitgliedern einer organisierten bewaffneten Gruppe und dementsprechend die größtmögliche Schonung der Zivilbevölkerung an vorderster Stelle. Da viele Personen nicht zweifelsfrei als Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils der Taliban bestimmt werden konnten, musste erst einmal davon ausgegangen werden, dass ein Angriff Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung mit sich bringen würde.

Verhältnismäßigkeit

Laut Pressemitteilung des Generalbundesanwalts war der Angriff verhältnismäßig: „Nach Ausschöpfung aller ihm (**OBERST KLEIN**) 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.“¹⁸⁵

Dem kann nicht gefolgt werden: Wägt man den erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil mit der Anzahl der zu erwartenden zivilen Opfer ab, so kommt man zu dem Ergebnis, dass der militärische Vorteil gering war, die Anzahl der zu erwartenden Opfer hingegen hoch. Dies ist ein eindeutiges Missverhältnis, das zur Unverhältnismäßigkeit des Angriffs – und dies aus einer *ex ante* Sicht – führt.

Denn legt man die Perspektive einer objektiv dritten Person in den Umständen und mit den Informationen zum Zeitpunkt der Entscheidung zum Bombenabwurf zu Grunde, so wusste diese Person von angeblich fünfzig bis siebzig Aufständischen. Diese Information war aber nicht zuverlässig zu verwenden, da Details darüber, wie der Informant die Personengruppe genau bezeichnete und welche Motive er selbst verfolgte, fehlten. Dass heißt, militärischer Vorteil wäre ggf. die Vernichtung einer unbestimmten Zahl (maximal siebzig) von

¹⁸⁴ Dies folgt schon aus der Untersuchungspflicht des Art. 57 Abs. 2 lit. a) i) ZP I sowie aus Art. 51 Abs. 1 ZP I (= Art. 13 Abs. 1 ZP II).

¹⁸⁵ Anlage 22: Pressemitteilung Generalbundesanwalt vom 19.04.2010, unter 5. b).

Aufständischen gewesen (die Tanklaster würden hier aus den oben angeführten Gründen ganz aus der Abwägung herausfallen).

Eine vernünftig handelnde Person im Gefechtsstand hätte weitere Aufklärung betrieben (wie auch von den F-15 Piloten gefordert)¹⁸⁶ und bei vernünftiger Anwendung der ihr zur Verfügung stehenden Informationen damit rechnen müssen, dass der konkrete und unmittelbare militärische Vorteil wegen der Unbestimmtheit der Anzahl der vermeintlichen Aufständischen im Sinne des humanitären Völkerrechts sehr gering und deshalb im Vergleich mit den zu erwartenden Toten unverhältnismäßig war.

Zwischenergebnis

Das Verbot des unterschiedslosen Angriffs, Art. 51 Abs. 4 und 5 b) ZP I, wurde objektiv verletzt. Damit ist nach der Aufklärungspflichtverletzung eine weitere Vorschrift des humanitären Völkerrechts verletzt worden, weshalb das Vorliegen eines objektiven Rechtfertigungselements ausscheidet.

◆ Vorsichtsmaßnahmen zur Verhinderung unverhältnismäßiger Angriffe: Art. 57 Abs. 2 a) iii) ZP I

Dieser Artikel betrifft Vorsichtsmaßnahmen, um einen unterschiedslosen Angriff gemäß Art. 51 Abs. 4 und 5 b) ZP I zu verhindern. Selbst wenn **OBERST KLEIN** alles praktisch Mögliche iSd Art. 57 Abs. 2 a) i) ZP I getan hätte, läge ein Verstoß gegen Vorsichtsmaßnahmen nach humanitärem Völkerrecht spätestens hier vor. Denn mit dem Verstoß gegen das Verbot unterschiedsloser Angriffe gemäß Art. 51 ZP I liegt auch ein Verstoß gegen die Vorsichtsmaßnahmen gemäß Art. 57 Abs. 2 a) iii) ZP I¹⁸⁷ vor. Diese soll nämlich bereits bei der Planung und dem Beschluss des Angriffes verhindern, dass eben jener unterschiedslose

¹⁸⁶ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrauernacht von Kunduz“.

¹⁸⁷ Oder die entsprechende Norm des Völkergewohnheitsrechts, J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, ICRC Study, Vol. I: Rules, 2005, Regel 18, S. 58 ff.; International Institute of Humanitarian Law: M. Schmitt/C. Garraway/Y. Dinstein, The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict (Sanremo Manual), 2006, S. 25.

Angriff in Form der unverhältnismäßigen Verluste in der Zivilbevölkerung letztlich geschieht. Vorliegend kam es jedoch zu einem solchen unterschiedslosen Angriff, weshalb auch ein Verstoß gegen diese besondere Vorsichtsmaßnahme vorliegt, siehe oben.

◆ Angriffseinstellung bei Unverhältnismäßigkeit: Art. 57
Abs. 2 b) ZP I

Art. 57 Abs. 2 lit a) und Abs. 2 lit. b) ZP I verlangen beide die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Der Unterschied liegt darin, dass es in Abs. 2 lit. b) nicht um den Beschluss geht, anzugreifen, sondern darum einen bereits begonnenen Angriff einzustellen. Lit. a) bezieht sich nur auf den Befehlshaber des Angriffs, während lit. b)¹⁸⁸ auch die ausführende Person, hier etwa die F-15 Piloten betrifft.

◆ Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff - Warnpflicht: Art.
57 Abs. 2 c)

Dieser Artikel enthält eine Warnpflicht vor einem Angriff, es sei denn die gegebenen Umstände erlauben dies nicht.¹⁸⁹ Es gab jedoch keine Warnung durch Tiefflüge oder das Abwerfen von Hitzefackeln (beides von US-Piloten vorgeschlagen).¹⁹⁰ **OBERST KLEIN** wehrt sich dagegen, dass eine Warnpflicht bestanden habe, da nur Aufständische und eben gerade keine Zivilpersonen vor Ort gewesen seien. Der Generalbundesanwalt kommt zu dem Schluss, „der Beschuldigte **KLEIN** durfte davon ausgehen, dass keine Zivilisten vor Ort waren. Deshalb war er nicht verpflichtet, Warnhinweise vor dem militärischen Angriff zu geben“.¹⁹¹ Diese Annahme beruht auf demselben Fehler in der Verwertung der vorliegenden Informationen wie schon bei seiner Fehleinschätzung beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

¹⁸⁸ Oder die entsprechende Norm des Völkergewohnheitsrechts, J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, ICRC Study, Vol. I: Rules, 2005, Regel 19, S. 60 ff.; International Institute of Humanitarian Law: M. Schmitt/C. Garraway/Y. Dinstein, The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict (Sanremo Manual), 2006, S. 25.

¹⁸⁹ Durch diese negative Formulierung wird klargestellt, dass die Umstände es grundsätzlich erlauben, vor einem Angriff zu warnen.

¹⁹⁰ Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptraumnacht von Kunduz“; Anlage 20: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 2.3.2010, „Unklares Bild, widersprüchliche Aussagen“.

¹⁹¹ Anlage 22: Pressemitteilung Generalbundesanwalt vom 19.04.2010, unter 6.

Es lag eine mangelhafte Aufklärung vor, die Kontaktperson stand nicht in direktem Kontakt zu **OBERST KLEIN**, noch folgte dieser den Einschätzungen der F-15 Piloten.

OBERST KLEIN sprach in seinem Schreiben vom 5. September 2009 an General Schneiderhan davon, dass er den Angriff befohlen habe, um mit höchster Wahrscheinlichkeit nur Feinde des Wiederaufbaus zu treffen. Unabhängig davon, ob ‚Feinde des Wiederaufbaus‘ mit dem humanitär-völkerrechtlichen Begriff des ‚Mitglieds des organisierten bewaffneten Teils der Taliban‘ gleichzusetzen ist (siehe oben), war sich auch **OBERST KLEIN** bewusst, dass auch die Zivilbevölkerung in Mitleidenschaft gezogen werden konnte. In einer späteren Stellungnahme berichtet **OBERST KLEIN**, Tiefflüge seien abgenutzt und wirkungslos und deshalb als überflüssig angesehen worden. Da er sie mit dieser Begründung ausschloss – und nicht etwa mit der Begründung, dass die gegebenen Umstände dies nicht erlaubten –, scheint er eine mögliche Gefahr für Zivilisten nicht vollständig ausgeschlossen zu haben (immerhin wusste er auch, dass zumindest einer der Fahrer noch lebend vor Ort gewesen war), aber Tiefflüge als nicht ‚wirksame Warnung‘ angesehen zu haben. Die amerikanischen Piloten boten jedoch auch den Abwurf von Hitzefackeln an.

Objektiv betrachtet konnte die Zivilbevölkerung durch den Angriff in Mitleidenschaft gezogen werden (insbesondere wenn wie von **OBERST KLEIN** zunächst gefordert sechs und nicht nur zwei Bomben abgeworfen worden wären¹⁹²). Eine wirksame Warnung wäre auch möglich gewesen, wenn schon nicht durch Tiefflüge, dann durch Hitzefackeln. In jedem Fall hätten die Tanklaster isoliert und ohne Personenschäden angegriffen werden können. Durch die Unsicherheit der Anzahl der anwesenden Aufständischen, die auch bei **OBERST KLEIN** wenn auch wohl nur zu einem geringen Maße (‚höchste Wahrscheinlichkeit‘) vorlag, erlaubten es die gegebenen Umstände auch nicht, auf Warnmaßnahmen zu verzichten: Entweder nur die Tanklaster wären das Ziel gewesen – dann hätte gewarnt werden müssen – oder aber ‚Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils der Taliban‘ wären das Ziel gewesen – dann hätte unter Umständen auf die Warnung verzichtet werden dürfen. Dafür hätte es aber einer ausreichenden Aufklärung bedurft, die hier gerade nicht stattfand.

¹⁹² Anlage 4: Spiegel Online vom 26.11.2009, „Protokoll der Alptrraumnacht von Kunduz“.

◆ Zwischenergebnis

Humanitäres Völkerrecht wurde 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. Selbst wenn man eine Verhältnismäßigkeit des Angriffs annehmen würde, bliebe die 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.

ii. Irrtumsfragen

Nach den bisherigen Aussagen der Beteiligten ergibt sich, dass **OBERST KLEIN** möglicherweise davon ausgegangen ist, der von ihm befohlene Angriff sei rechtmäßig gewesen und habe den Anforderungen des humanitären Völkerrechts genügt: **OBERST KLEIN** mag gedacht haben, dass keine oder jedenfalls so wenige Zivilisten anwesend waren, dass der Angriff nicht unverhältnismäßig war und er mag gedacht haben, dass eine „show of force“ keine wirksame Warnung sei.

Wären diese Annahmen zutreffend gewesen, wäre das Verhalten von **OBERST KLEIN** in der Tat gerechtfertigt gewesen, denn dann hätte der Angriff mit den Regeln des humanitären Völkerrechts in Einklang gestanden. Wie bereits ausgeführt, stellten sich die Annahmen aber angesichts der Fehler in der Aufklärung später als falsch heraus, so dass hier objektiv kein Rechtfertigungsgrund eingreift. Demnach hat **OBERST KLEIN** die Situation im Tatzeitpunkt falsch eingeschätzt, er unterlag insoweit einem Irrtum über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes (namentlich der humanitär-völkerrechtlichen Erlaubnis, den Angriff auszuführen).

Ein Irrtum, der die irriige Annahme von Umständen betrifft, die im Falle ihres tatsächlichen Vorliegens die Tat rechtfertigen würden, wird grundsätzlich über den sog.

„Erlaubnistatbestandsirrtum“ gelöst.¹⁹³ Wie dieser zu behandeln ist, ist seit jeher umstritten. Rechtsprechung und herrschende Lehre vertreten richtigerweise die *eingeschränkte Schuldtheorie*, wonach ein Erlaubnistatbestandsirrtum direkt oder jedenfalls analog § 16 StGB wie ein Tatbestandsirrtum zu behandeln ist.¹⁹⁴ Dies führt zu einem Ausschluss der Vorsatzstrafbarkeit.¹⁹⁵ In Betracht kommt allerdings eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit, die nur dann ausgeschlossen ist, wenn sich der Täter objektiv sorgfaltsgemäß verhalten hat. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum kann aber dann nicht vorliegen, wenn eine pflichtgemäße Prüfung eine Rechtfertigungsvoraussetzung darstellt.¹⁹⁶ Diese wurde nicht vorgenommen. Der Irrtum von **OBERST KLEIN** beruht auf einer fehlerhaften Aufklärung, was für ihn auch schon im Zeitpunkt des Angriffs erkennbar gewesen wäre. Weitere Aufklärungsmöglichkeiten wurden bewusst unterlassen. **OBERST KLEIN** hat somit die Voraussetzungen einschlägiger humanitär-völkerrechtlicher Regeln nicht pflichtgemäß geprüft. Dieser Umstand kann statt einer bloßen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit sogar eine Strafbarkeit wegen Vorsatztat begründen.

◆ Pflichtgemäße Prüfung als
Rechtfertigungsvoraussetzung?

Wie gesehen ist die pflichtgemäße Prüfung der Sachlage keine allgemeine subjektive Rechtfertigungsvoraussetzung; ihr Fehlen stellt auch nicht generell das Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums mit den oben genannten Rechtsfolgen (grundsätzlich keine Vorsatzstrafbarkeit, sondern allenfalls Fahrlässigkeit) in Frage. Eine Ausnahme gilt jedoch für Rechtfertigungsgründe, die lediglich auf einer so genannten bloßen Handlungsbefugnis beruhen (im Gegensatz zu echten Eingriffsrechten).¹⁹⁷ Davon dürfte vorliegend aus mehreren Gründen auszugehen sein:

¹⁹³ T. Lenckner, vor § 32, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch-Kommentar, 26. Aufl. 2006, Rn. 21.

¹⁹⁴ Diese Ansicht wird u.a. von BGHSt 2 236, NSTZ 1984, S. 503; 1996, S. 30; 2001, S. 530 und sämtlichen Obergerichten (zB Bay NJW 1955, S. 1848, Düsseldorf NSTZ 1994, S. 343 f., Hamburg JR 1975, S. 511 m. Anm. Rudolphi, Hamm NJW 1987, S. 1035, Köln NJW 1962, S. 686) vertreten.

¹⁹⁵ S. C. Safferling, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 224 ff.

¹⁹⁶ T. Lenckner, vor § 32, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch-Kommentar, 26. Aufl. 2006, Rn. 20.

¹⁹⁷ Vgl. T. Lenckner, vor § 32, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch-Kommentar, 26. Aufl. 2006, Rn. 19 ff.

Ein echtes Eingriffsrecht liegt immer dann vor, wenn das betroffene Gut in der konkreten Situation nicht mehr schutzwürdig ist, weil es entweder selbst *tatsächlich* nicht geschützt sein will oder weil es einem anderen, *tatsächlich* bedrohten und in concreto schutzwürdigeren Interesse geopfert werden muss (zum Beispiel Einwilligung, Notwehr, Notstand usw.). Dementsprechend korrespondiert das Eingriffsrecht mit einer Duldungspflicht des Betroffenen,¹⁹⁸ die bei Gegenmaßnahmen eine Berufung auf Rechtfertigungsgründe von vornherein ausschließt.¹⁹⁹ Im Unterschied dazu bleibt bei schlichten Handlungsbefugnissen das betroffene Rechtsgut an sich schutzwürdig, der einschlägige Rechtfertigungsgrund erlaubt jedoch eine Verletzung zu rechtlich anerkannten Zwecken, sofern sich dabei ein „erlaubtes Risiko“ realisiert.²⁰⁰ Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang, ob wegen der Ungewissheit einer Situation an die *ex ante*-Beurteilung der gegenwärtig bestehenden Sachlage angeknüpft werden muss, so dass die betreffende Verletzungshandlung auch auf die Gefahr hin vorgenommen werden darf, dass sie ihren Zweck verfehlt und die dadurch bewirkte Rechtsgutsverletzung sich *ex post* als sachlich nicht berechtigt erweist.²⁰¹ Bei Vorsatztaten ist das nur der Fall, wenn diese schon nach ihrer gesetzlichen Umschreibung oder ihrer Natur nach auf das Prinzip des erlaubten Risikos hin angelegt sind.²⁰² Dies betrifft all die Vorschriften, bei denen es auf eine Verletzungsprognose, d.h. eine *ex ante* Sicht ankommt.

In bewaffneten Konflikten ist das Leben von Zivilisten geschützt, nur in eng begrenzten Ausnahmefällen dürfen sie dennoch getötet werden. Ihr Leben ist damit prinzipiell schutzwürdig. Die Tötung von Kombattanten ist ein legitimer Zweck, der aber in vielen Fällen nur dann ermöglicht werden kann, wenn auch Zivilisten getötet werden dürfen. In derartigen Situationen gelten zivile Opfer allgemein als sogenannte „Kollateralschaden“, dessen Herbeiführung jedoch ebenfalls nur unter ganz besonderen Umständen zulässig ist.

¹⁹⁸ Vgl. auch BGH NJW 89, 2479 u. dazu Küpper JuS 90, 187 f., ferner U. Schroth, Die Annahme und das „Für-Möglich-Halten“ von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund bilden, Kaufmann-FS, S. 606.

¹⁹⁹ Vgl. T. Lenckner, vor § 32, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch-Kommentar, 26. Aufl. 2006, Rn. 10.

²⁰⁰ Zu der Unterscheidung von Handlungserlaubnis und Eingriffsbefugnis vgl. auch W. Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, A. Kaufmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979S. 167 ff., H.-H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, S.401, J. Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 175 ff.

²⁰¹ Vgl. H.-H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, S. 401.

²⁰² Ähnlich auch W. Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 424 ff.

Insgesamt lässt sich also keinesfalls davon sprechen, dass das humanitäre Völkerrecht die Tötung von Zivilisten *erlaubt*. Es *duldet* sie vielmehr notgedrungen. Es gibt keine generelle Ermächtigung zur Tötung von Zivilisten. Bei der Austragung bewaffneter Feindseligkeiten darf lediglich das Risiko eingegangen werden, im Zuge eines Angriffs auf militärische Ziele (beispielsweise Kombattanten) eine verhältnismäßige Anzahl von Zivilisten zu verletzen oder zu töten. Die Verhältnismäßigkeit ist dabei aus *ex ante*-Sicht zu bestimmen, was der Struktur des erlaubten Risikos entspricht. Darüber hinaus sieht das humanitäre Völkerrecht Vorsichtspflichten (u.a. Aufklärungs-, Warn- und Untersuchungspflichten) als Teil des materiellen Rechts vor, d.h. humanitäres Völkerrecht kann nur eingehalten werden, wenn es vor einem Angriff zu entsprechenden Untersuchungen kommt. Dies entspricht exakt der Konstruktion von Handlungsbefugnissen.

Für die Qualifizierung als Handlungsbefugnis spricht auch, dass Zivilisten im Falle eines Angriffs nicht das Recht abgesprochen werden kann, sich gegen den Angriff zu wehren, selbst wenn er rechtmäßig ist. Zwar steht Zivilisten grundsätzlich nicht das Recht zu töten zu; ihre Notwehrrechte werden indes durch das humanitäre Völkerrecht nicht überlagert. Würde anderes gelten, so würde man eine Rechtspflicht von Zivilisten, sich in bewaffneten Konflikten töten zu lassen, bejahen. Damit wären Zivilisten in geringerem Ausmaß als Mitglieder einer organisierten bewaffneten Gruppe geschützt – eine Konsequenz, die den Sinn und Zweck des Kriegsrechts auf den Kopf stellen würde und von niemandem ernsthaft vertreten wird.

Dieses Ergebnis entspricht auch der Ansicht, dass eine Rechtfertigung aufgrund hoheitlichen Handelns im innerstaatlichen Bereich lediglich als Handlungsbefugnis anerkannt wird.²⁰³

Für das Erfordernis einer pflichtgemäßen Prüfung bei bloßen Handlungsbefugnissen gibt es gute Gründe. Wie eben ausgeführt, beruhen derartige Rechtfertigungsgründe auf dem Gedanken des „erlaubten Risikos“ „Erlaubte“ Risiken können aber von vornherein nur solche sein, bei denen die Gefahr ihrer Realisierung auf das nach den Umständen erreichbare Minimum beschränkt ist. Deshalb muss der Täter unter Berücksichtigung der gebotenen

²⁰³ H.-H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, S. 404

Sorgfalt alles getan haben, was notwendig ist, um eine Fehleinschätzung der Situation nach Möglichkeit auszuschließen. Geschieht dies nicht und ist der Sachverhalt nicht so offensichtlich, dass sich jede Prüfung erübrigt, so entfällt auch die Handlungsbefugnis. Wird die betreffende Handlung dennoch vorgenommen und führt zu einer Verletzung von geschützten Rechtsgütern, ohne dass dies objektiv zulässig wäre, bleibt sie rechtswidrig und ist als vorsätzliche Tat zu bestrafen, es sei denn eine sorgfältige Prüfung hätte zu demselben Ergebnis geführt.²⁰⁴ Diese Grundsätze gelten auch mit Blick auf den Erlaubnistatbestandsirrtum.

Da vorliegend keine sorgfältige Prüfung der einschlägigen Anforderungen nach humanitärem Völkerrecht stattgefunden hat, eine solche aber zu einem Abbruch des von **OBERST KLEIN** befohlenen Angriffs geführt haben müsste, kommt ein Erlaubnistatbestandsirrtum hier nicht in Betracht.

◆ Verbotsirrtum

Sollte der Täter glauben, auch ohne sorgfältige Prüfung des tatsächlich falsch eingeschätzten Sachverhalts handeln zu dürfen, liegt ein Verbotsirrtum vor.²⁰⁵ 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 kommt somit lediglich ein vermeidbarer Verbotsirrtum in Betracht, der die Vorsatzstrafbarkeit aber nicht ausschließt.

c. Fahrlässige Tötung (§ 222 StGB)

Sollte man dennoch zu dem Ergebnis kommen, dass eine Vorsatzstrafbarkeit ausscheidet, so ist immer noch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht zu ziehen. Voraussetzung ist

²⁰⁴ Ebd., S.466; T. Lenckner, vor § 32, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch-Kommentar, 26. Aufl. 2006, Rn. 19 f.

²⁰⁵ T. Lenckner, vor § 32, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch-Kommentar, 26. Aufl. 2006, Rn. 20.

neben dem Todeseintritt das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung bei gleichzeitiger Vorhersehbarkeit des Todeseintrittes. Die Handlung des **OBERST KLEIN** führte kausal zur Tötung von Menschen.

Ob eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, richtet sich nach dem Maß der erforderlichen Sorgfalt. Dies hängt von den Anforderungen ab, die an einen einsichtigen und besonnenen Menschen in der Lage des Täters zu stellen sind.²⁰⁶ Das wiederum orientiert sich an kodifizierten Sorgfaltsregeln, sofern solche vorhanden sind.²⁰⁷ Solche Sorgfaltsregeln stellen neben den Anforderungen des humanitären Völkerrechts auch die ISAF-Einsatzregeln (Rules of Engagement) sowie die Taschenkarte der Bundeswehr²⁰⁸ dar. Die Taschenkarte stellt einen *generellen* Handlungs- und Befehlsrahmen dar.²⁰⁹ Sie enthält gewisse Vorgaben, wie etwa, dass die militärische Gewalt verhältnismäßig sein muss und – wenn möglich – anzudrohen ist. Die Vorgehensweise im Einzelfall obliegt weiterhin der Beurteilung durch den handelnden Soldaten.²¹⁰ Die Einsatzregeln enthalten Regeln über die Anwendung militärischer Gewalt und richten sich an die integrierte, multinational besetzte NATO-Führungsstruktur für den jeweiligen Einsatz, nicht aber an die unterstellten, nationalen Kontingente.²¹¹ Sie stellen reines Innenrecht der NATO dar.²¹² Beachtet der Soldat sowohl die Regeln des humanitären Völkerrechts als auch die der Taschenkarte und der Einsatzregeln, liegt schon kein Sorgfaltspflichtverstoß vor. Stellen die Einsatzregeln und die

²⁰⁶ K. Lackner/K. Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 15, Rdn. 38.

²⁰⁷ K. Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 17, Rdn. 22 ff.

²⁰⁸ Verwaltungsvorschrift zu den Regeln für die Anwendung militärischer Gewalt für die Soldaten und Soldatinnen des deutschen Anteils der International Security Assistance Force (DtA ISAF) in Afghanistan, Druckschrift DSK SF 009320133 des Bundesministeriums der Verteidigung. Taschenkarten geben den Auftrag aus einem VN-Mandat wieder, so wie die NATO ihn umsetzt und wie er durch den deutschen Bundestag beschlossen wurde, vgl. S. Spies, Die Bedeutung von „Rules of Engagement“ in multinationalen Operationen: Vom Rechtskonsens der truppenstellenden Staaten zu den nationalen Dienstanweisungen für den Einsatz militärischer Gewalt, in: D. Weingärtner (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, 2007, S. 115 ff. (126).

²⁰⁹ Ebd., S. 49.

²¹⁰ P. Dreist, Rules of Engagement in multinationalen Operationen – ausgewählte Grundsatzfragen, Teil 1, NZWehrR 2007, S. 99 ff. (114).

²¹¹ S. Spies, Die Bedeutung von „Rules of Engagement“ in multinationalen Operationen: Vom Rechtskonsens der truppenstellenden Staaten zu den nationalen Dienstanweisungen für den Einsatz militärischer Gewalt, in: D. Weingärtner (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, 2007, S. 115 ff. (126).

²¹² H. Frister/M. Korte/C. Kreß, Die strafrechtliche Rechtfertigung militärischer Gewalt in Auslandseinsätzen auf der Grundlage eines Mandats der Vereinten Nationen, JZ 2010, S. 10 ff. (16); S. Spies, Die Bedeutung von „Rules of Engagement“ in multinationalen Operationen: Vom Rechtskonsens der truppenstellenden Staaten zu den nationalen Dienstanweisungen für den Einsatz militärischer Gewalt, in: D. Weingärtner (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, 2007, S. 115 ff. (128).

Taschenkarte jedoch engere Voraussetzungen für das Handeln von Soldaten auf als das humanitäre Völkerrecht, so steigen die strafrechtlichen Sorgfaltsanforderungen an den Soldaten. Zwar lässt sich aus der Verletzung einer kodifizierten Sorgfaltsregel noch nicht zwingend eine strafrechtlich relevante Sorgfaltspflichtverletzung schließen, es spricht aber eine Vermutung dafür.²¹³

Außerdem ist dabei auf die Direktive vom 6. Juli 2009 des obersten militärischen Befehlshabers der ISAF abzustellen. Hier heißt es:

„[W]e will not win based on the number of Talibans we kill but instead on our ability to separate the insurgents from the center of gravity — the people. That means we must respect and protect the population from coercion and violence — and operate in a manner which will win their support. We must avoid the trap of winning tactical victories — but suffering strategic defeats — by causing civilian casualties or excessive damage and thus alienating the people.“²¹⁴

Eine Sorgfaltspflichtverletzung liegt hier zum einen in der nicht ausreichenden Untersuchung der Sachlage,²¹⁵ indem **OBERST KLEIN** sich lediglich auf einen Informanten verlassen hat, der nach Aussage von **HAUPTMANN NORDHAUSEN**, der die Meldungen weitergab (und sie von zwei Soldaten erhielt, die sie wiederum von dem Übersetzer, einem deutsch-afghanischen Offizier erhielten) grundsätzlich verlässlich sei, aber es nicht sicher sei, ob nicht Fehler oder möglicherweise ein eigenes Interesse des Informanten vorlag. Hinzu kamen die Videobilder der Flugzeuge vor Ort, auf denen sich eine Unterscheidung von Mitgliedern einer organisierten bewaffneten Gruppe und Zivilisten jedoch nicht feststellen lässt. Die Angriffsentscheidung allein auf diese beiden Aufklärungsquellen zu stützen, stellt eine Sorgfaltspflichtverletzung dar. Die Sorgfaltspflicht erfordert die Ermittlung der Eigenschaften der Zielpersonen. Sich nur auf allgemeine Aussagen über diese Eigenschaft zu verlassen und diese mit unscharfen Videobildern zu überprüfen, reicht nicht aus. Hinzu kommt, dass die

²¹³ K. Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 17, Rdn. 24.

²¹⁴ http://www.nato.int/isaf/docu/official_texts/Tactical_Directive_090706.pdf.

²¹⁵ C. von der Groeben, Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan: The Case of Colonel Klein, German Law Journal 2010, S. 469 ff (487 f.).

Information über zumindest einen überlebenden Tanklastzugfahrer vor Ort den amerikanischen Piloten selbst auf direkte Nachfrage vorenthalten wurde.

Des Weiteren könnte die Nicht-Warnung vor dem Beschuss ebenfalls als ein Sorgfaltspflichtverstoß zu werten sein, der allerdings lediglich Folge des ersten gewesen wäre, da vor einem Angriff nur dann zu warnen ist, wenn Zivilisten in Mitleidenschaft gezogen werden können. Allerdings wären dann vermutlich auch die „Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils der Taliban“ geflohen. Eine Warnpflicht scheidet dennoch nicht aus. Zwar sieht Art. 57 Abs. 2 lit. c) ZP I vor, dass nur zu warnen ist, wenn „die gegebenen Umständen [es] erlauben“; da diese Norm negativ formuliert ist, ist von der Vermutung auszugehen, dass die Umstände es erlauben. Nur eine ausreichende Untersuchung hätte die Vermutung entkräften können.

Schließlich besteht ein weiterer Sorgfaltspflichtverstoß in dem Verstoß gegen die ISAF-Einsatzregeln, die auch der Umsetzung des humanitären Völkerrechts und der Einschränkung des Verlustes von Menschenleben dienen. Hier hat **OBERST KLEIN** bewusst wahrheitswidrig Feindberührung eigener Kräfte sowie eine unmittelbare Bedrohung gemeldet, um so nach Abzug des B1-Bombers erneut Kampfflugzeuge anfordern zu können. Anschließend bestätigte **OBERST KLEIN** das Ziel als zeitkritisch, verbunden mit einer unmittelbaren Bedrohung. Nur so konnte er seine Eilzuständigkeit begründen und den Luftangriff überhaupt erst anordnen. Darin liegt eine weitere Sorgfaltspflichtverletzung, da eine kleine Gruppe weglaufernder Personen keine unmittelbare Bedrohung des kilometerweit entfernt liegenden deutschen Feldlagers bedeutete.

Dass auf der Verletzung der Sorgfaltspflichtverletzungen die Tötung von Menschen – auch hier kann nicht zwischen legitimen und illegitimen Zielen unterschieden werden – folgt, war nicht nur objektiv und subjektiv vorhersehbar, sondern (in Bezug auf die erste und zweite Sorgfaltspflichtverletzung) sogar Ziel der Verletzung.

Gerechtfertigt wären die Taten, wenn kein Verstoß gegen humanitäres Völkerrecht vorliegt. Wie aber bereits oben dargelegt, wurde humanitäres Völkerrecht objektiv in mehrfacher Weise verletzt.²¹⁶

3. Zusammenfassung: Der Angriff von Kundus war objektiv rechtswidrig

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.

Sollte die Generalstaatanwaltschaft in Dresden eine gegenteilige Auffassung vertreten, bitte ich um eine kurze Mitteilung und beantrage, mir Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Kaleck
Rechtsanwalt

²¹⁶ Siehe IV. C) (b) (i).

Anlagen

Anlage 1: Vollmachten (Meldeschriftsatz an Generalbundesanwalt)

Anlagenkonvolut 2