

Reto Patrick Müller / Stéphanie Greuter

Der grundrechtliche Rahmen für Anti-Terror-Operationen in Europa

Verbote und Verpflichtungen für staatliche
Sicherheitskräfte nach der Rechtsprechung
des EGMR zum Recht auf Leben



Reto Patrick Müller / Stéphanie Greuter

Der grundrechtliche Rahmen für Anti-Terror-Operationen in Europa

**Verbote und Verpflichtungen für staatliche Sicherheitskräfte
nach der Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf Leben**

O	Codex
I	Commentatio
II	Colloquium
III	Dissertatio
IV	Doctrina
V	Liber amicorum
VI	Magister
VII	Monographia
VIII	Thesis
IX	Scriptum
X	Anthologia

Editions Weblaw

ISBN 978-3-98595-023-2 (Print)

© Editions Weblaw, Bern 2021

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Cover: G. Kaufmann und V. Mohler

Gewidmet *Fatima D.* (Überlebende)

Trotz Terrorwarnung die einzige Polizistin bei der Schule Nr. 1 in Beslan. Sie war weder bewaffnet noch mit Kommunikationsmitteln ausgerüstet worden.

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsübersicht	V
Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungen	XXIII
Literatur	XXVII
Berichte und wissenschaftliche Studien	XLIII
Erlasse.....	XLVII
Reglemente.....	LI
I. Einleitung	1
II. Fallrechtsgeprägte Auslegung des Rechts auf Leben	3
III. Gewährleistung physischer Sicherheit.....	15
IV. Prä-operationelle Pflichten zur Terrorismusabwehr.....	149
V. Pflichten bei Anti-Terror-Operationen	261
VI. Post-operationelle Pflichten.....	451
VII. Zusammenfassende Thesen.....	529
VIII. Schlussbemerkungen	537
Verzeichnis der EGMR-Urteile.....	539

VORWORT

Eine Auseinandersetzung mit der Ausübung physischen Zwangs im polizeirechtlichen Kontext ist keine erfreuliche Beschäftigung. Geht es um den Einsatz von Zwangsmitteln zum Schutz von Menschen (*use of force to protect* – wie noch der Arbeitstitel des vorliegenden Werkes gelautet hat), stellen sich besonders heikle grundrechtliche Fragen.

Der *Autor* behandelt das Fallrecht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur Anwendung polizeilicher Zwangsmassnahmen im Rahmen seiner Lehrtätigkeit an der Universität Basel und der ETH Zürich. Im Jahr 2017 hat er zusammen mit Prof. Dr. *Felix Hafner* (Universität Basel) und Prof. Dr. *Andreas Stöckli* (Universität Freiburg i.Ü.) ein juristisches Gutachten über den Schutzanspruch jüdischer Gemeinschaften im Kanton Basel-Stadt angesichts bestehender terroristischer Bedrohungen verfasst. Das vorliegende Werk schliesst teilweise daran an und entwickelt die Antworten auf die dort aufgeworfenen Fragen weiter. Die *Autorin* hat sich in ihrem juristischen Studium unter anderem mit dem Sicherheits- und Polizeirecht beschäftigt. Als Angehörige der Kantonspolizei Basel-Stadt bildet für sie die mögliche Anwendung polizeilichen Zwangs Teil des beruflichen Alltags. Der gemeinsame Entschluss, das einschlägige Fallrecht des EGMR aufzuarbeiten, darzustellen und zu würdigen, hat zu spannenden Diskussionen geführt. Mit dem vorliegenden Werk sollen diese Diskussionen in die Öffentlichkeit getragen werden.

Die rechtlichen Leitplanken für die Anwendung polizeilicher Zwangsmittel sind in hohem Masse *praxisrelevant*. Operationen von Sicherheitskräften dürfen nur im zulässigen Rahmen stattfinden und müssen besonderen rechtlichen Anforderungen genügen. Beides ist bereits bei allgemeinen Vorkehrungen oder bei konkreten Planungen zu berücksichtigen. Sodann spielt die Frage des rechtlich Zulässigen bei der Ausbildung von Sicherheitskräften, bei der Entwicklung der Doktrin sowie der Ausgestaltung von Einsatzregeln eine zentrale Rolle. Nicht zuletzt in und nach Einsätzen determinieren die rechtlichen Anforderungen das Verhalten der Sicherheitskräfte. Die vorliegende Untersuchung soll dafür die Grundlagen im Sinne eines Kompasses für die rechtsanwendenden Behörden liefern.

In rechtsdogmatischer Hinsicht will die Untersuchung einen Beitrag leisten für den wissenschaftlichen Diskurs zum *Recht auf Leben*. Im Vordergrund stehen der Einsatz von Zwangsmitteln durch staatliche Stellen sowie der Umgang des Staates mit abstrakten Bedrohungen und konkreten Gefahren. Die verschiedenen grundrechtlichen Gehalte bei der Anwendung potenziell tödlicher Zwangsmittel werden in einen Kontext zueinander gestellt. Die Aufarbeitung und Durchdringung der Rechtsprechung des EGMR sollen zu weiteren juristischen Beiträgen und Diskussionen in anderen Bereichen anregen (etwa zu staatlichen Schutzpflichten im Umgang mit technischen Risiken). Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende 2020 berücksichtigt.

Die Bezüge zum *Fallrecht des EGMR* sind bewusst eng gefasst. Der Autorschaft ist es ein besonderes Anliegen, die Strassburger Rechtsprechung in den Konventionsstaaten weiter zu erschliessen und hinsichtlich ihrer Konsequenzen zu erläutern. Daher werden die Standardformulierungen sowie die entscheidungstragenden Passagen der Urteile und Entscheidungen meist im englischen Original zitiert. Dies führt zu einer teilweisen Parallelität von deutschem Text und überwiegend englischen Zitaten. Der Kompromiss der Zweisprachigkeit kann für die deutschsprachige Leserschaft entweder hilfreich oder eher störend sein. Das vorliegende Werk wird parallel auch in durchgehend englischer Sprache veröffentlicht. Beide Fassungen sind frei zugänglich (open access) und vollständig zitierfähig.

Die Autorin und der Autor haben das vorliegende Werk bei reduziertem Beschäftigungsgrad in ihrer Freizeit erstellt. Sie danken allen, welche direkt oder indirekt zum Gelingen beigetragen haben. Dies gilt besonders für *Lia Meier* (bald Lia Reiser), MA (Historikerin), welche Teile des Manuskripts lektoriert hat, für PD Dr. *Krista Nadakavukaren Schefer*, welche den ursprünglichen Titel kritisch hinterfragt hat sowie für Dr. *Michael Leupold* (Kommandant Kantonspolizei Aargau) und Brigadier *Daniel Krauer* für wertvolle Hinweise.

Ein grosser Dank geht sodann an den Verlag *Weblaw* und speziell an Verlagsleiter *Philip C. Hanke*, Mag. Dr. (EDLE), LL.M. (EMLE), LL.B. (London) für die überaus speditive und unkomplizierte Zusammenarbeit. Der *Bibliothek am Guisanplatz* sei besonders gedankt für die stets schnellen und ausgezeichneten Dienstleistungen. Das vorliegende Werk wurde gedruckt mit Unterstützung der *Berta Hess-Cohn Stiftung*, Basel. Die Autorin und der Autor danken für die grosszügige finanzielle Unterstützung.

Basel, im Frühsommer 2021

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsübersicht	V
Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungen	XXIII
Literatur	XXVII
Berichte und wissenschaftliche Studien	XLIII
Erlasse.....	XLVII
Reglemente.....	LI
I. Einleitung.....	1
II. Fallrechtsgeprägte Auslegung des Rechts auf Leben.....	3
1. Der Einsatz polizeilicher Zwangsmittel in der Rechtsprechung des EGMR.....	3
2. Von Gibraltar (1988/1995) nach Beslan (2004/2017).....	4
2.1. McCann and others v. The United Kingdom (GC).....	5
2.2. Finogenov and others v. Russia	7
2.3. Tagayeva and others v. Russia	8
2.4. Isayeva v. Russia	9
2.5. Giuliani and Gaggio v. Italy (GC).....	10
2.6. Weitere Urteile.....	11
3. Bedeutung dieser Rechtsprechung und Methodik der Arbeit.....	12
3.1. Besonderheit grundrechtlicher Gehalte.....	12
3.2. Polizeiliche Operationen.....	13
3.3. Bedeutung für die vorliegende Arbeit	13
III. Gewährleistung physischer Sicherheit.....	15
1. Terroristische Aktionsformen	15

2. Das Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK	22
2.1. Grundsatz und Ausnahmen.....	23
2.2. Positive Verpflichtung.....	25
2.2.1. Dogmatische Herausforderung	25
2.2.2. Genereller Schutz menschlichen Lebens durch die Rechtsordnung	28
2.2.3. Spezifische Vorkehren bei abstrakten Gefährdungen.....	31
2.2.4. Schutzpflichten bei Naturgefahren?.....	37
2.2.5. Konkrete Gefahrenabwehr	42
a. Eingrenzung der Gefährdung.....	42
b. Gefährdung der Allgemeinheit?.....	47
c. Massnahmen zur Gefahrenabwehr.....	48
2.2.6. Annahmen bei einer besonderen Verantwortlichkeit des Staates.....	52
2.2.7. Grenzen der positiven Verpflichtung	56
a. Kenntnis.....	56
b. Bewusste Risikoübernahme.....	58
c. Bewilligungs- und Aufsichtspflichten.....	61
d. Grenzen der Machbarkeit.....	62
e. Rechte Dritter	63
2.2.8. Bedeutung und Entwicklung.....	65
2.3. Negative Verpflichtung	67
2.3.1. Tötungsverbot.....	67
2.3.2. Regeln zum Einsatz von Zwangsmitteln	68
2.3.3. Internationale Standards als Vergleichswerte	70
2.3.4. Exkurs: Non refolement.....	73
2.3.5. Exkurs: Grundrechtliche Kerngehalte	74
2.4. Prozedurale Verpflichtung	74
2.4.1. Allgemeines zur Untersuchungspflicht	76
2.4.2. Art der Untersuchung.....	77

2.4.3. Besonderheiten der Art der Untersuchung im Bereich des Gesundheitswesens	80
2.4.4. Tiefe der Untersuchung.....	81
2.4.5. Verhältnis zur positiven und zur negativen Verpflichtung	86
2.5. Geltungsbereich von Art. 2 EMRK	87
2.5.1. Ausübung hoheitlicher Gewalt	87
a. Frühere Fälle zur räumlichen Geltung der Konvention	88
b. Gewahrsam über Personen	93
c. Jüngere Fälle zur räumlichen Geltung der Konvention.....	95
d. Beurteilung.....	100
2.5.2. Zeitlicher Geltungs- und Wirkungsbereich	104
2.6. Bedeutung von Art. 2 EMRK für die Verwendung von Zwangsmitteln.....	105
3. Notstand	106
3.1. Voraussetzungen und Grenzen zur Aussetzung von Konventionsgarantien.....	107
3.2. Vorliegen eines Notstands am Beispiel des Nordirlandkonflikts	108
3.2.1. Teilung der irischen Insel und «Special Powers Act»	109
3.2.2. Border Campaign der IRA und Notstand in Irland	109
3.2.3. Troubles und Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1973.....	111
3.2.4. Karfreitagsabkommen und Rückkehr zur Normalität.....	112
3.3. Charakteristika des Notstands.....	113
3.3.1. Die irisch-nordirische Grundsatzdiskussion.....	114
3.3.2. Neuinterpretation nach den Anschlägen vom 11. September 2001	116
3.3.3. Aktueller Stand und Beurteilungsspielräume der Konventionsstaaten	118
3.4. Bedeutung des Notstands und der notstandsfesten Garantien.....	120
3.4.1. Erweiterung staatlicher Handlungsoptionen und ihr politischer Preis	120

3.4.2. Einschränkung nicht notstandsfester Konventionsgarantien.....	121
3.4.3. Notstandsfester Art. 2 EMRK.....	123
4. Humanitäres Völkerrecht und internationale Menschenrechtskonventionen.....	125
4.1. Wandel von Konfliktformen.....	125
4.2. Schutz von Zivilisten.....	127
4.3. Weitere internationale Übereinkommen.....	130
4.4. Teilweises Nebeneinander der verschiedenen Rechtsgrundlagen.....	131
4.4.1. Einbezug völkerrechtlicher Normen zur Auslegung von Art. 2 EMRK.....	132
4.4.2. Bedeutung von Art. 2 EMRK in bewaffneten Konflikten.....	134
4.4.3. Notstand in Kriegszeiten als Scharnier?.....	139
4.5. Bedeutung des Humanitären Völkerrechts.....	140
5. Fazit: Gewährleistung des Rechts auf Leben als Auftrag und Schranke.....	143
IV. Prä-operationelle Pflichten zur Terrorismusabwehr.....	149
1. Schaffung und Ausgestaltung eines rechtlichen Rahmens.....	149
1.1. Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Verträgen.....	150
1.2. Bekämpfung von Terrorismus im Rahmen der UNO.....	151
1.2.1. Resolutionen des UNO Sicherheitsrats.....	152
1.2.2. Counter Terrorism Committee und Aktionsplan der UNO.....	153
1.3. Internationale Richtlinien und Empfehlungen.....	154
1.3.1. Richtlinien des Europarats.....	155
1.3.2. Code of Conduct for Law Enforcement Officials.....	156
1.3.3. UN Basic Principles.....	158
a. Allgemeine Bestimmungen.....	158
b. Besondere Bestimmungen.....	160
1.4. Anforderungen nach Art. 2 EMRK.....	161
1.4.1. Gewährleistung des Rechts auf Leben als Verpflichtung zur Terrorismusbekämpfung?.....	161

a.	Terrorismusbekämpfung im Rahmen der Rechtsordnung	161
b.	Legaldefinition von «Terrorismus»?	162
c.	Besondere Regelungen für besondere Gefährdungen.....	165
1.4.2.	Regelung polizeilicher Zwangsmassnahmen	165
a.	Grundsatz umfassender Regelungen	166
b.	Besondere Herausforderungen und besondere Anforderungen	169
c.	Bestimmtheitsgebot.....	175
d.	Ausserordentliche Lage und Notstand.....	178
1.4.3.	Regulierung polizeilicher Operationen	180
1.5.	Bedeutung der konventionskonformen Ausgestaltung des Rechtsrahmens	184
2.	Lagebeurteilung.....	187
2.1.	Lagebild und Nachrichtenbeschaffung.....	188
2.2.	Staatliche Aufgabe und rechtsstaatliche Grenzen	195
2.3.	Erkennen und Beurteilen von Bedrohungen und Risiken.....	199
2.3.1.	Risikoanalyse	199
2.3.2.	Konkretisierung von Bedrohungen und Risiken	200
a.	Kontextbezogenheit	200
b.	Gegenseite.....	201
c.	Potenzielle Ziele.....	203
d.	Zeitliche Aspekte	207
2.3.3.	Polizeiliches Lagebild und strafrechtlicher Beweis.....	209
2.3.4.	Nachrichtendienstlicher Vorteil versus polizeiliches Einschreiten.....	209
2.4.	Entschlussfassung	210
3.	Einsatzplanung und eigene Mittel	213
3.1.	Adäquanz polizeilichen Handelns	214
3.1.1.	Allgemeiner Auftrag der Polizei.....	214

3.1.2. Antizipierung besonderer Lagen, Notfallplanung und Krisenmanagement.....	216
a. Ausgleich der in Frage kommenden Verpflichtungen	217
b. Anwendung bei Anti-Terror-Operationen.....	217
c. Folgen für Planung und Krisenmanagement	219
3.2. Vertiefte Nachrichtenbeschaffung, Informationsverdichtung und Diffusion des Lagebilds.....	220
3.2.1. Schwergewichtsbildung.....	223
3.2.2. Nachrichtendienstliche und weitere präventive Massnahmen.....	224
a. Weitergabe des Lagebilds oder von Nachrichten.....	224
b. Spezifische Schutzvorkehrungen.....	225
c. Spezifische Informationen.....	225
d. Allgemeine Information versus Geheimnisschutz.....	225
e. Präventive Kontrollen.....	226
f. Die Frage des Masses präventiver Massnahmen.....	227
3.2.3. Diffusion des Lagebilds	228
3.3. Einsatzmittel.....	230
3.3.1. Allgemeines	230
3.3.2. Personelle Mittel.....	231
3.3.3. Einsatz- und Zwangsmittel	234
a. Offensive Mittel.....	234
b. Erforderlichkeit.....	236
c. Finaler Rettungsschuss.....	237
d. Defensive Mittel	237
e. Lageabhängige Einordnung.....	238
3.3.4. Logistik.....	239
3.4. Schaffung der Voraussetzungen für Koordination und Führung.....	241
4. Auswahl und Ausbildung.....	244
4.1. Auswahl	245

4.2. Aus- und Weiterbildung	249
4.3. Spezifische Vorbereitungen und Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel	253
4.3.1. Vorbereitung auf besondere Lagen.....	253
4.3.2. Ausbildung besonderer Einsatzmittel.....	254
4.3.3. Ausbildung von Spezialisten	255
4.4. Ausbildung für den Einsatz.....	257
5. Fazit: Massgebliche Vorverlagerung staatlicher Verpflichtungen	257
V. Pflichten bei Anti-Terror-Operationen.....	261
1. Einsatz von Zwangsmitteln: Besonderheiten bei Anti-Terror-Operationen	261
1.1. Polizeiliche Operationen.....	261
1.1.1. Begriffliche Annäherung.....	261
1.1.2. Bedürfnis nach Koordination.....	262
1.1.3. Schwelle zur Operation	265
1.2. Adäquater Schutz höchster Rechtsgüter.....	267
1.2.1. Bedrohung als Massstab	267
1.2.2. Beurteilung ex ante.....	268
1.2.3. Überschneidung grundrechtlicher Pflichten.....	269
1.3. Unterscheidungsgebot des Humanitären Völkerrechts	270
1.3.1. Rechtliche Formen bewaffneter Konflikte	271
1.3.2. Schutz von Zivilisten	272
1.3.3. Kombattante als legitime Angriffsziele	274
1.3.4. Direkte Teilnahme an Feindseeligkeiten	277
1.3.5. Bedeutung	278
2. Führung	279
2.1. Generelle Anforderungen an die Führung.....	280
2.2. Kommandostruktur und Verantwortung.....	282
2.2.1. Finalität polizeilicher Führung.....	283

2.2.2. Gesamtverantwortung.....	283
a. Führung und Rechtsanwendung.....	283
b. Juristische Beurteilung der Führung	284
c. Bindung an die rechtlichen Grundlagen.....	286
2.3. Besondere Anforderungen	288
2.3.1. Lagebeurteilung.....	288
2.3.2. Zeitliche Aspekte und Eventualplanung	289
2.3.3. Einhaltung des jeweiligen Rechtsrahmens.....	290
2.3.4. Interne Kommunikation und Informationsfluss.....	291
2.3.5. Stabilität und Klarheit	293
2.3.6. Dokumentation.....	293
2.4. Politische Einflussnahme auf Operationen?.....	294
3. Rules of Engagement und Einsatzmittel.....	296
3.1. Rules of Engagement	297
3.1.1. Begriff und Funktion.....	297
3.1.2. Rechtliche Bedeutung.....	298
3.2. Zivile und militärische Einsatzverbände	301
3.2.1. Reguläre Polizeikräfte.....	301
3.2.2. Spezialeinheiten.....	302
3.2.3. Reguläre militärische Verbände.....	304
3.2.4. Grundrechtliche Anforderungen	305
3.3. Freigabe von Zwangsmitteln	305
3.3.1. Generelle oder individuelle Freigabe.....	306
3.3.2. Verhältnismässigkeit.....	306
3.3.3. Freigabe letaler Zwangsmittel.....	307
3.3.4. Freigabe non-letaler Zwangsmittel.....	308
3.3.5. Delegation	308
3.4. Abstrakte Schranken für den Einsatz von Zwangsmitteln	309
3.4.1. Gesetzliche Grundlagen in den Konventionsstaaten.....	310

a.	Grundsatz.....	310
b.	Ausnahme beim Bestehen einer Schutzpflicht nach Art. 2 EMRK.....	311
3.4.2.	Unterscheidungsgebot.....	313
3.4.3.	Chemische Stoffe im Besonderen.....	314
a.	Verbot chemischer Waffen.....	314
b.	Zulässigkeit von Riot Control Agents.....	316
c.	Narkotisierende Gase als Zwangsmittel.....	318
4.	Absolute Notwendigkeit des Rückgriffs auf letale Zwangsmittel.....	320
4.1.	Massstab der Verhältnismässigkeitsprüfung.....	321
4.2.	Gefahrenbeurteilung und Handeln nach bestem Wissen und Gewissen.....	322
4.2.1.	Vertrauensbasis.....	323
4.2.2.	Handlungen gestützt auf die Vertrauensbasis.....	324
4.2.3.	Verantwortlichkeit bei der Schaffung einer Vertrauensbasis.....	326
4.2.4.	Belastbarkeit der Beurteilung ex ante.....	328
4.3.	Beurteilung der Wirkung von Zwangsmitteln.....	329
4.3.1.	Deterministische Sicht.....	329
4.3.2.	Probabilistische Sicht.....	330
4.3.3.	Grundrechtliche Praxis.....	330
4.4.	Übermassverbot und Risikominimierung.....	333
4.4.1.	Übermassverbot in konkreten Situationen.....	333
4.4.2.	Risikominimierung im Besonderen.....	336
4.4.3.	Verwendung besonderer Mittel.....	339
a.	Schwere Einsatzmittel.....	339
b.	Alternative non-letale Einsatzmittel.....	341
c.	Nationale Rechtsgrundlagen.....	342
4.5.	Unterscheidung.....	344
4.5.1.	Letale Zwangsmittel.....	344

4.5.2.	«Non letale» Zwangsmittel.....	345
a.	Verwendung von narkotisierendem Gas: Argumentation des EGMR.....	345
b.	Kritik in der Literatur	346
c.	Stellungnahme.....	348
4.6.	Kollision grundrechtlicher Verpflichtungen.....	349
4.6.1.	Besonderheit der Kollision grundrechtlicher Gehalte nach Art. 2 EMRK.....	350
4.6.2.	Absolute Schranken	351
4.6.3.	Unterscheidungen	353
a.	Komplementarität zwischen Eingriffsmöglichkeit und Handlungspflicht	353
b.	Kollision zwischen Eingriffsmöglichkeit und Schutzpflicht	355
c.	Zu «Opferschäden» im Besonderen.....	356
4.6.4.	Schnittstelle zur Untersuchungspflicht.....	360
4.7.	Bedeutung der absoluten Notwendigkeit beim Schutz Dritter	361
5.	Schutzansprüche und Notwehrrecht staatlicher Akteure	364
5.1.	Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit	366
5.1.1.	Persönlicher Geltungsbereich von Art. 2 EMRK	366
5.1.2.	Regeln zum Schutz des Lebens von Soldaten	368
5.1.3.	Besondere Pflicht zum Schutz des Lebens.....	370
5.1.4.	Prozedurale Verpflichtung.....	373
5.1.5.	Beurteilung und weitere Entwicklung	375
5.2.	Notwehr	376
5.2.1.	Berufung staatlicher Sicherheitskräfte auf Notwehr	377
a.	Handeln nach bestem Wissen und Gewissen	378
b.	Verhältnismässigkeit.....	380
5.2.2.	Fehlbeurteilungen durch die Behörden.....	381
5.2.3.	Verpflichtung zum Ausschluss von Notwehrsituationen?	383

a.	Allgemeines	383
b.	Rechtsgrundlagen zur Ausübung von Notwehr	386
c.	Weitergehende staatliche Pflichten angesichts konkreter Gefährdungen?	387
d.	Einschränkung aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips?	389
e.	Vorhersehbarkeit.....	391
5.2.4.	Bedeutung der Untersuchungspflicht.....	391
5.2.5.	Bedeutung des individuellen Notwehrrechts für staatliches Handeln	394
6.	Informationsinteressen – und ihre Grenzen.....	396
6.1.	Öffentliches Informationsinteresse versus Komplizenschaft	397
6.1.1.	Ziel und Vorteil der Terroristen	398
6.1.2.	Bedeutung der Medien	400
6.2.	Geltungsbereich und Einschränkungen der Medienfreiheit.....	403
6.2.1.	Konventionsrechtliche Leitplanken.....	403
6.2.2.	Ausnahmen vom Schutzbereich.....	407
6.2.3.	Besondere Pflichten.....	411
6.2.4.	Zensur versus Sanktionierung.....	418
6.3.	Einschränkungen der Medienfreiheit bei polizeilichen Massnahmen.....	419
6.3.1.	Grundsätze.....	419
6.3.2.	Strategische Ebene.....	424
6.3.3.	Operative Ebene.....	428
6.3.4.	Taktische Ebene	434
a.	Geführte Anti-Terror-Aktionen	434
b.	Einzelaktionen und spontane Anwendung von Zwangsmitteln.....	436
6.4.	Besonderheiten des Internets und von Social Media.....	437
6.4.1.	Schutzbereich der Medienfreiheit.....	437
6.4.2.	Bedeutung der grundrechtlichen Einordnung als Medium	440

6.4.3. Besondere Einschränkungen für Online- und Social Media? ...	441
6.4.4. Streaming als Herausforderung.....	442
6.5. Rolle der Medien zwischen public watchdog und Katalysator.....	445
7. Fazit: Engmaschiges Netz und weit reichende Vorgaben	448
VI. Post-operationelle Pflichten	451
1. Besondere Bedeutung der positiven sowie der prozeduralen Verpflichtung	451
2. Sorge um verletzte Personen.....	452
2.1. Nachsorgepflicht	452
2.2. Anforderungen an Rettungsaktionen.....	454
2.3. Nachsorgepflicht gegenüber Einsatzkräften	457
3. Nachbearbeitung.....	460
4. Untersuchungspflicht nach dem Einsatz von Zwangsmitteln	462
4.1. Pflicht zur Durchführung einer wirksamen Untersuchung	463
4.2. Kriterien der Wirksamkeit.....	466
4.2.1. Organisatorisch-formales Kriterium: Unabhängigkeit der Untersuchungsbehörde.....	466
4.2.2. Inhaltliches Element: Angemessenheit der Untersuchung	471
a. Erhebung von Fakten und Sicherung von Beweisen.....	472
b. Nachvollziehbarkeit	474
c. Gesamtbeurteilung	475
4.2.3. Zeitliche Elemente.....	479
a. Grundsatz der unverzüglichen Durchführung	479
b. Ausnahmen bei faktischen Erschwernissen.....	481
c. Lange Verfahrensdauern	482
d. Anspruch auf eine Wiederaufnahme von Verfahren?.....	483
e. Exkurs: Rückwirkende Geltung des Anspruchs auf eine wirksame Untersuchung?	485
4.2.4. Beweislastumkehr unter besonderen Umständen?	488
a. Personen in Gewahrsam des Staates	490

b.	Ausschliessliche Kontrolle durch staatliche Behörden.....	491
c.	Zwangsausübung durch staatliche Sicherheitskräfte.....	492
d.	Bedeutung einer Beweislastumkehr.....	493
e.	Beurteilung.....	495
4.3.	Besondere Fragstellungen.....	498
4.3.1.	Partizipation von Angehörigen und Herstellung von Öffentlichkeit.....	499
4.3.2.	Beschwerdefrist.....	505
4.3.3.	Internationale Zusammenarbeit.....	508
4.3.4.	Einschränkung der Untersuchung aufgrund nationaler Interessen?.....	511
a.	Faktische Einschränkung und Verlagerung der Untersuchungspflicht.....	511
b.	Gründe für Einschränkungen.....	513
c.	Alternativen und Spannungsfeld zur Öffentlichkeit einer Untersuchung.....	514
4.3.5.	Sanktionierung der Verantwortlichen.....	515
4.4.	Verhältnis zum Recht auf eine wirksame Beschwerde.....	518
4.5.	Zahlung von Schadenersatz anstelle einer Untersuchung?.....	520
4.5.1.	Schadenersatz als effiziente Alternative zu einer Untersuchung?.....	520
a.	Grundsatz der Alternativlosigkeit der prozeduralen Verpflichtung.....	520
b.	Parallelität von Schadenersatzansprüchen.....	521
c.	Besonderheit bei überlangen Verfahren.....	521
4.5.2.	Anerkennung von Fehlern und Leistung von Genugtuung.....	523
4.6.	Bedeutung einer wirksamen Untersuchung.....	524
5.	Fazit: Akzentuierung aller drei Verpflichtungen.....	527
VII.	Zusammenfassende Thesen.....	529
VIII.	Schlussbemerkungen.....	537
	Verzeichnis der EGMR-Urteile.....	539

ABKÜRZUNGEN

Abs.	Absatz
ACO	Allied Command Operations (NATO)
ACT	Allied Command Transformation (NATO)
AD	Admissibility
ALARA	as low as reasonably achievable (Prinzip; v.a. im Technikrecht)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGBI	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Schweiz; Sammlung)
BORS	Behörden und Organisationen für Rettung und Sicherheit
Bst.	Buchstabe/Buchstaben
BVerfGer	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
CCM	Convention on Cluster Munitions
CCWC	Convention on Certain Conventional Weapons (UN)
Ders.	derselbe
Dies.	dieselbe / dieselben
E.	Erwägung
ed.	edition (Auflage)
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
FM	Field Manual
GA	General Assembly (UN)

GC	Grand Chamber (EGMR)
HRC	Human Rights Committee (UN)
HUMINT	human intelligence (nachrichtendienstliche Quelle/Methode)
IAC	international armed conflict
IAEA	International Atomic Energy Agency
ICA	incapacitating chemical agent
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights (UN)
ICJ	International Court of Justice
ICRC	International Committee of the Red Cross
IED	improvised explosive device
IHL	International Humanitarian Law
IHRL	International Human Rights Law
IMINT	imagery intelligence (nachrichtendienstliche Quelle/Methode)
INSAG	International Nuclear Safety Advisory Group (IAEA)
JESIP	Joint Emergency Services Interoperability Principles (U.K.)
LOAC	Law of Armed Conflicts
MACP	military in aid of the civil power
MASINT	measurement and signatures intelligence (nachrichtendienstliche Quelle/Methode)
MOD	Ministry of Defence (U.K.)
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NIAC	non international armed conflict
OH	Operative Headquarters

OHCHR	Office of the High Commissioner for Human Rights
OSINT	open source intelligence (nachrichtendienstliche Quelle/Methode)
PKK	Partiya karkerên Kurdistan (Arbeiterpartei Kurdistans)
RCA	Riot Control Agent
Rz.	Randziffer/Randziffern
SFIR	Stabilization Force in Iraq
SIGINT	signals intelligence (nachrichtendienstliche Quelle/Methode)
SFO	Special Firearms Officers
SOF	Special Operations Forces
SR	Systematische Rechtssammlung (Schweiz)
SWAT	Special Weapons and Tactics
TRNC	Turkish Republic of Northern Cyprus
U.K.	United Kingdom
UN/UNO	United Nations/Vereinte Nationen
U.S. NRC	United States Nuclear Regulatory Commission
v.a.	vor allem
Vol.	Volume
WHO	World Health Organization
Ziff.	Ziffer/Ziffern

LITERATUR

JOHN ADAMS, *Risk*, London 1995; zit. *Risk*.

YONAH ALEXANDER, *Terrorism and the Media: Some Considerations*, in: Yonah Alexander/David Carlton/Paul Wilkinson (Hrsg.), *Terrorism: Theory and Practice*, Boulder (Colorado/U.S.A.) 1979, S. 159 ff.; zit. *Terrorism and the Media*.

ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1994; zit. *Theorie der Grundrechte*.

CHRISTOPHER ANDREW, *Defend the Realm: The Authorized History of MI5*, London 2009; zit. *History of MI5*.

GIL AVRIEL, *Terrorism 2.0: The Rise of the Civilitary Battlefield*, *Harvard National Security Journal* / Vol. 7 (2016), S. 199 ff.; zit. *Terrorism 2.0*.

ANDRÉ BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, Paris 1963 (reprint 1968); zit. *Introduction à la stratégie*.

ANDRÉ BEAUFRE, *Stratégie de l'action*, Editions de l'Aube 1997 (ursprünglich 1966); zit. *Stratégie de l'action*.

DAN BELZ, *Is International Humanitarian Law Lapsing into Irrelevance in the War on International Terror?*, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 7, No. 1 (January 2006), S. 97 ff.; zit. *War on International Terror*.

KRISTIN BERGTORA SANDVIK, *Security and International Law*, in: J. Peter Burgess (Hrsg.), *The Routledge Handbook of New Security Studies*, S. 110 ff.; zit. *Security and International Law*.

JOCHEN VON BERNSTORFF/JOSEPHINE ASCHE, *Nachrichtendienst und Menschenrechte*, in: Jan-Hendrik Dietrich/Sven-R. Eiffler (Hrsg.), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, Stuttgart et al. 2017, 79 ff.; zit. *Nachrichtendienst und Menschenrechte*.

NICK VAN DER BIJL, *Operation Banner – The British Army in Northern Ireland 1960 – 2007*, Barnsley 2009; zit. *Operation Banner*.

DEREK BIRRELL/PAUL CARMICHAEL, Brexit, Devolution and Northern Ireland's Political Parties: Differential Solutions, Special Status or Special Arrangements?, in: Marius Guderjan/Hugh Mackay/Gesa Stedman (Hrsg.), *Contested Britain – Brexit, Austerity and Agency*, Bristol University Press 2020, S. 203 ff.; zit. Brexit.

LAURIE BLANK/AMOS GUIORA, Teaching old Dogs New Tricks: Operationalizing the Law of Armed Conflict in New Warfare, *Harvard National Security Journal*, Vol. 1 (2010), S. 45 ff.; zit. Teaching old Dogs New Tricks.

FRANK A. BOLZ, Intelligence Requirements in Hostage Situations, *Journal of Police Crisis Negotiations*, Vol. 1 (2001), No. 1, S. 61 ff.; zit. Intelligence Requirements in Hostage Situations.

WILLIAM H. BOOTHBY, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, 2. Aufl., Croydon 2016; zit. Weapons and LOAC.

SHANNON BOSCH, The International Humanitarian Law Notion of Direct Participation in Hostilities – A Review of the ICRC Interpretive Guide and Subsequent Debate, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 01 August 2014, Vol.17 (3), S. 998 ff.; zit. IHL Notion of Direct Participation in Hostilities.

FRANCESCA BOSCO/NIKLAS CREEMERS/VALERIA FERRARIS/DANIEL GUAGNIN/BERT-JAAP KOOPS, Profiling Technologies and Fundamental Rights and Values: Regulatory Challenges and Perspectives from European Data Protection Authorities, in: Serge Gutwirth/Ronald Leenes/Paul de Hert (Hrsg.), *Reforming European Data Protection Law*, 2015; zit. Profiling Technologies and Fundamental Rights.

JAMES F. BRODER/EUGENE TUCKER, *Risk Analysis and the Security Survey*, 4. Aufl., Oxford 2012; zit. Risk Analysis.

OLDRICH BURES, Terrorism and Counterterrorism, in: Myriam Dunn Cavelty/Thierry Balzacq (Hrsg.), *Routledge Handbook of Security Studies*, 2. Aufl., London/New York 2017, 139 ff.; zit. Terrorism and Counterterrorism.

JEREMY G. CARTER/DAVID L. CARTER, Law enforcement intelligence: implications for self-radicalized terrorism, *Police Practice and Research*, Vol. 13 (2012), No. 2, S. 138 ff.; zit. Law enforcement intelligence.

STUART CASEY-MASLEN/SEAN CONNOLLY, *Police Use of Force under International Law*, Cambridge 2017; zit. *Police Use of Force under International Law*.

JUANITA CHANG, *Social Media and Transparency – A Perspektice of Armed Forces*, in: Tibor Szvircsev Tresch (Hrsg.), *#transparenz – Chance oder Risiko? Social Media aus den Perspektiven Wirtschaft, Politik, Medien und Armees* (MILAK Schrift Nr. 20); zit. *Social Media and Transparency*.

DAVID A. CHARTERS, *Conclusions: Security and Liberty in Balance – Countering Terrorism in the Democratic Context*, in: David A. Charters (Hrsg.), *The Deadly Sin of Terrorism – Its Effect on Democracy and Civil Liberty in Six Countries*, Westpoint/London 1994, S. 211 ff.; zit. *Countering Terrorism in the Democratic Context*.

JULIET CHEVALIER-WATTS, *Effective Investigations under Article 2 of the European Convention of Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?* in: *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No.3, 2010; zit. *Effective Investigations*.

JOHN C. CHICKEN/TAMAR POSNER, *The Philisophy of Risk*, London 1998; zit. *Philisophy of Risk*.

MARK COCHRANE, *The Role of the Royal Ulster Constabulary in Northern Ireland*, in: C. Christine Fair/Sumit Ganguly (Hrsg.), *Policing Insurgencies: Cops as Counterinsurgents*, Oxford 2014, S. 107 ff.; zit. *RUC in Northern Ireland*.

CYNTHIA C. COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, 8th ed., New York/London 2018; zit. *Terrorism in the Twenty-First Century*.

GEOFFREY CORN/KEN WATKIN/JAMIE WILLIAMSON, *The Law in War – A Concise Overview*, New York 2018; zit. *Law in War*.

DAVID M. CRANE/DANIEL REISNER, «Jousting at Windmills»: *The Laws of Armed Conflict in an Age of Terror – State Actors and Nonstate Elements*, in: William C. Banks (Hrsg.), *New Battlefields Old Laws – Critical Debates on Asymmetric Warfare*, New York 2011, S. 67 ff.; zit. *Jousting at Windmills*.

EMILY CRAWFORD, *Combatants*, in: Rain Liivoja/Tim McCormack (Hrsg.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, London/New York 2016, S. 123 ff.; zit. *Combatants*.

MICHAEL CROWLEY, *Chemical Control – Regulation of Incapacitating Chemical Agent Weapons, Riot Control Agents and their Means of Delivery*, New York 2016; zit. *Chemical Control*.

MICHAEL CROWLEY, *International Legal Constraints upon the Weaponization of Toxic Chemicals*, in: Michael Crowley/Malcom Dando/Jijun Shang (Hrsg.), *Preventing Chemical Weapons – Arms Control and Disarmament as the Sciences Converge*, (The Royal Society of Chemistry) Croydon 2018; zit. *Weaponization of Toxic Chemicals*.

RAPHAELA CUENI, *Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit*, Diss. Basel 2018, Zürich/St. Gallen 2019; zit. *Schutz von Satire*.

NEVILLE J CURTIS, *Planning for the Next Generation of Soldier Modernisation*, Land Warfare Conference 2000, Melbourne 2000; zit. *Planning for the Next Generation of Soldier Modernisation*.

JAYANTHA DHANAPALA, *The United Nation's Response to 9/11*, in: Magnuns Ranstorp/Paul Wilkinson (Hrsg.), *Terrorism and Human Rights*, London/New York 2008, S. 9 ff.; zit. *UN's Response to 9/11*.

BRICE DICKSON, *The European Convention on Human Rights and the Conflict in Northern Ireland*, Oxford 2010; zit. *ECHR and the Conflict in Northern Ireland*.

BRICE DICKSON, *The planning and control of operations involving the use of lethal force*, in: Lawrence Early/Anna Austin/Clare Ovey/Olga Chernishova (Hrsg.), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights – Twenty Years of Legal Developments since McCann v. the United Kingdom*, Oijsterwijk 2016, S. 47 ff.; zit. *Planning and control of operations*.

PIETER VAN DIJK/FRIED VAN HOOFF/ARJEN VAN RIJN/LEO ZWAAK (Hrsg.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5th ed., Cambridge 2018; zit. *AUTOR*, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, *Theory and Practice*.

LAURA K. DONOHUE, *The Special Powers Acts, 1922-1972*, *The Historical Journal*, Vol. 41, No. 4 (December 1998), S. 1089 ff.; zit. *Special Powers Acts*.

KNUT DÖRMANN, *The legal situation of «unlawful/unprivileged combatants»*, *International Review of the Red Cross*, No. 849, March 2003; zit. *legal situation of «unlawful/unprivileged combatants»*.

KARLHEINZ DUDEK, Die Besondere Aufbauorganisation. Bewältigung komplexer Lagen (Teil 1), *SIK-Journal – Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis* 1/2007, S. 14 ff. (Teil 1), sowie 2/2007, S. 41 ff. (Teil 2); zit. Besondere Aufbauorganisation, Teil 1/2.

AARON EDWARDS, *The Northern Ireland Troubles – Operation Banner 1969-2007*, Oxford 2011; zit. Northern Ireland Troubles.

BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014; zit. AUTOR, in: *St. Galler Kommentar*.

SIMON EGBERT/MATTHIAS LEESE, *Criminal Futures – Predictive Policing and Everyday Police Work*, London 2020; zit. *Criminal Futures*.

RICHARD ENGLISH, *Armed Struggle: The History of the IRA*, Oxford 2004; zit. *History of the IRA*.

DAVID P. FIDLER, *Police in Counterinsurgency – The Challenge of Comprehensive Reformation*, in: C. Christine Fair/Sumit Ganguly (Hrsg.), *Policing Insurgencies: Cops as Counterinsurgents*, Oxford 2014, S. 319 ff.; zit. *Police in Counterinsurgency*.

JAMES J.F. FOREST, *An Introduction to the Study of Counterterrorism*, in: James J.F. Forest (Hrsg.), *Essentials of Counterterrorism*, Santa Barbara 2015, S. 1 ff.; zit. *Counterterrorism*.

JAMES J.F. FOREST, *Global trends in kidnapping by terrorist groups*, *Global Change Peace & Security*, October 2012, S. 311 ff.; zit. *Kidnapping*.

GLORIA GAGGIOLI GASTEYGER/ROBERT KOLB, *A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights*, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 37 (2007), S. 115 ff.; zit. *Right to Life in Armed Conflicts*.

JUDITH GAIL GARDAM, *Non-combatant immunity as a norm of international humanitarian law*, Diss., Melbourne 1993; zit. *Non-combatant immunity*.

MARTIN J. GALLAGHER, *The 2016 ‘Lone Wolf’ Tsunami – Is Rapoport’s ‘Religious Wave’ Ending?*, *Journal of Strategic Security*, Vol. 10 (2017), No. 2, S. 60 ff.; zit. *‘Lone Wolf’ Tsunami*.

PASCAL GEMKE/MARIËLLE DEN HENGST/FLORE VAN ROSMALEN/ANNETTE DE BOER, *Towards a maturity model for intelligence-led policing – A case study research on the in-*

vestigation of drugs crime and on football and safety in the Dutch police, *Police Practice and Research* (2019, published online); zit. Intelligence-led policing.

GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND HUMAN RIGHTS, *Use of Force in Law Enforcement and the Right to Life : The Role of the Human Right Council*, Academy In-Brief No. 6, November 2016; zit. In-Brief No. 6.

EMANUELA-CHIARA GILLARD, *Protection of civilians in the conduct of hostilities*, in: Rain Liivoja/Tim McCormack (Hrsg.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, London/New York 2016, S. 157 ff.; zit. *Protection of civilians in the conduct of hostilities*.

SEAN P. GIOVANELLO, *Riot Control Agents and Chemical Weapons Arms Control in the United States*, *Journal of Strategic Security* 5, No. 4 (2012), S. 1 ff.; zit. *RCA and Chemical Weapons Control*.

DAVID S. GODDARD, *Applying the European Convention on Human Rights to the Use of Physical Force: Al-Saadoon*, in: *International Law Studies (U.S. Naval War College)*, No. 91 (2015), S. 402 ff.; zit. *Applying the ECHR to the Use of Physical Force*.

LUC GONIN, *Les droits de l'homme en pratique: analyse comparative du droit à la vie, de la liberté religieuse et de la liberté d'expression, et conséquences théoriques*, Basel 2013; zit. *Droits de l'homme*.

CAMILLA GULDAHL COOPER, *NATO Rules of Engagement, On ROE, Self- Defence and the Use of Force during Armed Conflict*, Leiden/Boston 2020; zit. *NATO ROE*.

CAMILLA GULDAHL COOPER, *Rules of Engagement Demystified: A Study of the History, Development and Use of ROEs*, *Military Law and The Law of War Review* 53/2 (2014), S. 189 ff.; zit. *RoE Demystified*.

CHRISTOPH GUSY, *Nachrichtendienste in der sicherheitsbehördlichen Kooperation – Verfassungsrechtliche Grundlagen und gesetzliche Grundfragen*, in: Jan-Hendrik Dietrich/Sven-R. Eiffler (Hrsg.), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, Stuttgart et al. 2017, S. 349 ff.; zit. *Sicherheitsbehördliche Kooperation*.

FELIX HAFNER/ANDREAS STÖCKLI/RETO PATRICK MÜLLER, in: Dies. (Hrsg.), *Schutzanspruch der jüdischen Religionsgemeinschaften, Rechtsgutachten zur Rechtslage im Bund*

sowie in den Kantonen Zürich, Bern und Basel, Zürich/St. Gallen 2018, Rechtslage im Kanton Basel-Stadt, S. 71 ff.; zit. Schutzanspruch der jüdischen Religionsgemeinschaften.

LEONARD HAMMER, *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in Central and Eastern Europe*, The Hague 2012; zit. *Fundamental Freedoms*.

FRANÇOISE HAMPSON, *Article 2 of the Convention and military operations during armed conflict*, in: Lawrence Early/Anna Austin/Clare Ovey/Olga Chernishova (Hrsg.), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights – Twenty Years of Legal Developments since McCann v. the United Kingdom*, Oijsterwijk 2016, S. 191 ff.; zit. *Article 2 during armed conflict*.

FRANÇOISE HAMPSON, *Direct Participation in Hostilities and the Interoperability of the Law of Armed Conflict and Human Rights Law*, in: *International Law Studies (U.S. Naval War College)*, No. 87 (2011), S. 187 ff.; zit. *Direct Participation*.

AGNES HANKISS, *The Legend of the Lone Wolf*, *Journal of Strategic Security*, Vol. 11 (2018), No. 2, S. 54 ff.; zit. *Legend of the Lone Wolf*.

CHRISTOPHER C. HARMON, *How Terrorist Groups End: Studies of the Twentieth Century*, *Strategic Studies Quarterly*, Vol. 4, No. 3, 2010), S. 43 ff.; zit. *How Terrorist Groups End*.

DAVID HARRIS/MICHAEL O'BOYLE/COLIN WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3th ed., Oxford 2014; zit. *European Convention (3th ed.)*.

DAVID HARRIS/MICHAEL O'BOYLE/COLIN WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., Oxford 2018; zit. *European Convention (4th ed.)*.

ULRICH HAUPTMANN/MICHAEL HERTTRICH/WOLFGANG WERNER, *Technische Risiken – Ermittlung und Beurteilung*, Berlin et al. 1987; zit. *Technische Risiken*.

VINCENT E. HENRY, *The Need for a Coordinated and Strategic Local Police Approach to Terrorism: A Practitioner's Perspective*, *Police Practice and Research*, Vol. 3 (2002), No. 4, S. 319; zit. *Coordinated and Strategic Local Police Approach to Terrorism*.

BRUCE HOFFMAN, *Inside Terrorism*, 3. Aufl., New York 2006; zit. *Inside Terrorism*.

BRUCE HOFFMAN/FERNANDO REINARES, Conclusions, in: Dies. (Hrsg.), *The Evolution of the Global Terrorist Threat – From 9/11 to Osama bin Laden’s Death*, New York 2014, S. 618 ff.; zit. *Global Terrorist Threat – Conclusions*.

JENNIFER HOLMES, Developing and Implementing Counterterrorism Policy in a Liberal Democracy, in: James J.F. Forest (Hrsg.), *Essentials of Counterterrorism*, Santa Barbara 2015, S. 35 ff.; zit. *Counterterrorism Policy*.

CHRISTIAN A. HONEYWOOD, Britain’s Approach to Balancing Counter-Terrorism Laws with Human Rights, *Journal of Strategic Security*, Vol. 9 (2016), No. 3, S. 28 ff.; zit. *Britain’s Approach*.

GERAINT HUGHES, *The Military’s Role in Counterterrorism: Examples and Implications for Liberal Democracies*, U.S. Army War College, Carlisle 2011 (The Letort Papers); zit. *Military’s Role*.

THOMAS BYRON HUNTER, Targeted Killing: Self-Defense, Preemption, and the War on Terrorism, *Journal of Strategic Security*, Vol. 2 (2010), No. 2, S. 1 ff.; zit. *Targeted Killing*.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (NILS MELZER), *Interpretative guidance on the notion of Direct participation in hostilities under international humanitarian law*, Geneva 2009; zit. *Interpretative guidance (direct participation)*.

BRIAN A. JACKSON, Counterinsurgency Intelligence in a «Long War» – The British Experience in Northern Ireland, *Military Review*, January-February 2007, S. 74 ff.; zit. *Counterinsurgency Intelligence in a «Long War»*.

FRANCIS G. JACOBS/ROBIN C. A. WHITE/CLARE OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 7th ed., Oxford 2017; zit. *European Convention*.

YATEENDRA SINGH JAJA, Defeating Terrorism: A Study of Operational Strategy and Tactics of Police Forces in Jammu & Kashmir (India), *Police Practice and Research*, Vol. 6 (2005), No. 2, S. 141 ff.; zit. *Defeating Terrorism*.

ADRIAN JAMES, Forward to the past: reinventing intelligence-led policing in Britain, *Police Practice and Research*, Vol. 15 (2014), No. 1, S. 75 ff.; zit. *reinventing intelligence-led policing*.

ERIC TALBOT JENSEN, Direct Participation in Hostilities – A Concept Broad Enough for Today’s Targeting Decisions, in: William C. Banks (Hrsg.), *New Battlefields Old Laws – Critical Debates on Asymmetric Warfare*, New York 2011, S. 85 ff.; zit. *Direct Participation in Hostilities*.

ANTOINE HENRI DE JOMINI, *The Art of War*, Philadelphia 1862 (Restored Edition 2008); zit. *The Art of War*.

MICHAEL KARLSSON, *9/11 and the Design of Counterterrorism Institutions*, Farnham/Burlington 2012; zit. *Counterterrorism*.

MOHAMMADMOEIN KHAZAEI JAH/ARDAVAN KHOSHNOOD, Profiling Lone-Actor Terrorists: A Cross-Sectional Study of Lone-actor Terrorists in Western Europe (2015–2016), *Journal of Strategic Security*, Vol. 12 (2019), No. 4, S. 25 ff.; zit. *Profiling Lone-Actor Terrorists*.

JAMES D. KIRAS, Terrorism and globalization, in: John Baylis/Steve Smith/Patricia Owens (Hrsg.), *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*, 7. Aufl., Oxford 2017, S. 402 ff.; zit. *Terrorism and globalization*.

JANN K. KLEFFNER, The Applicability of the Law of Armed Conflict and Human Rights Law to Organised Armed Groups, in: Erika de Wet/Jann Kleffner (Hrsg.), *Convergence and Conflicts – Of Human Rights and International Humanitarian Law in Military Operations*, Pretoria 2014; zit. *Organised Armed Groups*.

JANN K. KLEFFNER, Human Rights and International Humanitarian Law: General Issues, in: Terry D. Gill/Dieter Fleck (Hrsg.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Second Edition, S. 35 ff.; zit. *Human Rights and International Humanitarian Law*.

AARON J. KLEIN, *Striking Back – The 1972 Munich Olympics Massacre an Israeel’s Deadly Response*, New York 2005; zit. *Stricking Back*.

CHARLES KRAUTHAMMER, *Partners in Crime*, in: Benjamin Netanyahu (Hrsg.), *Terrorism – How the West Can Win*, London 1986, S. 111 ff.; zit. *Partners in Crime*.

HEIKE KRIEGER, Völkerrechtliche Fundamente einer neuen Sicherheitsarchitektur, in: Herfried Münkler/Matthias Bohlender/Sabine Meurer (Hrsg.), *Handeln unter Risiko – Gestaltungsansätze zwischen Wagnis und Vorsorge*, Bielefeld 2010; zit. *Neue Sicherheitsarchitektur*.

WALTER KRUTZSCH/RALF TRAPP, Definitions and Criteria, in: Walter Krutzsch/Eric Myjer/Ralf Trapp (Hrsg.), *The Chemical Weapons Convention – a Commentary*, Oxford 2014, S. 73 ff.; zit. *Definitions and Criteria*.

AUDREY KURTH CRONIN, *How Terrorism Ends – Understanding the Decline and Demise of Terrorist Campaigns*, Princeton 2009; zit. *How Terrorism Ends*.

WALTER LAQUEUR, *Krieg dem Westen – Terrorismus im 21. Jahrhundert*, München 2003; zit. *Krieg dem Westen*.

WALTER LAQUEUR, *Terrorismus. Die globale Herausforderung*, Frankfurt am Main/Berlin 1987; zit. *Terrorismus*.

PHILIP LEACH, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 4. Aufl., Oxford 2017, zit. *European Court*.

MICHELLE LESH, Direct participation in hostilities, in: Rain Liivoja/Tim McCormack (Hrsg.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, London/New York 2016, S. 106 ff.; zit. *Direct participation in hostilities*.

MICHELLE LESH, Interplay as regards conduct of hostilities, in: Erika de Wet/Jann Kleffner (Hrsg.), *Convergence and Conflicts – of Human Rights and International Humanitarian Law in Military Operations*, Pretoria 2014, S. 99 ff.; zit. *Conduct of hostilities*.

SHERRILL LINGEL/CARL RHODES/AMADO CORDOVA/JEFF HAGEN/JOEL KVITKY/LANCE MENTHE, *Methodology for Improving the Planning, Execution, and Assessment of Intelligence, Surveillance, and Reconnaissance Operations*, Santa Monica 2008 (RAND Corp; sponsored by the United States Air Force); zit. *Improving Intelligence*.

NOAM LUBELL/NANCI PRUD'HOMME, Impact of human rights law, in: Rain Liivoja/Tim McCormack (Hrsg.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, London/New York 2016, S. 123 ff.; zit. *Impact of human rights law*.

ORLA LYNSEY, Criminal justice profiling and EU data protection law: precarious protection from predictive policing, *International Journal of Law in Context*, 15 (2019), S. 162 ff.; zit. *Profiling and data protection*.

SCOTT D. MACDONALD, *The Lawful Use of Targeted Killing in Contemporary Internatio-*

nal Humanitarian Law, *Journal of Terrorism Research*, 2011 (Vol. 2, Issue 3), S. 126 ff.; zit. Lawful Use of Targeted Killing.

SARAH V. MARSDEN/ALEX P. SCHMID, Typologies of Terrorism and Political Violence, in: Alex P. Schmid (Hrsg.), *The Routledge Handbook of Terrorism Research*, London/New York 2011, S. 158 ff.; zit. Typologies of Terrorism.

CÉLINE MARTIN, *Grundrechtskollisionen*, Diss., Basel 2007; zit. Grundrechtskollisionen.

GUS MARTIN, *essentials of terrorism – concepts and controversies*, 3. Aufl., Los Angeles et al. 2014; zit. Essentials of terrorism.

MARK S. MARTINS, Rules of Engagement for Land Forces: A Matter of Training, Not Lawyering, *Military Law Review*, Vol. 143, Winter 1994, S. 1 ff.; zit. RoE for Land Forces.

DANNY MCKNIGHT, *Streets of Mogadishu, Leadership At Its Best, Political Correctness At Its Worst!*, Chester (Maryland, USA) 2011; zit. Streets of Mogadishu.

NILS MELZER, *Targeted killing in international law*, Oxford 2008; zit. Targeted Killing.

CHRISTOPHER MICHAELSEN, Derogating from International Human Rights Obligations in the ‹War Against Terrorism›? – A British-Australian Perspective, in: Magnus Ransborg/Paul Wilkinson (Hrsg.), *Terrorism and Human Rights*, London/New York 2008, S. 118 ff.; zit. ‹War Against Terrorism›.

STEFAN MOGL, *Technical Workshop on Incapacitating Chemical Agents*, Spiez, 8–9 September 2011; zit. Technical Workshop.

HERFRIED MÜNKLER, Ältere und jüngere Formen des Terrorismus – Strategie und Organisationsstruktur, in: Werner Weidenfeld (Hrsg.), *Herausforderung Terrorismus – Die Zukunft der Sicherheit*, Wiesbaden 2004, S. 29 ff.; zit. Ältere und jüngere Formen des Terrorismus.

RETO PATRICK MÜLLER, *Innere Sicherheit Schweiz – Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen im Bund seit 1848*, Diss. Basel 2009, Egg bei Einsiedeln 2009; zit. Innere Sicherheit Schweiz.

RETO PATRICK MÜLLER/HERBERT ZECH, Was ist Technikrecht? Herausforderungen der Rechtsordnung im Umgang mit einer ‹hybriden› Querschnittsmaterie, *Sicherheit & Recht* 2/2019, S. 72 ff.; zit. Technikrecht.

DONALD A. NEILL, Riot Control and Incapacitating Chemical Agents under the Chemical Weapons Convention, Defence R&D Canada, Centre for Operational Research and Analysis, June 2007; zit. Riot Control and Incapacitating Chemical Agents under the CWC.

BENJAMIN NETANYAHU, Defining Terrorism, in: Ders. (Hrsg.), Terrorism – How the West Can Win, London 1986, S. 7 ff.; zit. Defining Terrorism.

GEORG NOLTE, Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law, Law & Ethics of Human Rights, Vol. 4, Issue 2 2010 Article 4, S. 245 ff.; zit. Principle of Proportionality.

ROBERT B. OAKLEY, Combating Terrorism, Harvard International Review, Vol. 7 (1985), No. 6, S. 8 ff.; zit. Combating Terrorism.

BRENDAN O'LEARY, Mission Accomplished? Looking Back at the IRA, Field Day Review 2005, S. 217 ff.; zit. IRA.

ZANE POKORNY/ANDREI BARYSEVICH/LEVI GUNDERT/ALLAN LISKA/MAGGIE MCDANIEL/JOHN WETZEL, The Thread Intelligence Handbook – Moving Towards a Security Intelligence Program, 2. Aufl., Annapolis 2019; zit. Thread Intelligence Handbook.

MAURICE PUNCH, Shoot to kill – Police accountability, firearms and fatal force, Bristol University Press 2010; zit. Shoot to kill.

KAREN REID, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 6. Aufl., London 2019; zit. Practitioner's Guide.

KAREN REID, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., London 2012; zit. Practitioner's Guide (4th ed. 2012).

SHANE R. REEVES/DAVID WALLACE, The Combatant Status of the «Little Green Men» and Other Participants in the Ukraine Conflict, in: International Law Studies (U.S. Naval War College), No. 91 (2015), S. 361 ff.; zit. «Little Green Men».

MICHAEL S. REILLY, The Rules of Engagement in the Conduct of Special Operations, Master Thesis (Naval Postgraduate School Monterey, California) 1996; zit. RoE in Special Operations.

LOUISE RICHARDSON, *What Terrorists Want - Understanding the Enemy, Containing the Threat*, New York 2006; zit. *What Terrorists Want*.

J. ASHLEY ROACH, *Rules of Engagement*, *Naval War College Review*, Vol. 36, No. 1, January-February 1983, S. 46 ff.; zit. *RoE*.

RALPH ROCHE, «Operationalising» the European Convention on Human Rights for police, in: Lawrence Early/Anna Austin/Clare Ovey/Olga Chernishova (Hrsg.), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights – Twenty Years of Legal Developments since McCann v. the United Kingdom*, Oijsterwijk 2016, S. 61 ff.; zit. *Operationalising the ECHR*.

FLORIAN SAX, *Soldaten gegen Piraten: Der extraterritoriale Einsatz der deutschen Marine zur Pirateriebekämpfung im Lichte von Völkerrecht und Grundgesetz*, Diss. Berlin 2018; zit. *Soldaten gegen Piraten*.

MARKUS SCHEFER, *Die Kernegehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Habil. Bern, Bern 2001; zit. *Kernegehalte von Grundrechten*.

MICHAEL N. SCHMITT, *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, *New York University, Journal of International Law and Politics*, Vol. 42 (2010), S. 697 ff.; zit. *Deconstructing Direct Participation in Hostilities*.

MICHAEL N. SCHMITT, *The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, *Harvard National Security Journal*, Vol. 1 (2010), S. 5 ff.; zit. *Direct Participation in Hostilities*.

MICHAEL N. SCHMITT, *The Status of Opposition Fighters in a Non-International Armed Conflict*, in: *International Law Studies (U.S. Naval War College)*, No. 88 (2012), S. 119 ff.; zit. *Status of Opposition Fighters*.

DANIEL SCHORR, *The Encouragement of Violence*, in: Benjamin Netanyahu (Hrsg.), *Terrorism – How the West Can Win*, London 1986, S. 114 ff.; zit. *Encouragement of Violence*.

FRED SCHREIER, *Fighting the Pre-eminent Threats with Intelligence-led Operations*, *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Occasional Paper – No. 16*, Geneva 2009; zit. *Intelligence-led Operations*.

GEORGE P. SCHULZ, *The Challenge to the Democracies*, in: Benjamin Netanyahu (Hrsg.), *Terrorism – How the West Can Win*, London 1986, S. 16 ff.; zit. *Challenge to the Democracies*.

KAREN P. SEIFERT, *Interpreting the Law of War: Rewriting the Rules of Engagement to Police Iraq*, *Minnesota Law Review*, 92 (2008), S. 836 ff.; zit. *Rewriting the RoE*.

LINOS-ALEXANDER SICILIANOS, *Out of harm's way: positive obligations under Article 2 of the European Convention on Human Rights*, in: Lawrence Early/Anna Austin/Clare Ovey/Olga Chernishova (Hrsg.), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights – Twenty Years of Legal Developments since McCann v. the United Kingdom*, *Oijsterwijk 2016*, S. 29 ff.; zit. *Positive obligations*.

STEPHEN SKINNER, *The core of McCann: lethal force and democracy under the European Convention on Human Rights*, in: Lawrence Early/Anna Austin/Clare Ovey/Olga Chernishova (Hrsg.), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights – Twenty Years of Legal Developments since McCann v. the United Kingdom*, *Oijsterwijk 2016*, S. 67 ff.; zit. *The core of McCann*.

STEPHEN SLOAN/SEAN K. ANDERSON, *Historical Dictionary of Terrorism*, 3. Aufl., Lanham (Maryland/U.S.A.) 2009; zit. *Historical Dictionary of Terrorism*.

LIONEL F. SOLIS, *Critical Incident Intelligence Gathering, Coordination and Analysis*, *Journal of Police Crisis Negotiations*, Vol. 2 (1) 2002, S. 91 ff.; zit. *Critical Incident Intelligence Gathering, Coordination and Analysis*.

EVELYNE STURM, *Untersuchung von polizeilicher Gewaltanwendung – Menschenrechtliche Vorgaben und ihre Umsetzung in der Schweiz*, Diss., Zürich/St. Gallen 2019; zit. *Gewaltanwendung*.

JOHN O'SULLIVAN, *Deny Them Publicity*, in: Benjamin Netanyahu (Hrsg.), *Terrorism – How the West Can Win*, London 1986, S. 120 ff.; zit. *Deny Them Publicity*.

NASSIM NICHOLAS TALEB, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, New York 2007; zit. *The Black Swan*.

DANIELA TATU, *Medical negligence: In the case-law of the European Court of Human Rights*, *Vicalvi 2018*; zit. *Medical negligence*.

FREDERICK W. TURNER II/BRYANNA HAHN FOX, Public servants or police soldiers? An analysis of opinions on the militarization of policing from police executives, law enforcement, and members of the 114th congress U.S. house of representatives, *Police Practice and Research*, Vol. 20 (2019), No. 2, S. 122 ff.; zit. Public servants or police soldiers?

RALF TRAPP, Declarations, in: Walter Krutzsch/Eric Myjer/Ralf Trapp (Hrsg.), *The Chemical Weapons Convention – a Commentary*, Oxford 2014, S. 105 ff.; zit. Declarations.

MARK URBAN, *Big Boys' Rules – The Secret Struggle against the IRA*, London/Boston 1992; zit. *Big Boys' Rules*.

AYŞEGÜL UZUN MARINKOVIĆ/AIDA GRIGĆ, State responsibility for injuries and killings perpetrated by State agents other than in the performance of their duties, in: Lawrence Early/Anna Austin/Clare Ovey/Olga Chernishova (Hrsg.), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights – Twenty Years of Legal Developments since McCann v. the United Kingdom*, Oijsterwijk 2016, S. 75 ff.; zit. State responsibility.

MARTIN VAN CREVELD, *The Transformation of War*, New York/London/Tokio/Sydney 1991; zit. *Transformation of War*.

COLIN WARBRICK, The European Convention on Human Rights and the Prevention of Terrorism, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32, No. 1 (1983), S. 82 ff.; zit. Prevention of Terrorism.

COLIN WARBRICK, The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights, *The European Journal of International Law*, Vol. 15 (2004), No. 5, S. 989 ff.; zit. European Response to Terrorism.

GRANT WARDLAW, Linkages Between the Illegal Drugs Traffic and Terrorism, *Conflict Quarterly* 6, No. 3 (1988), S. 5 ff.; zit. Linkages.

GRANT WARDLAW, The Democratic Framework, in: David A. Charters (Hrsg.), *The Deadly Sin of Terrorism – Its Effect on Democracy and Civil Liberty in Six Countries*, Westpoint/London 1994, S. 5 ff.; zit. Democratic Framework.

JAN-PHILIPP WEISSWANGE, Der ditigale Soldat – Der Kampf mit und gegen neue Technologien, *Europäische Sicherheit & Technik*, Juli 2020, S. 52 ff.; zit. Der ditigale Soldat.

ELIZABETH WICKS, *The Right to Life and Conflicting Interests*, Oxford 2010; zit. *Right to Life*.

PAUL WILKINSON, *International terrorism: the changing threat and the EU's response*, Paris 2005; zit. *Changing threat*.

PAUL WILKINSON, *Terrorism and the rule of law*, *Harvard International Review*, Vol. 7, No. 6 (May/June 1985), S. 11 ff.; zit. *Terrorism and the rule of law*.

PAUL WILKINSON, *Terrorism Versus Democracy – The liberal State Response*, London 2000; zit. *Terrorism versus Democracy*.

WINSTON S. WILLIAMS, *Training the Rules of Engagement for the Counterinsurgency Fight*, *The Army Lawyer* (42), January 2012, S. 42 ff.; zit. *Training the RoE for the Counterinsurgency Fight*.

MARTEN ZWANENBURG, *The interplay of international humanitarian law and international human rights law in peace operations*, in: Erika de Wet/Jann Kleffner (Hrsg.), *Convergence and Conflicts – of Human Rights and International Humanitarian Law in Military Operations*, Pretoria 2014, S. 153 ff.; zit. *Peace Operations*.

JÜRGEN ZEITNER, *Einsatzlehre*, 2. Aufl., Hilden 2015; zit. *Einsatzlehre*.

BERICHTE UND WISSENSCHAFTLICHE STUDIEN

Berichte

Bundesamt für Verfassungsschutz (BRD), Verfassungsschutzbericht 2018.

INSAG, Basic Safety Principles for Nuclear Power Plants, Safety Series No. 75, INSAG-3 Rev. 1, INSAG-12, Wien 1999; zit. IAEA/INSAG, Basic Safety Principles NPP (INSAG-12).

INSAG, Key Practical Issues in Strengthening Safety Culture, INSAG-15, Wien 2002; zit. IAEA/INSAG, Strengthening Safety Culture (INSAG-15).

INSAG, Management of Operational Safety in Nuclear Power Plants, INSAG-13, Wien 1999; zit. IAEA/INSAG, Management of Operational Safety in NPP (INSAG-13).

INSAG, Probabilistic Safety Assessment, Safety Series No. 75, INSAG-6, Wien 1992; zit. IAEA/INSAG, Probabilistic Safety Assessment (INSAG-6).

INSAG, Safe Management of the Operating Lifetimes of Nuclear Power Plants, INSAG-14, Wien 1999; zit. IAEA/INSAG, Safe Management of the Operating Lifetimes of NPP (INSAG-14).

INSAG, Safety Culture, Safety Series No. 75, INSAG-4, Wien 1991; zit. IAEA/INSAG, Safety Culture (INSAG-4).

Intelligence and Security Committee of Parliament (U.K.), Annual Report 2016–2017, 2 December 2017.

Intelligence and Security Committee of Parliament (U.K.), Intelligence and Security, Annual Report 2017–2018, 22 November 2018.

Ministry of Defence (U.K.), Operation Banner – An analysis of Military Operations in Northern Ireland, Army Code 71842, July 2006; zit. Operation Banner – Analysis.

National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals, Report of the Task Force on Disorders and Terrorism, Washington 1976.

NDB, Sicherheit Schweiz 2010, Lagebericht des Nachrichtendienstes des Bundes, Februar/März 2010.

NDB, Sicherheit Schweiz 2016, Lagebericht des Nachrichtendienstes des Bundes, Februar/März 2016.

NDB, Sicherheit Schweiz 2017, Lagebericht des Nachrichtendienstes des Bundes, Februar/März 2017.

NDB, Sicherheit Schweiz 2018, Lagebericht des Nachrichtendienstes des Bundes, Februar/März 2018.

NDB, Sicherheit Schweiz 2019, Lagebericht des Nachrichtendienstes des Bundes, Februar/März 2019.

Rapport de M. François GROSDIDIER, fait au nom de la commission d'enquête, Vaincre le malaise des forces de sécurité intérieure : une exigence républicaine, n° 612 tome I (2017-2018), 27 juin 2018.

Report on the activities of the Counter-Terrorism Committee and the Counter-Terrorism Committee Executive Directorate pursuant to Security Council resolution 2322 (2016), annex to Security Council, Letter dated 14 December 2017 from the Chair of the Security Council Committee established pursuant to resolution 1373 (2001) concerning counter-terrorism addressed to the President of the Security Council, 2017/1065.

The National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, The 9/11 Commission Report – Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, (vermutlich Washington) 2004; zit. 9/11 Commission Report.

UN General Assembly, Resolution 41/60 (1985) adopted by the General Assembly on 9 December 1985: Measures to prevent international terrorism which endangers or takes innocent human lives or jeopardizes fundamental freedoms and study of the underlying causes of those forms of terrorism and acts of violence which lie in misery, frustration, grievance and despair and which cause some people to sacrifice human lives, including their own, in an attempt to effect radical changes (A/40/1003), UN GA Resolution 41/60.

UN General Assembly, Resolution 60/288 (2006) adopted by the General Assembly on 8 September 2006.

UN Security Council, Fifth report of the Secretary-General on the threat posed by ISIL (Da'esh) to international peace and security and the range of United Nations efforts in support of Member States in countering the threat, 2017/467, 31 May 2017.

UN Security Council, Resolution 1373 (2001).

UN Security Council, Resolution 1624 (2005).

UN Security Council, Resolution 2178 (2014).

UN Security Council, Resolution 2322 (2016).

UN Security Council, Sixth report of the Secretary-General on the threat posed by ISIL (Da'esh) to international peace and security and the range of United Nations efforts in support of Member States in countering the threat, 2018/80, 31 January 2018.

World Health Organisation, Public health response to biological and chemical weapons, WHO guidance, Geneva 2004.

Wissenschaftliche Studien

ICRC, Toxic Chemicals as Weapons for Law Enforcement, A Threat to Life and International Law?, Geneva, September 2012; zit. Toxic Chemicals as Weapons for Law Enforcement.

International Institute of Humanitarian Law, Rules of Engagement Handbook, Sanremo 2009; zit. Sanremo Handbook on RoE.

National Research Council/Committee on the Institutional Means for Assessment of Risks to Public Health, Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process, Washington 1983, 13. printing 1996; zit. Risk Assessment in the Federal Government.

The Royal Society, Brain Waves Module 3: Neuroscience, conflict and security, February 2012, RS Policy document 06/11; zit. Neuroscience, conflict and security.

The Royal Society, Risk: Analysis, Perception and Management – Report of a Royal Society Study Group, London 1992 (seventh impression 2010); zit. Risk: Analysis, Perception and Management.

The Royal Society, Risk assessment, Report of a Royal Society Study Group, London 1983; zit. Risk assessment.

U.S. NRC, Reactor Safety Study – An Assessment of Accident Risks in U.S. Commercial Nuclear Power Plants, Main Report, October 1975 (WASH-1400 resp. NUREG-75/14); zit. Rasmussen Report.

ERLASSE

International Human Rights Law (IHRL)

- Allgemeine Erklärung der Menschenrechte durch die Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948; zit. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte.
- International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966; zit. ICCPR oder UNO-Pakt II.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950; zit. European Convention on Human Rights (ECHR) / European Convention.
- *Council of Europe*, European Convention on the Suppression of Terrorism vom 27. Januar 1977, European Treaty Series No. 90; zit. European Convention on the Suppression of Terrorism.
- *Council of Europe*, Guidelines on human rights and the fight against terrorism adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804th meeting of the Ministers' Deputies; zit. Guidelines on human rights and the fight against terrorism.

International Humanitarian Law (IHL) and Law of Armed Conflicts (LOAC)

- Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde vom 12. August 1949 (SR 0.518.12); zit. GA I.
- Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See vom 12. August 1949 (SR 0.518.23); zit. GA II.
- Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 12. August 1949 (SR 0.518.42); zit. GA III.
- Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten vom 12. August 1949 (SR 0.518.51); zit. GA IV.
- Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977 (SR 0.518.521); zit. Protokoll I.

- Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977 (SR 0.518.522); zit. Protokoll II.
- Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkriegs vom 18. Oktober 1907 (SR 0.515.21); zit. Vierte Haager Konvention.
- United Nations Convention on Certain Conventional Weapons, Geneva, 10 October 1980, *Convention on Certain Conventional Weapons (CCWC)* mit dem Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons; zit. CCWC-Protocol III.

Internationale Übereinkommen

- Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120); zit. UNO-Charta.
- Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111); zit. Wiener Übereinkommen.
- Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961 (SR 0.191.01); zit. Wiener Übereinkommen über diplomatische Vertretungen.
- Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963 (SR 0.191.02); zit. Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen.
- Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 (SR 0.312.1); zit. Römer Statut.
- Übereinkommen über die Verhütung, Verfolgung und Bestrafung von Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen, einschliesslich Diplomaten vom 14. Dezember 1973 (SR 0.351.5).
- Übereinkommen über das Verbot der Entwicklung, Herstellung, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen vom 13. Januar 1993 (SR 0.515.08); zit. Chemical Weapons Convention (CWC).
- Übereinkommen über Streumunition vom 30. Mai 2008 (SR 0.515.093).
- Übereinkommen über den physischen Schutz von Kernmaterial, abgeschlossen am 26. Oktober 1979 (SR 0.732.031).
- Abkommen über strafbare und bestimmte andere an Bord von Luftfahrzeugen begangene Handlungen, abgeschlossen in Tokio am 14. September 1963 (SR 0.748.710.1).

- Übereinkommen zur Bekämpfung der widerrechtlichen Inbesitznahme von Luftfahrzeugen, abgeschlossen in Den Haag am 16. Dezember 1970 (SR 0.748.710.2).
- Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Zivilluftfahrt, abgeschlossen in Montreal am 23. September 1971 (SR 0.748.710.3).

Soft Law

- Code of Conduct for Law Enforcement Officials adopted by General Assembly resolution 34/169 of 17 December 1979; zit. Code of Conduct for Law Enforcement Officials.
- Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, 27 August to 7 September 1990; zit. U.N. Basic Principles.
- The European Code of Police Ethics, Recommendation Rec(2001)10 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 19 September 2001 and explanatory memorandum; zit. European Code of Police Ethics.
- American Association for the International Commission of Jurists, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights; zit. Siracusa Principles.
- Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, Annexed to General Assembly resolution 3166 (XVIII) of 14 December 1973; zit. Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents.
- International Convention Against the Taking of Hostages, New York, 17 December 1979; zit. International Convention Against the Taking of Hostages.

Vereinigtes Königreich und Nordirland

- Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1973.
- Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974.
- The Northern Ireland Peace Agreement, 10 April 1998; zit. Karfreitagsabkommen.

REGLEMENTE

Schweiz (Polizei)

- *Schweizerisches Polizeiinstitut (SPI)*, Führung im Polizeieinsatz, Neuchâtel 2017; zit. FIP.
- *Schweizerisches Polizeiinstitut (SPI)*, Führung im Polizeieinsatz, Stabsarbeit, Neuchâtel 2018; zit. FIP Stabsarbeit.

NATO (militärische Reglemente)

- Allied Command Operations/Allied Command Transformation, Public Affairs Handbook, May 2020; zit. NATO ACO/ACT, Public Affairs Handbook.
- Glossary of Terms and Definitions, Edition 2019, February 2016; zit. NATO AAP-06 (Terms and Definitions, 2019).
- Legal Deskbook, 2. Aufl., 2010.
- ROE Manual MC 362-1 (restricted).
- Standard AJP-2, Allied Joint Doctrine for Intelligence, Counter-Intelligence and Security, Edition A Version 2, February 2016; zit. NATO Standard AJP-2 (Intelligence, 2016).
- Standard AJP-2.1, Allied Joint Doctrine for Intelligence Procedures, Edition B Version 1, June 2016; zit. NATO Standard AJP-2-1 (Intelligence Procedures, 2016).
- Standard AJP-2.7, Allied Joint Doctrine for Joint Intelligence, Surveillance and Reconnaissance, Edition A Version 1, July 2016; zit. NATO Standard AJP-2-7 (Joint Intelligence, 2016).

Vereinigtes Königreich (vor allem militärische Reglemente)

- *Joint Emergency Services Interoperability Principles (JESIP)*, The interoperability framework, edition 2, July 2016; zit. Interoperability framework.
- *Ministry of Defence*, Land Operations, Army Doctrine Publication AC 71940, 2017.
- *Ministry of Defence*, Manual of the law of armed conflict (JSP 383), 2004.
- *Ministry of Defence*, UK Defence Doctrine, Joint Doctrine Publication 0-01 (JDP 0-01), 5th Edition November 2014.

- *Ministry of Defence*, UK Defence Doctrine, Joint Doctrine Publication 3-46 (JDP 3-46), Legal Support to Joint Operations, 3th ed. June 2018.

Vereinigte Staaten von Amerika (vor allem militärische Reglemente)

- *Headquarters Department of the Army* (Headquarters Department of the Army/ Headquarters Marine Corps Combat Development Command/Headquarters United States Marine Corps), *Insurgencies and Countering Insurgencies*, Field Manual (FM) 3-24/Marine Corps Warfighting Publication (MCWP) 3-33.5, Washington D.C. May/June 2014; zit. Field Manual 3-24.
- *Joint Chiefs of Staff* (Department of the Army/Department of the Navy/ Department of the Navy U.S. Marine Corps/Department of the Air Force), *Joint and National Intelligence Support to Military Operations*, (vermutlich Washington D.C.) 5 July 2017; zit. Joint and National Intelligence Support.

I. EINLEITUNG

«[T]he information that the [...] authorities received that there would be a terrorist attack [...] presented them with a fundamental dilemma. On the one hand, they were required to have regard to their duty to protect the lives of the people [...] including their own military personnel and, on the other, to have minimum resort to the use of lethal force against those suspected of posing this threat in the light of the obligations flowing from both domestic and international law.»

McCann and others v. The United Kingdom (GC),
18984/91 (1995), § 192.

Die Geißel des Terrorismus ist nach Europa zurückgekehrt. Neue Aktionsformen fehlgeleiteter Täter sind besonders perfid und stellen die Konventionsstaaten vor grosse Herausforderungen: Die Zulässigkeit einer Anwendung von Zwangsmitteln ist im demokratischen Rechtsstaat auch gegenüber terroristischen Bedrohungen an strenge Regeln gebunden. Ein Rückgriff darauf ist nur innert den verfassungsrechtlichen Grenzen sowie des weiterreichenden rechtlichen Rahmens zulässig. Die Frage, ob und wie potenziell tödliche Gewalt von staatlicher Seite legitimerweise ausgeübt werden darf, spitzt sich bei der Bedrohung menschlichen Lebens durch Dritte zu.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich in unterschiedlich gelagerten Urteilen mit den verschiedenen Aspekten des Rechts auf Leben auseinandergesetzt. Inhaltlich geht es dabei um die Ausgestaltung des allgemeinen rechtlichen Rahmens¹, um staatliche Schutzpflichten², um eine spezifische Untersuchungspflicht³ sowie um die eigentliche Anwendung physischer Zwangsmittel⁴. Eine strikte Trennung

¹ *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002); *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004).

² *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002); *Öneryildiz v. Turkey* (GC), 48939/99 (2004).

³ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011); *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015); *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016).

⁴ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995); *Nachova and others v. Bulgaria* (GC), 43577/98 und 43579/98 (2005); *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011); *Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 (2014).

der verschiedenen Aspekte des Rechts auf Leben ist kaum möglich und unseres Erachtens auch nicht ratsam. Die Urteile und Entscheidungen des EGMR nehmen in unterschiedlichem Masse aufeinander Bezug⁵.

Insgesamt hat der EGMR den Rückgriff auf potenziell tödliche Zwangsmittel in den Konventionsstaaten bislang in nur relativ wenigen Fälle behandeln müssen. Da sich seine Rechtsprechung hierzu aber als konstant erweist, kann die sich daraus ergebende fallrechtliche Praxis als verbindlicher Standard zum Recht auf Leben für die Europaratsstaaten angesehen werden⁶. Der Umstand, dass ein Urteil des EGMR grundsätzlich nur von demjenigen Staat zu befolgen ist, welcher selber als Parteien betroffen ist (Art. 46 Abs. 1 EMRK), tritt aus rechtswissenschaftlicher Sicht in den Hintergrund⁷.

Nachfolgend werden zuerst die prägendsten Urteile kurz vorgestellt (Ziff. II.2). Gestützt auf die vom EGMR entwickelte Rechtsprechung wird anschliessend danach gefragt, welche spezifischen Pflichten den Konventionsstaaten zur Gewährleistung der Sicherheit in besonderen Situationen obliegen (Ziff. III). Aus den einschlägigen Urteilen wird dann abgeleitet, welche staatlichen Handlungspflichten im Vorfeld von Anti-Terror-Operationen (Ziff. IV), bei deren Durchführung (Ziff. V) sowie im Nachgang dazu (Ziff. VI) bestehen können. Zusammenfassende Thesen (Ziff. VII.) sowie Schlussbemerkungen (Ziff. VIII) runden das Werk ab.

Die sich ergebenden Erkenntnisse sollen helfen, staatliches Handeln in Extremsituationen grundrechtskonform auszugestalten. Wie zu zeigen sein wird, beginnen grundrechtliche Verpflichtungen bei Anti-Terror-Operationen bereits bei Vorbereitungsmaßnahmen zu greifen und erstrecken sich in unterschiedlichen Ausprägungen über jede einzelne Phase von polizeilichen Operationen – und sogar darüber hinaus. Mitunter geht es darum, das Dilemma zwischen dem Tötungsverbot und der Pflicht zur Rettung bedrohter Personen (etwa von Geiseln) zu lösen. Solche Ausnahmesituationen können sich gegenwärtig leider in ganz Europa ergeben: von Gibraltar im Westen bis nach Beslan im Osten.

⁵ Weitere – juristisch durchaus kontrovers diskutierte – Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Recht auf Leben wie etwa zum Beginn des Lebens, der Zulässigkeit der Todesstrafe, dem selbstbestimmten Suizid, etc., bilden demgegenüber Sonderfragen und werden vorliegend ausgeklammert.

⁶ Vgl. zum allgemeinen Wandel der Opferkategorien im internationalen Recht BERGTORA SANDVIK, *Security and International Law*, S. 114 ff.

⁷ Zudem stellen sich die vorliegend zu untersuchenden Fragen nach hier vertretener Ansicht in allen Staaten im Grundsatz ähnlich.

II. FALLRECHTSGEPRÄGTE AUSLEGUNG DES RECHTS AUF LEBEN

«The question arises [...], whether the anti-terrorist operation as a whole was controlled and organised in a manner which respected the requirements of Article 2 [...] and whether the information and instructions given to the soldiers which, in effect, rendered inevitable the use of lethal force, took adequately into consideration the right to life of the three suspects.»

McCann and others v. The United Kingdom (GC),
18984/91 (1995), § 201.

1. DER EINSATZ POLIZEILICHER ZWANGSMITTEL IN DER RECHTSPRECHUNG DES EGMR

In seinem 1995 gefällten Urteil *McCann and others v. The United Kingdom*⁸ hatte der EGMR eine Anti-Terror-Operation zu beurteilen. In ihrem Leitentscheid hat die *Grand Chamber* grundrechtliche Leitlinien zum Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK aufgestellt⁹. Die daraus für die Konventionsstaaten resultierenden Verpflichtungen werden vom Gerichtshof seither zum Massstab genommen und weiterentwickelt. Drei jüngere Urteile – *Tagayeva and others*, *Finogenov and others* und *Isayeva v. Russia* – betreffen Anti-Terror-Operationen in Russland¹⁰.

Während im Fall *McCann* noch das Recht auf Leben der Terroristen (potenzielle Täter) in Frage stand, ging es in den Fällen *Finogenov*, *Tagayeva* und *Isayeva* um den Schutz des Lebens von bedrohten Zivilisten. Die Sicherheitskräfte be-

⁸ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995).

⁹ DICKSON, Planning and control of operations, S. 47 («notion that Article 2 imposed positive as well as negative obligations»).

¹⁰ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005) – Einsatz schwerer Waffen im Tschetschenien-Konflikt; *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011) – Geiselnahme in einem Moskauer Theater; *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017) – Geiselnbefreiungsaktion in Beslan.

fanden sich im Dilemma, nicht nur das Recht auf Leben von Terroristen nach Möglichkeit zu schonen (zumindest wären sie dazu verpflichtet gewesen), sondern auch jenes von (potenziellen) Opfern zu schützen.

Die Grenzen staatlicher Verpflichtungen zum Schutz des Lebens beim Einsatz von Sicherheitskräften werden von der *Grand Chamber* im Urteil *Giuliani and Gaggio v. Italy*¹¹ aufgezeigt. Darin geht es um eine «klassische» Notwehrsituation eines lebensbedrohlich angegriffenen Carabinieri.

Zu diesen Fällen zu polizeilichen Operationen tritt die Rechtsprechung des EGMR zum Umgang mit Zwangsmitteln im polizeilichen Alltag, also auf geringerer Eskalationsstufe, hinzu¹². Weitere Fälle betreffen die staatliche Untersuchungspflicht bei der Gefährdung menschlichen Lebens¹³ oder die unter besonderen Umständen gegebene besondere staatliche Verantwortung¹⁴ zu dessen Schutz.

2. VON GIBRALTAR (1988/1995) NACH BESLAN (2004/2017)

Auf die oben erwähnten Fälle wird in der nachfolgenden Untersuchung wiederholt Bezug genommen. Eine kurze Zusammenfassung der Sachverhalte dient der besseren Verständlichkeit im späteren Kontext.

¹¹ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011) – Demonstration gegen den G8-Gipfel.

¹² Insbesondere *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001); *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016); *Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 (2014).

¹³ *Nagmetov v. Russia* (GC), 35589/08 (2017); *McDonell v. The United Kingdom*, 19563/11 (2014); *Collette and Michael Hermsworth v. The United Kingdom*, 58559/09 (2013); *Mikheyev v. Russia*, 77617/01 (2006).

¹⁴ *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002); *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015); *Jaloud v. The Netherlands* (GC), 47708/08 (2014); *Cyprus v. Turkey* (GC), 25781/94 (2001); *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009); *Scavuzzo-Hager and others v. Switzerland*, 41773/98 (2006).

2.1. MCCANN AND OTHERS V. THE UNITED KINGDOM (GC)

Im Fall *McCann* ging es um die Operation «Flavius» der Special Air Services (SAS)¹⁵ im Jahr 1988 in Gibraltar. Daniel McCann, Seán Savage und Mairéad Farrell von der «active service unit» der Provisional Irish Republican Army (PIRA) standen unter Beobachtung der Sicherheitskräfte¹⁶. Gemäss nachrichtendienstlichen Informationen plante die PIRA einen Anschlag auf die feierliche Wachablösung in Gibraltar. Konkrete Hinweise deuteten darauf hin, dass die als sehr gefährlich eingestuft Personen mit einer Tatabsicht nach Gibraltar reisen würden. In Gibraltar gingen die Behörden davon aus, dass alle drei Terroristen jederzeit mit einem Funksignal eine Autobombe zünden oder bei Entdeckung versteckte Handfeuerwaffen gegen die Sicherheitskräfte einsetzen könnten¹⁷.

Am späteren Nachmittag des 6. März 1988 erliess der zuständige Polizeikommissär den Haftbefehl gegen McCann, Savage und Farrell «on suspicion of conspiracy to murder»; die militärischen Spezialkräfte vor Ort wurden angewiesen to «proceed with the military option which may include the use of lethal force for the preservation of life»¹⁸.

Zu Beginn der eigentlichen Operation zur Festnahme der Verdächtigen kam es bei einer Trankstelle zu einem Kontakt zwischen Soldaten der SAS und zwei der Terroristen. Die Sicherheitskräfte eröffneten das Feuer auf McCann und Farrell¹⁹. Seán Savage befand sich weiter entfernt, aber in Hörweite der Schüsse. Ein Angehöriger der SAS versuchte, Savage sofort anzuhalten. Der dritte Terrorist «[...] spun round and his arm went down towards his right hand hip area; the soldier believed that Savage was going for a detonator and opened fire»²⁰. Daniel McCann, Mairéad Farrell und Seán Savage waren nach dem Einsatz der Schusswaffen sofort tot.

Die *Grand Chamber* des EGMR schützte die konkreten Massnahmen zur Gefahrenabwehr, welche als solche nicht gegen Art. 2 Abs. 2 EMRK verstiesen (Recht auf Leben

¹⁵ Weiterführend zur SAS als bekanntesten und best ausgebildeten Anti-Terror-Einheit des Vereinigten Königreichs COMBS, Terrorism in the Twenty-First Century, S. 284 ff.

¹⁶ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), insb. §§ 38 ff.

¹⁷ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), §§ 28 und 48 ff.

¹⁸ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 54.

¹⁹ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), §§ 61 ff.

²⁰ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 78.

der Terroristen)²¹. Die Soldaten der SAS hatten die Terroristen in der Annahme einer bestehenden unmittelbaren schweren Gefahr neutralisiert²².

Die *Grand Chamber* weitete die Fallprüfung aber auf die Operation «Flavius» als Ganze aus²³. Mit knappen 10 zu 9 Stimmen erkannte der Gerichtshof eine Verletzung des Grundrechts auf Leben²⁴:

«In sum, having regard to the decision not to prevent the suspects from travelling into Gibraltar, to the failure of the authorities to make sufficient allowances for the possibility that their intelligence assessments might, in some respects at least, be erroneous and to the automatic recourse to lethal force when the soldiers opened fire, the Court is not persuaded that the killing of the three terrorists constituted the use of force which was no more than absolutely necessary in defence of persons from unlawful violence within the meaning of Article 2 para. 2 (a) of the Convention.»²⁵

Die wesentliche Bedeutung dieses Leiturteils liegt in der Ausweitung der vom Gericht überprüften Fragestellung: Damit sind aus grundrechtlicher Sicht auch die Planung und die Führung von potenziell tödlichen Aktionen staatlicher Sicherheitskräfte relevant und justiziabel²⁶. Hingegen tritt ein konkretes Einzelverhalten von Angehörigen der Sicherheitskräfte (allenfalls sogar eine Notwehrlage) in den Hintergrund.

²¹ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), insb. § 200.

²² Kritisch etwa CHARTERS, *Countering Terrorism in the Democratic Context*, S. 222 f. («grey area of legality and morality»; noch vor dem Urteil des EGMR).

²³ Damit treten die Handlungen des Staates in den Vordergrund, die konkreten Handlungen der Angehörigen der SAS in den Hintergrund. Ein Nichteintreten *ratione personae* kommt damit im Grunde nicht mehr infrage. Vgl. zur führeren Rechtsprechung WARBRICK, *Prevention of Terrorism*, S. 93 ff.; zur Abgrenzung zwischen der staatlichen Verantwortung und Handlungen von Akteuren ausser Dienst vgl. MARINKOVIĆ/GRIGĆ, *State responsibility*, insb. S. 76 ff.

²⁴ Und kehrte damit einen 11 zu 6 gefällten Entscheid der Kommission um; vgl. DICKSON, *Planning and control of operations*, S. 48.

²⁵ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 213.

²⁶ Vgl. auch REID, *Practitioner's Guide*, 85-018 oder WICKS, *Right to Life*, S. 63.

2.2. FINOGENOV AND OTHERS V. RUSSIA

Im Fall *Finogenov* ging es um eine Geiselnbefreiungsaktion in Moskau. Tschetschenische Terroristen hatten am Abend des 23. Oktober 2002 im Dubrovka-Theater über 900 Personen als Geiseln genommen²⁷. Die Befreiungsaktion startete drei Tage später mit der Einleitung eines narkotisierenden Gases in das Lüftungssystem des Theatergebäudes.

«A few minutes later, when the terrorists controlling the explosive devices and the suicide bombers in the auditorium lost consciousness under the influence of the gas, the special squad stormed the building. Most of the suicide bombers were shot while unconscious; others tried to resist but were killed in the ensuing gunfire.»²⁸

«As a result of the attack, forty terrorists were killed – either because they resisted and fired back at the special-squad officers, or because there was a real danger that they would activate the explosive devices which they had planted in the building»²⁹. Further 125 persons (hostages) died as a result of: «[...] acute respiratory and cardiac deficiency, induced by the fatal combination of negative factors existing [...], namely severe and prolonged psycho-emotional stress, a low concentration of oxygen in the air of the building (hypoxic hypoxia), prolonged forced immobility, which is often followed by the development of oxygen deprivation of the body (circulatory hypoxia), hypovolemia (water deprivation) caused by the prolonged lack of food and water, prolonged sleep deprivation, which exhausted compensatory mechanisms, and respiratory disorders caused by the effects of an unidentified chemical substance (or substances) applied by the law-enforcement authorities in the course of the special operation to liberate the hostages [...]»³⁰

²⁷ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 8.

²⁸ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 22.

²⁹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 100.

³⁰ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 99, den Untersuchungsbericht zitierend.

Der EGMR bestätigte das McCann-Urteil und verfeinerte seine Argumentation hinsichtlich der staatlichen Schutzpflichten:

The Court concluded a breach of the positive obligations under Article 2 of the Convention «[...] in the circumstances the rescue operation [...] was not sufficiently prepared, in particular because of the inadequate information exchange between various services, the belated start of the evacuation, limited on-the-field coordination of various services, lack of appropriate medical treatment and equipment on the spot, and inadequate logistics.»³¹

2.3. TAGAYEVA AND OTHERS V. RUSSIA

Im Fall *Tagayeva* ging es um eine Geiselnbefreiungsaktion an einem Gymnasium in der russischen Teilrepublik Nordossetien. Am 1. September 2004 («day of knowledge» zur Eröffnung des Schuljahrs) nahmen 35 bewaffnete islamistische Kämpfer an der Schule Nr. 1 in Beslan 1'128 Menschen als Geiseln; davon über 800 Kinder³². «The attackers then proceeded to arrange a system of improvised explosive devices (IEDs) around the gymnasium»³³.

Bei der Befreiungsaktion unter Einbezug von Spezialeinheiten des FSB (Inlandsgeheimdienst) und Verwendung schwerer Mittel der Armee³⁴ wurden 317 Geiseln getötet und 728 unterschiedlich schwer verletzt³⁵. Unklar blieb, wer oder was die schweren Explosionen ausgelöst hatte, welche die ersten Opfer forderten und zum späteren Einsturz des brennenden Dachs eines Gebäudes führten³⁶. Zudem kamen 10 Angehörige der Sondereinsatzkräfte (darunter drei Gruppenchefs) zu Tode; 30 wurden verletzt – damit

³¹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 266.

³² *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 25.

³³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 27.

³⁴ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 137 ff. und 145 ff.

³⁵ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 349 (Angaben gemäss den Ermittlungen des Nord-Ossetischen Obergerichts [High Court]).

³⁶ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 74 ff.

hatten die Eliteeinheiten *Vympel* and *Alfa* die bis dahin grössten Verluste bei einer einzigen Operation zu verzeichnen³⁷.

In seinem Urteil erkannte der EGMR eine mehrfache Verletzung des Rechts auf Leben. Dies bereits dadurch, dass die staatlichen Behörden trotz Hinweisen auf mögliche Anschläge keine wirksamen präventiven Massnahmen dagegen unternommen hatten³⁸. Sodann, «since the investigation was not capable of leading to a determination of whether the force used in the case was or was not justified in the circumstances, and, therefore, not «effective»»³⁹. Zudem lastete der Gerichtshof den Behörden verschiedene weitere Versäumnisse an: Von unterlassenen Planungen und Vorkehrungen im Vorfeld über eine ungenügende Kommandostruktur bei der eigentlichen Anti-Terror-Operation bis zum teilweisen Versagen des Einsatzes der Rettungskräfte im Anschluss⁴⁰. And «although the decision to resort to the use of lethal force was justified in the circumstances, Russia had breached Article 2 of the Convention on the account of the use of lethal force, and, in particular, indiscriminate weapons. The weakness of the legal framework governing the use of force contributed to the above finding»⁴¹.

2.4. ISAYEVA V. RUSSIA

Der Fall *Isayeva* stand in unmittelbarem Zusammenhang mit den Tschetschenien-Konflikt. Nach dem Abzug aus der Hauptstadt Grosny «[a] significant group of Chechen fighters – ranging from several hundred to four thousand persons – entered the village of Katyr-Yurt early on the morning of 4 February 2000»⁴². Die staatlichen Behörden sicherten den Bewohnern eine Möglichkeit zum Verlassen des Dorfes zu. Als sie dies taten, wurden sie angegriffen⁴³:

³⁷ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 93.

³⁸ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 486 ff.

³⁹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 539.

⁴⁰ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 574.

⁴¹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 611.

⁴² *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 15.

⁴³ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 18.

It was «undisputed that the applicant and her relatives were attacked when trying to leave the village of Katyr-Yurt through what they had perceived as safe exit from heavy fighting. It is established that an aviation bomb dropped from a Russian military plane exploded near their minivan, as a result of which the applicant's son and three nieces were killed and the applicant and her other relatives were wounded»⁴⁴.

Der Gerichtshof anerkannte zwar, «that the operation in Katyr-Yurt [...] was pursuing a legitimate aim» aber er ging nicht davon aus «that it was planned and executed with the requisite care for the lives of the civilian population»⁴⁵. Der Gerichtshof kam zum Schluss, dass der massive Waffeneinsatz das Recht auf Leben der Zivilbevölkerung verletzt hat:

«[U]sing this kind of weapon in a populated area, outside wartime and without prior evacuation of the civilians, is impossible to reconcile with the degree of caution expected from a law-enforcement body in a democratic society. No martial law and no state of emergency has been declared in Chechnya, and no derogation has been made under Article 15 of the Convention [...]. The operation in question therefore has to be judged against a normal legal background. Even when faced with a situation where [...] the population of the village had been held hostage by a large group of well-equipped and well-trained fighters, the primary aim of the operation should be to protect lives from unlawful violence. The massive use of indiscriminate weapons stands in flagrant contrast with this aim and cannot be considered compatible with the standard of care prerequisite to an operation of this kind involving the use of lethal force by State agents»⁴⁶.

2.5. GIULIANI AND GAGGIO V. ITALY (GC)

Im Fall *Giuliani and Gaggio* ging es um eine gewaltsame Demonstration während des G8-Gipfels in Genua vom Juli 2001. Die Sicherheitskräfte unterteilten die Stadt in verschiedene Zutritts- respektive Sicherheitszonen (rot – gelb – weiss). In der durch

⁴⁴ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 179.

⁴⁵ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 200.

⁴⁶ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 191.

Metallzäune abgesicherten roten Kernzone fand das Gipfeltreffen statt. Die Behörden waren angewiesen worden, jegliche Durchbrechungsversuche abzuwehren⁴⁷.

Am 20. Juli 2001 kam es zu mehrfachen gewaltsamen Zusammenstößen zwischen äusserst aggressiven Demonstranten und den Sicherheitskräften – die Globalisierungsgegner hatten die Absicht zum Eindringen in die rote Kernzone bereits vorgängig angekündigt⁴⁸. Bei den Zusammenstößen wurde ein Fahrzeug der Carabinieri mit gefährlichen Gegenständen ausgerüsteten Demonstranten überrannt. Die sich im Jeep befindenden, bereits vorgängig verletzten Polizisten wurden von den Demonstranten mit Steinen, Stöcken und Metallstangen bedroht. Schliesslich wurde ein Carabiniere von Carlo Giuliani mit einem als Wurfgegenstand verwendeten Feuerlöscher angegriffen. Der Carabiniere erschoss Giuliani aus Notwehr⁴⁹.

Die *Grand Chamber* stellte weder eine Verletzung von Art. 2 EMRK aufgrund der tödlichen Schussabgabe an sich noch hinsichtlich des innerstaatlichen Rechtsrahmens für den Waffeneinsatz fest. Auch bei der Organisation und Planung der Polizeioperationen während des Gipfeltreffens sei nicht gegen die EMRK verstossen und zudem sei die prozedurale Verpflichtung eingehalten worden⁵⁰. Auf den Umstand, dass der schiessende Carabiniere «no longer fit to remain on duty» war, ging der Gerichtshof (unseres Erachtens zurecht) nicht weiter ein⁵¹. Damit bildet der Fall, *mutatis mutandis*, eine Grenze der staatlichen Schutzpflicht zur Gewährleistung des Rechts auf Leben.

2.6. WEITERE URTEILE

Zu den oben erwähnten Urteilen treten mit Blick auf die Verpflichtungen der Konventionsstaaten nach Art. 2 EMRK weitere Fälle auf einer *geringeren Eskalationsstufe* hinzu. Es geht darin generell um die Beurteilung des Einsatzes von Zwangsmitteln durch Sicherheitskräfte in verschiedenen Situationen sowie um Fälle, in welchen vom EGMR eine nachgelagerte (post-operationelle) Untersuchungspflicht oder eine besondere

⁴⁷ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 12 f.

⁴⁸ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 17.

⁴⁹ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 22-25.

⁵⁰ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 307 ff. sowie Urteilsdispositiv.

⁵¹ MARINKOVIĆ/GRIGĆ, State responsibility, S. 77.

staatliche Verantwortung zu beurteilen waren. Auf diese Fälle wird an den passenden Stellen näher eingegangen.

Darüber hinaus ist die weitere Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK zu beachten – insbesondere soweit sie die allgemeine Gefahrenabwehr sowie allfällige Handlungs- oder Untersuchungspflichten zum Gegenstand hat.

3. BEDEUTUNG DIESER RECHTSPRECHUNG UND METHODIK DER ARBEIT

3.1. BESONDERHEIT GRUNDRECHTLICHER GEHALTE

Aus Art. 2 EMRK folgen neben der allgemeinen Verpflichtung der Konventionsstaaten zur Schaffung eines rechtlichen Rahmens zum Schutz des Lebens verschiedene grundrechtliche Gehalte. Diese materialisieren sich stets in konkreten Einzelfällen. Bei Anti-Terror-Operationen kommen alle Gehalte des Rechts auf Leben zum Tragen – unter bestimmten Umständen können sie sogar in Konflikt miteinander geraten. Aus dem aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 2 EMRK fliessenden *verbindlichen Standard* (vgl. Kapitel I) leiten sich die Anforderungen an die Angemessenheit des Handelns staatlicher Sicherheitskräfte in den Konventionsstaaten ab.

Insbesondere die Urteile *McCann and others v. The United Kingdom (GC)* und *Tagayeva and others v. Russia* zeigen, dass sich konventionsrechtliche Pflichten früh materialisieren: Sei es hinsichtlich des Ergreifens von Massnahmen überhaupt, oder sei es hinsichtlich verschiedener Handlungsmöglichkeiten zur Gefahrenabwehr (Verhinderung oder Minimierung einer Bedrohung). So sind staatliche Sicherheitskräfte nicht nur zum Handeln gegenüber «Störern» verpflichtet, sondern bei erhöhter Bedrohungslage auch zum Ergreifen präventiver Massnahmen. Entscheidend ist allerdings, dass ein Konventionsstaat um eine konkrete Bedrohung weiss oder wissen müsste.

Der EGMR verlangt in seiner Rechtsprechung von den Konventionsstaaten nicht Unmögliches. Die Sicherheitskräfte können sich zulässigerweise auf berechtigte Annahmen und eigene Einschätzungen stützen. Lagebeurteilungen müssen aber überhaupt vorgenommen und staatliches Handeln muss darauf ausgerichtet werden. Der Gerichtshof geht davon aus, dass Terroristen bei ihren perfiden Aktionen von staatlichen Sicherheitskräften ultima

ratio neutralisiert werden dürfen. Da auch Terroristen unter dem grundrechtlichen Schutz des Rechts auf Leben stehen, wird aber selbst dann eine strikte Verhältnismässigkeitsprüfung verlangt (*absolute necessity*). Aus dem Recht auf Leben leitet der EGMR zudem eigenständige Aufklärungspflichten bei ungeklärten Todesfällen ab⁵².

3.2. POLIZEILICHE OPERATIONEN

Die Terrorismusabwehr fordert die Staaten auf verschiedenen Ebenen heraus. Auf *strategischer* Ebene werden grundsätzliche Beurteilungen und Einordnungen vorgenommen sowie Entscheide über den «Umgang» mit terroristischen Bedrohungen gefällt.

Auf *operativer* Ebene geht es primär um das Agieren der staatlichen Sicherheitskräfte als sicherheitspolitische Systeme in bestimmten Situationen – also etwa bei Geiselnahmen oder bei der konkreten Abwehr von Anschlägen. Bei Anti-Terror-Operationen sind in der Regel verschiedene staatliche Stellen involviert (Nachrichtendienste, reguläre Polizeikräfte, Strafverfolgungsbehörden, Spezialkräfte bis hin zu militärischen Verbänden).

Der Einsatz physischer Zwangsmittel findet stets individuell-konkret auf der *taktischen* Ebene statt. Dabei kann es sich um spontane Einzelsituationen handeln – oder um ein taktisches Verhalten im Rahmen von plan- und steuerbaren Operationen.

3.3. BEDEUTUNG FÜR DIE VORLIEGENDE ARBEIT

Anti-Terror-Operationen zielen im Kontext der nachfolgenden Ausführungen auf den Einsatz staatlicher Zwangsmittel zum Schutz von Menschen in unmittelbar lebensbedrohlichen Situationen. Sie können in Anlehnung an die üblichen Phasen des Vorgehens von Sicherheitskräften untersucht werden:

- Planung und Vorbereitung
(inklusive der von den Konventionsstaaten gesetzten Rahmenbedingungen);
- Durchführung
(operative und taktische Ebene);
- Abschluss der Operation
(inklusive Übergang zu allfälligen Untersuchungen).

⁵² Vgl. etwa EGMR *Mikheyev v. Russia*, 77617/01 (2006), § 142 (Verletzung der EMRK, weil ein Sturz aus dem Fenster nicht aufgeklärt wurde).

Die einzelnen Operationsphasen lassen sich an den rechtlichen Vorgaben messen, welche aus der praxisnahen und zuweilen akzentuierten Rechtsprechung des EGMR folgen. Nachfolgend wird daher zwischen *prä-operationellen* Pflichten, *Pflichten während Anti-Terror-Operationen* sowie *post-operationellen* Pflichten der Konventionsstaaten unterschieden.

Die Verknüpfung des Fallrechts des EGMR mit der operationellen Praxis zeigt «greifbare» Erkenntnisse und Konsequenzen für die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung in den Konventionsstaaten auf. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich beim Schutze des Rechts auf Leben nach Art. 2 EMRK – wie bei allen Grundrechten – letztlich um die Durchsetzung (höchstrangiger) rechtlicher Grundsätze⁵³ handelt.

⁵³ Weiterführend ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 72 ff. sowie allgemein HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 4 ff. und 29 ff. oder JACOBS/WHITE/OVEY, *European Convention*, S. 7 ff. und 84 ff.

III. GEWÄHRLEISTUNG PHYSISCHER SICHERHEIT

«States claim a – usually – limited monopoly to use force within their territories. Accordingly, individuals who use force against the authorities (or against other people) have no right to do so; states regard these activities as criminal. But a constitutional state faces a dilemma – if the acts to which the state responds are crimes, then it is limited in how it may do so, not just its limited right to use force, but how it investigates, prosecutes and punishes those who have recourse to force against it.»

COLIN WARBRICK
(European Response to Terrorism)

1. TERRORISTISCHE AKTIONSFORMEN

Das Monopol zur *legitimen* Ausübung staatlicher Gewalt ist notwendigerweise eng mit dem Prinzip des Rechtsstaats verbunden. Das Gewaltmonopol kann von Dritten mit unmittelbar gegen den Staat und seine Repräsentanten gerichteten Gewaltakten infrage gestellt werden⁵⁴. Ebenso wird das Gewaltmonopol durch gewaltsame Aktionen gegen die Bevölkerung oder gegen Teile der Bevölkerung (*soft targets*) herausgefordert.

Allen Formen von Terrorismus ist die Anwendung von Gewalt als Taktik⁵⁵ gegenüber dem Staat respektive gegenüber der Allgemeinheit gemein⁵⁶. Damit stellt Terrorismus

⁵⁴ WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 990; in einem weiteren Sinne VAN CREVELD, *Transformation of War*, S. 192.

Historisches Beispiel dafür sind anarchistisch motivierte Anschläge auf Fürsten sowie auf staatliche Repräsentanten in Europa im 19. Jahrhundert. Aktuelle Beispiele sind dschihadistisch motivierte – in Tötungsabsicht erfolgte – Angriffe auf Angehörige von Polizei und Armee im Vereinigten Königreich (Soldat an Bushaltestelle), in Frankreich (Messerattacke) sowie etwa in Belgien (Messerattacke).

⁵⁵ KIRAS, *Terrorism and globalization*, S. 403.

⁵⁶ Zur politischen Imprägnierung der Gewalt vgl. insb. HOFFMAN, *Inside Terrorism*, S. 40.

das staatliche Gewaltmonopol unmittelbar infrage. Mittelbar liegt das Ziel in einer Veränderung der verfassungsmässigen Ordnung eines Staates⁵⁷.

Das «Phänomen» Terrorismus bleibt schwer fassbar⁵⁸. Es gibt zwar Versuche zur begrifflichen Klärung⁵⁹ oder für gesetzliche Umschreibungen⁶⁰ – eine allgemein anerkannte wissenschaftliche Definition besteht aber nicht⁶¹.

Allgemein kann auf die recht offene (teilweise sogar selbstreferenzielle) Definition des *NATO Military Committee* abgestellt werden, welches Terrorismus definiert als «(t)he unlawful use or threatened use of force or violence, instilling fear and terror, against individuals or property in an attempt to coerce or intimidate governments or societies, or to gain control over a population, to achieve political, religious or ideological objectives»⁶².

⁵⁷ Vgl. auch MARTIN, *Essentials of terrorism*, S. 10 ff.; VAN CREVELD, *Transformation of War*, S. 198 weist darauf hin, that a «community which cannot safeguard the lives of its members (...) is unlikely either to command their loyalty or to survive for very long».

⁵⁸ Zu den Ursprüngen des Begriffs des «Terrorismus» bis hin zur (noch immer) aktuellen Verwendung (und einem damit einhergehenden Bedeutungsverlust) vgl. LAQUEUR, *Terrorismus*, S. 19 ff. oder HOFFMAN, *Inside Terrorism*, S. 1 ff.

⁵⁹ So etwa WILKINSON, *Terrorism and the rule of law*, S. 12: «*systematic use of murder, injury and destruction or threat of same to create a climate of terror, to publicise a cause and to intimidate a wider target into conceding to the terrorist's aims*». Diese Definition enthält zwar allgemein anerkannte Elemente «terroristischer» Akte – insbesondere ein jenseits von Gewaltakten liegendes Ziel –, ist aber teilweise selbstreferenziell (terroristische Akte führen zu einem Klima des Terrors).

⁶⁰ Vgl. etwa im Vereinigten Königreich der *Terrorism Act 2000* c. 11, § 1.

⁶¹ Eine «Einordnung» eines Akts als terroristische Tat ist bis zu einem gewissen Grad auch immer eine politische Bewertung oder Verurteilung. Aus juristischer Sicht steht die Verletzung des Rechts auf Leben für eine grössere Zahl von Menschen im Vordergrund.

Vgl. weiterführend zur Schwierigkeit einer Definition von Terrorismus WARBRICK, *Prevention of Terrorism*, S. 82 ff.; KIRAS, *Terrorism and globalization*, S. 402 ff.; KURTH CRONIN, *How Terrorism Ends*, S. 6 f.; FOREST *Counterterrorism*, S. 1 ff. sowie – allgemeiner – LAQUEUR, *Krieg dem Westen*, S. 32 ff. und 41 ff.; KARLSSON, *Counterterrorism*, S. 7 sowie MARTIN, *Essentials of terrorism*, S. 5 ff. oder MARSDEN/SCHMID, *Typologies of Terrorism*, S. 169 ff. mit dem Versuch von Typologisierung. Nach BURES, *Terrorism and Counterterrorism*, S. 139 ist dies eine Folge der Befassung verschiedener wissenschaftlicher Disziplinen mit dem Phänomen; WILKINSON, *Terrorism*, S. 132 weist zudem auf grundsätzliche Unterschiede im Verständnis von «Terrorismus» zwischen den U.S.A. und Europa hin. Vgl. dazu WARDLAW, *Democratic Framework*, S. 7.

⁶² NATO AAP-06 (*Terms and Definitions*, 2019), S. 128 («terrorism»); gleich NATO, *Military Decision on MC 0472/1* (6 January 2016), § 7. Weiterführend zu «elements and types of terrorism», SLOAN/ANDERSON, *Historical Dictionary of Terrorism*, S. LI ff.

Die Anwendung von Gewalt ist für Terroristen kein Selbstzweck, sondern ein Mittel zur Erlangung von Aufmerksamkeit⁶³. Die Finalität liegt letztlich in der direkten Beeinflussung von Entscheidungsträgern oder indirekt in der Einschüchterung der Öffentlichkeit⁶⁴. Die Gründe und Aktionsformen von Terrorismus variieren.

Terroristische Aktions-, respektive Bedrohungsformen sind alt⁶⁵. Seit den 1960er Jahren haben sie stark zugenommen⁶⁶. Damals hatte die Anwendung terroristischer Gewalt noch einen vornehmlich territorialen Kontext: Sei es im Zusammenhang mit Unabhängigkeitsbewegungen (die Irish Republican Army [IRA] in Nordirland, die baskische Euskadi Ta Askatasuna [ETA] in Spanien und Frankreich), sei es mit gesellschaftlich motivierten Umsturzversuchen in einzelnen Staaten (die Rote Armee Fraktion [RAF] in Deutschland, Brigade Rosse in Italien).

Teilweise wurden lodernde Konflikte «exportiert»⁶⁷. Dahinter standen auch veränderte Taktiken. So erwies sich ab Ende der 1960er Jahre der «Spektakelwert» von Flugzeugentführungen oder von Anschlägen auf internationale Flüge als besonders gross⁶⁸.

War das Ausweichen auf terroristische Gewalt historisch gesehen eine ultima ratio von unterdrückten Gruppierungen, so ist Terrorismus in den letzten Jahrzehnten zu einem primären Mittel bei nationalistisch oder religiös imprägnierten Auseinandersetzungen geworden⁶⁹. In offenen (Kommunikations-) Gesellschaften können sich terroristische

⁶³ Vgl. zur Bedeutung der Medien als Kommunikationsinstrument für terroristische Gruppierungen bereits ALEXANDER, *Terrorism and the Media*, S. 160 sowie WILKINSON, *Terrorism versus Democracy*, S. 174 ff. oder HOFFMAN, *Inside Terrorism*, S. 173 ff.

Weiterführend KRAUTHAMMER, *Partners in Crime*, S. 111 ff. zu den Unterschieden zwischen classical and modern terrorism sowie SCHORR, *Encouragement of Violence*, S. 114 zur «symbiotic relationship (...) between terrorism and television».

⁶⁴ Ähnlich MARTIN, *Essentials of terrorism*, S. 2.

⁶⁵ Vgl. die Übersicht über terroristische Aktivitäten bei SLOAN/ANDERSON, *Historical Dictionary of Terrorism*, S. XXIX ff. (Chronology; A.D. 66 bis 2009).

⁶⁶ NETANYAHU, *Defining Terrorism*, S. 11.

⁶⁷ Zur Verdrängung des Guerillakampfes durch den Terrorismus vgl. LAQUEUR, *Terrorismus*, S. 383.

⁶⁸ FOREST, *Kidnapping*, S. 326 (m.H. auf ein Interview von George Habash).

⁶⁹ Vgl. LAQUEUR, *Terrorismus*, S. 385.

Aktivitäten besonders leicht entfalten⁷⁰. Eine demokratisch-rechtsstaatliche Grundordnung vermag einer terroristischen Bedrohung den Nährboden damit gerade nicht mehr zu entziehen, sondern wird ihrerseits – aufgrund ihrer besonderen Verletzlichkeit – von Extremisten direkt herausgefordert⁷¹.

Terroristische Aktivitäten in Europa und den U.S.A. waren in den 1980er Jahren insgesamt noch für relativ wenige Verluste an Menschenleben verantwortlich. Vor allem Vergleiche mit Todesfällen aufgrund nicht intendierter Gefährdungen (zivilisatorische Risiken) relativierten die terroristischen Bedrohungen⁷².

Aktuell geht die grösste terroristische Gefahr in Europa⁷³ von «dschihadistisch» motivierten Anschlägen aus⁷⁴. Die Akteure entterritorialisieren Gewalt unter Anwendung neuer Vorgehensweisen⁷⁵. Solche Terrorakte zeichnen sich häufig dadurch aus, dass die ausführenden Täter dazu bereit sind, ihr Leben bei der Ausführung von Anschlägen zu opfern und dabei möglichst viele Menschen mit sich in den gewaltsamen Tod zu reissen.

⁷⁰ LAQUEUR, Terrorismus, S. 397 (dort im Vergleich zu Diktaturen) sowie DERS., Krieg dem Westen, S. 20 f.

⁷¹ Vgl. zum Ganzen LAQUEUR, Terrorismus, S. 385 ff.

⁷² CHARTERS, Countering Terrorism in the Democratic Context, S. 212 (m.w.H.); ähnlich VAN CREVELD, Transformation of War, S. 194.

⁷³ Zur zeitweiligen Inbesitznahme von Territorien durch terroristische Gruppierungen insbesondere in Iraq, Syria, Nigeria, Yemen, Libanon, Somalia, Pakistan und Afghanistan vgl. AVRIEL, Terrorism 2.0, S. 204 ff.

⁷⁴ Für die Schweiz vgl. NDB, Sicherheit Schweiz 2019, S. 35 ff.; Sicherheit Schweiz 2018, S. 31 ff.; Sicherheit Schweiz 2017, S. 18 ff. und 36 ff.; Sicherheit Schweiz 2016, S. 16 ff. und 34 ff.; für Deutschland vgl. Bundesamt für Verfassungsschutz (BRD), Verfassungsschutzbericht 2018, S. 170 ff.; Verfassungsschutzbericht 2017, S. 164 ff.; Verfassungsschutzbericht 2016, S. 154 ff.; Verfassungsschutzbericht 2015, S. 150 ff.; für das *United Kingdom* vgl. Intelligence and Security Committee of Parliament (U.K.), Intelligence and Security, Annual Report 2017–2018, 22 November 2018, S. 3 f.; Annual Report 2016–2017, 2 December 2017, S. 9 ff.; für Frankreich etwa der Rapport de M. François GROSIDIER, fait au nom de la commission d'enquête, Vaincre le malaise des forces de sécurité intérieure : une exigence républicaine, n° 612 tome I (2017-2018), 27 juin 2018, S. 17 f. In diesem Sinne bereits LAQUEUR, Krieg dem Westen, S. 8, wonach der «radikale Islamismus» nach dem 11. September 2001 die bedeutendste Kraft im internationalen Terrorismus sei und es auf absehbare Zeit wahrscheinlich auch bleiben werde. Hintergrund kann sein, dass gegenwärtig die meisten (bewaffneten) Konflikte in der islamischen Welt ausgetragen werden (S. 27 ff.).

⁷⁵ Weiterführend insb. MÜNKLER, Ältere und jüngere Formen des Terrorismus, S. 34 ff. oder HOFFMAN/REINARES, Global Terrorist Threat – Conclusions, S. 618 ff.

Weltweit spektakulärstes Beispiel dazu waren die mit Flugzeugen durchgeführten Anschläge vom 11. September 2001 in New York und Washington. Es folgten der Zuganschlag von Madrid (2004) und die vier fast gleichzeitigen Anschläge auf den öffentlichen Nahverkehr in London (2005); letzterer war zudem der erste Fall eines *suicide bombing* in Westeuropa⁷⁶.

Aktuell sind mit einfachsten Mitteln durchgeführte (*low budget terrorism*) Anschläge in verschiedenen europäischen Metropolen zu verzeichnen: Die Bekanntesten haben sich in Paris (2015), Brüssel (2016), Nizza (2016), Berlin (2016), London und Stockholm (2017) oder Wien (2020) ereignet⁷⁷.

Führten die planerisch und logistisch aufwendigen und spektakulären Anschläge zu Beginn dieses Jahrtausends noch zu relativ hohen Opferzahlen, so gelingt dies den schlecht ausgerüsteten und wohl auch schlecht organisierten (aber teilweise bereits von den Nachrichtendiensten überwachten⁷⁸) *low budget terrorists* nicht mehr im gleichen Ausmass.

Terroristische Anschläge waren und sind «often deliberately stage-managed by the terrorists and publicized by the media as spectaculars (...). The perceptions that flow from sensational coverage of such events are responsible in part for the widespread belief that terrorism poses a significant challenge to the survival of democracies that are the target of terrorist attack. (... Even experts) are victims of a medium that values the visual over the cerebral and that is not oriented to exploring complex and contradictory issues at length.»⁷⁹

⁷⁶ Vgl. zum Ganzen insb. WILKINSON, *Changing threat*, S. 14, 26, 31 und 42 f.

⁷⁷ Weiterführend zu den «lone wolf terrorist attacks», welche in Europa offenbar im Jahre 2016 einen Höhepunkt erreicht hatten GALLAGHER, «Lone Wolf Tsunami», S. 67 ff.

⁷⁸ Trauriges Beispiel ist Anis Amri, der Attentäter vom Berliner Breitscheidplatz im Dezember 2016: Seit September 2016 lagen Warnungen marokkanischer Stellen über die Gefährlichkeit von Amri vor. Im «Gemeinsamen Terrorismus-Abwehrzentrum» (GTAZ) wurde sechs Wochen vor dem Anschlag von den deutschen Behörden festgestellt, dass kein konkreter Gefährdungssachverhalt erkennbar sei. Am 14. Dezember 2016 notierte der nordrhein-westfälische Verfassungsschutz, dass sich Amri in verschiedenen Moscheen und Unterkünften in Berlin aufhalte; er wechsle jede Nacht (!) den Schlafort. Am 19. Dezember 2016 schlug Amri zu.

⁷⁹ WARDLAW, *Democratic Framework*, S. 6.

Insbesondere eine sensationshungrige Berichterstattung führt dazu, dass die Wahrnehmung einer terroristischen Bedrohung zu keinem Verhältnis mehr steht zum Schaden, welchen sie aus eigener Kraft anrichten könnte⁸⁰.

Der «dschihadistische» Terrorismus (erfolgte Anschläge oder aufgedeckte Anschlagversuche) führt in den europäischen Staaten zu ähnlichen Reaktionen. Einerseits werden präventive Instrumente für den Staatsschutz geschaffen oder bestehende Abwehrmassnahmen erweitert⁸¹. Andererseits wird versucht, auch die Anwendung konkreter staatlicher Abwehrmassnahmen an neue terroristische Aktionsformen zu adaptieren⁸². Beides führt zu Bewährungsproben für den demokratischen Rechtsstaat und seine Institutionen an sich (den die Gegenseite zu bekämpfen versucht).

Der deutsche Gesetzgeber hat als Reaktion auf die Anschläge vom 11. September 2001 mit einer Revision des *Luftsicherheitsgesetzes* den Abschuss (entführter) Flugzeuge regeln wollen⁸³. Das Bundesverfassungsgericht hat die entsprechende Norm aber ganz zurecht aufgehoben, indem es – unter anderem – feststellte, dass damit eine Abwägung von Menschenleben (potenzielle Opfer des Anschlages) mit anderen Menschenleben (Geiseln) erfolgen würde, welche der Menschenwürde widerspricht⁸⁴.

Nach der historischen Erfahrung ist es *nicht möglich*, strategische Ziele mit terroristischer Gewalt zu erreichen⁸⁵. Vielmehr findet jede terroristische Bedrohung einmal

⁸⁰ O'SULLIVAN, *Deny Them Publicity*, S. 121 f.

⁸¹ Dabei geht es meist um die präventive Überwachung von «Gefährdern» oder um die Möglichkeit, mögliche Anschläge mit Mitteln ausserhalb des Strafrechts abzuwehren. Während die U.S.A. ganz öffentlich dem proaktiven «war model» folgen, stehen in Europa Massnahmen für ein «law enforcement» nach dem «criminal model» im Vordergrund; zu den beiden Modellen vgl. OLDRICH BURES, *Terrorism and counterterrorism*, S. 144 ff.

⁸² Vgl. dazu insbesondere MELZER, *Targeted Killing*, S. 24 zur «shoot-to-kill policy specifically for operations against suspected suicide bombers» im Vereinigten Königreich.

⁸³ § 14 Abs. 3 des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben (BGBl. I 78 vom 11. Januar 2005, S. 83 f.).

⁸⁴ BVerfGer, 1 BvR 357/05, Urteil vom 15. Februar 2006; vgl. zum Ganzen auch MELZER, *Targeted Killing*, S. 20.

⁸⁵ WILKINSON, *Terrorism*, S. 131 (richtigerweise mit dem Hinweis, «that in the era of anti-colonial struggles» terroristische Aktivitäten nicht entscheidend für die Erfolge von Unabhängigkeitsbewegungen gewesen sind); ähnlich WARDLAW, *Democratic Framework*, S. 7.

ihr Ende – und dies meist eher früher als später⁸⁶. Auch offene (und damit besonders angreifbare) Gesellschaften erweisen sich als substantiell äusserst widerstandsfähig⁸⁷. Die Bedeutung terroristischer Aktivitäten ergibt sich erst aus der ihnen gewidmeten (medialen und politischen) Aufmerksamkeit⁸⁸. Gleichwohl ist die Verhinderung terroristischer Aktivitäten durch den Staat kein einfaches Unterfangen⁸⁹.

Es zeigt sich, dass ein Abstellen einzig auf die Anwendung von Zwangsmitteln eine terroristische Bedrohung nicht zu bannen vermag. Vielmehr bedarf es eines ganzheitlichen Ansatzes⁹⁰ – welcher nach hier vertretener Ansicht innerhalb des rechtlich Zulässigen liegen muss.

«An effective strategy against terrorists has to be multi-pronged, involving the intelligence services, the police, the judiciary, immigration and customs services, the private sector, etc., and success in gaining support from the media and from the public, which can provide the eyes and ears to pick up information and clues to assist the intelligence gathering by the police and intelligence services.»⁹¹

⁸⁶ KURTH CRONIN, *How Terrorism ends*, S. 1 und 3. LAQUEUR, *Terrorismus*, S. 380 und 387 f. erkannte 1987, dass der Terrorismus nur auf das Leben einer sehr kleinen Gruppe von Menschen einen Einfluss hat und keine grossen politischen, wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Umwälzungen bewirken konnte und dass es in der neueren Geschichte keiner terroristischen Gruppierung gelungen sei, die Macht (in einem Staat) zu ergreifen. Dies trifft unseres Erachtens nach wie vor zu. Selbst in sog. «failed states» vermögen sich terroristische Banden nicht dauerhaft zu etablieren (weder in Afghanistan, Syrien noch im Irak). Vgl. sodann HARMON, *How Terrorist Groups End*, *passim*, mit konkreten Beispielen.

⁸⁷ WARDLAW, *Democratic Framework*, S. 7; LAQUEUR, *Terrorismus*, S. 398 (m.H. aber auch auf die realen Bedrohungen der öffentlichen Ordnung in Italien und der Türkei in den 1970er Jahren); vgl. auch DERS., *Krieg dem Westen*, S. 7 f. m.H. auf die «notorisch kurze» Erinnerung an Anschläge sowie das tief verwurzelte «Wunschdenken».

⁸⁸ LAQUEUR, *Terrorismus*, S. 380.

⁸⁹ KURTH CRONIN, *How Terrorism ends*, S. 3. Zu den Herausforderungen nach den Anschlägen von New York, London und Madrid vgl. BERGTORA SANDVIK, *Security and International Law*, S. 117 f.

⁹⁰ Ein ganzheitlicher Ansatz setzt strategisches Denken, und insbesondere strategische Ziele, Varianten inklusive Lageentwicklungsmöglichkeiten sowie entsprechende Planungen voraus; vgl. etwa die im Grundsatz unseres Erachtens immer noch richtige Auslegeordnung bei BEAUFRE, *Stratégie de l'action*, S. 117 ff. und dann 121 ff. (description des modes d'action) sowie allgemeiner, aber im Zusammenhang mit Terrorismus HOLMES, *Counterterrorism Policy*, S. 35 (m.H.).

⁹¹ WILKINSON, *Terrorism*, S. 137.

Ein ganzheitlicher Ansatz kann auch dazu führen, Operationsformen und Einsatzdoktrin der staatlichen Sicherheitskräfte problembezogen anzupassen⁹². Dabei sind unseres Erachtens eine faktische und eine rechtliche These zu berücksichtigen: Zum einen zielen terroristische Aktionsformen gerade darauf ab, Überreaktionen auf staatlicher Seite zu provozieren⁹³; zum anderen ist terroristisches Verhalten grundsätzlich krimineller Natur⁹⁴ – und stets entsprechend zu ahnden. Nichts führt die in jeder Hinsicht bestehende Unterlegenheit terroristischer Akteure in jeder Hinsicht besser vor Augen als eine rechtsstaatlich korrekte Verurteilung für begangene Delikte.

2. DAS RECHT AUF LEBEN NACH ART. 2 EMRK

Das Recht auf Leben ist in den nationalen Verfassungsordnungen der europäischen Staaten als Menschenrecht verbrieft.

Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK) verankert die entsprechenden Ansprüche auf internationaler Ebene. Ihr Geltungsanspruch erstreckt sich auf sämtliche 47 Konventionsstaaten⁹⁵ und deren Behörden (Art. 1 EMRK).

⁹² So vergleicht BEAUFRE, *Introduction à la stratégie*, S. 55 ff. und 58 f. Aktionsformen in verschiedenen militärischen Strategien mit Begriffsbestimmungen der *Fechtkunst*. Solche Denkansätze in Verbindung mit rechtlichen Rahmenbedingungen können insbesondere der Respektierung des Verhältnismässigkeitsprinzips dienen.

⁹³ Vgl. SKINNER, *The core of McCann*, S. 72; HOLMES, *Counterterrorism Policy*, S. 39 ff.; JAJA, *Defeating Terrorism*, S. 161 f. VAN CREVELD, *Transformation of War*, S. 198, traut dem Staat keinen langen Kampf zu und postuliert statt dessen massive Reaktionen: «If (...) that state cannot defend itself effectively against internal or external low-intensity conflict, then clearly it does not have a future in front of it. If the state does take on such conflict in earnest then it will have to win quickly and decisively. Alternatively, the process of fighting itself will undermine the states-foundations (...)».

⁹⁴ So wohl bereits WARBRICK, *Prevention of Terrorism*, S. 83 f.: «The terrorists cannot bomb down our open society but an Act of Parliament can close one down» (BOWYER BELL, *A Time of Terror: How Democratic Societies Respond to Revolutionary Violence*, zitiert nach WARBRICK, *Prevention of Terrorism*, S. 82).

⁹⁵ Chart of signatures and ratifications of Treaty 005: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; status as of 13/04/2019. Weissrussland (Beitrittskandidat) und der Kosovo (Beobachterstatus) gehören dem Europarat als die beiden einzigen Staaten Europas nicht an.

Im vorliegenden Zusammenhang besteht eine besondere Verpflichtung insbesondere für jene staatlichen Stellen, welche das Gewaltmonopol ausüben.

2.1. GRUNDSATZ UND AUSNAHMEN

Das Recht auf Leben wird von Art. 2 Abs. 1 EMRK geschützt.

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

Rechtsprechung und Lehre unterscheiden für das Grundrecht drei besondere Ausprägungen:

- Den Ausgangspunkt bildet nach dem Normwortlaut die *positive Verpflichtung* der Konventionsstaaten, ein gesetzliches Regelwerk zum Schutze des Lebens zu etablieren (erster Satz)⁹⁶.
- Die *negative Verpflichtung* besteht darin, dass staatliche Organe von einer rechtswidrigen, unnötigen und unverhältnismässigen Anwendung von Gewalt abzu- sehen haben (zweiter Satz)⁹⁷.
- Hinzu tritt eine (ungeschriebene) *prozedurale Verpflichtung*, im Falle der Anwendung von Gewalt oder bei unklaren oder möglicherweise unzulässigen Umständen von Todesfällen eine wirksame Untersuchung (*effective investigation*) durchzuführen⁹⁸.

Dogmatisch steht die aus der positiven Verpflichtung resultierende Umsetzungspflicht im Vordergrund. Praktisch ist die aus der negativen Verpflichtung fliessende Unterlassungspflicht dominant. An der prozeduralen Verpflichtung zeigt sich, dass die drei Gehalte letztlich komplementäre Ausprägungen des gleichen Schutzgedankens bilden. Die Verpflichtung der Konventionsstaaten zum Schutz menschlichen Lebens leitet sich letztlich nicht nur aus der positiven Verpflichtung ab.

⁹⁶ REID, Practitioner's Guide, Rz. 75-004; GONIN, Droits de l'homme, S. 40.

⁹⁷ REID, Practitioner's Guide (4th ed. 2012), II-651.

⁹⁸ REID, Practitioner's Guide (4th ed. 2012), II-651.

Das Grundrecht auf Leben ist notstandsfest (vgl. Ziff. III.3)⁹⁹. Zusammen mit dem Verbot der Folter sowie des Verbots unmenschlicher Behandlung gehört es zu den zentralen Werten der Konvention und der Konventionsstaaten¹⁰⁰. Der persönliche Schutzbereich des Grundrechts auf Leben erstreckt sich sowohl auf lebende Personen als auch auf Tote; es kann auch ohne den Eintritt des Todes eines Menschen verletzt werden¹⁰¹.

Nach Art. 2 Abs. 2 EMRK kann die gewaltsame Tötung von Menschen ausnahmsweise zulässig sein, wenn dies unbedingt erforderlich ist, um einen der drei abschliessend¹⁰² verankerten Zwecke zu verfolgen.

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

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

Nach hier vertretener Ansicht bildet die erwähnte Todesstrafe¹⁰³ eine Ausnahme vom Schutzbereich des Grundrechts auf Leben. Demgegenüber sind die Tatbestände nach

⁹⁹ Art. 15 Abs. 2 EMRK: «Aufgrund des Absatzes 1 darf von Artikel 2 nur bei Todesfällen infolge rechtmässiger Kriegshandlungen und von Artikel 3, Artikel 4 (Absatz 1) und Artikel 7 in keinem Fall abgewichen werden.»

¹⁰⁰ Ausdrücklich etwa in *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 147; *Anguelova v. Bulgaria*, 38361/97 (2002), § 109; *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 174; *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 56; *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 206; *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 172; einzig mit Bezug auf Artikel 2 EMRK etwa *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), § 67; *Nachova v. Bulgaria* (GC), 43577/98 (2005), § 93 oder *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 53; im Vergleich dazu zurückhaltender *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 599; mit Betonung der Bedeutung des Rechts auf Leben bereits die Kommission in *Stewart v. The United Kingdom* (AD), 10044/82 (1984), § 11 («one of the most important rights in the Convention»); aus der Literatur etwa HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 205; JANNEKE GERARDS, *Right to Life*, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, *Theory and Practice*, S. 354 f. oder SKINNER, *The core of McCann*, S. 67 f.

¹⁰¹ *Oyal v. Turkey*, 4864/05 (2010), § 52.

¹⁰² HAMPSON, *Direct participation*, S. 202.

¹⁰³ Art. 2 Abs. 1 zweiter Satz EMRK «Niemand darf absichtlich getötet werden, ausser durch Vollstreckung eines Todesurteils, das ein Gericht wegen eines Verbrechens verhängt hat, für das die

Art. 2 Abs. 2 EMKR als Rechtfertigungsgründe zu verstehen. Der grundrechtliche Schutzbereich ist vollständig eröffnet – jede Einschränkung muss in jedem Teilaspekt nach strengen Rechtfertigungsgründen überprüft werden (können)¹⁰⁴.

Ähnlich schützt Art. 6 Abs. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II) das Recht auf Leben:

Jeder Mensch hat ein angeborenes Recht auf Leben. Dieses Recht ist gesetzlich zu schützen. Niemand darf willkürlich seines Lebens beraubt werden.

Bei möglichen Einschränkungen sind die Bestimmungen des UNO-Pakts II weniger streng als jene der EMRK. Anstatt eines Ausnahmekatalogs begnügt sich Art. 6 Abs. 1 UNO-Pakt II mit dem Verbot der «willkürlichen» Tötung. Damit können andere Normen – insbesondere solche des International Humanitarian Law (IHL) – ohne Weiteres Ausnahmen ermöglichen¹⁰⁵.

2.2. POSITIVE VERPFLICHTUNG

Die vor dem EGMR anhängig gemachten Fälle zur positiven Verpflichtung der Staaten waren über eine lange Zeit hinweg nicht besonders zahlreich. Seit Ende der 1990er Jahre hat die Rechtsprechung des EGMR an Dynamik gewonnen und diesem zentralen Gehalt des Grundrechts Konturen verliehen.

2.2.1. Dogmatische Herausforderung

So einleuchtend und klar die positive Verpflichtung erscheint («das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt»), so schwierig ist sie aus *rechtsdogmatischer* Sicht zu erfassen und zu durchdringen. Die offene Norm stellt nach ihrem Wortlaut auf

Todesstrafe gesetzlich vorgesehen ist» (Hervorhebung nur hier).

Auf die Todesstrafe wird nachfolgend nicht näher eingegangen. Vgl. dazu sowie zur Frage, ob die Todesstrafe angesichts des Umstands, dass alle ausser zwei Konventionsstaaten das ZP Nr. 13 unterzeichnet haben, unter der EMRK überhaupt noch zulässig sei JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 143 ff. (m.H. auf die Rspr. des EGMR).

¹⁰⁴ In diesem Sinne bereits die Kommission in *Stewart v. The United Kingdom* (AD), 10044/82 (1984), § 15.

¹⁰⁵ Vgl. GODDARD, Applying the ECHR to the Use of Physical Force, S. 421 (m.w.H.) oder LESH, Conduct of hostilities, S. 105 f., 109 ff. und 119 f. (mit Fokus auf die Praxis).

den Schutz des Rechtsguts Leben ab – und damit auf eine Finalität. Prima vista findet keine Einschränkung nach der Art oder der Schwere einer potenziellen Bedrohung für das Rechtsgut statt. Eine Relativierung des sachlichen Schutzbereichs des Grundrechts erscheint an sich nicht als angezeigt. Gleichwohl kann kein absoluter Schutz intendiert sein – ein solcher Anspruch wäre unerfüllbar (und in der Folge würde die positive Verpflichtung faktisch an Bedeutung einbüßen).

Eine Bedrohung des Rechtsguts kann sich als eigentliche Gefahr (*danger*) oder als blosses Risiko (*risk*) äussern. Beide Begriffe werden in verschiedenen *wissenschaftlichen Disziplinen* unterschiedlich verwendet. Zudem ist insbesondere der Begriff des Risikos umstritten¹⁰⁶.

Die *Risikoforschung* war ursprünglich objektiv geprägt. Bestimmend war die Risikobemessung nach einer *Risikoformel*. Die Risikoformel stellt zentral auf das Schadensausmass und die Eintretenswahrscheinlichkeit ab. Diese beiden Faktoren sollten nach objektiven Kriterien oder nach objektivierbaren Modellen beurteilt werden¹⁰⁷. Damit geht der objektive Risikobegriff inhärent davon aus, dass alle zu berücksichtigenden Elemente bereits bestimmt oder zumindest bestimmbar wären. In der jüngeren Vergangenheit wurde der Risikobegriff zunehmend subjektiviert, indem der «sozialen Akzeptanz» eine stärkere Bedeutung beigemessen wurde¹⁰⁸.

Illustrativ erscheint die Diskussion des Risikobegriffs in der *Royal Society*. Ihr *Report* von 1983 hat sich als Referenzwerk etabliert¹⁰⁹. Der Report versteht «RISK as the probability that a particular adverse event occurs during a stated period of time, or results from a particular challenge. As a probability in the sense

¹⁰⁶ CHICKEN/POSNER, *Philosophy of Risk*, S. 7; ADAMS, *Risk*, S. 1 ff.; BRODER/TUCKER, *Risk Analysis*, S. 3 (m.H. auf den Grund dafür, dass nämlich «almost anything can be a hazard»).

¹⁰⁷ CHICKEN/POSNER, *Philosophy of Risk*, S. 7.

¹⁰⁸ Vgl. ADAMS, *Risk*, S. 8 f. sowie das U.S. amerikanische NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Risk Assessment in the Federal Government*, S. 49: «Risk management policy, by its very nature, must entail value judgments related to public perceptions of risk and to information on risks, benefits, and costs of control strategies for each substance considered for regulation. Such information varies from substance to substance, so the judgments made in risk management must be case-specific.»

¹⁰⁹ Vgl. ADAMS, *Risk*, S. 7.

of statistical theory risk obeys all the formal laws of combining probabilities. Explicitly or implicitly, it must always relate to the «risk of ... (a specific event or set of events)» and where appropriate must refer to an exposure to hazard specified in terms of its amount or intensity, time of starting or duration. The word «risky» is undefined, and is not to be used as a synonym for «dangerous». [...] hazard is seen as the situation that in particular circumstances could lead to harm, where harm is the loss to a human being or to a human population consequent on the damage and damage is the loss of inherent quality suffered by an entity (physical or biological)»¹¹⁰. Eine als *Aktualisierung* gedachte Studie im Jahr 1992 fand keinen Konsens mehr¹¹¹. Umstritten war die Konsequenz der Aufhebung einer Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Risikobegriff¹¹².

Die Rechtsordnungen der modernen Industriestaaten setzen sich traditionell auch mit der Abwehr von (bestimmten) *Gefahren* auseinander. Die klassischen Bereiche des «Sicherheits- und Polizeirechts» sind letztlich dezisionistisch geprägt, in dem darin bestimmte Regelungsbereiche aufgegriffen werden¹¹³. Charakteristisch für die Gefahr ist die Gewissheit oder zumindest hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Schädigung von Rechtsgütern. Die für eine Gefahr verlangte hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ist beim *Risiko* gerade (noch) nicht erfüllt¹¹⁴. Risiken befinden sich – unabhängig des Schadensausmasses – unterhalb der Gefahrenschwelle. Im Rahmen der Risikovorsorge kann versucht werden, sie auf ein zumutbares «Mass» zu reduzieren. Im *juristischen* Kontext bestehen je nach Rechtsordnung (und wohl auch je nach Sachgebiet innerhalb einer Rechtsordnung) unterschiedliche Konzepte und daher unterschiedliche Beziehungen der Begriffe zueinander.

¹¹⁰ ROYAL SOCIETY, Risk assessment, S. 22.

¹¹¹ ROYAL SOCIETY, Risk: Analysis, Perception and Management, *passim* (zum Zweck der Studie S. 1).

¹¹² ROYAL SOCIETY, Risk: Analysis, Perception and Management, S. iii (Vorwort); vgl. dazu auch ADAMS, Risk, S. 9.

¹¹³ Früher ging es etwa um Mühlräder oder feuerpolizeiliche Bestimmungen – heute etwa um Nukleartechnologie oder präventiven Brandschutz.

¹¹⁴ CHICKEN/POSNER, Philosophy of Risk, S. 7.

Wohl auch darum kann sich die Rechtsprechung des EGMR als internationalem Gericht bei der Auslegung des ersten Satzes von Art. 2 Abs. 1 EMRK (selbst wenn er das wollte) nicht auf eine feste Gefahren- oder Risikodogmatik abstützen (wie das bei nationalen Gerichten eher denkbar wäre). Inzwischen scheint die Methode der fallrechtlichen Entwicklung an dogmatischen Grenzen zu stossen.

Nachfolgend werden die bei der Auslegung der positiven Verpflichtung etablierten Fallgruppen respektive die sich bei der Auslegung stellenden Fragen aufgearbeitet (die Regeln zum Einsatz von Zwangsmitteln werden im Rahmen der negativen Verpflichtung behandelt; vgl. nachfolgend Ziff. 2.3). Zuerst geht es allgemein um die Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnungen zum Schutz menschlichen Lebens (Ziff. 2.2.2). Spezifischer sind die Verpflichtungen der Konventionsstaaten, generelle Vorkehrungen bei abstrakten Gefährdungen (insb. *dangerous activities*) zu ergreifen (Ziff. 2.2.3). Daran schliessen sich mögliche Pflichten im Zusammenhang mit Naturgefahren an (Ziff. 2.2.4). Bestehen Ansprüche auf eine konkrete Gefahrenabwehr nur in engen Rahmen, (Ziff. 2.2.5 und 2.2.6), kann darüber hinaus nach generellen Grenzen der positiven Verpflichtungen gefragt werden (Ziff. 2.2.7). Zusammenfassend wird eine mögliche Entwicklung der positiven Verpflichtung aufgezeigt (Ziff. 2.2.8).

2.2.2. Genereller Schutz menschlichen Lebens durch die Rechtsordnung

Art. 2 Abs. 1 EMRK verpflichtet die Konventionsstaaten ganz allgemein dazu, die notwendigen Massnahmen zum Schutze menschlichen Lebens zu ergreifen, respektive die Rechtsordnung entsprechend auszugestalten¹¹⁵. Die verlangte Schaffung eines wirkamen Rechtssystems (*effective judicial system*) kommt in der *ganzen Rechtsordnung* zum Tragen und betrifft weite Felder der Rechtsetzung.

¹¹⁵ To «take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction»: *Öneryıldız v. Turkey* (GC), 48939/99 (2004), § 71; *Oyal v. Turkey*, 4864/05 (2010), § 53; *Kontrová v. Slovakia*, 7510/04 (2007), § 49; *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), § 48; *L.C.B. v. The United Kingdom*, 14/1997/798/1001 (1998), § 36; *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), § 64; aus der Literatur HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 206; JACOBS/WHITE/OVEY, *European Convention*, S. 153; GONIN, *Droits de l'homme*, S. 40.

Dies zeigt sich beispielsweise im Gesundheitswesen: «The [...] positive obligations [...] require States to make regulations compelling hospitals, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives. They also require an effective independent judicial system to be set up so that the cause of death of patients in the care of the medical profession, whether in the public or the private sector, can be determined and those responsible made accountable»¹¹⁶.

Primär geht es aber um die Schaffung und Durchsetzung *strafrechtlicher* Normen¹¹⁷ respektive eines rechtlichen Rahmens (*legal and administrative framework*)¹¹⁸ zum Schutze des Lebens als Rechtsgut¹¹⁹.

«By requiring a State to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction, Article 2 imposes a duty on that State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions»¹²⁰.

Bei der Frage nach der *Notwendigkeit* einer strafrechtlichen Regelung bestehen in der Umsetzung Handlungsspielräume, solange der grundrechtlich verankerte Zweck erreicht werden kann. Dabei ist auf das jeweilige Sachgebiet abzustellen: Das verlangte «effective judicial system [...] may, and under certain circumstances must, include recourse to the criminal law»¹²¹.

¹¹⁶ *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), § 49.

¹¹⁷ *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015), § 171; *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), §§ 67 f.; *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, 7888/03 (2007), § 57; *Ostman v. The United Kingdom*, 23452/94 (1998), § 115.

¹¹⁸ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 57.

¹¹⁹ Weiterführend HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 206 ff. oder WICKS, *Right to Life*, S. 48 f.

¹²⁰ *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015), § 171.

¹²¹ *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), § 51.

«In the specific sphere of medical negligence the obligation may for instance also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any liability of the doctors concerned to be established and any appropriate civil redress, such as an order for damages and for the publication of the decision, to be obtained. Disciplinary measures may also be envisaged.»¹²²

Normen des Strafrechts zielen unter anderem darauf ab, die körperliche Integrität von Menschen zu schützen. Die Pönalisierung von Körperverletzungs- und Tötungsdelikten verleiht zudem dem staatlichen Gewaltmonopol (vgl. Ziff. III.1) Nachdruck.

Indem das Strafrecht Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe wie insbesondere die Notwehr und die Notwehrhilfe gesetzlich verankert, wird das Gewaltmonopol aber gleichsam relativiert¹²³.

Fraglich kann sein, wie weit die staatliche Verpflichtung zum Schutze des menschlichen Lebens durch das Strafrecht (materielles Strafrecht sowie Strafprozessrecht) im Einzelfall reichen muss.

«The State's obligation extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions»¹²⁴.

Im Urteil *Mastromatteo v. Italy* hatte ein fliehender Bankräuber 1989 einen Autofahrer erschossen. Beim Todesschützen handelte es sich um einen ver-

¹²² *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), § 51.

¹²³ Das Notwehrrecht gehört zu den sog. «Jedermannsrechten». Die Begründung der Jedermannsrechte erfolgt in den europäischen Rechtsordnungen unterschiedlich. Nach schweizerischem Verständnis werden sie durch die Rechtsordnung verliehen; weiterführend HAFNER/STÖCKLI/MÜLLER, Schutzanspruch der jüdischen Religionsgemeinschaften, S. 88 ff. (Gewaltmonopol) und S. 106 ff. (Notwehr).

¹²⁴ *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), §§ 67 f.; ganz ähnlich in weiteren Urteilen: vgl. *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), § 128; *Kontrová v. Slovakia*, 7510/04 (2007), § 49; *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 54; *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), § 62 sowie bereits *Osman v. The United Kingdom*, 23452/94 (1998), § 115 (im dortigen Zusammenhang aber «sanctioning» anstatt «punishment»).

urteilten Straftäter, welcher noch bis zum 2. Juli 1999 eine Gefängnisstrafe wegen bewaffnetem Raub, versuchter Tötung sowie weitere Delikte hätte verbüßen sollen¹²⁵. Der Umstand, dass sich der Bankräuber zum Tatzeitpunkt gerade auf einem Gefängnisurlaub befand (being on prison leave) führte nach Ansicht der *Grand Chamber* nicht zu einer Verletzung von Art. 2 EMRK. Zur Begründung einer staatlichen Verantwortlichkeit «it must be shown that the death of A. Mastromatteo resulted from a failure on the part of the national authorities to «do all that could reasonably be expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they had or ought to have had knowledge» [...], the relevant risk in the present case being a risk to life for members of the public at large rather than for one or more identified individuals»¹²⁶.

Im Urteil *Opuz v. Turkey* hatte der EGMR das «legal framework» zum Schutz vor häuslicher Gewalt zu beurteilen. «The pursuit of criminal proceedings against the aggressor was dependent on the complaints lodged or pursued by the applicant, since the criminal acts in question had not resulted in sickness or unfitness for work for ten days or more, within the meaning of [...] the Criminal Code»¹²⁷. Diese strengen strafrechtlichen Anforderungen sind unseres Erachtens zu hoch, um einen wirksamen Schutz zu gewährleisten.

2.2.3. Spezifische Vorkehren bei abstrakten Gefährdungen

Es stellt sich die Frage, inwiefern für die Konventionsstaaten aus Art. 2 EMRK eine *generelle Verpflichtung* fließt, angemessene Massnahmen zum Schutze des Lebens vor abstrakten Gefährdungen zu treffen (zur Frage nach *konkreten Massnahmen* zur Gefahrenabwehr vgl. Ziff. III.2.2.5). Bei abstrakten Gefährdungen geht es unseres Erachtens primär um die Abwehr *nicht intendierter*, insbesondere zivilisationsbedingter Gefahren¹²⁸.

¹²⁵ *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), §§ 11 und 14.

¹²⁶ *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), §§ 69 ff. (Zitat § 74); ähnlich *Choreftakis et Choreftaki v. Greece*, 46846/08 (2012), §§ 50 ff.

¹²⁷ *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), §§ 123 (Zitat) und 145.

¹²⁸ Vgl. auch MÜLLER/ZECH, Technikrecht, S. 92 f.

Im Jahr 1998 hat der EGMR im Urteil *L.C.B. v. The United Kingdom* ein potenzielles Todesrisiko als grundsätzlich ausreichend erklärt, den Schutzbereich des Rechts auf Leben zu eröffnen. Im konkreten Fall mangelte es aber einer Kausalität zwischen einer potenziellen Gefahr und dem konkreten «Schaden».

Der Vater einer als Kind an Leukämie erkrankten Frau war vor ihrer Geburt an Kernwaffentests beteiligt gewesen. Die Beschwerdeführerin argumentierte, dass ihr Todesrisiko bei einer früheren Feststellung ihrer Krankheit hätte minimiert werden können. Dazu hätten die Behörden die Strahlenexposition ihres Vaters überwachen und die Familie frühzeitig über mögliche Zusammenhänge informieren müssen. Der Gerichtshof hat geprüft, ob von staatlicher Seite alles Erforderliche unternommen worden war, um zu verhindern, dass das Recht auf Leben der Beschwerdeführerin vermeidbar gefährdet wurde. Der Gerichtshof sah mangels Kausalität keine Verletzung des Rechts auf Leben der Beschwerdeführerin, da ihr Vater keiner gefährlichen Strahlendosis ausgesetzt gewesen war¹²⁹.

Der Leitentscheid des EGMR zu generellen Schutzpflichten des Staates gegenüber nicht intendierten Gefährdungen des Lebens als Rechtsguts ist *Öneryildiz v. Turkey*¹³⁰.

Dem Sachverhalt lag eine Methan-Explosion auf einer Mülldeponie zugrunde. Die Explosion hatte zu einem Erdbeben und damit zum Tod von 39 Menschen in nahegelegenen illegalen Slums geführt¹³¹.

Die Türkei hatte zwar Normen zum Schutz von Menschen und Umwelt erlassen, diese aber nicht genügend durchgesetzt. Insbesondere hatten die Behörden keine weiteren Massnahmen gegen die Bildung der Slums unternommen und die Menschen vor Ort auch nicht über die möglichen Gefahren informiert. – Obwohl die Behörden um eine Gefährdung wussten oder darum hätten wissen müssen¹³².

¹²⁹ *L.C.B. v. The United Kingdom*, 14/1997/798/1001 (1998), §§ 29 und 36 ff.

¹³⁰ *Öneryildiz v. Turkey* (GC), 48939/99 (2004).

¹³¹ *Öneryildiz v. Turkey* (GC), 48939/99 (2004), § 18.

¹³² Vgl. weiterführend HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (3th ed.), S. 208 m.H. auf die Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung.

Zur Frage des *Eintretens* hatte die Kammer (frühere First Section) als «Vorinstanz» auf potenzielle Risiken (*potential risks*) abgestellt, um dann mögliche staatliche Schutzpflichten zu prüfen¹³³. Gemäss der *Grand Chamber* ist die positive Verpflichtung des Staates bei allen Arten potenzieller *Gefährdungen* des Rechtsguts Leben in einem weiten Sinne zu verstehen.

It «[...] must be construed as applying in the context of any activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake, and a fortiori in the case of industrial activities, which by their very nature are dangerous, such as the operation of waste-collection sites [...].»¹³⁴

The «[...] harmfulness of the phenomena inherent in the activity in question, the contingency of the risk to which the applicant was exposed by reason of any life-endangering circumstances, the status of those involved in bringing about such circumstances, and whether the acts or omissions attributable to them were deliberate are merely factors among others that must be taken into account in the examination of the merits of a particular case, with a view to determining the responsibility the State may bear under Article 2 [...].»¹³⁵

Die *Grand Chamber* hat in ihrem Urteil die positive Verpflichtung die Konventionsstaaten zum Schutze des menschlichen Lebens durch Schaffung allgemeiner Regeln eines ad-äquaten Gefahrenabwehrrechts betont¹³⁶. Daraus fliessen bei abstrakten Gefährdungen (insbesondere durch *dangerous activities*) weit reichende staatliche Regulierungs- und Durchsetzungspflichten.

¹³³ *Öneryildiz v. Turkey* (GC), 48939/99 (2004), § 65: «Referring to the examples provided by cases (...) and European standards in this area, the Chamber emphasised that the protection of the right to life, as required by Article 2 of the Convention, could be relied on in connection with the operation of waste-collection sites, on account of the potential risks inherent in that activity. It accordingly held that the positive obligation on States to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction, for the purposes of Article 2, applied in the instant case». Vgl. aber auch das Urteil der Kammer vom 18. Juni 2002, §§ 62 ff. Unserer Ansicht nach wäre die Kammer strenger als die *Grand Chamber* gewesen («serious risk»).

¹³⁴ *Öneryildiz v. Turkey* (GC), 48939/99 (2004), § 71.

¹³⁵ *Öneryildiz v. Turkey* (GC), 48939/99 (2004), § 73.

¹³⁶ Vgl. auch MÜLLER/ZECH, Technikrecht, S. 91 ff.

«This obligation indisputably applies in the particular context of dangerous activities, where, in addition, special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks. [...] In any event, the relevant regulations must [...] provide for appropriate procedures, taking into account the technical aspects of the activity in question, for identifying shortcomings in the processes concerned and any errors committed by those responsible at different levels.»¹³⁷

In der an «*Öneryildiz*» anschliessenden weiteren Rechtsprechung hat der EGMR die staatliche Schutzpflicht ausgeweitet. So sind die Konventionsstaaten verpflichtet, potenzielle (abstrakte) Gefährdungen des menschlichen Lebens zu antizipieren und generelle Massnahmen zur Gefahrenabwehr zu ergreifen.

So hat der EGMR im Falle *Vilnes and others v. Norway* langfristige Schäden beruflichen Tiefseetauchens beurteilt. Das Tiefseetauchen für Ölbohrungen in der Nordsee ist bewilligungspflichtig. Die Behörden hatten es unterlassen, Massnahmen gegen eine zu schnelle Dekomprimierung zu erlassen.

«Mr. Vilnes' decompression sickness in 1977 had most likely been caused by the facts that the diving company had used too rapid a decompression table and there was no medical doctor who could assist him. This incident had probably been a strong contributory cause of his brain and spinal injuries [...]. Mr. Muledal, Mr. Lindahl, Mr. Sigurdur P. Hafsteinsson, Mr. Nesdal and Mr. Jakobsen all submitted specialist medical statements indicating that they had suffered from various forms of bends [...]. Mr. Nygård, whose grievances mainly focused on accidents and near-accidents, as did the relevant medical expert statement, also described experiences of decompression sickness when seeking compensation at the national level [...], and the Court accepts his account. All seven applicants furnished evidence of disability, including medical

¹³⁷ *Öneryildiz v. Turkey* (GC), 48939/99 (2004), § 90.

evidence and the grant of disability pensions [...]. The Court, having regard to the parties' arguments in the light of the material submitted, finds a strong likelihood that the applicants' health had significantly deteriorated as a result of decompression sickness, amongst other factors. This state of affairs had presumably been caused by the use of too-rapid decompression tables. In this regard it cannot but note that, as observed by the Supreme Court, standardised tables had not been achieved until 1990, [...] and that decompression sickness had since then become an extremely rare occurrence. Thus, with hindsight at least, it seems probable that had the authorities intervened to forestall the use of rapid decompression tables earlier, they would have succeeded in removing more rapidly what appears to have been a major cause of excessive risk to the applicants' safety and health in the present case.»¹³⁸

Als *Brennpunkt* hat sich – wohl aufgrund der besonderen Nähe zum Staat – das Gesundheitswesen erwiesen¹³⁹.

Unter anderem im Urteil *Oyal v. Turkey* hat der EGMR die Nachlässigkeit der Behörden im Zusammenhang mit HIV-infizierten Bluttransfusionen als Verletzung von Art. 2 EMRK bewertet: «The aforementioned positive obligations therefore require States to make regulations compelling hospitals, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives.»¹⁴⁰

Das von den Konventionsstaaten zu erlassende Gefahrenabwehrrecht muss hinreichend konkret sein und tatsächlich durchgesetzt werden können.

Im Urteil *Brincat and others v. Malta* war der Umgang mit Asbest durch Arbeiter der staatlich kontrollierten Malta Drydocks Corporation zu beurteilen. Erste staatliche Massnahmen zum Schutz vor dem giftigen Stoff wurden im Jahr 1987 ergriffen; these «regulations make no reference to asbestos, unlike the

¹³⁸ *Vilnes and others v. Norway*, 52806/09 und 22703/10 (2014), § 233.

¹³⁹ Vgl. dazu weiterführend TARU, *Medical Negligence, passim*.

¹⁴⁰ *Oyal v. Turkey*, 4864/05 (2010), § 54. Konkret gab es «no regulation requiring blood donors to give information about their sexual history which could help determine their eligibility to give blood» (§ 69).

later legislation which was enacted for that precise purpose». ¹⁴¹ Die frühere «legislation was deficient in so far as it neither adequately regulated the operation of the asbestos-related activities nor provided any practical measures to ensure the effective protection of the employees whose lives might have been endangered by the inherent risk of exposure to asbestos. Moreover, even the limited protection afforded by that legislation had no impact on the applicants since it appears to have remained unenforced (...).» ¹⁴²

Wenig kohärent erscheint es, das Recht auf Leben (als eines der höchsten Rechtsgüter überhaupt) mit anderen Grundrechten zu vermengen – oder sogar durch diese zu substituieren.

In *Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania* ging es um den Angriff von sieben streunenden Hunden auf *Georgeta Stoicescu*. Die 71-jährige Frau erlitt eine Kopfverletzung sowie Knochenbrüche. In der Folge litt sie unter Amnesie und körperlichen Schmerzen. Rund drei Jahre nach dem Vorfall wurde sie für invalid erklärt und starb weitere vier Jahre später ¹⁴³.

Die Beschwerde erging in Anrufung von Art. 8 EMRK, dem Recht auf Persönlichkeitsschutz. Der EGMR trat darauf ein und sah die Bestimmung als verletzt an: The «lack of sufficient measures taken by the authorities in addressing the issue of stray dogs in the particular circumstances of the case, combined with their failure to provide appropriate redress to the applicant as a result of the injuries sustained, amounted to a breach of the State's positive obligations under Article 8 of the Convention to secure respect for the applicant's private life.» ¹⁴⁴

Unseres Erachtens hätte das Urteil (wenn schon) unter Art. 2 EMRK ergehen müssen. Dies gilt nicht nur für den Angriff der streunenden (also herrenlosen) Hunde, sondern auch für die ungenügende medizinische Versorgung der Rentnerin.

¹⁴¹ *Brincat and others v. Malta*, 60908/11 et al. (2014), § 108.

¹⁴² *Brincat and others v. Malta*, 60908/11 et al. (2014), § 111.

¹⁴³ *Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania*, 9718/03 (2016), §§ 5 ff.

¹⁴⁴ *Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania*, 9718/03 (2016), § 62.

2.2.4. Schutzpflichten bei Naturgefahren?

Dem Leitentscheid «*Öneryıldiz*» lagen menschliches Verhalten (einerseits der Betrieb einer Mülldeponie und andererseits die Errichtung von Slums) sowie staatliches Unterlassen zugrunde (weder Information der Slum-Bewohner über die Gefährdung noch Räumung der illegalen Siedlung). Davon zu unterscheiden sind *Naturgefahren*; diese gehen an sich nicht auf ein menschliches – steuerbares oder kontrollierbares Verhalten zurück. Zuweilen entscheidet sich mehr oder weniger zufällig, ob und wie weit Naturgefahren überhaupt entstehen und erst recht, ob sie sich überhaupt materialisieren. Insofern kann ein Bezug zwischen der Materialisierung einer Naturgefahr und *force majeure* bestehen – einem äusseren schadenverursachenden Ereignis, das sich auch bei aller zumutbaren Sorgfalt nicht abwenden lässt.

Ein direkter Bezug von der staatlichen Verpflichtung zur Gefahrenabwehr bei menschlichem Verhalten (*dangerous activities*) zur Abwehr von *Naturgefahren* erscheint schwierig. Eine staatliche Verantwortung kann sich nach der jüngeren Rechtsprechung des EGMR ironischerweise dann ergeben, wenn ein Konventionsstaat eine Naturgefahr zwar abwehrt, diese Abwehr sich aber als *ungenügend* erweist.

«In assessing whether the respondent State had complied with the positive obligation, the Court must consider the particular circumstances of the case, regard being had, among other elements, to the domestic legality of the authorities' acts or omissions [...], the domestic decision-making process, including the appropriate investigations and studies, and the complexity of the issue, especially where conflicting Convention interests are involved [...].

In the sphere of emergency relief, where the State is directly involved in the protection of human lives through the mitigation of natural hazards, these considerations should apply in so far as the circumstances of a particular case point to the imminence of a natural hazard that had been clearly identifiable, and especially where it concerned a recurring calamity affecting a distinct area developed for human habitation or use [...]. The scope of the positive obligations imputable to the State in the particular circumstances would depend on the

origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation.»¹⁴⁵

So hat der EGMR im Urteil *Budayeva and others v. Russia* das staatliche Verhalten nach Murgängen beurteilt. Art. 2 EMRK war verletzt worden «in its substantive aspect on account of the State's failure to discharge its positive obligation to protect the right to life»¹⁴⁶.

Die Murgänge forderten an verschiedenen Tagen Todesopfer. Die Behörden hatten vorhandene Auffangbecken nicht genügend unterhalten, obwohl Murgänge wahrscheinlich waren. Zudem waren nach den ersten Ereignissen keine Beobachtungsposten erstellt worden¹⁴⁷.

«In such circumstances the authorities could reasonably be expected to acknowledge the increased risk of accidents in the event of a mudslide that year and to show all possible diligence in informing the civilians and making advance arrangements for the emergency evacuation. In any event, informing the public about inherent risks was one of the essential practical measures needed to ensure effective protection of the citizens concerned.»¹⁴⁸

Nach einem ersten Murgang mit Todesopfern wurde die Bevölkerung aus dem Gefahrengebiet evakuiert. Am folgenden Tag kehrten die ersten Bewohner bereits wieder in ihre Häuser zurück. Sie waren nicht darüber informiert worden, dass die Gefahr andauerte. Die Mehrzahl der Todesopfer aufgrund der Ereignisse war nach den weiteren Murgängen zu beklagen.

«[Having] regard to the authorities' wide margin of appreciation in matters where the State is required to take positive action, the Court must look beyond the measures specifically referred to by the applicants and consider whether the Government envisaged other solutions to ensure the safety of the local population. [... In] exercising their discretion as to the choice of measures required to comply with their positive obligations, the authorities ended up by taking no

¹⁴⁵ *Budayeva and others v. Russia*, 15339/02 (2008), §§ 136 f.

¹⁴⁶ *Budayeva and others v. Russia*, 15339/02 (2008), Urteilsdispositiv, § 2.

¹⁴⁷ *Budayeva and others v. Russia*, 15339/02 (2008), §§ 146 ff.

¹⁴⁸ *Budayeva and others v. Russia*, 15339/02 (2008), § 152.

measures at all up to the day of the disaster. [... There] was no justification for the authorities' omissions in implementation of the landplanning and emergency relief policies in the hazardous area [...] regarding the foreseeable exposure of residents, including all applicants, to mortal risk. Moreover, [...] there was a causal link between the serious administrative flaws that impeded their implementation and the death of Vladimir Budayev and the injuries sustained by the first and the second applicants and the members of their family.»¹⁴⁹

Die Verpflichtung des Staates knüpft damit genau genommen nicht an die Naturgefahr an, sondern an das Verhalten des Staates bei deren Bewältigung. Die Behörden hatten durch eigenes Fehlverhalten angesichts einer bekannten Gefährdung und anschliessend eintretenden Schäden die gefährdeten und dann tatsächlich zu Tode gekommenen Menschen nicht ausreichend geschützt.

Eine andere Frage ist es, inwiefern staatliche Behörden eine Gefährdung durch unsteuerbare (nicht ins Recht zu fassende), äussere Ursachen (*force majeure*) erkennen und antizipieren müssen. Der EGMR knüpft Massnahmen zur Aufklärung von Katastrophen (*disasters*) an seine Rechtsprechung zur abstrakten Gefahrenabwehr (*dangerous activities*) an.

Im Fall *M. Özel and others v. Turkey* waren 195 Menschen aufgrund des Einsturzes von Häusern bei einem Erdbeben ums Leben gekommen¹⁵⁰. «[...] Earthquakes] are events over which States have no control, the prevention of which can only involve adopting measures geared to reducing their effects in order to keep their catastrophic impact to a minimum. In that respect, therefore, the prevention obligation comes down to adopting measures to reinforce the State's capacity to deal with the unexpected and violent nature of such natural phenomena as earthquakes.»¹⁵¹

«The [...] principles developed in relation to judicial responses to incidents resulting from dangerous activities also lend themselves to application in the

¹⁴⁹ *Budayeva and others v. Russia*, 15339/02 (2008), §§ 146 ff.

¹⁵⁰ *M. Özel and others v. Turkey*, 14350/05 et al. (2016), § 17.

¹⁵¹ *M. Özel and others v. Turkey*, 14350/05 et al. (2016), § 173.

area of disaster relief. Where lives are lost as a result of events engaging the State's responsibility for positive preventive action, the judicial system required by Article 2 must make provision for an independent and impartial official investigation procedure that satisfies certain minimum standards as to effectiveness and is capable of ensuring that criminal penalties are applied to the extent that this is justified by the findings of the investigation [...]. In such cases, the competent authorities must act with exemplary diligence and promptness and must of their own motion initiate investigations capable of, firstly, ascertaining the circumstances in which the incident took place and any shortcomings in the operation of the regulatory system and, secondly, identifying the State officials or authorities involved in whatever capacity in the chain of events in issue.»¹⁵²

Im vorliegenden Fall «criminal proceedings were commenced against the property developers responsible for the buildings which had collapsed and certain individuals directly involved in their construction»¹⁵³. Das Verfahren dauerte allerdings zu lange und wurde aufgrund zeitlicher Beschränkungen nur für zwei von fünf Beschuldigten zu Ende geführt – eine «klassische» Verletzung der prozeduralen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK (vgl. Ziff. III.2.4)¹⁵⁴.

Das Urteil erscheint umso verständlicher, als gegen die zulässigerweise erstellten Bauten bereits zwei Jahre vor ihrem Einsturz eine Beschwerde erhoben worden war.¹⁵⁵

Unseres Erachtens besteht bei der Untersuchungspflicht (*duty to investigate*) tatsächlich der engste (analoge) Bezug zwischen Katastrophen (*disasters*) und allgemeiner Gefahrenabwehr (auch von abstrakten Gefährdungen [*dangerous activities*]). Es geht – hier wie dort – um die Beurteilung staatlichen Verhaltens und des diesem Verhalten zugrunde liegenden Wissens, welches rechtlich relevant sein kann. Darüber hinaus reichende Bezüge zur allgemeinen Gefahrenabwehr bei zivilisatorischen, nicht intendierten Gefährdungen sind aber abzulehnen. Die Behörden nehmen gegenüber

¹⁵² *M. Özel and others v. Turkey*, 14350/05 et al. (2016), § 189.

¹⁵³ *M. Özel and others v. Turkey*, 14350/05 et al. (2016), § 192.

¹⁵⁴ *M. Özel and others v. Turkey*, 14350/05 et al. (2016), §§ 197 ff.

¹⁵⁵ *M. Özel and others v. Turkey*, 14350/05 et al. (2016), §§ 8 und 16.

Naturgefahren oder bei *force majeure* keine Bewilligungsfunktion oder eine Aufsicht im eigentlichen Sinne wahr. Der EGMR prüft im Urteil *M. Özel and others v. Turkey* die positive Verpflichtung aus Verfahrensgründen nicht (Zeitablauf)¹⁵⁶.

«[...] The] Court pointed out, in connection with natural hazards, that the scope of the positive obligations imputable to the State in the particular circumstances would depend on the origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation, and clearly affirmed that those obligations applied in so far as the circumstances of a particular case pointed to the imminence of a natural hazard that had been clearly identifiable, and especially where it concerned a recurring calamity affecting a distinct area developed for human habitation or use [...]. Therefore, the applicability of Article 2 of the Convention and the State's responsibility have been recognised in cases of natural disasters causing major loss of life [...]»¹⁵⁷

Wenn es aber um unzulässigerweise erfolgte Bewilligungen oder nicht kontrollierte Bautätigkeiten in einem Erdbebengebiet geht, so sind unseres Erachtens nicht Naturgefahren zu beurteilen, sondern abstrakte Gefährdungen. Die Fallkonstellation ist dann nicht wesentlich anders als bei «*Öneryildiz*».

Im Urteil *Kolyadenko and others v. Russia* erscheinen die Bezüge zwischen menschlichem Verhalten und der Materialisierung einer Naturgefahr besonders eng. Richtigerweise hat der EGMR den Fall als abstrakte Gefährdung behandelt, indem er bereits beim Betrieb der Talsperre ansetzte.

Am 7. August 2001 musste eine notfallmässige Flutung aus dem Pionerskoye Stauseebecken in der Nähe von Wladiwostock vorgenommen werden. Grund für die Öffnung des Stauwehrs waren Starkniederschläge verbunden mit der Befürchtung, dass es brechen könnte; eine Alternative wurde in der gegebenen Lage als ausgeschlossen erachtet¹⁵⁸.

¹⁵⁶ *M. Özel and others v. Turkey*, 14350/05 et al. (2016), § 179.

¹⁵⁷ *M. Özel and others v. Turkey*, 14350/05 et al. (2016), § 171.

¹⁵⁸ *Kolyadenko and others v. Russia*, 17423/05 et al. (2012), §§ 162 f.

«At the same time, the Court is not convinced that the events of 7 August 2001 could be explained merely by adverse meteorological conditions on that date which were beyond the Government's control. [...] The] Pionerskoye reservoir is a man-made industrial facility containing millions of cubic meters of water [...] and situated in an area prone to heavy rains and typhoons during the summer season [...]. In the Court's opinion, the operation of such a reservoir undoubtedly falls into the category of dangerous industrial activities [...], particularly given its location.»¹⁵⁹

Der EGMR erachtet Art. 2 EMRK (neben der prozeduralen auch) hinsichtlich der positiven Verpflichtung als verletzt: «Firstly, the authorities failed to establish a clear legislative and administrative framework to enable them effectively to assess the risks inherent in the operation of the Pionerskoye reservoir and to implement town planning policies in the vicinity of the reservoir in compliance with the relevant technical standards. Secondly, there was no coherent supervisory system to encourage those responsible to take steps to ensure adequate protection of the population living in the area, and in particular to keep the Pionerskaya river channel clear enough to cope with urgent releases of water from the reservoir, to set in place an emergency warning system there, and to inform the local population of the potential risks linked to the operation of the reservoir. Lastly, it has not been established that there was sufficient coordination and cooperation between the various administrative authorities to ensure that the risks brought to their attention did not become so serious as to endanger human lives. Moreover, the authorities remained inactive even after the flood of 7 August 2001, with the result that the risk to the lives of those living near the Pionerskoye reservoir appears to persist to this day.»¹⁶⁰

2.2.5. Konkrete Gefahrenabwehr

a. Eingrenzung der Gefährdung

Neben der Verpflichtung zur Etablierung eines rechtlichen Rahmens (gesetzliche Umsetzung) mit letztlich präventivem Charakter kann sich aus Art. 2 EMRK auch eine

¹⁵⁹ *Kolyadenko and others v. Russia*, 17423/05 et al. (2012), § 164.

¹⁶⁰ *Kolyadenko and others v. Russia*, 17423/05 et al. (2012), § 185.

Handlungspflicht der Konventionsstaaten zur *konkreten Gefahrenabwehr* ergeben. Die Rechtsprechung dazu bezieht sich auf *intendierte* Gefährdungen durch Dritte. Die Verpflichtung kann dann greifen, wenn ein Staat es unterlässt, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintretende körperliche Schädigungen – insbesondere durch Straftaten – zu verhindern (zur Abgrenzung sei verwiesen auf *Mastromatteo v. Italy*, Ziff. III.2.2.2).

Die Kommission hatte in einem älteren Fall eine spezifische staatliche Schutzpflicht bei einer Lebensgefährdung durch Dritte noch verneint, solange das Leben als Rechtsgut von der Rechtsordnung geschützt wird: So konnte sich X, der von drei Angehörigen der IRA *angeschossen* worden war, nicht auf sein Recht auf Leben berufen, um von den irischen Behörden persönlich geschützt zu werden: «[...] Art. 2 cannot be interpreted as imposing a duty on a State to give protection of this nature, at least not for an indefinite period of time [...]»¹⁶¹.

Bei der Pflicht zur konkreten Gefahrenabwehr geht es darum, ob und in welchem Masse die Behörden im Falle potenzieller Lebensbedrohungen selber konkrete Massnahmen zu ergreifen haben. Nach der jüngeren Rechtsprechung ist eine staatliche Handlungspflicht vom konkreten Gefährdungsgrad einer individuellen (Lebens-)Bedrohung abhängig. Zum sofortigen Einschreiten verpflichtet ist der Staat grundsätzlich nur bei einer konkreten Gefährdung und entsprechendem Wissen oder Wissenmüssen darüber (vgl. dazu, sowie zum eigentlichen Leitentscheid *Osman v. The United Kingdom* – in welchem Art. 2 EMRK gemäss dem «Osman-Test» aber nicht verletzt worden war – sogleich, Ziff. III.2.2.7.e).

Der EGMR hat in einer *älteren Formel* zum Ausdruck gebracht, dass «[...] Article 2 may also imply in *certain well-defined circumstances* a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual» (Hervorhebung nur hier)¹⁶².

¹⁶¹ *X v. Ireland* (AD), 6040/73 (1973), S. 2; dazu auch DICKSON, ECHR and the Conflict in Northern Ireland, S. 231 ff. (m.H. auf further applications by people living in Northern Ireland who alleged that the UK government was not doing enough to protect the lives of Protestants living in terrorized areas or the lives of persons employed in the security forces).

¹⁶² *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), §§ 67 f.; *Osman v. The United Kingdom*, 23452/94 (1998), § 115; *R.R. and others v. Hungary*, 19400/11 (2012), § 28; *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), § 64.

Seine *jüngere Formel* erscheint demgegenüber etwas weiter: «It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual» (Hervorhebung nur hier)¹⁶³.

Mit dem Erfordernis der Unmittelbarkeit (*real and immediate risk*) findet eine Abgrenzung sowohl zu allgemeinen, zuweilen niederschweligen Lebensrisiken, als auch zu abstrakten Gefährdungen statt. Nach dem Massstab des EGMR wird eine spezifische (intendierte) Gefährdung für eine bestimmte Person verlangt. Der Gerichtshof hat spezifische Gefährdungen insbesondere bejaht für Journalistinnen und Journalisten, Menschen in Zeugenschutzprogrammen oder bei häuslicher Gewalt.

Dem Urteil *Kılıç v. Turkey* liegt der gewaltsame Tod eines Journalisten in der Südosttürkei zugrunde. *Kemal Kılıç* hatte den Gouverneur um Schutz gebeten, nachdem Verkäufer und Verteiler seiner Zeitung in seiner Stadt angegriffen worden waren. Das Begehren wurde mit der Begründung abgewiesen, dass *Kılıç* nicht einem grösseren Risiko ausgesetzt sei als alle anderen Menschen oder Journalisten in der Südosttürkei¹⁶⁴. Angesichts der allgemeinen Situation in der Südosttürkei sowie der hohen Zahl an dort getöteten Journalisten bejahte der EGMR für *Kemal Kılıç* «at this time at particular risk of falling victim to an unlawful attack. Moreover, this risk could in the circumstances be regarded as real and immediate»¹⁶⁵. Zudem stand ein «framework of law in place which the aim of protecting life [...]. [...] However], that the implementation of the criminal law in respect of unlawful acts allegedly carried out with the involvement of the security forces discloses particular characteristics in the

¹⁶³ So in *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), § 62; *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 54; *Kontrová v. Slovakia*, 7510/04 (2007), § 49; *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), § 128.

¹⁶⁴ *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), §§ 65 f.

¹⁶⁵ *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), §§ 66 f. Furthermore, «the authorities were aware, or ought to have been aware, of the possibility that this risk derived from the activities of persons or groups acting with the knowledge or acquiescence of elements in the security forces. A 1993 report by a Parliamentary Investigation Commission [...] stated that it had received information that a Hiz-bullah training camp was receiving aid and training from the security forces and concluded that some officials might be implicated in the 908 unsolved killings in the south-east region» (§ 68).

south-east region in this period. [...] In addition to these defects which removed the protection which Kemal Kılıç should have received by law, there was an absence of any operational measures of protection. [...] A wide range of preventive measures were available which would have assisted in minimising the risk to Kemal Kılıç's life and which would not have involved an impractical diversion of resources. On the contrary however, the authorities denied that there was any risk. There is no evidence that they took any steps in response to Kemal Kılıç's request for protection either by applying reasonable measures of protection or by investigating the extent of the alleged risk to Özgür Gündem employees in Şanlıurfa with a view to taking appropriate measures of prevention»¹⁶⁶. Unter diesen Umständen hatten die Behörden «failed to take reasonable measures available to them to prevent a real and immediate risk to the life of Kemal Kılıç.»¹⁶⁷

Eine besondere Gefährdung wurde im Fall *R.R. and others v. Hungary* angenommen beim Ausschluss einer Person und deren Familie aus einem Zeugenschutzprogramm (serbische Drogenmafia)¹⁶⁸. Obwohl noch Risiken bestanden, wurden die zuvor verliehenen Tarnidentitäten aufgehoben zugunsten von «measures of personal protection, that is, the availability of an emergency phone number and the occasional visits by police officers. Given the importance of witness protection [...], the [...] authorities' actions in this case may have potentially exposed Ms H.H. and her children to life-threatening vengeance from criminal circles and thus fell short of the requirements of Article 2 of the Convention.»¹⁶⁹

Der Fall *Opuz v. Turkey* betrifft die kontinuierliche Ausübung häuslicher Gewalt (vgl. bereits Ziff. III.2.2.2). Bevor er sein Opfer tötete, hatte der Täter deutliche Todesdrohungen ausgesprochen und verschiedentlich schwere physische Gewalt gegen das Opfer ausgeübt. Daher ging der EGMR von einer unmittelbaren Lebensgefährdung aus. Zudem war die Polizei zum Handeln aufgefordert wor-

¹⁶⁶ *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), §§ 70, 71 und 76.

¹⁶⁷ *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), § 77.

¹⁶⁸ *R.R. and others v. Hungary*, 19400/11 (2012), §§ 5 ff.

¹⁶⁹ *R.R. and others v. Hungary*, 19400/11 (2012), §§ 31 f.

den. «[...] The] local authorities could have foreseen a lethal attack [...]. While the Court cannot conclude with certainty that matters would have turned out differently and that the killing would not have occurred if the authorities had acted otherwise, it reiterates that a failure to take reasonable measures which could have had a real prospect of altering the outcome or mitigating the harm is sufficient to engage the responsibility of the State [...].»¹⁷⁰ Die Behörden waren aber passiv geblieben und hatten keine besonderen Massnahmen ergriffen, welche darauf gezielt hätten, das Opfer zu schützen¹⁷¹.

Ähnlich der Fall *Talpis v. Italy*, in welchem die Behörden nach verschiedenen Vorfällen häuslicher Gewalt und der Einreichung einer entsprechenden Klage gegen den Täter keine ausreichenden Massnahmen zum Schutze von dessen Frau und Kindern getroffen hatte¹⁷². Der betrunkene Täter wurde in der Nacht von der Polizei kontrolliert. Anschliessend ging er nach Hause, griff seine Frau an und verletzte seinen Sohn mit einem Messer tödlich¹⁷³.

Hingegen hat der EGMR es abgelehnt, eine besondere Schutzpflicht anzunehmen, wenn eine erhöhte Bedrohung an sich denkbar ist, jedoch (noch) keine Hinweise für eine konkrete Gefährdung vorliegen.

Selahattin Demirtaş war als eine von mehreren Personen in einem Artikel des Autors I.E. mit dem Titel «Turk, here is your enemy» genannt worden. Demirtaş warf den Behörden vor, den Autor des Artikels dafür nicht bestraft zu haben und ihn selber nicht mit spezifischen Massnahmen zu beschützen¹⁷⁴. «The applicant's representative did not allege in his petition that his client faced a real and immediate risk to his life. Nor did he claim [...] that the applicant had received actual threats from third persons following the publication of the article [...]. The applicant and his representative did not allege that the applicant had become the victim of a campaign of violence and intimidation

¹⁷⁰ *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), § 136.

¹⁷¹ *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), §§ 145 ff.

¹⁷² *Talpis v. Italy*, 41237/14 (2017), §§ 117 ff.

¹⁷³ *Talpis v. Italy*, 41237/14 (2017), §§ 39 ff.

¹⁷⁴ *Selahattin Demirtaş v. Turkey*, 15028/09 (2015), §§ 10 f. und 35.

and that the national authorities had failed to take measures for his protection although they were aware of this campaign. Similarly, the applicant did not allege, [...] that there had been actual or attempted physical violence against him which had or could have placed his life in danger [...].»¹⁷⁵

Auch wird das Recht auf Leben nicht verletzt, wenn eine Person Opfer allgemeiner krimineller Handlungen wird¹⁷⁶.

«[...] Three] days before he was killed, İlker mentioned [...] the possibility that something might happen to him [...], without providing further details. [...] There] is nothing to suggest that, even supposing İlker Tufansoy feared that his life was at real and immediate risk, he had ever reported these fears to the Cypriot police. Nor is there anything to indicate that the Cypriot authorities ought to have known that İlker Tufansoy was at risk of attack from criminal acts of a third party and failed to take steps to protect him.»¹⁷⁷

b. Gefährdung der Allgemeinheit?

Ob eine latente Gefährdung gegenüber der *Allgemeinheit* von einer bestimmten Person ausgehen kann, war im Urteil *Maiorano and others v. Italy* zu beurteilen.

Darin ging es um die Ermordung von *Maria Carmela Linciano* und *Valentina Maiorano* durch Herrn Izzo. Izzo war mehrfach wegen schwerster Gewalt zu lebenslanger Haft verurteilt worden. Trotzdem wurde er – zwar mit Auflagen – in Halbgefangenschaft versetzt und von der Polizei überwacht¹⁷⁸. Dass er seine beiden engen Bekannten umbringen würde, war gemäss dem EGMR *nicht vorhersehbar*¹⁷⁹. Die Behörden hätten aber aus dem allgemeinen Verhalten von Izzo mit Kontakten ins kriminelle Milieu schliessen müssen, dass dieser wieder

¹⁷⁵ *Selahattin Demirtaş v. Turkey*, 15028/09 (2015), § 33.

¹⁷⁶ *Denizci and others v. Cyprus*, 25316-25321/94 and 27207/95 (2001), § 348: «killed by unidentified men using automatic rifles and shotguns».

¹⁷⁷ *Denizci and others v. Cyprus*, 25316-25321/94 and 27207/95 (2001), § 375.

¹⁷⁸ Zu den Hintergründen *Maiorano and others v. Italy*, 28634/06 (2010), §§ 8 ff., 48, 112 und 117 ff.

¹⁷⁹ *Maiorano and others v. Italy*, 28634/06 (2010), § 110.

gegen das Strafrecht verstossen würde¹⁸⁰. Der Gerichtshof äusserte seine Zweifel am behördlichen Verfahren, welches zur Halbgefangenschaft geführt hatte. Er betonte, dass die schrittweise Wiedereingliederung von Izzo in die Gesellschaft gegen das Interesse am Schutz der Gemeinschaft abzuwägen gewesen wäre¹⁸¹. Aufgrund der «sozialen Gefährlichkeit» («[...] notamment de la personnalité de M. Izzo, de ses nombreux antécédents et des éléments donnant à penser qu'il aurait pu être socialement dangereux») und des nicht erfolgten Eingreifens der Behörden bei Verstössen Izzos gegen seine Bewährungsaufgaben erkannte der EGMR eine Verletzung der Schutzpflicht nach Art. 2 EMRK¹⁸².

Bei einer allgemeinen Gefährdung durch andere Menschen ist unseres Erachtens die Grenze zu berücksichtigen, welche die *Grand Chamber* in ihrem Leitentscheid *Mastromatteo v. Italy* gezogen¹⁸³ und die der Gerichtshof in anderen Fällen seither bestätigt hat (vgl. Ziff. III.2.2.2). Daher geht das Urteil *Maiorano and others v. Italy* zu weit. Eine unmittelbare konkrete Gefährdung (*real and immediate risk*) setzt voraus, dass potenzielle Opfer überhaupt erkennbar sind. Das Fehlverhalten der Behörden (bezüglich die Halbgefangenschaft von Herrn Izzo) vermag daran nichts zu ändern. Etwas anderes würde dann gelten, wenn die Behörden bei einem Wissen um die konkrete Bedrohung der beiden Frauen nicht eingeschritten wären (analog zu *Osman v. The United Kingdom*; dazu sogleich, Ziff. III.2.2.7.e).

c. Massnahmen zur Gefahrenabwehr

Bei den in Frage kommenden Abwehrmassnahmen kann unterschieden werden zwischen Massnahmen, welche auf das *Schutzgut* und solchen, welche auf die *Gefahrenquelle* abzielen. So können Massnahmen entweder den konkreten und aktiven Schutz einer bestimmten Person bezwecken (allerdings zeigt sich der EGMR gegenüber eigentlichen Personenschutzmassnahmen zurückhaltend) oder sich gegen eine Gefährdung an sich

¹⁸⁰ *Maiorano and others v. Italy*, 28634/06 (2010), § 118.

¹⁸¹ *Maiorano and others v. Italy*, 28634/06 (2010), § 120.

¹⁸² *Maiorano and others v. Italy*, 28634/06 (2010), § 121.

¹⁸³ Wohl kritisch SICILIANOS, *Positive obligations*, S. 38 (mit Fn. 31).

richten (etwa Annäherungsverbote für bestimmte Personen). Das Recht auf Leben statuiert keine (absolute) Erfolgspflicht – vielmehr geht es um ein angemessenes Tätigwerden.

Der EGMR bringt dies im Urteil *Bljakaj and others v. Croatia* zum Ausdruck. Darin ging es um Gewalt innerhalb der Familie: «[...] there are several other measures which the domestic authorities might reasonably have been expected to take to avoid the risk to the right to life from the violent acts of A.N. While the Court cannot conclude with certainty that matters would have turned out differently if the authorities had acted otherwise, it reiterates that the test under Article 2 does not require it to be shown that <but for> the failing or omission of the authorities the killing would not have occurred [...]. Rather, what is important, and sufficient to engage the responsibility of the State under that Article, is that reasonable measures the domestic authorities failed to take could have had a real prospect of altering the outcome or mitigating the harm [...].»¹⁸⁴

Dabei ist zu beachten, welche Mittel oder Massnahmen nach dem nationalen Recht überhaupt zulässig sind. Fehlen sie ganz, könnte darin ein Verstoss gegen eine ausreichende gesetzliche Umsetzung des Schutzes des Lebens (*legal and administrative framework*) liegen (jedenfalls scheint der EGMR dies zuweilen anzutönen). Stehen Massnahmen zur Verfügung, so kommt es darauf an, ob die Behörden sie angemessen angewendet haben – sofern sie um eine Gefährdung des Schutzguts von Art. 2 EMRK wussten oder hätten wissen müssen.

Im Fall *Branko Tomašić and others v. Croatia* hatte ein Vater seine Frau, seine Tochter und anschliessend sich selbst erschossen. Eine polizeiliche Intervention erfolgte erst 20 Minuten nach der Meldung, dass der Täter mit einer automatischen Waffe unterwegs sei – und damit zu spät¹⁸⁵. Zu einer Verletzung von Art. 2 EMRK hatte aber nicht dieser Umstand geführt, sondern das Wissen des Staates über die Vorgeschichte: Der Täter war wegen Todesdrohungen gegenüber den Opfern bereits zu einer Haftstrafe verurteilt worden und befand sich in angeordneter psychiatrischer Behandlung. Obwohl die Behörden das

¹⁸⁴ *Bljakaj and others v. Croatia*, 74448/12 (2014), § 124.

¹⁸⁵ *Branko Tomašić and others v. Croatia*, 46598/06 (2009), § 10.

Gewaltpotenzial des Täters als ernstzunehmend bewerteten und er wiederholt behauptete, über Waffen und Bomben zu verfügen, war bei ihm nie nach entsprechenden Gegenständen gesucht worden¹⁸⁶. Zudem stellte der EGMR auf die – kurze – behördlich angeordnete psychiatrische Behandlung des Täters ab: Die Behörden «[...] failed to show that the compulsory psychiatric treatment ordered in respect of M.M. during his prison term was actually and properly administered. [...] The regulation concerning the enforcement of a measure of compulsory psychiatric treatment, namely the relevant provisions of the Enforcement of Prison Sentences Act, is of a very general nature. [...] These] general rules do not properly address the issue of enforcement of obligatory psychiatric treatment as a security measure, thus leaving it completely to the discretion of the prison authorities to decide how to act. However, [...] such regulations need to be sufficient in order to ensure that the purpose of criminal sanctions is properly satisfied. In the present case neither the regulation on the matter nor the court's judgment ordering M.M.'s compulsory psychiatric treatment provided sufficient details on the administration of this treatment.»¹⁸⁷

Im Fall *Dink v. Turkey* hatte der Journalist *Fırat Dink* einen Artikel publiziert, in welchem er auf die armenische Herkunft von Atatürks Adoptivtochter hinwies. In der Folge kam es zu Protesten und einer Anzeige von Ultranationalisten gegen Dink¹⁸⁸. Die lokalen Sicherheitsbehörden erhielten in der Folge Hinweise über einen möglichen Anschlag auf das Leben des Journalisten durch bestimmte Personen. Diese Personen waren bereits von den Behörden überwacht worden und hatten ihre Pläne auch gegenüber Dritten geäußert¹⁸⁹. Am 19. Januar 2007 wurde *Fırat Dink* mit drei Schüssen in den Kopf getötet¹⁹⁰. Der EGMR ging unter den gegebenen Umständen davon aus, dass die türkischen Behörden von der unmittelbaren tödlichen Bedrohung wussten oder

¹⁸⁶ *Branko Tomašić and others v. Croatia*, 46598/06 (2009), §§ 52 ff.

¹⁸⁷ *Branko Tomašić and others v. Croatia*, 46598/06 (2009), §§ 56 f.

¹⁸⁸ *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), § 66.

¹⁸⁹ *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), §§ 68 f.

¹⁹⁰ *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), §§ 68 f.

hätten wissen müssen¹⁹¹. Massnahmen zum Schutz des Journalisten waren aber unterblieben; der Gerichtshof betont, dass es nicht darauf ankommt, dass die gefährdete Person solche Massnahmen verlangt oder nicht¹⁹².

Eine konkrete Gefährdung von Menschen kann auch in einem grösseren Rahmen bestehen. Sie ist dann unter Umständen von allgemeinen Lebensrisiken abzugrenzen.

Im Entscheid *P.F. and E.F. v. The United Kingdom* war das Verhalten der staatlichen Sicherheitskräfte bei den permanenten Ausschreitungen zwischen Katholiken und Protestanten (respektive Loyalisten) in Belfast in den Jahren 2001 bis 2003 zu beurteilen. Protestantische Loyalisten versuchten in dieser Zeit, die Kinder der katholischen Primarschule *Holy Cross* in der Ardoyne Road am Schulbesuch zu hindern. Zum Schutze der Eltern und Kinder standen auf dem Höhepunkt der Spannungen rund 400 Polizisten und 100 Soldaten im Einsatz. 41 Polizisten wurden bei den Einsätzen verletzt. Hingegen wurde kein einziges Kind in seiner physischen Integrität geschädigt¹⁹³. Die Beschwerdeführer mahnten eine Verletzung des Folterverbots an¹⁹⁴. Der EGMR hat gleichwohl (unter dem Titel von Art. 3 EMRK) die positive Verpflichtung zum Schutze des Lebens geprüft¹⁹⁵. Da die Polizei alle notwendigen Massnahmen dafür getroffen hätte¹⁹⁶, trat der Gerichtshof auf den Fall nicht ein.

¹⁹¹ *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), § 70: «[...] on peut estimer que les autorités savaient ou auraient dû savoir que Firat Dink était tout particulièrement susceptible de faire l'objet d'une agression fatale. De plus, eu égard aux circonstances, ce risque pouvait passer pour réel et imminent.»

¹⁹² *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), §§ 72 ff.

¹⁹³ *P.F. and E.F. v. The United Kingdom* (AD), 28326/09 (2010), §§ 3 ff. und insb. § 19.

¹⁹⁴ *P.F. and E.F. v. The United Kingdom* (AD), 28326/09 (2010), § 34: «The applicants complained that although the police had knowledge that they were suffering Article 3 ill-treatment at the hands of private individuals, they failed in their positive obligation to take all reasonably available measures to end it. In particular, they complained that the police were not entitled to balance an unknown and unspecified risk of potential disturbances elsewhere against the benefits of bringing the ill-treatment that they were suffering to an immediate end. Rather, as soon as the police had knowledge that the applicants were suffering ill-treatment, they came under a positive obligation to take all reasonably available measures to end that treatment».

¹⁹⁵ *P.F. and E.F. v. The United Kingdom* (AD), 28326/09 (2010), § 37.

¹⁹⁶ *P.F. and E.F. v. The United Kingdom* (AD), 28326/09 (2010), §§ 43 ff. «[...] the police followed a course of action which they reasonably believed would end the protest with minimal risk to

2.2.6. Annahmen bei einer besonderen Verantwortlichkeit des Staates

Die positive Verpflichtung verdichtet sich, wenn Menschen unter staatlicher *Obhut* stehen. Der EGMR bringt dies zum Ausdruck, indem er die Staaten dann nicht nur zur Aufklärung von potenziell letalen Verletzungen und Todesfällen verpflichtet, sondern darüber hinaus eine staatliche Verantwortlichkeit für deren Schicksal vermutet¹⁹⁷:

Dies etwa im Urteil *Malik Babayev v. Azerbaijan* angesichts des gewaltsam zu Tode gekommenen Soldaten *Zakir Babayev*: «In assessing evidence, the Court adopts the standard of proof ›beyond reasonable doubt‹. However, such proof may follow from the co-existence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. Where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody or in the army, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during that detention or service. Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation.»¹⁹⁸

Eine besondere Verpflichtung zum Schutze menschlichen Lebens besteht dann, wenn der Staat Personen in *Gewahrsam* nimmt. Er wird dann für ihr individuelles Wohlergehen verantwortlich.

the children, their parents and the community at large. The risks which concerned the police were not, in fact, purely speculative. Violence had been erupting throughout the city over the summer, often at great speed and with little prior warning. Moreover, the police had intelligence which suggested that a more direct approach could increase the risk to the parents and children walking to the Holy Cross School, lead to further attacks on Catholic schools and also result in increased violence in north Belfast. [...] [...] This] is not a case in which the police stood by and did nothing: [...] [...] To] require the police in Northern Ireland to forcibly end every violent protest would likely place a disproportionate burden on them, especially where such an approach could result in the escalation of violence across the province. In a highly charged community dispute, most courses of action will have inherent dangers and difficulties and it must be permissible for the police to take all of those dangers and difficulties into consideration before choosing the most appropriate response».

¹⁹⁷ Vgl. zur «strong presumption» auch SICILIANOS, Positive obligations, S. 39.

¹⁹⁸ *Malik Babayev v. Azerbaijan*, 30500/11 (2017), § 68.

Im Urteil *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom* ging es um den Tod von *Christopher Edwards*. Edwards war in einer Gefängniszelle von seinem Mitgefangenen Richard Linford trotz Betätigung eines Notfallknopfs zu Tode geprügelt worden. «The Court concludes that the failure of the agencies involved in this case (medical profession, police, prosecution and court) to pass information about Richard Linford on to the prison authorities and the inadequate nature of the screening process on Richard Linford's arrival in prison disclose a breach of the State's obligation to protect the life of Christopher Edwards.»¹⁹⁹

Die Pflicht materialisiert sich besonders hinsichtlich des Schutzes der Gesundheit sowie des physischen Wohlergehens von Inhaftierten²⁰⁰.

The «authorities must account for the treatment of people who are deprived of their liberty. Where a detainee dies as a result of a health problem, the State must offer both a reasonable explanation as to the cause of death and details regarding the treatment administered to the person concerned prior to his or her death»²⁰¹. Kommen Gefangene in Gewahrsam des Staates zu Schaden, erscheint zudem der Bezug zwischen positiver und prozeduraler Verpflichtung besonders eng, denn «the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation [...]»²⁰²

In verschiedenen jüngeren Urteilen hatte der EGMR die Ansteckung mit dem HI-Virus in osteuropäischen Gefängnissen zu beurteilen. Der Gerichtshof hat eine differenzierende Rechtsprechung entwickelt. Die Staaten stehen insbesondere in der Pflicht, den Gefangenen medizinische Versorgung zukommen zu lassen und Ansteckungen aufzuklären.

Das Recht auf Leben wird verletzt, wenn ein Gefangener nach einem positiven HIV-Test über 10 Monate ohne weitere ärztliche Behandlung bleibt (und wenig später an einer HIV-bezogenen Krankheit stirbt)²⁰³.

¹⁹⁹ *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 64.

²⁰⁰ *Shchebetov v. Russia*, 21731/02 (2012), § 44.

²⁰¹ *Karpynenko v. Ukraine*, 15509/12 (2016), § 80.

²⁰² *Shchebetov v. Russia*, 21731/02 (2012), § 44.

²⁰³ *Karpynenko v. Ukraine*, 15509/12 (2016), §§ 81, 87 und 92.

Indes reicht eine natürliche Kausalität zur Verletzung der positiven Verpflichtung des Staates nicht aus. So hat der EGMR in einem Fall, in welchem sich der Beschwerdeführer auch selber hätte mit dem Virus angesteckt haben können, eine unmittelbare Verantwortung des Staates unter Art. 2 EMRK abgelehnt²⁰⁴. Weil aber die staatliche Untersuchung über die Ansteckung zu keiner Klärung geführt hatte, wurde die prozedurale Verpflichtung von Art. 2 EMRK verletzt²⁰⁵.

Unter Umständen können aber weder der verantwortliche Staat noch die geschädigte Person eine schlüssige Erklärung liefern. «[...] In] a situation where the materials in the case file do not provide a sufficient evidential basis to enable the Court to find <beyond reasonable doubt> that the [...] authorities were responsible for the applicant's contraction of the HIV infection, the Court must conclude that there has been no violation of Article 2 of the Convention on account of the authorities' alleged failure to protect the applicant's right to life.»²⁰⁶ Selbst die Untersuchungspflicht des Staates ist dann unter Umständen nicht verletzt, enthält sie doch keine Erfolgspflicht: «The [...] facts of the case do not reveal that the authorities did not thoroughly evaluate the medical evidence before them, attempting to draw conclusions from it without accepting too readily any version of events. [...] The] domestic courts actively responded

²⁰⁴ *Gorelov v. Russia*, 49072/11 (2014), §§ 44 und 47 ff.: The HIV infection «was acquired in detention. The parties, however, disputed the exact way in which the virus had been transmitted. The Government indicated two possible routes for the HIV transmission: the applicant giving himself a large number of tattoos in detention, and the applicant committing self-mutilating acts which involved, inter alia, swallowing sharp objects and cutting his arm. The applicant insisted that the illness was the result of negligence on the part of prison medical staff during invasive medical procedures performed on him. He argued that infected materials or instruments could have been used in those procedures. [...] The national authorities did not attempt to identify precisely how the applicant's infection had been acquired. [...] The] applicant's version of events was unreliable and inconsistent [...]. Accordingly, in a situation where the materials in the case file do not provide a sufficient evidential basis to enable the Court to find "beyond reasonable doubt" that the Russian authorities were responsible for the applicant's contraction of the HIV infection, the Court must conclude that there has been no violation of Article 2 of the Convention on account of the authorities' alleged failure to protect the applicant's right to life.»

²⁰⁵ *Gorelov v. Russia*, 49072/11 (2014), § 56: The «Russian authorities did not carry out a prompt, expeditious and thorough investigation of the applicant's infection with HIV. It accordingly holds that there has been a violation of Article 2 of the Convention under its procedural limb.»

²⁰⁶ *Shchebetov v. Russia*, 21731/02 (2012), §§ 48 f.

to the applicant's grievances, directing the course of the investigation. However, with inmate G. refusing to testify, the courts' task of establishing the facts was a complicated one. In these circumstances and given the absence of any evidence, save for the applicant's statements, that Mr P. had ever taken a sample of the applicant's blood, their conclusion appears well-founded.»²⁰⁷

Eine bloss *mögliche Gefährdung* der physischen Integrität respektive des Lebens scheint aber selbst bei einer derart ausgeprägten staatlichen Verantwortung nicht auszureichen. Immerhin kommt anstelle einer Verletzung des Rechts auf Leben auch eine Verletzung von Art. 3 EMRK infrage, also des Verbots der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung.

Im Fall *Florea v. Rumania* ist ein verurteilter Dieb mit chronischer Hepatitis und Bluthochdruck in ein stark überfülltes Gefängnis verbracht worden. Die Zustände dort waren für eine kranke Person sehr schlecht. *GheorgheFlorea* musste das Bett mit Rauchern teilen, zuweilen sogar auf dem kalten Betonboden schlafen. Die Nahrung im Gefängnis war nicht auf seine Krankheiten abgestimmt²⁰⁸. Der EGMR unterstreicht die Verantwortung des Staates gegenüber Gefangenen im Allgemeinen sowie die Möglichkeit einer besonderen Verletzlichkeit von Inhaftierten. Aus Art. 3 EMRK fliesse eine positive Verpflichtung, Gefangene keinen unvermeidbaren Belastungen auszusetzen. Dabei sind die Menschenwürde, die Gesundheit und das Wohlbefinden der Gefangenen insbesondere zu berücksichtigen²⁰⁹.

Aber auch für Gefangene in staatlichem Gewahrsam besteht die Schutzpflicht nicht unbegrenzt. So lehnt der EGMR es ab, den Staat für den Drogenkonsum und die daraus resultierenden Folgen für Gefangene verantwortlich zu machen. Solches Verhalten bleibt damit in der alleinigen Verantwortung der betroffenen Personen.

Das Gericht ist auf einen entsprechenden Fall gar nicht erst eingetreten: «[...] The] fact that while the applicants' son/brother was in prison he had been able to

²⁰⁷ *Shchetov v. Russia*, 21731/02 (2012), § 57.

²⁰⁸ *Florea v. Romania*, 37186/03 (2010), §§ 8 ff.

²⁰⁹ *Florea v. Romania*, 37186/03 (2010), §§ 50 ff. und 63 f.

procure and take drugs cannot in itself vest the State with responsibility for the death at issue.»²¹⁰

2.2.7. Grenzen der positiven Verpflichtung

Der Staat verletzt seine positive Verpflichtung nach Art. 2 EMRK grundsätzlich dann, wenn er kein taugliches Regelwerk (*effective legal and administrative framework*) zum Schutz des Rechtsguts Leben schafft (Ziff. III.2.2.2), wenn er insbesondere gegenüber nicht intendierten abstrakten Gefährdungen nachlässig bleibt (Ziff. III.2.2.3), bei Naturgefahren selber nicht adäquat handelt (Ziff. III.2.2.4) oder wenn er bei hinreichend konkreten intendierten Gefährdungen nicht einschreitet (Ziff. III.2.2.5). Das Recht auf Leben genießt indes keinen absoluten Schutz (vgl. Ziff. III.2.1) und staatliche Pflichten sind nicht als Erfolgspflichten zu verstehen (vgl. Ziff. III.2.2.1). Folglich bleibt zu klären, wann die positive Verpflichtung überhaupt eintritt und wo sie endet.

a. Kenntnis

Damit eine positive Verpflichtung in diesem Sinne greifen kann, verlangt der EGMR eine *Kenntnis* über die jeweiligen Gefährdungen respektive ein Kennenmüssen derselben. Dabei scheint der Gerichtshof den Massstab einer «differenzierenden Strenge» anzuwenden.

Die Kenntnis über potenzielle Gefährdungen des Lebens verlangt nach einer entsprechenden *Ausgestaltung* des rechtlichen Regelwerks zu deren spezifischen Abwehr.

Im Urteil *Brincat and others v. Malta* (vgl. Ziff. III.2.2.3) war die Frage zentral, ab wann die Behörden von der besonderen Gefahr von Asbest für Arbeiter wussten oder hätten wissen müssen. Für den EGMR waren verschiedene Handlungsstränge relevant.

Im Jahr 1986 hatte Malta die «ILO Asbestos Recommendation and subsequent Convention which contained the minimum standards applicable concerning the use of asbestos» angenommen²¹¹. Erste staatliche Massnahmen zum Schutz

²¹⁰ *Esterina Marro and others against Italy* (AD), 29100/07 (2014), § 49.

²¹¹ *Brincat and others v. Malta*, 60908/11 et al. (2014), § 105.

der Arbeiter wurden zwar ab 1987 ergriffen, die «regulation» enthielt aber keine spezifischen Bezüge zu Asbest²¹².

Zur Annäherung an die Antwort, ab wann die Behörden von der Gefährlichkeit hätten *wissen müssen*, stellte der EGMR auf Forschungen ab, welche in Malta hätten bekannt sein müssen: «[...] The] Court must rely on [...] objective scientific research, particularly in the light of the domestic context. The Court takes account of the list [...] which contains references to hundreds of articles or other publications concerning the subject at issue published from 1930 onwards – many of them taken from reputable British medical journals. The Court observes that medical studies at the then Royal University of Malta were modelled on, and followed closely upon, the corresponding United Kingdom system, with many graduates in medicine continuing their studies in England and Scotland. Particularly in view of this situation [...] it is inconceivable that there was no access to any such sources of information, at least, if by no one else, by the highest medical authorities in the country, notably the Chief Government Medical Officer and Superintendent of Public Health [...]. In fact, according to Maltese law it was precisely the duty of the Superintendent of Public Health to remain abreast of such developments and advise the Government accordingly».²¹³

Zum *Wissen* der Behörden um die Gefährlichkeit stellte der EGMR auf ein Urteil des *Commercial Court* von Malta ab. Dieser hatte im Jahr 1989 der Hinterbliebenen eines bereits 1979 an den Folgen einer Asbestvergiftung verstorbenen Arbeiters eine Entschädigung zugesprochen²¹⁴. Darin kam implizit zum Ausdruck, dass die Behörden bereits in den 1970er Jahren um die Gefährlichkeit von Asbest wussten²¹⁵.

Der EGMR scheint beim Wissenmüssen des Staates grundsätzlich einen strengen Massstab anzusetzen. Zuerst stellt sich die Frage nach dem potenziell verfügbaren Wissen. Dieses Wissen bringt der Gerichtshof in den Kontext zur Zuständigkeit von Behörden. Indes trennt der Gerichtshof die Frage des Wissenmüssens an sich von der Frage des

²¹² *Brincat and others v. Malta*, 60908/11 et al. (2014), § 108.

²¹³ *Brincat and others v. Malta*, 60908/11 et al. (2014), § 106.

²¹⁴ *Brincat and others v. Malta*, 60908/11 et al. (2014), §§ 10 und 35.

²¹⁵ *Brincat and others v. Malta*, 60908/11 et al. (2014), § 106.

relevanten Zeitpunkts dieses Wissenmüssens. Dies leuchtet insofern ein, als die Staaten nicht beim Bekanntwerden jeder potenziellen Gefährdung unmittelbar Massnahmen ergreifen können. Unseres Erachtens ist aber nicht auf ein aktives Handeln des Staates abzustellen (quasi eine «Wissensbetätigung»). Vielmehr löst ein Wissenmüssen des Staates die Pflicht zur *Beurteilung* eines Risikos aus.

Diese Pflicht lässt sich praktisch wohl nie an ein exaktes Datum knüpfen. Indes mutet es etwas befremdlich an, wenn der EGMR im Fall *Brincat and others v. Malta* auf das Urteil des *Commercial Court* abstellt. Seit dem Urteil wussten die Behörden *mit Sicherheit* um die Gefährlichkeit von Asbest. In den zwei Dekaden davor hätten sie darum wissen müssen.

Bei allfälligen Massnahmen zur *konkreten Gefahrenabwehr* – in der Rechtsprechung bis anhin zur präventiven Verhinderung möglicher Straftaten – verlangt der EGMR unter dem Aspekt des Wissens oder Wissenmüssens, dass eine potenzielle Täterschaft sowie deren Gefährlichkeit bekannt sind. Zudem müssen Massnahmen zur Abwehr der konkreten Gefährdung zur Verfügung stehen (dazu sogleich d).

For the positive obligation to protect life, «it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual[s] from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.»²¹⁶

b. Bewusste Risikoubernahme

Zur «differenzierenden Strenge» gehört es, dass Risiken in gewissem Masse bewusst in Kauf genommen werden dürfen. Eine Inkaufnahme setzt eine bewusste Einwilligung

²¹⁶ *Osman v. The United Kingdom*, 23452/94 (1998), § 116; *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 55; *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), § 63 («individuals»); *Kontrová v. Slovakia*, 7510/04 (2007), § 50; *Van Colle v. The United Kingdom*, 7678/09 (2012), § 88; *Turluyeva v. Russia*, 63638/09 (2013), § 91 – ganz ähnlich *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), § 68 und *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), § 129 sowie *P.F. and E.F. v. The United Kingdom* (AD), 28326/09 (2010), § 37 («duty to prevent and suppress offences against the person») – ähnlich auch *Perevedentsev v. Russia*, 39583/05 (2014), § 92 und *Malik Babayev v. Azerbaijan*, 30500/11 (2017), § 67.

(*informed consent*) bei den gefährdeten Personen selber voraus. Selbst bei voller Kenntnis ist eine Risikoübernahme aber nur beschränkt zulässig.

So hat der EGMR für Langzeitschäden des (beruflichen) Tiefseetauchens im Urteil *Vilnes and others v. Norway* zwischen «test dives» und «diving operations generally» unterschieden: «it was in the nature of things that test dives, whether they were experimental diving or verification diving [...], involved certain risks which made it difficult to compare that kind of activity with North Sea diving operations generally.»²¹⁷ Während ein *informed consent* für Tauchgänge zu Testzwecken implizit möglich erschien, liess der Gerichtshof eine Einwilligung in langfristige Risiken des Tiefseetauchens nicht gelten; «the divers could not be regarded as having accepted the risk of after-effects that were unknown to them»²¹⁸.

«[The] decompression tables used in diving operations may suitably be viewed as carriers of information which is essential in enabling the divers to assess the health risks involved, in the sense that diving carried out in accordance with the tables would be assumed to be relatively safe, whilst diving which did not respect minimum decompression standards would be deemed unsafe, a perception likely to be reinforced by diving operations being subject to prior administrative authorisation. Thus, the question arises whether, in view of the practices related to the use of rapid decompression tables, the divers received the essential information needed to be able to assess the risk to their health [...] and whether they had given informed consent to the taking of such risks.»²¹⁹

Der Gerichtshof betont das Bedürfnis nach einer ausreichenden Information, ohne welche ein *informed consent* nicht zustande kommen kann. Er zieht dazu die Rechte zum Persönlichkeitsschutz aus Art. 8 EMRK heran. Damit unterscheidet der Gerichtshof zwischen individuellen und öffentlichen Informationsansprüchen.

²¹⁷ *Vilnes and others v. Norway*, 52806/09 und 22703/10 (2014), § 227.

²¹⁸ *Vilnes and others v. Norway*, 52806/09 und 22703/10 (2014), § 222.

²¹⁹ *Vilnes and others v. Norway*, 52806/09 und 22703/10 (2014), § 236.

The Court affirms «[...] a positive obligation for States, in relation to Article 8, to provide access to essential information enabling individuals to assess risks to their health and lives. [...] This] obligation may in certain circumstances also encompass a duty to provide such information, as can be inferred from [...] the affirmation of the «public's right to information» with reference to the latter in the context of Article 2 [...]. It does not follow from the foregoing that this right ought to be confined [...] to information concerning risks that have already materialised. In relation to Article 2 [...] «among [the] preventive measures [to be taken] particular emphasis should be placed on the public's right to information» [...], and the position in relation to Article 8 can hardly be different. Nor does it follow that the right in question should not apply to occupational risks [...]. [...] This] obligation may in certain circumstances also encompass a duty to provide such information.»²²⁰

Von den Konventionsstaaten kann indes nicht verlangt werden, jedes individuelle Risiko- oder Fehlverhalten zu unterbinden. Dies lässt sich an zwei Fällen zu tragischen Todesfällen im Eisenbahnverkehr erläutern: *Bône v. France* und *Kalender v. Turkey*.

Der vierzehnjährige *Christophe Bône* war absichtlich auf der falschen Seite eines Zugwagens ausgestiegen. Menschliches Verhalten ist zuweilen unvorhersehbar. Eine ausreichende rechtliche Regelung lag vor. Das Opfer hatte allgemeine Warnungen ignoriert. Ausschlaggebend dafür, dass er tödlich von einem Zug erfasst worden war, war das sehr unvorsichtige Verhalten des Jungen²²¹. Der EGMR ist auf den Fall nicht eingetreten.

Anders war die Ausgangslage für *Kadir* und *Şükriye Kalender*. Die beiden Zugpassagiere sind beim Aussteigen aus einem Wagon von einem auf dem Nebengleise fahrenden Güterzug tödlich erfasst worden. Eine staatliche Regulierung zum Schutz der Reisenden bestand zwar – der Bahnhof entsprach indes nicht den minimalen Sicherheitsstandards. Es fehlten – eigentlich obligatorische – Perrons und Unterführungen. Zudem hatte der Personenzug wegen eines

²²⁰ *Vilnes and others v. Norway*, 52806/09 und 22703/10 (2014), § 235.

²²¹ *Bône v. France* (AD), 69869/01 (2001), S. 2 und 8 f. («comportement très imprudent», was auch mit *rücksichtslos* übersetzt werden könnte).

blockierten Geleises gegenüber des Bahnhofgebäudes auf einem Geleise in der Mitte angehalten. Es gab keine Warnung der Passagiere vor dem Aussteigen. Zudem war die Beleuchtung ungenügend. Unter diesen Umständen ging der EGMR nicht von einem Selbstverschulden der Opfer aus, sondern von einer Kausalität zwischen den zahlreichen und schweren Verstößen gegen die Sicherheitsvorschriften (letztlich aufgrund deren mangelhaften Durchsetzung) und dem tödlichen Unfall²²². Die Frage, ob die Passagiere mit der Zugfahrt ein (tödliches) Unfallrisiko in Kauf genommen hätten, stellt sich gar nicht erst.

c. Bewilligungs- und Aufsichtspflichten

Bei *nicht intendierten abstrakten Gefährdungen* können ausreichende Vorkehrungen unseres Erachtens darin bestehen, bestimmte Tätigkeiten einer staatlichen Bewilligungs- und Aufsichtspflicht zu unterstellen. Soweit der Staat abstrakte Gefährdungen (*dangerous activities*) seiner Regulierung unterstellt, besteht zumindest ein Wissenmüssen – auch – über potenzielle Risiken (*potential risks*).

Die Interpretation von Art. 2 EMRK durch die *Grand Chamber* «is guided by the idea that the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires its provisions to be interpreted and applied in such a way as to make its safeguards practical and effective»²²³. Die vom Staat ins Werk gesetzten Vorkehrungen müssen damit sowohl durchführbar als auch wirksam sein.

Daraus können sich Zielkonflikte ergeben. Solche sind bei staatlicher Regulierung mannigfach anzutreffen. Unseres Erachtens geht es letztlich um Verhältnismässigkeitsfragen, bei welchen die Erforderlichkeit sowie die Eignung staatlicher Massnahmen besonders zu berücksichtigen sind.

Im technischen Sicherheitsrecht hat sich das *ALARA-Prinzip* herausgebildet²²⁴, um ein bestimmtes Sicherheitsniveau «as low as reasonably achievable» zu halten. An die Ausübung an sich zulässiger Tätigkeiten dürfen weder unmög-

²²² *Kalender v. Turkey*, 4314/02 (2009), §§ 4 ff. und 45 ff.

²²³ *Öneryildiz v. Turkey* (GC), 48939/99 (2004), § 69.

²²⁴ MÜLLER/ZECH, Technikrecht, S. 91 (m.w.H.).

liche noch völlig unverhältnismässige Anforderungen gestellt werden (dazu sogleich). Die Alternative besteht in Verboten, welche genau genommen Wertentscheidungen bilden (aufgrund ihrer ausser-rechtlichen Begründung)²²⁵.

d. Grenzen der Machbarkeit

Die *Grand Chamber* hat klargestellt, dass sich die positive Verpflichtung zum Schutze menschlichen Lebens nicht auf die Abwehr jeder denkbaren Grundrechtsverletzung erstreckt²²⁶, denn «[...] not every claimed risk to life [...] can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising»²²⁷. Mit anderen Worten darf aus der positiven Verpflichtung weder Unmögliches von den staatlichen Behörden verlangt werden noch sind diese dazu verpflichtet, (völlig) unverhältnismässige Massnahmen zu ergreifen.

Bearing «in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities [...]»²²⁸

²²⁵ MÜLLER/ZECH, Technikrecht, S. 77 ff. und 87 f.

²²⁶ *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), § 68 («That does not mean [...] that a positive obligation to prevent every possibility of violence can be derived from this provision [...]»). Vgl. auch HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (3th ed.), S. 209.

²²⁷ *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), § 68; *Osman v. The United Kingdom*, 23452/94 (1998), § 116; *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), § 63; *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 55; *Kontrová v. Slovakia*, 7510/04 (2007), § 50; *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), § 129; *Turluyeva v. Russia*, 63638/09 (2013), § 91.

²²⁸ *Osman v. The United Kingdom*, 23452/94 (1998), § 116; *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), § 63; *Kontrová v. Slovakia*, 7510/04 (2007), § 50; ganz ähnlich *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 209 (m.w.H. auf die frühere Rspr.); *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), § 65; *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 55; *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), § 129 («the scope of the positive obligation»); *Bljakaj and others v. Croatia*, 74448/12 (2014), § 105 (andere Satzstellung) sowie auch etwa *Denizci and others v. Cyprus*, 25316-25321/94 und 27207/95 (2001), § 375 oder *R.R. and others v. Hungary*, 19400/11 (2012), § 29.

In der Formulierung leicht abweichend *Malik Babayev v. Azerbaijan*, 30500/11 (2017), § 66: «(...) not every claimed risk to life can entail a Convention requirement for the authorities to take operational measures to prevent that risk from materializing».

Neben dem Wissenkönnen um eine bestimmte Gefährdung von Leben (*risk*) verlangt der Gerichtshof insbesondere, dass konkrete Massnahmen zum Schutze des Lebens überhaupt durchführbar sind.

«The authorities' positive obligations under Article 2 of the Convention are not unqualified: not every presumed threat to life obliges the authorities to take specific measures to avoid the risk. A duty to take specific measures arises only if the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to life and if the authorities retained a certain degree of control over the situation [...]. The Court would only require a respondent State to take such measures which are <feasible> in the circumstances [...].»²²⁹

e. Rechte Dritter

Bei einer konkreten Gefahrenabwehr bildet der Umgang mit der Unvorhersehbarkeit des Verhaltens anderer Menschen (letztlich deren Handlungsherrschaft) eine besondere Herausforderung. Die Respektierung der Grundrechte von Drittpersonen bilden zudem notwendige Schranken für die Polizeiarbeit (zum Beispiel prozedurale Garantien und insbesondere das Prinzip der Unschuldsvermutung).

«In particular, due regard must be paid to the need to ensure that the police exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action to investigate crime and bring offenders to justice, including the guarantees contained in Articles 5 and 8 of the Convention [...].»²³⁰

Jene Massnahmen, welche direkt auf potenzielle Gefährder abzielen, können daher nur im Rahmen geltenden Rechts und unter Umständen nur eingeschränkt zulässig sein²³¹.

²²⁹ EGMR *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 209 (m.w.H. auf die frühere Rspr.). Ähnlich etwa *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), § 65.

²³⁰ *Bljakaj and others v. Croatia*, 74448/12 (2014), § 122.

²³¹ *Osman v. The United Kingdom*, 23452/94 (1998), § 116; bestätigt in *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), § 129: Es geht darum «[...] to ensure that the police exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action to investigate crime and bring offenders to justice, including the guarantees contained in Articles 5 and 8 of the Convention».

Im Fall *Osman v. The United Kingdom* hatte ein Lehrer einem Schüler nachgestellt. Der Lehrer verlor seine Arbeit an der Schule, stellte dem Jungen aber weiter nach. Nach weiteren eigenartigen Vorfällen exekutierte der ehemalige Lehrer den Vater des Jungen, *Ali Osman*, welchen er für den Verlust seiner Arbeit verantwortlich machte²³². Obwohl die Vorgeschichte behördenbekannt war, erkannte der EGMR keine Verletzung von Art. 2 EMRK: «the police must discharge their duties in a manner which is compatible with the rights and freedoms of individuals. In the circumstances of the present case, they cannot be criticised for attaching weight to the presumption of innocence or failing to use powers of arrest, search and seizure having regard to their reasonably held view that they lacked at relevant times the required standard of suspicion to use those powers or that any action taken would in fact have produced concrete results»²³³.

Im Fall *Van Colle v. The United Kingdom* stand eine staatliche Verantwortung des gewaltsamen Todes von *Gilles van Colle* infrage. Van Colle war Zeuge einer eher geringfügigen Straftat (Diebstahl)²³⁴. Aus den konkreten Umständen erwuchs dem Staat keine Verpflichtung, besondere Massnahmen zum Schutze seines Lebens zu ergreifen. The «fact that the deceased may have been in a category of person who may have been particularly vulnerable was but one of the relevant circumstances of the case to be assessed, in the light of all the circumstances, in order to answer the first of the two questions which make up the *Osman* test of responsibility»²³⁵. Der Täter, Mr Brougham, hatte Van Colle zwar in zwei Telefonanrufen bedroht. Die Anrufe enthielten jedoch keine ausdrückliche Androhung von körperlichen Schäden für Giles Van Colle. Zwar hatte der Täter Van Colles Auto angezündet – das stellte sich aber erst später heraus. Der Gerichtshof stellte auf die Schwere der zu erwartenden Strafe für den Diebstahl, das frühere Verhalten des Täters sowie die Kriminalstatistik

²³² *Osman v. The United Kingdom*, 23452/94 (1998), §§ 11 ff.

²³³ *Osman v. The United Kingdom*, 23452/94 (1998), § 121.

²³⁴ *Van Colle v. The United Kingdom*, 7678/09 (2012), §§ 6 ff.

²³⁵ *Van Colle v. The United Kingdom*, 7678/09 (2012), § 91.

ab²³⁶. Insgesamt wurde kein «decisive stage in the sequence of events leading up to the tragic shooting of Giles Van Colle» erreicht²³⁷.

Soweit eine mögliche Verletzung des Rechts auf Leben mit der Beurteilung eines Justizsystems steht (insbesondere hinsichtlich einer effektiven Strafverfolgung), ist neben der positiven zudem auch die prozedurale Verpflichtung (vgl. Ziff. III.2.4) aus dem Recht auf Leben zu beachten²³⁸.

2.2.8. Bedeutung und Entwicklung

Die Verpflichtung der Konventionsstaaten nach Art. 2 EMRK zum Treffen genereller (abstrakter) Massnahmen hängt eng mit der Verpflichtung zum Schutz des Lebens durch die Rechtsordnung an sich zusammen und ist *prima vista* nur schwer davon zu unterscheiden.

Die positive Verpflichtung ist aufgrund des Charakters der Konvention und der Rolle des EGMR notwendigerweise fallrechtlich geprägt. Das Besondere der mit *Öneryildiz v. Turkey* begründeten Rechtsprechung liegt in der Etablierung einer Schutzpflicht hinsichtlich des allgemeinen staatlichen Handelns bei abstrakten Gefährdungen (*potential risk*)²³⁹. Die Möglichkeit staatlichen Handelns setzt staatliches Wissen über Gefährdungslagen voraus. Gestützt darauf folgen meist Bewertungen und Abwägungen von Rechtsgütern, Chancen und Risiken. Der EGMR erkennt in hinreichend klaren Fällen bei offensichtlichem Untätigbleiben der Behörden oder bei offensichtlich untauglichen staatlichen Massnahmen eine Verletzung von Art. 2 EMRK. Notwendig ist aber stets eine Kausalität zwischen einem staatlichen Verhalten und der Beeinträchtigung des Rechtsguts Leben (*L.C.B. v. The United Kingdom*). Grundsätzlich reicht ein Todesrisiko (also die Möglichkeit einer Todesfolge aufgrund einer staatlichen Handlung oder Unterlassung) zur Verletzung des Grundrechts aus (*Vilnes and others v. Norway*); es

²³⁶ *Van Colle v. The United Kingdom*, 7678/09 (2012), §§ 95 ff.

²³⁷ *Van Colle v. The United Kingdom*, 7678/09 (2012), § 103.

²³⁸ Vgl. *Kaya and others v. Turkey*, 4451/02 (2006), §§ 35 ff. und *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), §§ 78 ff. sowie weiterführend HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (3th ed.), S. 210.

²³⁹ So lag die Verfehlung des Staates im Grunde darin, die einer abstrakten Gefährdung ausgesetzten Slums nicht (präventiv) evakuiert zu haben. In diesem Sinne auch WICKS, *Right to Life*, S. 68.

scheint nicht ganz geklärt, ob dafür eine natürliche Kausalität ausreicht oder ob auf die Adäquanz abzustellen ist.

Die positive Verpflichtung trifft den Staat auch bei der weiteren Gefahrenabwehr (*Budayeva and others v. Russia*)²⁴⁰ und generell als Durchsetzungsorgan (insbesondere *Kalender v. Turkey*). Daraus folgt die Notwendigkeit letztlich antizipierend zu erfolgreicher staatlicher Regulierungsmassnahmen (*Brincat and others v. Malta*). Im Rahmen seiner eigenen Möglichkeiten muss der Staat auch den Einsatz seiner eigenen Ressourcen vorausschauend planen. Die positive Verpflichtung knüpft nicht nur an abstrakten Gefährdungen (*dangerous activities*) Dritter an, sondern trifft den Staat auch bei seiner eigenen Aufgabenerfüllung (*Osman v. The United Kingdom*). Der Staat kann verpflichtet sein, konkrete Gefahren (*real and immediate risk*) abzuwehren, und dazu die notwendigen Massnahmen zu ergreifen (*Bljakaj and others v. Croatia*).

Der im Zivilrecht etablierte Adäquanzmassstab schwimmt im grundrechtlichen Kontext zwischen den Anforderungen an das Kennenmüssen einer Gefährdung durch den Staat und der Verhältnismässigkeit staatlicher Massnahmen (*impossible or disproportionate burdens*). Dass selbst vom Staat nicht *Unmögliches* verlangt werden darf, entspricht einem Gebot der Logik – unseres Erachtens erlaubt das Kriterium im rechtlichen Sinne eine Berücksichtigung der dem Staat tatsächlich zur Verfügung stehenden Mittel und Möglichkeiten. Dass dem Staat – darüber hinaus – keine *unverhältnismässige Belastung* erwachsen soll, eröffnet notwendigerweise Spielräume für Abwägungen (im Lichte der positiven Verpflichtung wird der Verhältnismässigkeitsgrundsatz aber gewissermassen «umgekehrt», indem nicht die Einschränkung des Grundrechts, sondern die Massnahme zu dessen Schutz bewertet wird). Selbst hinsichtlich der positiven Verpflichtung gilt der Schutz des menschlichen Lebens daher nicht absolut.

²⁴⁰ Die Pflichten können je nach Sachbereich unterschiedlich ausgeprägt sein und mit abstrakten Gefährdungen zusammenhängen. Im Bereich des mitigativen Notfallschutzes bestehen etwa im Bereich des Betriebs von Nuklearanlagen Empfehlungen des International Nuclear Safety Advisory Group (INSAG) der International Atomic Energy Agency (IAEA). Dabei geht es konkret um Safety Culture (INSAG-4), Strengthening Safety Culture (INSAG-15), Management of Operational Safety in Nuclear Power Plants (INSAG-13), Basic Safety Principles NPP (INSAG-12), Safe Management of the Operating Lifetimes of NPP (INSAG-14). Diese Empfehlungen sind öffentlich zugänglich und damit den zuständigen staatlichen Behörden *bekannt* (Wissenmüssen).

Zuweilen vermengen sich die Prinzipien²⁴¹ und werden Risiken und Gefahren von der Rechtsprechung nicht trennscharf voneinander unterschieden. Letztlich tut dies der praktischen Bedeutung des Grundrechts auf Leben keinen Abbruch. Eine wesentliche Grenze findet der grundrechtliche Schutzanspruch sowieso in der Unvorhersehbarkeit menschlichen Verhaltens. Das Fallrecht des EGMR ist darauf bedacht, einen äusseren Rahmen aufzustellen, aber «not to impose an excessive burden on national authorities»²⁴². Das Anwendungsfeld der positiven Verpflichtung bleibt weit und abhängig sowohl von einzelnen Risiken als auch dem Wissen darüber. Die Rechtsprechung darf dabei nicht der Versuchung unterliegen, allgemeine Lebensrisiken mit staatlicher Allmacht eingrenzen zu wollen (*Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania*). Geht es aber um abstrakte Gefährdungen, respektive technische Risiken (*dangerous activities*), lassen sich unseres Erachtens aus der Rechtsprechung Massnahmen bis hin zum mitigativen Notfallschutz ableiten.

2.3. NEGATIVE VERPFLICHTUNG

Die aus dem zweiten Satz von Art. 2 Abs. 1 EMRK fliessende negative Verpflichtung beinhaltet allem voran das Verbot der absichtlichen Tötung (*unlawful killing*)²⁴³. Direkte Adressaten dieses Verbots sind staatliche Akteure. Mit der negativen Verpflichtung verbunden ist aber auch die Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens für den Einsatz legitimer staatlicher Gewalt bis hin zu den zulässigen Zwangs- und Einsatzmitteln.

Für die allgemeine Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens in den Konventionsstaaten ist an sich die positive Verpflichtung einschlägig – da es bei der Regelung des Einsatzes von Zwangsmitteln aber um Eingriffe in den grundrechtlichen Schutzbereich geht, ist unseres Erachtens stärker auf die negative Verpflichtung abzustellen.

2.3.1. Tötungsverbot

Art. 2 EMRK verlangt in Abs. 1 den Schutz menschlichen Lebens und untersagt die absichtliche Tötung von Menschen, benennt in Abs. 2 aber Rechtfertigungsgründe für

²⁴¹ *Bljakaj and others v. Croatia*, 74448/12 (2014), § 108.

²⁴² SICILIANOS, Positive obligations, S. 44.

²⁴³ Weiterführend etwa JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 145 ff.; REID, Practitioner's Guide, 85-003; LEACH, European Court, Rz. 6.25.

Eingriffe in das Grundrecht (vgl. Ziff. III.2.1). Im Rahmen dieser Tatbestände muss eine Gewaltausübung streng verhältnismässig, respektive unbedingt erforderlich (*absolutely necessary*) erfolgen²⁴⁴. Damit steht die negative Verpflichtung insbesondere bei Regelungen über die Ausübung von potenziell tödlicher Zwangsmassnahmen durch den Staat in einem gewissen Spannungsverhältnis zur positiven Verpflichtung.

Bei der Prüfung der Einhaltung der negativen Verpflichtung bezieht der EGMR seit *McCann and others v. The United Kingdom* dazu die gesamten Umstände eines Einzelfalls mit ein: «In keeping with the importance of this provision (art. 2) in a democratic society, the Court must, in making its assessment, subject deprivations of life to the most careful scrutiny, particularly where deliberate lethal force is used, taking into consideration not only the actions of the agents of the State who actually administer the force but also all the surrounding circumstances including such matters as the planning and control of the actions under examination»²⁴⁵.

Besondere Bezüge bestehen auch zwischen der negativen und der prozeduralen Verpflichtung (dazu sogleich, Ziff. III.2.4)²⁴⁶. Dabei geht es darum, Massnahmen rechtlich einzuordnen und insbesondere die Frage der absoluten Notwendigkeit zu klären²⁴⁷.

2.3.2. Regeln zum Einsatz von Zwangsmitteln

Die Einschränkung des Einsatzes potenziell tödlicher Gewalt (Zwangsmittel allgemein sowie von Waffen im Speziellen) auf Situationen absoluter Notwendigkeit muss mit

²⁴⁴ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 149 («stricter and more compelling test of necessity»). Vgl. aus der Literatur insb. auch REID, *Practitioner's Guide*, 85-003.

²⁴⁵ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 150.

²⁴⁶ REID, *Practitioner's Guide*, 75-004 und 75-016.

²⁴⁷ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 161: «The obligation to protect the right to life under this provision [...], read in conjunction with the State's general duty under Article 1 [...] of the Convention, "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».

den vom EGMR zum Recht auf Leben entwickelten Grundsätzen zur Ausgestaltung des allgemeinen rechtlichen Rahmens für dessen Schutz übereinstimmen²⁴⁸.

Im Urteil *Tagayeva and others v. Russia* (vgl. dazu Ziff. II.2.3) verlangt der EGMR, dass «(...) laws and regulations on the use of force should be sufficiently detailed and should prescribe, *inter alia*, the types of arms and ammunition permitted.»²⁴⁹

Die *Grand Chamber* hat bereits im Urteil *Nachova v. Bulgaria* in einer zu weitgehenden Regelung zum Schusswaffeneinsatz gemäss dem Reglement der bulgarischen Militärpolizei eine Verletzung des Rechts auf Leben erkannt: «The [...] relevant regulations on the use of firearms by the military police effectively permitted lethal force to be used when arresting a member of the armed forces for even the most minor offence. Not only were the regulations not published, they contained no clear safeguards to prevent the arbitrary deprivation of life. Under the regulations, it was lawful to shoot any fugitive who did not surrender immediately in response to an oral warning and the firing of a warning shot in the air [...]. [...] Such a legal framework is fundamentally deficient and falls well short of the level of protection «by law» of the right to life that is required by the Convention in present-day democratic societies in Europe [...].»²⁵⁰

Aus grundrechtlicher Sicht sind hinreichend detaillierte Regelungen zum Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel respektive deren Verwendung notwendig. Umstritten ist, ob auch allfällige (direkte) *Eingriffe* in das Recht auf Leben – etwa beim «finalen Rettungsschuss» – positiv-rechtlich geregelt werden müssen²⁵¹ (vgl. auch Ziff. IV.3.3.3 und V.4.6.3.a). Fraglich bleibt, inwiefern eine nationale Rechtsprechung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips als Schranke im Einzelfall allfällige Mängel des positiven Rechts zu kompensieren vermag²⁵².

²⁴⁸ SKINNER, *The core of McCann*, S. 70.

²⁴⁹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 593.

²⁵⁰ *Nachova v. Bulgaria* (GC), 43577/98 (2005), §§ 99 ff. (Zitat §§ 99 f.).

²⁵¹ Vgl. mit Bezug auf die Diskussion in der Schweiz MELZER, *Targeted Killing*, S. 19 f.

²⁵² Vgl. dazu *Nachova v. Bulgaria* (GC), 43577/98 (2005), § 101 (m.H. auf §§ 50 ff. und 64).

Der EGMR unterscheidet richtigerweise nicht danach, welche staatlichen Stellen zu ihrer Aufgabenerfüllung Zwangsmittel einsetzen dürfen. Dies wird besonders dann relevant, wenn neben Polizeikräften etwa Einheiten von Streitkräften zum Einsatz kommen. Alle staatlichen Sicherheitskräfte müssen unbenommen ihrer jeweiligen Rechtsgrundlagen die konventionsrechtlichen Massstäbe zum Einsatz von Zwangsmitteln erfüllen.

«Article 2 [...], read as a whole, demonstrates that paragraph 2 [...] does not primarily define instances where it is permitted intentionally to kill an individual, but describes the situations where it is permitted to «use force» which may result, as an unintended outcome, in the deprivation of life. The use of force, however, must be no more than «absolutely necessary» for the achievement of one of the purposes set out in sub-paragraphs (a), (b) or (c)»²⁵³.

2.3.3. Internationale Standards als Vergleichswerte

Die Notwendigkeit zum Erlass präziser gesetzlicher Regelungen kann (und wird wohl meist) als Anforderung an die Zwangsausübung bereits den nationalen Rechtsordnungen entspringen. Der EGMR untersucht im Rahmen von Einzelfällen jeweils nur die Rechtslage im entsprechenden Konventionsstaat²⁵⁴. Er nimmt richtigerweise keine Vergleiche zwischen den nationalen Rechtsordnungen der Konventionsstaaten vor. Der Gerichtshof betont die praktische Bedeutung des rechtlichen Rahmens (*legal and administrative framework*) und weist dabei auch auf internationale Standards hin²⁵⁵ (vgl. auch Ziff. IV.1.4.2). Letztere dienen als (grober) Vergleichsmaßstab.

²⁵³ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 148.

²⁵⁴ Noch sehr zurückhaltend *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 153; vgl. nun aber etwa *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 154 und 208 sowie *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 162 f. und 228 oder *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 592 ff.

²⁵⁵ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 59 (m.H. auf die United Nations Force and Fire Arms Principles).

Die *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials* der United Nations (*UN Basic Principles*)²⁵⁶ sollen die Staaten dabei unterstützen, Regelwerke über den Einsatz staatlicher Gewalt zu erlassen und zu überprüfen.

*The basic principles (...), which have been formulated to assist Member States in their task of ensuring and promoting the proper role of law enforcement officials, should be taken into account and respected by Governments within the framework of their national legislation and practice, and be brought to the attention of law enforcement officials as well as other persons, such as judges, prosecutors, lawyers, members of the executive branch and the legislature, and the public.*²⁵⁷

Sie nehmen im Ingress Bezug auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte²⁵⁸ und den UNO-Pakt II²⁵⁹. Ihr Hauptaugenmerk liegt auf dem Gebrauch von (Schuss-)Waffen. Die *UN Basic Principles* werden vom EGMR gelegentlich unter dem Titel «international law» erwähnt. Ihre konkrete Bedeutung für die einzelnen Urteile erschliesst sich nicht ohne Weiteres.

In *McCann and others v. The United Kingdom* (1995) werden sie unter dem Titel «United Nations Instruments» erwähnt²⁶⁰. Die *Grand Chamber* geht in ihrem Urteil aber nicht mehr näher darauf ein.

In *Makaratzis v. Greece* (2004) erwähnt die *Grand Chamber* sie unter dem Titel «Relevant International Law and Practice» und zieht sie als Beispiel für Regelungen des Einsatzes von Schusswaffen durch staatliche Sicherheitskräfte heran²⁶¹.

²⁵⁶ Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990.

²⁵⁷ Präambel der UN-Basic Principles (in fine).

²⁵⁸ Allgemeine Erklärung der Menschenrechte durch die Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948.

²⁵⁹ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966.

²⁶⁰ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), §§ 138 ff.; die Beschwerdeführenden hatten die UN Basic Principles im Zusammenhang mit der Untersuchungspflicht des Staates angerufen (§§ 158 f.)

²⁶¹ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), §§ 28 ff. und 59.

In *Nachova v. Bulgaria* (2005) erwähnt die *Grand Chamber* sie ebenfalls unter dem Titel «Relevant International Law and Practice» und weist darauf hin, dass die einschlägigen internationalen Normen bei der Auslegung von Art. 2 EMKR beizuziehen seien²⁶².

In *Finogenov and others v. Russia* (2011) folgt der EGMR (First Section) dieser Einordnung²⁶³ und zieht die *UN Basic Principles* als Beispiele zur Unterscheidung zwischen letalen und non-letalen Waffen sowie zur Beurteilung des «regulatory framework» heran²⁶⁴.

In *Giuliani and Gaggio v. Italy* (2011) weist die *Grand Chamber* auf die *UN Firearms Principles* hin²⁶⁵.

Im Urteil *Tagayeva v. Russia* (2017) werden die *UN Basic Principles* vom EGMR (First Section) dann wieder als «Relevant International Law and Practice» bezeichnet²⁶⁶ und in der Folge zur Beurteilung des geforderten Detaillierungsgrads zum Einsatz von Waffen und Munition herangezogen²⁶⁷.

Nach hier vertretener Ansicht können die *UN Basic Principles* nicht zu (völkerrechtlich) verbindlichen Vorgaben oder Leitlinien für die rechtsdurchsetzenden Behörden der Konventionsstaaten erhoben werden²⁶⁸. Sie verankern aber einen internationalen Konsens zur Verwendung von Zwangsmitteln und geben eine Orientierungshilfe zum

²⁶² *Nachova v. Bulgaria* (GC), 43577/98 (2005), § 71 ff. und § 96 : «In addition to setting out the circumstances when deprivation of life may be justified, Article 2 implies a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place an appropriate legal and administrative framework defining the limited circumstances in which law enforcement officials may use force and firearms, in the light of the relevant international standards (see [...] the relevant provisions of the United Nations Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, [...]).» Vgl. dazu auch MELZER, Targeted Killing, S. 201.

²⁶³ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 162 f. («relevant international and comparative law»).

²⁶⁴ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 202 und 228.

²⁶⁵ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 154.

²⁶⁶ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 465 ff.

²⁶⁷ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 592.

²⁶⁸ In diesem Sinne auch CASEY-MASLEN/CONNOLLY, Police Use of Force under International Law, Cambridge 2017, S. 79 («soft law instruments»); relativierend SAX, Soldaten gegen Piraten,

Erlass entsprechender Normen in den nationalen Rechtsordnungen (die von Art. 2 EMRK verlangt werden)²⁶⁹. Allerdings ist (indirekt) zu berücksichtigen, dass die *UN Basic Principles* auch in die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 2 EMRK eingeflossen sind und in diesem Zusammenhang eine zunehmende Bedeutung als internationaler Massstab erlangt haben.

Als Reaktion auf die Terroranschläge vom 11. September 2001 in den U.S.A. hat der Europarat im Jahr 2002 die *Guidelines on human rights and the fight against terrorism* beschlossen. Sie betonen die «obligation to take the measures needed to protect the fundamental rights of everyone within their jurisdiction against terrorist acts, especially the right to life» als eine «positive obligation»²⁷⁰. Die *Guidelines* sollen den Konventionsstaaten unterstützend aufzeigen, wie die verstärkte Bekämpfung terroristischer Aktivitäten mit der Einhaltung der Konventionsgarantien vereinbart werden kann²⁷¹. Ihnen liegen die EMRK sowie Urteile des EGMR und als weitere Quellen des UNO-Pakts II sowie Beobachtungen des UNO-Menschenrechtsrates²⁷² zu Grunde. Die als Vorschlag gedachten *Guidelines* sind nicht unmittelbar anwendbar (vgl. weiterführend Ziff. IV.1.3.1).

Überdies kann – je nach konkreter Situation – Humanitäres Völkerrecht Geltung beanspruchen. Einschlägig sind insbesondere das dritte und vierte Genfer Abkommen²⁷³ (GA III und GA IV; vgl. Ziff. III.4).

2.3.4. Exkurs: Non refoulement

Die negative Verpflichtung steht unseres Erachtens in einem Bezug zum als *ius cogens* anerkannten Gebot des *non refoulement*. Die Fälle von Ausweisungen von Menschen in Länder, wo ihnen Verfolgung oder die Todesstrafe drohen, behandelt der EGMR so-

S. 91; anders wohl MELZER, *Targeted Killing*, S. 200 f., welcher aufgrund des Titels von einer Bindungswirkung im Fall *Nachova v. Bulgaria* (vgl. Anm. 262) ausgeht.

²⁶⁹ Vgl. weiterführend MELZER, *Targeted Killing*, S. 200 (m.w.H.).

²⁷⁰ *Council of Europe*, *Guidelines on human rights and the fight against terrorism adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804th meeting of the Ministers' Deputies*, Art. I.

²⁷¹ *Council of Europe*, *Guidelines on human rights and the fight against terrorism, preface* (S. 5).

²⁷² *Council of Europe*, *Guidelines on human rights and the fight against terrorism, Erläuterungen*, S. 16.

²⁷³ Vgl. *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), §§ 33 ff.

wohl unter Art. 2 als auch Art. 3 EMRK. Dabei steht die Auseinandersetzung mit dem Folterverbot (Art. 3 EMRK) im Vordergrund²⁷⁴.

2.3.5. Exkurs: Grundrechtliche Kerngehalte

In den nationalen Rechtsordnungen bildet das Recht auf Leben – verstanden als Tötungsverbot – teilweise einen grundrechtlichen *Kerngehalt*. Kerngehalte der Grundrechte sind absolut geschützt, dürfen also überhaupt nicht eingeschränkt werden²⁷⁵.

In Lehre und Rechtsprechung wird dies so interpretiert, dass die Tötung eines Menschen nicht direkt beabsichtigt werden darf. Entsprechend werden Regeln etwa zum Schusswaffeneinsatz oder selbst der «finale Rettungsschuss» zur Abwehr schwerwiegendster Gefahren gleichwohl als zulässig erachtet (vgl. Ziff. V.4.6.3).

Aus praktischer Sicht ergibt sich kein wesentlicher Unterschied daraus, ob in einem Konventionsstaat verfassungsrechtlich ein «absoluter» Schutz des Rechts auf Leben verankert ist – oder ob Eingriffe gemäss Art. 2 (Abs. 2) EMRK möglich sind, aber einer strengen Verhältnismässigkeitsprüfung unterliegen.

2.4. PROZEDURALE VERPFLICHTUNG

Nach Art. 2 EMRK ist jeder Konventionsstaat verpflichtet, geeignete Massnahmen zum Schutze des Lebens von Menschen innerhalb seiner rechtlichen Zuständigkeit (Herrschaftsgewalt) zu ergreifen²⁷⁶ (vgl. Ziff. III.2.2.2). In Verbindung mit dem Grundsatz der Achtung der Menschenrechte (Art. 1 EMRK) hat der EGMR aus dem Grundrecht

²⁷⁴ Aus jüngerer Zeit *F.G. v. Sweden* (GC), 43611/11 (2016), §§ 111 ff. (zur Abschiebung eines während seines Asylverfahrens zum Christentum konvertierten Flüchtlings nach Iran); *A.L. (X.W.) v. Russia*, 44095/14 (2016), § 66 (mögliche Todesstrafe in China); *Al Nashiri v. Poland*, 28761/11 (2015), § 576; *L.M. and others v. Russia*, 40081/14 et al. (2016), §§ 108 ff. (Abschiebung zweier Syrer nach Damaskus und Aleppo). Vgl. dazu insb. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 227 f.

²⁷⁵ Art. 10 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 oder Art. 2 Abs. 2 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949.

²⁷⁶ To «take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction»; so etwa in *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015), § 171.

auf Leben den eigenständigen Gehalt einer Untersuchungspflicht (*duty to investigate*) abgeleitet²⁷⁷.

«The lack of an effective investigation itself is the heart of the alleged violation. It has its own distinct scope of application which can operate independently from the substantive limb of Article 2, which is concerned with State responsibility for any unlawful death or life-threatening disappearance [...].»²⁷⁸

Sie entspricht einer positiven Verpflichtung mit prozeduraler Ausrichtung²⁷⁹. Bei einer Zwangsanwendung mit potentiell tödlichen Folgen steht die Untersuchungspflicht in engem Bezug zur negativen Verpflichtung, wonach staatliche Organe von einer rechtswidrigen, nicht absolut notwendigen Anwendung von Gewalt abzusehen haben.

Die im Urteil *McCann and others v. The United Kingdom* von der *Grand Chamber* angeführte Begründung für die Untersuchungspflicht beim Einsatz letaler Zwangsmittel durch staatliche Akteure findet gemäss konstanter Rechtsprechung des EGMR auch auf weitere Bereiche staatlicher Verantwortung Anwendung (vgl. Ziff. VI.4): «The obligation to protect the right to life [...], read in conjunction with the State's general duty under Article 1 [...] 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 [...]»²⁸⁰ or «when individuals have disappeared, allegedly having been killed, in dubious circumstances. [...] The nature and degree of scrutiny which satisfies

²⁷⁷ Vgl. aus der Literatur HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (3th ed.), S. 204.

²⁷⁸ *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009), § 136; ähnlich *Janowiec and others v. Russia* (GC), 55508/07 und 29520/09 (2013), § 142.

Etwas zurückhaltender unserer Ansicht nach *Šilih v. Slovenia* (GC), 71463/01 (2009), § 159: The «procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a separate and autonomous duty. Although it is triggered by the acts concerning the substantive aspects of Article 2 it can give rise to a finding of a separate and independent «interference» [...]. In this sense it can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 capable of binding the State even when the death took place before the critical date.»

²⁷⁹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 469; *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 268.

²⁸⁰ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 161; sowie ganz ähnlich etwa in *Kaya and others v. Turkey*, 4451/02 (2006), § 33.

the minimum threshold of an investigation's effectiveness depends on the circumstances of each particular case. It must be assessed on the basis of all relevant facts and with regard to the practical realities of investigation work»²⁸¹.

2.4.1. Allgemeines zur Untersuchungspflicht

Die Untersuchungspflicht verlangt allgemein, die Umstände von gewaltsamen sowie unnatürlichen Todesfällen zu untersuchen²⁸². Dem Zweck von Art. 2 EMRK entsprechend ist eine Todesfolge keine zwingende Voraussetzung für das Vorliegen der Untersuchungspflicht. Nach der Rechtsprechung des EGMR greift die Verpflichtung bereits dann, wenn Personen unter dubiosen Umständen verschwunden und *möglicherweise* zu Tode gekommen sind²⁸³ oder wenn sie *lebensbedrohliche Verletzungen* erlitten haben²⁸⁴. Die Ursachen dafür sind prima vista unerheblich.

Eine Untersuchung ist immer dann geboten, «when there is reason to believe that an individual has sustained life-threatening injuries in suspicious circumstances, even where the presumed perpetrator of the fatal attack is not a State agent [...]»²⁸⁵.

Die Untersuchungspflicht tritt ein, sobald ein Staat Kenntnis von möglichen Todesfällen erlangt. Es liegt dann an den zuständigen Stellen, die Untersuchungen aus eigenem Antrieb einzuleiten und voranzutreiben.

«The essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life [...]. [...] the authorities must act of their own motion, once the matter has come to their attention.»²⁸⁶

²⁸¹ *Kaya and others v. Turkey*, 4451/02 (2006), § 33.

²⁸² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (3th ed.), S. 214; REID, *Practitioner's Guide*, 85-003.

²⁸³ *Kaya and others v. Turkey*, 4451/02 (2006), § 35.

²⁸⁴ *Oyal v. Turkey*, 4864/05 (2010), § 52 (mit Bezug auf eine HIV-Infektion durch eine Bluttransfusion in einem Spital).

²⁸⁵ *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015), § 171.

²⁸⁶ *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 69; *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), § 69.

Die Untersuchungspflicht beinhaltet keine Erfolgspflicht (vgl. Ziff. III.2.4.2 und 2.4.4).

«There is no absolute right however to obtain a prosecution or conviction [...] and the fact that an investigation ends without concrete, or with only limited, results is not indicative of any failings as such. The obligation is of means only.»²⁸⁷

Der EGMR ist bei ungenügender Beibringung der Faken zuweilen bereit, den relevanten Sachverhalt selber zu erheben.

«In the absence of reliable findings of fact [...] by national courts, the [Court] has made its own factual determinations, sometimes [...] after time-consuming on-the-spot hearings of witnesses. In determining the facts, after early hesitations, the Court has been prepared to draw inferences from the lack of state cooperation in generally life-threatening situations when determining whether state involvement in killings that do not by any stretch of the imagination fall within the exceptions allowed by Article 2(2) has been proved beyond a reasonable doubt»²⁸⁸.

2.4.2. Art der Untersuchung

Die Konvention gibt keine allgemeingültigen Anforderungen an die Art und Weise einer rechtsgenügenden Untersuchung vor. Der EGMR ist in seiner Rechtsprechung zu Art. 2 EMRK bewusst offen geblieben.

«What form of investigation will achieve the purposes of Article 2 may vary depending on the circumstances.»²⁸⁹

²⁸⁷ *Brecknell v. The United Kingdom*, 32457/04 (2007), § 66.

²⁸⁸ Vgl. insb. auch REID, *Practitioner's Guide*, 85-003 sowie HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 236.

²⁸⁹ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 165; *Jaloud v. The Netherlands* (GC), 47708/08 (2014), § 165. Ganz ähnlich (ohne expliziten Hinweis auf Art. 2 EMRK) bereits *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), § 90; *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), § 105; *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001), § 94; *McShane v. The United Kingdom*, 43290/98 (2002), § 94; *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 69; *Finucane v. The United Kingdom*, 29178/95 (2003), § 67; *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 210; *Gongadze v. Ukraine*, 34056/02 (2005), § 175.

Die schärfste Art zur Erfüllung der Untersuchungspflicht ist nach (zutreffender) Ansicht des Gerichtshofs die Durchführung einer *strafrechtlichen* Untersuchung. Eine solche Untersuchung mündet in einen Prozess vor einem Strafgericht (vgl. auch die dann greifenden Leitlinien in Art. 6 EMRK).

«[A] criminal trial, with an adversarial procedure before an independent and impartial judge, must be regarded as furnishing the strongest safeguards of an effective procedure for the finding of facts and the attribution of criminal responsibility.»²⁹⁰

Indes gewährleistet die Konvention keinen Anspruch auf eine *strafrechtliche* Untersuchung gegenüber Privaten²⁹¹.

So explizit die *Grand Chamber* im Urteil *Calvelli and Ciglio v. Italy*. Ein Notfallpatient hat bei einer medizinischen Behandlung einen anaphylaktischen Schock erlitten und ist deswegen verstorben: «Even if the Convention does not as such guarantee a right to have criminal proceedings instituted against third parties, the Court has said many times that the effective judicial system required by Article 2 may, and under certain circumstances must, include recourse to the criminal law. However, if the infringement of the right to life or to personal integrity is not caused intentionally, the procedural obligation imposed by Article 2 to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case [...].»²⁹²

Eine gewisse Offenheit in der Art der Untersuchung besteht besonders dann, wenn der Tod eines Menschen nicht beabsichtigt gewesen ist²⁹³.

²⁹⁰ *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 134; *Brecknell v. The United Kingdom*, 32457/04 (2007), § 66; *Sylvia Hackett v. The United Kingdom* (AD), 34698/04 (2005). S. 5.

²⁹¹ *Šilih v. Slovenia* (GC), 71463/01 (2009), § 194; *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), § 51.

²⁹² *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), § 51; die Aussage findet sich allgemein auch bei *Šilih v. Slovenia* (GC), 71463/01 (2009), § 194.

²⁹³ *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), § 51; *Vo v. France* (GC), 53924/00 (2004), § 90; *Budayeva and others v. Russia*, 15339/02 (2008), § 139.

So stellte die *Grand Chamber* im Fall *Öneryildiz* (vgl. Ziff. III.2.2.2 mit Fn. 115 und 2.2.3) die «klassischen» – aber im Vergleich zueinander ganz unterschiedlichen – möglichen Verfahren nebeneinander, um den tödlichen Vorfall aufzuklären: If «[...] the infringement of the right to life or to physical integrity is not caused intentionally, the positive obligation to set up an «effective judicial system» does not necessarily require criminal proceedings to be brought in every case and may be satisfied if civil, administrative or even disciplinary remedies were available to the victims. [...]. [The] judicial system required by Article 2 must make provision for an independent and impartial official investigation procedure that satisfies certain minimum standards as to effectiveness and is capable of ensuring that criminal penalties are applied where lives are lost as a result of a dangerous activity if and to the extent that this is justified by the findings of the investigation [...]. In such cases, the competent authorities must act with exemplary diligence and promptness and must of their own motion initiate investigations capable of, firstly, ascertaining the circumstances in which the incident took place and any shortcomings in the operation of the regulatory system and, secondly, identifying the State officials or authorities involved in whatever capacity in the chain of events in issue. That said, the requirements of Article 2 go beyond the stage of the official investigation, where this has led to the institution of proceedings in the national courts: the proceedings as a whole, including the trial stage, must satisfy the requirements of the positive obligation to protect lives through the law.»²⁹⁴

Ist eine Untersuchungspflicht eingetreten, muss der Tod von Menschen innert *nützlicher Frist* untersucht werden (vgl. Ziff. VI.4.2.3).

Es kommt vor, dass ein Staat zur Aufklärung (etwa eines verstorbenen Patienten im Spital) verschiedene Verfahren ins Werk setzt, aber keines davon innert angemessener Frist abgeschlossen werden kann. Wenn es überhaupt nicht gelingt, der prozeduralen Verpflichtung nachzukommen, besteht darin (auch wenn gerade keine Erfolgspflicht besteht) eine Verletzung der EMRK: «[...] it is for the State to organise its judicial system in such a way as to enable

²⁹⁴ *Öneryildiz v. Turkey* (GC), 48939/99 (2004), §§ 92 ff.

its courts to comply with the requirements of the Convention, including those enshrined in the procedural obligation of Article 2 [...].»²⁹⁵

Das gilt zum Beispiel auch bei Todesfällen, welche unmittelbar auf die Realisierung einer Naturgefahr (etwa eines Erdbebens) zurückzuführen sind. So ging es im Urteil *M. Özel and others v. Turkey* mittelbar darum zu prüfen, ob die Bauvorschriften adäquat gewesen und eingehalten worden sind: «Even in the presence of obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities is vital in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law [...]. [... The] length of the proceedings at issue breaches the requirement of a prompt examination of the case, without any unnecessary delays. The criminal proceedings were conducted in such a way that only two of the accused were finally declared responsible for the events, the other three having benefited from the statute of limitation.»²⁹⁶

2.4.3. Besonderheiten der Art der Untersuchung im Bereich des Gesundheitswesens

Eine gewisse Offenheit bezüglich der Art der Untersuchung zeigt der EGMR insbesondere bei Todesfällen im Gesundheitswesen. Er verlangt von den Staaten allgemein die Etablierung eines «effective independent judicial system to be set up so that the cause of death of patients in the care of the medical profession, whether in the public or the private sector, can be determined and those responsible made accountable»²⁹⁷.

Insofern lässt die Rechtsprechung es je nach Fallkonstellation gelten, einzig einen Anspruch auf Schadenersatz vorzusehen. Dies kommt in Frage, wenn die Ursachen für einen Todesfall auf blosse Fahrlässigkeit zurückzuführen sind. Soweit die Verantwortlichkeiten in einem zivilen Verfahren geklärt werden können, kommt der Staat seiner Untersuchungspflicht nach.

²⁹⁵ *Šilih v. Slovenia* (GC), 71463/01 (2009), § 210; vgl. weiterführend REID, Practitioner's Guide, 85-006.

²⁹⁶ *M. Özel and others v. Turkey*, 14350/05 et al. (2016), § 197.

²⁹⁷ *Oyal v. Turkey*, 4864/05 (2010), § 54; *Šilih v. Slovenia* (GC), 71463/01 (2009), § 192; *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), § 49.

Im Fall *Calvelli and Ciglio v. Italy* stand der Tod eines Neugeborenen in Frage, «suffering from serious respiratory and neurological post-asphyxia syndrome induced by the position in which it had become lodged during delivery»²⁹⁸. Die *Grand Chamber* hat in ihrem Urteil grundsätzliche Erwägungen aufgestellt: «In the specific sphere of medical negligence the obligation may for instance also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any liability of the doctors concerned to be established and any appropriate civil redress, such as an order for damages and for the publication of the decision, to be obtained. Disciplinary measures may also be envisaged.»²⁹⁹ Die *Grand Chamber* weist zwar darauf hin, dass eine strafrechtliche Untersuchung im Grundsatz möglich gewesen wäre. Die Beschwerdeführenden würden aber nicht behaupten, dass der Tod ihres Kindes beabsichtigt gewesen sei³⁰⁰. Zudem sei eine zivilrechtliche Einigung erzielt worden³⁰¹.

Die *Grand Chamber* weist ausserdem darauf hin, dass in Fällen medizinischen Fehlverhaltens die Annahme von Kompensationen grundsätzlich zum Verlust des Opferstatus führt: «[...] where a relative of a deceased person accepts compensation in settlement of a civil claim based on medical negligence he or she is in principle no longer able to claim to be a victim.»³⁰²

2.4.4. Tiefe der Untersuchung

Die Umstände eines Todes oder einer Lebensgefährdung können einen Einfluss auf die Tiefe (*effectiveness*) einer Untersuchung zeitigen.

«The nature and degree of scrutiny which satisfies the minimum threshold of an investigation's effectiveness depends on the circumstances of each particular

²⁹⁸ *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), § 9.

²⁹⁹ *Šilih v. Slovenia* (GC), 71463/01 (2009), § 194; *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), § 51.

³⁰⁰ *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), § 51.

³⁰¹ *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), §§ 51 und 54.

³⁰² *Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 (2002), § 55.

case. It must be assessed on the basis of all relevant facts and with regard to the practical realities of investigation work.»³⁰³

Eine Untersuchung «should in principle be capable of leading to the establishment of the facts of the case and [...] to the identification and punishment of those responsible»³⁰⁴.

So haben die türkischen Behörden im Falle des getöteten Journalisten *Kemal Kılıç* (zum unterbliebenen Schutz des Opfers vgl. Ziff. III.2.2.5) zwar eine Untersuchung des Tatorts vorgenommen, Zeugen gesucht und eine ballistische Untersuchung eingeleitet. Später sind aber weitere Schritte zur Untersuchung unterblieben. Insbesondere sind die Zeugen nicht angehört worden. Ein Angehöriger der Hizbollah, mit dessen Waffe die tödlichen Schüsse abgegeben worden waren, wurde zwar festgenommen, aber eine direkte Tatbeteiligung konnte ihm nicht nachgewiesen werden. Die Frage, ob die Sicherheitskräfte selbst (sic!) an der Tötung von *Kılıç* beteiligt waren, wurde ausgeklammert. «Having regard [...] to the limited scope and short duration of the investigation in this case, the Court finds that the authorities have failed to carry out an effective investigation into the circumstances surrounding Kemal Kılıç's death. It concludes that there has in this respect been a violation of Article 2 of the Convention.»³⁰⁵

Ein behördliches Untätigbleiben ist damit ebenso unzulässig wie die Behinderung einer Untersuchung. Unseres Erachtens besteht über die vom EGMR aufgestellten Kriterien hinaus insbesondere eine Pflicht zur Beweissicherung bei Todesfällen – respektive bei Handlungen, welche zu lebensbedrohlichen Situationen geführt haben (vgl. Ziff. VI.4).

Die Untersuchung ist gefährdet, wenn eine Befangenheit der untersuchenden Beamten besteht. Eine Befangenheit kann auch in politischer Hinsicht vorliegen.

Im Fall *Dink v. Turkey* (vgl. auch Ziff. III.2.2.5) war der tödliche Anschlag von Ultranationalisten auf einen Journalisten zu beurteilen. Der EGMR verwies auf die ungenügende Unabhängigkeit der Untersuchungsbehörden. Er ver-

³⁰³ *Kaya and others v. Turkey*, 4451/02 (2006), § 35.

³⁰⁴ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 269.

³⁰⁵ *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), §§ 80 ff.; Zitat § 83.

misste zudem eine vertiefte Untersuchung des Verdachts, ob einer der involvierten Polizeioffiziere ebenfalls dem politischen Lager der Täterschaft (sic!) zuzurechnen war. Lorsqu'elles «[...] enquêtent sur des incidents violents, les autorités de l'Etat ont de surcroît l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour découvrir s'il existait une motivation raciste et pour établir si des sentiments de haine ou des préjugés fondés sur l'origine ethnique ont joué un rôle dans les événements. Certes, il est souvent extrêmement difficile dans la pratique de prouver une motivation raciste. L'obligation de l'Etat défendeur d'enquêter sur d'éventuelles connotations racistes dans un acte de violence est une obligation de moyens et non de résultat; les autorités doivent prendre les mesures raisonnables eu égard aux circonstances de la cause [...]»³⁰⁶ «La Cour constate en outre que les accusations dirigées contre les officiers de la gendarmerie de Trabzon et les fonctionnaires de la police d'Istanbul n'ont été instruites au fond que par d'autres fonctionnaires, tous faisant partie de l'exécutif [...], lesquels ne sont pas complètement indépendants des personnes impliquées dans les événements. Cette situation constitue en soi une faiblesse des enquêtes en cause.»³⁰⁷ «Par ailleurs, les soupçons selon lesquels l'un des chefs de la police aurait affiché ses opinions ultranationalistes et soutenu les agissements des accusés de l'assassinat ne paraissent pas avoir fait l'objet d'une enquête approfondie [...]. Or, les autorités de l'Etat auraient dû diligenter pareille enquête pour répondre à leur obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour prévenir les actes inspirés par des motifs de haine fondée sur l'origine ethnique [...]»³⁰⁸

Die zur Erfüllung der Untersuchungspflicht geltenden Massstäbe sind unseres Erachtens bei der Beurteilung *intendierter* Gefährdungen strenger.

Die positive Verpflichtung zum Schutz des Lebens «requires by implication that there should be some form of effective official investigation when indi-

³⁰⁶ *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), § 81.

³⁰⁷ *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), § 88.

³⁰⁸ *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), § 90.

viduals have been killed as a result of the use of force»³⁰⁹ an sich (also auch durch Dritte) oder «by the authorities»³¹⁰ respektive «agents of the State»³¹¹.

Zeichnet der Staat sogar direkt durch ein aktives Handeln für die Lebensgefährdung oder für den Tod von Menschen verantwortlich, so sind die Massstäbe an eine Aufklärung besonders streng (vgl. insb. Ziff. VI.4.2.4).

The «nature and degree of scrutiny which satisfy the minimum threshold of the investigation's effectiveness depend on the circumstances of the particular case. The nature and degree of scrutiny must be assessed on the basis of all relevant facts and with regard to the practical realities of investigation work [...]. Where a suspicious death has been inflicted at the hands of a State agent, particularly stringent scrutiny must be applied by the relevant domestic authorities to the ensuing investigation.»³¹²

Bei einer Anwendung physischer Zwangsmittel (*use of force*) werden besondere Anforderungen an die Unabhängigkeit der jeweiligen Untersuchungsbehörden gestellt.

«In an investigation into a death for which State agents or authorities are allegedly responsible, it is necessary for the persons responsible for the investigation to be independent from those implicated in the events. This means hierarchical or institutional independence and also practical independence.»³¹³

³⁰⁹ *Marguš v. Croatia* (GC), 4455/10 (2014), § 122; *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 67; *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 69; *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), § 78.

³¹⁰ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 73; *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 496; *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 268.

³¹¹ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 229; *Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 (2014), § 317; *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), § 62; *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 163; *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 298; *Cyprus v. Turkey* (GC), 25781/94 (2001), § 131; *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 161.

³¹² *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 234.

³¹³ *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), § 91; ähnlich *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 70.

Unter Umständen kann eine *strafrechtliche* Untersuchung zwingend geboten sein. Selbst dann steht für den EGMR aber die Art des Verfahrens im Vordergrund – und nicht etwa die Untersuchung der individuellen Verantwortlichkeit von Einzelpersonen (der EGMR ist kein Strafgericht)³¹⁴. Ein allfällig bestehender (zivilrechtlicher) Schadenersatzanspruch vermag im Falle eines Handelns staatlicher Akteure eine Untersuchung nicht zu ersetzen (vgl. Ziff. VI.4.5).

«The investigations required under Articles 2 and 13 of the Convention must be able to lead to the identification and punishment of those responsible.»³¹⁵

Aus dem Recht auf Leben folgt zudem, dass die staatlichen Behörden bei der Anwendung potenziell tödlicher physischer Zwangsmittel in jedem Fall von sich aus – also auch ohne eine Anzeige oder Beschwerde durch Dritte – zur Aufnahme der Untersuchung verpflichtet sind:

«However, whatever mode is employed, the authorities must act of their own motion once the matter has come to their attention. They cannot leave it to the initiative of the next-of-kin either to lodge a formal complaint or to take responsibility for the conduct of any investigative procedures.»³¹⁶

Nicht zuletzt die Offenheit bezüglich der verschiedenen möglichen Arten von Untersuchungen sowie unterschiedliche Anforderungen an die Tiefe einer Untersuchung je nach Fallkonstellation erschweren die Herausbildung einer «strikten» allgemeinen Dogmatik. Insbesondere die Wirksamkeit (*effectiveness*) einer Untersuchung kann stark von der Unabhängigkeit einer Untersuchungsbehörde und von deren Objektivität abhängen. Staatlichen Behörden obliegt es letztlich, selber mögliche Zusammenhänge abzuklären und Entwicklungen zu antizipieren.

³¹⁴ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 173.

³¹⁵ *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 121.

³¹⁶ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 165; *Jaloud v. The Netherlands* (GC), 47708/08 (2014), § 165. Ganz ähnlich (ohne expliziten Hinweis auf Art. 2 EMRK) bereits *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), § 105; *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001), § 94; *McShane v. The United Kingdom*, 43290/98 (2002), § 94; *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 69; *Finucane v. The United Kingdom*, 29178/95 (2003), § 67; *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 210; *Gongadze v. Ukraine*, 34056/02 (2005), § 175.

2.4.5. Verhältnis zur positiven und zur negativen Verpflichtung

Die prozedurale Verpflichtung aus Art. 2 EMRK besteht unabhängig davon, ob gleichzeitig auch eine Verletzung der positiven oder der negativen Verpflichtung angemahnt oder festgestellt wird.

So sah der EGMR im Falle des verschwundenen Journalisten *Hakkı Kaya* keine «substantive violation» von Artikel 2 EMRK hinsichtlich des Verschwindens an sich: The «[...] actual circumstances in which [Hakkı Kaya] disappeared remain a matter for speculation and supposition and that, accordingly, there is an insufficient evidentiary basis on which to conclude that Hakkı Kaya was, beyond reasonable doubt, abducted and subsequently killed by State agents as alleged by the applicants»³¹⁷. Der Gerichtshof erkannte gleichwohl einen Verstoß gegen Art. 2 EMRK, und zwar aufgrund einer ungenügenden Untersuchung der Umstände des Verschwindens von Hakkı Kaya³¹⁸: «The [...] obligation to protect the right to life under Article 2, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 [...], requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have disappeared, allegedly having been killed, in dubious circumstances. [...] The mere fact that the authorities were informed of an unexplained disappearance gives rise *ipso facto* to an obligation under Article 2 of the Convention to carry out an effective investigation into the matter. The nature and degree of scrutiny which satisfies the minimum threshold of an investigation's effectiveness depends on the circumstances of each particular case. It must be assessed on the basis of all relevant facts and with regard to the practical realities of investigation work»³¹⁹.

³¹⁷ *Kaya and others v. Turkey*, 4451/02 (2006), § 33.

³¹⁸ *Kaya and others v. Turkey*, 4451/02 (2006), §§ 35 ff.

³¹⁹ *Kaya and others v. Turkey*, 4451/02 (2006), § 33.

Besteht eine Untersuchungspflicht, ist zudem das Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK zu beachten (vgl. Ziff. VI.4.4). Eine Aufklärungspflicht besteht so- dann auch bei unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung nach Art. 3 EMRK³²⁰.

2.5. GELTUNGSBEREICH VON ART. 2 EMRK

Der Geltungsbereich der Konvention richtet sich nach Art. 1 EMRK. Daraus erschlies- sen sich auch die staatlichen Verpflichtungen nach Art. 2 EMRK in räumlicher und zeitlicher Hinsicht.

Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.

Zentraler Dreh- und Angelpunkt ist die Hoheitsgewalt (*jurisdiction*) der Konventions- staaten. Zur Auslesung dieses Begriffs verweist der Gerichtshof zuweilen auf die all- gemeine Auslegungsregel von Art. 31 der Wiener Konvention (insbesondere Abs. 1 und Abs. 3 Bst. c)³²¹:

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

Ausser dem Zusammenhang sind in gleicher Weise zu berücksichtigen (...) jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz.

2.5.1. Ausübung hoheitlicher Gewalt

Dem räumlichen Geltungsbereich der EMRK liegt das *Territorialitätsprinzip*³²² als Grundsatz zugrunde. Damit gelten die Konventionsgarantien in jedem Fall und primär innerhalb der Konventionsstaaten.

³²⁰ *Mikheyev v. Russia*, 77617/01 (2006), § 108.

³²¹ *Loizidou v. Turkey*, 15318/89 (1996), § 43; *Branković and others v. Belgium and others* (GC/AD), 52207/99 (2001), §§ 55 ff.; *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), §§ 100 ff.

³²² *Branković and others v. Belgium and others* (GC/AD), 52207/99 (2001), §§ 67 ff.; *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 131.

Auch die Verpflichtungen der Konventionsstaaten zum Schutz des Lebens zielen in räumlicher Dimension primär auf die jeweiligen Territorien – allerdings können sie unter Umständen auch weiter reichen. Anknüpfungspunkt einer weitergehenden Geltung bildet eine *tatsächliche Machtausübung* eines Konventionsstaats jenseits des eigenen Territoriums. Eine räumliche Ausweitung des Geltungsbereichs der Konvention ist nicht leichthin anzunehmen; verlangt wird die tatsächliche Ausübung der Kontrolle eines Konventionsstaats über ein bestimmtes «fremdes» Gebiet (weil er beispielsweise Sicherheitskräfte dorthin entsandt hat)³²³.

Die rechtliche Zuständigkeit eines Konventionsstaates kann sich im Einzelfall aber auch bei extra-territorialem *Gewahrsam* über Personen durch seine (eigenen) Behörden ergeben (darum erscheint die deutsche Übersetzung von *jurisdiction* als Herrschaftsgewalt in Art. 1 EMRK inzwischen etwas beengend). Eine staatliche Verantwortlichkeit hat dann keinen primär territorialen Anknüpfungspunkt (im Sinn einer räumlichen Ausdehnung der Herrschaftsgewalt des Konventionsstaats) und sollte im völkerrechtlich erlaubten Rahmen erfolgen.

a. Frühere Fälle zur räumlichen Geltung der Konvention

Mit dem räumlichen Geltungsbereich der Konventionsgarantien hat sich der Gerichtshof insbesondere in den Fällen *Loizidou v. Turkey* (Kammerurteil 1996) und *Branković and others v. Belgium and others* (Entscheid der *Grand Chamber* 2001) auseinandergesetzt. Der Gerichtshof betont den besonderen Charakter grundrechtlicher Garantien und ist bestrebt, diese im Einklang mit dem (allgemeinen) Völkerrecht zur Geltung zu bringen (was limitierend wirken kann).

³²³ So ist der EGMR auf den Fall des Todes des Irakers *Tarek Hassan* im Irak eingetreten und hat die Verantwortlichkeit der britischen Streitkräfte geprüft. *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), § 63: «(...) there is no evidence to suggest that Tarek Hassan was ill-treated while in detention, such as to give rise to an obligation on the respondent State under Article 3 to carry out an official investigation. Nor is there any evidence that the United Kingdom authorities were responsible in any way, directly or indirectly, for Tarek Hassan's death, which occurred some four months after he was released from Camp Bucca, in a distant part of the country not controlled by United Kingdom forces. In the absence of any evidence of the involvement of United Kingdom State agents in the death, or even of any evidence that the death occurred within territory controlled by the United Kingdom, no obligation to investigate under Article 2 can arise.»

The «[...] principles underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Court must [...] take into account any relevant rules of international law when examining questions concerning its jurisdiction and, consequently, determine State responsibility in conformity with the governing principles of international law, although it must remain mindful of the Convention's special character as a human rights treaty [...]. The Convention should be interpreted as far as possible in harmony with other principles of international law of which it forms part [...]»³²⁴

Bei *Loizidou v. Turkey* war der «continuous denial of access to [...] property in northern Cyprus and the ensuing loss of all control over it»³²⁵ zu beurteilen (Article 1 of Protocol No. 1). Relevant war in diesem Fall das Verhalten der «Turkish Republic of Northern Cyprus» (TRNC) gegenüber der Beschwerdeführerin. Die TRNC war nach der türkischen Invasion im Norden Zyperns im Jahr 1974 entstanden – sie wurde einzig von der Türkei als Staat anerkannt. Sowohl die Türkei (Ratifikation am 18. Mai 1954) als auch die Republik Zypern (Ratifikation am 6. Oktober 1962) sind Konventionsstaaten (der international nicht anerkannten TRNC wäre ein Beitritt gar nicht möglich gewesen). Der EGMR rechnete das Verhalten der TRNC gegenüber der Beschwerdeführerin der Türkei zu³²⁶. Massstab dafür war die tatsächliche Machtausübung türkischer Sicherheitskräfte in der TRNC in grundsätzlicher Art und Weise.

«It is not necessary to determine whether [...] Turkey actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities of the <TRNC>. It is obvious from the large number of troops engaged in active duties in northern Cyprus [...] that her army exercises effective overall control over that part of the island. Such control, according to the relevant test and in the circumstances of the case, entails her responsibility for the policies and actions of the <TRNC> [...]. Those affected by such policies or actions therefore come within the <jurisdiction> of Turkey for the purposes of Article 1 of the Convention [...].

³²⁴ *Branković and others v. Belgium and others* (GC/AD), 52207/99 (2001), § 57. Ähnlich bereits *Loizidou v. Turkey*, 15318/89 (1996), § 43.

³²⁵ *Loizidou v. Turkey*, 15318/89 (1996), § 48.

³²⁶ *Loizidou v. Turkey*, 15318/89 (1996), § 57. Innerhalb des Spruchkörpers war der Fall allerdings umstritten; das Urteil wird begleitet von einer *concurring opinion* und fünf *dissenting opinions*.

Her obligation to secure to the applicant the rights and freedoms set out in the Convention therefore extends to the northern part of Cyprus.»³²⁷

Hingegen trat die *Grand Chamber* fünf Jahre später auf den Fall *Branković and others v. Belgium and others* nicht ein. Im Entscheid sprach der Gerichtshof der EMRK einen «universellen» Charakter ab und verlangte für das Bestehen einer (extra-territorialen) staatlichen Verantwortlichkeit (*jurisdiction*) mehr als eine natürliche Kausalität zwischen staatlichem Handeln und allfälligen (letztlich Reflex-) Schädigungen.

Während des Kosovo-Konflikts führten NATO-Staaten eine militärische Operation ausserhalb eines Bündnisfalls durch (Operation Allied Force). Dabei wurden Luftangriffe auch gegen das serbische Kernland geführt. Bei dem nächtlichen Raketenbeschuss der Radio Televizije Srbije in Belgrad vom 23. April 1999 fanden 16 Personen den Tod, weitere 16 Personen wurden schwer verletzt³²⁸. Die von der Beschwerde betroffenen NATO-Staaten argumentierten damit, dass Art. 1 EMRK keine «cause-and-effect» notion of jurisdiction» vorsehen würde. Die *Grand Chamber* lehnte eine Ausdehnung des Geltungsbereichs der Konvention in dem Sinne ab, dass «anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention. [...] The wording of Article 1 does not provide any support for the applicants' suggestion that the positive obligation in Article 1 to secure <the rights and freedoms defined in Section I of this Convention> can be divided and tailored in accordance with the particular circumstances of the extra-territorial act in question and, it considers its view in this respect supported by the text of Article 19 of the Convention. [...] Had the drafters of the Convention wished to ensure jurisdiction as extensive as that advocated by the applicants, they could have adopted a text the same as or similar to the contemporaneous Articles 1 of the four Geneva Conventions of 1949 [...]. Furthermore, the applicants' notion of jurisdiction equates the determination of whether an individual falls within the jurisdiction of a Con-

³²⁷ *Loizidou v. Turkey*, 15318/89 (1996), § 56.

³²⁸ *Branković and others v. Belgium and others* (GC/AD), 52207/99 (2001), §§ 9 – 11.

tracting State with the question of whether that person can be considered to be a victim of a violation of rights guaranteed by the Convention. These are separate and distinct admissibility conditions, each of which has to be satisfied in the afore-mentioned order, before an individual can invoke the Convention provisions against a Contracting State»³²⁹. Schliesslich war die *Grand Chamber* nicht «persuaded that there was any jurisdictional link between the persons who were victims of the act complained of and the respondent States. Accordingly, it is not satisfied that the applicants and their deceased relatives were capable of coming within the jurisdiction of the respondent States on account of the extra-territorial act in question.»³³⁰

Eine extra-territoriale Verantwortlichkeit eines Konventionsstaats besteht nur ausnahmsweise³³¹ – damit ist sie aber auch nicht völlig ausgeschlossen. Die *Grand Chamber* ging auf die möglichen – unseres Erachtens minimalen – Ausnahmen ein³³², welche mit allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen im Einklang stehen (*obiter dictum*).

«Additionally, [...] other recognised instances of the extra-territorial exercise of jurisdiction by a State include cases involving the activities of its diplomatic or consular agents abroad and on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State. In these specific situations, customary international law and treaty provisions have recognised the extra-territorial exercise of jurisdiction by the relevant State.»³³³

Auch im Urteil *Issa and others v. Turkey* blieb der EGMR zurückhaltend. Im Zentrum stand der unaufgeklärte Tod von Schafhirten während einer sechswöchigen türkischen Militäroperation im Nordirak³³⁴. Die Ausübung einer tatsächlichen Herrschaftsgewalt durch die Türkei in dieser Zeit wäre unseres Erachtens zwar durchaus möglich gewesen – der EGMR hat sie aber (wenig überzeugend) verneint, da nicht der gesamte Nordirak

³²⁹ *Branković and others v. Belgium and others* (GC/AD), 52207/99 (2001), § 75.

³³⁰ *Branković and others v. Belgium and others* (GC/AD), 52207/99 (2001), § 82.

³³¹ *Branković and others v. Belgium and others* (GC/AD), 52207/99 (2001), § 71.

³³² *Branković and others v. Belgium and others* (GC/AD), 52207/99 (2001), §§ 67 ff.

³³³ *Branković and others v. Belgium and others* (GC/AD), 52207/99 (2001), § 73.

³³⁴ *Issa and others v. Turkey*, 31821/96 (2004), §§ 15 ff.

(sic!) von der Türkei besetzt worden sei und da die Türkei keine umfassende Kontrolle (*overall control*) ausgeübt habe. Das Gericht machte daraus eine Beweisfrage und trat in seinem Urteil (sic!) nicht auf die Sachfragen ein.

«The Court does not exclude the possibility that, as a consequence of this military action, the respondent State could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq. Accordingly, if there is a sufficient factual basis for holding that, at the relevant time, the victims were within that specific area, it would follow logically that they were within the jurisdiction of Turkey [...]. However, notwithstanding the large number of troops involved in the aforementioned military operations, it does not appear that Turkey exercised effective overall control of the entire area of northern Iraq. This situation is therefore in contrast to the one which obtained in northern Cyprus in the *Loizidou v. Turkey* and *Cyprus v. Turkey* cases [...].»³³⁵

Dies führt dazu, dass es in anderen als den offensichtlichen Fällen den Beschwerdeführenden obliegt, eine tatsächliche Kontrolle – und damit die Ausübung einer tatsächlichen Herrschaftsgewalt – eines Staates über ein (völkerrechtlich fremdes) Territorien nachzuweisen.

«On the basis of all the material in its possession, the Court considers that it has not been established to the required standard of proof that the Turkish armed forces conducted operations in the area in question, and, more precisely, in the hills above the village of Azadi where, according to the applicants' statements, the victims were at that time.»³³⁶

Gelingt es, die entsprechenden Beweise zu erbringen, ist der EGMR offenbar bei der Anwendung potenziell letaler Zwangsmittel geneigt, auf extra-territorial gelagerte Fälle einzutreten.

Indes überzeugt es nicht, wenn der Gerichtshof für die fragliche Situation unabhängige Augenzeugen verlangt oder von den Beschwerdeführern erwartet,

³³⁵ *Issa and others v. Turkey*, 31821/96 (2004), § 81.

³³⁶ *Issa and others v. Turkey*, 31821/96 (2004), §§ 74 f.

dass sie die Identität der in die fraglichen Handlungen involvierten militärischen Einheiten benennen können. Selbst eine eingehende Beschreibung der Uniformen der beteiligten Soldaten (durch Zivilisten) kann unter Umständen schwierig sein³³⁷.

b. Gewahrsam über Personen

Der Entscheid *Sánchez Ramírez v. France* drehte sich um die Festnahme eines weltweit gesuchten Terroristen im Sudan. Französische Beamte hatten *Ilich Sánchez Ramírez* (bekannt als Carlos der Schakal) in Karthoum festgenommen und unverzüglich nach Frankreich verbracht³³⁸. Die Kommission trat auf den Fall *ratione personae* nicht ein. Sie betonte damit im Grundsatz die völkerrechtliche Souveränität des Sudans, welcher ja kein Konventionsstaat ist. Sie stellte aber fest, dass sich Carlos nach der Festnahme unter französischem Gewahrsam befand – und dass insofern die EMRK anwendbar ist. Weil die Gewahrsamsausübung in einem französischen (Militär-)Flugzeug stattfand – und damit das Flaggenstaatsprinzip zur Anwendung kam – war diese Argumentation von vorneherein «völkerrechtsverträglich».

«The Commission recalls [...] that in so far as the application concerns the circumstances in which the applicant was allegedly deprived of his liberty in Sudan, it is outwith the jurisdiction of the Commission, *ratione personae*, since the European Convention on Human Rights does not bind that State, and would, therefore, have to be rejected as being incompatible with the provisions of the Convention. According to the applicant, he was taken into the custody of French police officers and deprived of his liberty in a French military airplane. [... From] the time of being handed over to those officers, the applicant was effectively under the authority, and therefore the jurisdiction, of France, even if this authority was [...] being exercised abroad [...]. It does not appear [...] that any cooperation which occurred in this case between the Sudanese and French authorities involved any factor which could raise problems from the

³³⁷ *Issa and others v. Turkey*, 31821/96 (2004), § 77.

³³⁸ *Sánchez Ramírez v. France* (AD), 28780/95 (1996), D.R. n° 86-B, S. 156.

point of view of Article 5 of the Convention, particularly in the field of the fight against terrorism, which frequently necessitates cooperation between States.»³³⁹

Mit einer ähnlichen Fragestellung setzte sich die *Grand Chamber* knapp 10 Jahre später im Urteil *Öcalan v. Turkey* auseinander (wenn dort auch nur am Rande). Der Vorsitzende der kurdischen Arbeiterpartei PKK, *Abdullah Öcalan*, war am 15. Februar 1999 von türkischen Beamten in Kenia festgenommen worden³⁴⁰. In ihrem Urteil unterstrich die *Grand Chamber* den Bezug zwischen der extra-territorialen Ausübung staatlicher Gewalt (Festnahme) und der Wahrung der völkerrechtlich garantierten Souveränität Kenias.

«Irrespective of whether the arrest amounts to a violation of the law of the State in which the fugitive has taken refuge – a question that only falls to be examined by the Court if the host State is a party to the Convention – the Court requires proof in the form of concordant inferences that the authorities of the State to which the applicant has been transferred have acted extra-territorially in a manner that is inconsistent with the sovereignty of the host State and therefore contrary to international law [...]. Only then will the burden of proving that the sovereignty of the host State and international law have been complied with shift to the respondent Government. However, the applicant is not required to adduce proof ›beyond all reasonable doubt‹ on this point, as was suggested by the Chamber.

The [...] applicant was arrested by members of the Turkish security forces inside an aircraft registered in Turkey in the international zone of Nairobi Airport. It is common ground that, directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was effectively under Turkish authority and therefore within the ›jurisdiction‹ of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory.»³⁴¹

³³⁹ *Sánchez Ramirez v. France* (AD), 28780/95 (1996), D.R. n° 86-B, S. 161 f.

³⁴⁰ *Öcalan v. Turkey* (GC), 46221/99 (2005), § 17.

³⁴¹ *Öcalan v. Turkey* (GC), 46221/99 (2005), §§ 90 f.

Allerdings überzeugt das Argument des Einklangs der Gewahrsamnahme Öcalans mit dem Völkerrecht – also ohne Souveränitätsverletzung Kenias – nur vordergründig. Bei einer Gewahrsamnahme Öcalans ohne ein Wissen der kenianischen Behörden oder gegen deren ausdrücklichen Protest wäre aus grundrechtlicher Sicht gleichwohl staatliche Herrschaftsgewalt (*jurisdiction*) ausgeübt worden – sie wäre aber völkerrechtswidrig gewesen. Mit anderen Worten steht die «völkerrechtliche Souveränität» eines Nicht-Konventionsstaats der Ausübung von Herrschaftsgewalt (im grundrechtlichen Sinne) durch einen Konventionsstaat nicht *per se* entgegen. Gegenstand rechtlicher Beurteilung kann hingegen sein, welchen Behörden (welchen Staates) welches Verhalten zuzurechnen ist. Unseres Erachtens fällt die Gewahrsamnahme von Personen durch die Behörden eines Konventionsstaats stets unter dessen konventionsrechtliche Verantwortlichkeit (im Sinne der *jurisdiction*).

c. Jüngere Fälle zur räumlichen Geltung der Konvention

Die aktuellen Urteile der *Grand Chamber* zur extra-territorialen Geltung von Konventionsgarantien betreffen die Ausübung hoheitlicher Gewalt durch europäische Streitkräfte im Irak im Nachgang zum Dritten Golfkrieg. Nach Vorfällen seit dem Frühling 2003 ergingen Beschwerden von irakischen Staatsbürgern vor europäischen Gerichten. Damit stellte sich die Frage, ob allfällige Verletzungen von Konventionsgarantien auch dann gerügt werden können, wenn sich die relevanten Sachverhalte ausserhalb der Territorien von Konventionsstaaten zugetragen haben – respektive, ob die Konventionsstaaten durch ihre Truppen im Irak dort eine Herrschaftsgewalt ausgeübt hatten, welche im Sinne von Art. 1 EMRK zurechenbar ist.

Die Möglichkeit einer Bindung der Staaten an internationale Grundrechtsgarantien auch in einem extra-territorialen Kontext wird im Völkerrecht zunehmend anerkannt³⁴². Der *International Court of Justice* «considers that the International Covenant on Civil and Political Rights is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory»³⁴³.

³⁴² Vgl. weiterführend LESH, *Conduct of hostilities*, S. 101 f.

³⁴³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, § 111.

Die *Grand Chamber* hat den ausnahmsweisen extra-territorialen Geltungsbereich insbesondere bei der Ausübung von physischem Zwang mit drei Urteilen aus dem Jahr 2014 erweitert.

Im Urteil *Al-Skeini v. The United Kingdom* waren verschiedene Todesfälle irakischer Zivilisten unter der Beteiligung britischer Soldaten im Irak zu beurteilen. Die *Grand Chamber* nahm Bezug auf die frühere Rechtsprechung des Gerichtshofs zur extra-territorialen Anwendung der EMRK. Im Ergebnis anerkannte sie die *Möglichkeit* einer Ausweitung der aus Art. 2 EMRK fließenden Untersuchungspflicht auf militärische Operationen von Konventionsstaaten im Ausland³⁴⁴.

Mit Hinweis unter anderem auf *Loizidou v. Turkey* wies die *Grand Chamber* darauf hin, dass «as an exception to the principle of territoriality, a Contracting State's jurisdiction under Article 1 may extend to acts of its authorities which produce effects outside its own territory»³⁴⁵. «[...] The] Court has recognised the exercise of extraterritorial jurisdiction by a Contracting State when, through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, it exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government [...]. Thus where, in accordance with custom, treaty or other agreement, authorities of the Contracting State carry out executive or judicial functions on the territory of another State, the Contracting State may be responsible for breaches of the Convention thereby incurred, as long as the acts in question are attributable to it rather than to the territorial State»³⁴⁶.

Die *Grand Chamber* scheint bei der faktuell zu beurteilenden Frage der «effective control» über ein Gebiet etwas offener gegenüber zu stehen als die Second Section 10 Jahre zuvor noch in *Issa and others v. Turkey* (vgl. oben, a): «It is a question of fact whether a Contracting State exercises effective control over an area outside its own territory. In determining whether effective control exists, the Court will primarily have reference to the strength of the State's military presence in the area [...]. Other indicators may also be relevant, such as the

³⁴⁴ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), §§ 161 ff. i.V.m. §§ 34 ff.

³⁴⁵ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 133.

³⁴⁶ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 135.

extent to which its military, economic and political support for the local subordinate administration provides it with influence and control over the region»³⁴⁷.

Für das Entstehen der Untersuchungspflicht war für die *Grand Chamber* der Umstand der Ausübung von physischem Zwang durch Vertreter des Konventionsstaats entscheidend. «The obligation to protect the right to life under this provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 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 [...]. The essential purpose of such an investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws safeguarding the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility [...]»³⁴⁸.

Ähnlich gelagert war der Fall *Hassan v. The United Kingdom*. Darin ging es um das Schicksal eines von britischen Truppen im Irak festgenommenen Irakers. In ihrem Urteil trat die *Grand Chamber* zwar auf eine Prüfung der Verletzung von Art. 2 (und Art. 3) EMRK nicht ein. Sie setzte sich aber mit dem Geltungsbereich der Konvention auseinander. Auf die Beschwerde mit Bezug auf Art. 5 EMRK (Freiheitsentzug) trat der Gerichtshof ein, erkannte aber keine Verletzung.

Im April 2003 hatten britische Truppen die irakische Stadt Basra eingenommen. Anfang Mai 2003 wurden die grösseren Kampfhandlungen im Irak für beendet erklärt³⁴⁹. Der ranghohe Funktionär der irakischen Ba'ath Party, Khadim Resaan Hassan, stand auf der Fahndungsliste der intervenierenden Koalitionstruppen. An seiner Stelle verhafteten die britischen Truppen am 23. April 2003 seinen Bruder *Tarek Hassan*³⁵⁰. Wenig später übernahmen

³⁴⁷ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 139.

³⁴⁸ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 163. Bestätigt in *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), § 62.

³⁴⁹ *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), § 9.

³⁵⁰ *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), §§ 10 ff.

U.S.-amerikanische Truppen die Kontrolle über das Gefangenenlager (Camp Bucca). Am 1. September 2003 wurde Tarek Hassan gefunden «with eight bullet wounds from an AK-47 machine gun in his chest. [...]. The identity tag found in his pocket was that issued to him by the United States authorities at Camp Bucca. A death certificate was issued by the Iraqi authorities [...], giving the date of death as 1 September 2003, but the sections reserved for the cause of death were not completed. A police report identified the body as <Tariq Hassan> but gave no information about the cause of death»³⁵¹.

Die *Grand Chamber* betonte in ihrem Urteil, dass für das Bestehen einer extra-territorialen Verantwortlichkeit eines Konventionsstaats eine tatsächliche Ausübung von Herrschaftsgewalt verlangt werden müsse³⁵². Sie beschränkte sich dabei aber nicht auf die Zeit der Gewahrsamsausübung durch Truppen des Vereinigten Königreichs, sondern schloss den späteren Gewahrsam in Camp Bucca unter U.S.-amerikanischer Zuständigkeit mit ein³⁵³. Indes fehlten Hinweise darauf, dass die britischen Truppen in den Tod von Tarek Hassan rund vier Monate nach seiner Entlassung aus Camp Bucca involviert sein könnten.

There «[...] is no evidence to suggest that Tarek Hassan was ill-treated while in detention, such as to give rise to an obligation on the respondent State under Article 3 to carry out an official investigation. Nor is there any evidence that the United Kingdom authorities were responsible in any way, directly or indirectly, for Tarek Hassan's death, which occurred some four months after he was released from Camp Bucca, in a distant part of the country not controlled by United Kingdom forces. In the absence of any evidence of the involvement of United Kingdom State agents in the death, or even of any evidence that the

³⁵¹ *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), § 29.

³⁵² Zu weiteren Fällen bezüglich einer beschränkten Ausübung von Herrschaftsgewalt über *Individuen* vgl. GODDARD, Applying the ECHR to the Use of Physical Force, S. 410 (m.w.H.).

³⁵³ So explizit im Urteilsdispositiv: The *Grand Chamber* declares, «unanimously, the complaints under Articles 2 and 3 of the Convention inadmissible» (§ 1), but holds, «unanimously, that the applicant's brother was within the jurisdiction of the United Kingdom between the time of his arrest and the time of his release from the bus that took him from Camp Bucca».

death occurred within territory controlled by the United Kingdom, no obligation to investigate under Article 2 can arise.»³⁵⁴

Im Urteil *Jaloud v. The Netherlands* hat die *Grand Chamber* die Umstände eines Vorfalls vom April 2004 bei einem Checkpoint im Irak behandelt; niederländische Soldaten hatten das Feuer auf ein verdächtiges Auto eröffnet³⁵⁵. Die *Grand Chamber* setzte sich bei der Frage nach der rechtlichen Verantwortlichkeit der Niederlande über den irakischen (sic!) Checkpoint mit der völkerrechtlichen Situation auseinander und bejahte die Bindung der niederländischen Soldaten an die EMRK³⁵⁶.

«It appears from the Memorandum of Understanding [...], that while the forces of nations other than the «lead nations» took their day-to-day orders from foreign commanders, the formulation of essential policy – including, within the limits agreed in the form of Rules of Engagement appended to the Memoranda of Understanding, the drawing up of distinct rules on the use of force – remained the reserved domain of individual sending States. Although Netherlands troops were stationed in an area in south-eastern Iraq [...] the Netherlands assumed responsibility for providing security in that area, to the exclusion of other participating States, and retained full command over its contingent there. [...] The] Court cannot find that the Netherlands troops were placed «at the disposal» of any foreign power, whether it be Iraq or the United Kingdom or any other power, or that they were «under the exclusive direction or control» of any other State. [...] The checkpoint had been set up in the execution of SFIR's mission [SFIR = Stabilization Force in Iraq], under United Nations Security Council Resolution 1483 [...], to restore conditions of stability and security conducive to the creation of an effective administration in the country. The [...] respondent Party exercised its «jurisdiction» within the limits of its SFIR mission and for the purpose of asserting authority and control over persons passing through the checkpoint. That being the case, the Court finds that the death of Mr Azhar Sabah Jaloud

³⁵⁴ *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), § 63.

³⁵⁵ Kritisch dazu HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 207 ff.

³⁵⁶ *Jaloud v. The Netherlands* (GC), 47708/08 (2014), §§ 10 ff.

occurred within the ›jurisdiction‹ of the Netherlands, as that expression is to be construed within the meaning of Article 1 of the Convention.»³⁵⁷

In der Folge verurteilte der Gerichtshof die Niederlande wegen einer Verletzung der prozeduralen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK³⁵⁸.

d. Beurteilung

Die Urteile zur extra-territorialen Geltung der EMRK sind innerhalb der jeweiligen Spruchkörper umstritten³⁵⁹. In der Lehre wird eine gewisse Unklarheit kritisiert, weil sich die *Grand Chamber* nicht explizit von ihrem *Branković-Urteil* distanziert³⁶⁰.

Die Begründung einer extra-territorialen Wirkung von Konventionsgarantien bildet für den Gerichtshof zuweilen ein Balanceakt zwischen der Einhaltung (grundlegender) völkerrechtlicher Prinzipien und der Bindung der Konventionsstaaten und deren Behörden an die Gewährleistungen der EMRK. Das Völkerrecht geht allgemein von einer an ein staatliches Territorium gebundenen Souveränität aus. Gleiches gilt im Prinzip für die Herrschaftsgewalt nach Art. 1 EMRK. Darum erscheint es an sich folgerichtig, bei einer ausnahmsweise denkbaren Ausübung hoheitlicher Gewalt jenseits konventionsstaatlicher Grenzen den spezifischen völkerrechtlichen Kontext mit einzubeziehen (was aber zumindest im Falle völkerrechtswidriger Militärinterventionen im Ausland nicht überzeugen würde).

Die erste Ausnahme vom Territorialitätsprinzip ist unbestritten: Bei einer internationalen Zusammenarbeit zur *Festnahme gesuchter Personen* erscheint die Anknüpfung der Herrschaftsgewalt an das Handeln bestimmter Behörden von Konventionsstaaten (in einem nicht-Konventionsstaat) solange als unproblematisch, wie sich solche Handlungen völkerrechtskonform zutragen. Anders läge es bei einer Entführung von Personen aus dem Ausland – welche als Souveränitätsverletzung auch völkerrechtlich unzulässig wäre.

³⁵⁷ *Jaloud v. The Netherlands* (GC), 47708/08 (2014), §§ 147 – 152.

³⁵⁸ *Jaloud v. The Netherlands* (GC), 47708/08 (2014), Urteilsdispositiv, § 4.

³⁵⁹ Vgl. die jeweiligen *concurring* respektive *separate opinions* im Anschluss an die Urteile.

³⁶⁰ Vgl. GODDARD, *Applying the ECHR to the Use of Physical Force*, S. 419 («failure expressly to disavow»); allgemeiner und im Zusammenhang mit LOAC HAMPSON, *Article 2 during armed conflict*, S. 211 («incoherent»).

Letztlich geht es unseres Erachtens aber nicht um Fragen der Territorialität – sondern um Fragen des Handelns staatlicher Akteure. Aus grundrechtlicher Sicht spielt es keine Rolle, ob die Vertreter eines Konventionsstaates mit oder ohne Einverständnis eines Nicht-Konventionsstaats auf dessen Territorium direkten Zwang auf Menschen ausüben. Von der Geltung der Konvention nach Art. 1 EMRK klarerweise ausgeschlossen sind Handlungen der Vertreter eines Nicht-Konventionsstaates.

Bei der zweiten Ausnahme übt ein Konventionsstaat ausserhalb seiner eigenen Grenzen bewusst³⁶¹ «all or some of the public powers normally to be exercised by [a] Government»,³⁶² aus. Besonders deutlich tritt dies im Urteil *Loizidou v. Turkey* zu Tage. Darum erscheint die Ausdehnung des Geltungsbereichs der EMRK (hier sogar im eigentlichen territorialen Sinne) folgerichtig. Offen bleibt, wie weit die zweite Ausnahme reichen kann. Rechtlich problematisch wird es unseres Erachtens dann, wenn eine staatliche Herrschaftsgewalt gar nicht vorhanden ist oder ein Staat sie gar nicht ausüben will. Tritt ein Konventionsstaat eher als Besatzungsmacht³⁶³ auf, so handelt er wohl möglicherweise (sei es zulässiger- oder unzulässigerweise) nach Kriegsvölkerrecht (konkret: *Law of armed conflict*, LOAC). Dann steht rechtlich der sprichwörtliche Elefant im Raum. Wohl darum wird sich der EGMR – unseres Erachtens richtigerweise – auch nicht vom *Branković-Urteil* distanzieren. Wäre die *Grand Chamber* dort auf eine Verletzung des Rechts auf Leben eingetreten, hätte sie zumindest faktisch eine belligerente Handlung von NATO-Staaten gegenüber Serbien beurteilen müssen (zum Verhältnis zwischen Humanitärem Völkerrecht und Internationalen Menschenrechtsgewährleistungen vgl. Ziff. III.4).

Der in diesem Fall zentrale Punkt ist unseres Erachtens jener der Unterscheidung zwischen militärischen und zivilen *Zielen*. War das Eingreifen der NATO-Staaten in den Kosovo-Krieg zulässig, und war die Fernsehstation (in Belgrad!) ein legitimes Ziel in diesem Krieg, so kann das militärische Handeln nicht durch die Hintertüre als individual-grundrechtlicher Fall beurteilt werden.

Der EGMR scheint zwischen einem Handeln der Konventionsstaaten ausserhalb der eigenen Grenzen an sich und der effektiven extra-territorialen Ausübung einer Herrschaftsgewalt

³⁶¹ *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, 61498/08 (2010), § 128.

³⁶² *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 135.

³⁶³ GODDARD, Applying the ECHR to the Use of Physical Force, S. 414.

(und damit Verantwortlichkeit) unterscheiden zu wollen. Nur letztere vermag über eine blossе Kausalität hinaus konventionsrechtliche Verpflichtungen zu aktivieren.

Anders kann ein «nur kausales» staatliches Handeln aber unter weiteren völkerrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden. So sind die Genfer Abkommen (jeweils Art. 1 GA I-IV) in ihrem Geltungsbereich grundsätzlich weiter gefasst³⁶⁴. Zudem verbietet Art. 51 der UNO-Charta (*e contrario*) den Angriffskrieg.

Damit bringt der EGMR die zweite Ausnahme aber in die Nähe zur ersten. Es geht dann entweder um die Ausübung hoheitlicher Gewalt ähnlich einer Regierung – oder aber um eine direkte (physische) Einwirkung auf ein bestimmtes Individuum. Letztere wird (inhaltlich) über den Gewahrsam (*detention*) hinaus auf die Anwendung von physischen Zwangsmitteln ausgeweitet. So wird die bereits unter grundrechtlichen Aspekten für diese Fälle etwas brüchige Argumentation des formalen Festhaltens am Territorialitätsprinzip infrage gestellt. Für den Gerichtshof ist letztlich die (völkerrechtskonforme) Vornahme hoheitlicher Handlungen durch die Behörden eines Konventionsstaats entscheidend. Solche Handlungen werden vom Geltungsbereich von Art. 2 EMRK mit umfasst. Die Einschränkung überzeugt unseres Erachtens nicht mehr.

Interessanterweise geht es in den jüngeren Urteilen um die Untersuchungspflicht. Dabei irritiert die Vermengung der Eintretensvoraussetzungen mit Beweisfragen. Nach dem (älteren) Urteil *Issa and others v. Turkey* hängt es letztlich von Zufälligkeiten ab, ob der EGMR auf einen Fall eintreten würde, um die Todesumstände von möglichen extra-territorialen Konventionsverletzungen aufzuklären.

Ging es bei der militärischen Operation der Türkei um den «Kampf gegen den Terrorismus» (gegen die PKK) auf nordirakischem Territorium, so bestand diese Operation im Lichte der jüngeren Rechtsprechung unseres Erachtens in der Vornahme hoheitlicher Handlungen gegenüber Individuen. Ausserhalb des Rahmens des LOAC hätte Art. 2 EMRK zur Anwendung kommen können (was im Urteil ja auch bereits angetönt wird) – dann aber sollten die Anforderungen an die Beweislast der Beschwerdeführenden gesenkt werden. Die militärische Operation der Türkei ist keine «humanitäre Aktion» gewesen.

³⁶⁴ *Branković and others v. Belgium and others* (GC/AD), 52207/99 (2001), § 40.

Nach der nun wohl gefestigten Rechtsprechung ist der Geltungsbereich der EMRK zumindest bei einer bewaffneten Herrschaftsausübung in einem weiten Sinne zu verstehen. Die Garantien aus Art. 2 EMRK kommen für die jeweiligen Vertragsstaaten immer dann zur Anwendung, wenn sie in einem bestimmten Gebiet die Herrschaftsgewalt zu einem gewissen Grad (*effective jurisdiction*) ausüben³⁶⁵. Gleiches galt nach der älteren Rechtsprechung bereits dann, wenn Personen in Gewahrsam genommen werden (die früher gemachten Einschränkungen wirken nun überholt). Eine Beschränkung der Möglichkeit einer extra-territorialen konventionsrechtlichen Verantwortlichkeit von Vertragsstaaten auf Aktivitäten in gefallene oder Marionettenstaaten, welche ihre Souveränität nicht selber auszuüben vermögen, ist nicht geboten.

Dass hinter der Ausdehnung letztlich auch ein grundsätzlicher Ansatz liegt, hat der EGMR bereits 2010 im Urteil *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom* zum Ausdruck gebracht:

«It has been accepted that a Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations. Article 1 makes no distinction as to the type of rule or measure concerned and does not exclude any part of a Contracting Party's <jurisdiction> from scrutiny under the Convention [...]. The State is considered to retain Convention liability in respect of treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention [...]. For example, in *Soering* [...], the obligation under Article 3 of the Convention not to surrender a fugitive to another State where there were substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment was held to override the United Kingdom's obligations under the Extradition Treaty it had concluded with the United States in 1972.»³⁶⁶

³⁶⁵ Vgl. für den Geltungsbereich der EMRK etwa LEMMENS, General Survey of the Convention, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak (Hrsg.), *Theory and Practice*, S. 11 ff.

³⁶⁶ *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, 61498/08 (2010), § 128.

Den Staaten obliegt es hingegen nicht, im Ausland ein wirksames rechtliches Regelwerk zum Schutz des Rechts auf Leben nach der positiven Verpflichtung aufzubauen. Damit würde gleichsam das völkerrechtliche Prinzip der staatlichen Souveränität ausgehöhlt.

2.5.2. Zeitlicher Geltungs- und Wirkungsbereich

Die EMRK trat am 3. September 1953³⁶⁷ in Kraft, nachdem die ersten 10 Ratifikationsurkunden hinterlegt worden waren (Art. 59 Abs. 3 EMRK)³⁶⁸.

Auf diesen Zeitpunkt hin hatten das Saarland (14. Januar 1950), Norwegen (15. Januar 1952), Schweden (4. Februar 1952), Deutschland (5. Dezember 1952), Irland (25. Februar 1953), Griechenland (28. März 1953), Dänemark (13. April 1953), Island (29. Juni 1953), Luxemburg (3. September 1953) und das Vereinigte Königreich (8. März 1953) die Konvention ratifiziert³⁶⁹.

Der zeitliche Geltungs- und Wirkungsbereich³⁷⁰ der EMRK lag für diese Staaten kraft expliziter Regelung in der Zukunft. Eine zeitliche Rückwirkung hinter das Inkrafttreten der EMRK selber erscheint ausgeschlossen³⁷¹. Alles andere würde bedeuten, den konventionsrechtlichen Gewährleistungen einen «überrechtlichen» oder «ausserrechtlichen» Gehalt beizumessen.

Für die später beigetretenen Konventionsstaaten gilt analog das jeweilige Ratifikationsdatum als Datum des Inkrafttretens der Konventionsverpflichtungen³⁷².

³⁶⁷ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures> (besucht am 12. April 2021).

³⁶⁸ Vgl. weiterführend zur zeitlichen Geltung der EMRK LEMMENS, *General Survey of the Convention*, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, *Theory and Practice*, S. 20 f. oder HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 99 ff.

³⁶⁹ Auf die speziellen Situationen im Saarland und in Griechenland wird nicht näher eingegangen.

³⁷⁰ Zur Unterscheidung von zeitlichem Geltungs- und Wirkungsbereich von Verfassungsrecht vgl. RETO PATRICK MÜLLER, Art. 195 BV, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *St. Galler Kommentar*, Art. 195, Rz. 12 ff. (m.w.H.).

³⁷¹ Vgl. dazu *Janowiec and others v. Russia* (GC), 55508/07 und 29520/09 (2013), § 151.

³⁷² Auf die spezielle Situation von Montenegro, der Slowakei und der Tschechischen Republik wird nicht näher eingegangen.

Gleiches ist in Art. 28 der Wiener Konvention zur Nichtrückwirkung von Verträgen vorgesehen:

Sofern keine abweichende Absicht aus dem Vertrag hervorgeht oder anderweitig festgestellt ist, binden seine Bestimmungen eine Vertragspartei nicht in Bezug auf eine Handlung oder Tatsache, die vor dem Inkrafttreten des Vertrags hinsichtlich der betreffenden Vertragspartei vorgenommen wurde oder eingetreten ist, sowie in Bezug auf eine Lage, die vor dem genannten Zeitpunkt zu bestehen aufgehört hat.

Fragen zur zeitlichen Geltung der aus dem Recht auf Leben entspringenden Verpflichtungen stellten sich besonders für die (allenfalls rückwirkende) Untersuchungspflicht der später beigetretenen Konventionsstaaten (vgl. Ziff. VI.4.2.3).

2.6. BEDEUTUNG VON ART. 2 EMRK FÜR DIE VERWENDUNG VON ZWANGSMITTELN

Steht der Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel durch die Vertreter eines Konventionsstaats infrage, kommen die Grundrechtsgarantien von Art. 2 EMRK in *vollem Umfang* zum Tragen. Die daraus fliessenden drei wesentlichen Verpflichtungen richten sich insbesondere an staatliche Sicherheitskräfte. Bei Anti-Terror-Operationen sind sie jeweils «parallel» zueinander zu berücksichtigen: Einerseits gilt der Grundsatz des Tötungsverbots; andererseits können staatliche Massnahmen geradezu geboten sein, um das Recht auf Leben von Opfern zu schützen – bis hin zum Einsatz von Zwangsmitteln gegenüber Tätern. Die Ausnahmen vom Tötungsverbot sind auf Aktionen staatlicher Sicherheitskräfte zugeschnitten (vgl. die Rechtfertigungsgründe nach Art. 2 Abs. 2 EMRK)³⁷³. Sofern staatliche Zwangsmittel menschliches Leben konkret gefährden können, ist im Anschluss daran die Verantwortlichkeit der staatlichen Akteure im Rahmen einer angemessenen Untersuchung zu prüfen (vgl. Ziff. VI.4)

Die *positive Verpflichtung* verlangt die Schaffung von Rechtsgrundlagen für staatliche Massnahmen, die genügend bestimmt sind und einem strengen Verhältnismässigkeitsmassstab genügen. Soweit Eingriffe in das Recht auf Leben in den nationalen Rechtsordnungen nicht in besonderen Erlassen geregelt sind (zum Beispiel in den Polizeigesetzen),

³⁷³ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 223 f.

stecken strafrechtliche Normen den weiteren Rechtsrahmen ab. Dies kann selbst für die gezielte Anwendung potenziell tödlicher Zwangsmittel gelten – etwa zur Rettung von Geiseln (sprich von Menschenleben) aus einer unmittelbaren Gefahrenlage³⁷⁴.

Die *negative Verpflichtung* verbietet nicht nur die beabsichtigte Tötung von Menschen, sondern greift ebenso in Fällen unbeabsichtigter Todesfolge³⁷⁵ sowie bei einer blossen Lebensgefährdung.

Die *Untersuchungspflicht* verdichtet sich zu einer Pflicht zur Durchführung einer angemessenen Untersuchung. In der Regel ist beim Einsatz staatlicher Zwangsmittel eine strafrechtliche Untersuchung geboten. Alternative Untersuchungen – etwa zur Klärung zivilrechtlicher Schadenersatzforderungen oder einer disziplinarischen Verantwortlichkeit – reichen bei einer Verwendung potenziell tödlicher Zwangsmittel nicht aus.

Selbst im Falle rein polizeirechtlicher Regelungen wäre unseres Erachtens nach dem Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel durch Sicherheitskräfte eine strafrechtliche Untersuchung geboten. Dies einerseits zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der Untersuchungsbehörde und andererseits, um das (mit dem Strafrecht bestehende und zum Schutz der physischen Integrität von Menschen allgemeine Gültigkeit verlangende) rechtliche Regelwerk nicht auszuhebeln. Im Rahmen der Untersuchungspflicht wird zwar auch individuelles Verhalten beurteilt (etwa von konkret handelnden Sicherheitskräften oder von Einsatzleitenden) – letztlich geht es aus der grundrechtlichen Perspektive von Art. 2 EMRK aber um eine Beurteilung des staatlichen Verhaltens in seiner ganzen Breite und Tiefe.

3. NOTSTAND

Die Rechtsordnung stellt üblicherweise Normen zur Regelung des alltäglichen Lebens auf³⁷⁶. Der Umgang mit *Ausnahmesituationen* bildet für den demokratischen Staat generell eine besondere Herausforderung; wenn es etwa darum geht, das Funktionie-

³⁷⁴ Vgl. mit Bezug auf die Diskussion in der Schweiz MELZER, Targeted Killing, S. 20.

³⁷⁵ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 223 f. (m.w.H. auf die Rspr.).

³⁷⁶ Unter Umständen werden dabei bereits spezielle Situationen berücksichtigt: wie etwa bei der strafrechtlichen Notwehr oder mit der Schaffung spezieller Haftungstatbestände. So lassen sich

ren seiner Institutionen sowie kollektive Rechtsgüter vor besonderen unmittelbaren Bedrohungen zu schützen.

Der Normwortlaut von Art. 2 EMRK nimmt *grundsätzlich* keine Abstufungen der Grundrechtsgehalte oder Unterscheidungen nach verschiedenen Situationen vor. Zwar enthält Abs. 2 mit der Erforderlichkeit der absoluten Notwendigkeit eine auslegungsbedürftige Variabel, doch verlangt der ganze Artikel uneingeschränkte Geltung. Auf eine Notlage des Staates weist einzig die Ausnahme des Aufstands oder Aufruhrs (Abs. 2 Bst. c) hin (vgl. Ziff. III.2.1).

Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, ob weitere Ausnahmen im Zusammenhang mit dem Recht auf Leben zulässig sein können. Ob die Grundrechtsgehalte also über Art. 2 Abs. 2 EMRK hinaus ausnahmsweisen Einschränkungen unterworfen werden dürfen – insbesondere bei einer Terrorlage.

3.1. VORAUSSETZUNGEN UND GRENZEN ZUR AUSSETZUNG VON KONVENTIONSGARANTIEN

Die Aussetzung von Konventionsgarantien richtet sich nach Art. 15 EMRK. Mit diesem Hebel sind weitergehende Einschränkungen von Grundrechten prinzipiell möglich. Als alternative Voraussetzungen dazu werden ein *Krieg* oder ein *anderer öffentlicher Notstand* (*public emergency threatening the life of the nation*) genannt³⁷⁷:

Wird das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht, so kann jede Hohe Vertragspartei Massnahmen treffen, die von den in dieser Konvention vorgesehenen Verpflichtungen abweichen, jedoch nur, soweit es die Lage unbedingt erfordert und wenn die Massnahmen nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragspartei stehen.

Selbst in diesen Ausnahmesituationen bestehen zwei Schranken: Eine formelle und eine materielle. So verlangt Art. 15 Abs. 3 EMRK als *formelles Erfordernis*, dass der betreffende Konventionsstaat den Generalsekretär des Europarats umfassend unterrichtet

etwa mit strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen auch Eingriffe in die physische Integrität von Menschen begründen.

³⁷⁷ Vgl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 803 ff.; REID, *Practitioner's Guide*, 43-003; ZWANENBURG, *Peace Operations*, S. 161 f.

über die getroffenen Massnahmen und deren Gründe. Damit wird eine – auch gegenüber der eigenen Bevölkerung – klandestine Aussetzung von Konventionsgarantien verhindert³⁷⁸. Zudem werden zumindest eine gewisse Transparenz und damit Rechtssicherheit darüber hergestellt, welche mit der Konvention konfligierenden Massnahmen ein Staat ins Werk setzen will. Wichtiger als die formelle ist indes die *materielle Schranke* nach Art. 15 Abs. 2 EMRK: Zusammen mit dem Folterverbot, dem Verbot der Sklaverei und dem Verbot einer Bestrafung ohne Gesetz ist das Recht auf Leben notstandsfest. Ausnahmen davon sind nur bei *rechtmässigen Kriegen* zulässig³⁷⁹.

Aufgrund des Absatzes 1 darf von Artikel 2 nur bei Todesfällen infolge rechtmässiger Kriegshandlungen und von Artikel 3, Artikel 4 (Absatz 1) und Artikel 7 in keinem Fall abgewichen werden.

Folglich müssen Einschränkungen des Grundrechts auf Leben entweder von den in Art. 2 Abs. 2 EMRK festgelegten Rechtfertigungsgründen abgedeckt – oder gemäss dem Humanitären Völkerrecht (Kriegsvölkerrecht) erlaubt sein (vgl. Ziff. III.4).

3.2. VORLIEGEN EINES NOTSTANDS AM BEISPIEL DES NORDIRLANDKONFLIKTS

Der EGMR hat sich 1961 im Zusammenhang mit dem Nordirland-Konflikt mit der Bedeutung eines Notstands auseinandergesetzt³⁸⁰. Aufgrund der inhaltlichen Nähe zur vorliegenden Untersuchung wird die Bedeutung von Art. 15 EMRK anhand dieses Beispiels näher beleuchtet³⁸¹.

³⁷⁸ Vgl. auch *Council of Europe*, Guidelines on human rights and the fight against terrorism, Art. XV.1.

³⁷⁹ Wobei sich bislang noch nie ein Staat auf die Kriegsklausel berufen hat; vgl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 815; weiterführend *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), §§ 101 ff.

³⁸⁰ *Lawless v. Ireland (No. 3)*, 332/57 (1961).

³⁸¹ Eine Übersicht über weitere Fälle findet sich bei HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 807.

3.2.1. Teilung der irischen Insel und «Special Powers Act»

Der Nordirlandkonflikt hat einen seiner jüngeren Ursprünge im «Anglo-Irish War» von 1919 bis 1921³⁸² und der anschliessenden «Teilung» der irischen Insel³⁸³. Bereits im Jahr 1922 trat in Nordirland der *Special Powers Act*³⁸⁴ zur Schaffung «certain regulations for peace and order» in Kraft³⁸⁵.

3.2.2. Border Campaign der IRA und Notstand in Irland

Im Dezember 1956 begann die IRA ihre «Border Campaign»; die Guerilla-Operation mit dem Decknamen «*Harvest*» hatte die Wiedervereinigung der Insel zum Ziel³⁸⁶. Nach einer stetigen Zunahme von Gewaltakten gegen die Polizei berief sich die Regierung der Republik Irland zur Gefahrenabwehr auf gesetzlich verankerte besondere behördliche Befugnisse zur Festnahme und Inhaftierung³⁸⁷.

Im Fall *Lawless v. Ireland (No. 3)* wurde der Beschwerdeführer «detained without trial, between 13th July and 11th December 1957, in a military detention camp situated in the territory of the Republic of Ireland»³⁸⁸. Die (damals) Kommission hielt fest, «that Articles 5 and 6 [...] of the Convention provided no legal foundation for the detention without trial [...], by virtue of Article 4 of the Offences against the State (Amendment) Act, 1940», doch die Haft «was founded on the right of derogation duly exercised by the Irish Government in pursuance of Article 15 (art. 15) of the Convention»³⁸⁹.

³⁸² Weiterführend EDWARDS, Northern Ireland Troubles, S. 15 f. oder VAN DER BIJL, Operation Banner, S. 7 ff.

³⁸³ Vgl. DICKSON, ECHR and the Conflict in Northern Ireland, S. 8 ff.

³⁸⁴ Eigentlich Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland).

³⁸⁵ Weiterführend und insbesondere zur politischen Bedeutung des Erlasses DONOHUE, Special Powers Acts, S. 1089 ff.

³⁸⁶ ENGLISH, History of the IRA, S. 73; O'LEARY, IRA, S. 223.

³⁸⁷ EKMR *Lawless v. Ireland (No. 3)*, 332/57 (1961), § 15 (Facts).

³⁸⁸ EKMR *Lawless v. Ireland (No. 3)*, 332/57 (1961), § 1 (Facts).

³⁸⁹ EKMR *Lawless v. Ireland (No. 3)*, 332/57 (1961), Judgement. Vgl. zur Frage der Bedeutung von Art. 5 EMRK im Zusammenhang mit dem «Lawless-Judgement» auch WARBRICK, Prevention of Terrorism, S. 110 f.

Angesichts generell zunehmender Gewaltakte der IRA gegenüber der Polizei in Nordirland, verschiedener Zwischenfälle an der Grenze, einem bewaffneten Überfall auf eine Polizeiuunterkunft sowie aufgrund von Sprengstoffanschlägen auf Bahnlinien erachtete die Kommission den Notstand als gegeben³⁹⁰.

In ihrer Begründung stellte die Kommission auf verschiedene Faktoren ab: «in the first place, the existence in the territory of the Republic of Ireland of a secret army engaged in unconstitutional activities and using violence to attain its purposes; secondly, the fact that this army was also operating outside the territory of the State, thus seriously jeopardising the relations of the Republic of Ireland with its neighbour; thirdly, the steady and alarming increase in terrorist activities from the autumn of 1956 and throughout the first half of 1957.»³⁹¹

Dass es der Regierung gleichwohl gelungen war, die öffentlichen Einrichtungen mehr oder weniger normal weiter zu betreiben, sprach nicht gegen die Berufung auf den Notstand. Für die Kommission waren das Andauern gesetzwidriger Aktivitäten der IRA im Grenzraum sowie (prospektiv) das Nahen eines historisch belasteten Datums entscheidend.

«Whereas, despite the gravity of the situation, the Government had succeeded, by using means available under ordinary legislation, in keeping public institutions functioning more or less normally, but whereas the homicidal ambush on the night 3rd to 4th July 1957 in the territory of Northern Ireland near the border had brought to light, just before 12th July - a date, which, for historical reasons is particularly critical for the preservation of public peace and order - the imminent danger to the nation caused by the continuance of unlawful activities in Northern Ireland by the IRA and various associated groups, operating from the territory of the Republic of Ireland.»³⁹²

³⁹⁰ EKMR *Lawless v. Ireland (No. 3)*, 332/57 (1961), § 14 (Facts).

³⁹¹ EKMR *Lawless v. Ireland (No. 3)*, 332/57 (1961), § 28 (Law).

³⁹² EKMR *Lawless v. Ireland (No. 3)*, 332/57 (1961), § 29 (Law).

Im Februar 1962 beendete die IRA die Operation «*Harvest*» und legte ihre Waffen vorübergehend nieder³⁹³. Gelöst war der Konflikt damit nicht – bis zu einer politischen Übereinkunft sollte es noch 36 Jahre dauern.

3.2.3. Troubles und Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1973

Mit den *troubles* vom Sommer 1969 (Unruhen in Belfast und Londonderry; Einsatz von britischen Truppen³⁹⁴) begann die nächste und längste Phase des Konflikts in Nordirland³⁹⁵. Die Auseinandersetzung wurde in der Folge auf verschiedenen Intensitätsstufen geführt³⁹⁶.

Das Westminster-Parlament erliess aufgrund der Gewalt den *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1973*. Damit wurde die Todesstrafe für Mord in Nordirland abgeschafft, die Massnahmen gegen Terroristen stark erweitert und Straftatbestände gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung erlassen. Darüber hinaus sah der Erlass Entscheide von Einzelrichtern anstatt von Jurys vor. Ein Jahr später folgten mit dem *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974* das Verbot von Organisationen und deren Unterstützung, Aussperrungsmassnahmen (*exclusion orders*) sowie spezifische Festnahme- und Haftmassnahmen.

In *Ireland v. The United Kingdom* (1978) stand es für den EGMR (Court Plenary) angesichts der weiteren Entwicklung³⁹⁷ ausser Frage, dass ein Notstand (diesmal mit Fokus auf Nordirland) weiterhin bestand³⁹⁸.

³⁹³ EDWARDS, Northern Ireland Troubles, S. 11.

³⁹⁴ EDWARDS, Northern Ireland Troubles, S. 29: Anfrage des Inspector General der Royal Ulster Constabulary vom 14. August 1969 an Verteidigungsminister Callaghan.

³⁹⁵ Weiterführend VAN DER BIJL, Operation Banner, S. 17 ff.

³⁹⁶ So liess die IRA etwa am 21. Juli 1972 in Belfast innerhalb von 75 Minuten 22 Bomben explodieren. Die britischen Behörden reagierten mit der «Operation Motorman» (Besetzung von Derry und Belfast durch Truppen).

³⁹⁷ Vgl. dazu *Ireland v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5310/71 (1978), §§ 13 ff.

³⁹⁸ *Ireland v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5310/71 (1978), § 205 m.H. auf § 12: «Up to March 1975 [...], over 1,100 people had been killed, over 11,500 injured and more than £140,000,000 worth of property destroyed during the recent troubles in Northern Ireland. This violence found its expression in part in civil disorders, in part in terrorism, that is organised violence for political ends».

«Unquestionably, the exercise of the special powers was mainly, and before 5 February 1973 even exclusively, directed against the IRA as an underground military force. The intention was to combat an organization which had played a considerable subversive role throughout the recent history of Ireland and which was creating [...] a particularly far-reaching and acute danger for the territorial integrity of the United Kingdom, the institutions of the six counties and the lives of the province's inhabitants [...]. Being confronted with a massive wave of violence and intimidation, the Northern Ireland Government and then, after the introduction of direct rule (30 March 1972), the British Government were reasonably entitled to consider that normal legislation offered insufficient resources for the campaign against terrorism and that recourse to measures outside the scope of the ordinary law, in the shape of extrajudicial deprivation of liberty, was called for.»³⁹⁹

3.2.4. Karfreitagsabkommen und Rückkehr zur Normalität

1998 gelang der Abschluss des Karfreitagsabkommens als Basis des noch heute bestehenden Friedens auf der irischen Insel. Erst im Jahr 2005 war die IRA dazu bereit, ihre Waffen endgültig niederzulegen. Am 31. Juli 2007 endete schliesslich die «*Operation Banner*» und damit der Truppeneinsatz des Vereinigten Königreichs.

Zwischen 1969 und 2006 waren die IRA für rund 2'000, die loyalistischen Paramilitärs für mehr als 1'000 und die Sicherheitskräfte für 363 Tode verantwortlich⁴⁰⁰. Die Sicherheitskräfte wendeten im Umgang mit der IRA und mit Terroristen aus den Reihen der Loyalisten unterschiedliche Taktiken an⁴⁰¹.

Über die Anzahl der direkten Verluste unter den Sicherheitskräften während der gesamten «*Operation Banner*» bestehen unterschiedliche Angaben. Sie variieren zwischen 651 und 763 Getöteten und etwas mehr als 6'000 Verwundeten⁴⁰².

³⁹⁹ *Ireland v. The United Kingdom* (Court Plenray), 5310/71 (1978), § 212.

⁴⁰⁰ EDWARDS, Northern Ireland Troubles, S. 9 f.

⁴⁰¹ URBAN, Big Boys' Rules, S. 238 f.

⁴⁰² Im Bereich des *Ministry of Defence*, *Operation Banner – Analysis*, S. 2-12, wird die Zahl von 697 getöteten Angehörigen der Sicherheitskräfte erwähnt; andere Quellen verwenden andere

Der BREXIT kann zu einer starken Belastung des Friedens in Nordirland führen. Eine «harte Grenze» zwischen Nordirland und der Republik Irland würde gegen das Karfreitagsabkommen verstossen⁴⁰³ – also etwa die Etablierung einer «EU-Aussengrenze». Zudem sieht das Übereinkommen vor, dass eine Änderung der nordirischen «Verfassung» einer Volksabstimmung unterliegt. Grundsätzlich kann mit einer (allerdings nicht hürdenfreien) Volksabstimmung auch über den Anschluss Nordirlands an die Republik Irland, also die Wiedervereinigung, entschieden werden.

Falls dies eintritt, fände eine Verschiebung in historischer Dimension statt: Die nordirischen Katholiken hätten dann «ihren» Staat auf der grossmehrheitlich katholischen Insel zur Seite – während nordirische Protestanten auf direkten Schutz durch die Regierung ihrer Majestät in Westminster verzichten müssten.

3.3. CHARAKTERISTIKA DES NOTSTANDS

Art. 15 Abs. 1 EMRK lässt die Abweichung von konventionsrechtlichen Verpflichtungen bei Krieg oder öffentlichem Notstand zu (vgl. Ziff. III.3.1). Die praktische Bedeutung der ersten Variante ist gering geblieben⁴⁰⁴.

Es entspricht der Staatenpraxis, «that banditry, criminal activity, riots, or sporadic outbreaks of violence and acts of terrorism do not amount to an armed conflict»⁴⁰⁵.

Die zweite Variante ist hingegen Gegenstand rechtlicher Beurteilung geworden. Die Rechtsprechung zum *Notstand* erscheint dabei weniger kohärent, als sie zuweilen dargestellt wird.

Zahlen; vgl. EDWARDS, Northern Ireland Troubles, S. 86 f. sowie VAN DER BIJL, Operation Banner, S. 232.

⁴⁰³ BIRRELL/CARMICHAEL, Brexit, S. 212 ff.

⁴⁰⁴ Vgl. *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), § 102 (im Zusammenhang mit extra-territorialen Militäraktionen).

⁴⁰⁵ U.K./MOD, Manual of the law of armed conflict (JSP 383), § 3.5.1.

3.3.1. Die irisch-nordirische Grundsatzdiskussion

In *Lawless v. Ireland (No. 3)* (vgl. Ziff. III.3.2.2.) hielt die Kommission die zweite Variante für ausreichend klar:

The «[...] natural and customary meaning of the words «other public emergency threatening the life of the nation» is sufficiently clear; whereas they refer to an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed [...].»⁴⁰⁶

Die französische Fassung des Entscheids war indes enger formuliert: Anstatt von «crisis or emergency» war an der entscheidenden Stelle von «danger exceptionnel et imminent» die Rede. Im *Greek Case* hat die Kommission sechs Jahre später klargestellt, dass die englische Fassung des *Lawless*-Urteils in diesem wesentlichen Punkt unvollständig und daher auf die französische Fassung abzustellen sei⁴⁰⁷.

Auf der Klarstellung aufbauend hat die Kommission für das Vorliegen eines Notstands im *Greek Case* nachfolgende Voraussetzungen (*characteristics*) verlangt:

- «(1) It must be actual or imminent.
- (2) Its effects must involve the whole nation.
- (3) The continuance of the organised life of the community must be threatened.
- (4) The crisis or danger must be exceptional, in that the normal measures or restrictions, permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order, are plainly inadequate.»⁴⁰⁸

Im Urteil *Ireland v. The United Kingdom* von 1978 hätte der EGMR (Court Plenary) die Rechtsprechung zum Notstand festigen können. Der Gerichtshof hat zwar explizit an

⁴⁰⁶ EKMR *Lawless v. Ireland (No. 3)*, 332/57 (1961), § 28 (Law).

⁴⁰⁷ EKMR, *The Greek Case*, 3321/67 (1968), § 152.

⁴⁰⁸ So die Kommission in *The Greek Case*, 3321/67 (1968), § 153 (gleich bereits der Bericht der Sub-Kommission, § 113) und in *Brannigan v. The United Kingdom*, 14553/89 (1991; Report), § 47.

Lawless v. Ireland (No. 3) angeknüpft und er ist auf den *Greek Case* eingegangen. Er hat aber darauf verzichtet, die Notstandsvoraussetzungen gemäss der Kommission im Sinne eines Schemas zu prüfen.

Stattdessen beschäftigte sich der Gerichtshof mit der Frage, ob die Ausnahmen von den Konventionsverpflichtungen aufgrund der Situation unbedingt erforderlich waren⁴⁰⁹. Dabei nahm er seine eigene Rolle eher zurück: «By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 [...] leaves those authorities a wide margin of appreciation.» But the states do «not enjoy an unlimited power in this respect.»⁴¹⁰

Die besonderen Massnahmen in Nordirland (vgl. Ziff. III.3.2.3) wurden als zulässig erachtet – insbesondere die Befugnisse zur Festnahme, Inhaftierung und Internierung ohne gerichtliche Anordnung (vgl. Art. 5 EMRK). Dabei stellte der EGMR massgeblich auf die Art der – tödlichen – Gefährdung ab, welche von der IRA für den Staat und die Menschen in Nordirland ausging.

«Unquestionably, the exercise of the special powers was mainly [...] directed against the IRA as an underground military force. The intention was to combat an organization which had played a considerable subversive role throughout the recent history of Ireland and which was creating, in August 1971 and thereafter, a particularly far-reaching and acute danger for the territorial integrity of the United Kingdom, the institutions of the six counties and the lives of the province's inhabitants [...].»⁴¹¹

⁴⁰⁹ *Ireland v. The United Kingdom* (Court Plenray), 5310/71 (1978), §§ 205 ff.

⁴¹⁰ *Ireland v. The United Kingdom* (Court Plenray), 5310/71 (1978), § 207.

⁴¹¹ *Ireland v. The United Kingdom* (Court Plenray), 5310/71 (1978), § 212.

3.3.2. Neuinterpretation nach den Anschlägen vom 11. September 2001

Im jüngeren Urteil *A. and others v. The United Kingdom* der *Grand Chamber* aus dem Jahr 2009 geht es um Reaktionen auf die Anschläge der Al-Quaïda in New York und Washington vom 11. September 2001. Die Regierung berief sich auf einen *Notstand*; sie führte aus (*derogation notice*), dass auch britische Bürger unter den Opfern der Anschläge in den U.S.A. (sic!) gewesen wären, dass die Bedrohung noch anhalte und – insbesondere –, dass es auch im Vereinigten Königreich selber eine terroristische Bedrohung geben würde.

«There exists a terrorist threat to the United Kingdom from persons suspected of involvement in international terrorism. In particular, there are foreign nationals present in the United Kingdom who are suspected of being concerned in the commission, preparation or instigation of acts of international terrorism, of being members of organisations or groups which are so concerned or of having links with members of such organisations or groups, and who are a threat to the national security of the United Kingdom.»⁴¹²

Der als Reaktion darauf ergangene *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* führte unter anderem zu einer «extended power to arrest and detain a foreign national which will apply where it is intended to remove or deport the person from the United Kingdom but where removal or deportation is not for the time being possible, with the consequence that the detention would be unlawful under existing domestic-law powers»⁴¹³.

Im Zusammenhang mit dem Notstand erwähnt die *Grand Chamber* sowohl das Urteil *Lawless v. Ireland (No. 3)* als auch die Voraussetzungen gemäss dem *Greek Case* (allerdings in einem Satz verpackt – anstatt als Auflistung einzelner Elemente). Sie setzt sich anschliessend insbesondere damit auseinander, wann eine Bedrohung (*in casu* nach den am und seit dem 11. September 2001 erfolgten Anschlägen) «imminent» sei:

«The requirement of imminence cannot be interpreted so narrowly as to require a State to wait for disaster to strike before taking measures to deal with it. Mo-

⁴¹² *A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 (2009), § 11.

⁴¹³ *A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 (2009), § 11.

reover, the danger of a terrorist attack was, tragically, shown by the bombings and attempted bombings in London in July 2005 to have been very real. Since the purpose of Article 15 is to permit States to take derogating measures to protect their populations from future risks, the existence of the threat to the life of the nation must be assessed primarily with reference to those facts which were known at the time of the derogation. [...] The] case-law has never, to date, explicitly incorporated the requirement that the emergency be temporary, although the question of the proportionality of the response may be linked to the duration of the emergency. Indeed, [...] relating to the security situation in Northern Ireland, demonstrate that it is possible for a «public emergency» within the meaning of Article 15 to continue for many years.»⁴¹⁴

Während sich eine Bedrohung nach den «richtigen» *Lawless-Voraussetzungen* (*situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent*) also bereits materialisiert haben muss, kann sie nach den eigentlich «falschen» *Lawless-Voraussetzungen* (*exceptional situation*) sowie der jüngeren Rechtsprechung auch in einer latenten, sich aber erst künftig materialisierenden Bedrohung liegen.

Damit hat die *Grand Chamber* in *A. and others v. The United Kingdom* die Auslegung von Art. 15 EMRK nicht bloss weiterentwickelt⁴¹⁵, sondern neu interpretiert⁴¹⁶. Unseres Erachtens bildet eine unmittelbar drohende Gefahr (*imminent danger*) nach neuer Interpretation kaum mehr eine echte Schwelle zur Aussetzung von Konventionsgarantien.

In eine ähnliche Richtung scheinen auch die *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* zu tendieren⁴¹⁷. Der Schwerpunkt für eine «Public Emergency which Threatens the Life of the Nation» nach Ziffer 39 liegt auf der Umschreibung der relevanten Rechtsgüter (b) und der Schwere der Bedrohung (a):

⁴¹⁴ *A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 (2009), §§ 177 f.

⁴¹⁵ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 816.

⁴¹⁶ Anders teilweise die Lehre, welche an den Kriterien gemäss dem «*Greek Case*» festhält; vgl. etwa MICHAELSEN, «War Against Terrorism», S. 126.

⁴¹⁷ Der EGMR erwähnt sie denn auch in *A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 (2009), § 109.

A state party may take measures derogating from its obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights (...) only when faced with a situation of exceptional and actual or imminent danger which threatens the life of the nation. A threat to the life of the nation is one that: (a) affects the whole of the population and either the whole or part of the territory of the state; and (b) threatens the physical integrity of the population, the political independence or the territorial integrity of the state or the existence or basic functioning of institutions indispensable to ensure and protect the rights recognized in the Covenant. (...).

3.3.3. Aktueller Stand und Beurteilungsspielräume der Konventionsstaaten

Nach der Strassburger Praxis kommt den Staaten bei der Einstufung einer Situation als öffentlicher Notstand letztlich ein grosser Beurteilungsspielraum zu⁴¹⁸. Der EGMR hat seine eher offene Interpretation von Art. 15 EMRK bei Massnahmen nach dem 11. September 2001 sowie in jüngeren Urteilen bestätigt und damit gefestigt.

«The Court reiterates that it falls to each Contracting State, with its responsibility for «the life of [its] nation», to determine whether that life is threatened by a «public emergency» and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency [...]. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle better placed than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of the derogations necessary to avert it. Accordingly, in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities.»⁴¹⁹

In den Urteilen zum Putschversuch von Teilen der Armee in der Türkei in der Nacht vom 15. auf den 16. Juli 2016 gibt der EGMR der Einschätzung des türkischen *Verfassungsgerichts* zur konkreten Beurteilung des Notstands grosses Gewicht.

⁴¹⁸ *Ireland v. The United Kingdom* (Court Plenray), 5310/71 (1978), § 207; ebenso die Kommission in *Brannigan v. The United Kingdom*, 14553/89 (1991; Report), § 44.

⁴¹⁹ *A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 (2009), § 173; ebenso jüngst etwa *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, 13237/17 (2018), § 91 sowie *Şahin Alpay v. Turkey*, 16538/17 (2018), § 75.

«The Court observes that the Constitutional Court, having examined from a constitutional perspective the facts leading to the declaration of a state of emergency, concluded that the attempted military coup had posed a severe threat to the life and existence of the nation [...]. In the light of the Constitutional Court's findings and all the other material available to it, the Court likewise considers that the attempted military coup disclosed the existence of a «public emergency threatening the life of the nation» within the meaning of the Convention.»⁴²⁰

Gleichwohl betont der EGMR ununterbrochen, dass die Beurteilungsspielräume der Staaten nicht unbegrenzt sind und er sich durchaus vorbehält, als *supervisor* ergangene Urteile auch umzustossen.

«Nevertheless, the States do not enjoy an unlimited power in this respect. The Court [...] is empowered to rule on whether the States have gone beyond the «extent strictly required by the exigencies» of the crisis [...]. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision. In exercising this supervision, the Court must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation and the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation.»⁴²¹

Klar erscheint, dass es ohne einen bestimmten «Anlass» keinen Rückgriff auf Notstandsklauseln geben kann. Ein offener Missbrauch würde unseres Erachtens bereits die allgemeine «Konventionsfähigkeit» des betreffenden Staates infrage stellen. Letztlich ist die Anrufung eines Notstands eine politische Entscheidung. Und der EGMR hält sich – wie nicht bloss die türkischen Fälle es zeigen⁴²² – erst recht zurück, wenn eine (formell unabhängige) nationale Gerichtsinstanz die Sachlage bereits beurteilt hat.

⁴²⁰ *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, 13237/17 (2018), § 93 und *Şahin Alpay v. Turkey*, 16538/17 (2018), § 77.

⁴²¹ *Ireland v. The United Kingdom* (Court Plenray), 5310/71 (1978), § 207; ebenso jüngst etwa *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, 13237/17 (2018), § 91 sowie *Şahin Alpay v. Turkey*, 16538/17 (2018), § 75; mit ganz ähnlicher Formulierung *A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 (2009), § 173.

⁴²² *A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 (2009), dort jeweils mit Bezug auf die Argumente und die Entscheidung des House of Lords.

Eine praktische Erschwernis kann darin bestehen, dass Beschwerden in Zeiten eines Notstands überhaupt bis zum EGMR gelangen und damit einer Beurteilung zugänglich werden⁴²³.

Eine Notstandssituation darf unseres Erachtens nicht zu Überreaktionen führen oder (ungewollt) eine Entkernung des Rechtsstaats bewirken. Daher ist eine unabhängige «Aussensicht», welche nicht die «Not der Zeit» in den Mittelpunkt stellt, besonders wertvoll.

Auch wenn in der Politik zuweilen der «Krieg gegen den Terrorismus» postuliert⁴²⁴ wird und Medien dieser Terminologie folgen, gibt es bislang keine Praxis zu dieser Variante von Art. 15 Abs. 1 EMRK (*time of war*)⁴²⁵.

3.4. BEDEUTUNG DES NOTSTANDS UND DER NOTSTANDSFESTEN GARANTIEN

Die Anrufung des Notstands ist letztlich eine stark politisch gefärbte Entscheidung des jeweiligen Konventionsstaates. Ein besonderes Augenmerk ist daher darauf zu richten, welche rechtliche Bedeutung der Notstand erlangt und was dies mit Blick auf die notstandsfesten Konventionsgarantien bedeuten kann.

3.4.1. Erweiterung staatlicher Handlungsoptionen und ihr politischer Preis

Der Notstand lässt eine Erweiterung des Repertoires staatlicher Massnahmen zur Handhabung gefährlicher Situationen oder zur Wiederherstellung der staatlichen Ordnung zu. In der Rechtsetzung und letztlich auch in der Anwendung notrechtlicher Erlasse sind die Behörden weniger stark an grundrechtliche Schranken gebunden.

⁴²³ In diesem Sinne auch HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 806.

⁴²⁴ Zurecht kritisch zum Begriff des «war on terrorism» WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 992. Kritisch zur Gleichsetzung von Terrorismus und Organisierter Kriminalität WARDLAW, *Linkages*, S. 7 und 22 f.

⁴²⁵ REID, *Practitioner's Guide*, 43-005. Vgl. aber *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), § 101 zur Praxis in Bezug auf Art. 5 EMRK in bewaffneten Konflikten. Den Protagonisten des «war on terror» geht es nach WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 1017 auch weniger darum, «war law» zu implementieren, sondern vielmehr darum, «not law» anzuwenden.

Im Zusammenhang mit terroristischen Bedrohungen kann sich ein Rückgriff des Staates auf die Notstandsklausel nach Art. 15 EMRK indes kontraproduktiv auswirken⁴²⁶. Terroristische Aktionen dienen nicht einem Selbstzweck, sondern zielen unmittelbar auf einen medialen Effekt und mittelbar auf eine politische Veränderung ab (vgl. Ziff. III.1 und V.6.1.1). Wird manifest, dass ein Rechtsstaat einer terroristischen Bedrohung nicht mehr mit den ordentlichen Mitteln beizukommen vermag, ist dies gleichsam ein Eingeständnis von Schwäche. Das kann – umgekehrt – auch als Wirksamkeit terroristischer Handlungen⁴²⁷ gedeutet und zur Kompromittierung des Staates instrumentalisiert werden.

3.4.2. Einschränkung nicht notstandsfester Konventionsgarantien

Eine Relativierung durch zusätzliche Einschränkungen kommt selbst unter Notrecht grundsätzlich nur für die nicht notstandsfesten Garantien der EMRK infrage.

Nicht notstandsfeste Grundrechte sind beispielweise Art. 8 EMRK, welcher nach der Rechtsprechung des EGMR das Recht auf Achtung der Privatsphäre schützt (vgl. Ziff. IV.2.2) oder Art. 5 EMRK, welcher Garantien im Zusammenhang mit Festnahme oder Freiheitsentzug (detention or arrest) von Personen verankert.

Ein aus dem Schutz vermeintlich höherwertiger Rechtsgüter fließender (individual-rechtlicher) Anspruch auf eine Anwendung von Notstandsklauseln zur Einschränkung bestimmter Grundrechte besteht nicht. Auch jenes auf Freiheit und Sicherheit (so die Überschrift und der erste Satz von Art. 5 EMRK) vermittelt gerade keine positive Verpflichtung der Staaten, etwa jemanden (einen Gefährder) festzunehmen oder zu inhaftieren⁴²⁸. Die Bekämpfung von Terrorismus und anderen Herausforderungen der modernen Gesellschaft kann und soll im üblichen Rechtsrahmen erfolgen. Mit der

⁴²⁶ WILKINSON, *Terrorism versus Democracy*, S. 95: «If emergency laws are found to be needed in a particularly serious terrorist conflict the laws must be temporary, subject to frequent review by parliament, and subject to parliament's approval before any renewal.»

⁴²⁷ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 810.

⁴²⁸ WARBRICK, *Prevention of Terrorism*, S. 110, m.H. auf *Lawless v. Ireland* (No. 3), 332/57 (1961).

Geltung der normalen Erfordernisse und Regeln zur Einschränkung von Grundrechten (und darum gibt es Grundrechte!) wird einer Überreaktion wirksam vorgebeugt⁴²⁹.

Selbst wenn ein Konventionsstaat unter Berufung auf den Notstand Konventionsgarantien aussetzen will, verlangt Art. 15 EMRK, dass die zusätzliche Möglichkeit der Einschränkung von Grundrechten gemessen an einer bestimmten Lage unbedingt erforderlich ist. So hat die *Grand Chamber* in *A. and others v. The United Kingdom* einen Teil der im *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* vorgesehenen Massnahmen als unverhältnismässig beurteilt, da sie ungerechtfertigt zwischen Inländern und Ausländern diskriminierten⁴³⁰.

«[...] In particular, where a derogating measure encroaches upon a fundamental Convention right, such as the right to liberty, the Court must be satisfied that it was a genuine response to the emergency situation, that it was fully justified by the special circumstances of the emergency and that adequate safeguards were provided against abuse [...]. The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level. [...] The] question of proportionality is ultimately a judicial decision [...].»⁴³¹

Die Kommission hat in einem frühen Urteil dem Staat eine gewisse Flexibilität eingeräumt, um auch ohne öffentlichen Notstand auf bestimmte terroristische Herausforderungen reagieren zu können.

In den 1970er Jahren war der vom Vereinigten Königreich geltend gemachte Notstand räumlich auf Nordirland beschränkt. Im Fall *McVeigh et al. v. The United Kingdom* ging es um die Festnahme und Inhaftierung dreier Personen. Sie waren in der Republik Irland und in Nordirland unterwegs gewesen und hatten mit einer Fähre von Dublin nach Liverpool übergesetzt, wo sie verhaftet

⁴²⁹ Vgl. weiterführend zur Klass-Rechtsprechung WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 1004 f. sowie *Ders.*, *Prevention of Terrorism*, S. 89 ff., mit einem Vergleich des Klass-Urteils zum *Guzzardi-Urteil* des EGMR (*Guzzardi v. Italy* [Court Plenary], 7367/76 [1980]).

⁴³⁰ *A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 (2009), § 190.

⁴³¹ *A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 (2009), § 184.

wurden. Die britische Regierung berief sich in der Folge nicht auf die Notstandsklausel. Die Kommission beurteilte die gerügten Grundrechte (Art. 5 und 8 EMRK) richtigerweise ohne Einbezug von Art. 15 EMRK⁴³². Die Kommission betonte jedoch die Umstände des Falls. So sei «still [to] take into account the general context of the case, including the purpose of and general background to the legislation whose application is at issue. [...] The] Convention must be interpreted and applied in the light of present day conditions [...]. The existence of organised terrorism is a feature of modern life whose emergence since the Convention was drafted cannot be ignored any more than the changes in social conditions and moral opinion which have taken place in the same period [...]»⁴³³

Unseres Erachtens dürfen auch bei besonderen Gefährdungen die verschiedenen Ebenen des Grundrechtsschutzes nicht miteinander vermengt werden. Zusätzliche Einschränkungen nach Art. 15 EMRK erfolgen primär auf der Basis angepasster gesetzlicher Grundlagen. Damit bleiben Einschränkungen abstrakt und treffen einen breiten Kreis von Grundrechtsträgern. Ein «Mittelweg» zwischen normaler Lage und Notstand (Art. 15 EMRK) sollte auf dieser Ebene nicht eröffnet werden. Notstandsgesetze bedürfen räumlicher, zeitlicher und vor allem sachlicher Erfordernisse und Abhängigkeiten. Eine andere Frage ist es, ob auf der nachgelagerten Ebene der Prüfung der Verhältnismässigkeit konkreter Massnahmen auf die jeweiligen Hintergründe eingegangen wird. Dort eröffnen sich eher Spielräume, verschiedene Interessen gegeneinander abzuwägen.

3.4.3. Notstandsfester Art. 2 EMRK

Das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK), das Folterverbot (Art. 3 EMRK), das Sklavereiverbot (Art. 4 Abs. 1 EMRK) und das Verbot einer Bestrafung ohne Gesetz (Art. 7 EMRK) sind notstandsfest (vgl. Ziff. III.3.1). Sie bilden zudem grundrechtliche «Kerngehalte» und sind als solche an sich keiner Einschränkung zugänglich⁴³⁴.

⁴³² EKMR *McVeigh et al. v. The United Kingdom*, 8022/77, 8025/77 und 8027/77 (1981), §§ 5 und 155 f.

⁴³³ EKMR *McVeigh et al. v. The United Kingdom*, 8022/77, 8025/77 und 8027/77 (1981), § 157.

⁴³⁴ SCHEFER, Kerngehalte, S. 150.

Für Anti-Terror-Operationen sind die ersten beiden Garantien besonders relevant – wobei nachfolgend nicht näher auf Art. 3 EMRK eingegangen wird. Die Notstandsfestigkeit erfasst nach dem Wortlaut den ganzen Art. 2 EMRK. Die *per se* Notstandsfestigkeit des Rechts auf Leben schliesst damit sämtliche Gehalte des Grundrechts ein: Die positive und die negative ebenso wie die prozedurale Verpflichtung. Auch für Massnahmen gegen den Terrorismus oder gegen Terroristen sind im Rahmen von Art. 2 EMRK keine Ausnahmen zulässig.

Selbst bei Vorliegen eines «rechtmässigen Krieges» würde sich die Frage stellen, ob Ausnahmen vom Tötungsverbot für Terroristen zulässig wären – solange es sich dabei nicht um Kombattante handelt (vgl. Ziff. III.4).

Soweit notstandsfeste Grundrechtsgarantien bestehen, prüft der EGMR die Frage des Notstands nicht separat⁴³⁵. Werden im gleichen Urteil sowohl notstandsfeste als auch nicht notstandsfeste Grundrechte behandelt, geht der Gerichtshof (bloss) bei Letzteren auf den Notstand ein⁴³⁶.

Unseres Erachtens hat ein Notstand für das Recht auf Leben eine mehrfache indirekte Bedeutung: So kann ein zulässiger Notstand eine Auswirkung auf die Schranken *innerhalb* von Art. 2 EMRK zeitigen. Möglicherweise kann die Ausnahme zur Niederschlagung eines Aufruhrs oder Aufstands (Art. 2 Abs. 2 Bst. c EMRK) zum Tragen kommen. Weiter können die äusseren Gegebenheiten eine Beurteilung der absoluten Notwendigkeit des Einsatzes von Zwangsmitteln beeinflussen (vgl. Ziff. III.2.2.2). In einer Ausnahme-situation kann ein genereller Rückgriff auf physische Zwangsmittel eher zulässig sein. Dabei darf unseres Erachtens ein Notstand nicht zur abstrakten Rechtfertigung von Zwangsmitteln an sich oder des Einsatzes potentiell tödlicher Zwangsmittel im Besonderen führen. Andernfalls würde er gleichsam in die Interpretation von Art. 2 EMRK einfließen – was der Notstandsfestigkeit des Grundrechts widerspräche.

Darüber hinaus verändert sich im Notstand der weitere rechtliche Rahmen, welcher auch der Gewährleistung des Rechts auf Leben dient. Für polizeiliches Handeln können

⁴³⁵ *A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 (2009), §§ 126 ff. (zu Art. 3 EMRK).

⁴³⁶ Etwa Art. 5 in Verbindung mit Art. 15 EMRK; vgl. *A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 (2009), §§ 153 ff. (zum right to liberty and security nach Art. 5 EMRK) und §§ 173 ff. (zum public emergency nach Art. 15 EMRK).

weitergehende nationale Regeln zur Geltung kommen, welche allenfalls andere Mittel oder Möglichkeiten als in normalen Lagen erlauben.

Diese können (und sollen) einen Rückgriff auf Zwangsmittel minimieren. Etwa, indem Überwachungen in weiterem Rahmen zulässig (und allenfalls geboten) sind. Oder indem andere Grundrechte eingeschränkt werden, um den Notstand beenden zu können.

4. HUMANITÄRES VÖLKERRECHT UND INTERNATIONALE MENSCHENRECHTSKONVENTIONEN

Aus der Interpretation des Begriffs der Herrschaftsgewalt (*jurisdiction*) gemäss der jüngeren Rechtsprechung des EGMR kann unter Umständen eine auch extra-territoriale Geltung von Art. 2 EMRK resultieren (vgl. Ziff. III.2.5). Soweit damit Handlungen von Konventionsstaaten in internationalen bewaffneten Konflikten erfasst werden, ist eine Überlappung zwischen Humanitärem Völkerrecht (*International Humanitarian Law, IHL*) und internationalen Menschenrechtsgewährleistungen (*International Human Rights Law, IHRL*) denkbar.

Das zuweilen heikle und umstrittene Verhältnis zwischen IHL und IHRL kann nachfolgend weder umfassend dargestellt noch können bestehende Konflikte gelöst werden. Es sollen aber mögliche Einflüsse der Gemengelage für polizeiliches Handeln aufgezeigt werden. Dabei wird vereinfachend der These gefolgt, dass unter dem IHRL nicht zulässig sein kann, was unter dem IHL verboten wäre.

4.1. WANDEL VON KONFLIKTFORMEN

Konventionelle Kriege werden (nach Lehrbuch) von Staaten respektive von staatlichen Streitkräften gegeneinander geführt. Für die Kriegführung im eigentlichen Sinne (*ius in bello*⁴³⁷) stellen insbesondere die *Haager Konventionen* von 1907 äussere Regeln auf. Die als Reaktion auf den Zweiten Weltkrieg geschlossenen *Genfer Abkommen* (GA I-IV) verankern weitere völkerrechtliche Grundsätze für bewaffnete Konflikte. Im vorliegenden Zusammenhang stehen die Regeln zum Schutz von Menschenleben und

⁴³⁷ Zur Unterscheidung zwischem dem «ius ad bellum» («describing the law governing the decision to wage war») und dem «ius in bello» («describing the rules applied to conduct in war») vgl. SEIFERT, *Rewriting the RoE*, S. 841 (m.w.H.).

insbesondere von Zivilisten im Vordergrund. Mit den beiden zusätzlichen Protokollen aus dem Jahr 1977 ist der Schutz der Zivilbevölkerung verstärkt worden – wobei zwischen dem bewaffneten internationalen Konflikt (*international armed conflict*, IAC) und dem bewaffneten nicht-internationalen Konflikt (*non international armed conflict*, NIAC) unterschieden wird (vgl. Ziff. III.4.2).

Moderne, bewaffnet ausgetragene Konflikte oder Konfliktformen unterscheiden sich zuweilen stark von konventionellen zwischenstaatlichen Kriegen. Bei nicht internationalen bewaffneten Konflikten stehen sich nicht Staaten mit ihren regulären Streitkräften direkt gegenüber (symmetrischer Konflikt), sondern irreguläre nicht-staatliche Akteure fordern das staatliche Gewaltmonopol auf verschiedenen Ebenen heraus (asymmetrischer oder hybrider Konflikt)⁴³⁸.

Es wird zunehmend bezweifelt, ob das IHL für moderne Konfliktformen zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren Geltung beanspruchen kann⁴³⁹. Dabei geht es nicht nur um die rechtliche Herausforderung, nicht staatliche bewaffnete Gruppierungen an das IHL zu binden⁴⁴⁰, sondern im Kern um ein politisches Dilemma: Nicht-staatliche Akteure – insbesondere para-militärische Gruppierungen oder grössere Terror-Organisationen – haben schlicht keinen Anreiz, sich an das IHL zu halten. Im Reflex sind die Staaten (respektive die Politik) nicht mehr gewillt, dies einseitig zu tun⁴⁴¹.

Die Frage nach der Tauglichkeit des IHL bei modernen Konfliktformen ist unseres Erachtens zu unterscheiden von der Frage des Geltungsbereichs der EMRK. Garantien aus Art. 2 EMRK greifen dann, wenn staatliche Herrschaftsgewalt (*jurisdiction*) gemäss Art. 1 EMRK ausgeübt wird (vgl. Ziff. III.2.5). Insofern erscheint eine gewisse Schematisierung durchaus geboten.

⁴³⁸ Dass nicht-staatliche Akteure dabei von fremden Staaten unterstützt werden können (sei es finanziell, materiell oder anderweitig), spielt für die Konfliktform vorderhand keine Rolle.

⁴³⁹ Vgl. zu verschiedenen Problemstellungen CRANE/REISNER, *Jousting at Windmills*, S. 68 sowie etwa BLANK/GUIORA, *Teaching old Dogs New Tricks*, S. 61 ff. oder BELZ, *War on International Terror*, insb. S. 113 ff. (aus einer law and economics Sicht).

⁴⁴⁰ KLEFFNER, *Organised Armed Groups*, S. 63 f. sowie DERS., *Human Rights and International Humanitarian Law*, S. 52 (§ 34).

⁴⁴¹ BELZ, *War on International Terror*, S. 98.

Das *ius in bello* (zur klassischen Kriegführung) bildet den wohl etabliertesten und verbindlichsten Teil⁴⁴² des Rechts für bewaffnete Konflikte (*law of armed conflicts, LOAC*). Das LOAC wird oft mit dem IHL gleichgesetzt. Nach hier vertretenem Verständnis ist das IHL in einem weiten Sinne zu verstehen. Also nicht etwa nur als Gefäß von Normen mit direktem Bezug zu bewaffneten Konflikten, sondern als völkerrechtlicher Rahmen mit direktem oder indirektem Bezug zur Ausübung von Gewalt in Konflikten⁴⁴³.

Mit dem Wandel der Konfliktformen werden Unterschiede zwischen dem *ius in bello* und dem weiter reichenden IHL deutlich. Gleichzeitig entstehen insbesondere im Bereich der Ausübung polizeilichen Zwangs (insbesondere durch Streitkräfte) verstärkt Schnittstellen vom IHL zu den grundrechtlichen Gewährleistungen der Staaten respektive zum IHRL, welche in dieser Art für das *ius in bello* nicht bestehen.

4.2. SCHUTZ VON ZIVILISTEN

Das IHL als spezifisches Völkerrecht setzt die Konflikteilnahme einer «armed force of some sort»⁴⁴⁴ voraus. Der Begriff der bewaffneten Streitkräfte (*armed forces*) ist insbesondere bei polizeilichem Handeln (*law enforcement*) im Rahmen bewaffneter Konflikte nicht auf reguläre Streitkräfte beschränkt. Verlangt wird, dass Streitkräfte «a certain degree of control over territory» ausüben⁴⁴⁵.

Für den Umgang mit Kombattanten (in der Regel Angehörige der Streitkräfte)⁴⁴⁶ sowie für den Schutz der Zivilbevölkerung⁴⁴⁷ bei der Kriegführung sind insbesondere die *Genfer Abkommen* einschlägig. Die Protokolle I and II verstärken den Schutz der Zivilbevölkerung⁴⁴⁸.

⁴⁴² Weiterführend LESH, *Conduct of hostilities*, S. 101.

⁴⁴³ In einem solchen Sinne auch LESH, *Conduct of hostilities*, S. 100.

⁴⁴⁴ SCHMITT, *Status of Opposition Fighters*, S. 126.

⁴⁴⁵ SCHMITT, *Status of Opposition Fighters*, S. 120; zu den historischen Hintergründen S. 121 ff.

⁴⁴⁶ Geneva Convention I.

⁴⁴⁷ Geneva Convention IV, Protocol I sowie Protocol II.

⁴⁴⁸ Der Schutz der Zivilbevölkerung ist bereits in der Geneva Convention IV hinsichtlich armed conflicts angelegt. Vgl. weiterführend GILLARD, *Protection of civilians in the conduct of hostilities*, S. 158.

Die Genfer Abkommen aus dem Jahr 1949 bestehen aus vier Teilen. Sie betreffen die Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde (GA I), die Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See (GA II), die Behandlung der Kriegsgefangenen (GA III) und den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (GA IV). Die Abkommen sind von 196 Staaten⁴⁴⁹ ratifiziert und gelten damit global.

Das Vertragswerk wurde verstärkt mit dem Zusatzprotokollen von 1977 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (*Protokoll I*)⁴⁵⁰ und über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (*Protokoll II*)⁴⁵¹. Damit sollte verändernden Konfliktformen Rechnung getragen werden. Die beiden Protokolle führten zu einer Unterscheidung zwischen internationalen oder nicht-internationalen bewaffneten Konflikten⁴⁵².

Ein für das IHL prägende Grundsatz⁴⁵³ verlangt nach der Unterscheidung⁴⁵⁴ zwischen Kombattanten und Zivilisten⁴⁵⁵. Zivilistinnen und Zivilisten dürfen im Grundsatz weder angegriffen noch getötet werden. Umgekehrt geniessen sie aber auch kein «Kombattantenprivileg», welches ihnen im bewaffneten Konflikt Angriffshandlungen auf gegnerische Kombattante erlauben und sie deswegen vor Strafverfolgung schützen würde. Begehen sie Verbrechen oder Vergehen, sind sie dafür persönlich verantwortlich.

⁴⁴⁹ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, <https://ihl-databases.icrc.org> (besucht am 12. April 2021).

⁴⁵⁰ Das Protocol I wurde von 174 Staaten ratifiziert, darunter allen Europaratsstaaten ausser der Türkei.

⁴⁵¹ Das Protocol II wurde von 169 Staaten ratifiziert, darunter allen Europaratsstaaten ausser der Türkei.

⁴⁵² Vgl. an den Beispielen der gewaltsamen russischen Annexion der Krim (bewaffneter internationaler Konflikt) sowie des Bürgerkriegs in der Ost-Ukraine (bewaffneter nicht-internationaler Konflikt) REEVES/WALLACE, «Little Green Men», S. 380 ff.

⁴⁵³ Zu den weiteren Grundsätzen vgl. LESH, *Conduct of hostilities*, S. 100 (m.w.H.).

⁴⁵⁴ Art. 48 Protocol I (Basic rule): «In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.»

⁴⁵⁵ JENSEN, *Direct Participation in Hostilities*, S. 87; BLANK/GUIORA, *Teaching old Dogs New Tricks*, S. 54 f.; weiterführend GILLARD, *Protection of civilians in the conduct of hostilities*, S. 159.

Dies gilt auch für Verbrechen nach dem *Römer Statut*. Es bestehen zwar teilweise Einschränkungen auf Kriegshandlungen (vgl. Art. 8 Abs. 2 Bst. d und f des Römer Statuts), jedoch nicht im persönlichen Sinne auf Angehörige von Streitkräften. Selbst eine Führungsverantwortung (*command responsibility*) für Zivilisten ist denkbar, wenn sie tatsächliche Befehls- beziehungsweise Führungsgewalt (*effective authority and control*) ausüben (vgl. Art. 28 zur Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter).

Die *Genfer Abkommen* verwenden zwar den Begriff der Zivilpersonen, enthalten aber selber keine eigentliche Definition dieses für das ganze IHL zentralen Begriffs. Auch das Protokoll II definiert den Zivilistenstatus nicht⁴⁵⁶. Das Protokoll I umschreibt ihn in Art. 50 Abs. 1 negativ:

Zivilperson ist jede Person, die keiner der in Artikel 4 Buchstabe A Absätze 1, 2, 3 und 6 des III. Abkommens und in Artikel 43 dieses Protokolls bezeichneten Kategorien angehört. Im Zweifelsfall gilt die betreffende Person als Zivilperson.

Daran anknüpfend lässt sich der Begriff der Zivilisten für den bewaffneten *internationalen* Konflikt aus- und festlegen. Richtigerweise wird der so bestimmte Zivilistenbegriff darüber hinaus auch als Anknüpfungspunkt für den Schutz von Zivilisten bei *nicht-internationalen* bewaffneten Konflikten herangezogen.

Rechtmässige kriegerische Handlungen (*lawful acts of war* nach LOAC)⁴⁵⁷ richten sich gegen militärische Ziele: also insbesondere gegen gegnerische Kombattante, welche angegriffen und grundsätzlich getötet werden dürfen. Dies bedeutet indes nicht, dass sich im Umkehrschluss mit dem für Streitkräfte geltenden LOAC das weitere IHL verdrängen liesse – dem steht der Grundsatz der Unterscheidung gerade entgegen.

Aus dem Prinzip der Unterscheidung folgt, dass letztlich die Definition als Kombattante unter IHL entscheidend dafür ist, ob gegenüber einer Person *ohne Weiteres* Gewalt (bis hin zur erlaubten Tötung) ausgeübt werden darf oder nicht. Umgekehrt können sich grundsätzlich für alle Personen Schutzansprüche ergeben, welche nicht als kombattant

⁴⁵⁶ Vgl. weiterführend zu Protocol II SCHMITT, Status of Opposition Fighters, S. 120 (mit Fn. 11).

⁴⁵⁷ HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 203 (e contrario).

gelten⁴⁵⁸. Im Zweifelsfall genießt ein möglicher Schutzanspruch den Vorrang (deutlich das Protokoll I in Art. 50 Abs. 1 sowie für die Zivilbevölkerung Abs. 3).

4.3. WEITERE INTERNATIONALE ÜBEREINKOMMEN

Weitere internationale Übereinkommen knüpfen teilweise an die *Genfer Abkommen* an. Damit kommen sie bei bewaffneten (internationalen oder nicht-internationalen) Konflikten ebenfalls zur Geltung. Sie ergänzen entsprechend das LOAC für die verpflichteten Staaten.

So verbietet beispielweise die *Convention on Certain Conventional Weapons* (CCWC) der UNO die Verwendung besonderer Arten von Waffen. Dies aber – nach ausdrücklichem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 CCWC – nur «in the situations referred to in Article 2 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 [...]». Abs. 2 ergänzt, dass die «Convention and its annexed Protocols shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence, and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts». Die genannten Situationen werden zumindest nach dem Wortlaut quasi «absolut» ausgenommen.

So gelten die Verbote von Waffen mit nicht entdeckbaren Splintern (Protokoll I), Landminen, Sprengfallen und anderen Vorrichtungen (Protokoll II), Brandwaffen (Protokoll III), bestimmte Laserwaffen (Protokoll IV) sowie die Verpflichtungen zur Beseitigung explosiver Kampfmittelrückstände (Protokoll IV) für bewaffnete Konflikte – sofern sie von den Staaten ratifiziert worden sind.

Darüber hinaus können unseres Erachtens völkerrechtliche Übereinkommen für die verpflichteten Staaten auch ohne direkten Bezug zu bewaffneten Konflikten den relevanten Rechtsrahmen für den Einsatz bewaffneter Kräfte bestimmen. Zu denken ist an allgemeine Verbote von Waffen, technischem Gerät, Substanzen oder Materialien.

⁴⁵⁸ GILLARD, Protection of civilians in the conduct of hostilities, S. 159. Oder mit BLANK/GUIORA, Teaching old Dogs New Tricks, S. 63: «LOAC defines civilians as all persons in an international armed conflict who are not combatants. In non-international armed conflict, civilians are all persons who are not members of armed forces or armed groups.»

Ein Beispiel ist das Übereinkommen über das Verbot von Streumunition⁴⁵⁹. Es verbietet jegliche Verwendung, Lagerung, Herstellung und Weitergabe solcher Munition. Art. 1 Abs. 1 legt die allgemeinen Pflichten der Staaten und den Geltungsbereich des Abkommens in einem sehr allgemeinen und weiten Rahmen fest:

Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, unter keinen Umständen jemals:

(a) Streumunition einzusetzen;

(b) Streumunition zu entwickeln, herzustellen, auf andere Weise zu erwerben, zu lagern, zurückzubehalten oder an irgendjemanden unmittelbar oder mittelbar weiterzugeben;

(c) irgendjemanden zu unterstützen, zu ermutigen oder zu veranlassen, Tätigkeiten vorzunehmen, die einem Vertragsstaat aufgrund dieses Übereinkommens verboten sind.

Sofern und soweit solche internationalen Übereinkommen für die Staaten direkt verpflichtend sind, gelten sie auch für *polizeiliche Operationen* und die *Anwendung polizeilichen Zwanges* im Allgemeinen. Sprich der völkerrechtliche Rahmen bindet die Staaten als solche – unabhängig davon, ob sie mit Streitkräften oder polizeilichen Sicherheitskräften agieren.

4.4. TEILWEISES NEBENEINANDER DER VERSCHIEDENEN RECHTSGRUNDLAGEN

Nachfolgend wird davon ausgegangen, dass das IHL keinen «monolithischen Block» bildet, welcher neben dem IHRL steht und dieses im Grundsatz verdrängt⁴⁶⁰. So kann unseres Erachtens das IHL als generelle *Auslegungshilfe* insbesondere von Art. 2 EMRK dienen. Dies allerdings nicht im Sinne des Ermöglichens von Eingriffen in das Recht auf Leben, sondern in *eingriffsbeschränkendem* Sinn als äusserste Grenze. Umgekehrt kann die EMRK nach der jüngeren Rechtsprechung des EGMR selbst in *bewaffneten*

⁴⁵⁹ Übereinkommen über Streumunition vom 30. Mai 2008 (SR 0.515.093).

⁴⁶⁰ Vgl. weiterführend GAGGIOLI GASTEYGER/KOLB, Right to Life in Armed Conflicts, S. 116 ff.

Konflikten punktuell Geltung beanspruchen und damit ebenfalls begrenzend und machtmisbrauchsverhindernd⁴⁶¹ wirken.

4.4.1. Einbezug völkerrechtlicher Normen zur Auslegung von Art. 2 EMRK

Üblicherweise stellen sich bei der Polizeiarbeit (vgl. Ziff. IV.3.1) keine Konkurrenzfragen zwischen IHL und IHRL. Selbst bei Geiselnahmen oder Anti-Terror-Operationen wird in der Regel zurecht keine Anknüpfung an das IHL erwogen.

In *McCann and others v. The United Kingdom* (1995) ging es um eine geplante und koordinierte Aktion der Sicherheitskräfte. Der Einsatz von konkreten Zwangsmitteln (Schusswaffen) gegenüber den drei (auf terroristischen Pfaden wandernden) Zivilisten ist durch Angehörige der SAS, einer militärischen Einheit erfolgt. Die Sicherheitskräfte waren an die nationalen Rechtsgrundlagen des Vereinigten Königreichs (repektive des Überseeterritoriums Gibraltar) gebunden. Die *Grand Chamber* hat die mögliche Anwendung von IHL richtigerweise nicht geprüft.

In *Isayeva v. Russia* (2005) verzichtet der EGMR auf eine Erwähnung des IHL – obwohl Hinweise darauf aufgrund des Sachverhalts (Bombardierung eines Dorfes im Rahmen des Tschetschenien-Konflikts) an sich naheliegend gewesen wären.

Anders das Urteil *Tagayeva v. Russia* (2017), wo der EGMR auf das IHL hinweist⁴⁶² und – zaghaf – in seine Erwägungen einbezieht.

Die Täterschaft bestand aus einer rund 30-köpfigen Gruppe von Terroristen. Diese hatte sich zuerst in Inguschetien einer mehrwöchigen Ausbildung unterzogen, bevor sie in krimineller Absicht mit einem Lastwagen rund 35 Kilometer über die Verwaltungsgrenze nach Beslan in der Teilrepublik Nord-Ossetien fuhr⁴⁶³. Damit bestand kein offensichtlicher Anknüpfungspunkt für das IHL.

⁴⁶¹ Zum Argument der Verhinderung des Machtmisbrauchs vgl. – *mutatis mutandis* – UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, CCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001, § 3.

⁴⁶² *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 468 ff.

⁴⁶³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 19 und 488.

Weder wurde in Nord-Ossetien ein bewaffneter Konflikt ausgetragen noch hatte Russland sich auf einen Notstand berufen.

Der EGMR untersucht zudem die mögliche Anwendung des *CCWC-Protocol III* (Prohibitions or Restrictions on the Use of Incendiary Weapons). Bestimmte Waffen gelten als übermässig verletzend oder haben unkontrollierbare Auswirkungen (vgl. Ziff. IV.3.3.3 und V.3.4). Allerdings stellen sich dem Gerichtshof schwierige Beweisfragen⁴⁶⁴. Auf die Verwendung unzulässiger Einsatzmittel geht er in der Folge nicht mehr ein, sondern kehrt die Fragestellung unter dem Gesichtspunkt der Risikominimierung um: «[...] The] evidence establishes a prima facie claim that the State agents used indiscriminate weapons upon the building while the terrorists and hostages were intermingled. Accordingly, it seems impossible that it could be ensured that the risk to the hostages could be avoided or at least minimised.»⁴⁶⁵

Der Hinweis, dass Russland das Protokoll I zu den Genfer Abkommen und die CCWC ratifiziert hat⁴⁶⁶ ist ein erstes Signal dafür, dem IHL einen Anwendungsbereich zu eröffnen. Dass der Gerichtshof der Einschränkung im CCWC («in the situations referred to in Article 2 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 [...]») eine geringe Bedeutung beimisst, erscheint angebracht. Es geht nämlich nicht um die Ausdehnung des Geltungsbereichs des CCWC *contra verbi legem*, sondern um die Auslegung von Art. 2 EMRK mit Blick auf die absolute Notwendigkeit. Was im bewaffneten Konflikt unzulässig ist, kann unseres Erachtens ausserhalb von Kriegs- und Notstandslagen nicht als verhältnismässig gelten.

Argumentativ im Schatten der Pflicht zur Risikominimierung steht die Feststellung, dass die staatlichen Sicherheitskräfte unzulässige Einsatzmittel (*indiscriminate weapons*) verwendet haben. Dies ist unseres Erachtens genau so bedauerlich wie letztlich die Betonung des ungenügenden nationalen Rechtsrahmens für die ganze Operation⁴⁶⁷. Das

⁴⁶⁴ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 587 f.

⁴⁶⁵ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 589.

⁴⁶⁶ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 470.

⁴⁶⁷ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 584 ff.

Urteil hätte durchaus mutiger sein können: Die Verwendung gewisser schwerer Mittel war unseres Erachtens völkerrechtlich schlichtweg unzulässig.

4.4.2. Bedeutung von Art. 2 EMRK in bewaffneten Konflikten

Mit der Auslegung von Art. 1 EMRK zur Ausübung hoheitlicher Gewalt der Konventionsstaaten (vgl. Ziff. III.2.5.1) hat die *Grand Chamber* Art. 2 EMRK geografisch in Gebiete ausserhalb Europas und inhaltlich in die Domäne des IHL «exportiert». Damit kann es verstärkt zu einem «Nebeneinander» von IHL und IHRL kommen.

Der *UNO-Menschenrechtsrat* unterstreicht die Möglichkeit paralleler Anwendung von IHL und IHRL für den UNO-Pakt II mit dem Hinweis, dass «[...] the Covenant applies also in situations of armed conflict to which the rules of international humanitarian law are applicable. While, in respect of certain Covenant rights, more specific rules of international humanitarian law may be especially relevant for the purposes of the interpretation of Covenant rights, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive.»⁴⁶⁸

Bereits in ihrem Urteil *Varnava and others v. Turkey* ist die *Grand Chamber* davon ausgegangen, dass es eine grosse Nähe zwischen IHL und IHRL geben kann. Der Gerichtshof scheint – unseres Erachtens richtigerweise – davon auszugehen, dass für eigentliche Kampfhandlungen das IHL Platz greifen würde – dass aber das Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK anwendbar bleibt, sobald sich Kampfhandlungen räumlich entfernen oder sie zeitlich abgeschlossen sind.

Im Fall ging es um Ereignisse im Zusammenhang mit Operationen des türkischen Militärs auf (Nord-) Zypern im Jahr 1974. Zu beurteilen war das Verschwinden von 9 Personen. «Article 2 must be interpreted in so far as possible in light of the general principles of international law, including the rules of international humanitarian law which play an indispensable and universally accepted role in mitigating the savagery and inhumanity of armed conflict [...]. The Court therefore concurs [...] in holding that in a zone of international

⁴⁶⁸ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 May 2004, § 11.

conflict Contracting States are under obligation to protect the lives of those not, or no longer, engaged in hostilities. This would also extend to the provision of medical assistance to the wounded; where combatants have died, or succumbed to wounds, the need for accountability would necessitate proper disposal of remains and require the authorities to collect and provide information about the identity and fate of those concerned, or permit bodies such as the ICRC to do so.»⁴⁶⁹

Im konkreten Fall «these disappearances occurred in life-threatening circumstances where the conduct of military operations was accompanied by widespread arrests and killings. Article 2 therefore imposes a continuing obligation on the respondent Government to account for the whereabouts and fate of the missing men in the present case; if warranted, consequent measures for redress could then be effectively adopted»⁴⁷⁰. The Government has «not put forward any materials or concrete information that would show that any of the missing men were found dead or were killed in the conflict zone under their control. Nor is there any other convincing explanation as to what might have happened to them that might counter the applicants' claims that the men disappeared in areas under the respondent Government's exclusive control»⁴⁷¹.

Im Urteil *Hassan v. The United Kingdom* (vgl. Ziff. III.2.5.1.c und III.4.4.2) ist die *Grand Chamber* unseres Erachtens einen Schritt weiter gegangen. Bei der Prüfung einer (dann aber verneinten) Verletzung von Art. 5 EMRK hat sie betont, dass die EMRK auch bei internationalen bewaffneten Konflikten – kontextbezogen – Geltung erlangt.

«Nonetheless, and consistently with the case-law of the International Court of Justice, the Court considers that, even in situations of international armed conflict, the safeguards under the Convention continue to apply, albeit interpreted against the background of the provisions of international humanitarian law. By reason of the co-existence of the safeguards provided by international

⁴⁶⁹ *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009), § 185, m.H. auf die *Genfer Abkommen* sowie die *Protokolle*.

⁴⁷⁰ *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009), § 186.

⁴⁷¹ *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009), § 186.

humanitarian law and by the Convention in time of armed conflict, the grounds of permitted deprivation of liberty [...] should be accommodated, as far as possible, with the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a risk to security under the Third and Fourth Geneva Conventions. The Court is mindful of the fact that internment in peacetime does not fall within the scheme of deprivation of liberty governed by Article 5 of the Convention without the exercise of the power of derogation under Article 15 [...]. It can only be in cases of international armed conflict, where the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a threat to security are accepted features of international humanitarian law, that Article 5 could be interpreted as permitting the exercise of such broad powers. [...] As regards procedural safeguards, the Court considers that, in relation to detention taking place during an international armed conflict, Article 5 §§ 2 and 4 must also be interpreted in a manner which takes into account the context and the applicable rules of international humanitarian law.»⁴⁷²

Dabei half das «formale» Argument, dass das *Vereinigte Königreich* als betroffener Konventionsstaat sich nicht auf die Geltung des LOAC berufen hatte.

«[The] Court does not consider it necessary for a formal derogation to be lodged, the provisions of Article 5 will be interpreted and applied in the light of the relevant provisions of international humanitarian law only where this is specifically pleaded by the respondent State. It is not for the Court to assume that a State intends to modify the commitments which it has undertaken by ratifying the Convention in the absence of a clear indication to that effect.»⁴⁷³

Wenn der Geltungsbereich sowohl des IHRL als auch des IHL eröffnet sind⁴⁷⁴, sich die jeweiligen Anforderungen aber inhaltlich nicht widersprechen, stellen sich (mangels «Kollision») keine praktischen Probleme. So sind etwa die Folter oder eine unmensch-

⁴⁷² *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), §§ 104 und 106.

⁴⁷³ *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), §§ 107 und dazu HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 202 f.

⁴⁷⁴ HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 203.

liche Behandlung nach beiden völkerrechtlichen Grundlagen verboten⁴⁷⁵; für staatliche Sicherheitskräfte resultieren in jedem Fall entsprechende Handlungsgrenzen.

Im Zusammenhang mit der Beurteilung des Einsatzes von Zwangsmitteln ist davon auszugehen, dass Art. 2 EMRK grundsätzlich strenger ist als es die Regelungen gemäss dem IHL sind⁴⁷⁶.

Der EGMR löst die Frage indirekt über den Geltungsbereich der EMRK, indem er die Herrschaftsgewalt von Konventionsstaaten nach Art. 1 EMRK extra-territorial greifen lässt. Wird sie bejaht, greift die Konvention grundsätzlich – es sei denn, der Staat befinde sich im Krieg. Aus diesem Grund wird der Gerichtshof unseres Erachtens auch nicht vom Entscheid *Branković and others v. Belgium and others* (GC/AD) abrücken. Im Gegenteil bildet das Urteil eher eine notwendige Trennlinie zu einem Kernbereich des IHL. Die massgebliche Frage ist, ob es sich bei der angegriffenen Fernsehstation um ein legitimes militärisches Ziel gehandelt hat (vgl. Ziff. III.2.5.1). Diese Frage ist nach IHL zu beantworten.

Art. 2 EMRK verlangt damit Geltung, wenn und soweit die Konventionsstaaten eine Herrschaftsgewalt ausüben. Das ist bei polizeilichem Handeln (*law enforcement*) der Fall. Ob sie das mit ihren regulären Streitkräften oder mit anderen Sicherheitskräften⁴⁷⁷ tun, ist nicht relevant für eine Bindung an die konventionsrechtlichen Garantien. Damit verwischen sich die Grenzen zwischen allgemeiner Polizeitätigkeit (*ordinary policing*), welche auch während bewaffneter Konflikte stattfindet, und (direkter) Teilnahme am Konflikt⁴⁷⁸. Dies insbesondere dann, wenn den Streitkräften die Erfüllung polizeilicher Aufgaben obliegt⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ ZWANENBURG, *Peace Operations*, S. 163.

⁴⁷⁶ Vgl. ZWANENBURG, *Peace Operations*, S. 163 ff. sowie generell für das HRL HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 202 («more demanding»).

⁴⁷⁷ So gibt es beispielweise in jüngerer Zeit verstärkt Berichte darüber, dass Konventionsstaaten mit von «ihren» militärischen Kräften in die bewaffneten Konflikte in Syrien und Libyen eingreifen.

⁴⁷⁸ Vgl. auch HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 200 f.

⁴⁷⁹ Dann kann es auch keinen «Rückzug» der Staaten in das Sachgebiet des IHL geben. In diesem Sinne wohl *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), *Concurring opinion* of judge Bonello, § 33: «I believe that it ill suits the respondent Government to argue, as

Es dürfte daher kaum ein Zufall sein, dass die drei jüngeren Fälle die Situation im Irak betroffen haben. Die Operation «*Iraqi Freedom*» (Dritter Golfkrieg) begann am 19. März 2003. Am 14. April 2003 erklärten die U.S.A. den Krieg nach der Einnahme von Tikrit (Geburtsort von Saddam Hussein nördlich von Bagdad) für beendet. Die verbliebenen irakischen Streitkräfte wurden im Mai 2003 aufgelöst. Es folgten verschiedene Aufstände mit mehreren grösseren militärischen Operationen der Koalitionstruppen.

Eine exakte Grenze zwischen IHL und IHRL, zu welchem insbesondere die EMRK und dem UNO-Pakt II gehören, lässt sich nicht mehr klar ziehen⁴⁸⁰. Die Gründe für die Überschneidung⁴⁸¹ von IHL und IHRL sind «komplementär» und liegen sowohl in der inhaltlichen Weiterentwicklung des IHL als auch in der Regelungslücke des IHRL bezüglich moderner Konfliktformen⁴⁸².

In den jüngeren Fällen zur territorialen Ausdehnung der Verantwortlichkeit der Konventionsstaaten durch die *Grand Chamber* stand inhaltlich jeweils die *prozedurale* Verpflichtung nach Art. 2 EMRK infrage⁴⁸³. Die Untersuchungspflicht (welche auch das LOAC kennt⁴⁸⁴) zielt darauf ab, die genauen Todesumstände aufzuklären. Die (weitergehende) Frage der Rechtmässigkeit einer Tötung (*lawful* oder *unlawful killing*) bleibt

they have, that their inability to secure respect for all fundamental rights in Basra gave them the right not to respect any at all».

⁴⁸⁰ Kritsch gegenüber der nicht ganz klaren Abgrenzung im Fallrecht des EGMR HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 194: The «impression is created that the Court looks at the overall picture and focuses on one particular element as being problematic», und insbesondere am Beispiel *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005): «[...] Presumably] someone or something could be the lawful target of attack. Who or what could be targeted and on what basis?». zum «Lex Specialis Ansatz» (für das IHL) vgl. etwa LESH, *Conduct of hostilities*, S. 107 f. oder ZWANENBURG, *Peace Operations*, S. 166 ff.

⁴⁸¹ WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 1006.

⁴⁸² WARBRICK, *Prevention of Terrorism*, S. 88: «unwillingness to draw the distinction between irregular warfare and recourse to terrorism» (sowie dezentem Hinweis, dass man für Piraterie durchaus Sonderregeln habe schaffen können, S. 89).

⁴⁸³ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 95; *Hassan v. The United Kingdom* (GC), 29750/09 (2014), § 59; *Jaloud v. The Netherlands* (GC), 47708/08 (2014), § 157.

⁴⁸⁴ HAMPSON, *Article 2 during armed conflict*, S. 206.

dabei *prima vista* offen – sie spielt aber mittelbar eine Rolle, sofern sich eine Untersuchung als wirksam erweist.

In *Jaloud v. The Netherlands* zweifelten sieben Richter an der dem EGMR daraus erwachsenden Rolle⁴⁸⁵: «The key question before the Netherlands appeal court was whether the officer should face charges, depending on whether he had or had not acted in compliance with the instruction on the use of force. Under the procedural obligation of Article 2 of the Convention, it is crucial that a judicial authority, in determining whether a serviceman should face further charges or whether he had acted in a justifiable manner within the instructions on the use of force, has the proper information at its disposal. The Arnhem Court of Appeal should have had at its disposal the full witness statements that were taken after the incident, but it appears that only a rather selective summary of these were present in the court file. While it cannot be speculated whether the court of appeal would have reached another conclusion had it been in a position to read all of the witness statements, this is a serious flaw in the quality of the investigation. So far we agree with the position taken by the majority of the Grand Chamber. However, we respectfully regret that the Grand Chamber also found it appropriate to scrutinise the investigations in Iraq in such a painstaking way that eyebrows may be raised about the role and competence of our Court.»⁴⁸⁶

4.4.3. Notstand in Kriegszeiten als Scharnier?

Die Notstandsregel nach Art. 15 EMRK (vgl. Ziff. III.3.1) erwähnt auch Krieg als Grund für die Aussetzung von Konventionsgarantien. Das Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK ist indes notstandsfest (vgl. Ziff. III.3.4.3).

Aus dem Urteil *Hassan v. The United Kingdom* (vgl. Ziff. III.4.4.2) folgt an sich, dass der Gerichtshof das IHL überhaupt nur dann berücksichtigen würde, wenn ein Konventionsstaat sich insbesondere im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt auf ein

⁴⁸⁵ Dazu auch HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 209.

⁴⁸⁶ *Jaloud v. The Netherlands* (GC), 47708/08 (2014), *joint concurring opinion* der judges Casadevall, Berro-Lefèvre, Šikuta, Hirvelä, López Guerra, Sajó und Silvis, § 5.

Aussetzen von Konventionsgarantien beruft⁴⁸⁷. Dann würde erst die Berufung auf den Notstand nach Art. 15 EMRK den Anwendungsbereich des IHL überhaupt eröffnen.

Von der Eröffnung des Anwendungsbereichs des IHL hängt es unseres Erachtens entscheidend ab, ob schwerste *Offensivmittel* (vgl. Ziff. IV.3.3.3.a) wie Artillerie und Luftschläge (gegen legitime Ziele) zulässig sind⁴⁸⁸. Insofern vermag das IHL in beschränktem Rahmen die Rechtsgrundlagen für einen besonderen Mittelansatz bereitzustellen – vorausgesetzt, dass damit Kombattante bekämpft und Zivilisten geschont werden⁴⁸⁹.

4.5. BEDEUTUNG DES HUMANITÄREN VÖLKERRECHTS

Das System der *Genfer Abkommen* verankert die grundlegende Unterscheidung zwischen Kombattanten und Zivilisten völkerrechtlich. Den Protokollen (I und II) liegt das Konzept zweier Typen von bewaffneten Konflikten zugrunde. Die doppelte Typisierung vermochte vor allem bei bewaffneten Auseinandersetzungen innerhalb von Staaten nie ganz zu überzeugen. Je nach Wesen oder Gestalt der Beteiligten und der Art der Ausprägung eines innerstaatlichen Konflikts kann die Anwendung der Rechtsgrundlagen des IHL für eine Zwangsanwendung umstritten oder unbefriedigend sein⁴⁹⁰. Nach der Rechtsprechung des EMGR (zum räumlichen Geltungsbereich der Konvention) beansprucht Art. 2 EMRK seinen Platz (vgl. Ziff. III.2.5.1).

IHRL und IHL unterscheiden sich voneinander: Es gelten verschiedene *Massstäbe* hinsichtlich des Schutzes menschlichen Lebens als Rechtsgut, hinsichtlich der Wahrung der Verhältnismässigkeit sowie hinsichtlich der Untersuchungspflicht⁴⁹¹.

Bei einem bewaffneten *internationalen* Konflikt fällt es leichter, das IHL (respektive hier: das LOAC) anzuwenden und seine Bedeutung zu erkennen. Beim *nicht internationalen* bewaffneten Konflikt ist dies bedeutend schwieriger.

⁴⁸⁷ So HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 203 f.

⁴⁸⁸ Ebenso HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 206.

⁴⁸⁹ Kritisch zur Rechtsprechung des EMGR HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 204 ff.

⁴⁹⁰ Vgl. weiterführend LUBELL/PRUD'HOMME, Impact of human rights law, S. 112 ff. und 115 ff. oder BLANK/GUIORA, Teaching old Dogs New Tricks, S. 50 ff.

⁴⁹¹ HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 196 f.

Indes wäre die Annahme irrig, dass im *internationalen* bewaffneten Konflikt einzig das IHL den Rechtsrahmen für militärische Operationen bilden würde. Vielmehr kann gerade die Komplementarität von IHL, IHRL und nationalem Rechtsrahmen einen adäquaten Schutz des Rechts auf Leben ermöglichen. Die zuweilen kritisierte Unklarheit der Massstäbe tut dem keinen Abbruch: Es ist unbestritten, dass Kombattante im bewaffneten Konflikt legitime Angriffsziele bilden. Und es ist unbestritten, dass Zivilisten geschützt werden müssen. Die Grauzone dazwischen ist eine dogmatische. In der Rechtsanwendung ist der Unterschied zwischen IHL und IHRL weniger ausgeprägt, als es in der Theorie den Anschein machen mag. Der Verlust von Menschenleben – auch von Zivilisten – führt im *internationalen* bewaffneten Konflikt zwar nicht sofort zu einer Untersuchungspflicht⁴⁹². Aber die Erfüllung der Untersuchungspflicht nach den Massstäben von Art. 2 EMRK wäre dort sowieso illusorisch (*fog of war*) – und offensichtliche Fälle (wo sie also effektiv greifen würde) sind unseres Erachtens mit grosser Wahrscheinlichkeit als Kriegsverbrechen strafbar.

Das IHL erlaubt einen weiten Anwendungsbereich für «Aktionen» – es enthält aber auch klare Grenzen. Diese Grenzen sollen und müssen stets gelten. Was völkerrechtlich im bewaffneten Konflikt verboten ist, darf bei Konfliktformen auf tieferer Ebene nicht erlaubt sein⁴⁹³.

Insofern ist es wenig erstaunlich (und sogar stimmig), dass das für die allgemeine Polizeitätigkeit geschaffene Rechtsrahmen gewisse Formen der Gewaltausübung auslöst.

Ein zumindest indirekter Bezug zwischen IHL und IHRL besteht bei der Beurteilung der absoluten Notwendigkeit: Unter IHRL kann eine Zwangsanwendung nicht verhältnismässig sein, wenn dafür Zwangsmittel verwendet werden, die nach LOAC verboten sind. Was im bewaffneten Konflikt als unmenschlich erkannt wird, kann im Rechtsstaat im Rahmen einer Polizeiaufgabenerfüllung nicht als verhältnismässig gelten. Umgekehrt lässt die Verwendung von nach

⁴⁹² HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 196.

⁴⁹³ Ebenso COMBS, Terrorism in the Twenty-First Century, S. 248.

LOAC zulässigen Mitteln keinen Rückschluss auf die Verhältnismässigkeit nach IHRL zu⁴⁹⁴.

Sind bestimmte Waffen oder Methoden der Kriegführung in einem internationalen Übereinkommen gebannt, ist es unserer Ansicht nach zweifelhaft, ob sie polizeilich zulässig sein können. Ob der Geltungsbereich des LOAC bei einem Polizeieinsatz eröffnet wird, ist dabei nicht entscheidend. Bei der Verwendung gebannter Mittel bei der allgemeinen Polizeitätigkeit stellen sich insbesondere Fragen zur Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Angefangen bei der Eignung über die Erforderlichkeit bis zur Zumutbarkeit einer solchen Zwangsanwendung. Die Begründung der Unzulässigkeit ergibt sich dann nicht aus dem LOAC, sondern auch aus grundrechtlichen Verpflichtungen (seien diese international oder national verankert). Verbote nach LOAC können unseres Erachtens als «Wertentscheidungen» auch analoge Anknüpfungspunkte bilden, um eine Zwangsanwendung rechtlich zu beurteilen. Was im Krieg gebannt ist, kann auch ausserhalb des LOAC kaum je als zulässig erscheinen⁴⁹⁵.

Eine Relativierung des IHL angesichts moderner Konfliktformen ist unseres Erachtens abzulehnen⁴⁹⁶. Gerade bei der Ausübung hoheitlicher Zwangsmittel – unter welchem Titel und zu welchem Zweck auch immer – sind sowohl die nationalen als auch die internationalen Rechtsgrundlagen zu respektieren. Dabei ist zu bedenken, dass *terroristische* Gruppierungen noch nie in der Lage gewesen sind, ihre Ziele zu erreichen (vgl. Ziff. III.1). Hingegen kann der Rückgriff auf *per se* unzulässige oder völlig unverhältnismässige Massnahmen eine staatliche Ordnung gefährden. Insofern ist die Bekämpfung

⁴⁹⁴ In diesem Sinne auch GODDARD, *Applying the ECHR to the Use of Physical Force*, S. 420.

⁴⁹⁵ Offener CORN/WATKIN/WILLIAMSON, *Law in War*, S. 164 aus «LOAC-Sicht» (also mit «umgekehrtem Vorzeichen») und mit Hinweis, «especially complicated question likely to continue to generate different opinions».

⁴⁹⁶ Anders wohl VAN CREVELD, *Transformation of War*, S. 225: «As the old war convention fades away, a new one will no doubt take its place – the waging of war without such a convention being in principle impossible. The coming convention's function will be the same as it has always been: namely, to define just who is allowed to kill whom, for what ends, under what circumstances, and by what means» (wobei *convention* in einem nicht nur juristischen Sinne, also weiter zu verstehen sein wird).

jeder Form von Terrorismus immer ein Kampf mit ungleichen Spiessen. Der Kampf des Rechts gegen das Unrecht ist stets eine Bewährungsprobe.

Grundrechtliche Gewährleistungen ganz hinter das IHL zurücktreten zu lassen würde bedeuten, der Gegenseite *de facto* den Status eines «Gleichen» zu gewähren – anstatt die Verbrechen von kriminellen Individuen zu ahnden⁴⁹⁷. Vorliegend stellen sich diese Fragen *prima vista* jedoch nicht. Beim Einsatz von Zwangsmitteln im Rahmen üblicher Polizeitätigkeit liegt kein bewaffneter Konflikt vor (selbst dann nicht, wenn sie im Kontext der Bekämpfung terroristischer Aktivitäten erfolgt).

5. FAZIT: GEWÄHRLEISTUNG DES RECHTS AUF LEBEN ALS AUFTRAG UND SCHRANKE

Die EMRK ist als dynamische Menschenrechtskonvention gedacht (*living instrument*). Das Grundrecht auf Leben hat mit der positiven, der negativen und der prozeduralen Verpflichtung drei Ausprägungen, welchen die Rechtsprechung starke Konturen verliehen hat. Damit hat das Recht auf Leben in jüngerer Zeit auch *allgemein* eine grosse praktische Bedeutung erlangt.

Die *positive Verpflichtung* verlangt eine Gewährleistung des Schutzes menschlichen Lebens in der Rechtsordnung – also den Einsatz staatlicher Rechtsetzung und Regulierung als Instrument dafür. Diese Verpflichtung reicht inhaltlich weit. Sie umfasst letztlich auch die Schaffung von Grundlagen zur Erfüllung der negativen und der prozeduralen Verpflichtung bis hin zur festen Verankerung eines funktionierenden unabhängigen Justizsystems. Die beiden besonderen «Stränge» der positiven Verpflichtung betreffen die Durch- respektive Umsetzung der rechtlichen Gewährleistung: Unter dem Begriff der *dangerous activities* werden insbesondere zivilisationsbedingte abstrakte Gefährdungen erfasst. Die Pflicht zur Abwehr unmittelbarer Gefahren (*real and immediate risk*) knüpft demgegenüber primär an menschliches Verhalten in einem konkreten Fall an. Die positive Verpflichtung im Allgemeinen und die beiden «Stränge» lassen sich aber nicht klar voneinander trennen.

⁴⁹⁷ Ähnlich WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 1017.

Im Bereich des Gesundheitswesens (respektive der medizinischen Heileingriffe) ist bereits eine Unterscheidung zwischen der allgemeinen Verpflichtung der Staaten zur allgemeinen rechtlichen Gewährleistung des Rechts auf Leben und einer sektor-spezifischen abstrakten Gefahrenabwehr kaum möglich. Ein allgemeines Anknüpfen präventiver staatlicher Pflichten an abstrakte Gefährdungen erweist sich als unbefriedigend und zielt in eine falsche Richtung. Die Urteilsbegründungen des EGMR zu den Erdbeben- und Hochwasserfällen illustrieren, dass die Pflicht zur adäquaten Ausgestaltung der Rechtsordnung im Sinne des Schutzauftrags umfassend zu verstehen ist. Demgegenüber bildet die staatliche Pflicht zur abstrakten Gefahrenabwehr unseres Erachtens einen Sonderfall zur Regulierung der Aktivitäten von Dritten. Dies setzt die Kenntnis über die potenzielle Gefährlichkeit der jeweiligen Tätigkeitsfelder voraus. Insofern ist die abstrakte Gefahrenabwehr von der Vermeidung blosser Risiken abzugrenzen und einer objektivierenden Beurteilung zu unterziehen.

Der Umgang mit potenziellen Risiken (*potential risk*) hat sich von der allgemeinen Gewährleistung des Rechts auf Leben in der Rechtsordnung zumindest teilweise gelöst: Bei Verwaltungshandeln zur Gefahrenabwehr (*policing in modern societies*) gilt ein selbständiger Grundrechtsanspruch zum Schutz menschlichen Lebens. In diesem Bereich darf dem Staat jedoch keine unzumutbare Belastung (*burden*) auferlegt werden. Damit ist aber letztlich eher das Wissen oder Wissenmüssen um eine Gefährdung als die Rücksichtnahme auf staatliche Ressourcen gemeint. Weiss der Staat um eine Gefährdung, ist er im Rahmen des objektiv Möglichen zum Handeln verpflichtet.

Die *negative* Verpflichtung verbietet die absichtliche Tötung von Menschen. Art. 2 EMRK enthält aber selber Rechtfertigungsgründe, welche den Einsatz von Zwangsmitteln unter bestimmten Umständen zulassen. Dafür bedarf es einer entsprechenden Regulierung. Allein das Bestehen von Rechtfertigungsgründen relativiert den Schutz menschlichen Lebens und unterstreicht, dass die EMRK keinen absoluten Schutzanspruch vermittelt. Selbst im Geltungsbereich der negativen Verpflichtung sind Eingriffe in das Grundrecht denkbar – solange sie vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhalten. Der Normwortlaut bringt dies mit der verlangten absoluten Notwendigkeit als strengem Kriterium für den Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel zum Ausdruck (vgl. aber zur praktischen Bedeutung auch Ziff. V.4).

Die *prozedurale* Verpflichtung hat eine hybride Funktion. Im Kern steht die Pflicht zur Aufklärung von Todesfällen und von lebensbedrohlichen (potenziell tödlichen) Situationen. Damit verbunden ist indirekt auch die Überprüfung der rechtlichen Gewährleistung (sprich des Funktionierens des *legal and administrative framework*) im konkreten Einzelfall. Da Verstöße gegen jeden einzelnen Gehalt von Art. 2 zu einer Verletzung der EMRK führen können, hat die prozedurale Verpflichtung eine enorme Bedeutung. Sie kann nicht nur als «Auffang-Verpflichtung», sondern auch als Triebfeder zur weiteren Konkretisierung des Grundrechts dienen.

Zu konkreten Massnahmen im Rahmen *allgemeiner Polizeitätigkeit* sind die staatlichen Behörden dann verpflichtet, wenn eine Gefahr sich materialisiert (*real and immediate risk*). Dies ist bei der Ausübung von Gewalt (durch Dritte) bei gleichzeitigem Wissen oder Wissenmüssen der staatlichen Stellen der Fall. Art. 2 EMRK entfaltet dann eine Schutzpflicht gegenüber den potenziellen Opfern, verlangt aber gleichsam die Respektierung des Rechts auf Leben der Täter⁴⁹⁸. Flankierend trifft den Staat die prozedurale Verpflichtung, sofort nach Bereinigung einer Situation den Sachverhalt und die Verantwortlichkeiten zu klären.

Ob ein staatliches Wissen oder Wissenmüssen besteht, hängt nicht zuletzt von der Art eines «Risikos» ab. Die Materialisierung *allgemeiner Lebensrisiken* ist für eine Verletzung des Rechts auf Leben nicht hinreichend. Selbst bei abstrakten Gefährdungen gilt es, im Rahmen allgemeiner Polizeitätigkeit zu differenzieren. Hierbei steht primär der Gesetzgeber in der Pflicht, adäquate Massnahmen zu treffen. Etwas anderes gilt, wenn sich besondere Risiken zu konkreten Gefahren verdichten und sich dann (zu) materialisieren (drohen).

Unseres Erachtens ist es eine offene Frage, ob die Rechtsprechung dereinst zu einer Annäherung der Regulierung von abstrakten Gefährdungen (*dangerous activities*) von der konkreten Gefahrenabwehr (*real and immediate risk*) führen

⁴⁹⁸ Vorliegend wird einer juristischen Sicht gefolgt. Die Täter sind sowohl Träger des Menschenrechts auf Leben als auch Störer der Rechtsordnung und Gefährder des Rechts auf Leben von Dritten. Terroristische Gewaltakte finden in der Rechtsordnung keine Rechtfertigung. Zudem wird stark bezweifelt, dass sich «Rechtfertigungsgründe» für Terroranschläge aus politischer Sicht ergeben können; vgl. weiterführend zur Entwicklung der Motive ausgewählter Gruppierungen vom 19. Jahrhundert bis in die Gegenwart LAQUEUR, *Krieg dem Westen*, S. 15 ff.

wird. Dies wäre unvermeidbar mit der Einschränkung anderer Grundrechtsgarantien verbunden. Absolute Sicherheit – oder einen Rechtsanspruch darauf – gibt es nicht und kann es auch nicht geben. Zwar ist Sicherheit an sich als Ziel staatlichen Handelns stets anzustreben – doch wäre es für den demokratischen Rechtsstaat mit einer weitgehenden Selbstaufgabe verbunden, die Zielsetzung in einem absoluten Sinne zu verstehen und entsprechend umzusetzen. In einem solchen Sinne ist absolute Sicherheit nicht erstrebenswert.

Die Abwehr von Gefahren erfolgt auf der Basis der dafür geschaffenen Rechtsgrundlagen. Darin ist allen drei Verpflichtungen aus Art. 2 EMRK nachzukommen. Dies gilt besonders für die Normierung des hoheitlichen *Einsatzes von Zwangsmitteln* in allen Situationen – von der allgemeinen Polizeitätigkeit bis hin zum Notstand. Die Staaten haben insbesondere den Einsatz von (Schuss-) Waffen zu regeln.

Bei staatlichen Massnahmen *gegen terroristische Bedrohungen* kommen das Recht auf Leben und das dazu ergangene Fallrecht des EGMR in allen Ausprägungen zum Tragen. Art. 2 EMRK kann in bestimmten Sachlagen gleichzeitig sowohl ein Handeln des Staates im Rahmen der Rechtsordnung verlangen als auch dieses Handeln eng begrenzen. Die Grundsätze der Rechtsordnung für den Einsatz polizeilicher Zwangsmittel und insbesondere für potenziell tödliche polizeiliche Zwangsmitteln gelten auch gegenüber terroristischen Akteuren.

Das Verhalten staatlicher Sicherheitskräfte darf nicht direkt mit jenem von Aufständischen, Terroristen oder sonstigen Kriminellen verglichen werden⁴⁹⁹. Für erstere gilt der Rechtsrahmen vollumfänglich – fraglich kann bloss die konkrete Bedeutung im Einzelfall sein. Letztere verstossen gegen rechtliche (und moralisch) Normen – wofür sie zu bestrafen sind.

Im Fall *McCann and others v. The United Kingdom* hat der EGMR es abgelehnt, neben den Verfahrenskosten Schadenersatz zu leisten: «[...] having regard to the fact that the three terrorist suspects who were killed had been intending to plant a bomb in Gibraltar, the Court does not consider it appropriate to

⁴⁹⁹ So offenbar VAN DER BIJL, *Operation Banner*, S. 231.

make an award under this head. It therefore dismisses the applicants' claim for damages.»⁵⁰⁰

Im Falle von Massnahmen gegen terroristische Aktivitäten können die *Rechtfertigungsgründe* nach Art. 2 Abs. 2 EMRK zum Tragen kommen (vgl. Ziff. III.2.3). Dabei hat die Verteidigung einer Drittperson gegen rechtswidrige Gewalt (Art. 2 Abs. 2 Bst. a EMRK) eine besondere Bedeutung. Aufgrund der flankierenden Notstandsfestigkeit des Grundrechts auf Leben gilt die Rechtsprechung des EGMR zum Einsatz von potenziell tödlichen Zwangsmitteln⁵⁰¹ grundsätzlich uneingeschränkt. Die verlangte absolute Notwendigkeit bildet konzeptionell eine *Stellschraube*. Sie erlangt ihre besondere Bedeutung dann, wenn die Finalität eines Handelns der Sicherheitskräfte im Schutz des Lebens potenzieller Opfer liegt. Die gesetzlichen Regeln zum Einsatz von Zwangsmitteln sind entsprechend auszulegen. Die nicht direkt anwendbaren internationalen Standards – wie sie insbesondere mit den *UN Basic Principles* bestehen – können als Vergleichsmaßstäbe herangezogen werden.

Die Konventionsstaaten sind verpflichtet diejenigen Menschen zu schützen, die durch unzulässige Gewalt gefährdet sind⁵⁰². Sie sind auch gegenüber terroristischen Bedrohungen zu *einem Handeln verpflichtet*. Sie haben zur Terrorismusabwehr generelle Massnahmen ins Werk zu setzen, welche bereits im Bereich der Aufklärung und der Lagebeurteilung ansetzen. Zur Abwehr konkreter terroristischer Aktionen oder – etwas allgemeiner – zur Verhinderung terroristischer Aktivitäten kommen auch polizeiliche und nachrichtendienstliche Operationen infrage. Notstandsmassnahmen können eine indirekte Bedeutung erlangen, soweit sie dazu dienen, das Leben potenzieller Opfer zu schützen. Infrage kommen aber auch weitere, niederschwellige Massnahmen wie

⁵⁰⁰ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 219.

⁵⁰¹ Vgl. beispielsweise *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997); *Collette and Michael Hermsworth v. The United Kingdom*, 58559/09 (2013); *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009); *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004); *McDonell v. The United Kingdom*, 19563/11 (2014); *Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 (2014); *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, 7888/03 (2007); *Perişan and others v. Turkey*, 12336/03 (2010); *Perk and others v. Turkey*, 50739/99 (2006); *Scavuzzo-Hager and others v. Switzerland*, 41773/98 (2006); *Šilih v. Slovenia* (GC), 71463/01 (2009); *Soare and others v. Romania*, 24329/02 (2011); *Trévalec v. Belgium*, 30812/07 (2013).

⁵⁰² In diesem Sinne WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 994 f.

Terror-Warnungen, allgemeine Verhaltensanweisungen oder die Erhöhung allgemeiner polizeilicher Aktivitäten.

Bei der Bekämpfung von Terrorismus geht es im Lichte der Konventionsgarantien nicht darum, ein «Gleichgewicht» herzustellen⁵⁰³. Insofern führt die Diskussion um «neue Konfliktformen» aus grundrechtlicher Warte nicht weiter. Terroristen sind Kriminelle und ihre Taten sind nach den Massstäben des Strafrechts von den zuständigen justiziellen Instanzen der Konventionsstaaten zu beurteilen. Gewaltakte werden mit den Mitteln des Polizeirechts verhindert oder bekämpft. Die Art oder Form von Gewalt spielt allerdings bei der Beurteilung einer Bedrohung im Allgemeinen und bei einer Gefährdung menschlichen Lebens im Besonderen eine entscheidende Rolle. Es stellen sich im Rahmen grundrechtlicher Argumentation Fragen der Verhältnismässigkeit für den Mitteleinsatz und zuweilen für den Wirkungsbereich besonderer Mittel (absolute Notwendigkeit). Bei terroristischen Gefährdungen ist das Ineinandergreifen der positiven, der negativen und der prozeduralen Verpflichtung besonders ausgeprägt. Zudem können sich bei Anti-Terror-Operationen die positive (gebietende) und die negative (verbietende) Verpflichtung aus Art. 2 EMRK konkurrierend gegenüberstehen.

⁵⁰³ In einem älteren Beitrag hat WARBRICK, *Prevention of Terrorism*, S. 118 «(...) tried to avoid the usual approach of saying that the problem of accommodating the control of terrorism with the protection of human rights is one of balance. It is, of course, but it is not the function of the Convention institutions to strike that balance for the States».

IV. PRÄ-OPERATIONELLE PFLICHTEN ZUR TERRORISMUSABWEHR

«A central weakness of much of the debate about how to deal with terrorism is that many of the contributions are clouded by political posturing, moral confusion, and wishful thinking.»

GRANT WARDLAW
(The Democratic Framework)

1. SCHAFFUNG UND AUSGESTALTUNG EINES RECHTLICHEN RAHMENS

Die Nachhaltigkeit terroristischer Aktionen spiegelt sich massgeblich in den Reaktionen der (betroffenen) Öffentlichkeit (vgl. Ziff. III.1). Zu der von der Täterschaft beabsichtigten Schockwirkung gehört die Verblüffung und Verunsicherung darüber, dass ein bestimmtes Ereignis sich überhaupt hat zutragen können⁵⁰⁴.

Soweit sich terroristische Handlungen gegen die Allgemeinheit richten, kommt für gewaltbereite Akteure eine relativ grosse Breite sowohl von Handlungsformen als auch von Angriffszielen infrage. Eine effektive Bekämpfung terroristischer Aktivitäten ist am Ehesten dann erfolgversprechend, wenn sie möglichst früh ansetzt. Präventive Massnahmen und die Gefahrenaufklärung bilden wesentliche Voraussetzungen zur erfolgreichen Gefahrenabwehr: Hinreichende Kenntnisse (oder zumindest fundierte Annahmen) über gewaltbereite Akteure und ihre Absichten und Fähigkeiten sowie über ihre potenziellen Ziele dienen massgeblich dazu, angemessenen Abwehrmassnahmen zu treffen.

Die Bekämpfung terroristischer Bedrohungen richtet sich nach den jeweils geltenden rechtlichen Grundlagen der Staaten (*legal and administrative framework*). Zunehmend erfolgt aber auch eine Imprägnierung durch internationale Verpflichtungen und Massstäbe. Prä-operationelle Pflichten zur Bekämpfung von Terrorismus können sich

⁵⁰⁴ LAQUEUR, Terrorismus, S. 382.

aus Staatsverträgen ergeben oder im Rahmen der Beteiligung an Organisationen für kollektive Sicherheit und supranationalen Gemeinschaften entstehen.

1.1. VERPFLICHTUNGEN AUS VÖLKERRECHTLICHEN VERTRÄGEN

Zur Terrorismusbekämpfung, «international law appears a somewhat dubious tool»⁵⁰⁵.

Völkerrechtliche Verträge zur Bekämpfung terroristischer Aktivitäten sind fragmentarischer Natur; sie können sowohl präventive als auch repressive Elemente enthalten: Einerseits haben sich die Staaten – je nach Art der Bedrohung und Beurteilung von Handlungsbedarf – in bestimmten Sachbereichen zur Einhaltung internationaler Regeln und Standards zur Gewährleistung der Sicherheit verpflichtet⁵⁰⁶. Andererseits verpflichten sie sich völkerrechtlich, bestimmte terroristische Akte strafrechtlich zu ahnden.

Präventive Pflichten ergeben sich aus Übereinkommen in den Bereichen der Luftfahrt⁵⁰⁷, des Schutzes nuklearer Materialien⁵⁰⁸ sowie des Schutzes völkerrechtlich geschützter Personen⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 273.

⁵⁰⁶ Vgl. weiterführend die Übersicht <https://www.un.org/counterterrorism/resources> (besucht am 12. April 2021).

⁵⁰⁷ Abkommen über strafbare und bestimmte andere an Bord von Luftfahrzeugen begangene Handlungen (abgeschlossen in Tokio am 14. September 1963), SR 0.748.710.1; Übereinkommen zur Bekämpfung der widerrechtlichen Inbesitznahme von Luftfahrzeugen (abgeschlossen in Den Haag am 16. Dezember 1970), SR 0.748.710.2; Übereinkommen zur Bekämpfung widerrechtlicher Handlungen gegen die Sicherheit der Zivilluftfahrt (abgeschlossen in Montreal am 23. September 1971), SR 0.748.710.3; Übereinkommen über die Verhütung, Verfolgung und Bestrafung von Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen, einschliesslich Diplomaten (vom 14. Dezember 1973), SR 0.351.5; Übereinkommen über den physischen Schutz von Kernmaterial (vom 26. Oktober 1979), SR 0.732.031; vgl. zum Inhalt der Verträge COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 256 ff. oder MÜLLER, *Innere Sicherheit Schweiz*, S. 357 f. sowie zur Bedeutung der internationalen Kooperation zur Verhinderung von Flugzeugentführungen FOREST *Counterterrorism*, S. 6.

⁵⁰⁸ Übereinkommen über den physischen Schutz von Kernmaterial (vom 26. Oktober 1979), SR 0.732.031; vgl. dazu MÜLLER, *Innere Sicherheit Schweiz*, S. 489 ff.

⁵⁰⁹ Übereinkommen über die Verhütung, Verfolgung und Bestrafung von Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen, einschliesslich Diplomaten (abgeschlossen in New York am 14. Dezember 1973) SR 0.351.5 sowie *Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents*; weiterführend COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 260 f.

Repressive Pflichten der Staaten finden sich in weiteren Übereinkommen zur internationalen Zusammenarbeit. So verpflichtet das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus (*European Convention on the Suppression of Terrorism*) die Staaten dazu, Terrorismusverdächtige entweder strafrechtlich zu verfolgen oder auszuliefern⁵¹⁰. Wesentliche Massnahmen zur Terrorismusbekämpfung in Europa finden sich sodann in Abkommen und Kooperationsformen in den Bereichen der *justiziellen Zusammenarbeit* sowie der *Auslieferung*⁵¹¹.

Allgemeiner Natur ist insbesondere das Übereinkommen über Massnahmen gegen Entführungen (*International Convention Against the Taking of Hostages*)⁵¹². Es reicht von der Schaffung von Straftatbeständen (Art. 2 und 5) über die Zusammenarbeit der Staaten (Art. 4) und den Umgang mit Geiselnern (Art. 6 ff.) bis hin zum Verhältnis des Übereinkommens zum weiteren Völkerrecht (Art. 12 ff.).

1.2. BEKÄMPFUNG VON TERRORISMUS IM RAHMEN DER UNO

Die UNO Generalversammlung hat mit der Deklaration vom 24. Oktober 1970 den Staaten verboten, terroristische Aktivitäten zu unterstützen oder zu dulden.

«Every State has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in acts of civil strife or terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts, when the acts referred to in the present paragraph involve a threat or use of force.»⁵¹³

Die allgemein gehaltene Deklaration zielt auf die Ächtung von *Staatsterrorismus* und soll mithelfen, «sichere Häfen» für terroristische Organisationen trocken-zulegen.

⁵¹⁰ Dazu insb. WILKINSON, *Changing threat*, S. 29 f.

⁵¹¹ Dazu insb. WILKINSON, *Changing threat*, S. 30 ff.

⁵¹² Zu den Hintergründen COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 261.

⁵¹³ UN General Assembly, 2625 (XXV) Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (of 24 October 1970).

Eine allgemeine Verurteilung terroristischer Aktivitäten ist 1985 mit einer Resolution erfolgt⁵¹⁴.

Die UNO Generalversammlung «unequivocally condemns, as criminal, all acts, methods and practices of terrorism wherever and by whomever committed, including those which jeopardize friendly relations among States and their security»⁵¹⁵.

Die Staaten werden dazu aufgerufen, den internationalen Abkommen zur Bekämpfung des Terrorismus beizutreten, ihre nationalen Rechtsordnungen entsprechend zu harmonisieren und die Ursachen für Terrorismus zu bekämpfen⁵¹⁶. Weitere Anstrengungen folgten⁵¹⁷.

1.2.1. Resolutionen des UNO Sicherheitsrats

In der jüngeren Vergangenheit wurden Resolutionen zur Bekämpfung des Terrorismus vermehrt vom UNO Sicherheitsrat beschlossen⁵¹⁸. Die weiterhin eher generellen Massnahmen gegen terroristische Aktivitäten zielen insbesondere auf das jüngere Phänomen des *transnationalen Terrorismus* ab⁵¹⁹. Dessen Bekämpfung ist nach den Anschlägen vom 11. September 2001 in New York und Washington verstärkt worden.

Die Resolutionen des UNO Sicherheitsrats fokussieren darauf, die Finanzierung terroristischer Anschläge, aber auch die Unterstützung terroristischer Aktivitäten in einem weiteren Sinne zu verhindern⁵²⁰. Die Staaten sollen insbesondere «(t)ake the necessary steps to prevent the commission of terrorist acts, including by provision of early warning to other States by exchange of information»⁵²¹ und «(...) take all measures as may be necessary and appropriate and in accordance with their obligations

⁵¹⁴ UN GA Resolution 41/60.

⁵¹⁵ UN GA Resolution 41/60, § 1.

⁵¹⁶ UN GA Resolution 41/60, §§ 4 ff.

⁵¹⁷ Vgl. COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 269.

⁵¹⁸ Weiterführend COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 269 ff.

⁵¹⁹ Vgl. MARSDEN/SCHMID, *Typologies of Terrorism*, S. 184 (m.w.H.).

⁵²⁰ UN Security Council, Resolution 1373 (2001) sowie Resolution 1624 (2005).

⁵²¹ UN Security Council, Resolution 1373 (2001), § 2 Bst. b.

under international law to counter incitement of terrorist acts motivated by extremism and intolerance and to prevent the subversion of educational, cultural, and religious institutions by terrorists and their supporters»⁵²². Sie betonen zudem die Notwendigkeit, die Ursachen zur Bildung terroristischer Gruppierungen (und insbesondere von gewalttätigem Extremismus) zu bekämpfen⁵²³.

Damit stehen die UNO-Mitgliedsstaaten in der Pflicht, Terrorismus (vgl. zum unscharfen Begriff Ziff. III.1) auf mehreren Ebenen sowohl allgemein als auch in besonderen Bereichen speziell zu bekämpfen. Dazu gehören auch die klassische Pönalisierung und tatsächliche Ahndung entsprechender Verbrechen sowie präventive Sicherheitsmassnahmen (etwa im Grenzschutz).

1.2.2. Counter Terrorism Committee und Aktionsplan der UNO

Die UNO Resolution 1373 (2001) bildet die Grundlage zur Schaffung des *Committee of the Security Council* (sog. Counter-Terrorism Committee [CTC]); sie ist «consisting of all the members of the Council, to monitor implementation of this resolution, with the assistance of appropriate expertise» (Ziff. 6). Das CTC soll den Austausch zwischen den Staaten sowie den Staaten und internationalen Organisationen in der Terrorismusbekämpfung ermöglichen⁵²⁴.

Ein von der UNO Generalversammlung genehmigter⁵²⁵ Aktionsplan⁵²⁶ sieht insbesondere präventive Massnahmen im grenzüberschreitendem Kontext (bis hin zu einer biometrischen Datenbank oder Massnahmen im internationalen zivilen Luftverkehr) sowie eine technische Zusammenarbeit vor. Eine besondere Bedeutung wird darin «(m)

⁵²² UN Security Council, Resolution 1624 (2005), § 3.

⁵²³ UN Security Council, Resolution 2178 (2014), § 15.

⁵²⁴ UN Security Council, Resolution 2322 (2016), § 19. Weiterführend zu den Aktivitäten des CTC etwa der Report on the activities of the Counter-Terrorism Committee and the Counter-Terrorism Committee Executive Directorate pursuant to Security Council resolution 2322 (2016), Anhang zu Security Council 2017/1065. Eher kritisch zum CTC DHANAPALA, UN's Response to 9/11, S. 10 ff.

⁵²⁵ Resolution 60/288 (2006) adopted by the General Assembly on 8 September 2006.

⁵²⁶ Annex to the UN General Assembly, Resolution 60/288 (2006), The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy.

asures to build States' capacity to prevent and combat terrorism and to strengthen the role of the United Nations system in this regard» zugemessen (Ziff. IV).

Die UNO Resolutionen zur Terrorismusbekämpfung betonen die Notwendigkeit einer menschenrechtskonformen Umsetzung von Massnahmen⁵²⁷.

1.3. INTERNATIONALE RICHTLINIEN UND EMPFEHLUNGEN

Neben den mehr oder weniger «harten» Instrumenten zur Bekämpfung von Terrorismus auf internationaler Ebene besteht ein breiter angelegtes *soft law*, um welches es bei dieser Untersuchung vor allem gehen soll. Darin kann eine Art internationaler Konsens über den Einsatz von Zwangsmitteln zur Gefahrenabwehr im Allgemeinen und über die Anwendung potenziell tödlicher Gewalt im Besonderen gesehen werden. Es trägt dazu bei, Regelungen in den einzelnen Staaten auszulegen und den rechtlichen Rahmen weiterzuentwickeln.

Nachfolgend werden die *Richtlinien des Europarats zur Bekämpfung des Terrorismus* sowie der *Code of Conduct for Law Enforcement Officials* und die *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials* der Vereinten Nationen punktuell dargestellt.

Zur Auslegung des *Code of Conduct* und der *UN-Basic Principles* können ergänzend die Ausführungen der *Geneva Academy*⁵²⁸ beigezogen werden. Deren *In-Brief* fasst das bestehende internationale Recht respektive die Richtlinien in Bezug auf Zwangsmittel zusammen und diskutiert den Einfluss der UN-Menschenrechte auf die rechtsdurchsetzenden Behörden⁵²⁹.

⁵²⁷ UN Security Council, Resolution 1373 (2001), § 3 (f), resolution 1624 (2005), § 4, resolution 2178 (2014), § 5. Entsprechend ist das Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) in den zuständigen Arbeitsgruppen einbezogen; vgl. etwa OHCHR, Human Rights Resolution 2005/80.

⁵²⁸ GENEVA ACADEMY, In-Brief No. 6 (November 2016).

⁵²⁹ Das *In-Brief* thematisiert die Aktualität der UN-Basic Principles und wie bestehenden oder neuen Herausforderungen begegnet werden kann. Die Staaten sollen die etablierten Standards (wie «shoot to stop» oder «shoot to kill») auch bei der Terrorbekämpfung respektieren. Künftig sei es wichtig, Detailregelungen über den notwendigen und verhältnismässigen Einsatz von «weniger tödlichen Waffen» auszuarbeiten; GENEVA ACADEMY, In-Brief No. 6, S. 3 f. und 30.

Von den internationalen Richtlinien und Empfehlungen haben die *UN-Basic Principles* die grösste praktische Bedeutung für die Rechtsprechung des EGMR.

1.3.1. Richtlinien des Europarats

Die Richtlinien des Europarats vom 11. Juli 2002 (*Guidelines on human rights and the fight against terrorism*; vgl. auch Ziff. III.2.3.3) verankern allgemeine Grundsätze zur grundrechtskonformen Bekämpfung von Terrorismus. Dazu gehören insbesondere die staatliche Schutzpflicht (*positive obligation*) «to take the measures needed to protect the fundamental rights of everyone within their jurisdiction against terrorist acts, especially the right to life» (*I. States' obligation to protect everyone against terrorism*), die Betonung des Legalitätsprinzips (*III. Lawfulness of anti-terrorist measures*, Abs. 1) und des Folterverbots (*IV. Absolute prohibition of torture*).

Die Richtlinien unterstreichen die Notwendigkeit einer möglichst präzisen Definition von Grundrechtseinschränkungen sowie die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips (*restrictions must be defined as precisely as possible and be necessary and proportionate to the aim pursued*; *III. Abs. 2*). Die für die Konventionsstaaten leitenden Grundsätze für Massnahmen zur Terrorismusbekämpfung sind unseres Erachtens sinngemäss auch für den Einsatz von Zwangsmitteln im Allgemeinen zu beachten.

Weitere Elemente der Richtlinien betreffen besondere Massnahmen und Verfahrensrechte.

Insbesondere im Rahmen der prozeduralen Verteidigungsrechte sind Beschränkungen möglich. So wird beispielsweise das Abfangen des Briefverkehrs zwischen Anwalt und inhaftierten Terroristen unter bestimmten Umständen als zulässig angesehen (*IX. Legal proceedings*, Abs. 3.[i], *XI. Detention*, Abs. 2.[i]). Die Verwendung von anonymen Aussagen gilt als legitim, wenn sie zum Schutz von Zeugen dient (*IX. Abs. 3.[iii]*). Zudem kann das Akteneinsichtsrecht beschränkt werden (*IX. Abs. 3.[iii]*). Diese Einschränkungen dürfen allerdings nicht die Substanz des Rechts auf ein faires Verfahren aushöhlen oder untergraben⁵³⁰.

⁵³⁰ *Council of Europe, Guidelines on human rights and the fight against terrorism, Erläuterungen, S. 29.*

Für inhaftierte Terroristen können spezielle Bestimmungen gelten: sie können innerhalb des Gefängnisses getrennt, auf verschiedene Gefängnisse verteilt (XI. Abs. 2.[iii]) oder im Rahmen der Verhältnismässigkeit in einer speziell gesicherten Umgebung untergebracht werden (XI. Abs. 2.[ii]).

1.3.2. Code of Conduct for Law Enforcement Officials

Der *Code of Conduct for Law Enforcement Officials* (Code of Conduct)⁵³¹ der Vereinten Nationen beschreibt grundsätzliche Minimalstandards⁵³² für die rechtsdurchsetzenden Behörden. Auf die für den Einsatz von Zwangsmitteln massgeblichen Eckwerte wird nachfolgend kurz eingegangen.

Der Begriff der *Law Enforcement Officials* ist nicht immer leicht fassbar. Je nach Staat können der Aufbau und die Organisation der sicherheitspolitischen Instrumente einer präzisen Definition hinderlich sein. Nach Art. 1 ist der Begriff (zumindest im Zusammenhang mit dem möglichen Einsatz von Zwangsmitteln) in einem weiten Sinne auszulegen.

(a) The term «law enforcement officials», includes all officers of the law, whether appointed or elected, who exercise police powers, especially the powers of arrest or detention.

(b) In countries where police powers are exercised by military authorities, whether uniformed or not, or by State security forces, the definition of law enforcement officials shall be regarded as including officers of such services.

(c) Service to the community is intended to include particularly the rendition of services of assistance to those members of the community who by reason of personal, economic, social or other emergencies are in need of immediate aid.

(d) This provision is intended to cover not only all violent, predatory and harmful acts, but extends to the full range of prohibitions under penal statutes. It extends to conduct by persons not capable of incurring criminal liability.⁵³³

⁵³¹ Code of Conduct for Law Enforcement Officials, adopted by General Assembly Resolution 34/169 of 17 December 1979.

⁵³² Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Commentary (Article 8).

⁵³³ Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Commentary (Article 1).

Aus der weiten Auslegung des massgeblichen Anknüpfungspunkts resultiert ein potenziell weiter Geltungsbereich der spezifischen Grundsätze des *Code of Conduct*.

Leitender Grundsatz⁵³⁴ ist die Achtung und der Schutz der Menschenwürde im Einsatz (Art. 2). Zwangsmittel dürfen nur unter strenger Wahrung der Verhältnismässigkeit eingesetzt werden (Art. 3). Das Prinzip der Verhältnismässigkeit soll für jede Art der Zwangsausübung unter den Umständen des jeweiligen Einzelfalls Beachtung finden.

Die Verwendung von Schusswaffen ist eine besondere Art der Zwanganwendung – dafür gelten besonders enge Schranken (Verwendung *ultima ratio*) sowie die Obliegenheit zur Überwachung von Schusswaffeneinsätzen.

(a) This provision emphasizes that the use of force by law enforcement officials should be exceptional; while it implies that law enforcement officials may be authorized to use force as is reasonably necessary under the circumstances for the prevention of crime or in effecting or assisting in the lawful arrest of offenders or suspected offenders, no force going beyond that may be used.

(b) National law ordinarily restricts the use of force by law enforcement officials in accordance with a principle of proportionality. It is to be understood that such national principles of proportionality are to be respected in the interpretation of this provision. In no case should this provision be interpreted to authorize the use of force which is disproportionate to the legitimate objective to be achieved.

(c) The use of firearms is considered an extreme measure. Every effort should be made to exclude the use of firearms, especially against children. In general, firearms should not be used except when a suspected offender offers armed resistance or otherwise jeopardizes the lives of others and less extreme measures are not sufficient to restrain or apprehend the suspected offender. In every instance in which a firearm is discharged, a report should be made promptly to the competent authorities.⁵³⁵

⁵³⁴ Im Sinne einer grundsätzlichen Bedeutung auch der *Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Commentary (Article 2)*.

⁵³⁵ *Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Commentary (Article 3)*.

Weiter sind Folter, eine menschenunwürdige Behandlung oder Massnahmen mit pönalem Charakter (aktiv) zu verhindern (Art. 5). Besondere Schutzpflichten greifen bei der Gefährdung von Menschen oder der Verletzung derer körperlichen Integrität (Art. 6).

1.3.3. UN Basic Principles

Die *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials* der Vereinten Nationen bilden keine (völkerrechtlich) verbindlichen Vorgaben. Sie sind in den nationalen Rechtsordnungen nicht direkt anwendbar, haben aber in der jüngeren Rechtsprechung des EGMR zu Art. 2 EMRK eine grosse Bedeutung als Vergleichsmassstab erlangt (vgl. Ziff. III.2.3.3 sowie zu einzelnen Anforderungen Ziff. IV.1.4.2). Dabei geht es insbesondere um den Detaillierungsgrad der nationalen Rechtsordnungen hinsichtlich der Anwendung (potenziell tödlicher) Gewalt durch staatliche Sicherheitskräfte.

a. Allgemeine Bestimmungen

Die allgemeinen Bestimmungen (Ziff. 1 – 8) umfassen Grundsätze für die Anwendung physischen Zwangs respektive für den Einsatz von Schusswaffen.

Verlangt wird eine staatliche Regulierung von Zwangsmitteln unter ethischen Gesichtspunkten; zudem sollen die entsprechenden Vorschriften ständig überprüft – und damit unseres Erachtens weiterentwickelt – werden (Ziff. 1):

Governments and law enforcement agencies shall adopt and implement rules and regulations on the use of force and firearms against persons by law enforcement officials. In developing such rules and regulations, Governments and law enforcement agencies shall keep the ethical issues associated with the use of force and firearms constantly under review.

Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gebietet sodann nach einem (unseres Erachtens je nach Situation oder je nach Lage adäquaten) Bereitstellen verschiedener sowohl non-letal als auch potenziell letaler Einsatzmittel sowie von Schutzausrüstung für die involvierten Einsatzkräfte (Ziff. 2; vgl. auch Ziff. IV.1.4.2.c). Der Einsatz von Schuss-

waffen muss (*ultima ratio*) erforderlich sein⁵³⁶ – das heisst, dass soweit wie möglich darauf zu verzichten ist (Ziff. 4):

Law enforcement officials, in carrying out their duty, shall, as far as possible, apply non-violent means before resorting to the use of force and firearms. They may use force and firearms only if other means remain ineffective or without any promise of achieving the intended result.

Sofern die Anwendung physischen Zwangs allgemein oder von Schusswaffen im Besonderen erforderlich ist, stellen die *UN Basic Principles* einen weiteren Rahmen dafür auf (Ziff. 5 – 7).

Insbesondere sollen

- die Verhältnismässigkeit des Einsatzes (Eignung, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit) gewahrt bleiben (Ziff. 5, Bst. a);
- ein Schaden respektive Verletzungen möglichst gering gehalten und das menschliche Leben geschützt werden (Ziff. 5, Bst. b);
- eine umgehende Hilfe oder Betreuung von verletzten oder anderweitig betroffenen Personen sichergestellt werden (Ziff. 5, Bst. c);
- eine schnellstmögliche Information der Angehörigen von verletzten oder betroffenen Personen erfolgen (Ziff. 5, Bst. d).

Vorfälle mit Anwendung von Zwangsmitteln oder Waffen sollen umgehend den Vorgesetzten gemeldet und die willkürliche sowie missbräuchliche Anwendung von physischem Zwang soll anhand der einschlägigen nationalen Gesetze sanktioniert werden (Ziff. 6 und 7).

Selbst unter besonderen Umständen ist grundsätzlich keine Abweichung von diesen Prinzipien zulässig; ausgenommen ist bloss der Notstand (Ziff. 8; vgl. zum Notstand sowie zur Notstandsfestigkeit von Art. 2 EMRK Ziff. III.3).

⁵³⁶ Verwendung des mildesten und dennoch wirksamen vorhandenen Mittels.

b. Besondere Bestimmungen

Die besonderen Bestimmungen (Ziff. 9 – 26) beschreiben Anforderungen an die Anwendung von Zwangsmitteln für die Angehörigen der von den *UN Basic Principles* erfassten Behörden.

- Dazu gehört, dass der bewusste Einsatz von Schusswaffen gegenüber Menschen nur *ultima ratio* erfolgen darf: Wenn keine anderen Mittel vorhanden sind – und auch dann nur, um Leben zu schützen (Ziff. 9; vgl. auch Ziff. V.5.2.1)⁵³⁷.
- Zudem sollen sich Sicherheitskräfte vor einem Waffeneinsatz als solche zu erkennen geben und den Schusswaffeneinsatz androhen, sofern die Umstände es zulassen (Ziff. 10 und 11 Bst. e).

Zur Regelung des Einsatzes von Schusswaffen (Ziff. 11) geben die *UN Basic Principles* spezifische Leitsätze vor, insbesondere

- zur Spezifizierung der Umstände des Waffentragens sowie der Schusswaffentypen und der zulässigen Munition (Bst. a);
- zur Gewährleistung der angemessenen Verwendung von Schusswaffen (Bst. b),
- zur Vermeidung unnötiger Schäden oder Risiken (Bst. c);
- zur Zuordnung von Schusswaffen und Munition zu einer Person (Bst. d);
- zur Meldung (also letztlich: Untersuchung) jedes Schusswaffeneinsatzes (Bst. f).

Sodann müssen Waffenträger ein strenges Auswahlverfahren sowie ein physisches und psychisches Training durchlaufen. Dabei sind die Polizeietik und die Menschenrechte als zentrale Elemente einzubeziehen. Zudem sollen periodische Überprüfungen der Fähigkeiten und der Fitness (physisch und psychisch) stattfinden (Ziff. 18 – 20; vgl. Ziff. IV.4).

Nach einem Schusswaffeneinsatz soll den involvierten Personen psychologische Unterstützung gewährt werden (Ziff. 21; vgl. Ziff. VI.2.1); und schliesslich sind Vorgehensweisen und klare Verfahren zu definieren, welche eine unabhängige Untersuchung und eine gerichtliche Überprüfung ermöglichen (Ziff. 22 – 26).

⁵³⁷ Vgl. dazu auch SAX, Soldaten gegen Piraten, S. 92 (insbesondere zur Frage, ob eine Lebensgefahr notwendige Voraussetzung eines Schusswaffengebrauchs sein müsse).

1.4. ANFORDERUNGEN NACH ART. 2 EMRK

Die EMRK verlangt zum Schutz des Rechtsguts Leben eine taugliche Umsetzung und Gewährleistung in den Rechtsordnungen der Konventionsstaaten (vgl. insb. Ziff. III.2.2.2). Zur Bekämpfung – auch – terroristischer Aktivitäten sind sowohl spezifisches (vgl. Ziff. III.2.3.2) und allgemeines Polizeirecht (Polizeigesetze) als auch das Recht der Nachrichtendienste und das Strafrecht relevant. Die nationalen Gesetzgeber geniessen einen grossen Gestaltungsspielraum, wie sie die Bekämpfung terroristischer Bedrohungen regeln. Allenfalls sind dabei (weitere) völkerrechtliche Verpflichtungen zu berücksichtigen⁵³⁸ (vgl. Ziff. IV.1.1 und 1.2).

Nachfolgend geht es nicht um eine sozialwissenschaftliche Erörterung. Vielmehr werden die aus Art. 2 EMRK resultierenden Gehalte in den Kontext zur Bekämpfung von Terrorismus gestellt. Geleitet von der These, dass der Rechtsordnung die (entscheidende) Steuerungsfunktion zukommt⁵³⁹ – und zwar sowohl zur Ermöglichung staatlicher Massnahmen (insbesondere als Einsatz von Zwangsmitteln) als auch zur Einschränkung derselben aufgrund der (hier engen) Bindung an das Recht⁵⁴⁰.

1.4.1. Gewährleistung des Rechts auf Leben als Verpflichtung zur Terrorismusbekämpfung?

a. Terrorismusbekämpfung im Rahmen der Rechtsordnung

Die EMRK – in der Auslegung massgeblich geprägt durch die Rechtsprechung des EGMR – setzt den grundrechtlichen Rahmen auch zur Terrorismusbekämpfung⁵⁴¹. Art. 2 und 3 EMRK sind zudem notstandsfest (vgl. Ziff. III.3).

⁵³⁸ Auf die Unterscheidung zwischen «Monismus» und «Dualismus» wird nicht näher eingegangen.

⁵³⁹ Unter Experten sind Funktion und Wirksamkeit des Rechts bei der Bekämpfung von Terrorismus umstritten; WILKINSON, *Terrorism versus Democracy*, S. 113 ff.

⁵⁴⁰ WARDLAW, *Democratic Framework*, S. 8: «Security authorities should enjoy the wholehearted support of government, but at the price of understanding that their powers are only those contained in the law and that any excursions outside the law will be punished.»

⁵⁴¹ WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 994: Der Gerichtshof zeigt eine «robust (though perhaps not a tough) reaction» gegenüber Massnahmen zur Bekämpfung terroristischer Bedrohungen.

Zum Rekurs auf *Notstandsklauseln* angesichts terroristischer Bedrohungen kommt es in den Europaratsstaaten nur ganz ausnahmsweise. Zuweilen erlassen die Staaten spezielle Gesetze⁵⁴². So sind im *Vereinigten Königreich* nach dem 11. September 2001 der *Anti-Terrorism, Crime, and Security Act 2001* und nach den Anschlägen von London der *Terrorism Act of 2006* ergangen⁵⁴³. Aktuell wird etwa in *Frankreich*, in den *deutschen Bundesländern* oder in der *Schweiz* (Bund und Kantone) hinsichtlich einer terroristischen Bedrohung durch *Gefährder* legiferiert.

Ein vollkommener Schutz vor terroristischen Bedrohungen wird von Art. 2 EMRK nicht verlangt; besonders einschneidende (wirksame) Massnahmen sind immer abzuwägen mit der Gefahr von Missbräuchen, Fehlern oder Exzessen⁵⁴⁴. Bedrohungen des Rechtsstaats sind mit den Mitteln des Rechtsstaats zu bekämpfen. Umgekehrt wäre aber etwa ein völliges Untätigbleiben angesichts neuer oder veränderter Bedrohungen unseres Erachtens unzulässig.

b. Legaldefinition von «Terrorismus»?

Es würde an sich naheliegend und einleuchtend erscheinen, Massnahmen zur Terrorismusbekämpfung mit einer Legaldefinition auf ein legitimes Ziel auszurichten. Damit werden Massnahmen punktuell ermöglicht, darüber hinaus aber eingeschränkt (im Sinne einer Unzulässigkeit für Anwendungsbereiche über eine entsprechende Definition hinaus). Aus Art. 2 EMRK folgt keine Verpflichtung, Terrorismus rechtlich – und damit abstrakt – zu definieren.

Legaldefinitionen von «Terrorismus» gebrechen daran, dass es eine allgemein-gültige wissenschaftliche Begriffsdefinition dafür fehlt (vgl. Ziff. III.1) – und wohl auch fehlen muss. Da Terrorismus auf eine politische Veränderung abzielt, unterscheidet er sich zwar in der Finalität von üblicher Kriminalität. Das Gewaltverbrechen ist unter terroristischem Motiv aber bloss ein Mittel zum Zweck. Auch daher bleiben Legaldefinitionen von Terrorismus stark interpretationsbedürftig. Ohne (politische) Wertungen kommen sie nicht aus.

⁵⁴² Vgl. auch WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 993.

⁵⁴³ Vgl. dazu etwa HONEYWOOD, *Britain's Approach*, S. 31 ff.

⁵⁴⁴ WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 1016.

Ein (wie auch immer gearteter) Terrorismusbegriff darf aber nicht zu einer beliebigen, bedeutungslosen Hülle ausfransen⁵⁴⁵. Ein *catchall*⁵⁴⁶ muss gerade verhindert werden.

Ein Definitionsversuch wurde im Vereinigten Königreich mit Artikel 1 des *Terrorism Act 2000*⁵⁴⁷ unternommen:

Terrorism: interpretation

(1) In this Act «terrorism» means the use or threat of action where—

(a) the action falls within subsection (2),

(b) the use or threat is designed to influence the government or an international governmental organisation or to intimidate the public or a section of the public, and

(c) the use or threat is made for the purpose of advancing a political, religious, racial or ideological cause.

(2) Action falls within this subsection if it—

(a) involves serious violence against a person,

(b) involves serious damage to property,

(c) endangers a person's life, other than that of the person committing the action,

(d) creates a serious risk to the health or safety of the public or a section of the public, or

(e) is designed seriously to interfere with or seriously to disrupt an electronic system.

(3) The use or threat of action falling within subsection (2) which involves the use of firearms or explosives is terrorism whether or not subsection (1)(b) is satisfied.

⁵⁴⁵ Insbesondere sind Taktiken und finale Ziele von terroristischen Gruppierungen und anderen kriminellen Organisationen (insbesondere solchen, welche als «Organisierte Kriminalität» gelten) völlig verschieden. Vgl. dazu mit Fokus auf Unterschiede zwischen illegalem Drohenhandel und Terrorismus in den 1980er Jahren WARDLAW, Linkages, S. 7 und 22 f.

⁵⁴⁶ WARDLAW, Democratic Framework, S. 6.

⁵⁴⁷ Weiterführend zu diesem Gesetz MICHAELSEN, «War Against Terrorism», S. 119 ff. und natürlich *A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 (2009), §§ 88 ff.

(4) *In this section—*

(a) *«action» includes action outside the United Kingdom,*

(b) *a reference to any person or to property is a reference to any person, or to property, wherever situated,*

(c) *a reference to the public includes a reference to the public of a country other than the United Kingdom, and*

(d) *«the government» means the government of the United Kingdom, of a Part of the United Kingdom or of a country other than the United Kingdom.*

(5) *In this Act a reference to action taken for the purposes of terrorism includes a reference to action taken for the benefit of a proscribed organisation.*

Aus grundrechtlicher Sicht erscheint eine Legaldefinition von Terrorismus weder geboten noch sinnvoll⁵⁴⁸. Einerseits müssen Staaten in der Lage sein, mögliche Bedrohungen generell zu erkennen und in konkreten Lagen zur beurteilen. Andererseits ist es unter dem Aspekt einer bestehenden Schutzpflicht nicht relevant, nach welchem Motiv eine Täterschaft handelt.

So löst die Geiselnahme durch eine bewaffnete Täterschaft eine staatliche Handlungspflicht aus. Egal, ob die Täterschaft aus finanziellen Interessen (Banküberfall oder Erpressung) oder aus «politischen» Motiven handelt.

Das Motiv der Täterschaft spielt hingegen eine Rolle zur Beurteilung einer Gefährdung.

So ist es relevant, ob ein «Terrorist» ein potenzieller Selbstmordattentäter ist oder ob er versucht, heil aus einer Situation zu entkommen.

Damit geht es auch bei einer Bekämpfung terroristischer Aktivitäten um die Art einer Bedrohung an sich: Also insbesondere um Methoden, Ziele und Mittel. Unseres Er-

⁵⁴⁸ In diesem Sinne auch WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 1000 ff. Anders WARDLAW, *Democratic Framework*, S. 8: «[...]Each state must settle on a definition of terrorism. This is a contentious issue, which many see as unresolvable. But it is precisely the lack of precision over definition that allows counter-terrorism policy to go off the rails: to encompass activities that many would not consider terrorism and to promote unnecessary laws on the basis of an inflated threat. There must be at least an attempt to delimit what each country is going to define for itself as terrorism.»

achtens kann und muss das Recht die *Symptome* wirksam bekämpfen – die *Krankheit* an sich lässt sich nur politisch-gesellschaftlich überwinden (vgl. Ziff. V.6.1).

c. Besondere Regelungen für besondere Gefährdungen

Zur Erkennung und Beurteilung von Bedrohungen können präventiv-polizeiliche Mittel verwendet werden. Die Beurteilung einer Bedrohung dient auch der Einschätzung, ob menschliches Leben gefährdet wird und welches die adäquaten Massnahmen zur Abwehr bilden können (vgl. zur Lagebeurteilung Ziff. IV.2).

Für Fälle einer konkreten Gefährdung durch Dritte (vgl. Ziff. III.2.2.5) sind im Rahmen rechtlicher Regelungen unseres Erachtens zusätzliche Spielräume vorzusehen. Diese sollen es *in extremis* ermöglichen, neben einem möglichst wenig invasiven Mitteleinsatz auch einen optimalen Schutz des Rechtsguts Leben zu gewährleisten. Wobei das Rechtsgut Leben sowohl gefährdeten Personen als auch Gefährdern zusteht.

Dabei können sich die verschiedenen Ebenen einer Rechtsordnung (*legal framework* und *administrative framework*) miteinander vermengen. Insbesondere sind praktische Elemente konkreter Massnahmen wohl meist Polizei-intern zu regeln. Notwendig erschienen aber stets ausreichende Bezüge zum gesetzlich festgelegten und damit demokratisch legitimierten Rahmen.

1.4.2. Regelung polizeilicher Zwangsmassnahmen

Bei terroristischen Aktionen handelt es sich in der Regel um die illegale, (direkt oder indirekt) medial wirksame Anwendung von Gewalt (vgl. Ziff. V.6.1) zur Infragestellung des staatlichen Gewaltmonopols (vgl. Ziff. III.1). Die Abwehr solcher Gewalt – ausgeübt etwa durch Selbstmordattentäter oder bewaffnete Kleingruppen – ist im Einzelfall auf dem Verhandlungsweg meist nicht möglich.

Verlangt sind «robuste» staatliche Gegenmassnahmen, welche zeitverzugslos umgesetzt werden können. Dabei geht es primär um die Anwendung physischen Zwangs und – je nach den Umständen – um den Einsatz von potenziell letalen Mitteln *ultima ratio*. Bei Letzteren handelt es sich üblicherweise um den Einsatz von Schusswaffen (zum Einsatz *schwerer* sowie *alternativer* Mittel vgl. Ziff. V.4.4.3).

a. Grundsatz umfassender Regelungen

Nach Art. 2 Abs. 2 EMRK ist der Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel unter Umständen zulässig. Die Konventionsbestimmung bildet aber weder selber die Rechtsgrundlage für Eingriffe in das Grundrecht noch darf sie allzu «offen» interpretiert werden. Die positive Verpflichtung nach Art. 2 EMRK ist in den nationalen Rechtsordnungen umsetzungsbedürftig.

«As the text of Article 2 itself shows, the use of lethal force by law enforcement officers may be justified in certain circumstances. Nonetheless, Article 2 does not grant them *carte blanche*.»⁵⁴⁹

Als Grundrechtsgerichtshof hat der EGMR nicht die Rolle eines allgemeinen überstaatlichen Verfassungsgerichts. Entsprechend hält die *Grand Chamber* bereits in *McCann and others v. The United Kingdom* fest, dass es «not the role of the Convention institutions [is] to examine in abstracto the compatibility of national legislative or constitutional provisions with the requirements of the Convention»⁵⁵⁰. Gleichwohl unterstreicht die *Grand Chamber* die Finalität rechtlicher Regelungen:

The «[...] national law must strictly control and limit the circumstances in which a person may be deprived of his life by agents of the State. The State must also [...] exercise strict control over any operations which may involve the use of lethal force.»⁵⁵¹

Aus den konventionsrechtlichen Verpflichtungen folgt, dass Interventionsmittel der Staaten bereits für normale Lagen zu schaffen und grundsätzlich auf *diese* auszurichten sind⁵⁵².

⁵⁴⁹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 207; ganz ähnlich *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 58 («police officers» anstatt «lawenforcement officers»); ähnlich auch *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 249.

⁵⁵⁰ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 153, m.H. auf *Klass and others v. Germany* (Court Plenary), 5029/71 (1978), § 33.

⁵⁵¹ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 151.

⁵⁵² Zur Bedeutung von Art. 2 EMRK auf das «policing» vgl. auch ROCHE, Operationalising the ECHR, S. 61 ff.

Der EGMR scheint (nur) für Ausnahmesituationen Regelungslücken hinzunehmen – und zwar, soweit eine Schutzpflicht gegenüber Dritten besteht (vgl. sogleich d sowie Ziff. V.3.4.1.b)⁵⁵³.

Dabei weist der Gerichtshof auf praktische Probleme ungenügender staatlicher Regulierung hin: «The [...] Suppression of Terrorism Act remained silent not only on the types of weapons and ammunition that could be used, but also on the rules and constraints applicable to this choice. It did not incorporate in any clear manner the principles of using force that should be no more than «absolutely necessary» such as the obligations to decrease the risk of unnecessary harm and exclude the use of weapons and ammunition that carried unwarranted consequences (see the UN Basic Principles and the Council of Europe Guidelines [...]). At the same time, it provided near blanket immunity to the participants of antiterrorist operations from responsibility for any harm caused by them to «legally protected interests» [...]. It is not surprising that in the absence of clear rules on conducting anti-terrorist operations, references were made to the Army Field Manual, which applied to combat situations in armed conflicts and appeared inappropriate for the situation.»⁵⁵⁴

Für die Konventionsstaaten geht es im Wesentlichen darum, in ihren Rechtsordnungen die mögliche Verwendung von polizeilichen Zwangsmitteln allgemein konventionskonform zu regeln. Eine Auslegungsbedürftigkeit steht der konventionskonformen Anwendung nationaler Normen nicht im Wege.

Dabei geht es beispielsweise um Regelungen des Rechts auf Notwehr⁵⁵⁵.

In ihrem Urteil *Giuliani and Gaggio v. Italy* hat die *Grand Chamber* die Notwehrnorm gemäss Art. 52 des italienischen Strafgesetzbuches⁵⁵⁶ mit Art. 2 EMRK verglichen: «It is true that from a purely semantic viewpoint the «need»

⁵⁵³ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 230.

⁵⁵⁴ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 598.

⁵⁵⁵ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 252.

⁵⁵⁶ «Persons who commit an offence when forced to do so by the need to defend their rights or the rights of others against a real danger of unjust attack, provided that the defensive response is proportionate to the attack» (Hervorhebung nur hier).

mentioned in the Italian legislation appears to refer simply to the existence of a pressing need, whereas ‹absolute necessity› for the purposes of the Convention requires that, where different means are available to achieve the same aim, the means which entails the least danger to the lives of others must be chosen. However, this is a difference in the wording of the law which can be overcome by the interpretation of the domestic courts. As is clear from the decision to discontinue the case, the Italian courts have interpreted Article 52 of the CC as authorising the use of lethal force only as a last resort where other, less damaging, responses would not suffice to counter the danger [...].»⁵⁵⁷

Bei der Ausgestaltung rechtlicher Regelungen sind die möglichen Folgen vorherzusehen und rechtsgenügend zu berücksichtigen. Entsprechend sind spezielle Normen für den Einsatz von potenziell letalen Zwangsmitteln notwendig⁵⁵⁸. Die Regelungen bilden den Rahmen der zulässigen Verwendung von Zwangsmitteln und gelten sowohl für spontane Einsätze als auch für koordinierte Aktionen. Damit beeinflusst der rechtliche Rahmen das zulässige taktische Verhalten. Besondere organisatorische Verpflichtungen für koordinierte Aktionen können hinzu treten. Dazu gehört unseres Erachtens auch die Verankerung besonderer *Krisenreaktionsmechanismen* in den Rechtsordnungen.

Die gesetzliche Verankerung besonderer behördlicher Befugnisse (*special powers*) kann zwar dem Legalitätsprinzip entsprechen. Wenn damit aber von den üblichen Verantwortlichkeiten und Befugnissen abgewichen wird, findet – insbesondere, wenn dies über eine längere Zeit erfolgt – zuweilen eine Vermengung von Zuständigkeiten statt. Gleiches gilt für notrechtliche Befugnisse (vgl. Ziff. III.3). *Abweichungen* vom regulatorischen Normalfall sollten daher stets zeitlich und inhaltlich begrenzt und besonders einfach zu handhaben sein⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 214.

⁵⁵⁸ Dazu verlangt der Gerichtshof zuweilen sehr umfassende Regulierungen, welche nach *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 58 «even [...] avoidable accidents» zu berücksichtigen haben.

⁵⁵⁹ In diesem Sinne auch WILKINSON, *Terrorism versus Democracy*, S. 117 («clearly and simply drafted»).

b. Besondere Herausforderungen und besondere Anforderungen

Die einzelnen Grundrechte der EMRK definieren meist in Abs. 1 den persönlichen und sachlichen Schutzbereich und in Abs. 2 mögliche Einschränkungen. Letztere erfordern grundsätzlich den Erlass gesetzlicher Grundlagen, also generell-abstrakter Normen⁵⁶⁰. Soweit eine *formell-gesetzliche* Abstützung vorliegt, verfügen Grundrechtseingriffe zudem über eine demokratische (meist parlamentarisch vermittelte) Legitimation⁵⁶¹.

Der EGMR lässt es – erstaunlicherweise – genügen, dass ein Schusswaffeneinsatz von einem Konventionsstaat in einem Reglement geregelt wird⁵⁶² – also einem Erlass der Exekutiven.

Art. 2 EMRK weicht bei näherer Betrachtung von der üblichen Grundrechtsstruktur ab. In diesem Artikel findet gewissermassen eine Symbiose statt zwischen positiver Verpflichtung respektive Rechtsetzungsauftrag (*life shall be protected by law*) und dem Tötungsverbot (*no one shall be deprived of his life intentionally*) nach Abs. 1 sowie einem verhältnismässigen Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel innert der Ausnahmetatbestände von Abs. 2. Die Ausnahmetatbestände setzen ihrerseits – weitere – gesetzliche Regelungen voraus.

«In addition to setting out the circumstances when deprivation of life may be justified, Article 2 implies a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place an appropriate legal and administrative framework defining the limited circumstances in which law-enforcement officials may use force and firearms, in the light of the relevant international standards».⁵⁶³

⁵⁶⁰ *Maestri v. Italy* (GC), 39748/98 (2004), § 30: «some basis in domestic law».

⁵⁶¹ In den nationalen Verfassungsordnungen (zum Beispiel in der Schweiz) sind formell-gesetzliche Erlasse teilweise vorgeschrieben im Falle von «schweren» Grundrechtseingriffen (was sich üblicherweise an der Intensität des Eingriffs bemisst). Die EMRK kennt an sich keine solche (doppelte) «Abstufung».

⁵⁶² *Bakan v. Turkey*, 50939/99 (2007), § 51 («règlement sur les fonctions et compétences de la gendarmerie»); bestätigt in *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 210.

⁵⁶³ *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 56.

Das Erfordernis (generell-abstrakter) Normen als Voraussetzung zur Anwendung potenziell tödlichen Zwangs zielt auf eine konventionskonforme *Steuerung staatlichen Verhaltens*.

«[...] Police] officers should not be left in a vacuum when performing their duties, whether in the context of a prepared operation or a spontaneous chase of a person perceived to be dangerous: a legal and administrative framework should define the limited circumstances in which law-enforcement officials may use force and firearms, in the light of the international standards which have been developed in this respect [...]».⁵⁶⁴

Im Urteil *Soare and others v. Romania* hat der EGMR das Fehlen einer eigentlichen Steuerung des Schusswaffeneinsatzes durch die einschlägige Gesetzgebung bemängelt: «La [...] législation applicable était la loi [...] relative au régime des armes à feu, complétée par la loi [...] sur l'organisation et le fonctionnement de la police. Ces lois énuméraient toute une série de situations dans lesquelles les policiers pouvaient faire usage d'une arme à feu sans avoir à répondre des conséquences de cet usage. Il est vrai que celui-ci n'était légitime qu'en cas de nécessité absolue et d'impossibilité d'utiliser d'autres moyens de contrainte ou d'immobilisation [...]. [...] Le] droit roumain ne contenait aucune autre disposition réglementant l'usage des armes dans le cadre des opérations de police, sauf l'obligation de sommation, et qu'il ne comportait aucune recommandation concernant la préparation et le contrôle des opérations en question [...]. [...] Le] cadre juridique [...] ne semblait pas suffisant pour offrir le niveau de protection du droit à la vie «par la loi» requis [...]».⁵⁶⁵

Bei einer rechtlichen Regelung kann verallgemeinert und es können weitere Regelungsbedürfnisse berücksichtigt werden. Der EGMR bringt dies üblicherweise als wertende Aussage unter Betonung des Gebots der Verhinderung von Missbrauch zum Ausdruck.

«[...] for domestic law to meet the qualitative requirements, it must afford a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights guaranteed by the Convention. In matters affecting fundamental

⁵⁶⁴ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 59; sehr ähnlich *Şimşek and others v. Turkey*, 35072/97 and 37194/97 (2005), § 105 («exercising» anstatt «performing» und «pursuit» anstatt «chase») oder *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 249.

⁵⁶⁵ *Soare and others v. Romania*, 24329/02 (2011), § 132 (sowie § 137).

rights it would be contrary to the rule of law, one of the basic principles of a democratic society enshrined in the Convention, for legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate with sufficient clarity the scope of any such discretion and the manner of its exercise [...].»⁵⁶⁶

Nach der Rechtsprechung der *Grand Chamber* sind die gesetzlichen Grundlagen unter anderem dann ungenügend, wenn sie inhaltlich zu lax sind. Die Laxheit (*laxity*) bemisst der Gerichtshof an dem mit der Anwendung von Zwang erlaubten Zweck.

Im Urteil *Nachova and others v. Bulgaria* ging es um die Abgabe tödlicher Schüsse der Militärpolizei auf zwei Angehörige der bulgarischen Streitkräfte. «The [...] relevant regulations on the use of firearms by the military police effectively permitted lethal force to be used when arresting a member of the armed forces for even the most minor offence. Not only were the regulations not published, they contained no clear safeguards to prevent the arbitrary deprivation of life. Under the regulations, it was lawful to shoot any fugitive who did not surrender immediately in response to an oral warning and the firing of a warning shot in the air [...]. The laxity of the regulations on the use of firearms and the manner in which they tolerated the use of lethal force were clearly exposed by the events that led to the fatal shooting [...]. Such a legal framework is fundamentally deficient and falls well short of the level of protection «by law» of the right to life that is required by the Convention in present-day democratic societies in Europe [...].»⁵⁶⁷ Die *Grand Chamber* erkannte eine Verletzung von Art. 2 EMRK «to secure the right to life by putting in place an appropriate legal and administrative framework on the use of force and firearms by military police»⁵⁶⁸

Auch zu schematische gesetzliche Regelungen entsprechen den grundrechtlichen Anforderungen nicht und sind in einem solchen Sinne ebenfalls zu lax.

⁵⁶⁶ *Navalnyy v. Russia* (GC), 29580/12 (2018), § 115.

⁵⁶⁷ *Nachova and others v. Bulgaria* (GC), 43577/98 und 43579/98 (2005), §§ 99 f.

⁵⁶⁸ *Nachova and others v. Bulgaria* (GC), 43577/98 und 43579/98 (2005), § 102. Zwar würde das nationale Recht ein «proportionality requirement» kennen, welches im vorliegenden Fall aber nicht zur Anwendung gekommen sei (§ 101).

Im Urteil *Putintseva v. Russia* ging es um den Schusswaffeneinsatz innerhalb der russischen Armee. Der Soldat *Valeriy Putintsev* sass wegen unerlaubtem Entfernen von der Truppe in Haft⁵⁶⁹. Bei einem Fluchtversuch wurde «fired at him and wounded him in the right buttock»; er «died from the gunshot wound, which had caused injuries to internal organs and extensive bleeding»⁵⁷⁰.

Grundlage des Schusswaffeneinsatzes war «The Statute of Garrison and Sentry Service in the Military Forces of the Russian Federation». Art. 201 regelte den Schusswaffeneinsatz gegenüber Häftlingen: «A sentry guarding arrestees (detainees) in a disciplinary unit must: [...] warn arrestees (detainees) attempting to escape with an order: <Stop, or [I] will shoot>, and if the order is not complied with [the sentry] should use a firearm against them.»⁵⁷¹

«The [...] regulation called for nondiscretionary use of lethal force to prevent the escape of a member of the armed forces from detention, to which he could have been sentenced for even a minor disciplinary offence. The Court does not lose sight of the extremely concise wording of the regulation which permitted the use of lethal force. Apart from requiring a general warning that a firearm would be used, Article 201 did not contain any other safeguards to prevent the arbitrary deprivation of life. It did not make use of firearms dependent on an assessment of the surrounding circumstances, and, most importantly, did not require an evaluation of the nature of the offence committed by the fugitive and of the threat he or she posed. [...] Under] the regulation in question it was lawful to shoot any fugitive who did not surrender immediately in response to an oral warning or the firing of a warning shot in the air [...]»⁵⁷²

Der Gerichtshof betont zwar die Notwendigkeit gesetzlicher Grundlagen für die Ausübung polizeilichen Zwangs – stellt dafür aber selber keine detaillierten inhaltlichen Vorgaben für die zu erlassenden Normen auf (vgl. Ziff. V.3.4)⁵⁷³. Sogar relativierend

⁵⁶⁹ *Putintseva v. Russia*, 33498/04 (2012), §§ 6 f.

⁵⁷⁰ *Putintseva v. Russia*, 33498/04 (2012), § 8.

⁵⁷¹ *Putintseva v. Russia*, 33498/04 (2012), § 33.

⁵⁷² *Putintseva v. Russia*, 33498/04 (2012), § 64.

⁵⁷³ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 151.

erscheint der Hinweis, dass massgeschneiderte Lösungen unter (zumindest extremen) Umständen nicht möglich sind⁵⁷⁴.

Zum notwendigen gesetzlichen Rahmen gehört die Regelung des *Einsatzes und der Kontrolle* aller potenziell letalen Einsatzmittel – *insbesondere* (aber nicht nur) des Schusswaffeneinsatzes⁵⁷⁵. Der EGMR betont das Bedürfnis nach einer Regelung des Letzteren – womit das klassischerweise «härteste» und «gefährlichste» Einsatzmittel von Sicherheitskräften zwingend von einer rechtlichen Regelung erfasst werden muss.

Soweit in einer nationalen Rechtsordnung eine «laxity of the regulations on the use of firearms» besteht, kann sich die Frage stellen, ob diese durch ein (wohl eher allgemeines) «proportionality requirement» aufgewogen werden kann⁵⁷⁶ – der EGMR lässt die Frage offen⁵⁷⁷.

In verschiedenen nationalen Rechtsordnungen werden die erlaubten (polizeilichen) Einsatzmittel aufgelistet⁵⁷⁸. Inwieweit solche Regelungen abschliessenden Charakters sind, ergibt sich primär aus dem jeweiligen Normwortlaut. Eine explizite Nennung der zulässigen Einsatzmittel entspricht dem Bestimmtheitsgebot, kann den Handlungsspielraum der Einsatzkräfte aber graduell einschränken⁵⁷⁹. Eine

⁵⁷⁴ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 595.

⁵⁷⁵ Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990, §§ 9 ff.; *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 209 f.

⁵⁷⁶ *Nachova and others v. Bulgaria* (GC), 43577/98 und 43579/98 (2005), §§ 99 (Zitat) und 102.

⁵⁷⁷ *Nachova and others v. Bulgaria* (GC), 43577/98 und 43579/98 (2005), § 102.

⁵⁷⁸ Beispielsweise: Art. 78 Polizeiaufgabengesetz (PAG) Bayern vom 14. September 1990 (i.d.F. vom 25. Mai 2018); Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 1991, n. 359, Regolamento che stabilisce i criteri per la determinazione dell'armamento in dotazione all'Amministrazione della pubblica sicurezza e al personale della Polizia di Stato che espleta funzioni di polizia.

⁵⁷⁹ Ausnahmeklauseln könnten Abhilfe schaffen. Darin wäre festzuhalten, dass in besonderen oder ausserordentlichen Lagen auch weitere, nicht in der materiellen Regelung erwähnte Mittel zum Einsatz kommen können; etwa dann, wenn die Bewältigung einer Situation anderweitig nicht möglich ist oder nicht rechtzeitig erfolgen kann. Vgl. dazu beispielsweise für Italien Art. 37 des Decreto del Presidente della Repubblica die 5 ottobre 1991, n. 359, Regolamento che stabilisce i criteri per la determinazione dell'armamento in dotazione all'Amministrazione della pubblica sicurezza e al personale della Polizia di Stato che espleta funzioni di polizia.

strenge gesetzliche Regulierung kann für eine Gegenseite Hinweise auf Schwachpunkte der Einsatzkräfte und zur Tauglichkeit eigener Schutzausrüstung liefern.

Unseres Erachtens folgt aus Art. 2 Abs. 1 EMRK eine Pflicht zur adäquaten Verankerung der zur Erfüllung von Polizeiaufgaben notwendigen Einsatzmittel *an sich*. Dabei kann es sich um die Bildung von Kategorien handeln für Schusswaffen, andere potenziell letale Einsatzmittel, Irritationsmittel oder Destabilisierungsgeräte (vgl. aber zu den vom EGMR zugelassenen Ausnahmen sogleich d).

Weitere Einsatzmittel staatlicher Sicherheitskräfte können, auch wenn sie an sich nicht letal sind, bei falscher Handhabung gleichwohl potenziell tödliche Wirkung entfalten. Dazu gehören etwa Tränengas (vor allem dann, wenn es mit Werfern auf kurze Distanz verschossen wird) oder Destabilisierungsmittel (Taser, Blend- oder Schockgranaten).

«Tear gas has been used by police forces in Europe for many years. Regulations on the use of tear gas vary according to the form in which it is used. Tear gas is used either in the form of sprays or grenades shot from a launcher. If the grenade launcher is improperly used, the grenade can kill or cause serious injuries.»⁵⁸⁰

Der EGMR hat im Urteil *Abdullah Yaşa and others v. Turkey* (allerdings unter Art. 3 EMRK) festgestellt, dass die Einsatzkräfte bei einer Demonstration Tränengas (respektive den Werfer dafür) falsch und mit tödlichen Folgen eingesetzt hatten (vgl. Ziff. V.3.4.1). Der Gerichtshof zieht – unseres Erachtens richtigerweise – eine Linie von der mangelhaften (nicht vorhandenen) Rechtsgrundlage des Zwangsmittels über die Ausbildung bis zum rechtlichen Rahmen von Einsätzen und erkennt einer Verletzung der EMRK: «[... At] the time of the facts Turkish law lacked any specific provisions on the use of tear-gas grenades during demonstrations, and did not lay down instructions for their utilisation. Given that during the events [...] two persons were killed by tear-gas grenades and that the applicant was injured on the same occasion, it may be deduced that the police officers were able to act very independently and take ill-considered initiatives, which would probably not have been the case if they had been given appropriate training and instructions. [... Such] a situation is incompatible

⁵⁸⁰ *Abdullah Yaşa and others v. Turkey*, 44827/08 (2013), § 29.

with the level of protection of the physical integrity of individuals which is required in contemporary democratic societies in Europe»⁵⁸¹.

c. Bestimmtheitsgebot

Als Massstab für die gesetzlichen Grundlagen zur Einschränkung von Grundrechten betont der Gerichtshof in qualitativer Hinsicht allgemein die Vorhersehbarkeit. Die *Rechtsunterworfenen* sollen ihr Verhalten nach den gesetzlichen Grundlagen ausrichten sowie die Konsequenzen eines Fehlverhaltens erkennen können⁵⁸² (vgl. auch Ziff. V.6.2.1).

«The [...] expression «prescribed by law» requires firstly that the impugned measure should have a basis in domestic law. It also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail and to regulate their conduct. [...] The scope of the notion of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed. [...] However] clearly drafted a legal provision may be, its application involves an inevitable element of judicial interpretation, since there will always be a need for clarification of doubtful points and for adaptation to particular circumstances. [...]»⁵⁸³

Der erforderliche Bestimmtheitsgrad hängt massgeblich vom jeweiligen *Regelungsbereich* ab.

«The level of precision required of domestic legislation [...] depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed [...]»⁵⁸⁴

⁵⁸¹ *Abdullah Yaşa and others v. Turkey*, 44827/08 (2013), § 49.

⁵⁸² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 230.

⁵⁸³ *Gorzelik and others v. Poland* (GC), 44158/98 (2004), §§ 64 f. Im Gleichen Sinne *Maestri v. Italy* (GC), 39748/98 (2004), §§ 30 f. oder *Navalnyy v. Russia* (GC), 29580/12 (2018), § 114.

⁵⁸⁴ *Maestri v. Italy* (GC), 39748/98 (2004), § 30.

Für potenziell tödliche Zwangsmittel müssen sich die gesetzlichen Grundlagen als genügend bestimmt erweisen (vgl. bereits Ziff. III.2.3.3), um sowohl die konkrete Ausübung von Zwang als auch von ganzen Operationen rechtsstaatlich ausreichend zu steuern⁵⁸⁵.

Zurecht stellt der EGMR auch auf das Bedürfnis nach Rechtssicherheit für die handelnden – und allenfalls zum Handeln verpflichteten – Beamten ab. Aus dem Gebot der Bestimmtheit folgt letztlich auch die Frage der Anrechenbarkeit von *Verantwortlichkeit* (an die ausführenden Stellen)⁵⁸⁶.

Eine genügende Bestimmtheit setzt – der negativen Verpflichtung Rechnung tragend (vgl. Ziff. III.2.3) – behördlichen Handlungsmöglichkeiten meist Grenzen.

Im Fall *Nachova v. Bulgaria* bemängelt das Gericht die ungenügend bestimmte gesetzliche Grundlage. Diese erlaubte es der Militärpolizei, potenziell tödliche Gewalt anzuwenden bei der Festnahme der eines Delikts verdächtigen bewaffneten Person. Das Reglement war nie publiziert worden – und folglich nicht öffentlich zugänglich. Zudem ergab sich aus dem Inhalt keine eindeutige Garantie, welche willkürliches Handeln hätte verhindern können. Auf der Basis des Reglements war es grundsätzlich erlaubt, auf jede flüchtende Person, welche sich nicht sofort nach einer Aufforderung oder einem Warnschuss stellte, zu schießen⁵⁸⁷. Eine solche gesetzliche Grundlage entspricht gemäss dem EGMR nicht mehr dem verlangten Standard⁵⁸⁸.

Der EGMR als Grundrechtsgerichtshof tut sich – verständlicherweise – allgemein schwer damit, eine genügende Bestimmtheit von Normen für polizeilichen Zwang konsequent einzuverlangen.

«[The Court] held that a regulation setting out an exhaustive list of situations in which gendarmes could make use of firearms was compatible with the Convention. The regulation specified that the use of firearms should only be

⁵⁸⁵ Vgl. auch *Soare and others v. Romania*, 24329/02 (2011), §§ 132 und 137.

⁵⁸⁶ Vgl. auch WILKINSON, *Terrorism versus Democracy*, S. 117.

⁵⁸⁷ *Nachova v. Bulgaria* (GC), 43577/98 (2005), § 99.

⁵⁸⁸ *Nachova v. Bulgaria* (GC), 43577/98 (2005), § 100.

envisaged as a last resort and had to be preceded by warning shots, before shots were fired at the legs or indiscriminately».⁵⁸⁹

Die *Grand Chamber* umgeht die Frage nach der Normbestimmtheit, indem sie auf die *Auswirkungen* einer ungenügenden Rechtsetzung verweist (Vermeidung eines Regelungsvakuums⁵⁹⁰). Genau genommen folgt erst im Umkehrschluss, dass rechtliche Regelungen hinreichend bestimmt sein müssen.

Der Gerichtshof kann nationale Regelungen *nicht* miteinander vergleichen. Als Alternative bleiben ihm Vergleiche zu internationalen Standards, wie sie insbesondere mit den *UN Basic Principles* bestehen. Diese bilden zwar abstrakte Grundsätze, zeigen als solche aber Regelungsbedürfnisse und allgemeine Stossrichtungen für rechtliche Regelungen auf. Die *UN Basic Principles* verlangen keine explizite gesetzliche Nennung der Einsatzmittel, ausgenommen von Schusswaffen und Munition⁵⁹¹.

In den beiden jüngeren Urteilen *Tagayeva and others v. Russia* und *Finogenov and others v. Russia* weist der EGMR darauf hin, dass «the UN Basic Principles [...] indicate that laws and regulations on the use of force should be sufficiently detailed and should prescribe, inter alia, the types of arms and ammunition permitted»⁵⁹². Auf dieser allgemeinen Basis zeigt er sich durchaus bereit, die rechtlichen Voraussetzungen für die Verwendung potenziell tödlicher Zwangsmittel auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen⁵⁹³.

The «[...] legal and administrative framework should define the limited circumstances in which law-enforcement officials may use force and firearms, in the light of the international standards which have been developed in this respect.»⁵⁹⁴

⁵⁸⁹ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 210.

⁵⁹⁰ Die Formulierung «should not be left in a vacuum» ist unseres Erachtens zu schwach.

⁵⁹¹ Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, § 11 Bst. a und c.

⁵⁹² *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 592; *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 228.

⁵⁹³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 592 ff.; *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 228 ff.; *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), §§ 61 ff.

⁵⁹⁴ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 249.

Der Umgang mit Schusswaffen wird von Gerichten und Gesetzgebern oft schematisch behandelt. Letztlich hängt die (abstrakte) Gefährlichkeit von Schusswaffen auch von der verwendeten Munition ab. Neben Schusswaffen können und sollen Sicherheitskräfte über weitere Einsatzmittel (Waffen) verfügen. Zu den erweiterten Einsatzmitteln gehören Destabilisierungsmittel und weitere grundsätzlich non-letale Irritationsmittel.

Die *UN Basic Principles* verlangen nach einer Diversifizierung (Ziff. 2):

Governments and law enforcement agencies should develop a range of means as broad as possible and equip law enforcement officials with various types of weapons and ammunition that would allow for a differentiated use of force and firearms. These should include the development of non-lethal incapacitating weapons for use in appropriate situations, with a view to increasingly restraining the application of means capable of causing death or injury to persons. For the same purpose, it should also be possible for law enforcement officials to be equipped with self-defensive equipment such as shields, helmets, bullet-proof vests and bullet-proof means of transportation, in order to decrease the need to use weapons of any kind.

d. Ausserordentliche Lage und Notstand

Der Gerichtshof lässt in Ausnahmesituationen (für welche keine massgeschneiderten Rechtsgrundlagen bestehen) den Einsatz besonderer Zwangsmittel zu. Dies selbst dann, wenn für diese Mittel keine spezifischen Rechtsgrundlagen bestehen.

Im Fall *Stewart v. The United Kingdom* wurde ein 13-jähriger Junge bei einer unfriedlichen Demonstration von einem Plastikgeschoss (*baton round*⁵⁹⁵) getroffen. Einige Tage später erlag er im Spital den Folgen des Treffers⁵⁹⁶. Gemäss der Kommission entsprach dieser Einsatz der Soldaten dem nordirischen Gesetz (Section 3 of the Criminal Law Act [Northern Ireland] 1967)⁵⁹⁷. Die Rechtsgrundlagen für die Geschosse als Einsatzmittel wurden nicht weiter untersucht.

⁵⁹⁵ Weiterführend zum Einsatz von «baton rounds» DICKSON, ECHR and the Conflict in Northern Ireland, S. 260 ff.

⁵⁹⁶ *Stewart v. The United Kingdom*, 10044/82 (1984), S. 163.

⁵⁹⁷ *Stewart v. The United Kingdom*, 10044/82 (1984), § 25 (S. 172).

Zur Zeit des Notstands in Nordirland (vgl. Ziff. III.3.2) anerkannte der Gerichtshof (im Zusammenhang mit Festnahmen), dass die bestehenden Rechtsgrundlagen nicht ausreichend waren, der realen Gewalt zu begegnen.

«Unquestionably, the exercise of the special powers was mainly, and before 5 February 1973 even exclusively, directed against the IRA as an underground military force. The intention was to combat an organization which had played a considerable subversive role throughout the recent history of Ireland and which was creating, in August 1971 and thereafter, a particularly far-reaching and acute danger for the territorial integrity of the United Kingdom, the institutions of the six counties and the lives of the province's inhabitants [...]. Being confronted with a massive wave of violence and intimidation, the Northern Ireland Government and then, after the introduction of direct rule (30 March 1972), the British Government were reasonably entitled to consider that normal legislation offered insufficient resources for the campaign against terrorism and that recourse to measures outside the scope of the ordinary law, in the shape of extrajudicial deprivation of liberty, was called for. When the Irish Republic was faced with a serious crisis in 1957, it adopted the same approach and the Court did not conclude that the «extent strictly required» had been exceeded [...].»⁵⁹⁸

Der EGMR scheint für besondere Einsatzmittel in ausserordentlichen Lagen keinen strikten Rahmen zu setzen. Vielmehr misst er deren Zulässigkeit im Einzelfall an der Beurteilung einer Gesamtsituation. Damit wird den Einsatzkräften ein Ermessensspielraum für den Mitteleinsatz eingeräumt. Die Schrankenfunktion der rechtlichen Regelung von Einsatzmitteln wird aufgehoben.

Im Urteil *Finogenov and others v. Russia* hatte der Gerichtshof unter anderem den Einsatz eines narkotisierenden Gases zu beurteilen. Die gesetzliche Regelung dafür konnte nicht abschliessend geklärt werden. Zudem wurde die Zusammensetzung des Gases auch im Verfahren vor dem EGMR geheim gehalten.

«The legislative framework for the use of the gas [...] remains unclear: although the law, in principle, allows the use of weapons and special-purpose

⁵⁹⁸ *Ireland v. The United Kingdom (Court Plenray)*, 5310/71 (1978), § 212.

hardware and means against terrorists [...], it does not indicate what type of weapons or tools can be used and in what circumstances. Furthermore, the law requires that the specific technical methods of anti-terrorist operations be kept secret [...]. The exact formula of the gas was not revealed by the authorities; consequently, it is impossible for the Court to establish whether or not the gas was a «conventional weapon», and to identify the rules for its use. In the circumstances the Court is prepared to admit that the gas was an *ad hoc* solution, not described in the regulations and manuals for law enforcement officials.

This factor alone, however, cannot lead to a finding of a violation of Article 2 of the Convention.»⁵⁹⁹

Unseres Erachtens folgt daraus, dass die Zulässigkeit *alternativer Einsatzmittel* von der Finalität der konkreten Operation abhängt: Soweit der Staat *verpflichtet* ist, Massnahmen zum Schutz des Lebens (etwa von Geiseln) zu ergreifen, vermag diese Pflicht die an sich verlangten Rechtsgrundlagen zu substituieren. Die in Art. 2 EMRK angelegte Handlungspflicht eröffnet Handlungsspielräume, welche aber vom Verhältnismässigkeitsprinzip begrenzt werden (vgl. Ziff. V.4 und insb. V.4.6.3); zudem sind unseres Erachtens allfällige Grenzen des Humanitären Völkerrechts zu beachten (vgl. Ziff. III.4).

1.4.3. Regulierung polizeilicher Operationen

Der EGMR verlangt von den Konventionstaaten die «Regulierung» polizeilicher Operationen. In der Finalität geht es darum, taugliche rechtliche Rahmenbedingungen und Schutzvorkehrungen gegen Willkür und gegen den Missbrauch des staatlichen Gewaltmonopols zu schaffen.

«Unregulated and arbitrary action by State agents is incompatible with effective respect for human rights. This means that policing operations must be

⁵⁹⁹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 229 f.

sufficiently regulated by national law, within the framework of a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force.»⁶⁰⁰

Der Gerichtshof definiert indes nicht, was genau er unter polizeilichen Operationen versteht. Der Sache nach scheint es klar, dass damit – über spontanes Handeln der Polizeikräfte hinaus – insbesondere organisierte Einsätze gemeint sind und diese folglich geregelt werden müssen.

Welche konkreten Regulierungsbedürfnisse daraus erwachsen, ist unseres Erachtens von jedem Konventionsstaat separat zu beurteilen. So ist die Polizeiorganisation in zentralisierten Staaten (wie etwa Frankreich) notwendigerweise eine andere als in Bundesstaaten (wie etwa der Schweiz oder in Deutschland).

Unseres Erachtens sollten sich auch Regulierungen für polizeiliche Operationen daran orientieren, dass in konkreten Einzelfällen kein rechtliches Vakuum entsteht. Es muss also geklärt sein, welche Behörden als Polizeibehörden fungieren und gestützt auf die nationalen Polizeigesetze Zwang ausüben dürfen. Für diese Behörden greifen die weiteren Anforderungen von Art. 2 EMRK (bis hin zur Untersuchungspflicht nach dem Einsatz von Waffen). Darüber hinaus dürfte es um strukturelle und organisationsrechtliche Fragen sowie die staatliche Haftung gehen.

Der EGMR zieht eine Grenze zwischen polizeilichen Routineoperationen und größeren Anti-Terror-Operationen (*large-scale anti-terrorist operations*). Im Urteil *Finogenov and others v. Russia* hat der Gerichtshof auf die Einmaligkeit der Vorkommnisse (bei der Geiselnahme von mehreren hundert Menschen durch Paramilitärs) hingewiesen – und dass Abwehrmassnahmen für solche Situationen letztlich *nicht regulierbar* sind (negative Begründung).

«The general vagueness of the Russian anti-terrorism law does not necessarily mean that in every particular case the authorities failed to respect the applicants' right to life. Even if necessary regulations did exist, they probably would

⁶⁰⁰ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 249; ähnlich auch *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 58 sowie *Nachova v. Bulgaria* (GC), 43577/98 (2005), § 97 und *Kavakioğlu and others v. Turkey*, 15397/02 (2016), § 162 (beide mit Betonung von «adequate and effective safeguards [...] against avoidable accident»).

be of limited use in the situation at hand, which was totally unpredictable, exceptional and required a tailor-made response. The unique character and the scale of the Moscow hostage crisis allows the Court to distinguish the present case from other cases where it examined more or less routine police operations and where the laxity of a regulatory framework for the use of lethal weapons was found to violate, as such, the State's positive obligations under Article 2 of the Convention [...]»⁶⁰¹.

Im Urteil *Tagayeva and others v. Russia* hat der EGMR eine ähnliche Abgrenzung vorgenommen und zudem den Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit in akuten Krisen betont (positive Begründung).

«[...] a difference should be drawn between «routine police operations» and situations of large-scale anti-terrorist operations. In the latter case, often in situations of acute crisis requiring «tailor-made» responses, the States should be able to rely on solutions that would be appropriate to the circumstances [...]»⁶⁰².

Dies bedeutet nicht, dass der Gerichtshof den Staaten gleichsam *carte blanche* erteilen würde. Vielmehr hat der EGMR in seinem Urteil eine grundsätzlich mangelhafte Regulierung von Anti-Terror-Operationen festgestellt.

«The [...] domestic legal framework failed to set the most important principles and constraints of the use of force in lawful anti-terrorist operations, including the obligation to protect everyone's life by law, as required by the Convention. Coupled with wide-ranging immunity for any harm caused in the course of anti-terrorist operations, this situation resulted in a dangerous gap in regulating situations involving deprivation of life – the most fundamental human right under the Convention. In [...] view of the inadequate level of legal safeguards, Russia had failed to set up a «framework of a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force». This weakness of the re-

⁶⁰¹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 230.

⁶⁰² *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 595.

gulatory framework bears a relevance [...] with regard to the proportionality of the force used»⁶⁰³.

Unseres Erachtens stehen diese Regulierungsdefizite in engem Zusammenhang mit den handelnden Akteuren und den verwendeten (schweren) Mitteln bei der Stürmung der Schule Nummer 1 in Beslan (vgl. Ziff. V.2.2.2 und V.4.4).

Zuweilen werden Anforderungen an polizeiliche Operationen indirekt über das Regelungserfordernis für bestimmte Zwangsmittel geschaffen (vgl. Ziff. IV.1.4.2).

So hat der EGMR im Urteil *Abdullah Yaşa and others v. Turkey* eine allgemeine Regelung zur Auflösung von Demonstrationen gemäss der Richtlinie über die schnellen Eingreiftruppen (*directive on the rapid reaction forces*) beurteilt.

«[...] Should the crowd fail to disperse despite the warning given, use is to be made, in a gradual manner, of physical force, material force and weapons, depending on the nature of the crowd's movements, the degree of violence, threats or assaults, or of the resistance put up by the offenders. Where dispersal has been planned and is being carried out by use of force, several exit routes must be left for the crowd so that it can disperse. No attempt must be made to disperse the crowd until such exit routes are available.»⁶⁰⁴

Daraus liessen sich noch keine konkreten Vorgaben für den Einsatz von Tränengas (respektive der Handhabung der Wurfgeräte) ableiten. Nach den tödlichen Zwischenfällen hat die Türkei den Einsatz von Tränengas in einer Richtlinie detailliert geregelt⁶⁰⁵. Das damit geregelte taktische Verhalten in Bezug auf dieses Zwangsmittel kann im Reflex auch die Ausgestaltung polizeilicher Operationen beeinflussen.

⁶⁰³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 599.

⁶⁰⁴ *Abdullah Yaşa and others v. Turkey*, 44827/08 (2013), § 27.

⁶⁰⁵ *Abdullah Yaşa and others v. Turkey*, 44827/08 (2013), § 28.

Im Urteil *Isayeva v. Russia* definiert der EGMR zunächst, in welche rechtliche Kategorie der Mitteleinsatz fällt. Mangels Ausrufung des Kriegsrechts oder eines Notstands wären die normalen Gesetzesgrundlagen anzuwenden gewesen⁶⁰⁶.

Stattdessen stützten die Sicherheitskräfte ihre Handlungen insbesondere auf ein militärisches Regelement (*Army Field Manual*), welches keinen genügenden Schutz für das Leben von Zivilisten gewährleisten konnte⁶⁰⁷. Ob das Regelement den Anforderungen des Humanitären Völkerrechts entspricht (vgl. Ziff. III.4.2), wäre unseres Erachtens eine zusätzlich, aber separat zu klärende Frage.

1.5. BEDEUTUNG DER KONVENTIONSKONFORMEN AUSGESTALTUNG DES RECHTSRAHMENS

Die Bekämpfung von Terrorismus ist eine mehrschichtige und rechtsstaatlich herausfordernde Aufgabe, welche heute *alle Staaten* betrifft. Völkerrechtliche Verpflichtungen und internationale Empfehlungen sind sowohl genereller Art als auch spezifisch, auf bestimmte Sachbereiche bezogen. Die Pflicht zur Schaffung eines tauglichen Rechtsrahmens besteht unabhängig vom Vorliegen einer konkreten terroristischen Bedrohung in einem einzelnen Konventionsstaat.

Zumindest soweit eine staatliche Regulierung auf die Verwendung potenziell tödlicher Zwangsmittel abzielt, ist eine Legaldefinition von «Terrorismus» entbehrlich. Terroristen sind kriminelle Gefährder. Bei Anti-Terror-Operationen der Sicherheitskräfte kann das ganze Repertoire zulässiger polizeilicher Zwangsmittel zur Anwendung kommen (für nachrichtendienstliche Aktivitäten gilt etwas Anderes). Die Rechtsordnung muss auch eine solch besondere Aufgabenerfüllung adäquat ermöglichen und rechtsstaatskonform steuern.

Indes dürfen die Rechtsanwender im Einzelfall nicht einem rechtlichen Vakuum gegenüberstehen oder in Eigenregie agieren müssen; – vielmehr sind die Gesetzgeber zur Schaffung von Rahmenbedingungen unter Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien verpflichtet. Die Anwendung von polizeilichen Zwangsmitteln ist stets grundrechts-

⁶⁰⁶ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 191.

⁶⁰⁷ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 199.

relevant. Die dafür aus dem Legalitätsprinzip fließenden Anforderungen sind grundsätzlich hoch. Der Einsatz von Zwangsmitteln im Rahmen der Terrorismusabwehr reicht bis hin zu potenziell tödlichen Mitteln. Ausreichende rechtliche Grundlagen können den Einsatz von Zwangsmitteln bis hin zu Schusswaffen und schweren Mitteln unter bestimmten Umständen legitimieren – rechtliche Regeln wirken aber stets und notwendigerweise begrenzend⁶⁰⁸.

Mit den *UN Basic Principles* und dem *Code of Conduct for Law Enforcement Officials* bestehen internationale Standards zur Ausübung staatlicher Gewalt; mit den *Guidelines on Human Rights* des Europarats besteht ein europäischer Konsens zur Art und Weise der Bekämpfung von Terrorismus. An diesen Leitlinien kann und soll sich die Ausgestaltung der staatlichen Aufgabenerfüllung orientieren (*Makaratzis v. Greece* [GC] zu den *UN Basic Principles*⁶⁰⁹). Sie helfen mit, ausreichende Gesetzesgrundlagen zum Einsatz von Zwangsmitteln auch am obersten Ende des Eskalationsspektrums zu erlassen. Zudem vermitteln sie staatlichem Handeln eine gewisse Legitimität und verhindern Überreaktionen auch angesichts terroristischer Bedrohungen.

Was insbesondere in den *UN Basic Principles* als Motiv oder Zweck zum Ausdruck kommt, verdichtet sich im Lichte von Art. 2 EMRK zur Pflicht. Indes erscheint die Rechtsprechung des EGMR teilweise etwas ambivalent. Der Gerichtshof ist kein allgemeines «überstaatliches Verfassungsgericht»; er führt daher keine «abstrakten Normenkontrollen» durch (*McCann and others v. The United Kingdom* [GC]); er legt auch nicht *per se* explizite Bestimmungen fest, welche von den Konventionsstaaten in ihre nationalen Rechtsordnungen zu implementieren wären. Die sich aus seiner Rechtsprechung ergebenden minimalen Anforderungen für den Einsatz von Zwangsmitteln sind vorsichtig und offen formuliert. Sie belassen den Staaten einen grossen Spielraum in der Ausgestaltung der entsprechenden Rechtsgrundlagen.

Daraus resultiert die Notwendigkeit einer nationalen Regelung für jede Art von Zwangsmitteln im Sinne der Festlegung der zulässigen Umstände sowie der Angemessenheit des Mitteleinsatzes (*Giuliani and Gaggio v. Italy* [GC]⁶¹⁰). Der Geltungsbereich von Re-

⁶⁰⁸ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 209.

⁶⁰⁹ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 59.

⁶¹⁰ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 209.

gelingen, die Zulässigkeit von Zwangsmitteln sowie deren Anwendungsanforderungen können unseres Erachtens je nach staatlicher Behörde variieren (zum weiten Begriff der *law enforcement officials* gehören reguläre Polieikräfte und polizeiliche Spezialkräfte, unter Umständen aber auch reguläre militärische Kräfte oder Sonderoperationskräfte). Regelungen dürfen weder allzu offen ausgestaltet werden noch allzu weitgehend erfolgen – sie müssen in ihrer Finalität stets dem bestmöglichen Schutz menschlichen Lebens dienlich sein (*Nachova v. Bulgaria* [GC] oder *Soare v. Rumania*). Daher ist auch eine zu strenge oder zu schematische Normierung untauglich (*Putintseva v. Russia*). Die Tauglichkeit und Angemessenheit staatlicher Regelungen ist unseres Erachtens laufend zu überprüfen: Was bereits festgesetzt ist, kann veralten sein oder sich in der Praxis als lückenhaft erweisen (*Makaratzis v. Greece* [GC] und *Leonidis v. Greece*⁶¹¹).

Der EGMR statuiert in seiner Rechtsprechung keine ausdrückliche Pflicht zur gesetzlichen Verankerung sämtlicher polizeilicher Zwangsmittel. Strenger scheint er bei der Regelung des Schusswaffeneinsatzes zu sein (*Soare and others v. Romania*). Dennoch ist eine gesetzliche Verankerung – jedenfalls bestimmter Zwangsmittel (je nach «möglichem Schadensmass») – unseres Erachtens zu begrüssen. Insbesondere in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot erscheint eine Unterscheidung zwischen Zwangsmitteln und Schusswaffen als untauglicher Spagat. Das Regelungsbedürfnis ist vielmehr je nach Kategorie von Einsatzmitteln zu lösen.

Abstrakte Regelungen für polizeiliche Zwangsmittel zielen letztlich immer auf konkrete Gefährdungssituationen (oder -Lagen) ab. Der EGMR liess bereits nach seiner älteren Rechtsprechung in ausserordentlichen Lagen auch den Einsatz nicht explizit gesetzlich erfasster polizeiliche Zwangsmittel zu (*Stewart v. The United Kingdom*). Heute erlaubt er zur Abwehr konkreter Gefahren in ausserordentlichen Lagen den Einsatz besonderer Einsatzmittel (*Finogenov and others v. Russia* und *Tagayeva and others v. Russia*). Dies bedarf aber einer Präzisierung insbesondere mit Blick auf das – hier noch nicht näher erörterte – Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. Ziff. V.4).

Der Gerichtshof folgt einer (auch im Wortsinn) spannenden Argumentationslinie, indem er auf Operationen als ganze abstellt (*McCann v. The United Kingdom*) und die Anforderungen dafür weiterentwickelt. Dabei geht es um rechtliche Regelungen bezüg-

⁶¹¹ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 70; *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 65.

lich sowohl grösserer Polizeioperationen (*Giuliani and Gaggio v. Italy* [GC], *Finogenov and others v. Russia*, *Tagayeva and others v. Russia*, *Abdullah Yaşa and others v. Turkey* und *Kavakhoğlu and others v. Turkey*) als auch um polizeiliches Handeln in einem viel weiteren Sinne (*Makaratzis v. Greece* [GC] und *Nachova v. Bulgaria* [GC]). Die entsprechenden Regelungen erfolgen üblicherweise nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die handelnden Behörden selber, welche Vorbereitungs-handlungen vornehmen und Operationen führen müssen (*Armani Da Silva v. The United Kingdom* [GC]).

2. LAGEBEURTEILUNG

Grundlage staatlichen Handelns ist das Recht. Grundlage staatlichen Wissens im Bereich der Inneren Sicherheit ist eine bestimmte Lage. Es kann und muss zwischen allgemeinem und besonderem Lagebild unterschieden werden. Lagebilder können miteinander verglichen und eine mögliche Lageentwicklung hergeleitet werden. Das Lagebild bildet eine wesentliche Grundlage für Planungen und Entscheide⁶¹².

Die Lagebeurteilung muss von *realistischen Annahmen* ausgehen. Zwar macht die Geschichte zuweilen Sprünge⁶¹³. Und zuweilen sind Verallgemeinerungen notwendig⁶¹⁴. Hinter realistischen Annahmen steht das Bedürfnis, die Grundlagen staatlichen Handelns zumindest zu objektivieren und damit die Verhältnismässigkeit gewährleisten zu können. In einem Rechtsstaat können unwahrscheinliche, aber theoretisch durchaus denkbare Annahmen (*black swans*⁶¹⁵) für sich alleine richtigerweise keine staatlichen (Abwehr-) Handlungen auslösen – ausser im Bereich der Beobachtung und Analyse.

⁶¹² Sinngemäss NATO Standard AJP-2 (Intelligence, 2016), S. 1-1.

⁶¹³ Generell kritisch zum Schluss vom Vergangenen auf Künftiges (angesichts zunehmender Komplexität) TALEB, *The Black Swan*, S. 8 ff.

⁶¹⁴ Wiederum kritisch TALEB, *The Black Swan*, S. 27 (m.H. auf das «major philosophical problem [...] of induction»).

⁶¹⁵ *Black swans*: zwar unwahrscheinliche, aber gleichwohl nicht ausschliessbare Ereignisse; vgl. TALEB, *The Black Swan*, *passim*; sie können sowohl über- als auch unterschätzt werden (S. 77).

2.1. LAGEBILD UND NACHRICHTENBESCHAFFUNG

Ein *allgemeines Lagebild* soll einen strategischen Überblick erlauben⁶¹⁶. Es richtet sich sowohl an die Staatsleitung (und damit an politische Entscheidungsträger) als auch an die weiteren staatlichen Behörden. Notwendigerweise finden darin eine Generalisierung und eine Loslösung von Einzelfällen statt. Seine Stärke liegt in einer analytisch überzeugenden Darstellung eines bestehenden (allgemeinen) Zustands und dem Erkennen strategischer Trends.

Bei der Beurteilung der allgemeinen Absichten und Fähigkeiten terroristischer Akteure können insbesondere die jeweilige Ideologie oder die «politischen» Motive, die organisatorischen Fähigkeiten, die personelle Zusammensetzung und Stärken einer Gruppierung, die Frage der Unterstützung durch Dritte (Organisationen, Gruppierungen, Staaten) und die finanziellen Ressourcen berücksichtigt werden.

Zum allgemeinen Lagebild gehört etwa die Darstellung von Erkenntnissen, ob bestimmte terroristische Gruppierungen in einem Staat überhaupt aktiv sind – und falls ja, mit welchen Strukturen, Absichten und Aktivitäten.

So sind beispielsweise die *Tamil Tigers*, welche auf Sri Lanka einen bewaffneten Kampf geführt hatten, auch in Europa aktiv gewesen, um den bewaffneten Kampf in ihrem Heimatstaat zu finanzieren⁶¹⁷.

Ein strategischer Trend wäre etwa die Verbindung zwischen der Nutzung von Social Media mit gewaltsamen Aktionen von Einzeltätern. So haben in den letzten Jahren weltweit perfid agierende Gefährder neue Kommunikationsformen dazu missbraucht, ihre Taten in Echtzeit zu verbreiten, um sich damit grosse Aufmerksamkeit zu sichern.

Einzig auf der Grundlage eines allgemeinen Lagebildes können keine korrekten operativen oder taktischen Entscheidungen gefällt werden. Dazu ist ein *besonderes Lagebild* erforderlich⁶¹⁸. Darin wird die Bedeutung allgemeiner Erkenntnisse heruntergebrochen

⁶¹⁶ In militärischen Begriffen gesprochen geht es bei einem allgemeinen Lagebild sinngemäss um *strategic intelligence*; vgl. NATO Standard AJP-2 (Intelligence, 2016), S. 3-1.

⁶¹⁷ Vgl. etwa *NDB*, Sicherheit Schweiz 2010, S. 40.

⁶¹⁸ In militärischen Begriffen gesprochen geht es sinngemäss um *operational intelligence*; vgl. NATO Standard AJP-2 (Intelligence, 2016), S. 3-1.

auf konkrete Gegebenheiten sowie taktischen Möglichkeiten der Akteure in Raum und Zeit – auch mit Blick auf mögliche Anschlagziele (vgl. auch Ziff. IV.2.3.2.c).

Jedes Lagebild basiert auf Nachrichten (*intelligence*⁶¹⁹). Hinweise über eine Gefährdung müssen verdichtet und verifiziert werden⁶²⁰. Die durch Analysen⁶²¹ gewonnenen Erkenntnisse dienen dazu, to «make informed decisions and take action», und zwar «timely, clear and actionable»⁶²². Zu berücksichtigen sind etwa Herkunft, effektiver Richtigkeitsgehalt, Verifizierungsmöglichkeit von Informationen sowie die Möglichkeit der Verdichtung zu einer Gefahrenannahme.

In *McCann and others v. The United Kingdom* waren deutliche Hinweise auf einen Terroranschlag in Gibraltar vorhanden. Als Beteiligte wurden Angehörige der IRA genannt, welche als Sprengstoffexperten bekannt und bereits wegen Sprengstoffdelikten verurteilt worden waren⁶²³. Die nachrichtendienstlich gesammelten Informationen wurden durch Beobachtungen der lokalen Polizei bestätigt⁶²⁴. Daher wurde eine Beratungsgruppe aus Angehörigen der Polizei von Gibraltar, der SAS, einem Inspektor der Special Branch («Scotland Yard») sowie Geheimdienstangehörigen gebildet⁶²⁵. Die Behörden haben damit Anstrengungen unternommen, die Hinweise auf den möglichen Terroranschlag zu erhärten (konkret ein Anschlag auf die feierliche Wachablösung in Gibraltar) und konkreten Handlungsbedarf abzuleiten.

⁶¹⁹ Zum Begriff NATO AAP-06 (Terms and Definitions, 2019), S. 68: «The product resulting from the directed collection and processing of information regarding the environment and the capabilities and intentions of actors, in order to identify threats and offer opportunities for exploitation by decision-makers». Zur Bedeutung insb. NATO Standard AJP-2 (Intelligence, 2016), S. 2-2. Weiterführend zu diesem «schillernden» Begriff SCHREIER, *Intelligence-led Operations*, S. 47; pragmatisch BOLZ, *Intelligence Requirements in Hostage Situations*, S. 62.

⁶²⁰ In diesem Sinne auch WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 991 f.

⁶²¹ Der Kern nachrichtendienstlicher Tätigkeit liegt nicht im Sammeln, sondern in der Analyse; vgl. dazu SCHREIER, *Intelligence-led Operations*, S. 48.

⁶²² POKORNY/BARYSEVICH/GUNDERT/LISKA/MCDANIEL/WETZEL, *The Thread Intelligence Handbook*, S. viii f. (generell im Zusammenhang mit «intelligence»); vgl. auch NATO Standard AJP-2 (Intelligence, 2016), S. 2-1.

⁶²³ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), §§ 192 f.

⁶²⁴ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 13.

⁶²⁵ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 14.

Anders im Fall *Tagayeva and others v. Russia*. Trotz entsprechenden Hinweisen und Informationen waren nur ungenügende Massnahmen getroffen worden, um Informationen zu überprüfen und weitere Information zu beschaffen⁶²⁶. Eine allgemeine Terrorwarnung folgt aus den Erkenntnissen eines (bloss) allgemeinen Lagebildes – es fällt schwer, gestützt darauf spezifische Schutzmassnahmen abzuleiten. Offenbar war keine Beurteilung der Gefährdung von Schulen am Einschulungstag (insbesondere für die Schule in Beslan mit der symbolträchtigen Bezeichnung als «Schule Nr. 1») erfolgt oder – falls doch – keine ausreichenden Konsequenzen daraus gezogen worden.

Die Lage im Fall *Isayeva v. Russia* war oberflächlich klar: Mehrere hundert tschetschenische Kämpfer waren nach dem Verlassen Grosny in die Stadt Katyr-Yurt eingedrungen⁶²⁷. Die Lage – respektive das Lagebild – wurde falsch gedeutet⁶²⁸. Später wurden Massnahmen ungeachtet des Wissens um das Vorhandensein der Zivilbevölkerung (sowie von Flüchtlingen aus umkämpften Gebieten) ergriffen: «Once the fighters' presence and significant number had become apparent to the authorities, the operation's commanders proceeded with the variant of the plan which involved a bomb and missile strike at Katyr-Yurt. [...] The planes, apparently by default, carried heavy free-falling high-explosion aviation bombs [...] with a damage radius exceeding 1,000 metres. According to the servicemen's statements, bombs and other non-guided heavy combat weapons were used against targets both in the centre and on the edges of the village»⁶²⁹.

Bei *Giuliani and Gaggio v. Italy* hatten die Behörden die Lage richtig eingeschätzt. Gerade wegen der grossen Aggressivität der Globalisierungskritiker befanden sich die verletzten Carabinieri in einem (vermeintlich sichereren) Fahrzeug. Als die Sicherheitskräfte von den Demonstranten zurückgedrängt

⁶²⁶ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 490 f.

⁶²⁷ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), §§ 15 und 185.

⁶²⁸ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 187.

⁶²⁹ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 190.

worden waren⁶³⁰, entlud sich die Gewalt gegenüber den verletzten Carabinieri, welche nicht rechtzeitig hatten entkommen können⁶³¹. Für die Notwehrhandlung des schießenden Carabinieri relevant war in dieser Situation einzig der potenziell tödliche Angriff Giulianis mit der Verwendung eines Feuerlöschers als Wurfkörper⁶³².

Bei der Nachrichtenbeschaffung geht es darum, mit Blick auf ein bestimmtes Ziel – eine bestimmte Bedrohung – möglichst breit Informationen zu erlangen⁶³³ und zu verarbeiten⁶³⁴.

Dies war eine der wesentlichen Erkenntnisse aus der Aufarbeitung der Anschläge vom 11. September 2001 in New York und Washington durch die speziell geschaffene *National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States* (9/11 Commission): «The importance of integrated, all-source analysis cannot be overstated. Without it, it is not possible to <connect the dots>. No one component holds all the relevant information.»⁶³⁵

Die möglichst breite Beschaffung von Informationen (*all-source intelligence*⁶³⁶) und deren Verdichtung zu Nachrichten⁶³⁷ kann durch verschiedene Behörden⁶³⁸ erfolgen

⁶³⁰ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 21: «Pictures taken from a helicopter [...] show the demonstrators running along [...] in pursuit of the law-enforcement officers».

⁶³¹ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 186 f. sowie 22: «The two side windows at the rear and the rear window of the jeep were smashed. The demonstrators shouted insults and threats at the jeep's occupants and threw stones and a fire extinguisher at the vehicle».

⁶³² *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 189 ff. sowie 23 ff.

⁶³³ *U.S. Army*, Field Manual 3-24, § 8-7 («all source intelligence»).

⁶³⁴ *U.S. Army*, Field Manual 3-24, §§ 8-2 und 8-19.

⁶³⁵ *The National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*, 9/11 Commission Report, S 408.

⁶³⁶ Zum Begriff NATO AAP-06 (Terms and Definitions, 2019), S. 10: «Intelligence produced using all available sources and agencies».

⁶³⁷ Data and information are not intelligence; vgl. NATO Standard AJP-2 (Intelligence, 2016), S. 2-5 oder POKORNY/BARYSEVICH/GUNDERT/LISKA/MCDANIEL/WETZEL, *The Thread Intelligence Handbook*, S. 6 f.

⁶³⁸ Weiterführend am Beispiel Deutschlands GUSY, *Sicherheitsbehördliche Kooperation*, Rz. 20 ff. (Kooperation inländischer Behörden) und 78 ff. (Kooperation Deutscher Stellen mit dem Ausland).

und auch eine offene Beschaffung umfassen⁶³⁹. Letztlich geht es um die Schaffung eines Nachrichtenverbunds⁶⁴⁰. Für den Umgang mit terroristischen Bedrohungen ist die nachrichtendienstliche Arbeit entscheidend⁶⁴¹.

Moderne nachrichtendienstliche Tätigkeit ist komplex⁶⁴²; sie kann zu einer organisatorischen Überforderung der verschiedenen Dienste führen.

Im *9/11 Commission Report* betreffen wesentliche Lehren denn auch eine «Überkomplexität»⁶⁴³, welche sich insbesondere gezeigt hat in strukturellen Hindernissen, einem Mangel an gemeinsamen Standards aufgrund der Unterscheidung zwischen Aktivitäten im Inland und solchen im Ausland, einer schlechten Schwergewichtsbildung und zu vielen Beteiligten bei gleichzeitig bestehenden Geheimhaltungsschranken.

Der nachrichtendienstliche Prozess⁶⁴⁴ ist kein Selbstzweck. Er ist sowohl bedrohungs- als auch entscheidungsgeprägt und umfasst verschiedene Aspekte über die eigentliche Informations-, Daten- oder Nachrichtenbeschaffung hinaus⁶⁴⁵. Dazu muss der Anwendung

⁶³⁹ Zum «Intelligence Cycle» vgl. SCHREIER, *Intelligence-led Operations*, S. 49.

⁶⁴⁰ Vgl. CARTER/CARTER, *Law enforcement intelligence*, S. 150 f. – bis hin zu Beobachtungen, dass etwas «simply doesn't seem right». Mit besonderem Blick auf die U.S.A. nach dem 11. September 2001 HENRY, *Coordinated and Strategic Local Police Approach to Terrorism*, S. 336.

⁶⁴¹ WILKINSON, *Terrorism versus Democracy*, S. 95: «*The secret of winning the battle against terrorism in an open democratic society is winning the intelligence war: this will enable the security forces, using high-quality intelligence, to be proactive, thwarting terrorist conspiracies before they happen.*»; im Gleichen Sinne, aber mit Bezug auf konkrete Operatoinen, BOLZ, *Intelligence Requirements in Hostage Situations*, S. 68.

⁶⁴² NATO Standard AJP-2 (*Intelligence*, 2016), S. 1-1.

⁶⁴³ *The National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*, *9/11 Commission Report*, S. 408 ff.

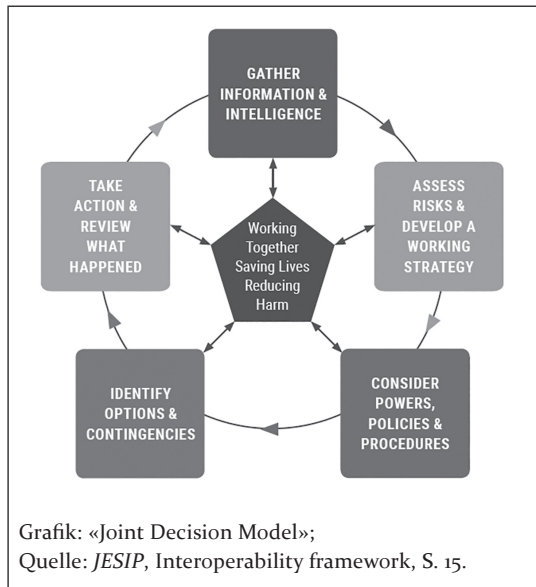
⁶⁴⁴ Vgl. dazu insbesondere auch *Joint Chiefs of Staff*, *Joint and National Intelligence Support*, S. III-2.

⁶⁴⁵ *Joint Chiefs of Staff*, *Joint and National Intelligence Support*, S. X: «Intelligence support functions primarily focus on adversary military capabilities, violent extremist organization threat capabilities, centers of gravity, and potential courses of action in order to provide commanders with the necessary information to plan and conduct operations.»

NATO Standard AJP-2 (*Intelligence*, 2016), S. 2-1: «Intelligence provides more than a tool for counting the forces of adversaries or assessing their preparedness to apply capabilities to create lethal effects. Intelligence is an enabling capability whose value is largely realized when conducting planning and operations.»

von Stereotypen – welche in einem allgemeinen Lagebild verstärkt werden können – vorgebeugt werden: Informationen müssen für eine konkrete Situation bestätigt, überprüft und bewertet werden⁶⁴⁶.

Nicht jeder terroristische Anschlag kann vorhergesehen und nicht jeder vorhergesehene Anschlag kann verhindert werden. Aus «konfliktbezogener» Sicht steht eine *Minimierung* der Bedrohung im Vordergrund⁶⁴⁷ – aus taktischer Sicht die Verbindung von einem fundierten allgemeinen mit einem besonderen Lagebild.



Bei komplexeren Bedrohungen geht es unter anderem darum, ein Schadensausmass zu evaluieren, ein Bedrohungsmanagement zu ermöglichen und die Risikoanalyse zu vertiefen.

⁶⁴⁶ Vgl. WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 992 m.H., dass die U.S.-amerikanischen Behörden beim Oklahoma City bombing (1995) zuerst von «foreign terrorists» und die spanischen Behörden bei den «Madrid bombs» (2004) zuerst von einem Werk der ETA ausgegangen waren. Wie das geht, zeigt CHARTERS, *Countering Terrorism in the Democratic Context*, S. 218 am Beispiel Italiens.

⁶⁴⁷ In diesem Sinne auch CHARTERS, *Countering Terrorism in the Democratic Context*, S. 217.

Die Nachrichtenbeschaffung und Lagebeurteilung sollte stets «entscheidrelevant» sein (vgl. beispielsweise das obenstehende *Joint Decision Model* aus dem Vereinigten Königreich).

Im vorliegenden Zusammenhang sind die nachrichtendienstlichen Prozesse und Methoden⁶⁴⁸ auf eine bestimmte Gefährdung auszurichten. Bei einer terroristischen Bedrohung steht eine Gefährdung des Rechtsguts Leben im Zentrum.

Die nachrichtendienstliche Tätigkeit als Verbundaufgabe ist üblicherweise im *militärischen* Bereich ausgeprägter als im polizeilichen. Daher werden in der vorliegenden Arbeit sowohl militärische Termini verwendet als auch militärische Beispiele herangezogen und Quellen angeführt.

Die Unterschiede zwischen militärischem und zivilem Bereich haben unseres Erachtens einen geringen Einfluss auf die *Methode* der Lagebeurteilung.

- Im Bereich der *Inneren Sicherheit* geht es üblicherweise nicht um einen (militärischen) Gegner, sondern um eine (zivile) Gegenseite. Der «Erfolg» dieser Gegenseite realisiert sich in der Regel in einer einmaligen Aktion (zum Beispiel dem Anschlag auf «Charlie Hebdo») – während ein militärischer Gegner verschiedene Operationen durchführen muss, bis er sein (strategisches) Ziel erreicht (zum Beispiel die Unterbrechung der Kommunikationsverbindungen, die Einkesselung von Kasernen sowie die Inbesitznahme von Schlüsselgelände zur Eroberung der Krim 2014).
- Im militärischen Kontext ist die (oft leicht zu antizipierende) *Absicht des Gegners* dominant (zum Beispiel ein Gebietsgewinn). Seine Mittel und Fähigkeiten sind in der Regel bekannt oder unschwer erkennbar (zum Beispiel die Bereitstellung von Raketenartillerie in der Nähe potenzieller Kampfträume). Im zivilen Bereich steht ein breiteres Spektrum an Gefährdungen im Fokus (insbesondere hat eine terroristische Gegenseite grössere Flexibilität bei der Zielauswahl, aber wohl auch in taktischer Hinsicht).

⁶⁴⁸ Weiterführend im militärischen Kontext NATO Standard AJP-2-7 (Joint Intelligence, 2016), *passim*.

- Für militärische Bereiche sind Koordination und Austausch bei nachrichtendienstlicher Tätigkeit nicht nur stärker etabliert, sondern auch einfacher durchführbar (beispielsweise durch Nutzung des Fachdienstwegs). *Datenschutz* im grundrechtlichen Sinne spielt in der Regel keine besondere Rolle – viel eher der (technisch zu gewährleistende) Geheimnisschutz (Klassifizierung von Informationen).
- Militärischen Stellen steht in der Regel ein breites Repertoire an – oft redundanten – *Aufklärungsmitteln* zeitnah zur Verfügung (insb. SIGINT, COMINT, IMINT, MASINT, HUMINT, OSINT⁶⁴⁹), welches sie zu verschiedenen Zwecken verwenden können⁶⁵⁰. Sie sind in ihrem Bereich weniger stark oder gar nicht an Genehmigungserfordernisse gebunden. Polizeiliche Stellen sind an die für sie erlaubten Mittel und Massnahmen gebunden (Anhaltung, Befragung, etc.); darüber hinaus sind sie auf die Zuverlässigkeit und Verfügbarkeit von Hinweisen der Nachrichtendienste angewiesen. Zuweilen unterhalten sie selbst nachrichtendienstliche Stellen.

2.2. STAATLICHE AUFGABE UND RECHTSSTAATLICHE GRENZEN

Eine *terroristische Bedrohung* richtet sich strategisch gegen einen Staat, gegen dessen Bevölkerung oder gegen eine bestimmte Zielgruppe. Die Staaten (respektive ihre Sicherheitskräfte) müssen befähigt werden, Lagen oder Situationen richtig beurteilen zu können (zu den positiven Verpflichtungen nach Art. 2 EMRK vgl. Ziff. III.2.2 sowie Ziff. V.5.2.2 und V.5.2.3). Dazu gehört es, verifizieren und antizipieren zu können, woraus sich potenzielle Bedrohungen für die Zivilbevölkerung und für staatliche Institutionen ergeben, welches die Absichten einer möglichen Gegenseite sind und zu welchen Mitteln sie greifen kann und will⁶⁵¹. Es kann zwischen einer Analyse der Bedrohung und einer Analyse des Risikos unterschieden werden⁶⁵².

⁶⁴⁹ Zu den «collection disciplines» vgl. NATO Standard AJP-2 (Intelligence, 2016), S. 3-9 ff.

⁶⁵⁰ Vgl. weiterführend zu «intelligence products» NATO Standard AJP-2 (Intelligence, 2016), S. 3-11 ff.

⁶⁵¹ Vgl. auch CHARTERS, Countering Terrorism in the Democratic Context, S. 216 f.

⁶⁵² COMBS, Terrorism in the Twenty-First Century, S. 349.

Bei der Analyse einer terroristischen Bedrohung geht es nicht um «Terrorismus» *per se*, sondern um eine bestimmte, terroristisch motivierte Gegenseite in bestimmter Stärke, mit bestimmten Mitteln, mit bestimmten Fähigkeiten und mit bestimmten Absichten: «it is vital for governments first to distinguish among types and levels of terrorist threats»⁶⁵³.

Unter Umständen können verschiedene Bedrohungen nebeneinander stehen – oder eine bestimmte Bedrohung weist verschiedene Facetten auf: So wird beispielsweise hinsichtlich der dschihadistisch motivierten Anschläge in jüngerer Zeit richtigerweise darauf hingewiesen, dass es sich sowohl um geplante Aktionen von Terrornetzwerken als auch um Aktionen «solidarischer» Einzeltäter gehandelt hat – welche aber einer «übergeordneten Agenda» entsprechen haben⁶⁵⁴. Der Grad an Vernetzung von «spontanen» Einzeltätern mit Terrorgruppen – und damit auch der Grad an Steuerung durch Letztere – kann umstritten sein.

Damit variieren sowohl mögliche Identitäten («Gefährder»), deren Fähigkeiten (von trivialen Mitteln bis zu hoch komplexen Aktionen) als auch mögliche Ziele (eher auf eine Masse gerichtet oder punktgenau evaluiert) einer bestimmten Bedrohung. Unter Umständen werden Aktionen koordiniert und gesteuert – allenfalls besteht bloss eine ideologische Verbindung.

Letzteres scheint bei Anschlägen des als *Islamischer Staat* [im Irak und der Levante] (IS) bekannten Terrornetzwerks der Fall zu sein – respektive jener Einzeltäter (*lonely wolves*), welche in Europa mehr oder weniger selbständig Anschläge verüben und sich zum IS bekennen⁶⁵⁵.

⁶⁵³ WARDLAW, *Democratic Framework*, S. 5; ähnlich HOLMES, *Counterterrorism Policy*, S. 36, welche aber stärker auf allgemeine politische, soziale und wirtschaftliche Hintergründe abzustellen scheint.

⁶⁵⁴ HOFFMAN/REINARES, *Global Terrorist Threat – Conclusions*, S. 622 und 630.

⁶⁵⁵ So reklamiert der IS bei Anschlägen in Europa zuweilen relativ spät seine «Urheberschaft». Ein Grund dafür dürfte sein, dass das Terrornetzwerk zuerst selber nachrichtendienstliche Abklärungen treffen muss – was gegen eine zentrale Planung und Steuerung von Aktivitäten spricht. Zweifellos bildet die verbotene Organisation fehlgeleiteten Einzeltätern eine «Heimat» und motiviert sie mit Heilsversprechen.

Zur Erkennung und Beurteilung terroristischer Bedrohungen ist der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel und Massnahmen oder polizeilicher Überwachungen unter Umständen unumgänglich. Nachrichten sind auf jeden Fall im jeweiligen Kontext zu beurteilen⁶⁵⁶.

Ein Beispiel zum Bedürfnis, mögliche Bedrohungen zu entdecken und zu beurteilen sind «Jihad-Reisen» aus Europa in den Nahen und Mittleren Osten. Der IS unterhält Kontakte zu Unterstützern in Europa und setzt dort rekrutierte Kämpfer in Konfliktzonen ein⁶⁵⁷. Eine besondere Herausforderung stellt sich bei einer späteren Rückkehr solcher Kämpfer in ihre europäischen Residenz- oder Heimatländer.

«The longer foreign terrorist fighters remain in conflict zones, the more likely it is that they will commit acts of terrorism or other serious crimes; embrace violent extremist causes; gain further experience and training; and strengthen networks. Foreign terrorist fighters who remain in destination States may also experience direct military confrontation between foreign Governments and terrorist entities. Moreover, the networks that they build in the destination State may subsequently assist them to return or relocate undetected by providing them with fraudulent travel documents, as well as guidance in the use of broken travel patterns. In order to provide comprehensive, long-term solutions to these threats, administrative travel measures can be complemented by co-operation with other States in bringing terrorists to justice.

Administrative travel measures have been abused in some cases, raising concerns about the protection and promotion of international human rights and humanitarian and refugee law. Such abuse can limit the effectiveness of comprehensive strategies to prevent and counter violent extremism that leads to terrorism. Because international human rights law provides protection against refoule-

⁶⁵⁶ Vgl. zum «processing» im militärischen Sinne NATO Standard AJP-2-1 (Intelligence Procedures, 2016), S. 3-10 ff.

⁶⁵⁷ UN Security Council, Sixth report of the Secretary-General on the threat posed by ISIL (Da'esh) to international peace and security and the range of United Nations efforts in support of Member States in countering the threat, 2018/80, 31 January 2018, §§ 28 f.

ment, such measures can never be used in cases where an individual would be at risk of persecution in a country to which he or she is forcibly returned.»⁶⁵⁸

Auch bei der Nachrichtenbeschaffung gilt es, die Grundrechte sowohl der direkt betroffenen als auch von Drittpersonen zu wahren und verhältnismässig zu handeln⁶⁵⁹. Im Urteil *Klass and others v. Germany* (Court Plenary) hat der EGMR im Jahr 1978 über die Zulässigkeit geheimer Überwachungsmethoden entschieden. Der Gerichtshof stellte wesentliche Grundsätze zur Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlagen auf (wenngleich er insbesondere das Recht auf Achtung der Privatsphäre nach Art. 8 EMRK nicht als verletzt erkannte).

«[...] Democratic societies nowadays find themselves threatened by highly sophisticated forms of espionage and by terrorism, with the result that the State must be able, in order effectively to counter such threats, to undertake the secret surveillance of subversive elements operating within its jurisdiction. The Court has therefore to accept that the existence of some legislation granting powers of secret surveillance over the mail, post and telecommunications is, under exceptional conditions, necessary in a democratic society in the interests of national security and/or for the prevention of disorder or crime.

As concerns the fixing of the conditions under which the system of surveillance is to be operated, the Court points out that the domestic legislature enjoys a certain discretion. It is certainly not for the Court to substitute for the assessment of the national authorities any other assessment of what might be the best policy in this field [...]. Nevertheless, the Court stresses that this does not mean that the Contracting States enjoy an unlimited discretion to subject persons within their jurisdiction to secret surveillance. The Court, being aware of the danger such a law poses of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it, affirms that the Contracting States may not,

⁶⁵⁸ UN Security Council, Fifth report of the Secretary-General on the threat posed by ISIL (Da'esh) to international peace and security and the range of United Nations efforts in support of Member States in countering the threat, 2017/467, 31 May 2017, §§ 49 f.

⁶⁵⁹ Weiterführend VON BERNSTORFF/ASCHE, Nachrichtendienst und Menschenrechte, Rz. 6 ff.

in the name of the struggle against espionage and terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate.»⁶⁶⁰

2.3. ERKENNEN UND BEURTEILEN VON BEDROHUNGEN UND RISIKEN

2.3.1. Risikoanalyse

Aus einer nachrichtendienstlichen oder polizeilichen Bedrohungsanalyse lassen sich allgemeine, lokale und spezifische Indikatoren ableiten⁶⁶¹. Die terroristische Bedrohung steht in Zusammenhang zum «politischen» Zweck oder Ziel einer terroristischen Gruppierung.

So haben die vom Klassenkampf geprägten Gruppierungen *Rote-Armee-Fraktion* (RAF) in Deutschland oder *Brigate Rosse* in Italien ranghohe Politiker und Wirtschaftsführer entführt und ermordet. Demgegenüber zielen dschihadistisch motivierte Täter auf jüdische (jüdisches Museum in Brüssel) oder christliche (Weihnachtsmärkte) Einrichtungen oder Veranstaltungen. Für andere Gruppierungen mit anderen Hintergründen ergeben sich ganz andere Angriffsziele (etwa Hochspannungsfreileitungen für ökologisch motivierte Extremisten).

Hinsichtlich potenzieller Ziele sind Risiken zu identifizieren und zu beurteilen. Der Begriff des Risikos ist schwer fassbar (vgl. Ziff. III.2.2.1) – einfacher erscheint es, der probabilistischen Methode⁶⁶² folgend und wertend eine Risikozahl herzuleiten; die Risikozahl quantifiziert (insbesondere im Bereich technischer Risiken) ein Risiko als Multiplikation von Eintretenswahrscheinlichkeit und Schadensausmass⁶⁶³.

⁶⁶⁰ *Klass and others v. Germany* (Court Plenary), 5029/71 (1978), §§ 48 f.

⁶⁶¹ COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 349 («general threat indicators», «local threat indicators» und «specific threat indicators»).

⁶⁶² Vgl. IAEA/INSAG, *Probabilistic Safety Assessment (INSAG-6)*, S. 2 f. zum historischen Hintergrund mit dem Beispiel der Anwendung probabilistischer Analysemethoden in der Kernenergie (Ziff. 2.1) sowie zu deren Zwecken (Ziff. 2.2).

⁶⁶³ *U.S. NRC, Rasmussen Report*, S. 9. Weiterführend zur technischen Risikoanalyse im Bereich der Nukleartechnologie HAUPTMANNS/HERTRICH/WERNER, *Technische Risiken*, S. 43.

$$\text{Risk} \left\{ \frac{\text{consequence}}{\text{unit time}} \right\} = \text{Frequency} \left\{ \frac{\text{events}}{\text{unit time}} \right\} \times \text{Magnitude} \left\{ \frac{\text{consequences}}{\text{event}} \right\}$$

Die Quantifizierung von Risiken – und damit eine Risikobeurteilung – ist auch im Bereich der Inneren Sicherheit geboten⁶⁶⁴. Im Zusammenhang mit einer terroristischen Bedrohung schliesst sich eine Risikoevaluation an, um potenzielle Ziele zu identifizieren⁶⁶⁵ und die konkrete Bedrohung mit Blick auf Abwehrmassnahmen zu gewichten⁶⁶⁶.

2.3.2. Konkretisierung von Bedrohungen und Risiken

Die prä-operationelle staatliche Pflicht zum Erkennen von Bedrohungen (Aufklärung) erschöpft sich nicht in der abstrakten Analyse und der Darstellung eines allgemeinen Lagebildes. Vielmehr ist es notwendig, die gewonnenen Erkenntnisse in einem *besonderen Lagebild* auf die operative und die taktische Stufe herunterbrechen⁶⁶⁷.

a. Kontextbezogenheit

Terroristische Aktionen sind stets kontextgebunden und konkret⁶⁶⁸: Bestimmte Personen (in einer bestimmten Organisationsstruktur oder mit bestimmten Verbindungen zueinander) richten sich mit einer vorgesehenen Taktik gegen bestimmte Orte, gegen bestimmte menschliche Ziele (insbesondere Risiko-Personen) oder gegen bestimmte Infrastrukturen (vgl. nachfolgend c)⁶⁶⁹.

⁶⁶⁴ COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 350.

⁶⁶⁵ COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 351.

⁶⁶⁶ COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 350.

⁶⁶⁷ Zur nachrichtendienstlichen Tätigkeit als «most important dimension of any counterterrorism effort» vgl. FOREST, *Counterterrorism*, S. 11 f.

⁶⁶⁸ Sinngemäss SCHULZ, *Challenge to the Democracies*, S. 17: «What we have learned about terrorism is, first, that it is not random, undirected, purposeless violence. (...) Terrorists and those who support them have definite goals; terrorist violence is the means of attaining those goals. Our response must be twofold: We must deny them the means, but above all we must deny them their goals.»

⁶⁶⁹ Klassischerweise hatten sich terroristische Akteure ihre Opfer – oft Repräsentanten des Staates – sorgfältig ausgesucht («Risikopersonen») – aktuell suchen sie nach grösstmöglicher Zerstörung; vgl. LAQUEUR, *Krieg dem Westen*, S. 11.

Mit der Antizipierung möglicher konkreter Bedrohungen, beispielsweise nach ihrer Art (inklusive Akteuren und deren taktischen Möglichkeiten) sowie einer möglichen Kraftentfaltung auf potenzielle Ziele (in Raum und Zeit) und – vor allem – medialer Bedeutung von Aktionen wird die Grundlage für präventive Massnahmen und planbare Abwehraktionen gelegt (vgl. Ziff. IV.3).

b. Gegenseite

Zentraler Anknüpfungspunkt für alle Abwehrmassnahmen bildet die *Einschätzung einer potenziellen Gegenseite*. Das bedeutet, eine mögliche Täterschaft zu identifizieren (individuell oder als Gruppe) und deren rechtlichen Status zu klären (zum Kombattantenstatus und zum Schutz von Zivilisten vgl. Ziff. V.1.3 und III.4.2)⁶⁷⁰.

Besonderes Augenmerk liegt bei der Identifikation einer potenziellen Gegenseite darauf, ob diese ein Teil eines (weiteren) Netzwerkes ist und wie stark (respektive wie und wo) sich ein solches Netzwerk ausbreitet⁶⁷¹. Damit einher geht das Bedürfnis nach Beschaffung von Informationen zu den konkret beteiligten Personen selbst und zu ihrem Status innerhalb einer Gruppierung⁶⁷². Wesentliche Hinweise ergeben sich bei einer namentlich bekannten oder identifizierbaren Person aus ihren allfälligen Vorstrafen (Strafregister) oder aus früherem polizeilich oder nachrichtendienstlich relevantem Verhalten. In einem weiteren Sinne gehören dazu aber mögliche Vernetzungen ins Ausland (insbesondere Konfliktgebiete)⁶⁷³. Im weitesten Sinne sind soziale, kulturelle und religiöse Zugehörigkeiten, insbesondere mögliche Beziehungen zu fundamentalistischen, fanatischen oder terroristischen Gruppierungen zu identifizieren und zu bewerten. Neben den nachrichtendienstlichen Einschätzungen gehören zur Beurteilung einer

⁶⁷⁰ Allgemein zu Profiling BOSCO/CREEMERS/FERRARIS/GUAGNIN/KOOPS, Profiling Technologies and Fundamental Rights, S. 5 ff. (Definitionsversuche) sowie S. 11 ff. (zum grundrechtlichen Spannungsfeld) oder LYNSKES, Profiling and data protection, S. 166 (predictive policing).

⁶⁷¹ Dazu muss untersucht werden, ob es sich um ein lokales, nationales oder internationales Netzwerk handelt. Je grösser ein Netzwerk, desto mehr (finanzielle) Mittel und Varianten sowie Support können ihm zur Verfügung stehen.

⁶⁷² Die Frage lautet, ob es sich bei der Gegenseite um die Führung des Netzwerkes, um Mittelsmänner oder um die unterste Ebene des Netzwerkes handelt. Je nach Status der Gegenseite kann der Zugriff auf und der Nachschub an Ressourcen stark variieren.

⁶⁷³ Hierzu können in der Vergangenheit getätigte Reisen als Indikator dienen.

potenziellen Gegenseite aber auch faktische Elemente wie der allgemeine psychische und physische Gesundheitszustand von Einzelpersonen⁶⁷⁴.

Um auf die vermutliche *Absicht* einer möglichen Gegenseite zu zu schliessen ist ein gewisser Grad an hypothetischen Annahmen unvermeidbar; eine konkrete Gefährdungsabsicht ist meist erst spät eindeutig erkennbar. Dennoch kann ein bestimmtes Verhalten insbesondere in Kombination mit Informationen bezüglich der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppierung oder mit dem Wissen um eine bestimmte Ideologie auf mögliche Absichten hindeuten. Entsprechende Erkenntnisse dienen dazu, potenzielle Ziele, die intendierte Schädigung und die damit bezweckte «Botschaft» der Gegenseite zu eruieren (Anschläge sind kein Selbstzweck)⁶⁷⁵.

Hinweise über die *Fähigkeiten* einer möglichen Gegenseite ergeben sich insbesondere aus Informationen über berufliche Hintergründe und/oder militärische Laufbahnen bestimmter Personen. So kann etwa auf Kenntnisse und Fähigkeiten im Umgang mit Waffen, gefährlichen Gegenständen oder Stoffen geschlossen werden⁶⁷⁶. Von besonderer Relevanz ist, ob und in welchem Umfang bereits Vorbereitungsmaßnahmen⁶⁷⁷ getroffen worden sind.

Stehen die Identität und das Gefährdungspotenzial einer Gegenseite fest oder liegen zumindest hinreichende Hinweise dazu vor, gilt es, die entsprechenden Informationen und Erkenntnisse über die potenzielle Täterschaft in die Beurteilung der möglichen *Lageentwicklung* einzubeziehen. Dies kann umso adäquater erfolgen, desto mehr gesicherte Informationen vorhanden sind⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ Gemeint ist beispielsweise, ob psychische Auffälligkeiten bekannt sind, allenfalls eine posttraumatische Belastungsstörung bestehen könnte oder sonstige Auffälligkeiten festgestellt worden sind, welche berücksichtigt werden müssen.

⁶⁷⁵ FIP, § 6.5.5.

⁶⁷⁶ FIP, § 6.5.5.

⁶⁷⁷ Als Beispiel seien hier das Auskundschaften von möglichen Zielobjekten, Zugangs- und Fluchtmöglichkeiten, Beschaffung von Ressourcen (Waffen, Sprengstoff, chemische Stoffe, Schutzmaterial, etc.) sowie das Anwerben von potenziellen Mitstreitern genannt; FIP, § 6.5.5.

⁶⁷⁸ FIP, § 6.5.5. Allgemein weiterführend zu *predictive policing* Egbert/Leese, *Criminal Futures*, S. 19 ff. und zu personenbezogenen Ansätzen auch im Bereich des Terrorismus S. 28 ff.

So spielt es beispielsweise eine entscheidende Rolle, ob ein Gefährder als *ein-samer Wolf*⁶⁷⁹ agiert oder ob eine Bedrohung von einer Gruppierung oder gar einem komplexen Netzwerk ausgeht⁶⁸⁰.

Jede Einschätzung einer Gegenseite ist stets mit einem Prognoserisiko behaftet (vgl. auch Ziff. III.2.2.5). Die Handlungsfreiheit liegt meist bei der Gegenseite.

c. **Potenzielle Ziele**

Terroranschläge zielen auf eine Öffentlichkeitswirksamkeit ab. Dies ist bei der Beurteilung möglicher Anschlagziele zu berücksichtigen. Bei Zielen kann zwischen Sachzielen und Personen unterschieden werden.

Gewisse Orte oder Objekte stehen weniger im Fokus terroristischer Aktivitäten und damit präventiver Massnahmen – andere Orte oder Objekte bedürfen hingegen einer erhöhten Aufmerksamkeit.

Die teilweise selbst von den Vertretern von Nachrichtendiensten vorgebrachte Haltung, dass terroristischen Akteuren ein sehr breites Handlungsfeld offensteht («jederzeit überall alles») trifft daher nur sehr bedingt zu. Gefährdungsanalysen können zwar nie mit völliger Sicherheit vorgenommen werden, doch erscheinen Gewichtungen durchaus und meistens möglich – notwendig sind sie allgemal.

Die *Zieleignung* ist grösser, wenn ein Ziel eine einschlägige Bekanntheit respektive einen Symbolwert aufweist oder über bestimmte andere «Qualitäten» verfügt. Hinzu kommen *taktische* Aspekte wie die Frequentierung öffentlicher Räume, einfache Zufahrts- oder Zugangsmöglichkeiten sowie Fluchtmöglichkeiten für Opfer oder die Härtung eines Objekts. Schliesslich spielt die Möglichkeit zur schnellen *medialen* Verbreitung möglicher Anschläge eine Rolle.

⁶⁷⁹ Vgl. dazu KHAZAEI JAH/KHOSHNOOD, Profiling Lone-Actor Terrorists, insb. S. 41.

⁶⁸⁰ Im Sinne einer Gegenthese (welche vorliegend nicht geteilt wird) HANKISS, Legend of the Lone Wolf, S. 69: «However far-fetched it may sound, a hypothesis to consider is the possibility that announcing and adopting a strategy with lone perpetrators in the forefront may serve a double purpose as diversive propaganda: spreading fear and insecurity among civilians and misleading police and intelligence forces. This psychological operation is part of large-scale psychological warfare. Thus, feeding the legend of the «lone wolf» is probably a means of asymmetric warfare with the aim of maintaining control, keeping the enemy in the dark and provoking reactions.»

Im Fall *Tagayeva and others v. Russia* betonte der EMGR die Verletzlichkeit der Opfer (Schulkinder). Dies dürfte es ihm erleichtert haben, in diesem Fall auf eine Verletzung prä-operationeller Pflichten zu schliessen: «[...] It is] established that at least several days in advance the authorities had sufficiently specific information about a planned terrorist attack in the areas [...] and targeting an educational facility on 1 September. The intelligence information likened the threat to major attacks undertaken in the past by the Chechen separatists, which had resulted in heavy casualties. A threat of this kind clearly indicated a real and immediate risk to the lives of the potential target population, including a vulnerable group of schoolchildren and their entourage who would be at the Day of Knowledge celebrations in the area. The authorities had a sufficient level of control over the situation and could be expected to undertake any measures within their powers that could reasonably be expected to avoid, or at least mitigate this risk. Although some measures were taken, in general the preventive measures in the present case could be characterised as inadequate. The terrorists were able to successfully gather, prepare, travel to and seize their target, without encountering any preventive security arrangements. No single sufficiently high-level structure was responsible for the handling of the situation, evaluating and allocating resources, creating a defence for the vulnerable target group and ensuring effective containment of the threat and communication with the field teams.»⁶⁸¹

Potenzielle Ziele stehen in ganz besonders engem Zusammenhang mit den Motiven einer möglichen Täterschaft.

So sind es vermutlich keine Zufälle gewesen, dass in den jüngsten Anschlägen die *London Bridge* (Juni 2017)⁶⁸², *La Rambla* (August 2017)⁶⁸³, die *Strandpromenade*

⁶⁸¹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 491.

⁶⁸² London als Hauptstadt des Vereinigten Königreichs; hohe Frequentierung der Londoner Innenstadt; gute Zufahrtsmöglichkeit für den Lieferwagen als Tatwerkzeug; geringe Ausweichmöglichkeit für Opfer; etc.

⁶⁸³ Lang gezogene, stark frequentierte Einkaufsstrasse in der Touristenstadt Barcelona mit einfacher Zufahrt für Lieferwagen.

von Nizza, ein *jüdischer Supermarkt* (Januar 2015)⁶⁸⁴, die Konzerthalle *Bataclan* (November 2015)⁶⁸⁵, ein *jüdisches Museum* (Mai 2014)⁶⁸⁶ sowie etwa der *Flughafen* von Brüssel (März 2016)⁶⁸⁷ und *Weihnachtsmärkte* in Berlin (Dezember 2016)⁶⁸⁸ und *Strassburg* (Dezember 2018)⁶⁸⁹ als Ziele dschihadistischer Täter ausgewählt worden sind.

Umgekehrt würde es zum Beispiel für gewaltbereite Umweltaktivisten keinen Sinn ergeben, obige Ziele auf diese Art ins Visier zu nehmen. Für sie geht es um ganze andere Sachziele, primär im Bereich der «Kritischen Infrastrukturen»⁶⁹⁰. Diese Sachziele haben einen hohen Symbolwert für diese Täterschaft und ihre Anhänger oder sollen die Gesellschaft in bestimmten Lebensbereichen verletzen.

Bestimmte Objekte sowie bestimmte Personen stehen unter völkerrechtlichem Schutz (vgl. Ziff. IV.1.1). Soweit völkerrechtliche Verpflichtungen bestehen, sind die Staaten (aus völkerrechtlicher Sicht die Empfangsstaaten) unseres Erachtens verpflichtet, eine ständige Lagebeurteilung vorzunehmen.

In (buchstäblich) räumlicher Hinsicht statuieren das *Wiener Übereinkommen über diplomatische Vertretungen* in Art. 22 einen besonderen Schutz für diplomatische Missionen, in Art. 30 Abs. 1 für private Räumlichkeiten geschützter

⁶⁸⁴ Hoher Symbolgehalt des koscheren Supermarkts für die jüdische Gemeinschaft in Paris; Möglichkeit, Geiseln zu nehmen und sich dort zu verschanzen.

⁶⁸⁵ Symbolische Eigentümerschaft, zahlreiche Konzertteilnehmende, enge Ein- und Ausgänge und beschränkte Möglichkeiten für Opfer, (schnell) zu entkommen.

⁶⁸⁶ Hoher Symbolgehalt des Museums für die jüdische Gemeinschaft in Belgien.

⁶⁸⁷ Hoher Symbolgehalt des stark frequentierten Brüsseler Flughafens als Hauptstadtflughafen Belgiens. In Brüssel liegen zudem das NATO-Hauptquartier und der Sitz der EU-Kommission.

⁶⁸⁸ Mit Lastwagen gut erreichbarer, mit eng aufgestellten Marktständen dicht genutzter Platz in der deutschen Hauptstadt.

⁶⁸⁹ Hohe Schadensquote bei einem gut besuchten Weihnachtsmarkt, beschränkte Fluchtmöglichkeiten.

⁶⁹⁰ Vgl. etwa zu den Sprengstoff- und Vermögensdelikten des als «Ökoterrorist» bekannten Marco Camenisch, welcher 1989 im Puschlav den Grenzwächter Kurt Moser erschossen hatte, den Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts BGE 132 IV 102 und dazu den Beitrag der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) vom 30. November 2006, S. 53.

Personen und das *Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen* in Art. 31 für konsularische Vertretungen.

In persönlicher Hinsicht verankert die *Wiener Übereinkommen über diplomatische Vertretungen* in Art. 29 den Schutz diplomatisch geschützter Personen.

Damit sollte gewährleistet werden, dass im Falle einer Bedrohung ein adäquater Schutz möglich ist.

So stellte der Internationale Gerichtshof (*International Court of Justice*, ICJ) im Urteil über die Stürmung der U.S.-amerikanischen Botschaft 1979 in Teheran allgemein fest, dass «the Iranian Government failed altogether to take any <appropriate steps> to protect the premises, staff and archives of the United States' mission against attack by the militants, and to take any steps either to prevent this attack or to stop it before it reached its completion»⁶⁹¹. Um diese Anforderung zu erfüllen, ist nicht nur eine rechtzeitige Interventionsmöglichkeit notwendig, sondern auch eine Lagebeurteilung und eine gestützt darauf vorzunehmende Planung.

Ob sich für Einzelpersonen über den völkerrechtlichen Schutz hinaus – also auf einer individuellen Ebene – Ansprüche auf eine Risikobewertung und gestützt darauf wiederum allfällige Schutzansprüche ableiten lassen, ist von verschiedenen Umständen abhängig.

Hierzu ist an die Rechtsprechung des EGMR zur Abwehr konkreter Gefährdungen anzuknüpfen (vgl. Ziff. III.2.2.5). Eine terroristische Bedrohung gegen eine Einzelperson ist denkbar – der Gerichtshof verlangt dazu aber grundsätzlich konkrete Hinweise⁶⁹². Es wird der betreffenden Person selber aber nur im Falle von gegen sie ausgesprochenen Drohungen gelingen, die konkreten Hinweise einer Gefährdung genügend schlüssig zu erbringen.

Etwa dann, wenn das Leben einer Person öffentlich bedroht wird wie etwa im Falle des indisch-britische Schriftsteller *Salman Rushdie*. Wegen seines Werkes

⁶⁹¹ ICJ, *United States of America v. Iran*, Judgement of 24 Mai 1980 (concerning diplomate and consular staff in Tehran), § 63.

⁶⁹² *Selahattin Demirtaş v. Turkey*, 15028/09 (2015), § 33.

«The Satanic Verses» hatte der iranische Revolutionsführer (sic!) Chomeini mit einer Fatwa am 14. Februar 1989 alle Muslime dazu aufgerufen, Rushdie zu töten.

Es wäre zumindest sehr unüblich, wenn Terroristen ihre Opfer durch konkrete Drohungen vorwarnen würden. Ein entsprechendes Wissen (vgl. Ziff. III.2.2.7) des Staates kann aber unter Umständen gleichwohl vorliegen. Nämlich dann, wenn sich aus einem allgemeinen sowie dem besonderen Lagebild eine besondere Gefährdung bestimmter Personen ergibt. Dazu wird in der Regel eine enge Zusammenarbeit zwischen Nachrichtendiensten und Polizeiorganen notwendig sein.

So liess sich etwa während des *deutschen Herbsts* durchaus beurteilen, welche Repräsentanten des deutschen Staates, der Wirtschaft und der Verbände einer besonderen Bedrohung durch die RAF ausgesetzt gewesen waren (Zielattraktivität) – oder es selbst nach der Auflösung der Terrorgruppe geblieben sind⁶⁹³.

d. Zeitliche Aspekte

Bestimmte Bedrohungen sind von zeitlichen Faktoren abhängig oder zumindest geprägt. Eine erhöhte Zielattraktivität kann sich insbesondere zu symbolträchtigen Daten wie Jahrestagen oder sonstigen Ereignissen ergeben.

Die Geiselnahme in Beslan fand just am Einschulungstag statt. «At 9 a.m. on 1 September 2004 school no. 1 [...] held a traditional Day of Knowledge ceremony to mark the opening of the academic year. Over 1,200 people gathered [...] in the centre of the town, whose population was approximately 35,000. [...] The gathering included 859 schoolchildren, sixty teachers and staff of the school and members of their families [...]»⁶⁹⁴.

⁶⁹³ Dazu hat unseres Erachten *Horst Herold* gehört, von 1971 bis 1981 Präsident des deutschen Bundeskriminalamts. In dieser Funktion hat er an vorderster Front gegen die RAF gekämpft und dazu insbesondere die Rasterfahndung entwickelt. Herold lebte bis kurz vor seinem Tod in einer Kaserne; vgl. <https://www.sueddeutsche.de/politik/prantls-blick-der-letzte-gefangener-der-raf-ist-gefluechtet-1.3651463> (besucht am 12. April 2021).

⁶⁹⁴ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 21.

Insbesondere bei einer erhöhten terroristischen Gefährdung sind zeitliche Aspekte für die besondere Lagebeurteilung zu berücksichtigen, um die richtigen Konsequenzen ziehen zu können.

«[...] In July and August 2004 a number of internal directives were issued by the Ministry of Interior and the FSB indicating a heightened terrorist threat in the North Caucasus. Geographically, the risk was located at the border between Ingushetia and North Ossetia, more specifically in the forested area of the Malgobek District in Ingushetia, where the movement and gathering of the illegal armed group had been recorded, and the adjoining areas in North Ossetia, including the Pravoberezhny District. The nature of the threat was described as a terrorist attack involving hostage-taking of a civilian object. Several documents [...] linked the attack with the opening of the academic year and the Day of Knowledge – 1 September, when every school holds a celebratory gathering of all pupils and staff and where many parents and visitors are present. The threat was considered imminent enough to put the local security forces on high alert. On the strength of the above warning, the North Ossetian and Ingushetian Ministries of the Interior ordered the local police to undertake preventive measures. These included provisions for tracking and checking suspicious looking people and vehicles, blocking secondary roads to avoid unsupervised passage between the two republics, warning the local authorities and the school administrators, taking special measures to protect educational facilities, establishing clear communication channels and preparing contingency plans in case of emergency [...]»⁶⁹⁵.

Der Einbezug zeitlicher Aspekte kann umgekehrt auch dazu führen, eine konkrete Bedrohung als reduziert zu beurteilen. Dabei ist insbesondere ein möglicher Kontext zum Planungsverhalten der Gegenseite und zu ihrer Entschlussfassung und den für sie möglichen Varianten herzustellen. Letztlich können damit die Handlungsoptionen der Sicherheitskräfte erhöht werden. Diese wiederum sind entscheidend, wenn es beim Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel um die Beurteilung der absoluten Notwendigkeit geht.

⁶⁹⁵ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 484.

Im Urteil *McCann and others v. The United Kingdom* hat die *Grand Chamber* denn auch die zeitlichen Aspekte beleuchtet, um das Verhalten der Terroristen zu würdigen: «In fact, insufficient allowances appear to have been made for other assumptions. For example, since the bombing was not expected until 8 March when the changing of the guard ceremony was to take place, there was equally the possibility that the three terrorists were on a reconnaissance mission. While this was a factor which was briefly considered, it does not appear to have been regarded as a serious possibility»⁶⁹⁶.

2.3.3. Polizeiliches Lagebild und strafrechtlicher Beweis

Ein Lagebild umfasst sowohl *nachrichtendienstliche* als auch *polizeiliche* Komponenten. Die ihm zugrunde liegenden, zu Nachrichten verdichteten Informationen haben keinen Beweischarakter im strafprozessrechtlichen Sinne⁶⁹⁷. Die jeweiligen Nachrichten werden auch nicht mit dieser Finalität gesammelt.

Indes besteht eine doppelte Verbindung zu möglichen weiteren Untersuchungen: Einerseits geht es mit Blick auf eine strafrechtliche Untersuchung gegen Gefährder darum, *verwertbare* Beweise zu erlangen und zu sichern. Andererseits geht es mit Blick insbesondere auf die Verhältnismässigkeit polizeilicher Massnahmen darum, nachvollziehbare Entscheidungsgrundlagen zu erlangen und zu dokumentieren (zur Untersuchungspflicht vgl. Ziff. VI.4).

2.3.4. Nachrichtendienstlicher Vorteil versus polizeiliches Einschreiten

Zur Erstellung eines vollständigen allgemeinen oder besonderen Lagebilds ist meist eine Kooperation zwischen verschiedenen Behörden notwendig. Inhaltlich geht es sowohl um das Sammeln und den Austausch von Informationen als auch um deren Auswertung⁶⁹⁸.

Das Sammeln, Zusammenführen und Analysieren von Nachrichten durch Nachrichtendienste reicht nicht aus. Die Nachrichtendienste verfügen zwar über besondere

⁶⁹⁶ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 208.

⁶⁹⁷ Ebenso WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 991.

⁶⁹⁸ Ähnlich OAKLEY, *Combating Terrorism*, S. 9 («collection and analysis»).

Mittel und Möglichkeiten – meist kommt aber auch polizeilichen Informationen und Nachrichten eine grosse Bedeutung zu. Polizeikräfte verfügen aufgrund ihrer Routine-tätigkeiten zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Verbrechensbekämpfung über eine «unrivalled <bank> of background information from which contact information can be developed»⁶⁹⁹.

Behörden tendieren allerdings dazu – oder sind sogar gesetzlich dazu verpflichtet – Informationen für sich zu behalten. Bei grenzüberschreitenden Bedrohungen ist der Informationsaustausch zwischen verschiedenen Behörden und zwischen verschiedenen Staaten unabdingbar⁷⁰⁰.

2.4. **ENTSCHLUSSESSUNG**

Konkrete Abwehrmassnahmen basieren auf einer Entschlussfassung der Behörden. Ein Entschluss erfolgt gestützt auf die Beurteilung einer besonderen Lage (oder einer spezifischen Gefährdung)⁷⁰¹. Er kann darin bestehen, einen Einsatz zu planen oder einen vorbereiteten Planungsfall auszulösen. Mit der Entschlussfassung findet ein komplexer und stets mit Wissenslücken behafteter Übergang zu aktivem Handeln statt⁷⁰².

Im militärischen Kontext wird zwischen dem *gefährlichsten* und dem *wahrscheinlichsten* möglichen Vorgehen einer Gegenseite unterschieden. Bei Planungen und präventiven Massnahmen wird von der gefährlichsten Möglichkeit ausgegangen. Bei laufenden Aktionen steht die wahrscheinlichste Möglichkeit einer Gegenseite im Zentrum. In beiden Fällen findet eine Beurteilung *ex ante* und unter zugrunde gelegten (bewerteten) Varianten statt. Ein methodisches Vorgehen ist sowohl praktisch als auch juristisch relevant: Ein fundiertes besonderes Lagebild ist die wesentliche Voraussetzung dafür, Sicherheitskräfte recht- und verhältnismässig einsetzen zu können.

⁶⁹⁹ WILKINSON, *Terrorism versus Democracy*, S. 106.

⁷⁰⁰ So bereits OAKLEY, *Combating Terrorism*, S. 9 f.

⁷⁰¹ FIP, § 7.1.1.; sinngemäss ZEITNER, *Einsatzlehre*, S. 89.

⁷⁰² *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 193: «Inevitably [...], the security authorities could not have been in possession of the full facts and were obliged to formulate their policies on the basis of incomplete hypotheses».

Entschliessen sich die Behörden, etwas zu tun oder nicht zu tun, kann dies verschiedene (teils nicht intendierte) Folgen zeitigen: Allenfalls wird die Eintretenswahrscheinlichkeit eines Geschehens (und damit die Ernsthaftigkeit einer Bedrohung) aufgrund der vorhandenen Informationen als gering beurteilt, eine Gefährdung darum verneint. Folglich trifft der Staat keine konkreten Massnahmen zur Gefahrenabwehr – unter Umständen kann ihm dies sogar untersagt sein (fehlende Gesetzesgrundlage oder fehlende Verhältnismässigkeit). Materialisiert sich gleichwohl eine Gefährdung, so war die getroffene Entscheidung unseres Erachtens dennoch rechtskonform. Ist die Lage hingegen falsch eingeschätzt worden und materialisiert sich eine Gefahr, so kann der Staat nur dann in der Verantwortung stehen, wenn er gleichwohl mehr hätte wissen können und müssen. Ergreifen die Behörden umgekehrt Massnahmen aufgrund der fälschlichen Annahme einer ernsthaften Gefährdung, greifen sie damit allenfalls ungerechtfertigterweise in die Grundrechte Dritter ein.

Dem Staat obliegt es, Gefährdungen einzuschätzen – aber die *Handlungsherrschaft* liegt meist bei der Gegenseite. Nur diese hat Kenntnisse darüber, wie sie ihre Tat konkret durchführen will, welche Mittel sie dazu nutzen wird und – vor allem – welche Handlungsoptionen sie sich vorbehält.

Daher kann nicht verlangt werden, dass die staatlichen Behörden jegliches noch so hypothetisch denkbare Handeln in ihre Entschlussfassung einbeziehen⁷⁰³. Ein gewisses Mass an Vermutungen ist auch bei der Entschlussfassung angebracht. Ein Restrisiko hinsichtlich des tatsächlichen Eintritts eines Ereignisses lässt sich nie ganz ausschliessen.

Der EGMR lässt einen gewissen Spielraum zu, damit Behörden ihre Entschlüsse bei unvollständigen Informationen auch gestützt auf Vermutungen oder Annahmen fällen können. Der Gerichtshof verlangt aber ebenso, dass Beurteilungen und Annahmen überprüft und gegebenenfalls revidiert werden.

⁷⁰³ Der EGMR spricht (nur) im Zusammenhang mit der aus Art. 2 Abs. 1 EMRK fliessenden positiven Verpflichtung von einer «disproportionate burden» (vgl. Ziff. III.2.2.7.d), welche dem Staat nicht abverlangt werden könne. Vgl. aus der Rechtsprechung insbesondere *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 209; *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 254; *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), § 68.

Im Urteil *McCann and others v. The United Kingdom* hat die *Grand Chamber* zurecht einen engen Zusammenhang zwischen der nachrichtendienstlichen Beurteilung des Verhaltens der drei Terroristen und der Verhältnismässigkeit der Abwehrhandlung betont: «In sum, having regard to the decision not to prevent the suspects from travelling into Gibraltar, to the failure of the authorities to make sufficient allowances for the possibility that their intelligence assessments might, in some respects at least, be erroneous and to the automatic recourse to lethal force when the soldiers opened fire, the Court is not persuaded that the killing of the three terrorists constituted the use of force which was no more than absolutely necessary in defence of persons from unlawful violence [...]»⁷⁰⁴

Innerhalb der *Grand Chamber* war dieser Punkt indes umstritten. Die *Joint dissenting opinion* der unterlegenen neun Richter (das Urteil erging 10 zu 9) betonte die *ex ante* Sicht der Behörden und die Handlungsherrschaft der Terroristen: «[In] undertaking any evaluation of the way in which the operation was organised and controlled, the Court should studiously resist the temptations offered by the benefit of hindsight. The authorities had at the time to plan and make decisions on the basis of incomplete information. Only the suspects knew at all precisely what they intended; and it was part of their purpose, as it had no doubt been part of their training, to ensure that as little as possible of their intentions was revealed. It would be wrong to conclude in retrospect that a particular course would, as things later transpired, have been better than one adopted at the time under the pressures of an ongoing anti-terrorist operation and that the latter course must therefore be regarded as culpably mistaken. It should not be so regarded unless it is established that in the circumstances as they were known at the time another course should have been preferred»⁷⁰⁵.

⁷⁰⁴ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 193: «Inevitably [...], the security authorities could not have been in possession of the full facts and were obliged to formulate their policies on the basis of incomplete hypotheses».

⁷⁰⁵ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), *Joint dissenting opinion* of judges Ryssdal, Bernhardt, Vilhjálmsson, Gölcüklü, Palm, Pekkanan, Freeland, Baka, Jambrek, § 8.

Unseres Erachtens müssen und dürfen in der Vorbereitungsphase Hypothesen berücksichtigt werden, da sie unter anderem Entwicklungsmöglichkeiten aufzeigen und so eine entsprechende Planung beeinflussen können⁷⁰⁶. Indes sind neben einer Planung auch Eventualplanungen zu erstellen, um den involvierten Behörden möglichst grosse Handlungs- oder Reaktionsmöglichkeiten zu erhalten.

Zudem ist unseres Erachtens stets zu prüfen, ob die Handlungsherrschaft bei Operationen (sic!) staatlicher Sicherheitskräfte tatsächlich bei den Gefährdern liegt und ab wann sie vielmehr den staatlichen Sicherheitskräften zuzurechnen ist.

3. EINSATZPLANUNG UND EIGENE MITTEL

In seiner jüngeren Rechtsprechung unterscheidet der EGMR zwischen planbaren und nicht planbaren Einsätzen, beleuchtet allgemeine Vorbereitungshandlungen und bezieht operative und sogar taktische Gegebenheiten in seine Erwägungen ein. Bei Anti-Terror-Operationen legt er einen Fokus auf vorgelagerte Pflichten der Staaten im Bereich der Planung und Entscheidungsfindung⁷⁰⁷.

«Normally, the planning and conduct of the rescue operation can be subjected to a heightened scrutiny. In doing so, the Court has taken into account the following factors: (i) whether the operation was spontaneous or whether the authorities could have reflected on the situation and made specific preparations; (ii) whether the authorities were in a position to rely on some generally prepared emergency plan, not related to that particular crisis; (iii) that the degree of control of the situation is higher outside the building, where most of the rescue efforts take place; and (iv) that the more predictable a hazard, the greater the obligation is to protect against it [...].»⁷⁰⁸

⁷⁰⁶ FIP, § 7.2.4.; deutlich ZEITNER, Einsatzlehre, S. 118.

⁷⁰⁷ So auch REID, Practitioner's Guide, 85-018 (m.H. auf *Mansuroğlu v. Turkey*, 43443/98 [2008], §§ 85 ff. und *Giuliani and Gaggio v. Italy* [GC], 23458/02 [2011], §§ 252 ff.).

⁷⁰⁸ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 563; ähnlich *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 214.

Bei der Planung grösserer polizeilicher Operationen (was Anti-Terror-Operationen stets sein werden) sind die spezifischen einsatzdeterminierenden Rahmenbedingungen zu berücksichtigen. Dazu gehören insbesondere die Zulässigkeit und die Art der Zusammenarbeit zwischen staatlichen Behörden, die jeweiligen Rechtsgrundlagen, die kontinuierliche und gezielte Informationsbeschaffung sowie die Mobilisierung von personellen und weiteren Mitteln. Eine mangelhafte Planung, welche nicht zur Verringerung des Risikos für das Rechtsgut Leben beiträgt, kollidiert mit den Verpflichtungen aus Art. 2 EMRK⁷⁰⁹.

3.1. ADÄQUANZ POLIZEILICHEN HANDELNS

Für polizeiliches Handeln kann zwischen allgemeinem Polizeiauftrag und besonderen Lagen unterschieden werden. Der allgemeine Polizeiauftrag ist stets zu erfüllen und ist auf eine normale Lage ausgerichtet. In besonderen Lagen können besondere Herausforderungen nach zusätzlichen oder anderen polizeilichen Ressourcen oder nach spezifischen Verfahren verlangen.

3.1.1. Allgemeiner Auftrag der Polizei

Der Grundauftrag von Polizeikräften besteht in der generellen Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung⁷¹⁰, der Durchsetzung des Rechts sowie der allgemeinen Abwehr von Gefahren⁷¹¹. Hinzu treten präventive Tätigkeiten: Sei es durch das Erteilen von Bewilligungen, durch Information und Aufklärung, durch Schulungen oder durch erhöhte Polizeipräsenz und Kontrolltätigkeiten.

Zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der Sicherheit stehen den Polizeiangehörigen erweiterte Befugnisse zu. Bei Massnahmen zur Rechtsdurchsetzung kann insbesondere die Verwendung von Zwangsmitteln im Allgemeinen sowie von Waffen im Besonderen zulässig sein⁷¹². Es gelten die allgemeinen, eng an die Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe angelehnten Prinzipien für die Polizeitätigkeit:

⁷⁰⁹ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 225 (m.H. einzig auf *Ergi v. Turkey*, 66/1997/850/1057 [1998]).

⁷¹⁰ IKRK, International rules and standards for policing, S. 23.

⁷¹¹ IKRK, International rules and standards for policing, S. 20 f.

⁷¹² IKRK, International rules and standards for policing, S. 24.

- Nach dem *Legalitätsprinzip* muss jede polizeiliche Handlung auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage basieren (vgl. Ziff. IV.1.3 sowie V.3.4).
- Bei der *Eignung* einer Massnahme geht es darum, ob sich der damit bezweckte Erfolg überhaupt erreichen (oder zumindest fördern) lässt (Untermassverbot).
- Unter der *Erforderlichkeit* wird danach gefragt, ob sich Eingriffe in die Rechtsgüter Dritter – und bei Zwangsmassnahmen insbesondere in ihre Grundrechte – auf das notwendige Mass beschränken (Übermassverbot).
- Das *Verhältnismässigkeitsprinzip* verlangt die Einhaltung eines Gleichgewichts zwischen einem Eingriff in Rechtsgüter und dem angestrebten Ziel.
- Nach dem *Verantwortlichkeitsprinzip* sind die ausführenden Behörden auf allen Ebenen für ihr Verhalten verantwortlich⁷¹³.

Die Garantien aus Art. 2 EMRK entwickeln bereits bei der Ausübung der allgemeinen Polizeiaufträge eine gewisse Tiefe. Dazu gehört es, die Verwendung jeder Art von Zwangsmitteln adäquat zu regeln, zu instruieren und zu überwachen.

Grundsätzliche Mängel hinsichtlich besonderer physischer Zwangsausübung hat der EGMR im Urteil *Saoud v. France* erkannt: «[...] Mohamed Saoud a été maintenu au sol pendant trente-cinq minutes dans une position susceptible d’entraîner la mort par asphyxie dite «posturale» ou «positionnelle». [...] Cette] forme d’immobilisation d’une personne a été identifiée comme hautement dangereuse pour la vie, l’agitation dont fait preuve la victime étant la conséquence de la suffocation par l’effet de la pression exercée sur son corps [...]. Enfin, la Cour déplore qu’aucune directive précise n’ait été prise par les autorités françaises à l’égard de ce type de technique d’immobilisation et que, malgré la présence sur place de professionnels formés au secours, aucun soin n’ait été prodigué à Mohamed Saoud avant son arrêt cardiaque [...]»⁷¹⁴

Mittlerweile gehört es zum festen Bestandteil moderner polizeilicher Ausbildung, den langebedingten Erstickungstod zu verhindern – respektive bei Anzeichen darauf Gegenmassnahmen zu ergreifen.

⁷¹³ CASEY-MASLEN/CONNOLLY, *Police Use of Force under International Law*, Cambridge 2017, S. 82 ff.; IKRK, *International rules and standards for policing*, S. 18.

⁷¹⁴ *Saoud v. France*, 9375/02 (2007), §§ 102 f.

3.1.2. Antizipierung besonderer Lagen, Notfallplanung und Krisenmanagement

Nach der Rechtsprechung des EGMR lässt sich kein absoluter Anspruch auf die Abwehr jeglicher Grundrechtsverletzungen herleiten⁷¹⁵. In normalen Lagen, respektive im Rahmen der alltäglichen polizeilichen Aufgabenerfüllung, bestehen für die Polizei respektive für den Staat kaum spezifischen Schutzpflichten.

Erst in einer erhöhten Gefährdungslage (besondere oder ausserordentliche Lage) oder in besonderen Einzelsituationen können spezifische Schutzpflichten begründet werden. So können sich staatliche Schutzpflichten hinsichtlich besonders gefährdeter Objekte oder hinsichtlich möglicher Brennpunkte ergeben (potenzielle Anschlagziele). Die Grundsätze allgemeiner Polizeiarbeit (vgl. Ziff. III.2.2.7) gelten dann bereits für die Einsatzplanung. Besonders zu berücksichtigen ist das Spannungsfeld zwischen der Bindung polizeilichen Handelns an das Recht (Legalitätsprinzip) auf der einen und der Unvorhersehbarkeit menschlichen Verhaltens auf der anderen Seite.

Zudem sind bei der Planung Verbote, starre oder dynamische Schranken⁷¹⁶, die allfällige Kenntnis über mangelhafte Rechtsgrundlagen, Ausnahmen sowie Ermessensspielräume zu berücksichtigen. Absolute Verbote und starre Schranken – wie beispielsweise das Folterverbot – dürfen unter keinen Umständen missachtet werden. Das Verhältnismässigkeitsprinzip hingegen stellt eine dynamische Schranke dar, indem die vorherrschenden Umstände berücksichtigt werden und je nach Gefährdungspotenzial einen grösseren oder geringeren Handlungsspielraum eröffnen.

⁷¹⁵ *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), § 68; *Osman v. The United Kingdom*, 23452/94 (1998), § 116; *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), § 63; *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 55; *Kontrová v. Slovakia*, 7510/04 (2007), § 50; *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), § 129.

⁷¹⁶ Schranken sind dann dynamisch, wenn sie an veränderte Umstände angepasst werden können respektive einen weiteren oder engeren Spielraum bieten je nach Entwicklung einer Situation.

a. **Ausgleich der in Frage kommenden Verpflichtungen**

Eine umfassende Planung von polizeilichen Operationen soll insbesondere einen (besseren) Ausgleich zwischen verschiedenen – sich allenfalls widersprechenden – Verpflichtungen aus dem Recht auf Leben ermöglichen.

«When lethal force is used within a <policing operation> by the authorities it is difficult to separate the State's negative obligations under the Convention from its positive obligations. In such cases the Court will normally examine whether the police operation was planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force and human losses, and whether all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation were taken [...].»⁷¹⁷

Dabei verlangt der EGMR von den Konventionsstaaten heute ein Abstellen nicht nur auf eine Operation an sich, sondern auf die weiteren Umstände und die überhaupt zur Verfügung stehenden Mittel und Möglichkeiten. Wo der Staat die «Kontrolle» ausübt (oder ausüben können muss), bestehen hohe Anforderungen an die Planung und die Führung.

«Accordingly, the Court must take into consideration not only the actions of the agents of the State who actually administered the force but also all the surrounding circumstances, including such matters as the planning and control of the actions under examination.»⁷¹⁸

b. **Anwendung bei Anti-Terror-Operationen**

In ihrem ersten Entscheid zur Planung und Führung von Anti-Terror-Operationen – *McCann and others v. The United Kingdom* (und dort unter dem Titel «control and organisation of the operation»⁷¹⁹) – war für die *Grand Chamber* entscheidend, dass die Sicherheitskräfte es überhaupt zu einer Konfrontation der SAS mit den drei Terroristen haben kommen lassen.

⁷¹⁷ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 208.

⁷¹⁸ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 249; ähnlich auch *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 58 («even against avoidable accidents»).

⁷¹⁹ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), §§ 202 ff.

«It may be questioned why the three suspects were not arrested at the border immediately on their arrival in Gibraltar and why [...] the decision was taken not to prevent them from entering Gibraltar if they were believed to be on a bombing mission. Having had advance warning of the terrorists' intentions it would certainly have been possible for the authorities to have mounted an arrest operation. [...]»⁷²⁰

Damit spielte die besondere Lageentwicklungsmöglichkeit (respektive die Antizipierung der terroristischen Aktivität im Gesamtkontext) eine wichtige Rolle bei den juristischen Überlegungen. Bei ausreichenden Kenntnissen hätten die staatlichen Behörden die Kausalzusammenhänge unterbrechen müssen. Damit übernimmt der Staat zwar die Handlungsherrschaft und es trifft ihn gleichwohl eine Verantwortung für das künftige Geschehen – er bedient sich aber des mildesten, noch tauglichen Mittels.

Dies mag strafrechtlich unbefriedigend erscheinen, da die Täter dann nur für einen Versuch (und vielleicht nicht einmal dafür) verurteilt werden könnten. Das Recht auf Leben (nur schon der Terroristen) und damit die Prävention hat aber den Vorrang vor allfälligen Strafbedürfnissen (Repression). Ähnliche Fragen stellen sich bei nachrichtendienstlichen Operationen⁷²¹.

Im Fall *Isayeva v. Russia* standen dem EGMR keine ausreichenden Unterlagen zur Planung und Ausführung der konkreten militärischen Operation zur Verfügung; der Gerichtshof zog den Rückschluss, dass es sich um keine spontane Handlung der Sicherheitskräfte gehandelt hatte⁷²². Für das Urteil war es entscheidend, dass der Einsatz von Kampfflugzeugen mit einer Standardausrüstung für den Erdkampf Bestandteil der Planung gebildet haben musste.

«The Court regards it as evident that when the military considered the deployment of aviation equipped with heavy combat weapons within the boundaries of a populated area, they also should have considered the dangers that such

⁷²⁰ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 203.

⁷²¹ Vgl. *Jackson*, Counterinsurgency Intelligence in a «Long War», S. 82 ff. (zu «disruption operations» und weiteren Beispielen indirekter Verhinderung von Anschlägen).

⁷²² *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), §§ 182 und 188.

methods invariably entail. There is however no evidence to conclude that such considerations played a significant place in the planning. [...] Once the fighters' presence and significant number had become apparent to the authorities, the operation's commanders proceeded with the variant of the plan which involved a bomb and missile strike at Katyr-Yurt. [...]»⁷²³

Die Verletzung von Art. 2 EMRK bestand damit nicht in der militärischen Operation an sich, sondern ging auf die Planung zurück. Es war nicht zulässig, den Tod der aus Katyr-Yurt fliehenden Zivilisten *Zara Adamovna Isayeva, Zelimkhan Isayev, Zarema Batayeva, Kheda Batayeva* und *Marem Batayeva* in Kauf zu nehmen⁷²⁴.

c. **Folgen für Planung und Krisenmanagement**

Die Ansprüche an die planerischen Vorbereitungen sind hoch. Es wird von einem Konventionstaat aber nicht Unmögliches oder völlig Unverhältnismässiges verlangt⁷²⁵. Sowohl die Eventual-, respektive Notfallplanung als auch besondere Massnahmen zum Krisenmanagement sind den Staaten nicht unbekannt. Sie kommen etwa bei militärischen Einsätzen oder für den Schutz eigener Vertretungen im Ausland seit Langem zur Anwendung⁷²⁶.

Eine staatliche Schutzpflicht bezieht sich auf ein Schutzgut (vorliegend das Leben). Das Schutzgut kommt sowohl bestimmten (direkt bedrohten) Personen als auch einer möglichen Vielzahl durch bestimmte mögliche Ereignisse bedrohte Personen (etwa bei Anschlägen auf «kritische Infrastrukturen») zu.

So kann sich eine Bedrohung gegen Flughäfen oder den Flugverkehr, gegen den öffentlichen Personenverkehr, gegen Energieinfrastrukturen und Dergleichen richten. Unseres Erachtens kann bei generellen – aus Sicht des Schutzguts bloss indirekten – Bedrohung gleichwohl eine Schutzpflicht vorliegen. Sprich die Gefährdung einer bestimmten Person ist nicht erforderlich (ähnlich wie bei

⁷²³ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), §§ 189 f.

⁷²⁴ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 200.

⁷²⁵ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 249.

⁷²⁶ OAKLEY, *Combating Terrorism*, S. 10.

abstrakten Gefährdungen [*dangerous activities*]), wenn die Materialisierung einer Bedrohung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung des relevanten Schutzguts führt.

Planungen können sich auf ein (kontextbezogenes) *besonderes* (polizeiliches) *Lagebild* und eine Risikoeinschätzung abstützen (vgl. Ziff. IV.2.3). Dies umfasst in der Regel sowohl die Beurteilung der Gegenseite und die von ihr ausgehenden Risiken, den voraussichtlichen Einsatzraum und die Zeitverhältnisse auf der einen Seite (vgl. Ziff. IV.2.3.2), als auch die eigenen Mittel und Möglichkeiten sowie die Rechtslage (vgl. insb. Ziff. IV.1)⁷²⁷. Das Lagebild dient letztlich als Grundlage dafür, die Risiken für *alle* Beteiligten so weit wie möglich zu minimieren.

Offen ist, welche konkreten Massnahmen aus einer Beurteilung resultieren: Etwa Kontrollen, Zutrittsbeschränkungen oder gar bauliche Massnahmen bei Zielobjekten; das Testen der Sicherheit von Objekten mit *penetration teams*⁷²⁸; oder das Ergreifen von Massnahmen zur Verbesserung der Betriebssicherheit (*denial of opportunity/collecting information*⁷²⁹) oder zur Schärfung der Aufmerksamkeit von Personal (Erkennen von Verhaltensmustern und vereinfachte Alarmierung).

Ein *lagegerechtes Handeln* gegenüber potenziell letalen Gefährdungen erfüllt im optimalen Fall die *positiven* Verpflichtungen aus dem Recht auf Leben (vgl. Ziff. III.2.2). Ein Eingreifen unter Rückgriff auf potenziell letale Zwangsmittel muss aber gleichsem den *negativen* Verpflichtungen genügen (vgl. Ziff. III.2.3).

3.2. VERTIEFTE NACHRICHTENBESCHAFFUNG, INFORMATIONSDICHTUNG UND DIFFUSION DES LAGEBILDS

Je nach den Umständen ist die Nachrichtenbeschaffung zu vertiefen, um überhaupt adäquate Entscheidungen treffen zu können. Das besondere Lagebild kann – in einer weiteren Konkretisierung – aktualisiert, verifiziert oder ausgeweitet werden⁷³⁰.

⁷²⁷ FIP, §§ 6.4 ff.

⁷²⁸ COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 333.

⁷²⁹ COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 334.

⁷³⁰ In militärischen Begriffen gesprochen geht es sinngemäss um «tactical intelligence»; vgl. NATO Standard AJP-2 (Intelligence, 2016), S. 3-1.

Vor der Stürmung der Schule Nr. 1 in Beslan sind zwei Gruppen von Sonderoperationskräften im Einsatz gestanden, um das Objekt für die besondere Informationsbeschaffung zu beobachten⁷³¹.

Die Beschaffung von Informationen und deren Verdichtung zu Nachrichten hat einen doppelten Charakter. Einerseits dienen nachrichtendienstliche Tätigkeiten dazu, eine mögliche Gegenseite zu identifizieren und ihre Absichten und Fähigkeiten im konkreten Einsatzfall einzuschätzen. Andererseits gehören nachrichtendienstliche Aktionen auch zum Repertoire präventiver Massnahmen.

Nachrichtendienstliche Aktionen sowie *intelligence-led operations* haben sich im Nordirlandkonflikt insbesondere dann als effektiv erwiesen, wenn sie auf menschlichen Quellen (*human intelligence*, HUMINT) basierten⁷³². Für verdeckte Operationen wurde ein spezieller Verband der Royal Army eingesetzt, welcher ziemlich erfolgreich darin war, direkte Konfrontationen mit der Gegenseite zu vermeiden⁷³³.

Nachrichtendienstliche Aktionen weisen üblicherweise einen hohen Komplexitätsgrad auf. Sie erfolgen in der Regel nicht spontan, sondern bedürfen minutiöser Vorbereitung. Sie dienen in ihrer *Finalität* nicht einem direkten Einwirken auf eine Gegenseite, sondern dem Sammeln und Überprüfen von Fakten und der Ableitung von Erkenntnissen.

⁷³¹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 138.

⁷³² COCHRAN, RUC in Northern Ireland, S. 127 f.: «The actions of the state must be intelligence-led, as accurate intelligence is likely to prove more productive than any use of military force. Within the context of Northern Ireland, human source intelligence was proven to be the most effective and dynamic weapon in the armoury of the security forces.»

⁷³³ URBAN, Big Boys' Rules, S. 243.

*Intelligence-led operations*⁷³⁴ unterscheiden sich von der herkömmlichen Polizeiarbeit⁷³⁵. Mit multidisziplinären Ansätzen⁷³⁶ wird versucht, das Verhalten der Gegenseite aufzudecken und allenfalls zu beeinflussen.

Aus dem Nordirlandkonflikt ist der Einsatz von Trackern bekannt, um *Waffenlieferungen* und -Verteilungen verfolgen zu können (*jarking*⁷³⁷). Anstatt entdeckte Depots der IRA auszuheben, wurden die darin gefundenen Waffen markiert. Dahinter stand das Ziel, die Strukturen und Logistikwege der Terroristen aufzudecken (was – bei geringem eigenem Risiko – auch gelang)⁷³⁸. Ein Folgeeffekt von *intelligence-led operations* kann in der Zermürbung terroristischer Gruppierungen liegen⁷³⁹.

Eigentlich das Gegenteil einer *intelligence-led operation* war der Hinterhalt der SAS vom 8. Mai 1987 bei der Loughgall Polizeistation (vgl. Ziff. V.5.2.4)⁷⁴⁰. Zwar hatten die Nachrichtendienste und auch die SAS gute Arbeit geleistet, indem sie den Angriff der IRA-Gruppe richtig antizipierten (besondere Lage und Lageentwicklungsmöglichkeiten waren zutreffend). Anstatt einer erfolgreichen Gefahrenabwehr kam es aber zu *clean kills*.

Der Entscheid, eine *intelligence-led operation* durchzuführen (und damit unter Umständen andere Optionen zu verwerfen), ist ein Führungsentscheid. Er muss eingebettet sein in einen operativen oder strategischen Gesamtplan.

⁷³⁴ Zum Begriff JAMES, Reinventing intelligence-led policing, S. 75 f.

Vorliegend stehen indes nicht «Optimierungsansätze» im Vordergrund, sondern die Methode der gezielten, nachrichtenbasierten Polizeiarbeit, basierend auf «accurate and reliable intelligence» (S. 85).

⁷³⁵ COCHRAN, RUC in Northern Ireland, S. 125: «Human sources came to be treated as more of a long-term asset rather than a means to achieve a quick fix. This was a significant paradigm shift for the police, given the traditional law enforcement emphasis on closing investigations, successful prosecutions, and public satisfaction.»

⁷³⁶ GEMKE/DEN HENGST/VAN ROSMALEN/DE BOER, Intelligence-led policing, S. 15.

⁷³⁷ Zum Begriff URBAN, Big Boys' Rules, S. 261 (index).

⁷³⁸ URBAN, Big Boys' Rules, S. 119 ff. und auch 140.

⁷³⁹ URBAN, Big Boys' Rules, S. 245 (m.H. auf die zunehmende Paranoia und Massnahmen zum Erhalt der «Integrität» der terroristischen Gruppierungen – beides schwächt sie).

⁷⁴⁰ URBAN, Big Boys' Rules, S. 237.

3.2.1. Schwergewichtsbildung

Nachrichtendienstliche Aktivitäten können verschiedene Ebenen (taktisch, operativ oder sogar strategisch) umfassen und innert kurzer Zeit an Komplexität zunehmen⁷⁴¹. Es kann sich daher – insbesondere im Rahmen von Aufbauorganisationen der Sicherheitskräfte – anbieten, (*ad hoc*) eine *Task Force* zu bilden. Zu deren Aufgaben kann es gehören, Nachrichten zu verarbeiten (zu den nachrichtendienstlichen Prozessen vgl. Ziff. IV.2.1).

Aus operativer Sicht bietet es sich an, in einer *Task Force* die Vertretung der verschiedenen bereits oder künftig involvierten Behörden sicherzustellen⁷⁴². Zuweilen ermöglicht erst der direkte Einbezug weiterer Stellen den Zugriff auf unterschiedliche Quellen innerhalb des Nachrichtenverbunds⁷⁴³ und damit die Ausweitung, Verifizierung und weitere Verdichtung von Nachrichten – letztlich aber vor allem deren bessere Beurteilung und damit eine Schärfung des (besonderen) Lagebildes⁷⁴⁴.

Im Fall *McCann and others v. The United Kingdom* hatten die Sicherheitsbehörden eine *Task Force* zusammengestellt. Ihr hauptsächlicher Auftrag lag in der Durchführung der Anti-Terror-Operation⁷⁴⁵.

Im Fall *Tagayeva and others v. Russia* hatten seit Wochen Hinweise auf Anschläge in Nord-Ossetien vorgelegen (vgl. Ziff. IV.2.3.2.d). Eine eigentliche *Task force* wurde aber offenbar nicht geschaffen: «In view of relatively specific advance information, the authorities had a sufficient degree of control over the situation at least in the days immediately preceding the Day of Knowledge. It could thus

⁷⁴¹ Vgl. beispielhaft die Fragestellungen bei LINGEL/RHODES/CORDOVA/HAGEN/KVITKY/MENTHE, *Improving Intelligence*, insb. S. 31 (Tabelle mit Fragen zu «intelligence, surveillance, and reconnaissance» für luftgestützte militärische Operationen).

⁷⁴² Beispielsweise sollen Vertreter der Behörden und Organisationen für Rettung und Sicherheit (BORS: Polizei, Sanität, Feuerwehr), der Geheimdienste, des Staatsschutzes und des Militärs zugegen sein. Unter gewissen Umständen wäre es auch hilfreich, Personen von möglichen betroffenen Institutionen miteinzubeziehen.

⁷⁴³ Beispielsweise: Human Intelligence, Open Source Intelligence, Communication Intelligence.

⁷⁴⁴ Dabei geht es darum, alle involvierten Stellen mit den relevanten Nachrichten zu versorgen; pointiert CARTER/CARTER, *Law enforcement intelligence*, S. 150 f.

⁷⁴⁵ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 14.

be reasonably expected that a coordinating structure would be tasked with centralised handling of the threat, preparing adequate responses, allocating resources and securing constant feedback with the field teams. [... Despite] a foreseeable threat to life there was no discernible effort to set up some sort of command centre that could carry out its evaluation and containment.»⁷⁴⁶

Mit seiner jüngeren Rechtsprechung verlangt der EGMR – wenn ein entsprechendes Wissen vorhanden ist (oder vorhanden sein muss) – die Anpassung behördlicher Strukturen, um eine erkannte Gefährdung richtig erfassen und beurteilen zu können.

Dabei geht es nicht darum, von einem vorhandenen Rechtsrahmen abzuweichen und gar gegen das Legalitätsprinzip zu verstossen. Vielmehr besteht die Verpflichtung der staatlichen Behörden unseres Erachtens darin, mögliche Handlungsspielräume zu nutzen und ein nachrichtendienstliches Schwergewicht zu bilden. Angesichts bestehender staatlicher Schutzpflichten mit Bezug auf das Recht auf Leben ist – mit anderen Worten – ein *Silodenken und -handeln unzulässig*.

3.2.2. Nachrichtendienstliche und weitere präventive Massnahmen

Wenn sich Nachrichten zu einer potenziellen (terroristischen) Gefährdung soweit verdichten, dass eine gewisse Eintretenswahrscheinlichkeit vorliegt (*real and immediate risk*), ergibt sich aus der positiven Schutzpflicht grundsätzlich eine Handlungspflicht (vgl. Ziff. III.2.2.5).

a. Weitergabe des Lagebilds oder von Nachrichten

Dieser Handlungspflicht können die Konventionsstaaten nachkommen, indem sie den betroffenen Behörden ein Lagebild vermitteln oder bestimmte Nachrichten gezielt weitergeben. Weiter können auf dieser Basis besondere nachrichtendienstliche Bedürfnisse definiert und weitere Stellen mit entsprechenden Meldungen (Bringprinzip) beauftragt werden.

⁷⁴⁶ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 490.

b. Spezifische Schutzvorkehrungen

Lässt sich eine Gefährdung örtlich einschränken, ergeben sich allenfalls bereits weitere Handlungsmöglichkeiten. Zu denken ist an spezifische Schutzvorkehrungen (etwa als Objektschutzmassnahme sowie als mobile oder statische Sperren) oder an spezifische Aufträge zur Berandung. Dabei können sich nachrichtendienstliche Aufgaben mit solchen zur Abwehr unmittelbarer Gefahren vermengen.

c. Spezifische Informationen

Die Eigner oder Betreiber potenzieller Ziele können frühzeitig über die Möglichkeit von Anschlägen informiert und zur Zusammenarbeit mit den federführenden Behörden aufgefordert werden. Dadurch wird einerseits eine Sensibilisierung bewirkt, welche wiederum der Informationsbeschaffung dienen kann. Andererseits können mitigative Massnahmen eingeleitet werden (etwa besondere Planungen, Vorbereitungen zur Evakuierung von Menschen, etc.).

d. Allgemeine Information versus Geheimnisschutz

Je nach den Umständen können Informationen oder Handlungsanweisungen gegenüber der Öffentlichkeit geboten sein (bestens bekannt sind die Aufrufe zur Beaufsichtigung von Gepäckstücken an besonderen Orten wie Flughäfen oder Bahnhöfen).

Ein gewisses Mass an Geheimhaltung seitens der Behörden kann aber angemessen sein. Insbesondere bei Anti-Terror-Aktionen kann aus taktischen Motiven ein Bedürfnis bestehen, Informationen zurückzuhalten.

Der EGMR hat dies in *Finogenov and others v. Russia* explizit anerkannt, aber gleichsam in einen Gesamtkontext der konkreten vorbereitenden Massnahmen gestellt: «The Court [...] recognises the need to keep certain aspects of security operations secret. However, [...] the rescue operation [...] was not sufficiently prepared, in particular because of the inadequate information exchange between various services, the belated start of the evacuation, limited on-the-field coordination of various services, lack of appropriate medical treatment and

equipment on the spot, and inadequate logistics. The [...] State breached its positive obligations under Article 2 of the Convention.»⁷⁴⁷

Folglich ist zwischen Geheimhaltung und Informationsbedürfnissen abzuwägen.

Im Fall *Isayeva v. Russia* war die behördliche Information an die Bevölkerung in mehrfacher Hinsicht ungenügend:

«The Court has been given no evidence to indicate that anything was done to ensure that information about these events was conveyed to the population [...]. However, the fact that the fighters could have reasonably been expected, or even incited, to enter Katyr-Yurt clearly exposed its population to all kinds of dangers. [...] The relevant authorities should have foreseen these dangers and, if they could not have prevented the fighters' entry into the village, it was at least open to them to warn the residents in advance.»⁷⁴⁸

«The Court is particularly struck by the lack of reliable information about the declaration of the «safe passage» for civilians prior to or during the military operation in Katyr-Yurt. No persons were identified among the military or civil authorities as responsible for the declaration of the corridor and for the safety of those using it. No information has been provided to clarify an apparently total absence of coordination between the announcements of a «safe exit» for civilians and the very limited, if any, consideration given to this by the military in planning and executing their mission.»⁷⁴⁹

e. Präventive Kontrollen

In prä-operationellen Phasen können bereits erste handfeste Massnahmen in Form von polizeilichen Kontrollen oder sichtbarer Präsenz der Sicherheitskräfte geboten sein.

Sichtbare Präsenz von Sicherheitskräften (unabhängig von möglichen Zielörtlichkeiten) sowie gezielte oder systematische Personenkontrollen können

⁷⁴⁷ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 266.

⁷⁴⁸ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 187.

⁷⁴⁹ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 219.

eine erhöhte Wachsamkeit unterstreichen. Aktivitäten und physische Präsenz können potenzielle Attentäter vor nicht planbare Erschwernisse oder Risiken stellen und sie abschrecken oder bestenfalls zu ihrer Festnahme führen⁷⁵⁰. Je präziser die Nachrichten über eine mögliche Täterschaft und über potenzielle Ziele sind, desto besser können die staatlichen Ressourcen für präventive Präsenz- und Personenkontrollen eingesetzt werden.

Gleichwohl besteht keine Erfolgsgarantie. Im Fall *Tagayeva and others v. Russia* waren an den Grenzen der Teilrepubliken zwar Kontrollstellen eingerichtet worden, aber aufgrund mangelnder personeller Ressourcen entstanden vor allem während Stosszeiten Lücken. Die Terroristen waren in der Nähe der Grenze zwar von Major S.G. des Nord-Ossetischen Innenministeriums angehalten worden – aber sie entwaffneten und nahmen ihn gefangen⁷⁵¹.

f. Die Frage des Masses präventiver Massnahmen

Präventive Vorkehrungen müssen lagegerecht erfolgen und tatsächlich umgesetzt werden.

Der EGMR zitiert im Fall *Tagayeva and others v. Russia* einen Expertenbericht. Daraus ergibt sich ein Rückschluss vom Erfolg der Gegenseite auf die (unangemessenen) Massnahmen der Sicherheitskräfte: «The experts concluded that while no security measures could serve as a guarantee against the attackers' success, the presence of security personnel on the roads and at potential targets would have acted as a deterrent and could have impeded the attackers. They considered that the fact that a group of over thirty armed terrorists had been able to travel along the local roads to Beslan, having encountered only one police roadblock manned by a single officer <show[ed] the extent of failure of the authorities to act upon the information available to them>»⁷⁵²

⁷⁵⁰ Vgl. etwa JACKSON, Counterinsurgency Intelligence insb. S. 82 (m.H. auf *Mark Urban* «Based on knowledge of a planned terrorist attack, for example, security forces shaped the environment so PIRA would choose to abort the operation. (...) an IRA team sent to assassinate a member of the security forces will not press home its attack if there are several uniformed police, perhaps stopping vehicles to check their tax discs, outside his or her house»).

⁷⁵¹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 19 f. und 278.

⁷⁵² *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 439.

Der EGMR bemängelt vor allem die trotz verdichteter Hinweise auf Anschläge unzureichende Umsetzung präventiver Massnahmen und Schutzvorkehrungen: «[...], the information known to the authorities [...] can be seen as confirming the existence of a real and immediate risk to life. The Court notes that the experts pointed out that, although the targeted individuals or groups had not been identified with precision, complementary information should have been available to the competent authorities from covert sources and intelligence operations [...]. In any event, in the face of a threat of such magnitude, predictability and imminence, it could be reasonably expected that some preventive and protective measures would cover all educational facilities in the districts concerned and include a range of other security steps, in order to detect, deter and neutralise the terrorists as soon as possible and with minimal risk to life.»⁷⁵³

Damit stellt der Gerichtshof nicht nur auf das Bestehen einer Gefährdung, sondern auch auf deren Schweregrad ab. Das Bestehen einer terroristischen Gefährdung kann die Konventionsstaaten folglich zu bedrohungsspezifischen allgemeinen Präventivmassnahmen verpflichten. Diese Pflichten gehen über den üblichen Massstab zur konkreten Gefahrenabwehr hinaus (vgl. zum dort eher strengen Massstab Ziff. III.2.2.5 und III.2.2.7).

Unter den spezifischen Umständen einer terroristischen Gefährdung können auch Verhältnismässigkeitsfragen anderes beurteilt werden als bei der alltäglichen Polizeiarbeit. Insofern erweisen sich auch die Schranken für Eingriffe in das Grundrecht auf Leben als *dynamisch*.

3.2.3. Diffusion des Lagebilds

Anti-Terror-Operationen hängen nicht zuletzt von der Aktualität und der Verfügbarkeit von Nachrichten ab⁷⁵⁴. Relevante Informationen müssen auch unter erschwerten Bedingungen zutreffend sein und zeitgerecht zu den handelnden Stellen gelangen.

Was bei militärischen Operationen zuweilen *Kriegsnebel* genannt wird, ist bei Operationen von Polizei und Rettungskräften als *Chaosphase* bekannt. Es

⁷⁵³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 486.

⁷⁵⁴ SOLIS, Critical Incident Intelligence Gathering, Coordination and Analysis, S. 91: «The continuous flow of information becomes the lifeblood of a critical incident».

geht dann darum, möglichst schnell einen Überblick zu erhalten – und diesen dann auch zu behalten –, entscheidungsrelevante Informationen weiterzugeben und richtige Entscheidungen zu treffen⁷⁵⁵.

Als ebenso effektiv wie die vertikale Informationsweitergabe muss sich die (horizontale) Diffusion des aktuellen Lagebilds zwischen den verschiedenen Einsatzkräften erweisen. Umfassende Lagebilder und Informationsgleichstand dienen dazu, Operationen reibungslos und ohne grössere Fehler durchzuführen.

Was im Einsatzfall (insbesondere in organisatorischer Hinsicht) angewendet werden soll, muss bereits vorgängig etabliert, überprüft und eingeübt werden.

In *McCann and others v. The United Kingdom* funktionierte der vorgängige Informationsfluss zwischen den Sicherheitskräften gut. Die involvierten Behörden kannten beispielsweise die richtigen und falschen (Decknamen) Identitäten ihrer Gegenseite, waren im Besitz von Bildmaterial, sowie präzisiertem Wissen über die Reisedokumente der Tatverdächtigen⁷⁵⁶. Die Einsatzkräfte vor Ort wurden über die Art und Weise des vermuteten Anschlags (in einem Ford Fiesta platzierte Autobombe mit Fernzündung über die Radio-Antenne) sowie die Bewaffnung der Verdächtigen in Kenntnis gesetzt. Gestützt darauf handelten sie.

Die Kenntnis des Lagebilds und dessen Interpretation beeinflusst das Handeln der Sicherheitskräfte bei Einsätzen massgeblich. Es werden ihnen Elemente der Risikobewertung vermittelt, welche ihr späteres Handeln massgeblich determinieren können. Dies gilt insbesondere für Einschätzungen der Situation vor Ort, wo oft unter Zeitdruck, aber unter Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips, gehandelt werden muss.

Im Fall *McCann and others v. The United Kingdom* erfolgten die tödlichen Schussabgaben und damit Eingriffe in den Schutzbereich von Art. 2 EMRK⁷⁵⁷

⁷⁵⁵ Vgl. die hervorragende Darstellung und die Fragen bei SOLIS, *Critical Incident Intelligence Gathering, Coordination and Analysis*, S. 95 ff.

⁷⁵⁶ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 203.

⁷⁵⁷ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 213.

auf der Basis fehlerhafter *taktischer Informationen*⁷⁵⁸ sowie bloss *hypothetischer Annahmen* (Interpretation)⁷⁵⁹. Der Gerichtshof sieht darin aber kein Fehlverhalten der Soldaten, da deren Handeln auf der Basis des vorhandenen Wissens als notwendig erschien (vgl. Ziff. V.4.2)⁷⁶⁰.

Der EGMR stellt auf die Beurteilung einer Situation vor Ort aus einer Sicht *ex ante* gestützt auf in gutem Glauben (*honest belief*) erhaltene interne Informationen ab (also im Grunde auf ein Handeln nach bestem Wissen und Gewissen). Dies bedeutet aber nicht, dass er die Prüfung einer staatlichen Verantwortlichkeit dann bereits abbuchen würde.

3.3. EINSATZMITTEL

Terroristische Anschläge sind in Europa Ausnahmereischeinungen. Anti-Terror-Operationen staatlicher Sicherheitskräfte sind eher selten. Häufiger sind Zugriffe auf Personen, welche als Gefährder oder als gewaltbereite Schwerstkriminelle eingeschätzt werden. Die Bereitstellung von Einsatzmitteln für Anti-Terror-Operationen ist damit auch eine Frage der strategischen Ausrichtung von Polizeikräften. Personelle und materielle Einsatzmittel müssen weit im Vorfeld allfälliger Operationen beschafft, bereitgestellt, ausgebildet und aufgestellt werden.

3.3.1. Allgemeines

Im Falle terroristischer Bedrohungen messen sich die personellen und materiellen Einsatzmittel sowohl am bedrohten Rechtsgut als auch an den Mitteln und Möglichkeiten der potentiellen Täterschaft.

Vor allem im urbanen Raum ist es eine besondere Herausforderung, wenn Terrorgruppen in sehr kleinen Einheiten operieren (drei bis fünf Personen)⁷⁶¹ –

⁷⁵⁸ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 206: «In particular, it was thought that [...] the bomb would be detonated by a radio-control device; that the detonation could be effected by the pressing of a button; that it was likely that the suspects would detonate the bomb if challenged; that they would be armed and would be likely to use their arms if confronted [...]».

⁷⁵⁹ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), §§ 207 f.

⁷⁶⁰ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 200.

⁷⁶¹ Vgl. weiterführend LAQUEUR, Terrorismus, S. 383 f.

oder wenn Einzeltäter aktiv sind. Selbst wenn sie politisch kaum etwas zu bewirken vermögen, können Kleinstgruppen und Einzeltäter erhebliche Schäden verursachen – ihre besondere Gefährlichkeit besteht auch darin, dass sie vorwiegend weitgehend unentdeckt bleiben können⁷⁶².

Einzeltätern dürfte sowohl das Verbergen ihrer Absicht als auch der Entscheid, eine Aktion durchzuführen (oder sie abubrechen), eher leicht fallen. Die zuweilen vertretene Ansicht, Terroristen könnten jederzeit und überall zuschlagen, ist jedoch in den meisten Fällen unzutreffend. Zum einen kann dies der Absicht einer Gruppierung widersprechen – zum anderen sind Terroristen gerade nicht «omnipotent», sondern handeln aus der Position der Schwäche (vgl. Ziff. IV.2.3.2). Möglichkeiten der Gegenseite messen sich auch stets an konkreten Abwehr-, respektive Schutzmassnahmen⁷⁶³.

Eine absolute Sicherheit gibt es nicht – ein umfassender Schutz vor terroristischen Anschlägen ist unmöglich. Die Staaten müssen sich aber in die Lage versetzen, mit Sicherheitskräften einzugreifen, wenn konkrete Hinweise auf terroristische Aktivitäten bestehen oder eine allgemein erhöhte Bedrohungslage vorliegt.

3.3.2. Personelle Mittel

In seiner Rechtsprechung zum Einsatz von Zwangsmitteln bei polizeilichen Operationen geht der EGMR vereinzelt auf den personellen Kräfteansatz ein. In der Regel vermeidet der Gerichtshof eine Beurteilung des gewählten Ansatzes respektive eine Qualifizierung der zur Verfügung stehenden Mittel.

Im Fall *Giuliani and Gaggio v. Italy* handelte es sich nicht um eine Anti-Terror-Operation, sondern um die Gewährleistung der Sicherheit bei der Durchführung des G8-Gipfels in Genua. Daher prüfte der Gerichtshof die positive Verpflichtung aus Art. 2 EMRK nach den allgemeinen Massstäben (vgl. Ziff. III.2.2.5 und III.2.2.7). Die «obligation in question must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on

⁷⁶² LAQUEUR, Terrorismus, S. 384.

⁷⁶³ So ist es etwa möglich, gefährdete Objekte oder Zonen mit baulichen und personellen Massnahmen zu schützen.

the authorities, bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources»⁷⁶⁴.

Zum Schutze des G8-Gipfels standen rund 18'000 Polizeikräfte im Einsatz⁷⁶⁵. Für die polizeiliche Operation prüfte die *Grand Chamber* auch die Planung und Führung⁷⁶⁶. Die Grösse des Aufgebots folgte aus der Lagebeurteilung und scheint angemessen gewesen zu sein. Der EGMR bewertet den Mittelansatz in seinem Urteil nicht und stellt auch sonst keine Konventionsverletzungen bei der Organisation und Planung des Einsatzes fest⁷⁶⁷.

Soweit ersichtlich, ist der EGMR bislang erst im Urteil *Tagayeva and others v. Russia* auf die Beurteilung des konkreten Mittelansatzes zur Verhinderung terroristischer Anschläge (nach hier vertretener Ansicht in der prä-operationellen Phase) eingegangen. Eine Beurteilung ist dem Gerichtshof wohl umso leichter gefallen, als das Missverhältnis zwischen der Bedrohung und den konkreten Schutzvorkehrungen offensichtlich gewesen ist.

Hinweise auf eine terroristische Gefährdung in Nord-Ossetien lagen vor (vgl. Ziff. IV.2.3.2.d). Zum präventivem «Schutz» der über 1000 Personen bei der Einschulungsfeier an der Schule Nr. 1 in Beslan wurde nur eine einzige, unbewaffnete und zudem über keine eigenen Kommunikationsmittel verfügende Polizistin (*Fatima D.* ist diese Arbeit gewidmet⁷⁶⁸) abgestellt⁷⁶⁹. Entgegen der verschärften Terror-Lage waren damit nur minimalste Sicherheitsvorkehrungen ergriffen worden: «It thus transpires that the local police were not fully apprised of a real and foreseeable

⁷⁶⁴ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 245.

⁷⁶⁵ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 255.

⁷⁶⁶ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 249.

⁷⁶⁷ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 262.

⁷⁶⁸ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 284: «Police officer Fatima D. gave detailed submissions about the hostage-taking and subsequent events. According to her, a second police officer had failed to arrive at the school. At about 8.50 a.m. one mother told her that a strange truck had been parked nearby. When she went out to check, she heard a suspicious noise. She ran to the staffroom on the first floor to alert the police but as soon as she took the telephone, she was surrounded by several fighters wearing camouflage uniforms.»

⁷⁶⁹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 489.

threat of a major terrorist attack against an academic establishment within their zone of responsibility and did not take sufficient preventive or preparatory measures to reduce the inherent risks [...]. There is no information that any warning was given to the civilian authorities or the school administration. It is obvious that no warning whatsoever was issued to those who had attended the ceremony [...].»⁷⁷⁰

Der Mangel an personellen Ressourcen ermöglichte es den Terroristen dann schlussendlich auch, unerkannt und in verhältnismässig grosser Anzahl (über 30 Personen) zur Ziellokalität zu gelangen: The «local police had insufficient resources to ensure a constant inspection that would be commensurate with the threat [...]. As a result of these gaps in security, at a relatively busy time in the morning, over thirty armed terrorists unimpededly covered a distance of at least 35 kilometres from the administrative border in Khurikau to Beslan. They also had no problems entering the district centre with a population of about 35,000 – the largest town in the vicinity – and arriving in the centre where the school no. 1 was located.»⁷⁷¹

Bei der Planung der Anti-Terror-Operationen ist sicherzustellen, dass sowohl für präventive Massnahmen, die Durchführung einer Operation an sich als auch für deren Abschluss (Nachsorge) genügend personelle Mittel zur Verfügung stehen. Der gebotene Mittelansatz kann aufgrund bestehender Erfahrungswerte und vorhandener Informationen über die Art der Bedrohung eruiert werden.

Dabei geht es unseres Erachtens nicht bloss um eine quantitative Sicht. Unter Umständen können Spezialkräfte gleiche oder bessere Leistungen mit geringerem Kräfteansatz erbringen. Ein *übermässiger* Kräfteansatz kann sowohl die Operationsplanung erschweren, höhere Anforderungen an die Kommunikation und Führung während Einsätzen zur Folge haben als auch zu Zuständigkeits- und Abgrenzungskonflikten führen.

In den letzten Jahrzehnten sind weltweit spezielle Einheiten der Polizeikorps geschaffen worden⁷⁷². Sogenannte *SWAT-Teams* sind speziell ausgerüstet und werden speziell

⁷⁷⁰ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 489.

⁷⁷¹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 488.

⁷⁷² PUNCH, *Shoot to kill*, S. 84 f.; TURNER/HAHN FOX, *Public servants or police soldiers?*, S. 123 f.; HUGHES, *Military's Role*, S. 37 ff.

trainiert (*Special Weapons And Tactics*). Sie verfügen meist über sehr präzise und zudem schwere Mittel, mitunter Kriegsmaterial.

3.3.3. Einsatz- und Zwangsmittel

Nebst den personellen Ressourcen gilt es auch die materiellen Mittel in die Planung polizeilicher Operationen einzubeziehen. In Frage kommen sowohl *offensive* Zwangsmittel als auch *defensive* Mittel⁷⁷³ mit jeweils spezifischen Charakteristika.

Diese Zweiteilung darf indes nicht schematisch erfolgen. Beim Einsatz bestimmter Mittel ist stets auf die konkrete Situation und die konkrete Art der Verwendung abzustellen.

a. Offensive Mittel

Pfeffer- oder Tränengassprays, Schlagstöcke, je nach dem Taser, Schusswaffen (Pistolen, Revolver) sowie Maschinenpistolen gehören zur polizeilichen Standardausrüstung. Die Reichweite dieser Mittel ist limitiert. Bei Anti-Terror-Operationen reicht dieses Repertoire teilweise nicht mehr aus⁷⁷⁴. Als zusätzliche Einsatzmittel kommen verschiedene andere Arten von Schusswaffen⁷⁷⁵, aber auch Destabilisierungsgeräte oder weitere Irritationsmittel in Frage.

Die *UN Basic Principles* postulieren ein breites Arsenal an Einsatzmitteln; *non-letale Waffen* sind darin explizit eingeschlossen (vgl. zu Ziff. 2 der *UN Basic Principles* Ziff. IV.1.4.2.c). Sofern den Einsatzkräften zur Anwendung physischen Zwangs verschiedene *offensive Mittel* mit potenziell letaler oder non-letaler Wirkung zur Auswahl stehen, erhöht dies deren Handlungsoptionen. Zwangsmittel mit unterschiedlicher Stärke und unterschiedlicher Wirkung tragen zur Wahrung der Verhältnismässigkeit in unterschiedlichen Situationen bei. Mit einem abgestuften Arsenal wird die Wahrscheinlichkeit des

⁷⁷³ Vgl. auch WILKINSON, *Changing threat*, S. 49 («security technologies such as the latest explosive detection equipment»).

⁷⁷⁴ Die Art und Weise des Anschlags spielt hierbei eine grosse Rolle. So kann ein «Amok-Fahrer» allenfalls mit diesen Mitteln gestoppt werden. Angemerkt sei aber, dass die optimale Einsatzdistanz und Wirksamkeit einer Handfeuerwaffe ungefähr bei 7 bis 20 Metern liegt. Zudem ist relevant, welche Art von Munition verwendet wird.

⁷⁷⁵ Als Beispiele seien Gummigeschoss-Werfer, Sturmgewehre, Scharfschützengewehre und modifizierte Gewehre für Spezialmunition genannt.

Eintritts tödlicher oder schwerer körperlicher Verletzungen verringert; aber gleichsam werden absolute Schranken durchlässiger.

Daher könnte umgekehrt argumentiert werden, dass das Repertoire von Zwangsmitteln der Polizeikräfte zu beschränken sei, um keinen Graubereich zwischen zulässigem Einsatz letaler Zwangsmittel (insbesondere dem meist gesetzlich geregelten Schusswaffeneinsatz) und unzulässiger (weil unverhältnismässiger) Zwangsanwendung zu eröffnen. Eine solche Argumentation widerspräche unseres Erachtens den Schutzpflichten aus Art. 2 EMRK. Die Polizeikräfte können verpflichtet sein, Zwangsmittel zum Schutze des Rechtsguts Leben einzusetzen – auch in extremen Fällen müssen sie verhältnismässig handeln können.

Zu den *non-letalen* Zwangsmitteln gehören beispielsweise Schlagstöcke, Pfeffersprays, Tränengas, Taser, Gummi- und Plastikgeschosse und Wasserwerfer. Ihre Verwendung führt bei objektiver (deterministischer) Betrachtung zu einem geringeren Todesrisiko. Je nach Art des Einsatzmittels besteht zudem auch eine geringere Verletzungsgefahr für unbeteiligte Personen als beim Einsatz von Schusswaffen (Querschläger, Abpraller, Durchschüsse)⁷⁷⁶.

Je nach Anwendungsart oder aufgrund von Folgeschäden können auch diese weniger invasiven Zwangsmittel im Ergebnis tödliche Auswirkungen zeitigen; anstatt von non-letalen ist daher zuweilen von *weniger tödlichen* Zwangsmitteln die Rede⁷⁷⁷. Daher bedarf die Handhabung *aller* Einsatzmittel – also nicht nur der speziellen Waffen – eines adäquaten Trainings und für bestimmte Zwangsmittel allenfalls einer Einschränkung der Verwendung durch Spezialisten.

Bei *schweren Einsatzmitteln* handelt es sich in der Regel um Kriegswaffen und -gerät. In Frage kommen unter anderem Sturmgewehre (grössere Kaliber, Reichweite und Durchschlagskraft) oder Abschussgeräte für Granaten. Die Gründe für das Bereitstellen einer schweren Ausrüstung liegen auch im Verhältnis zwischen den Einsatzmöglichkeiten militärischer und polizeilicher Verbände. Je eher auf den Einsatz militärischer

⁷⁷⁶ GENEVA ACADEMY, In-Brief No. 6, S. 15.

⁷⁷⁷ GENEVA ACADEMY, In-Brief No. 6, S. 14.

Einheiten im Inland verzichtet werden soll, desto ausgeprägter ist das Bedürfnis nach einer begrenzten «materiellen Militarisierung» der Polizeikräfte⁷⁷⁸.

Für alle *Schusswaffen* ist die Art der verwendeten Munition relevant. Je nach *Munitionstyp* ergeben sich unterschiedliche Gefährdungen sowie unterschiedliche Auswirkungen im anvisierten Ziel sowie im weiteren Zielfeld.

So birgt der Einsatz deformierender Munition zwar ein geringeres Verletzungsrisiko für unbeteiligte Dritte – jedoch ist die Durchschlagskraft der Projektile im Ziel relativ gering⁷⁷⁹. Kommt hingegen stärkere oder gar Spezialmunition⁷⁸⁰ zur Anwendung, erhöht sich das Risiko einer Verletzung von Unbeteiligten. Die Wahl einer Munitionsart muss unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips erfolgen (vgl. Ziff. V.4.3 und V.4.4).

b. Erforderlichkeit

Die *UN Basic Principles* erwähnen die *Zwecke* des Schusswaffeneinsatzes im Sinne der Ausschliesslichkeit (zur ebenfalls erwähnten Notwehr und Notwehrhilfe vgl. Ziff. V.5.2). Selbst dann soll ein Schusswaffeneinsatz nur unter strengen Voraussetzungen rechtmässig sein. Insbesondere wird die Erforderlichkeit in der konkreten Situation verlangt – es dürfen also keine mildereren und dennoch wirksamen Mittel vorhanden (zum Beispiel non-letale Mittel) oder Massnahmen (zum Beispiel die Verfolgung) möglich sein (Ziff. 9).

⁷⁷⁸ PUNCH, *Shoot to kill*, S. 85 (auch mit den U.S.A. als Beispiel); kritisch zu dieser Entwicklung TURNER/HAHN FOX, *Public servants or police soldiers?*, S. 123 f. und 135 (mit besonderem Hinweis auf die U.S.A., aber auch auf ein Zitat von *Sir Robert Peel* im House of Commons 1814, «that the semi-militarized Royal Irish Constabulary «made the people look upon them as their adversaries rather than as their protectors»»). Zu dieser Problematik etwa in der Schweiz vgl. MÜLLER, *Innere Sicherheit Schweiz*, S. 346 f.

⁷⁷⁹ Siehe weiterführend <https://www.ruag.com/de/produkte-und-dienstleistungen/land/munition-fuer-armee-behoerden/pistolen-und-maschinenpistolenmunition> (besucht am 12. April 2021).

⁷⁸⁰ Zum Beispiel AP SX-Patronen (Kaliber 4.6x30), welche unter anderem Titan und Kevlar durchschlagen und eine ideale Einsatzdistanz bis zu 100 Meter aufweisen. Weiterführend <https://www.ruag.com/de/produkte-und-dienstleistungen/land/munition-fuer-armee-behoerden/personal-defence-weapon-munition> (besucht am 12. April 2021).

Law enforcement officials shall not use firearms against persons except (...) to prevent the perpetration of a particularly serious crime involving grave threat to life, to arrest a person presenting such a danger and resisting their authority, or to prevent his or her escape, and only when less extreme means are insufficient to achieve these objectives. In any event, intentional lethal use of firearms may only be made when strictly unavoidable in order to protect life.

Vorausgesetzt wird *subjektiv*, dass der Schusswaffeneinsatz nicht der Absicht zu töten entspricht, sondern lediglich zur Unterbindung eines (lebens-) gefährdenden Verhaltens von Störern – was das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahrensituation verlangt⁷⁸¹.

c. Finaler Rettungsschuss

Gemäss der Empfehlung der *UN Basic Principles* (Ziff. 9) ist der Schusswaffengebrauch als Massnahme ultima-ratio insbesondere dann zulässig, wenn das Leben Dritter bedroht und eine anderweitige Abwehr einer Gefahr nicht möglich ist⁷⁸² – etwa zur Geiselfreiung.

Der bewusste Einsatz tödlicher Gewalt ist damit nur zur Abwehr unmittelbar drohender Gefahr zulässig. Andernfalls ermangelt es ihr der absoluten Notwendigkeit. Entsprechend hat sich für diese Art des Schusswaffeneinsatzes der Begriff des finalen Rettungsschusses etabliert, welcher insbesondere bei Anti-Terror-Operationen zum Einsatz kommen kann⁷⁸³.

d. Defensive Mittel

Defensive Mittel dienen dem Schutz der Einsatzkräfte und Dritter. Darunter fallen beispielsweise kugelsichere Westen und Helme, trag- und fahrbare Schutzschilde oder geschützte Mannschaftstransportfahrzeuge.

⁷⁸¹ GENEVA ACADEMY, In-Brief No. 6, S. 12 f.

⁷⁸² GENEVA ACADEMY, In-Brief No. 6, S. 13.

⁷⁸³ GENEVA ACADEMY, In-Brief No. 6, S. 14: «Unless a suspect is honestly believed to be on the point of pulling the trigger of a firearm aimed at a hostage's head, or about to detonate a bomb, it asserts that intentional lethal use of force is not strictly unavoidable to protect life.»

Nach den *UN Basic Principles* sollen die Einsatzkräfte mit schutzbietenden Mitteln ausgerüstet werden; ein höherer Schutz der Sicherheitskräfte kann die Notwendigkeit des Einsatzes von Zwangsmitteln und insbesondere eines Waffeneinsatz reduzieren (Ziff. 2):

(...It) should also be possible for law enforcement officials to be equipped with self-defensive equipment such as shields, helmets, bullet-proof vests and bullet-proof means of transportation, in order to decrease the need to use weapons of any kind.

Im Rahmen der Planung muss sichergestellt werden, dass genügend Defensivmittel zur Verfügung stehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es je nach räumlicher Gliederung des Operationsraums einer unterschiedlichen Ausrüstung bedarf. Für Räume, welche sich nicht im unmittelbaren Gefahrenbereich⁷⁸⁴ befinden, können geringere Schutzvorkehrungen ausreichen. Vergleichsweise hoch müssen die Schutzvorkehrungen für die Einsatzkräfte dort sein, wo sie unmittelbar oder mit grosser Wahrscheinlichkeit mit der Gegenseite in Kontakt kommen können. Der Stand der Ausbildung am sowie die Vertrautheit im Umgang mit dem Schutzmaterial muss ebenfalls in die Planung einbezogen werden⁷⁸⁵.

e. Lageabhängige Einordnung

Der Mitteleinsatz muss allgemein erforderlich und verhältnismässig sein. Grundsätzlich kann jedes Zwangsmittel gefährlich sein; auch non-letale Zwangsmittel können im praktischen Einsatz unter Umständen zu tödlichen Verletzungen führen⁷⁸⁶.

So war es im Urteil *Abdullah Yaşa and others v. Turkey* relevant, dass ein Wurfgerät für Tränengas im Direktschuss (anstatt im Bogenschuss) eingesetzt worden war und *Abdullah Yaşa* von vorne an der Nase traf und verletzte⁷⁸⁷. Zwei

⁷⁸⁴ Etwa bei einer grossräumigen Absperrung des Einsatzgebiets.

⁷⁸⁵ Wissen die Einsatzkräfte nicht, wie mit dem Schutzmaterial umgegangen werden muss und welche Einschränkungen (wie die verringerte Beweglichkeit aufgrund des grossen Gewichts) damit verbunden sind, kann dies zu unnötigen Verzögerungen oder gar zur Gefährdung des Anti-Terror-Einsatzes führen.

⁷⁸⁶ PUNCH, Shoot to kill, S. 85.

⁷⁸⁷ *Abdullah Yaşa and others v. Turkey*, 44827/08 (2013), §§ 47 f.

weitere Personen, *T. Atakkaya* und *M. Mızrak*, wurden durch den Einsatz von Tränengasgranaten sogar getötet⁷⁸⁸.

Ob es sich beim Einsatz von Tränengas (sofern richtig durchgeführt) um eine offensive oder um eine defensive Aktion handelt, hängt von der konkreten Situation ab. Tränengas kann bei Ausschreitungen auch eingesetzt werden, um eine weitere Eskalation oder Bedrohung von Polizeikräften oder Dritten zu verhindern. Insbesondere ist Tränengas stets ein milderer Mittel als der Einsatz von Schusswaffen (auch in individuellen Notwehrsituationen; vgl. Ziff. V.5.2.1).

Auf jeden Fall muss eine Gefährdung Unbeteiligter ausgeschlossen werden⁷⁸⁹. Auch bei sorgfältigem Einsatz und ausreichenden Schutzvorkehrungen bleibt für Unbeteiligte immer ein Restrisiko für körperliche Verletzungen oder gar letalen Folgen bestehen.

3.3.4. Logistik

Polizeiliche Operationen sind mit logistischen Aufgaben verbunden. Unter Umständen können diese von den handelnden Behörden selber wahrgenommen werden.

Bei Anti-Terror-Operationen muss unter anderem sichergestellt werden, dass den Einsatzkräften ausreichend Einsatzmittel sowie Spezial- und Zusatzausrüstung zur Verfügung stehen. Hinzu kommen Getränke und Nahrung zur Deckung von Grundbedürfnissen.

Bei grösseren Operationen ist oft der Einbezug weiterer Behörden geboten.

Diese sind etwa vom Absperren von Räumen, über den Transport von Personen, bis hin zur Bereitstellung medizinischer Mittel oder von Rettungskräften besorgt.

Der Einsatz zusätzlicher logistischer Mittel bedarf der Koordination. Dabei spielt die Abstimmung behördlichen Handelns sowohl innerhalb der jeweiligen Organisationen als auch im Rahmen einer Gesamtoperation eine Rolle.

⁷⁸⁸ *Abdullah Yaşa and others v. Turkey*, 44827/08 (2013), § 6.

⁷⁸⁹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 590.

So beschränken sich zum Beispiel medizinische Massnahmen nicht auf ein blosses Retten. Vielmehr sind bei grösseren Operationen Räume auszuscheiden, Sammelplätze einzurichten, Triagestellen aufzubauen, der Zu- und Abtransport von Menschen und Gütern zu ermöglichen und Material bereitzustellen. Zudem muss unter Umständen eine gewisse Durchhaltefähigkeit gewährleistet werden.

Entsprechend sind die Anforderungen aus Art. 2 EMRK nicht nur von den eigentlichen Sicherheitskräften, sondern von allen beteiligten staatlichen Stellen einzuhalten.

Im Urteil *Finogenov and others v. Russia* bezieht sich der EGMR zwar auf planerische Versäumnisse – in Wirklichkeit sind aber auch Handlungen der Rettungskräfte (in einem engeren Sinne) gemeint. Unseres Erachtens sind (zumindest auch) sie die Adressaten grundrechtlicher Verpflichtungen:

«[...] The] original evacuation plan did not appear to contain any instructions as to how information on the victims and their condition was to be exchanged between members of various rescue services. Several doctors testified during the investigation that they had not known what kind of treatment the victims had already received – they had to take decisions on the basis of what they saw [...]. Whereas it is clear that many people received no treatment at all, it is not excluded that some of them received injections more than once, which might in itself have been dangerous. It does not appear that the victims who received injections were somehow marked to distinguish them from those who had not received injections.»⁷⁹⁰

Staatliche Schutzpflichten kommen besonders dann zum Tragen, wenn mit der Anwendung schweren physischen Zwangs – und damit möglichen körperlichen Verletzungen – zu rechnen ist. Im Ergebnis ist dann ein genügendes Aufgebot an Rettungskräften und medizinischem Personal sowie Medikamenten und medizinischen Geräten bereitzustellen (vgl. zu Spezialkräften Ziff. V.3.2.2). Dies ist ohne eine vorgängige Planung und Ressourcierung nicht möglich.

Nebst genügend personellen Mitteln bedarf es ausreichender materieller Ressourcen wie medizinischem Material, Decken, Versorgungszelten und Derglei-

⁷⁹⁰ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 248.

chen. Sodann müssen die für eine Patientenversorgung in Frage kommenden Einrichtungen rechtzeitig informiert und einbezogen werden, damit gebotene personelle und materielle Vorkehrungen getroffen werden können. Elementar ist schliesslich das Vorhandensein ausreichender Transportmittel und möglichst kurzer Anfahrtswege zu den Spitälern. Wenn möglich sind die Transportrouten verkehrsfrei zu halten.

3.4. SCHAFFUNG DER VORAUSSETZUNGEN FÜR KOORDINATION UND FÜHRUNG

Bei Anti-Terror-Operationen handelt es sich in der Regel um Grossereignisse. Die Einsatzkräfte müssen über eine klare Befehlsstruktur verfügen. Die Polizei kann ein Grossereignis unter Umständen nicht alleine bewältigen und benötigt die Unterstützung anderer staatlicher Akteure, insbesondere der Rettungskräfte. Die *Guidelines of the European Council* unterstreichen die oft erfolgsentscheidende Bedeutung der engen Zusammenarbeit zwischen staatlichen Behörden in besonderen Lagen:

«Measures taken to fight terrorism must be planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force and, within this framework, the use of arms by the security forces must be strictly proportionate to the aim of protecting persons against unlawful violence or to the necessity of carrying out a lawful arrest.»⁷⁹¹

Während einer Operation muss jederzeit klar sein, wer die Gesamtleitung ausübt. Darüber hinaus geht es unseres Erachtens auch darum, eine *adäquate* Koordination und Führung sicherzustellen. Besonders zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Rechtsgrundlagen, Aufgaben und Kompetenzen, welche je nach handelndem staatlichem Akteur divergieren können. Je nach Szenario müssen die Zusammenarbeit der Einsatzkräfte sowie Fragen der Führung und Koordination vorgängig (zumindest im Grundsatz) geklärt und eingeübt werden.

Die Versäumnisse in den Bereichen der übergeordneten Führung sowie der Planung und Koordination der Rettungsdienste wurden vom EGMR in den Urteilen *Finogenov and*

⁷⁹¹ *Council of Europe*, Guidelines on human rights and the fight against terrorism, Art. VI.2. Vgl. allgemein auch die Studie von FIDLER, *Police in Counterinsurgency*, S. 339 f.

others v. Russia und *Tagayeva v. Russia* – also für zwei spektakuläre Geiselbefreiungsaktionen – detailliert abgehandelt. Im Verfahren zu *Finogenov and others v. Russia* hat der Konventionsstaat den EGMR nur ungenügend dokumentiert. Der Gerichtshof zieht auf Basis der ihm überhaupt zur Verfügung stehenden Unterlagen Rückschlüsse auf die Planung und Koordination der Rettungsoperation im Anschluss an die Stürmung des Moskauer Theaters.

«The Government did not produce any documents containing a comprehensive description of the plan of the evacuation, either because such a plan never existed or because it had been destroyed. However, even if such a written plan never existed, some preparations were made [...]. In particular, (1) rescue workers were deployed around the theatre; (2) the admission capacity of several hospitals was increased; (3) two or three special medical teams were stationed nearby; (4) some additional equipment was installed in the city hospitals, (5) additional medics were mobilised and attached to those hospitals which were supposed to receive the hostages in the first instance; (6) ambulance stations were warned about the possible mass deployment of ambulances, (7) doctors in the field received instructions on sorting the victims on the basis of the gravity of their condition.

Those measures were apparently based on the assumption that in the event of an escalation of the situation most victims would be wounded by gunshot or by an explosion [...]. The Court must examine whether the original plan was in itself sufficiently cautious.

It appears that the original plan of the evacuation provided for the deployment of hundreds of doctors, rescue workers and other personnel to assist the hostages, whereas little was done to coordinate the work of those different services.

[... The] provisions in the original plan for on-the-field interaction between the various services participating in the rescue operation (the MCUMT, Centre for Disaster Medicine, doctors on ordinary ambulance teams, doctors from the city hospitals, the Rescue Service, special squad officers, ordinary policemen, etc.) appear to be insufficient. The Court accepts that each service might have had its own chain of command, means of communication, standard protocols, etc. However, the absence of any centralised coordination on the spot was noted by

many witnesses [...]. [...] The video of the evacuation creates the impression that everyone involved acted on his or her own initiative, at least at the outset. The contacts between field workers appear to be sporadic; no clear separation of tasks among members of various services and even within the same service can be seen. Only one or two individuals are doing something which can be described as «coordination» at the theatre entrance, but they appear to be military personnel. Further, there is no information about how instructions were passed in real-time mode from the crisis cell to the field coordinators, and from coordinators to field workers, or how situation reports were collected and transmitted back to the crisis cell.»⁷⁹²

Weitere Indizien liessen ebenfalls auf eine aufgrund ungenügender Koordination mangelhafte Rettungsaktion schliessen⁷⁹³. Insbesondere der ungenügende Informationsfluss zwischen den verschiedenen Akteuren, der verspätete Beginn der Evakuierung, die nur beschränkte Koordination verschiedener Einsatzkräfte vor Ort, die ungenügende medizinische Versorgung und der Mangel an Hilfsmitteln am Einsatzort sowie eine allgemein ungenügende Logistik führten zu einer Verletzung der Schutzpflicht aus Art. 2 EMRK⁷⁹⁴.

Für das Urteil *Tagayeva v. Russia* war die Ausgangslage recht ähnlich. Der EGMR spitzte seine Prüfung leicht zu und untersuchte auch die formale Führung der gesamten Operation (Gesamteinsatzleitung) – von den Entscheidungsprozessen bis hin zum Abschluss der Operation als Ganzer (Untersuchungspflicht).

«[The] absence of formal leadership of the operation resulted in serious flaws in the decision-making process and coordination with other relevant agencies. To give a few examples of this lack of coordination, the North Ossetian Emercom [Ministry of Emergency Situations] – the agency responsible for evacuations and the fire services – were not informed of the true number of hostages, were not instructed to keep fire engines on standby near the school despite a clear risk of fire arising out of explosions, and did not equip the firemen with protective gear to access the zone of the operation [...]. The health services were not informed by

⁷⁹² *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 244 – 247.

⁷⁹³ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 248 ff.

⁷⁹⁴ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 266.

the OH [operative headquarters] of the number of hostages, which was three times higher than the officially announced figure. [...]. No plan for a rescue operation, however general, was prepared and communicated to the responsible services until two and a half days after the unfolding of the crisis [...]. No sufficient provisions were made for forensic work, body storage and autopsy equipment, which later contributed to difficulties with identifications and prevented the circumstances of the victims' deaths from being fully established. [...]»⁷⁹⁵

In Ermangelung einer klaren Führung und in ungenügenden Absprachen zwischen den verschiedenen Einsatzorganisationen erkennt der EGMR eine Verletzung des Grundrechts auf Leben der Opfer. Entscheidend war dafür nicht das Versagen während der eigentlichen Operation – sondern die Nachlässigkeit bereits zuvor:

«[The] Russian authorities failed to take such feasible precautions, in particular because of the inability of the commanding structure of the operation to maintain clear lines of command and accountability, coordinate and communicate the important details relevant to the rescue operation to the key structures involved and plan in advance for the necessary equipment and logistics. This constitutes a breach of Article 2 of the Convention.»⁷⁹⁶

Aus der positiven Verpflichtung aus dem Recht auf Leben folgt, polizeiliche Operationen sorgfältig zu planen und günstige Voraussetzungen für die Koordination im Einsatzfall zu schaffen. Die Finalität besteht darin, Lebensgefährdungen nach Möglichkeit zu minimieren oder auszuschliessen. Dazu sind nebst klaren Führungsstrukturen auch Vorkehrungen zur Rettung von Menschen notwendig.

4. AUSWAHL UND AUSBILDUNG

Die Anforderungen an polizeiliche Einsatzkräfte im Alltag steigen kontinuierlich. Auf der persönlichen Ebene wird von den Angehörigen von Sicherheits- und besonders von Polizeikräften nicht nur ein rechtliches, sondern auch medizinisches und psychologisches Basiswissen sowie ein Grundwissen in sozialen Bereichen verlangt. Zudem

⁷⁹⁵ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 569.

⁷⁹⁶ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 574.

werden Menschenkenntnis, Sozialkompetenz und mentale Stärke vorausgesetzt. Angehörige von Sicherheitskräften sind entsprechend sorgfältig auszuwählen, auszubilden und weiterzubilden.

4.1. AUSWAHL

Die *UN Basic Principles* enthalten eine prägnante Empfehlung (Ziff. 18), deren Umsetzung in der Praxis wohl nicht ganz trivial ist⁷⁹⁷:

Governments and law enforcement agencies shall ensure that all law enforcement officials are selected by proper screening procedures, have appropriate moral, psychological and physical qualities for the effective exercise of their functions and receive continuous and thorough professional training. Their continued fitness to perform these functions should be subject to periodic review.

Der EGMR betont die persönliche Eignung von Angehörigen staatlicher Sicherheitskräfte im Lichte von Art. 2 EMRK. Die Konventionsstaaten trifft insbesondere die Pflicht der sorgfältigen Auswahl und der Prüfung der persönlichen Eignung gemessen an den Aufgaben oder Funktionen einer Person.

Der EGMR hat im Urteil *Abdullah Yilmaz v. Turkey*, die Eignung eines militärischen Vorgesetzten beurteilt. Der seine Wehrpflicht erfüllende Soldat *Maşallah Yılmaz* war wiederholt von seinem Vorgesetzten, dem Berufsunteroffizier Murat Avcil misshandelt worden. Sergeant Avcil war bereits dreimal wegen Disziplinosigkeit in Arrest gewesen⁷⁹⁸. Soldat Yılmaz erschoss sich nach einer Misshandlung vor den Augen von Avcil, welcher die Tat nicht zu verhindern versuchte⁷⁹⁹. Der Gerichtshof erkannte eine Verletzung von Art. 2 EMRK nicht zuletzt darin, dass mit Avcil eine persönlich ungeeignete Person Führungsverantwortung erhalten hatte: [...La] règlementation régissant les

⁷⁹⁷ Vgl. als Beispiel zu den persönlichen Anforderungen an bestimmte Funktionen aus dem Bereich des Betriebs von Nuklearanlagen, *mutatis mutandis*, die Empfehlungen des International Nuclear Safety Advisory Group (INSAG) der International Atomic Energy Agency (IAEA): Insbesondere Safety Culture (INSAG-4) und Strengthening Safety Culture (INSAG-15).

⁷⁹⁸ *Abdullah Yilmaz v. Turkey*, 21899/02 (2008), §§ 8 und 66

⁷⁹⁹ *Abdullah Yilmaz v. Turkey*, 21899/02 (2008), §§ 6 ff. und 66.

sergents spécialistes [...], telle qu'elle a été appliquée en l'espèce, s'est avérée défailante concernant l'encadrement et l'aptitude professionnels du sergent Avcil ainsi que ses devoirs et responsabilités face à des situations délicates telles que celle en cause. Aussi, les autorités compétentes ne sauraient passer pour avoir fait tout ce qui était en leur pouvoir pour protéger la victime contre les agissements abusifs de ceux dont il relevait.»⁸⁰⁰

Im Urteil *Aydan v. Turkey* ging es um die Schussabgabe eines Gendarmen mit einer automatischen Waffe in eine Menschenmenge; der Gendarm war von einer starken Stresssituation überfordert⁸⁰¹. «[...] La] Cour rappelle que, selon le principe no 18 des Principes de base des Nations Unies de 1990, les responsables de l'application des lois doivent présenter les qualités morales et les aptitudes psychologiques et physiques requises pour le bon exercice de leurs fonctions [...]. Il en va de même, a fortiori, pour les forces de l'ordre qui exercent leurs fonctions dans une région où régnait à l'époque des faits une tension extrême et où on pouvait s'attendre à de tels troubles.»⁸⁰²

Richtigerweise unterscheidet der Gerichtshof zwischen dem Verhalten der Angehörigen von Sicherheitskräften im Dienst und ihrem privaten Verhalten ausser Dienst. Beides kann sich miteinander vermischen – insbesondere beim Tragen von Waffen ausser Dienst⁸⁰³.

Im Urteil *Gorovenky and Bugara v. Ukraine* beurteilte der EGMR den Fall eines Polizisten, der mit seiner Dienstwaffe zwei Menschen getötet hatte. «The incident [...] occurred during a private trip which did not concern a planned police operation or a spontaneous chase [...] Therefore, D's private acts of serious criminal character cannot, in principle, engage the State's responsibility under the substantive limb of Article 2 of the Convention only because he happened to be its agent»⁸⁰⁴. Gleichwohl bezog der Gerichtshof das behördliche Verhalten in Bezug auf das Tragen der Dienstwaffe mit ein: «[...]It] was acknowledged by

⁸⁰⁰ *Abdullah Yilmaz v. Turkey*, 21899/02 (2008), § 70.

⁸⁰¹ *Aydan v. Turkey*, 16281/10 (2013), § 97.

⁸⁰² *Aydan v. Turkey*, 16281/10 (2013), § 99.

⁸⁰³ Vgl. auch REID, Practitioner's Guide, 85-014.

⁸⁰⁴ *Gorovenky and Bugara v. Ukraine*, 36146/05 und 42418/05 (2012), § 31.

the national authorities on several occasions that D.'s superiors had failed to appropriately assess his personality and, despite previous troubling incidents involving D., had allowed him to carry a weapon, which had led to the incident in question [...]. Moreover, the national law expressly forbids issuing guns to police officers who do not have appropriate equipment for their safe storage, and it was acknowledged by the internal investigation that it had never been checked where D. had stored his gun at home. [... The] States are expected to set high professional standards within their law-enforcement systems and ensure that the persons serving in these systems meet the requisite criteria [...]. In particular, when equipping police forces with firearms, not only must the necessary technical training be given but the selection of agents allowed to carry such firearms must also be subject to particular scrutiny. [...The] police officer, who deliberately shot two persons with his police gun, was issued with the gun in breach of the existing domestic regulations, since it was not checked where he would be keeping it when off duty, and his personality was not correctly assessed in the light of his previous history of disciplinary offences.»⁸⁰⁵

Damit erkennt der Gerichtshof eine Verantwortlichkeit der Konventionsstaaten, wenn Angehörige von Sicherheitskräften ausser Dienst von ihren erweiterten (dienstlichen) Möglichkeiten (eben etwa des Waffentragens) Gebrauch machen können – zumindest dann, wenn Hinweise auf «persönliche Risiken» bestehen. Unseres Erachtens geht es damit letztlich um eine Aufsichts- und Handlungspflicht staatlicher Behörden über ihre Angehörigen.

In der Praxis ist die Umsetzung dieser Pflicht wohl herausfordernd. Um ein Waffentragen ausser Dienst zu verhindern, kann der Arbeitgeber beispielsweise präventive Massnahmen wie verschliessbare Waffenschränke am Arbeitsplatz zur Verfügung stellen oder interne Weisungen erlassen; darin kann festgelegt werden, ob und wie Waffen ausserhalb der dienstlichen Tätigkeit mitgeführt werden dürfen. Es können Unterschiede je nach Funktion und Aufgabenbereich der Angehörigen von Sicherheitskräften berücksichtigt werden.

⁸⁰⁵ *Gorovenky and Bugara v. Ukraine*, 36146/05 und 42418/05 (2012), §§ 35 ff.

Bei Angehörigen der Polizeikräfte kann nicht bereits jeder Vorwurf eines Fehlverhaltens generell zu einer Abnahme der persönlichen Waffe (und Versetzung in den Innendienst) führen. Selbst wenn Anschuldigungen zu möglichen Delikten mit Bezug zum Rechtsgut Leben bestehen, erscheint ein Automatismus nicht erforderlich. Die jeweiligen Behörden stehen aber in der Verantwortung, alle Vorwürfe sorgfältig zu prüfen und mit Blick auf ein künftiges Verhalten Vorkehrungen zu treffen. Liegt hingegen ein offensichtliches Fehlverhalten vor (etwa ein Gewaltexzess) oder liegen deutliche Hinweise auf ein mentales Problem vor (insbesondere Drogenmissbrauch oder Einnahme von Psychopharmaka), ist sofortiges Handeln unumgänglich.

Diffiziler erscheinen Fälle, in welchen Angehörige von Sicherheitskräften wegen Delikten gegen das Rechtsgut Leben rechtskräftig verurteilt worden sind. Je nach Anstellungsvorgaben sind sie dann möglicherweise nicht mehr diensttauglich (vgl. zur Verantwortung des Staates gegenüber Angehörigen von Sicherheitskräften bei Verlust ihrer Diensttauglichkeit Ziff. V.5.1.3). Die Entscheidung betreffend die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ist von der verantwortlichen Anstellungsbehörde zu fällen. Dabei sind unter anderem die Schwere des begangenen Delikts, das Strafmass sowie mögliche Vorstrafen zu beachten.

Zudem muss nach einer Verurteilung (je nach den Umständen bereits bei einer Untersuchung) die psychische Verfassung der betroffenen Person beurteilt werden. Dabei geht es um eine Prüfung der effektiven Tauglichkeit für den operationellen Dienst. Sprich, ob die Person im Allgemeinen fähig ist, dienstliche Aufgaben pflichtgemäss zu erfüllen. Die physische Handlungsfähigkeit kann durch eine Vorbelastung (etwa wegen einer Verurteilung oder eines traumatischen Erlebnisses) im Sinne einer Hemmung (*chilling effect*) eingeschränkt sein⁸⁰⁶. Oder die betroffene Person ist (operationell) gar nicht mehr fähig zu handeln und blockiert (*black out*). Es obliegt den Behörden, die Anstellungskriterien sowie die Einsatzfähigkeit der Mitarbeiter sowohl hin-

⁸⁰⁶ Beispielsweise kann es sein, dass eine strafrechtlich vorbelastete Person in gewissen Situationen nicht mehr entsprechend durchgreift – obwohl es rechts- und verhältnismässig wäre – und so sich selber sowie weitere Anwesende gefährdet.

sichtlich einer Fremd- als auch einer Eigengefährdung zu prüfen respektive zu gewährleisten⁸⁰⁷.

4.2. AUS- UND WEITERBILDUNG

Neben der persönlichen und charakterlichen Eignung der Angehörigen von Sicherheitskräften ist selbstverständlich auch ihre fachliche Eignung relevant. Die *UN Basic Principles* empfehlen eine spezifische, unseres Erachtens weit gefasste Ausbildung (Ziff. 20):

In the training of law enforcement officials, Governments and law enforcement agencies shall give special attention to issues of police ethics and human rights, especially in the investigative process, to alternatives to the use of force and firearms, including the peaceful settlement of conflicts, the understanding of crowd behaviour, and the methods of persuasion, negotiation and mediation, as well as to technical means, with a view to limiting the use of force and firearms.

Von den persönlichen Fähigkeiten der Sicherheitskräfte hängt es wesentlich ab, ob sie zu verhältnismässigem Handeln sowie zum Einsatz besonderer Mittel und Taktiken befähigt sind. Je nach Komplexität möglicher Einsatzformen sollten Ausbildung und Training bezogen auf spezifische Situationen und Szenarien erfolgen⁸⁰⁸. Insbesondere im Zusammenhang mit dem Einsatz von Zwangsmitteln sind auch rechtliche und medizinische Aspekte relevant.

Der Einsatz von Zwangsmitteln darf nur angemessen und nur so lang wie nötig erfolgen; zudem müssen Einsatzkräfte auf die gängigsten psychischen Krankheitsbilder adäquat reagieren können. Der Gesundheitszustand der betroffenen Person muss fortwährend kontrolliert werden.

Für besondere Situationen werden Sicherheitskräfte mit einem *Tourniquet* ausgerüstet. Es enthält Material zur ersten Hilfe (etwa einfach anzubringende Druckverbände zur Blutstillung). Die Verwendung solchen Materials muss

⁸⁰⁷ Möglicherweise bestehen seitens Arbeitgeber Standardvorgehensweisen zur Überprüfung der Handlungsfähigkeit. Diese können beispielsweise ein Fahrtstest, Schiesstest sowie Abhandlung eines fiktiven Szenarios beinhalten.

⁸⁰⁸ WILLIAMS, *Training the RoE for the Counterinsurgency Fight*, S. 45; MARTINS, *RoE for Land Forces*, S. 7.

adäquat ausgebildet werden (erweiterte Ausbildung in Erster Hilfe). Das Ziel besteht in der Aneignung von Automatismen, welche es erlauben, Massnahmen ohne Zeitverlust richtig anzuwenden.

Die Bedeutung einer angemessenen Ausbildung der Sicherheitskräfte hat die *Grand Chamber* bereits im Urteil *McCann and others v. The United Kingdom* hervorgehoben. Dabei hat sie richtigerweise auch auf den engen Zusammenhang zwischen der korrekten Anwendung potenziell tödlicher Zwangsmittel mit der Ausbildung hingewiesen.

The «[...] national law must strictly control and limit the circumstances in which a person may be deprived of his life by agents of the State. The State must also give appropriate training, instructions and briefing to its soldiers and other agents who may use force and exercise strict control over any operations which may involve the use of lethal force.»⁸⁰⁹

Bereits in ihrem Urteil *Nachova v. Bulgaria*, hat die *Grand Chamber* die Bedeutung der Ausbildung der Sicherheitskräfte für den verhältnismässigen Einsatz von Schusswaffen betont.

«In particular, law enforcement agents must be trained to assess whether or not there is an absolute necessity to use firearms, not only on the basis of the letter of the relevant regulations, but also with due regard to the pre-eminence of respect for human life as a fundamental value.»⁸¹⁰

Weder im Urteil *McCann v. The United Kingdom* noch im Urteil *Nachova v. Bulgaria* bildete die Ausbildung der Sicherheitskräfte den Grund zur Verletzung von Art. 2 EMRK – selbst wenn die *Grand Chamber* im zweiten Urteil auf die «grossly excessive force» hinweist⁸¹¹). Deutlicher ist der EGMR im Urteil *Kavakhoğlu and others v. Turkey*; – er stellt darauf ab, dass die Türkei nicht herleiten konnte, dass die bei einem Gefängnisaufrast eingesetzten Soldaten (Wehrpflichtige) genügend für solche Operationen ausgebildet

⁸⁰⁹ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 151.

⁸¹⁰ *Nachova v. Bulgaria* (GC), 43577/98 (2005), § 97; ebenso in *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 250 und in *Kavakhoğlu and others v. Turkey*, 15397/02 (2016), § 163.

⁸¹¹ *Nachova v. Bulgaria* (GC), 43577/98 (2005), § 109.

worden waren. Doch auch darin sah er noch keine Verletzung von Art. 2 EMRK (sehr wohl aber in der Planung und Durchführung der Operation).

Bei der Niederschlagung des Gefängnisaufstands waren sowohl Gendarmen (Profis) als auch Wehrpflichtige zum Einsatz gekommen. Acht Gefangene kamen dabei zu Tode, 65 Gefangene und ein Wehrpflichtiger wurden verletzt⁸¹².

«[...] The] gendarmerie officers and junior officers, as well as the police auxiliary teams which participated in the operation had been professionally prepared for coping with this type of incident, if only as regards operational tactics and the use of arms; on the other hand [...], it cannot be quite so affirmative in connection with the conscripts – a total of some 250 young people on compulsory military service [...]. Since the case file does not refer to the training provided for such conscripts [...], the Court has no basis for considering that they were fit to participate in such an operation, on the understanding that the afternoon of training in body search procedures [...] which they had supposedly followed is immaterial in this regard.»⁸¹³

«The gendarmes' reaction to the attack against junior officer M.E. [...] would suggest that in fact they were quite simply not prepared to pursue such a non-lethal strategy or to wait for it to show results.»⁸¹⁴

«The [...] State's responsibility may also be engaged where its agents fail to take all feasible precautions in the choice of means and methods of an operation such as that conducted in the present case against an opposing group with a view to avoiding and, in any event, minimising, loss of life, whether incidental or not»⁸¹⁵.

Mit dem Urteil *Abdullah Yaşa and others v. Turkey* hat der EGMR klargestellt, dass auch in einer ungenügenden Ausbildung alleine eine Verletzung von Konventionsgarantien zum Schutze der physischen Integrität von Menschen liegen kann. Die in Auslegung

⁸¹² *Kavaklıoğlu and others v. Turkey*, 15397/02 (2016), §§ 3 und 7 ff.

⁸¹³ *Kavaklıoğlu and others v. Turkey*, 15397/02 (2016), § 190.

⁸¹⁴ *Kavaklıoğlu and others v. Turkey*, 15397/02 (2016), § 200.

⁸¹⁵ *Kavaklıoğlu and others v. Turkey*, 15397/02 (2016), § 211.

von Art. 3 EMRK gemachten Erwägungen des Gerichtshofs gelten unseres Erachtens ebenso für die Gewährleistung des Rechts auf Leben.

Während einer Demonstration kamen elf Demonstranten zu Tode; *T. Atakkaya* und *M. Mızrak* durch den Einsatz von Tränengasgranaten (vgl. Ziff. IV.3.3.3.e)⁸¹⁶. «[...] Turkish law lacked any specific provisions on the use of tear-gas grenades during demonstrations, and did not lay down instructions for their utilisation. Given that during the events [...] two persons were killed by tear-gas grenades and that the applicant was injured on the same occasion, it may be deduced that the police officers were able to act very independently and take ill-considered initiatives, which would probably not have been the case if they had been given appropriate training and instructions. [...] Such] a situation is incompatible with the level of protection of the physical integrity of individuals [...]. [...] It] has clearly not been established that the use of force [...] was an appropriate response to the situation, [...] or was proportionate to the aim pursued, namely to disperse a non-peaceful gathering. In fact, the severity of the injuries noted to the applicant's head could not have been commensurate with the strict use by the police officers of the force necessitated by his behaviour [...]. There has accordingly been a violation of Article 3 of the Convention.»⁸¹⁷

Im Urteil *Frick v. Switzerland* hat der EMGR ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Konventionsstaaten nicht nur organisatorische Verpflichtungen treffen, sondern auch eine Pflicht zur Ausbildung.

«La Cour [...] rappelle le principe selon lequel il appartient aux États contractants d'organiser leurs services et de former leurs agents de manière à leur permettre de répondre aux exigences de la Convention [...]. [...] Ce] qui est valable dans ces domaines-là l'est d'autant plus concernant un droit aussi fondamental que le droit à la vie au sens de l'article 2 de la Convention, pour lequel il convient de faire preuve d'un degré de diligence et de prudence particulièrement élevé.»⁸¹⁸

⁸¹⁶ *Abdullah Yaşa and others v. Turkey*, 44827/08 (2013), § 6.

⁸¹⁷ *Abdullah Yaşa and others v. Turkey*, 44827/08 (2013), §§ 49 ff.

⁸¹⁸ *Frick v. Switzerland*, 23405/16 (2020), § 97.

Unseres Erachtens ist der *Begriff der Ausbildung* im Zusammenhang mit Zwangsmitteln in einem weiten Sinne zu verstehen. Neben einer Grundausbildung ihrer Sicherheitskräfte sind die Konventionsstaaten auch verpflichtet, ihnen eine angemessene Weiterbildung und ein adäquates Training zukommen zu lassen⁸¹⁹.

4.3. SPEZIFISCHE VORBEREITUNGEN UND EINSATZ POTENZIELL TÖDLICHER ZWANGSMITTEL

Die polizeiliche Ausbildung und das Training von Sicherheitskräften müssen neben der Vorbereitung von Standard-Massnahmen und Standard-Taktiken für die Normalfälle des Alltags auch besondere Lagen vorsehen. Da sich nicht jede Operation mit ihren spezifischen Anforderungen vorhersehen lässt, ist dafür ein Grundlagentraining notwendig.

4.3.1. Vorbereitung auf besondere Lagen

Auch für besondere Lagen sollte sich die Ausbildung auf die gesamten Operationen oder Einsätze beziehen (vgl. in den *UN Basic Principles* Ziff. 18-20). Eine mangelhafte oder beschränkte Ausbildung kann in allen Phasen zu Fehlverhalten mit potenziell schwerwiegenden Folgen führen.

Die *Grand Chamber* hat in *Giuliani and Gaggio v. Italy* hervorgehoben, «[...] that all the personnel either belonged to specialised units or had received ad hoc training in maintaining order during mass gatherings. [...] In view of the very large numbers of officers deployed on the ground, they could not all be required to have lengthy experience and/or to have been trained over several months or years. To hold otherwise would be to impose a disproportionate and unrealistic obligation on the State».⁸²⁰

Es kann aber nicht verlangt werden, dass alle eingesetzten Sicherheitskräfte für jedes besondere Ereignis⁸²¹ eine spezifische Ausbildung erhalten. Dies wäre praktisch kaum umsetzbar und würde unseres Erachtens den Staaten einen unverhältnismässig grossen Aufwand abverlangen.

⁸¹⁹ Aus praktischer Sicht WILLIAMS, *Training the RoE for the Counterinsurgency Fight*, S. 47 f.

⁸²⁰ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 255.

⁸²¹ Dies hängt vom Ausmass des Ereignisses ab.

Bei der Planung und konkreten Vorbereitung von Operationen ist zu berücksichtigen, dass Personen mit Spezialtraining auch die entsprechenden Aufgaben übernehmen oder zumindest eine leitende und instruierende Funktion innehaben. Damit können ein gewisses Mass an Fachwissen und Kontrolle garantiert und mögliche Fehlverhalten verringert werden.

Die im Urteil *Frick v. Switzerland* (vgl. Ziff. IV.4.2)⁸²² erfolgte – ob vom Gerichtshof bewusst oder unbewusst gewählte – gleichzeitige Nennung der organisatorischen Verpflichtung und der Pflicht zur Ausbildung unterstreicht unseres Erachtens die beiden relevanten Ebenen: Die Organisationspflicht greift auf einer abstrakten Ebene und weist in der Umsetzung eine gewisse Komplexität auf – die Ausbildungspflicht verlangt individuelle Fähigkeiten der Angehörigen von Sicherheitskräften. Das Ineinandergreifen der beiden Ebenen gewährleistet ein *adäquates* Handeln bei polizeilichen Operationen.

Unseres Erachtens folgt daraus auch eine Verpflichtung zur Ausbildung und Überprüfung der *Führung* von Sicherheitskräften. Mit anderen Worten genügt es nicht, Strukturen – etwa für besondere Lagen – nur vorzusehen. Auch komplexere Abläufe, namentlich die Führung und Koordination von Operationen in besonderen Lagen, müssen trainiert werden.

4.3.2. Ausbildung besonderer Einsatzmittel

Für den Einsatz von Zwangsmitteln müssen die Einsatzkräfte über ein gutes Trainingsniveau und eine Vertrautheit mit der Handhabung des jeweiligen Einsatzmittels verfügen. Letztlich geht es darum, sich Automatismen anzueignen.

Der Begriff des Automatismus ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Neben Manipulationen an Waffen und Geräten umfassen Automatismen auch die Vertrautheit mit den

⁸²² *Frick v. Switzerland*, 23405/16 (2020), § 97: «La Cour [...] rappelle le principe selon lequel il appartient aux États contractants d'organiser leurs services et de former leurs agents de manière à leur permettre de répondre aux exigences de la Convention [...]. Selon la Cour, ce qui est valable dans ces domaines-là l'est d'autant plus concernant un droit aussi fondamental que le droit à la vie au sens de l'article 2 de la Convention, pour lequel il convient de faire preuve d'un degré de diligence et de prudence particulièrement élevé.»

einschlägigen (rechtlichen) Einsatzgrundlagen im Rahmen eines verhältnismässigen Handelns⁸²³.

Zusätzlich zu einer gesetzlichen Regelung (Ziff. IV.1.4.2) bedarf es somit auch mit einer spezifischen Ausbildung sowie einem effektiven und regelmässigen Training. Damit können und müssen Einsatzkräfte auf den Einsatz von Zwangsmitteln und insbesondere von Schusswaffen vorbereitet werden⁸²⁴.

4.3.3. Ausbildung von Spezialisten

Im Urteil *McCann and others v. The United Kingdom* hebt die *Grand Chamber* hervor, dass in den gegebenen Umständen der Beizug einer speziell ausgebildeten Einheit pflichtgemäss erfolgt ist.

«The [...] SAS is a special unit which has received specialist training in combating terrorism. It was only natural, therefore, that in light of the advance warning that the authorities received of an impending terrorist attack they would resort to the skill and experience of the SAS in order to deal with the threat in the safest and most informed manner possible.»⁸²⁵

Solche Spezialisten sind zudem richtig zu instruieren und zu führen. Die SAS ist als *Anti-Terror-Einheit* ausgebildet und etabliert. Ihre besonderen Fähigkeiten, etwa für Geiselnbefreiungsaktionen, zur Stürmung von Objekten oder zur Festnahme von Personen im Rahmen koordinierter Aktionen muss im Rahmen der Auftragstaktik richtig gesteuert werden.

«However, the failure to make provision for a margin of error must also be considered in combination with the training of the soldiers to continue shooting once they opened fire until the suspect was dead. As noted by the Coroner in his summing-up to the jury at the inquest, all four soldiers shot to kill the suspects [...]. Soldier E testified that it had been discussed with the soldiers

⁸²³ Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990, §§ 18-20.

⁸²⁴ GERARDS, Right to Life, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice, S. 367 f.

⁸²⁵ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 183.

that there was an increased chance that they would have to shoot to kill since there would be less time where there was a <button> device [...]. Against this background, the authorities were bound by their obligation to respect the right to life of the suspects to exercise the greatest of care in evaluating the information at their disposal before transmitting it to soldiers whose use of firearms automatically involved shooting to kill.

Although detailed investigation at the inquest into the training received by the soldiers was prevented by the public interest certificates which had been issued [...], it is not clear whether they had been trained or instructed to assess whether the use of firearms to wound their targets may have been warranted by the specific circumstances that confronted them at the moment of arrest.

Their reflex action in this vital respect lacks the degree of caution in the use of firearms to be expected from law enforcement personnel in a democratic society, even when dealing with dangerous terrorist suspects, and stands in marked contrast to the standard of care reflected in the instructions in the use of firearms by the police which had been drawn to their attention and which emphasised the legal responsibilities of the individual officer in the light of conditions prevailing at the moment of engagement [...].

This failure by the authorities also suggests a lack of appropriate care in the control and organisation of the arrest operation.»⁸²⁶

Gleiches gilt unseres Erachtens für individuelle Spezialisten. Dazu gehören insbesondere Scharfschützen. Ihrer Ausbildung und ihren speziellen Fähigkeiten ist im Rahmen der Befehlsgebung und Führung Rechnung zu tragen.

Insbesondere dürfen ihnen keine *allgemeinen* Schiessbefehle erteilt werden. Werden sie richtig eingesetzt, sind Scharfschützen selber entweder getarnt oder durch Deckungen geschützt. Zudem operieren sie aus einer gewissen Distanz. Damit ist ihr Eigenrisiko geringer als etwa jenes von Polizeigrenadieren, welche Objekte stürmen. Zudem operieren sie aus einer gewissen Distanz. Damit ist ihr Eigenrisiko geringer als etwa jenes von Polizeigrenadieren, welche Objekte

⁸²⁶ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), §§ 211 f.

stürmen und sich damit direkt in Gefahrenzonen begeben müssen. Zudem haben Scharfschützen in der Regel mehr Zeit zur Schussabgabe. Nach üblicher Einsatzdoktrin operieren sie im Binom. Sie können besondere Situationen vermutlich oft besser einschätzen als andere Einsatzkräfte.

4.4. AUSBILDUNG FÜR DEN EINSATZ

In der Aus- und Weiterbildung wird mehr als nur der Grundstein für Operationen und Einsätze der Sicherheitskräfte gelegt: Einzelne Angehörige der Sicherheitskräfte sowie ganze Organisationen werden konditioniert. Eine Ausbildung ohne Berücksichtigung der Rechtsgrundlagen ist unsinnig, wenn nicht sogar gefährlich. In der Ausbildung muss insbesondere die Verbindung zwischen Theorie, Einsatzdoktrin und Praxis gelingen.

Für Sicherheitskräfte, welche zur Ausübung von Zwangsmassnahmen und zum Einsatz von Zwangsmitteln befugt sind, stellt die Grundausbildung nur eine notwendige Grundlage zur Erlangung ihrer Einsatzfähigkeit dar. Was nicht ständig aufgefrischt und weiterentwickelt wird, geht vergessen oder wird nicht mehr beherrscht. Der Erhalt der Einsatzfähigkeit erfordert Festigungsschritte auf allen Stufen. Dazu gehört auch der Austausch von Erfahrungen innerhalb der jeweiligen Organisationen und darüber hinaus. Ein hoher Ausbildungsstand und Organisationsgrad hat aber seinen Preis: Es müssen Ausbildungsprogramme, Instruktionspersonal und eine taugliche Infrastruktur vorhanden sein – und es muss ausreichend Zeit in die Aus- und Weiterbildung sowie den Erhalt des Ausbildungsniveaus investiert werden.

5. FAZIT: MASSGEBLICHE VORVERLAGERUNG STAATLICHER VERPFLICHTUNGEN

Die aus dem Recht auf Leben fließenden Pflichten der Konventionsstaaten materialisieren sich bereits im *Vorfeld* einer Ausübung von Zwangsmitteln. Letztlich konkretisieren sich die drei Verpflichtungen aus Art. 2 EMRK sowohl jede für sich als auch ineinandergreifend spezifisch im *präventiven* und im *prä-operationellen Bereich*.

Im Urteil *Finogenov and others v. Russia* ist der EGMR noch zurückhaltend in der juristischen Beurteilung von Pflichten im prä-operativen Bereich. Der Gerichtshof äussert sich zwar zur Planung der Rettungsoperation, scheint aber

erst bei einer Gesamtbeurteilung der Rettungsoperation auf eine Verletzung des Rechts auf Leben zu schliessen.

Wenig später im Urteil *Tagayeva and others v. Russia* argumentiert der Gerichtshof entschiedener, indem er das Recht auf Leben bei terroristischen Gefährdungen (und bestehender staatlicher Schutzpflicht) bereits in der mangelhaften prä-operationellen Aufgabenerfüllung als verletzt erkennt. Den Staat trifft zwar keine Erfolgspflicht – aber immerhin die Pflicht zur adäquaten Gefahrenabwehr.

Zwar kann der EGMR die Verletzung grundrechtlicher Gehalte oder die Tauglichkeit bestimmter staatlicher Massnahmen nicht im Voraus prüfen. Die im Rahmen konkreter Einzelfälle in fallrechtlichen *ex ante* Beurteilungen entwickelten Anforderungen können aber zuweilen nur durch eine *vorausschauende* Gesetzgebung, Planung und Ausführung von Massnahmen oder Operationen erfüllt werden. Nachlässigkeit führt zu latenten potenziellen Konventionsverletzungen – im Falle einer Materialisierung in konkreten Situationen besteht unter Umständen keine Möglichkeit mehr, das Rechtsgut Leben adäquat zu schützen.

Zur inhaltlichen Ausgestaltung polizeirechtlicher Normen in der innerstaatlichen Rechtsordnung geben die internationalen Standards und Empfehlungen grundsätzliche Hinweise. Der EGMR tendiert dazu, die *U.N. Basic Principles* als Vergleichsmassstab zur Umsetzung materieller Regelungen in den Konventionsstaaten heranzuziehen (vgl. bereits Ziff. III.5). Letztlich geht es darum, die notwendigen rechtlichen Grundlagen zur konkreten Gefahrenabwehr bereitzustellen. Diese Rechtsgrundlagen müssen tauglich sein, selbst schwerste Grundrechtseingriffe entweder konventionskonform zu regeln – oder aber als klare Schranke für das Handeln der Sicherheitskräfte dienen. Im konkreten Anwendungsfall geht es sowohl aus Sicht der Behörden als auch aus grundrechtlicher Sicht um die Anwendung von Zwangsmitteln zur Gefahrenabwehr (*policing*). Anti-Terror-Operationen bewegen sich zwar am obersten Ende des Eskalationsrahmens, können (und sollen) sich aber nicht auf ein «Sonderpolizeirecht» abstützen (zur Notstandsfestigkeit des Rechts auf Leben vgl. bereits Ziff. III.3.4.3).

Der EGMR stützt sich mit dem verlangten *legal and administrative framework* auf ein Begriffspaar ab, welches einen weiten Regelungsrahmen eröffnet. Das *administrative*

framework schliesst unseres Erachtens die internen koordinierten und steuernden Instrumente mit Bezug auf staatliches respektive behördliches Handeln (bis hin zur eigentlichen Staatleitungstätigkeit) mit ein – es kann seinerseits auf besonderen gesetzlichen Grundlagen beruhen. So muss ein Staat in der Lage sein, spezifische Bedrohungen und Risiken erkennen und beurteilen zu können. Gestützt darauf kann er behördliche Massnahmen auf bestimmte Ziele ausrichten. Eine *methodische Risikoanalyse* ist quasi das staatliche Gegenstück zur terroristischen Zielevaluation. Präventive staatliche Massnahmen sind quasi spiegelbildlich zu terroristischen Anschlagsvorbereitungen. All dies dient dazu, Aktivitäten von Gegenseiten zu erkennen und optimalerweise in einer frühen Phase zu unterbinden oder aber zumindest günstige Voraussetzungen für Erfolge bei konkreten Operationen zu schaffen.

Die Lagebeurteilung beeinflusst die *Bereitstellung polizeilicher Mittel*. In der Verfügbarkeit (oder Verfügbarmachung) von *Ressourcen* liegt ein wesentlicher Erfolgsfaktor zur Terrorismusabwehr. Polizeiliche Mittel sind gemäss der Risikoanalyse zielgerichtet und verhältnismässig einzusetzen, was wiederum eine vorausschauende Planung und agiles behördliches Verhalten erfordert.

Darüber hinaus bestehen hohe Anforderungen an die Weitergabe und den stufengerechten Einbezug des Lagebildes sowie die *Abstimmung und Koordination* staatlichen Verhaltens. Der EGMR erlaubt sich zurecht eine gewisse *Organisationsblindheit*: Wie die Konventionsstaaten ihren Pflichten nachkommen, bleibt alleine ihnen überlassen. Die Schaffung günstiger Voraussetzungen zur Durchführung von Anti-Terror-Operationen ist elementar für deren Gelingen. Dazu ist in aller Regel ein Verbund verschiedener staatlicher Behörden und Instrumente notwendig. Die Konventionsstaaten haben insbesondere die Vorwirkung der nach einem Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel greifenden Untersuchungspflicht zu berücksichtigen. Dazu gehört neben einer tragfähigen *Organisation* der beteiligten Behörden auch die *Ausbildung* der personellen Ressourcen auf allen Ebenen: Angefangen auf der taktischen Stufe für einzelne Angehörige der Sicherheitskräfte über die operative Ebene zur Führung von Einsätzen bis hin zur strategischen Ebene zur Bewältigung von Krisen.

Die Qualität der Durchführung einer Anti-Terror-Operation steht und fällt mit der pflichtbewussten Wahrnehmung der vorgelagerten Pflichten. Ein Konventionsstaat muss

bei Bedarf sein ganzes Repertoire von rechtsstaatlich zulässigen Mitteln stufen- und lagegerecht zur Anwendung bringen können, um menschliche Opfer zu vermeiden. Für die weiteren Massnahmen (etwa zur Überwachung) gelten die dafür etablierten grundrechtlichen Massstäbe und Grenzen. In der Einschränkung staatlicher Handlungsmöglichkeiten liegt der Preis einer freiheitlichen Rechtsordnung.

«It is often tempting to believe that adherence to law ties democracies' hands and forces them into a position of weakness. There may be some cases of extreme threat in which this might occur, but in the threat range democracies face, terrorism alone is unlikely to produce sufficient justification for stepping outside the bounds of the law.»

GRANT WARDLAW
(The Democratic Framework)

V. PFLICHTEN BEI ANTI-TERROR-OPERATIONEN

Do «what's right, legally and morally».

COL DANNY MCKNIGHT
(Streets of Mogadishu)

1. EINSATZ VON ZWANGSMITTELN: BESONDERHEITEN BEI ANTI-TERROR-OPERATIONEN

Jede Anwendung von physischem Zwang muss angemessen erfolgen. Was sich in den einzelnen Konventionsstaaten verfassungsrechtlich wohl auch anders herleiten liesse⁸²⁷, folgt zwingend aus der von Art. 2 Abs. 2 EMRK verlangten absoluten Notwendigkeit für den Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel. Dies hat sowohl für die allgemeine Polizeiarbeit als auch für *Operationen* von Sicherheitskräften seine Gültigkeit.

1.1. POLIZEILICHE OPERATIONEN

Eine polizeiliche Operation findet in der Regel nicht spontan statt. Ihr liegt (zumindest im Grundsatz) eine Planung zugrunde und sie verfolgt ein konkretes Ziel (Operationsziel). Sie unterscheidet sich – stark vereinfacht ausgedrückt – durch ihren Umfang und eine erhöhte Komplexität von einem rein taktischen Verhalten.

1.1.1. Begriffliche Annäherung

Doktrin und Konzepte der Polizeikräfte orientieren sich oft an taktisch geprägten Einsätzen. Bei Planung und Führung von Operationen liegt ein besonderes Augenmerk auf erweiterten organisatorischen Erfordernissen (auch durch Schaffung von *Besonderen Aufbauorganisationen*⁸²⁸).

⁸²⁷ Sei es aus «nationalen» Grundrechten, Verfassungsgarantien oder allgemeinen Grundsätzen wie jenem der Verhältnismässigkeit.

⁸²⁸ Vgl. für Deutschland ZEITNER, Einsatzlehre, S. 39 ff., für Österreich DUDEK, Besondere Aufbauorganisation, Teil 1, insb. S. 17 f., für die Schweiz wohl implizit FIP, Anhang II (S. 75) und FIP Stabtsabit, § 2 (mit Fokus auf der Unterscheidung zwischen Grundgliederung und Einsatzgliederung polizeilicher Stäbe ab § 2.2).

Die militärische Doktrin trifft präzise Abgrenzungen. Das *NATO Glossary of Terms and Definitions* (AAP-6) enthält eine gefestigte und wohl gängige Unterscheidung zwischen taktischer, operativer und strategischer Ebene.

- *Tactical level*: «The level at which activities, battles and engagements are planned and executed to accomplish military objectives assigned to tactical formations and units.»
- *Operation*: «A sequence of coordinated actions with a defined purpose.»
- *Military Strategy*: «That component of (...) strategy, presenting the manner in which military power should be developed and applied to achieve (...) objectives (...).»⁸²⁹

Nachfolgend ist mit Operationen ein koordiniertes Handeln der Sicherheitskräfte mit einem konkreten Ziel in obigem Sinne gemeint.

Eine Anti-Terror-Operation kann etwa die Verhinderung von Anschlägen und die Festnahme von potenziellen Tätern (*McCann and others v. The United Kingdom*), eine Geiselnbefreiung (*Finogenov and others v. Russia* und *Tagayeva v. Russia*) oder die Überführung der Täter auf frischer Tat (*Kelly and others v. The United Kingdom*) zum Ziel haben.

1.1.2. Bedürfnis nach Koordination

Für die polizeiliche Aufgabenerfüllung in besonderen Lagen besteht meist eine besondere Einsatzdoktrin und es werden besondere Strukturen zur Koordination der Einsatzkräfte aufgebaut (Rückgriff auf bestehende Strukturen oder Schaffung von *ad hoc* Strukturen)⁸³⁰. Solche zeitlich meist begrenzten Organisationsformen kommen dann

⁸²⁹ Wohl nicht ganz grundlos definiert das NATO-Glossary «Strategie» nicht allgemein (es wäre ein überaus schwieriges Unterfangen).

⁸³⁰ So wird etwa in Deutschland und in Österreich bei der zur Koordination der Einsatzkräfte zwischen einer *Allgemeinen Aufbauorganisation* (AAO) und einer *Besonderen Aufbauorganisation* (BAO) unterschieden. BAO sind für Fälle erhöhter Komplexität vorgesehen, in welchen die Leistungsfähigkeit einer AAO an ihre Grenzen stösst (erhöhter Kräftebedarf, verlängerte Einsatzdauer, Notwendigkeit einer einheitlichen Führung insbesondere bei verschiedenen Zuständigkeiten); vgl. ZEITNER, Einsatzlehre, S. 40 ff. i.V.m. S. 116 ff. (für Deutschland) sowie (für Österreich) DUDEK, Die Besondere Aufbauorganisation, Teil 1, insb. S. 17 ff.

zum Zuge, wenn eine Situation nicht mehr mit den vorhandenen Mitteln und üblichen Abläufen zu bewältigen ist: Etwa bei lang andauernden Einsätzen, bei einem erhöhten Bedarf an Einsatzkräften oder der Notwendigkeit einer einheitlichen Führung⁸³¹.

Eine besondere Aufbauorganisation erlaubt es beispielsweise, die Ortskunde oder besondere Sachkunde von Angehörigen der Sicherheitskräfte besser einzubinden, einen Einsatzraum in (raum- oder objektbezogene) Abschnitte zu unterteilen und damit eine bessere Führung und Koordination zu gewährleisten sowie einen «inneren» Führungsstab aufzubauen oder Weisungsbefugnisse zu klären.

Bezüglich der Zuständigkeiten der involvierten Stellen erscheint es angezeigt, zwischen *präventiven* und *repressiven* Aufgaben zu unterscheiden. Je nach nationalem Recht stehen den verschiedenen Akteuren – wie den Polizei- oder nachrichtendienstlichen Behörden auf verschiedenen Ebenen, aber auch den Strafverfolgungsbehörden – unterschiedliche Mittel zur Informationsbeschaffung zur Verfügung.

So fehlt es Nachrichtendiensten sowie den mit dem strafrechtlichen Staatsschutz betrauten Behörden oft an ausreichenden gesetzlichen Grundlagen und erst recht an Ressourcen zur *Durchführung* von Anti-Terror-Operationen (was aber je nach Konventionsstaat variieren kann). Umgekehrt verfügen meist gerade diese Behörden im präventiven Bereich über spezifische Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung und Analyse sowie zur internationalen Kooperation – also Mittel und Möglichkeiten, welche den klassischen polizeilichen Stellen im gleichen Ausmass typischerweise nicht zugestanden werden⁸³².

Die Notwendigkeit zur Unterscheidung und zur Schärfung der Zuständigkeiten bedeutet umgekehrt nicht, dass staatliche Behörden nicht miteinander zusammenarbeiten dürfen. Zur Früherkennung einer Gefährdung und gegebenenfalls Einleitung weiterer Schritte können die Mittel und Möglichkeiten der für die

⁸³¹ In Deutschland wurde das Institut der BAO, unter anderem aufgrund des Gladbecker Geiseldramas (1988) initialisiert. In der Schweiz hat das Schweizerische Polizeiinstitut (SPI) Behelfe für solche Situationen verfasst. Zudem bestehen vereinzelt kantonale Führungs- und Einsatzbehelfe.

⁸³² Beispielsweise haben solche Institutionen nebst dem Zugriff auf spezifische nationale Ressourcen auch die Möglichkeit, sich auf internationaler Ebene relevante Informationen zu beschaffen.

Prävention zuständigen Behörden entscheidend sein (vgl. Ziff. IV.3.2). Daher können und sollen sie sich in geeigneter und zulässiger Form an Operationen beteiligen.

Mit der Ausführung von Operationen (also dem eigentlichen Einsatz) sind schwergewichtig Polizeikräfte und allenfalls militärische Stellen sowie Rettungskräfte betraut. Diese Stellen besitzen einerseits die personellen und materiellen Ressourcen, andererseits aber auch die notwendige Erfahrung für unberechenbare respektive unvorhersehbare Situationen. Sie verfügen über die Ausbildung und Fachkompetenz für solche Ereignisse sowie die Fähigkeit zur Auftrags Erfüllung unter grosser Belastung. Zudem arbeiten die verschiedenen Stellen, insbesondere Polizei und Rettungsdienste, bereits im Alltag oft miteinander zusammen; dies erleichtert die Koordination bei besonderen Lagen.

Besondere Aufbauorganisationen zeichnen sich grundsätzlich durch Flexibilität aus. Sie können auf Grundkonzepten für besondere Lagen aufbauen (zum Beispiel für eine Amoklage oder eine Geiselnahme). Auf dieser Basis sind kurzfristige und situationsadäquate Anpassungen möglich (Task Force Struktur). Je nach Grösse des Einsatzgebietes und der involvierten Kräfte können sich aber lange Kommunikationswege oder eine zu grosse Komplexität einer Führungsorganisation negativ auf die Auftrags Erfüllung auswirken.

Für besonderes polizeiliches Handeln sind Grundkonzepte zur Koordination und Führung der Einsatzkräfte notwendig, welche allen beteiligten Stellen bekannt sein müssen. Zudem sind gemeinsame Ausbildungen und praktische Übungen notwendig, um Konzepte zu vermitteln, zu überprüfen, sowie gegenseitiges Vertrauen und damit günstige Voraussetzungen für Einsätze zu schaffen.

Letztlich ist jeder Einsatz ein Einzelfall mit Besonderheiten. Es wird stets an Zeit mangeln und eine anfängliche Chaosphase ist meist unvermeidlich. Auf der Basis bestehender Grundkonzepte lässt sich den Herausforderungen besser Rechnung tragen und lassen sich Fehlerquellen minimieren. Die Kunst der Führung besteht darin, zwar Automatismen zu etablieren, aber Schematismus zu vermeiden.

1.1.3. Schwelle zur Operation

Der EGMR unterscheidet zwischen polizeilichen Operationen und allgemeiner Polizeitätigkeit (*policing*). Unterscheidungsmerkmale sind unseres Erachtens das Koordinations- und – wohl meist auch – das Planungselement bei *Operationen* – während sich die alltägliche Polizeiarbeit durch einen offenen Auftrag und Spontaneität in der Auftragserfüllung charakterisiert. Dabei stehen taktische Aspekte und individuell richtiges Verhalten im Vordergrund.

Das bedeutet indes nicht, dass bei einzelnen Aktionen nicht auch in einem Gesamtzusammenhang gehandelt werden muss.

Der EGMR hat dies im Urteil *Haász and Szabó v. Hungary* betont. Nach der Alarmierung einer Polizeipatrouille kam es zu einer Schussabgabe auf ein Auto; der Schussabgabe lag ein Missverständnis zu Grunde⁸³³.

The Court «[...] must have particular regard to the context in which the incident occurred, as well as to the way in which the situation developed [...]. Thus, the Court's assessment of whether the use of potentially lethal force was <absolutely necessary> [...] cannot be limited to the situation at the moment when the actual discharge of a firearm by a State agent occurred. It must also take into account the circumstances leading up to the event which caused an immediate risk to life. This will enable an assessment of whether the operational decisions taken by those involved, and the conduct of the operation as a whole, demonstrate that appropriate care was taken to ensure that any risk to an individual's life was minimised to the greatest extent possible and that State agents were not negligent in their choice of action.»⁸³⁴

«The [...] police intervention in this case was not a pre-planned operation, but a reaction to a situation prompted by the police officer's and the volunteer law-enforcer's choosing to follow up an event which had come to their attention. Nonetheless, it cannot be held that officer K. was called upon to respond to any unexpected circumstances in the heat of the moment, since the entire incident

⁸³³ *Haász and Szabó v. Hungary*, 11327/14 und 11613/14 (2016), §§ 11 ff.

⁸³⁴ *Haász and Szabó v. Hungary*, 11327/14 und 11613/14 (2016), § 56.

took place largely as a result of the officer's own conduct. In [...] circumstances where the need to resort to potentially lethal force occurs as a consequence of a series of decisions and measures taken by a police officer, those decisions will engage the State's responsibility to the same extent as the planning and control of police operations.»⁸³⁵

«The [...] identity of the owner of the Fiat Punto was communicated to officer K. by the duty officer of [...] the] Police Department. [...] A] crucial element in the assessment of decisions to be taken, for the purposes of an operation in the field of law enforcement, must be the analysis of all the available information about the surrounding circumstances, including the danger – if any – posed by the persons concerned [...]. However, it does not appear that, when approaching the applicants and blocking the way of their car, officer K. or Mr S. paid any heed to the fact that neither of the persons in the car was wanted by the police, posed any known danger otherwise, or had any reason whatsoever to expect any police action against them.»⁸³⁶

Unseres Erachtens handelt es sich nicht bereits um eine Operation, wenn Polizeikräfte vor Ort in Kontakt mit anderen Stellen (etwa einer Einsatzzentrale) treten oder stehen⁸³⁷. Insofern darf das zurückhaltend formulierte Urteil *Haász and Szabó v. Hungary* nicht falsch interpretiert werden. Im Lichte der absoluten Notwendigkeit gemäss Art. 2 Abs. 2 EMRK geboten ist es aber, auch die weiteren Umstände von Schussabgaben zu würdigen.

⁸³⁵ *Haász and Szabó v. Hungary*, 11327/14 und 11613/14 (2016), § 57.

⁸³⁶ *Haász and Szabó v. Hungary*, 11327/14 und 11613/14 (2016), § 62.

⁸³⁷ Hingegen sind andere Einsätze von Sicherheitskräften ohne Weiteres als Operationen zu charakterisieren. Vgl. etwa die Urteile *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995); *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016); *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011); *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017); *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005); *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011); *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997); *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005); *Abdullah Yaşa and others v. Turkey*, 44827/08 (2013); *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001).

1.2. ADÄQUATER SCHUTZ HÖCHSTER RECHTSGÜTER

1.2.1. Bedrohung als Massstab

Die Massnahmen zur Abwehr einer Gefährdung messen sich sowohl am bedrohten *Rechtsgut* (oder den bedrohten Rechtsgütern) als auch an der *Wahrscheinlichkeit einer Schädigung* dieses Rechtsguts (vgl. Ziff. III.2.2.5).

Bei Anti-Terror-Operationen kommt als zu schützendes Rechtsgut in erster Linie das Leben von Menschen (konkret der potenziellen Opfer) infrage. Das Leben als Rechtsgut lässt sich bei einer unmittelbaren Bedrohung leicht identifizieren. Schwieriger ist der Bezug zum Recht auf Leben, wenn Massnahmen allgemein zum Schutz der Inneren Sicherheit oder nationaler Interessen erfolgen. Auch dazu kann der Rückgriff auf Zwangsmittel zulässig sein – aber an der absoluten Notwendigkeit zum Einsatz potenziell tödlicher Mittel wird es meist fehlen. Vielmehr stehen dort Überwachungsmassnahmen und Instrumente der Strafverfolgung im Vordergrund.

Wird die Schwelle vom blossen Risiko zur (hinreichend wahrscheinlichen) Gefährdung überschritten, bemisst sich die Verhältnismässigkeit des Einsatzes von Zwangsmitteln sowohl am Rechtsgut als auch am Grad seiner Gefährdung.

Die Bewertung einer terroristischen Gefährdung erfolgt aufgrund eines Lagebildes, respektive einer Lagebeurteilung (vgl. Ziff. IV.2). Eine Gefährdung ist unseres Erachtens dann schwer, wenn mit der Ausübung schwerer Gewalt latent zu rechnen ist. Darauf kann bei bereits erfolgten Anschlägen rückgeschlossen werden (so etwa bei der als erste Generation der RAF bekannten Baader-Meinhof Bande), aufgrund einer Bewaffnung der potenziellen Täterschaft (so etwa die Terrorzelle im belgischen Molenbeek, welche mit schweren Waffen und Sprengstoffen ausgerüstet war) oder aufgrund der generellen Gewaltbereitschaft von Gefährdern (etwa potenzielle Selbstmordattentäter wie Anis Amri).

Bei Anti-Terror-Operationen sind Besonderheiten sowohl bei der Sach- als auch der Rechtslage zu beachten: Ist die besondere Lage bekannt (vgl. Ziff. IV.2.3 und IV.3.2) und handeln die Sicherheitskräfte nach bestem Wissen (vgl. Ziff. V.4.2), bildet die potenzielle Gefährdung Dritter das zentrale Handlungskriterium – und führt unter Umständen zu

Dilemmata: Die negative Verpflichtung, dass die staatlichen Sicherheitskräfte auf unrechtmässige, unnötige und unverhältnismässige Gewalt zu verzichten haben, ist stets zu beachten⁸³⁸. Dies betrifft auch die Verwendung potenziell tödlicher oder lebensgefährdender Einsatzmittel. Im Einsatz von (letal)en Mitteln spiegelt sich für die staatlichen Akteure zugleich ein Konflikt zwischen den positiven und negativen Verpflichtungen.

«[The...] use of lethal force by State security forces may be justified in certain circumstances. However, any use of force must be no more than «absolutely necessary», that is to say it must be strictly proportionate in the circumstances. In view of the fundamental nature of the right to life, the circumstances in which deprivation of life may be justified must be strictly construed».⁸³⁹

1.2.2. Beurteilung *ex ante*

Konkrete Gefährdungen des Rechtsguts Leben werden *ex ante* beurteilt⁸⁴⁰. Dafür gelten objektive oder objektivierbare Kriterien (vgl. Ziff. V.4.2).

Planungen und Entscheide staatlicher Sicherheitskräfte müssen auf der Basis jener Informationen beruhen, die zum entscheidrelevanten Zeitpunkt zur Verfügung gestanden sind. Die objektive *ex ante* Sicht ermöglicht einen adäquaten Einbezug der einem Ereignis zugrundeliegenden besonderen Situation. Ob sich aus einem (unvollständigen) Lagebild ein Bedürfnis nach weiterer Informationsbeschaffung ergibt, hängt von einer konkreten Bedrohung und den Zeitverhältnissen ab.

Rückwirkend stehen meist zusätzliche und bessere Informationen zur Verfügung. Möglicherweise erweist sich eine Lagebeurteilung *ex post* als fehlerhaft und getroffene Entscheidungen und Massnahmen in der Folge als nicht adäquat.

⁸³⁸ Zum Grundsatz auch REID, *Practitioner's Guide*, 85-003.

⁸³⁹ *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 54.

⁸⁴⁰ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 212 (Bezug auf eine «reflex action»); *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 269 (für die Beurteilung der Notwendigkeit einer Untersuchung). Vgl. für eine Geiselnbefreiungsaktion *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 192.

Für «targeted killings» wird zuweilen neben einer strengen juristischen Beweisführung eine *ex post* Beurteilung verlangt; vgl. MACDONALD, *Lawful Use of Targeted Killing*, S. 138. Kritisch zur Anwendung des *ex ante*-Prinzips bei bewaffneten Konflikten GILLARD, *Protection of civilians in the conduct of hostilities*, S. 168 («speculative assessment»).

Dies im Lichte sowohl des Übermassverbots (eine Bedrohung erweist sich im Nachhinein als weniger gefährlich als ursprünglich angenommen – sodass eine Zwangsmassnahme nicht oder nicht im gleichen Ausmass notwendig gewesen wäre) als auch des Untermassverbots (eine Bedrohung erweist sich als gefährlicher als ursprünglich angenommen – sodass eine Zwangsmassnahme ungenügend war).

1.2.3. Überschneidung grundrechtlicher Pflichten

Die grundrechtlichen Verpflichtungen der Staaten bei Anti-Terror-Operation können variieren und sich gegenseitig überschneiden. Bei der Anwendung physischen Zwangs kann eine Abwägung zwischen der positiven und der negativen Verpflichtung notwendig werden (vgl. dazu Ziff. V.4.6).

Im Extremfall kann der Einsatz militärischer Mittel notwendig werden. Die Doktrin der Royal Army zu *land operations* beschreibt unter dem Begriff *counter-terrorism* im Grunde auch die Herausforderung der Konventionsstaaten zum adäquaten Mitteleinsatz: «Counter-terrorism describes all preventive, defensive and offensive measures taken to reduce the vulnerability of forces, individuals and property against terrorist threats and/or acts, to respond to terrorist acts. Counter-terrorism operations may be conducted against state-sponsored, internal or transnational, autonomous armed groups who are not easily identified, and who may not fall under the categories of combatants defined in international law. Measures taken include those activities justified for the defence of individuals as well as containment measures implemented by military forces or civilian organisations. The latter are primarily conducted by police and special forces supported by conventional land forces. Land forces have a greater contribution to creating and maintaining effective protective measures to reduce the probability and impact of terrorist attacks against infrastructure or people.»⁸⁴¹

⁸⁴¹ U.K./MoD, Land Operations, Army Doctrine Publication AC 71940 (2017), § 8C-13.

Letztlich geht es auf allen Ebenen um das heikle Unterfangen, zu tun «what's right, legally and morally»⁸⁴². Abwehrhandlung und Aggression können indes nahe beieinander liegen: «Wer zurückschlägt, wird zum Angreifer (...)»⁸⁴³ – was plakativ tönt, ist angesichts der dann greifenden Untersuchungspflicht durchaus zutreffend.

Im Übrigen kann Schematismus allfällige Dilemmata noch verstärken. So setzt der Einsatz besonderer Mittel nicht zwingend die Abwehr einer grösseren Gefährdung (grösseres Schadenspotential) voraus. Vielmehr können besondere Mittel in besonderen Situationen zu einem präziseren Handeln beitragen und zusätzliche Spielräume für die Sicherheitskräfte eröffnen oder bestehende Spielräume vergrössern. Entscheidend ist es, dass für diese besonderen Mittel *rules of engagement* vorliegen, welche den rechtlichen Massstäben der absoluten Verhältnismässigkeit entsprechen⁸⁴⁴. Dazu gehört es, mögliche Exzesse pro-aktiv zu verhindern⁸⁴⁵.

1.3. **UNTERSCHIEDSGEBOT DES HUMANITÄREN VÖLKERRECHTS**

Der «Kampf» gegen den Terrorismus kann Staaten dazu verleiten, Täter nicht als Kriminelle, sondern als Kombattante einstufen zu wollen. Damit würden Einschränkungen der nationalen Rechtsordnungen aufgehoben und terroristische Akteure dem humanitären Völkerrecht (*International Humanitarian Law*, IHL) unterstellt (zur Bedeutung vgl. Ziff. III.4).

⁸⁴² Entspricht der *integrity* gemäss den sieben Werten der U.S. Army «L-D-R-S-H-I-P» (Loyalty, Duty, Respect, Selfless Service, Honor, Integrity, Personal Courage), zitiert nach MCKNIGHT, *Streets of Mogadishu*, S. 10.

⁸⁴³ LAQUEUR, *Terrorismus*, S. 397.

⁸⁴⁴ Vgl. – *mutatis mutandis* – zum Fall des Verbots des Einsatzes einer AC-130 («gunship») zur Unterstützung der Festnahmeaktion des mutmasslichen Kriegsverbrechers General Mohamed Farrah Hassan Aidid in Mogadishu MCKNIGHT, *Streets of Mogadishu*, S. 84 f. und 168 f. sowie REILLY, *RoE in Special Operations*, S. 182 ff.

⁸⁴⁵ Im Humanitären Völkerrecht (*konkret: Law of Armed Conflict*) ist dies heute anerkannt.

1.3.1. Rechtliche Formen bewaffneter Konflikte

Je nach Art eines bewaffneten Konflikts sind andere Elemente des IHL einschlägig (insbesondere die *Genfer Abkommen* und ihre *Protokolle*). Zu unterscheiden ist zwischen dem *internationalen* bewaffneten Konflikt und dem *nicht-internationalen* bewaffneten Konflikt⁸⁴⁶. Bei Letzterem ist je nach Intensität weiter zu unterscheiden (*low intensity conflict* und *high intensity conflict*).

Bei *nicht-internationalen* bewaffneten Konflikten besteht ein komplexes Nebeneinander der einschlägigen Völkerrechtsnormen mit jenen internationaler Grundrechtsgewährleistungen (*International Human Rights Law*, IHRL). Dabei stellt das LOAC keine *leges speciales*, sondern komplementäre Regeln auf (so etwa für den Kombattantenstatus). Für das Vorliegen eines bewaffneten *nicht-internationalen* Konflikts bestehen in der Regel hohe Hürden⁸⁴⁷. Auf mögliche «hybride» Konfliktformen wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

Bei allen Arten der erfassten bewaffneten Konflikte bleiben wesentliche menschenrechtliche Garantien erhalten⁸⁴⁸. Keine völkerrechtlich legale Konfliktform vermag Menschenrechte ganz zu verdrängen.

Zum Beispiel hat die *Grand Chamber* im Urteil *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* eine Untersuchungspflicht nach Art. 2 EMRK im Grundsatz auch bei kriegerischen Ereignissen bejaht (sogar auf dem Territorium eines Nicht-Konventionsstaats). Konkret war das Verhalten britischer Truppen nach dem Einmarsch im Irak vom Frühling 2003 zu beurteilen⁸⁴⁹. Ebenso hat der EGMR im Urteil *Isayeva v. Russia* die Untersuchungspflicht etwa während des bewaffneten Aufstands in Tschetschenien bejaht⁸⁵⁰.

⁸⁴⁶ Vgl. Art. 3 GA I; weiterführend ZWANENBURG, *Peace Operations*, S. 156 ff.

⁸⁴⁷ So wurden zum Beispiel auch Aktionen zur Piratenbekämpfung nicht unter den Verteidigungsbegriff gefasst; vgl. SAX, *Soldaten gegen Piraten*, S. 387 (wobei der Autor auf die «Zerstörungskraft» eines Piratenangriffs abstellt, welche keinem militärischen Angriff gleichkommt).

⁸⁴⁸ LUBELL/PRUD'HOMME, *Impact of human rights law*, S. 108 (m.w.H.) und 115 ff.

⁸⁴⁹ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), §§ 161 ff. i.V.m. 34 ff.

⁸⁵⁰ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 180.

Dass nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung die aus Art. 2 EMRK fließende Untersuchungspflicht den Anknüpfungspunkt für die Geltung von Konventionsgarantien bei bewaffneten Konflikten bildet, dürfte kein Zufall sein. Bei dieser Verpflichtung sind kaum Relativierungen möglich (vgl. Ziff. V.4.7).

1.3.2. Schutz von Zivilisten

Das IHL schützt insbesondere die Zivilbevölkerung: Zivilisten dürfen grundsätzlich nicht angegriffen oder getötet werden⁸⁵¹. Zudem geniessen sie weitere Schutzansprüche. Umgekehrt dürfen sich Zivilpersonen nicht an bewaffneten Konflikten beteiligen. Tun sie es trotzdem, können sie dafür rechtlich belangt werden (vgl. Ziff. III.4.2). Die Ausübung von Zwangsmitteln hat sich daran zu messen⁸⁵².

Das Protokoll I verlangt nach Vorsichtsmassnahmen⁸⁵³ bei militärischen Angriffen, respektive nach einer Vermeidung von Kollateralschäden gegenüber Zivilisten⁸⁵⁴. Dazu stellt es in Art. 57 präzise Regeln auf, welche auf die Steuerung operativen und taktischen Verhaltens zielen:

Art. 57 Vorsichtsmassnahmen beim Angriff

1. *Bei Kriegshandlungen ist stets darauf zu achten, dass die Zivilbevölkerung, Zivilpersonen und zivile Objekte verschont bleiben.*
2. *Im Zusammenhang mit Angriffen sind folgende Vorsichtsmassnahmen zu treffen:*
 - a) *Wer einen Angriff plant oder beschliesst,*
 - i) *hat alles praktisch Mögliche zu tun, um sicherzugehen, dass die Angriffsziele weder Zivilpersonen noch zivile Objekte sind und nicht unter besonderem*

⁸⁵¹ MACDONALD, *Lawful Use of Targeted Killing*, S. 130; BOSCH, *IHL Notion of Direct Participation in Hostilities*, S. 999 f. und 1038 f.; NOLTE, *Principle of Proportionality*, S. 251; BELZ, *War on International Terror*, S. 100; GARDAM, *Non-combatant immunity*, S. 356 ff.

⁸⁵² In jüngerer Zeit setzt sich – richtigerweise – die Meinung durch, das IHL eher weit auszulegen; vgl. ZWANENBURG, *Peace Operations*, S. 157 ff. und 163 ff.

⁸⁵³ HAMPSON, *Article 2 during armed conflict*, S. 196.

⁸⁵⁴ LESH, *Conduct of hostilities*, S. 113 ff.

- Schutz stehen, sondern militärische Ziele im Sinne des Artikels 52 Absatz 2 sind und dass der Angriff nicht nach diesem Protokoll verboten ist;*
- ii) hat bei der Wahl der Angriffsmittel und -methoden alle praktisch möglichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen, um Verluste unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen und die Beschädigung ziviler Objekte, die dadurch mit verursacht werden könnten, zu vermeiden und in jedem Fall auf ein Mindestmass zu beschränken;*
 - iii) hat von jedem Angriff Abstand zu nehmen, bei dem damit zu rechnen ist, dass er auch Verluste unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen;*
- b) ein Angriff ist endgültig oder vorläufig einzustellen, wenn sich erweist, dass sein Ziel nicht militärischer Art ist, dass es unter besonderem Schutz steht oder dass damit zu rechnen ist, dass der Angriff auch Verluste unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen;*
- c) Angriffen, durch welche die Zivilbevölkerung in Mitleidenschaft gezogen werden kann, muss eine wirksame Warnung vorausgehen, es sei denn, die gegebenen Umstände erlaubten dies nicht.*
- 3. Ist eine Wahl zwischen mehreren militärischen Zielen möglich, um einen vergleichbaren militärischen Vorteil zu erringen, so ist dasjenige Ziel zu wählen, dessen Bekämpfung Zivilpersonen und zivile Objekte voraussichtlich am wenigsten gefährden wird.*
- 4. Bei Kriegshandlungen auf See oder in der Luft hat jede am Konflikt beteiligte Partei im Einklang mit den Rechten und Pflichten, die sich aus den Regeln des in bewaffneten Konflikten anwendbaren Völkerrechts für sie ergeben, alle angemessenen Vorsichtsmassnahmen zu treffen, um Verluste unter der Zivilbevölkerung und die Beschädigung ziviler Objekte zu vermeiden.*

5. Die Bestimmungen dieses Artikels sind nicht so auszulegen, als erlaubten sie Angriffe auf die Zivilbevölkerung, Zivilpersonen oder zivile Objekte.

1.3.3. Kombattante als legitime Angriffsziele

In *internationalen bewaffneten Konflikten* verlangt das Prinzip der Unterscheidung nach einer rechtlichen Trennung der Kombattanten von Nicht-Kombattanten (grundsätzlich: Zivilisten)⁸⁵⁵.

Der Kombattantenstatus vermittelt eine Behandlung nach den spezifischen Grundsätzen und Regeln des IHL: *Lawful Combatants*⁸⁵⁶ dürfen sich innerhalb dessen Schranken an Konflikten beteiligen, ohne sich persönlich dafür verantworten zu müssen (*combatant immunity*)⁸⁵⁷. Umgekehrt dürfen sie nach den Grundsätzen der rechtmässigen Kriegsführung bekämpft und jederzeit angegriffen und getötet werden (vgl. auch Art. 48 Protokoll I)⁸⁵⁸. Zudem geniessen Kombattante einen gewissen Schutzstatus *hors combat*, insbesondere bei Verletzung oder Gefangennahme⁸⁵⁹.

Art. 43 und 44 Protokoll I legen die wesentlichen Rahmenbedingungen zur Bestimmung des Kombattantenstatus fest:

Art. 43 Streitkräfte

1. Die Streitkräfte einer am Konflikt beteiligten Partei bestehen aus der Gesamtheit der organisierten bewaffneten Verbände, Gruppen und Einheiten, die einer Führung unterstehen, welche dieser Partei für das Verhalten ihrer Untergebenen verantwortlich ist; dies gilt auch dann, wenn diese Partei durch eine Regierung oder ein Organ vertreten ist, die von einer gegnerischen Partei nicht anerkannt

⁸⁵⁵ CRAWFORD, *Combatants*, S. 123; MACDONALD, *Lawful Use of Targeted Killing*, S. 130; ICRC, *Interpretative Guidance (direct participation)*, S. 36 (non-international armed conflict).

⁸⁵⁶ JENSEN, *Direct Participation in Hostilities*, S. 88.

⁸⁵⁷ Vgl. dazu weiterführend CRAWFORD, *Combatants*, S. 131 f. (non international armed conflict); JENSEN, *Direct Participation in Hostilities*, S. 88 oder BLANK/GUIORA, *Teaching old Dogs New Tricks*, S. 62 ff.

⁸⁵⁸ BLANK/GUIORA, *Teaching old Dogs New Tricks*, S. 54.

⁸⁵⁹ Besonders verwundete oder kranke Angehörige von Streitkräften gemäss GA I, verwundete, kranke und schiffbrüchige Angehörige von Streitkräften nach GA II, Kriegsgefangene nach GA I, GA III und Art. 44 Protokoll I.

werden. Diese Streitkräfte unterliegen einem internen Disziplinarsystem, das unter anderem die Einhaltung der Regeln des in bewaffneten Konflikten anwendbaren Völkerrechts gewährleistet.

2. Die Angehörigen der Streitkräfte einer am Konflikt beteiligten Partei (mit Ausnahme des in Artikel 33 des III. Abkommens bezeichneten Sanitäts- und Seelsorgepersonals) sind Kombattanten, das heisst, sie sind berechtigt, unmittelbar an Feindseligkeiten teilzunehmen.

3. Nimmt eine am Konflikt beteiligte Partei paramilitärische oder bewaffnete Vollzugsorgane in ihre Streitkräfte auf, so teilt sie dies den anderen am Konflikt beteiligten Parteien mit.

Art. 44 Kombattanten und Kriegsgefangene

(...)

2. Obwohl alle Kombattanten verpflichtet sind, die Regeln des in bewaffneten Konflikten anwendbaren Völkerrechts einzuhalten, verwirkt ein Kombattant bei Verletzung dieser Regeln nicht das Recht, als Kombattant oder, wenn er in die Gewalt einer gegnerischen Partei gerät, als Kriegsgefangener zu gelten, ausgenommen in den in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Fällen.

3. Um den Schutz der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten zu verstärken, sind die Kombattanten verpflichtet, sich von der Zivilbevölkerung zu unterscheiden, solange sie an einem Angriff oder an einer Kriegshandlung zur Vorbereitung eines Angriffs beteiligt sind. Da es jedoch in bewaffneten Konflikten Situationen gibt, in denen sich ein bewaffneter Kombattant wegen der Art der Feindseligkeiten nicht von der Zivilbevölkerung unterscheiden kann, behält der den Kombattantenstatus, vorausgesetzt, dass er in solchen Fällen

- a) während jedes militärischen Einsatzes seine Waffen offen trägt und
- b) während eines militärischen Aufmarsches vor Beginn eines Angriffs, an dem er teilnehmen soll, seine Waffen so lange offen trägt, wie er für den Gegner sichtbar ist.

(...).

Nach den *Genfer Abkommen* können in *internationalen bewaffneten Konflikten* verschiedene Arten der Konflikteilnahme zum Kombattantenstatus führen. So gelten neben den Angehörigen regulärer staatlicher Streitkräfte (Art. 43 Protokoll I) auch etwa Partisanen oder Widerstandskämpfer als Kombattante⁸⁶⁰. Die Charakteristika⁸⁶¹ richten sich letztlich nach dem *Vierten Haager Übereinkommen*, welches sich (dem Regelungsgegenstand entsprechend) auf bewaffnete Verbände bezieht⁸⁶².

Anhang 1, Art. 1

Die Gesetze, die Rechte und die Pflichten des Krieges gelten nicht nur für das Heer, sondern auch für die Milizen und Freiwilligen-Korps, wenn sie folgende Bedingungen in sich vereinigen:

1. *dass jemand an ihrer Spitze steht, der für seine Untergebenen verantwortlich ist,*
2. *dass sie ein bestimmtes aus der Ferne erkennbares Abzeichen tragen,*
3. *dass sie die Waffen offen führen und*
4. *dass sie bei ihren Unternehmungen die Gesetze und Gebräuche des Krieges beobachten.*

In den Ländern, in denen Milizen oder Freiwilligen-Korps das Heer oder einen Bestandteil des Heeres bilden, sind diese unter der Bezeichnung «Heer» einbegriffen.

Einzelne Terroristen oder terroristische Gruppierungen erfüllen die für *internationale bewaffnete Konflikte* aufgestellten Anforderungen oft nicht. Indem sie ihre gewaltsamen Aktionen primär gegen die Zivilbevölkerung richten – auch wenn sie dafür politische Ziele vorgeben – halten sie die Gesetze und Gebräuche der Kriegführung gerade nicht ein.

⁸⁶⁰ Vgl. weiterführend KLEFFNER, *Organised Armed Groups*, S. 50 ff.

⁸⁶¹ Vgl. weiterführend CRAWFORD, *Combatants*, S. 127 f. oder CRANE/REISNER, *Jousting at Windmills*, S. 74.

⁸⁶² Individuelles Fehlverhalten einzelner Angehöriger entzieht nicht einem ganzen Verband den Kombattantenstatus.

1.3.4. Direkte Teilnahme an Feindseeligkeiten

In bewaffneten Konflikten dürfen sich (geschützte) Zivilisten nicht an Feindseligkeiten beteiligen⁸⁶³. Falls doch, verlieren sie den Schutz, nicht angegriffen werden zu dürfen (für *bewaffnete internationale Konflikte* Art. 51 Abs. 3 Protokoll I; für *bewaffnete nicht-internationale Konflikte* Art. 13 Abs. 3 Protokoll II)⁸⁶⁴. Sie erlangen damit aber keinen Kombattantenstatus (und damit auch keine entsprechenden Privilegien)⁸⁶⁵; sie sind illegale Kämpfer (*unlawful combatants*)⁸⁶⁶.

Unter Umständen ist die Teilnahme von Zivilisten an bewaffneten Konflikten «[...] considered a serious violation of the IHL prohibition against perfidy»⁸⁶⁷. Derzeit ist umstritten, ob es im IHL für bewaffnete internationale Konflikte eine Kategorie von *unlawful combatants* gibt⁸⁶⁸. In den Grundlagen des IHL wird dieser Begriff nicht explizit verwendet. Zudem wird unter den Genfer Abkommen und dem Protokoll I im Falle bewaffneter internationaler Konflikte nur Spionen und Söldnern der Kombattantenstatus von vorneherein abgesprochen (Art 46 und 47 Protokoll I)⁸⁶⁹.

Unlawful combatants können als rechtmässige Ziele militärisch angegriffen werden⁸⁷⁰ «for such time as they take a direct part in hostilities» (Art. 13 Abs. 3 Protokoll II / Art. 51 Abs. 3 Protokoll I). Umstritten ist sowohl, was unter einer direkten Teilnahme

⁸⁶³ LESH, Direct participation in hostilities, S. 181; JENSEN, Direct Participation in Hostilities, S. 91.

⁸⁶⁴ GILLARD, Protection of civilians in the conduct of hostilities, S. 159; NOLTE, Principle of Proportionality, S. 251; SCHMITT, Deconstructing Direct Participation in Hostilities, S. 698.

⁸⁶⁵ LESH, Direct participation in hostilities, S. 181 f.; CRAWFORD, Combatants, S. 132 f. Vgl. zur völkergewohnheitsrechtlichen Bedeutung BOSCH, IHL Notion of Direct Participation in Hostilities, S. 1001 ff.

⁸⁶⁶ BLANK/GUIORA, Teaching old Dogs New Tricks, S. 64 f.

⁸⁶⁷ BOSCH, IHL Notion of Direct Participation in Hostilities, S. 1039.

⁸⁶⁸ Vgl. weiterführend CRAWFORD, Combatants, S. 133 ff.; DÖRMANN, Legal situation of «unlawful/unprivileged combatants», S. 48 ff.; BELZ, War on International Terror, S. 118; JENSEN, Direct Participation in Hostilities, S. 103 f.

⁸⁶⁹ CRAWFORD, Combatants, S. 132 (m.w.H.).

⁸⁷⁰ SCHMITT, Notion of Direct Participation in Hostilities, S. 13 («specifically and intentially targeted»); JENSEN, Direct Participation in Hostilities, S. 101.

an Feindseligkeiten zu verstehen ist als auch, welche Bedeutung der zeitlichen Komponente zugemessen werden darf⁸⁷¹.

Oft werden Handlungen in einer Art verlangt, die einer direkten Teilnahme an Feindseligkeiten gleichkommen⁸⁷², respektive ein gewisses Schadensausmass (*threshold of harm*), sowie eine Verbindung zum bewaffneten (belligerenten) Konflikt aufweisen⁸⁷³. Das schädigende Verhalten muss zudem unmittelbar erfolgen⁸⁷⁴.

1.3.5. Bedeutung

Bei militärischen Einsätzen in bewaffneten Konflikten ist beim Auftreten nicht-uniformierter Individuen unter Umständen innert kürzester Zeit über deren Status zu entscheiden⁸⁷⁵. Steht der Kombattantenstatus einer Person in Zweifel, so gilt sie als Zivilistin (für *internationale bewaffnete Konflikte* Art. 50 Abs. 1 Satz 3 Protokoll I)⁸⁷⁶. Sind Zivilisten keine legitimen Angriffsziele und ist auch die Inkaufnahme von Kollateralschäden unter Zivilpersonen nach IHL unzulässig, schränkt dies die Zulässigkeit militärischer Operationen entsprechend ein⁸⁷⁷.

Unseres Erachtens handelt es sich dabei nicht um Verhältnismässigkeitsfragen (nach LOAC: *Proportionality*), sondern um die Anwendung des Unterscheidungsgebots (nach LOAC: *Distinction*).

⁸⁷¹ SCHMITT, *Notion of Direct Participation in Hostilities*, S. 13, 25 ff. (direct participation) und 34 ff. (temporal aspects) sowie eingehend DERS., *Deconstructing Direct Participation in Hostilities*, S. 705 ff. oder LESH, *Conduct of hostilities*, S. 115 ff. (m.w.H.).

⁸⁷² BOSCH, *IHL Notion of Direct Participation in Hostilities*, S. 1007 ff.

⁸⁷³ Vgl. LESH, *Direct participation in hostilities*, S. 182 ff.

⁸⁷⁴ Zur Problematik des «acutal harm» vgl. JENSEN, *Direct Participation in Hostilities*, S. 102 (wonach weder ein Bombenbauer noch ein Rekrutierer darunter fällt) respektive «for such time» LESH, *Direct participation in hostilities*, S. 187 f.

⁸⁷⁵ CRANE/REISNER, *Jousting Windmills*, S. 71 f.

⁸⁷⁶ HAMPSON, *Article 2 during armed conflict*, S. 196; BLANK/GUIORA, *Teaching old Dogs New Tricks*, S. 63; CRANE/REISNER, *Jousting at Windmills*, S. 74.

⁸⁷⁷ BLANK/GUIORA, *Teaching old Dogs New Tricks*, S. 66 f.

Insbesondere bei modernen Formen des internationalen Terrorismus führen die Regeln des IHL letztlich zu einem erhöhten Schutz (des Lebens) derjenigen Akteure, welche sich selber gerade nicht an das Recht halten⁸⁷⁸.

Zur Bekämpfung terroristischer Aktivitäten wurden in Israel und den U.S.A. Überlegungen angestellt, das Problem der *unlawful combatants* juristisch zu lösen⁸⁷⁹. Dabei geht es im Grunde um die Suche nach einer Begründung, um Terroristen (oder Gefährder) jederzeit direkt angreifen zu dürfen.

Terroristen steht im Ergebnis *kein* Kombattantenstatus zu⁸⁸⁰. Je nach Natur eines Konflikts und konkretem Verhalten können sie allenfalls zeitweise der (umstrittenen) Kategorie der *unlawful combatants* zugeordnet werden⁸⁸¹.

Massnahmen gegen den Terrorismus als solchen und gegen terroristisch motivierte Akteure sind am jeweiligen nationalen Recht und für die Konventionsstaaten zusätzlich an den Massstäben der EMRK zu messen. Die Regeln des IHL können unseres Erachtens analog als äusserste rechtliche Schranken oder als Interpretationshilfen herangezogen werden.

2. FÜHRUNG

Da der EGMR bei seinen Beurteilungen auf Operationen als Ganze abstellt, untersucht er folgerichtig auch deren Führung und Organisation. Eine weitere Unterscheidung zwischen Führung und Organisation erscheint allerdings nicht als sinnvoll.

⁸⁷⁸ JENSEN, Direct Participation in Hostilities, 85.

⁸⁷⁹ Weiterführend CRANE/REISNER, Jousting at Windmills, S. 75 ff. (m.w.H.).

⁸⁸⁰ MACDONALD, Lawful Use of Targeted Killing, S. 131 f. oder – noch allgemeiner – ICRC, Interpretative Guidance (direct participation), S. 24: «organized armed violence failing to qualify as an international or non-international armed conflict remains an issue of law enforcement, whether the perpetrators are viewed as rioters, terrorists, pirates, gangsters, hostage-takers or other organized criminals.»

⁸⁸¹ Ganz ähnlich U.K./MOD, Manual of the law of armed conflict (JSP 383), § 1.33.4: «The internal use of force against criminal and terrorist activity is not regulated by the law of armed conflict unless the activity is of such a nature as to amount to armed conflict. However, human rights law would apply» (m.H. auf Art. 1 Abs. 2 Protokoll II).

«The question arises, however, whether the anti-terrorist operation as a whole was controlled and organised in a manner which respected the requirements of Article 2 [...] and whether the information and instructions given to the soldiers which, in effect, rendered inevitable the use of lethal force, took adequately into consideration the right to life of the three suspects»⁸⁸².

Zu unterscheiden ist vielmehr zwischen vorgängiger Planung und späterer Ausführung (wobei Erstere bei den prä-operationellen Pflichten behandelt wird; vgl. Ziff. IV.3) – auch wenn beide eng miteinander verflochten sein können und der EGMR *planning and control* zuweilen gemeinsam prüft.

2.1. GENERELLE ANFORDERUNGEN AN DIE FÜHRUNG

Die Rechtsprechung des EGMR zur Führung polizeilicher Operationen bleibt eher allgemein. Der Grund dafür liegt im offenen Zweck der Prüfung von Operationen als Ganzen (welche ihrerseits von taktischen Einzelmassnahmen abzugrenzen sind).

«According to its case-law, the Court must examine the planning and control of a policing operation resulting in the death of one or more individuals in order to assess whether, in the particular circumstances of the case, the authorities took appropriate care to ensure that any risk to life was minimised and were not negligent in their choice of action.»⁸⁸³

Auf die Führung ist der Gerichtshof nicht nur bei Anti-Terror-Operationen⁸⁸⁴ eingegangen, sondern auch im Rahmen anderer Ereignisse⁸⁸⁵.

⁸⁸² *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 201.

⁸⁸³ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 249; ähnlich *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 181; sinngemäss auch *Nachova and others v. Bulgaria* (GC), 43577/98 und 43579/98 (2005), § 103 und *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 562.

⁸⁸⁴ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 562 ff.

⁸⁸⁵ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 62; *Nachova and others v. Bulgaria* (GC), 43577/98 und 43579/98 (2005), §§ 103 ff.; *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 244 ff.; *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 181 (rescue operation); *Ergi v. Turkey*, 66/1997/850/1057 (1998), §§ 79 ff.; *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), §§ 138 ff.; *Akkum and others v. Turkey*, 21894/93 (2005), § 246; *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), §§ 61 f.

Manchmal verzichtet der Gerichtshof explizit darauf, die Führung von Operationen spezifisch zu untersuchen⁸⁸⁶, weil sich eine Verletzung von Art. 2 EMRK bereits aus anderen Gründen ergeben hat⁸⁸⁷. Bedeutender erscheint, dass es «guidelines on the planning and control of police operations» in den nationalen Rechtsgrundlagen überhaupt gibt⁸⁸⁸.

«[...] policing operations must be sufficiently regulated by national law, within the framework of a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force.»⁸⁸⁹

Der Gerichtshof grenzt richtigerweise geplante oder planbare Operationen von spontanen Ereignissen ab und berücksichtigt den Grad der Kontrolle der staatlichen Sicherheitskräfte in einer bestimmten Situation.

«[...] The degree of scrutiny depends on the extent to which the authorities were in control of the situation and other relevant constraints inherent in the operative decision-making in this difficult and sensitive sphere [...].»⁸⁹⁰

Im Fall *Finogenov and others v. Russia* hat der EGMR den Behörden einen gewissen Spielraum gewährt: «It should be noted that the authorities were not in control of the situation inside the building. In such a situation the Court accepts that difficult and agonising decisions had to be made by the domestic authorities. It is prepared to grant them a margin of appreciation, at least in so far as the military and technical aspects of the situation are concerned, even if now, with hindsight, some of the decisions taken by the authorities may appear open to doubt.»⁸⁹¹

Bei geplanten Operationen oder soweit die staatlichen Sicherheitskräfte eine tatsächliche Kontrolle ausüben (ergo Handlungsfreiheit genießen), können strengere Anfor-

⁸⁸⁶ *Akkum and others v. Turkey*, 21894/93 (2005), § 246 und Dispositiv, § 4.

⁸⁸⁷ *Akkum and others v. Turkey*, 21894/93 (2005), § 243.

⁸⁸⁸ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 62.

⁸⁸⁹ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 249.

⁸⁹⁰ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 563; ähnlich *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 214.

⁸⁹¹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 213.

derungen an die Organisation und Führung zum Tragen kommen (vgl. Ziff. IV.3) als bei spontanen Ereignissen⁸⁹².

«In carrying out its assessment of the planning and control phase of the operation from the standpoint of Article 2 of the Convention, the Court must have particular regard to the context in which the incident occurred as well as to the way in which the situation developed [...]»⁸⁹³.

«The [...] operation in question was a spontaneous chase decided on the spot by the two police officers and it was mounted with the aim of carrying out an identity check on the applicant's son and his friends.»⁸⁹⁴

2.2. KOMMANDOSTRUKTUR UND VERANTWORTUNG

Eine polizeiliche Operation (im eigentlichen Sinn) verlangt nach einer Kommandostruktur oder zumindest einer Befehlskette⁸⁹⁵. Bei komplexeren Operationen bildet die Führung eine besondere Herausforderung.

So wurde bei der – immerhin 38 Jahre lang dauernden – militärischen «*Operation Banner*» in Nordirland bemängelt, dass es keine «overall campaign authority» gegeben hatte, der «decision-making process» teilweise chaotisch gewesen war und dass «intelligence agencies [were] working to different agendas»⁸⁹⁶.

Innerhalb einer Kommandostruktur muss eine Vertrauensbasis geschaffen und gelebt werden. Ohne ein Vertrauen der potenziell involvierten Stellen ist eine wirksame Durch-

⁸⁹² *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 245: «The obligation in question must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities, bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources».

⁸⁹³ *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 61; *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 182.

⁸⁹⁴ *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 62.

⁸⁹⁵ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), § 148 (chain of command); ROCHE, Operationalising the ECHR, S. 63.

⁸⁹⁶ EDWARDS, Northern Ireland Troubles, S. 82 f., wobei der Autor darauf hinweist, dass bessere Lösungen in Unterstützungseinsätzen durch die Armee nicht leicht zu finden gewesen wären.

führung von Operationen praktisch unmöglich. Zur Schaffung einer Vertrauensbasis trägt massgeblich bei, Verantwortlichkeiten im Voraus zu klären.

2.2.1. Finalität polizeilicher Führung

Eine polizeiliche Kommandostruktur setzt nicht zwingend das Vorhandensein einer strikt hierarchisch gegliederten, einheitlichen Führungsebene voraus (im Sinne eines Führungsstabs mit umfassender Zuständigkeit und überholenden Weisungsrechten). Das wäre bei unterschiedlichen beteiligten Behörden rechtlich meist nicht möglich und praktisch nicht sinnvoll. Entscheidend ist, dass eine Koordination und Kooperation zwischen den beteiligten Stellen erfolgen kann⁸⁹⁷. Das kann auch mit einer Aufbauorganisation erfolgen. Der Vorteil einer Aufbauorganisation (im Gegensatz zu einer festen Hierarchie) besteht darin, dass jede beteiligte Behörde im Rahmen ihrer Rechtsgrundlagen handeln kann.

2.2.2. Gesamtverantwortung

Bei grossen polizeilichen Operationen (zumindest bei *large-scale anti-terrorist operations*⁸⁹⁸) kann es geboten sein, eine Gesamtverantwortung spezifisch festzulegen. Der EGMR misst dem Umstand, dass die Gesamtverantwortung nicht immer eindeutig zugewiesen werden kann, unterschiedliches Gewicht zu.

a. Führung und Rechtsanwendung

Im Fall *McCann and others v. The United Kingdom* handelte es sich um eine gemeinsame Operation polizeilicher, militärischer und nachrichtendienstlicher Behörden. Der *Police Commissioner* hatte um die Unterstützung durch die (besonders ausgebildeten und ausgerüsteten) SAS gebeten. Die SAS wiederum wurden von Polizeikräften unterstützt. Die Freigabe des Zugriffs der SAS auf die drei Terroristen blieb dem *Commissioner* vorbehalten⁸⁹⁹. Der *Commissioner* hatte mit einem (schriftlichen) Zugriffsbefehl einen Teil

⁸⁹⁷ FOREST Counterterrorism, S. 22 (mit Blick auf «law enforcement agencies»).

⁸⁹⁸ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 595.

⁸⁹⁹ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), §§ 15 f. und 32.

der Kontrolle über die Operation an die SAS abgegeben⁹⁰⁰. Die *Grand Chamber* ging auf die Gesamtverantwortung bei der Operation im Zusammenhang mit einer möglichen Verletzung von Art. 2 EMRK nicht ein (sondern setzte sich mit den faktischen Ereignissen und planerischen Annahmen auseinander⁹⁰¹): «It suffices to note in this respect that the rules of engagement issued to the soldiers and the police in the present case provide a series of rules governing the use of force which carefully reflect the national standard as well as the substance of the Convention standard.»⁹⁰²

Unseres Erachtens besteht damit ein Interpretationsspielraum bezüglich des Bezugs zusätzlicher Akteure. So kann abgeleitet werden, dass zusätzliche Kräfte involviert werden können, sofern die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen (Gesetze, Verordnungen, Reglemente) oder Rules of Engagement vorhanden sind, welche einerseits den Einsatz dieser besonderen Akteure (insbesondere betreffend Zwangsmassnahmen – inklusive des zulässigen Mittelansatzes) erlauben und andererseits die Frage der Verantwortlichkeit regeln.

b. Juristische Beurteilung der Führung

Im Fall *Tagayeva and others v. Russia* wurde ein Führungsstab erst rund 30 Stunden nach der Geiselnahme eingerichtet⁹⁰³. Zudem scheint eine Führungsstruktur nicht wirklich erkennbar gewesen zu sein⁹⁰⁴. Was in einer Chaosphase nicht unüblich ist, führte schlussendlich zu verschiedenen elementaren Fehlern in der Koordination und der Entschlussfassung⁹⁰⁵.

«Under the relevant national law, the OH [operative headquarters] was responsible for the anti-terrorist operation in Beslan. The extraordinary scope of the crisis and the multitude of factors which had to be taken into account and

⁹⁰⁰ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), §§ 54 und 65.

⁹⁰¹ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), §§ 202 ff.

⁹⁰² *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 156.

⁹⁰³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 566.

⁹⁰⁴ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 567: «But even once this new structure had been set up on 2 September, its configuration was not respected. In fact, it seems impossible to determine its composition with certitude, since various sources indicated different people.»

⁹⁰⁵ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 569.

demanded a constant and centralised response make it impossible to evaluate the planning and control aspect of the operation without focusing on the work of the OH, the body tasked with those responsibilities. [... The] Court identifies the following important issues under this heading: the composition, functioning and accountability of the OH and the distribution of lines of responsibility and communication within the OH and with the outside agencies, such as the rescue, fire and medical services. [... The] absence of a single coordinating structure tasked with centralised handling of the threat, planning, allocating resources and securing feedback with the field teams, contributed to the failure to take reasonable steps that could have averted or minimised the risk before it materialised [...]. This lack of coordination was repeated during later stages of the authorities' response.»⁹⁰⁶

Für Anti-Terror-Operationen ergeben sich Anforderungen an die Führung sowie unter Umständen das Bedürfnis nach einer besonderen Koordination und Zuweisung einer Gesamtverantwortung aus grundrechtlichen Verpflichtungen.

«In a situation which involves a real and immediate risk to life and demands the planning of a police and rescue operation, one of the primary tasks of the competent authorities should be to set up a clear distribution of lines of responsibility and communication within the OH and with the agencies involved, including the military and security, rescue, fire and medical services. This body should be responsible for collecting and distributing information, choosing negotiation strategies and partners and working out the possible outcomes, including the possibility of a storming and its consequences. It is therefore striking to see that the majority of the members of the body tasked precisely with those questions were effectively excluded from any discussions or decision-making processes. The absence of any records, however concise, of the OH meetings and decisions adopted, highlight the appearance of a void of formal responsibility for the planning and control of the operation, as the situation developed. The subsequent domestic proceedings were unable to fill in this void, and it is still unclear when

⁹⁰⁶ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 564 f.

and how the most important decisions had been taken and communicated with the principal partners, and who had taken them.»⁹⁰⁷

Die Aufgabe einer besonderen Aufbauorganisation in besonderen Lagen besteht darin, erkannte Gefährdungen adäquat abzuwehren. Die grundrechtlichen Verpflichtungen verdichten sich zu einer *cura in organisando*.

c. **Bindung an die rechtlichen Grundlagen**

Die Bezeichnung einer Gesamtleitung oder die tatsächliche Gesamtführung polizeilicher Operationen findet nicht ausserhalb eines Rechtsrahmens und auch nicht in «freier Führung» statt. Die Regulierung polizeilicher Operationen gehört zu den prä-operativen Pflichten der Konventionsstaaten – wobei der EGMR in akuten Krisenlagen Spielräume für situationsbezogene Lösungen zulässt (vgl. Ziff. IV.1.4.3).

«[... In] a lawful security operation which is aimed, in the first place, at protecting the lives of people who find themselves in danger of unlawful violence from third parties, the use of lethal force remains governed by the strict rules of ‘absolute necessity’ [...]. It is of primary importance that the domestic regulations be guided by the same principle and contain clear indications to that extent, including the obligations to decrease the risk of unnecessary harm and exclude the use of weapons and ammunition that carry unwarranted consequences.»⁹⁰⁸

Zu bedenken gilt es, dass polizeiliche Operationen sich primär auf die Rechtsgrundlagen derjenigen Behörde oder Stelle abstützen können müssen, welche die Gesamtleitung innehat. Der Bezug der für die Einsatzführung relevanten Rechtsgrundlagen zu den für besondere Behörden oder Stellen sowie zu den für den Einsatz von Zwangsmitteln einschlägigen Rechtsgrundlagen kann eine besondere sowohl juristische als auch praktische Herausforderung darstellen.

Grundsätzlich ist jede staatliche Stelle an «ihre» spezifischen Rechtsgrundlagen gebunden. Polizeikräfte an die Polizeigesetze, Rettungskräfte an ihre Rechtsgrundlagen und militärische Einsatzkräfte an militärisches Einsatzrecht.

⁹⁰⁷ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 570.

⁹⁰⁸ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 595.

So handelte es sich im Fall *Giuliani and Gaggio v. Italy* um eine Polizeiaktion, bei welcher das Strafgesetzbuch sowie die Polizeigesetzgebung als primäre Rechtsgrundlagen dienten⁹⁰⁹. Der EGMR kommt zum Schluss, dass diese Gesetzesgrundlagen den Anforderungen für die Anwendung von Zwangsmitteln genügen⁹¹⁰.

Im Fall *Isayeva v. Russia* hatte es sich um eine militärische Operation gehandelt; sie stützte sich gemäss dem Expertenbericht auf militärische Rechtsgrundlagen wie das *Army Field Manual* und das *Internal Troops Field Manual*⁹¹¹. Der Gerichtshof bemängelt die ungenügende nationale Rechtsgrundlage: «The [...] Government's failure to invoke the provisions of any domestic legislation governing the use of force by the army or security forces in situations such as the present one, whilst not in itself sufficient to decide on a violation of the State's positive obligation to protect the right to life, is, in the circumstances of the present case, also directly relevant to the Court's considerations with regard to the proportionality of the response to the attack.»⁹¹²

Gemeinsame Operationen von Einsatzkräften (*joint operations*) können zu rechtlichen Gemengelage führen. Ist es in den einschlägigen Rechtsgrundlagen vorgesehen, dass weitere Einsatzkräfte etwa die regulären Stellen unterstützen können, kommen die entsprechenden Regelungen zur Anwendung. Zudem können gut durchdachte *Rules of Engagement* (vgl. Ziff. V.3) zur Vermeidung von Missverständnissen oder Überreaktionen beitragen.

Bei *Tagayeva and others v. Russia* und *Finogenov and others v. Russia* handelte es sich um Operationen, in welche sowohl polizeiliche und militärische Kräfte sowie Rettungskräfte involviert waren. In beiden Fällen waren die Anti-Terror-Operationen gestützt auf die nationale Gesetzesgrundlage des «Suppression of Terrorism Act» erfolgt. Die Problematik liegt für den EGMR darin, dass diese Gesetzesgrundlage nicht genügend bestimmt war. Dies führte schlussendlich dazu, dass militärische Gefechtsregeln analog angewendet worden waren. In

⁹⁰⁹ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 142 ff.

⁹¹⁰ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 218.

⁹¹¹ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 97.

⁹¹² *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 199.

den gegebenen Situationen waren diese weder mit den staatlichen Schutzpflichten noch dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar⁹¹³.

Allenfalls können situationsbezogene Rechtsgrundlagen bestehen. Sie können mit dem Eskalationsgrad einer bestimmten Situation verbunden sein. Der weitestgehende Fall wäre der Notstand. Staaten können aber auch andere Arten von Recht in ausserordentlichen Lagen vorsehen (vgl. Ziff. V.3.4.1.b).

2.3. BESONDERE ANFORDERUNGEN

Der EGMR prüft unter den Verpflichtungen nach Art. 2 EMRK die adäquate Ausrichtung von Operationen. Besonders dort, wo Standardverhalten zur Anwendung kommen (etwa zum Einsatz von Zwangsmitteln), ist es nicht in jedem Fall gleich zweckmässig, unbeschleunigt der konkreten Situation und Gefährdung (also schematisch) zu handeln.

«As to the context, the authorities clearly understood that they were dealing with a young couple and not with hardened criminals or terrorists. The [...] authorities never lost sight of the fact that the incident had its origins in a «lovers' quarrel» and that this factor had to be taken into account if, in the final analysis, it transpired that force had to be used to free Elsie Constantinou. It was not unreasonable in view of the context for the authorities to enlist the help of the family and friends of Lefteris Andronicou in order to bring the situation to an end»⁹¹⁴.

Umgekehrt können aber auch Vorgaben bestehen, welche unter allen Umständen einzuhalten sind; also auch dann, wenn ihre Bedeutung nicht von Anfang an offensichtlich ist (etwa die Dokumentation von Einsätzen).

2.3.1. Lagebeurteilung

Zur Führung einer Operation gehört es, gestützt auf eine Beurteilung der besonderen Lage (vgl. Ziff. IV.2.3) die eigenen Möglichkeiten auszuloten. Dazu ist zunächst auf die Art einer Gefährdung einzugehen (Akteure, Absichten, Fähigkeiten, Mittel). Das

⁹¹³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 598.

⁹¹⁴ *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 183.

konkrete Schadenspotenzial ist unter anderem anhand der Art der Gefährdung, der Wirksamkeit der Mittel der Gegenseite und möglichen weiteren Folgen zu bewerten. Darauf bezieht sich dann eine Evaluation der in Frage kommenden eigenen Mittel unter der Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit⁹¹⁵.

Zu berücksichtigen sind zudem die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung Dritter (welche keine Täter oder Störer sind) sowie weiterer Umweltfaktoren⁹¹⁶.

Wird beispielsweise ein bewohntes Gebiet mit grosser Feuerkraft belegt, besteht eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass Unbeteiligte zu Schaden kommen⁹¹⁷. Dabei hilft es wenig (und entbindet einen Konventionsstaat nicht von seiner Verantwortung), vorab das Verlassen dieses Gebiets für «Unbeteiligte» anzuordnen – gerade für Situationen von Geiselnahmen oder bei der perfiden Verwendung menschlicher Schutzschilde ist es charakteristisch, dass die zu schützenden Personen nicht mehr frei sind, sich zu entfernen oder selbständig Schutz zu suchen.

Bereits vor dem Einsatz von Zwangsmitteln sind die notwendigen Rettungsmassnahmen zu beurteilen und zu planen. Je nach Art der eingesetzten Mittel bedarf es unterschiedlicher Vorgehensweisen und Ressourcen zur medizinischen und psychologischen Betreuung der Betroffenen (vgl. Ziff. V.5.1.3).

2.3.2. Zeitliche Aspekte und Eventualplanung

Nebst der Verfügbarkeit von Einsatzmitteln sind bei grösseren Operationen zeitliche Faktoren zu berücksichtigen. Je nach Ausgangslage und zeitlicher Dringlichkeit können bestimmte Ressourcen nicht oder nur bedingt zur Verfügung stehen.

So kennt zum Beispiel die Tschechische Republik die *Útvar rychlého nasazení Policie ČR*, eine Spezialeinheit zur Terrorismusbekämpfung⁹¹⁸. Die schnelle

⁹¹⁵ FIP, § 6.5.5 f.

⁹¹⁶ FIP, § 6.5.4 und 6.5.6.

⁹¹⁷ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 191; *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 603.

⁹¹⁸ <https://www.policie.cz/clanek/Police-of-the-Czech-Republic.aspx> (besucht am 12. April 2021).

Eingreiftruppe hat einen Bestand von 60 Personen. Damit eine solche Einheit zum Einsatz kommen kann, muss sie zeitgerecht an den Einsatzort verbracht werden können. Je nach Einsatzort ist die Verschiebungszeit der Spezialeinheit bei der Führung und Organisation eines Einsatzes zu berücksichtigen.

Sind notwendige Ressourcen zeitlich nicht sofort oder erst zu spät verfügbar, muss neben einer Lage- und Interventionsbeurteilung auch eine Eventualplanung erfolgen⁹¹⁹.

Der Faktor Zeit spielt zudem auf der taktischen Stufe eine bestimmende Rolle. Im militärischen Bereich wird unter der Bezeichnung *Future Soldier* über Systeme nachgedacht, welche insbesondere eine stärkere Vernetzung, kürzere Entscheidungswege und inzwischen auch die Substituierung menschlicher Entscheidungen durch künstliche Intelligenz erlauben⁹²⁰. Unseres Erachtens wird der Einsatz solcher Systeme noch stärker als bis anhin voraussetzen, dass die besondere Lage ausreichend bekannt ist und richtig beurteilt wird. Mitunter können die Anforderungen an die Planung und Vorbereitung einer Operation weiter ansteigen.

2.3.3. Einhaltung des jeweiligen Rechtsrahmens

Der für die einzelnen staatlichen Stellen geltende rechtliche Rahmen determiniert insbesondere die jeweiligen Aufgaben und Zuständigkeiten sowie allenfalls zulässige Einsatzmittel.

In einem Führungsstab müssen die relevanten staatlichen Stellen (oder Akteure) vertreten sein (vgl. Ziff. V.1.1.2), deren unterschiedliche Aufgaben und Fähigkeiten gebündelt oder koordiniert werden sollen⁹²¹. Die rechtlichen Grundlagen, Aufgaben und Zuständigkeiten, aber auch tatsächliche Fähigkeiten und vorhandene Ressourcen der

⁹¹⁹ Nebst der Priorisierung von Aufgaben, der Verfügbarkeit von Ressourcen und den Möglichkeiten der Gegenseite spielt auch die mutmassliche Einsatzdauer eine wichtige Rolle. Insbesondere in Bezug auf die Einsatzfähigkeit der involvierten Akteure (Verpflegung, psychische und physische Belastung, Konzentration, etc.); FIP, § 6.5.3.

⁹²⁰ CURTIS, *Planning for the Next Generation of Soldier Modernisation*, § 3.1 (Table 4); WEISSWANGE, *Der digitale Soldat*, S. 53.

⁹²¹ FIP, § 2.2.2.

jeweiligen Stellen bilden wichtige Einsatzelemente. Hinzu können individuelle Fähigkeiten und Erfahrungen treten.

Auch bei einer Einbindung in eine besondere Aufbauorganisation oder einen grösseren Führungsstab bleiben staatliche Stellen an die jeweils für sie geltenden Rechtsgrundlagen gebunden. Sie müssen zu Handlungen ermächtigt sein und über die notwendigen Fähigkeiten zu deren Vornahme verfügen. Dies ist insbesondere relevant für die korrekte Verwendung von potenziell letalen Zwangsmitteln und für die Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns.

Gestützt auf ihre Aufgaben und Zuständigkeiten können den beteiligten Akteuren ihre Aufträge in besonderen Lagen zugewiesen werden. Mit der optimalen Einbindung der im konkreten Fall benötigten Ressourcen bei gleichzeitiger rechtlicher Klarheit und Verantwortlichkeit für deren Einsatz können die staatlichen Schutzpflichten bestmöglich wahrgenommen werden.

2.3.4. Interne Kommunikation und Informationsfluss

Führung und Kommunikation sind nicht das Gleiche – sie hängen aber miteinander zusammen. Eine adäquate Kommunikation zwischen verschiedenen staatlichen Stellen ist unabhängig von Zuständigkeiten, Unterstellungsverhältnissen und Aufträgen relevant. Kommunikation als ein permanenter Prozess ermöglicht einen stetigen Informationsfluss und gewährleistet nicht zuletzt die Aktualität des Lagebildes.

Im Fall *Tagayeva and others v. Russia* war die Kommunikation mangelhaft. So wurden beispielsweise die Feuerwehr und die für die Evakuation zuständigen Behörden nicht über die Anzahl der Geiseln informiert. Weiter hatten sie keine Hinweise zur Erhöhung ihrer Einsatzbereitschaft erhalten, obwohl in der Schule Nr. 1 offensichtlich die Gefahr von Explosionen und Feuer bestand. Die Gesundheitsbehörden waren über die Zahl der möglichen Opfer nicht auf dem Laufenden gehalten worden. Die tatsächliche Anzahl war dreimal höher als ursprünglich kommuniziert⁹²². Die ungenügende Kommunikation trug zu einer Verzögerung bei der Rettungsaktion bei.

⁹²² *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 569.

Bei Operationen von Sicherheitskräften sind konsolidierte Lagebilder auf unterschiedlichen Stufen in unterschiedlicher Tiefe und Ausprägung zu vermitteln. Ohne ein aktuelles Lagebild und ohne die Weitergabe der Lageentwicklungsmöglichkeiten kann das Handeln der beteiligten Stellen nicht mehr auf das Ziel ausgerichtet werden. Involvierte Stellen handeln dann mangels besseren Wissens falsch oder zu spät. Damit werden Risiken nicht minimiert, sondern erhöht – allenfalls sogar zusätzliche Gefährdungen geschaffen (auch für die involvierten Sicherheitskräfte).

In *Finogenov and other v. Russia* begann die Evakuierung der Geiseln erst 80 Minuten nach dem Einsatz des (gefährlichen) Gases. Die Rettungsaktion war aufgrund mangelnder Inkenntnissetzung der Rettungskräfte verzögert worden. Die Opfer waren dem Gas über eine längere Zeitdauer ohne medizinische Hilfe und damit einem höheren Todesrisiko ausgesetzt⁹²³.

Letztlich gehört die Gewährleistung einer adäquaten Kommunikation auf technischer, prozeduraler und tatsächlicher Ebene sowohl zu den prä-operationellen⁹²⁴ als auch zu den Pflichten im Rahmen der Führung grösserer polizeilicher Operationen.

Technisch muss gewährleistet werden, dass alle beteiligten Stellen über jene Kommunikationskanäle verfügen, welche einen Austausch erlauben: Sei es über Funk, durch Konferenzschaltungen oder über ein Lageverbundsystem. Dabei ist Redundanz anzustreben.

Prozedural geht es darum, die Informationsverarbeitung und den Informationsfluss unabhängig von Einzelpersonen oder denkbaren Friktionen auszugestalten⁹²⁵. Insbesondere ist die Kommunikation in die Führungsprozesse einzubeziehen.

Tatsächlich müssen Informationen fließen. Dies lässt sich insbesondere durch Rhythmen von Briefings und Debriefings, Lagerapparten und Statusberichten erreichen.

⁹²³ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 257 f.

⁹²⁴ In diesem Sinne BOLZ, *Intelligence Requirements in Hostage Situations*, S. 62.

⁹²⁵ Wer schon in einem militärischen Stab Einsätze geleistet hat, dürfte die Situation kennen, dass Informationen nicht mehr fließen, weil die Führung einer Einheit im Rapport weilt (und dann buchstäblich nicht für reale Meldungen empfänglich ist).

2.3.5. Stabilität und Klarheit

Vor allem bei grösseren (und zeitlich länger andauernden) Operationen gehören eine gewisse Stabilität in der Führung und die Klarheit von Aufträgen zu den Erfolgsfaktoren.

Wechsel in der Führung sind während der Durchführung taktischer Aktionen grundsätzlich zu vermeiden. Ausnahmen können angebracht sein, wenn ein Wechsel auf der Führungsebene die Handlungsoptionen erweitert (zum Beispiel, indem dadurch grössere Handlungsspielräume eröffnet werden, zusätzliche materielle oder personelle Ressourcen eingebunden werden können oder die Anwendung anderer Taktiken ermöglicht wird).

Bei (personellen) Wechseln in der Führung besteht indes das Risiko, Operationen anders durchzuführen als sie geplant gewesen sind oder Änderungen vorzunehmen, welche die länger beteiligten Stellen überraschen oder in welche sie zu wenig einbezogen sind.

Die von der Einsatzleitung formulierte Absicht muss jeder beteiligten Stelle stets klar sein. Die Absicht gilt es aber auch regelmässig auf ihre Richtigkeit (und Zulässigkeit) hin zu überprüfen. Gleiches gilt für Aufträge an Untergeordnete. Kennen Einsatzkräfte die Absicht der Einsatzleitung nicht oder sind ihre Aufträge unklar, gefährdet dies den Erfolg einer Operation. Aus Führungsfehlern kann mittelbar die Verletzung jener Schutzpflichten resultieren, welche die Finalität einer Operation bestimmen.

2.3.6. Dokumentation

Die nationalen Rechtsordnungen geben teilweise die Dokumentierung von polizeilichen Einsätzen explizit vor.

Über die Journalführungspflicht hinaus sind die Sicherheitskräfte der Konventionsstaaten verpflichtet, ihre Operationen in allen Phasen ausreichend zu dokumentieren. Eine solche Pflicht ergibt sich aus Art. 2 EMRK zwar nicht unmittelbar – sie folgt aber mittelbar aus der Untersuchungspflicht. Möglicherweise später bestehende Untersuchungspflichten sind unseres Erachtens bereits bei Beginn jeder Anti-Terror-Operation zu berücksichtigen.

«[...] The] Court has been hampered by the absence of any contemporary documents recording the planning of the operations and the briefings given to the officers involved. Such material might have thrown light on a number of

questions posed by the applicants, notably the reasons why, if the intention had been to arrest the suspects, the operations were not planned to be carried out in simultaneous raids. Nevertheless, on the material available to it, the Court does not find it sufficiently established that within the İstanbul police there had been a conspiracy to execute the suspects or that the police officers entering the apartments had been instructed by the superior officers to kill the suspects irrespective of the existence of any justification for the use of lethal force»⁹²⁶.

Eine ausreichende Dokumentation unterstützt gleichsam die Durchführung einer Operation.

So kann es einsatzrelevant sein, dass alle beteiligten Stellen über gemeinsame und aktuelle Führungsdokumente verfügen. Dazu gehören Journale ebenso wie Organigramme und die Visualisierung von Zuständigkeiten, Verantwortlichkeiten und Kontaktdaten.

Die nationalen Rechtsordnungen verlangen teilweise die schriftliche Beauftragung bestimmter staatlicher Stellen. Dies dient nicht nur der Klarheit und Nachvollziehbarkeit, sondern auch der Perpetuierung und späteren Überprüfung von Aufträgen.

2.4. POLITISCHE EINFLUSSNAHME AUF OPERATIONEN?

Unpassende oder unnötige politische Vorgaben können den Erfolg von Operationen gefährden.

Ein Beispiel ist die Operation «*Gothic Serpent*» in Somalia im Jahr 1993. Ziel der militärischen Operation war es, den mutmasslichen Kriegsverbrecher Mohamed Farrah Aidid und Vertreter seines engsten Führungskreises zu verhaften⁹²⁷. Aus politischen Gründen⁹²⁸ war die Stärke der eingesetzten Task Force auf exakt 450 Personen beschränkt worden. Daher musste deren Bestand unmittelbar

⁹²⁶ *Erdoğan and others v. Turkey*, 19807/92 (2006), § 75.

⁹²⁷ United Nations, Security Council, Resolution 837 (1993), adopted by the Security Council at its 3229th meeting, on 6 June 1993, § 5.

⁹²⁸ MCKNIGHT, *Streets of Mogadishu*, S. 85: «The explanation we were given was that the decision-makers (...) did not want this to look like a build-up similar to Vietnam (...)».

vor dem Einsatz um 46 Personen reduziert werden. In der Folge fehlte dann jene Reserve, die im Einsatz dringend benötigt worden wäre. Zudem fehlten – ebenfalls aus politischen Gründen – die eingeplanten schweren Mittel für präzise Reaktionen⁹²⁹.

Soweit es um den Schutz des Rechtsguts Leben geht – sei es von Geiseln oder anderen Opfern, sei es von Sicherheitskräften oder sei es von Tätern – ist eine politische Einflussnahme unseres Erachtens an der möglichen (zusätzlichen) Gefährdung von Menschenleben zu messen.

So gehen die für Anti-Terror-Operationen geltenden rechtlichen Vorgaben – dazu gehören das gesetzte Recht auf allen Stufen sowie die entsprechende Rechtsprechung – einer politischen Einflussnahme vor. Das bedeutet etwa, dass den Einsatzkräften aufgrund politischer Entscheide weder Mittel vorenthalten noch unzulässigerweise eingeräumt werden dürfen.

Nach einer rund 32-stündigen Belagerung der Wohnung des islamistischen Serienmörders *Mohammed Merah* kam es zu einem rund fünfminütigen Feuergefecht zwischen ihm und den Sondereinsatzkräften der französischen Polizei. Nach erfolglosen Verhandlungen wurde Merah schliesslich mit einem Kopfschuss neutralisiert. Merah hatte zuvor vier Personen vor einer jüdischen Schule sowie drei Soldaten getötet und galt als sehr gefährlich⁹³⁰. Die Operation war vor Ort von Innenminister Guéant geleitet worden⁹³¹. Bald wurde Kritik laut⁹³², warum es nicht gelungen war, den Einzeltäter (nach so langer Zeit) auf andere Art unschädlich zu machen.

Politische Einflussnahmen sind auf jeden Fall zu dokumentieren und sowohl bei der Nachbearbeitung (Ziff. VI.3) als auch einer allfälligen Untersuchungspflicht (vgl. Ziff. VI.4) zu beachten.

⁹²⁹ MCKNIGHT, *Streets of Mogadishu*, S. 84 f. und 168 f.; REILLY, *RoE in Special Operations*, S. 185 (mit dem Beispiel der AC-130; vgl. Fussnote 845).

⁹³⁰ NZZ vom 21. März 2012, S. 1 «Terroristenjagd endet in Toulouse tödlich».

⁹³¹ NZZ vom 22. März 2012, S. 3 «Jihad eines Einzelgängers».

⁹³² NZZ vom 23. März 2012, S. 3 «Terror überschattet Frankreichs Wahlkampf».

Eine politische Einflussnahme kann über die Ausgestaltung von *Rules of Engagement* innerhalb der bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen stattfinden⁹³³. Sie kann dann dazu beitragen, ein (gebotenes) Handeln verhältnismässig umzusetzen (vgl. Ziff. V.3.1)⁹³⁴.

Umgekehrt kann eine politische Einflussnahme zu einer verminderten Wirksamkeit von Operationen führen⁹³⁵ – etwa aus Gründen der öffentlichen Wahrnehmung. Was politisch ein Erfolg sein kann, ist aus Sicht der Einsatzkräfte unter Umständen ein Versagen – und umgekehrt⁹³⁶.

Politische Gründe vermögen die Verpflichtungen der Konventionsstaaten aus dem Recht auf Leben nicht einzuschränken oder aufzuheben. Dies gilt insbesondere auch für das Recht auf Leben der staatlichen Sicherheitskräfte. So darf unseres Erachtens zum Beispiel die Verwendung milder, aber an sich untauglicher Mittel nicht aus opportunistischen Gründen angeordnet werden (vgl. Ziff. V.5.1.5).

3. RULES OF ENGAGEMENT UND EINSATZMITTEL

Die Verwendung von Einsatzmitteln richtet sich nach den jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen und Schranken (vgl. Ziff. IV.3.3.3). Die normativen Vorgaben sind generell-abstrakt. Und sie beziehen weder taktische noch operative Voraussetzungen für die Verwendung bestimmter Zwangsmittel ein.

Rules of Engagement (RoE) als Führungsinstrumente schaffen einen Konnex zwischen den rechtlichen Vorgaben und der Verwendung von Zwangsmitteln in konkreten Operationen. Aufgrund der zunehmenden Komplexität polizeilicher Einsätze sind sie gerade bei Anti-Terror-Operationen unabdingbar.

Aus der jüngeren Rechtsprechung zu Art. 2 EMRK folgt die Pflicht zur Ausgestaltung operativer Steuerungs- und Führungsmittel bei polizeilichen Einsätzen.

⁹³³ Dazu aus militärischer Perspektive REILLY, RoE in Special Operations, S. 27 ff.

⁹³⁴ Vgl. auch etwa U.K./MoD, Joint Doctrine Publication 0-01, S. 49.

⁹³⁵ GULDAHL COOPER, RoE Demystified, S. 190 ff. (m.w.H.).

⁹³⁶ Vortrefflich das Schema bei REILLY, RoE in Special Operations, S. 34 (Figure 2).

3.1. RULES OF ENGAGEMENT

3.1.1. Begriff und Funktion

ROE haben ihre Bedeutung vor allem im Zusammenhang mit militärischen Operationen erlangt⁹³⁷. Zwar besteht weitgehende Einigkeit über ihre Funktion – eine allgemeine Begriffsdefinition fehlt aber bislang⁹³⁸.

Das einschlägige (klassifizierte) Reglement der NATO⁹³⁹ definiert ROE in allgemeiner Art als «directives to military forces (including individuals) that define the circumstances, conditions, degree, and manner in which force, or actions which might be construed as provocative, may be applied.»⁹⁴⁰

Als Instrumente zur Steuerung des Einsatzes von Zwangsmitteln in Operationen⁹⁴¹ erlangen ROE als Richtschnur⁹⁴² eine grosse praktische Bedeutung. Inhaltlich bezwecken sie einen Ausgleich zwischen rechtlich Verlangtem, allfällig politisch Vorgegebenem sowie militärisch Notwendigem⁹⁴³. Innerhalb dieser dreifachen Schnittstelle sind verschiedene funktionale Typen⁹⁴⁴ von RoE denkbar. Neben möglichen Standard-RoE sind vor allem spezifische RoE für bestimmte Operationen bedeutsam⁹⁴⁵.

⁹³⁷ Zu den historischen Hintergründen militärischer RoE vgl. MARTINS, RoE for Land Forces, S. 33 ff.

⁹³⁸ GULDAHL COOPER, RoE Demystified, S. 190 ff. (m.w.H.).

⁹³⁹ NATO ROE Manual MC 362-1 (restricted).

⁹⁴⁰ NATO ROE Manual MC 362-1 (restricted), zitiert gemäss NATO legal Deskbook, S. 254.

⁹⁴¹ MARTINS, RoE for Land Forces, S. 55; GULDAHL COOPER, RoE Demystified, S. 193 und 236 ff.

⁹⁴² WILLIAMS, Training the RoE for the Counterinsurgency Fight, S. 42; MARTINS, RoE for Land Forces, S. 6; SEIFERT, Rewriting the RoE, S. 845.

⁹⁴³ Vgl. ROACH, RoE, S. 47 ff. oder MARTINS, RoE for Land Forces, S. 26; eingehend zum Verhältnis der gleichbedeutenden Elemente zueinander GULDAHL COOPER, RoE Demystified, S. 216 ff. Vgl. auch etwa U.K./MoD, Joint Doctrine Publication 0-01, S. 49. Zum Zusammenhang zwischen Strategie und RoE am Beispiel des U.S.-amerikanischen Einsatzes in Afghanistan vgl. WILLIAMS, Training the RoE for the Counterinsurgency Fight, S. 44 f.

⁹⁴⁴ MARTINS, RoE for Land Forces, S. 30 ff. (mit dem Beispiel militärischer RoE) und 110 ff. Vgl. auch Sanremo Handbook on RoE, S. 12 ff. (Appendix 2 to Annex A)

⁹⁴⁵ SEIFERT, Rewriting the RoE, S. 847 ff. sowie S. 866 ff. zum Problem «einheitlicher» RoE in Polizeioptionen am Beispiel des Aufstands im Irak.

Insbesondere bei Einsätzen zu Gunsten der Inneren Sicherheit ermöglicht die Schaffung von RoE eine Koordination und die subtile Steuerung von Ermessen entweder nach Gefährdungen, nach Räumen oder in zeitlicher Hinsicht.

Mit RoE als Führungsinstrumenten⁹⁴⁶ lassen sich sowohl Elemente der Lagebeurteilung, der Planung und des Einsatzes miteinander verknüpfen als auch Verbindungen zwischen operativer und taktischer Stufe herstellen. Letztlich legen RoE auch die «Spielregeln» für den Umgang mit bestimmten Herausforderungen in konkretisierter Art und Weise fest. Entsprechend müssen RoE den an einer Operation teilnehmenden Sicherheitskräften adäquat vermittelt und in der Anwendung überprüft werden.

Die unterschiedliche Gestalt von RoE – bei einzelnen Einsatzkräften unter Umständen bloss in der verkürzten Form als *Pocket Card* – können zu Verwirrung führen. So wird auf taktischer Stufe zuweilen (fälschlicherweise) vermutet, der Inhalt einer *Pocket Card* sei gleichbedeutend mit den RoE.

Das Erstellen von RoE im Spannungsfeld zwischen Recht, Politik und Einsatzerfordernissen ist stets ein Balanceakt⁹⁴⁷. Auch lässt sich mit RoE nicht jedes taktische Verhalten steuern⁹⁴⁸. Insbesondere Notwehrsituationen bleiben vorbehalten (vgl. Ziff. V.5.2).

3.1.2. Rechtliche Bedeutung

RoE können in verschiedenen Formen ergehen⁹⁴⁹. Sie bilden grundsätzlich⁹⁵⁰ keine Rechtsnormen und vermögen bestehende gesetzliche Normen oder Zuständigkeiten nicht auszudehnen⁹⁵¹. Vielmehr müssen sich RoE auf die einschlägigen Rechtsgrund-

⁹⁴⁶ GULDAHL COOPER, NATO ROE, S. 79 ff.

⁹⁴⁷ REILLY, RoE in Special Operations, S. 32 ff.

⁹⁴⁸ GULDAHL COOPER, RoE Demystified, S. 240.

⁹⁴⁹ Sanremo Handbook on RoE, S. 1; GULDAHL COOPER, RoE Demystified, S. 195 ff.; GULDAHL COOPER, NATO ROE, S. 32 ff.

⁹⁵⁰ Ihr rechtlicher Charakter hängt indirekt auch davon ab, wie die nationalen Rechtsordnungen «Befehle» (zum Beispiel militärische Einsatzbefehle) klassieren; vgl. GULDAHL COOPER, RoE Demystified, S. 207 f. (m.w.H. auf nicht immer widerspruchsfreie nationale Gegebenheiten) oder GULDAHL COOPER, NATO ROE, S. 51 ff.

⁹⁵¹ SEIFERT, Rewriting the RoE, S. 845; U.K./MoD, Joint Doctrine Publication 3-46 (JDP 3-46), Legal Support to Joint Operations S. 26; differenzierend GULDAHL COOPER, RoE Demystified, S. 201 ff.

lagen abstützen können⁹⁵². Die rechtliche Bedeutung der RoE ist eine umgekehrte: Sie leisten einen Beitrag zur Umsetzung des Prinzips der Verhältnismässigkeit⁹⁵³ bei militärischen oder polizeilichen Operationen. Insofern können sie einen bestehenden Rechtsrahmen unter den *Umständen des Einzelfalls* oder einer *Lage* einschränken⁹⁵⁴.

Durch die Ausgestaltung der RoE bei Anti-Terror-Operationen steuert die Führung den Einsatz von Zwangsmitteln und von Taktiken⁹⁵⁵. Dabei ist das rechtliche Kriterium der Notwendigkeit besonders zu beachten. Es ergibt sich bereits aus den nationalen Rechtsordnungen: Entweder wird es für polizeiliches Handeln grundrechtlich oder anhand des allgemeinen Verhältnismässigkeitsprinzips begründet. Beim Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel legt Art. 2 EMRK eine absolute Notwendigkeit als Massstab fest. Die gesetzlichen Regeln für das härteste Zwangsmittel, den Schusswaffeneinsatz, sind aber allgemein gehalten (vgl. Ziff. IV.3.3.3). Auch in dieser Hinsicht haben RoE eine weitere Regulierungsfunktion.

Im Vereinigten Königreich hat das Auftreten von terroristischen Selbstmordattentätern (seit den Anschlägen von London am 7. Juli 2005) zu einer *shoot to kill policy* geführt⁹⁵⁶. Es ist davon auszugehen, dass diese *policy* in RoE der Sicherheitskräfte abgebildet und gesteuert wird. Die Verankerung einer entsprechenden *policy* erscheint heikel. Im Rahmen von RoE ist auf die Notwendigkeit eines detaillierten besonderen Lagebildes hinzuweisen⁹⁵⁷. RoE dürfen sich nicht verselbständigen.

(und schliesslich ebenfalls ablehnend, S. 208). Zum – wohl grundsätzlichen – Spannungsfeld zwischen der Anwendung von RoE auf der einen und dem Setzen und der Anwendung von Normen auf der anderen Seite ausführlich MARTINS, RoE for Land Forces, S. 55 ff.

⁹⁵² NATO legal Deskbook, S. 254 ff.; GULDAHL COOPER, NATO ROE, S. 25.

⁹⁵³ Sanremo Handbook on RoE, S. 1; SEIFERT, Rewriting the RoE, S. 842.

⁹⁵⁴ SEIFERT, Rewriting the RoE, S. 845 (m.w.H.).

⁹⁵⁵ Ähnlich GULDAHL COOPER, RoE Demystified, S. 194.

⁹⁵⁶ WILKINSON, Changing threat, S. 25; m.H., dass die erste Anwendung zu einer unrechtmässigen Tötung geführt hat.

⁹⁵⁷ WILKINSON, Changing threat, S. 25: «imperative to have really precise intelligence before taking this kind of extreme measure».

RoE können die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen (in einem weiten Sinne⁹⁵⁸) in konkreten Situationen oder zu bestimmten Zeiten, in bestimmten Räumen oder bei bestimmten Gefährdungen konkretisieren. Neben der Steuerungsfunktion kann ihnen auch eine Koordinations- und Klärungsfunktion zukommen. Insofern ergänzen RoE auch Einsatzbefehle.

Die Unterscheidung zwischen RoE und spezifischen (taktischen) Befehlen ist nicht immer einfach. Als historische Rule of Engagement wird in der Literatur das Beispiel der Schlacht von *Bunker Hill* vom 17. Juni 1775 im amerikanischen Unabhängigkeitskrieg verwendet⁹⁵⁹. Während der Belagerung von Boston durch die Briten wird dem verteidigenden Colonel Prescott die Anordnung zugeschrieben «don't one of you fire until you see the whites of their eyes»⁹⁶⁰. Diese Anordnung kann aber genauso gut (und wohl viel eher) als spezifischer Befehl qualifiziert werden⁹⁶¹, der aus einem beliebigen Motiv heraus ergangen sein kann: Sei es das Sparen von Munition, seien es taktische Überlegungen⁹⁶². Indes erscheint die Bedeutung der Unterscheidung praktisch gering zu sein. Ob eine Anweisung als RoE oder als Einsatzbefehl (oder taktische Anweisung) ergeht, spielt auf der taktischen Ebene keine unmittelbare Rolle (relevant kann die Fragestellung viel eher für die Zurechnung der Führungsverantwortung sein).

Verstossen RoE gegen rechtliche Normen, gelten die Regeln über unrechtmässige Befehle analog. Umgekehrt kann ein Verstoß gegen RoE als erster Hinweis auf die Unrechtmässigkeit einer Handlung gelten.

⁹⁵⁸ Aus «praktischer Sicht» spielt es keine Rolle, ob sich RoE auf positives Recht, auf eine Rechtsprechung dazu, oder sogar auf Fallrecht abstützen.

⁹⁵⁹ MARTINS, RoE for Land Forces, S. 34: «That order, because it specified the circumstances under which friendly forces could initiate combat with other forces, would qualify today as a rule of engagement.»; vgl. auch, mit dem berechtigten Hinweis auf den jeweiligen Definitionsstand der RoE, REILLY, RoE in Special Operations, S. 14 f.

⁹⁶⁰ MARTINS, RoE for Land Forces, S. 34; GULDAHL COOPER, RoE Demystified, S. 197.

⁹⁶¹ GULDAHL COOPER, RoE Demystified, S. 197: «(...) a specific tactical order, or even a weapon handling instruction, to be executed at that time by the troops present».

⁹⁶² Das Nachladen der damals üblichen Vorderlader – wie der *flintlock* oder der *brown bess* – dauerte recht lange. Das Laden der Gewehre konnte aber teilweise durch ein weniger präzises Verhalten halbiert werden.

So sieht die Doktrin der Streitkräfte des Vereinigten Königreichs eine polizeiliche Untersuchung nicht nur bei Hinweisen auf Rechtsverstöße (*breach of the law*), sondern auch bei einem «significant breach of rules of engagement» vor⁹⁶³.

3.2. ZIVILE UND MILITÄRISCHE EINSATZVERBÄNDE

Bei Anti-Terror-Operationen kann eine Herausforderung in der Auswahl der adäquaten Einsatzmittel liegen⁹⁶⁴. Nachfolgend werden Einsatzverbände und Spezialkräfte vereinfachend ebenfalls als Einsatzmittel betrachtet.

3.2.1. Reguläre Polizeikräfte

Die Aufgabe der Bekämpfung terroristischer Aktivitäten mit repressiven Mitteln inklusive des möglichen Rückgriffs auf Zwangsmittel ist eine polizeiliche. Sie ist daher primär von den für allgemeine Polizeiaufgaben zuständigen Behörden zu erfüllen⁹⁶⁵. Die Bedeutung der ordentlichen, vor Ort sachzuständigen Sicherheitskräfte darf nicht unterschätzt werden.

«(T)errorism (and the criminal activities that support it) are best dealt with by local law enforcement who – through informal channels of intelligence gathering within a community – are best positioned to investigate and apprehend the leaders and operatives of these networks.»⁹⁶⁶

Ordentliche Polizeikräfte tragen die *Grundlast* zur Bekämpfung (auch) terroristischer Bedrohungen. Falls sie dafür im Rahmen ihrer normalen Aufgabenerfüllung nicht ausreichend alimentiert oder adäquat ausgerüstet sind, wäre dies bei konkreten Hinweisen auf terroristische Gefährdungen zumindest vorübergehend auszugleichen.

In diesem Sinne ist wohl auch die vom EGMR im Urteil *Tagayeva and others v. Russia* zitierte Expertengruppe bei der Beurteilung der Terrorlage in Beslan zu verstehen: «The experts started by reiterating that the presence of only

⁹⁶³ U.K./MoD, Joint Doctrine Publication 3-46 (JDP 3-46), Legal Support to Joint Operations S. 32 (mit weiteren Ausführungen auf S. 33).

⁹⁶⁴ Vgl. die Beispiele bei HUGHES, *Military's Role*, S. 37 ff.

⁹⁶⁵ MARTIN, *Essentials of terrorism*, S. 226.

⁹⁶⁶ FOREST *Counterterrorism*, S. 21.

one unarmed police officer at the school at the time of the hostage-taking had delayed the response to the attack and permitted the terrorists to capture a large number of children and adults at the ceremony, as well as secure the building and deploy the IEDs [improvised explosive devices] with very little resistance. Without predicting the exact results of a heavier security presence at the ceremony, the experts argued for the possibility that «an adequately-assured police response would have repelled the terrorists for long enough to allow significant number» of potential hostages to escape.»⁹⁶⁷

Bei Einsätzen zur Abwehr terroristischer Gefährdungen ist primär auf das ordentliche Repertoire polizeilicher Zwangsmittel abzustellen. Dazu gehören sowohl nicht letale⁹⁶⁸ als auch letale Zwangsmittel. Darüber hinaus kann der Beizug von speziell ausgebildeten Personen erforderlich sein: etwa von Verhandlern bei Geiselnahmen⁹⁶⁹, von Psychologen, oder von Waffenspezialisten zur Einschätzung potenzieller Gefährdungen.

3.2.2. Spezialeinheiten

Die Staaten tendieren seit den 1960er Jahren dazu, zur Bekämpfung schwerer Gewalt Spezialeinheiten (Special Operations Forces, SOF) zu bilden (vgl. Ziff. IV.3.3.2)⁹⁷⁰. Spezifische Anti-Terror-Einheiten bedürfen eines entsprechenden *commitment*⁹⁷¹: Ohne die notwendige Vorbereitung bei der Ausbildung, der adäquaten Ausrüstung, der Schaffung tragfähiger Rechtsgrundlagen und der Klärung von Verantwortlichkeiten bleibt der Mehrwert von Spezialeinheiten gering.

⁹⁶⁷ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 442.

⁹⁶⁸ *Şimşek and others v. Turkey*, 35072/97 and 37194/97 (2005), § 91 (m.H. auf die *UN Basic Principles*); ROCHE, Operationalising the ECHR, S. 64.

⁹⁶⁹ *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 183; ROCHE, Operationalising the ECHR, S. 63.

⁹⁷⁰ Vgl. auch HUGHES, *Military's Role*, S. 37 ff.

⁹⁷¹ COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 298.

Meist reichen kleine, dafür sehr gut ausgebildete SOF mit integren Personen aus⁹⁷², um besondere Gefährdungen abzuwehren oder um Situationen zu bereinigen⁹⁷³.

«Certainly, conventional military units (infantry, armor, etc.) are often ill-suited to the task. As a result, nations throughout the world have developed special military units to fight terrorism, such as the Israeli Sarayat Matkal, British SAS, German GSG9, and U.S. Delta Force. Members of these special units develop an array of unique skills that make them more effective in tracking down and apprehending or eliminating terrorists. They learn foreign languages, cultural awareness, and an ability to adapt on their own (or in small teams) when faced with dynamic and often dangerous situations. In essence, the most effective kinds of military-related deterrents in counterterrorism are often invisible, rather than the more traditional military weapons of tanks, mortars, missiles, and so forth.»⁹⁷⁴

Der Einsatz von (zivilen oder militärischen) SOF kann zu einem Dilemma hinsichtlich der Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes führen.

«Successful special operations represent somewhat of a paradox: SOF are usually selected as a minimal force [...] solution at the political and [...] strategic level. However, at the tactical level, SOF must have latitude to apply maximum force in order to succeed.»⁹⁷⁵

Daher sind unseres Erachtens für SOF spezifische RoE – allenfalls sogar spezifische Rechtsgrundlagen – notwendig.

⁹⁷² URBAN, *Big Boys' Rules*, S. 246 f. (m.H. auf die strenge Auswahl der am Schluss noch gut 20 Angehörigen des *Ulster contingent* der SAS).

⁹⁷³ Beispielsweise sind die SAS heute in drei Regimentern gegliedert; davon ist aber nur 22 *Special Air Service Regiment* aktiv. Aufgrund der sehr strengen Auswahlkriterien hat das Regiment Probleme, geeigneten Nachwuchs zu rekrutieren respektive aktive Angehörige zu behalten (welche in den Konfliktherden dieser Welt in kurzer Zeit sehr viel mehr verdienen können).

⁹⁷⁴ FOREST *Counterterrorism*, S. 11.

⁹⁷⁵ REILLY, *RoE in Special Operations*, S. 181.

3.2.3. Reguläre militärische Verbände

Reguläre *militärische Verbände* handeln üblicherweise nach militärischer Doktrin. Eine militärische Auftragstaktik ist in der Regel darauf ausgerichtet, mit dem Maximum an Kraftentfaltung in räumlicher und zeitlicher Hinsicht eine Entscheidung herbeizuführen – sprich den Erfolg zu erzwingen. Dies kann – in beschränktem Masse – auch in Anti-Terror-Operationen geboten sein, wobei auch dann die Konventionsgarantien einzuhalten sind.

Für den Einsatz autonom agierender militärischer Verbände ist es entscheidend, in welcher Lage sie eingesetzt werden, von welchen Annahmen und Beurteilungen sie selber ausgehen und nach welchen weiteren Grundsätzen sie ihr Handeln auszurichten haben.

So ging es bei *McCann and others v. The United Kingdom* um eine koordinierte Festnahme. Für eine militärische Operation macht es einen Unterschied, ob dabei im Rahmen einer Anti-Terror-Operation oder im Rahmen der Landkriegführung taktisch gehandelt wird⁹⁷⁶.

Neue Konfliktformen führen zu einer Vermengung von militärischen und polizeilichen Kräften⁹⁷⁷. Hinter einem Einbezug militärischer Kräfte können qualitative Bedürfnisse stehen, wenn polizeiliche Mittel nicht mehr ausreichen, um einer bestimmten Bedrohung zu begegnen (zum Beispiel, weil auf der Gegenseite Kombattante agieren; vgl. Ziff. V.1.3.3 und aus der Realität die *Little Green Men*). Bei flächendeckenden oder über eine längere Zeit anhaltenden Bedrohungen können zudem quantitative Bedürfnisse ausschlaggebend sein (weil die Polizeikräfte zahlenmässig nicht ausreichen).

Für den Einsatz militärischer Mittel sind die weiteren Umstände einer Anti-Terror-Operation sorgfältig zu berücksichtigen. Militärische Elemente verfügen zwar in der Terrorismuskämpfung üblicherweise über die grösste Schlagkraft⁹⁷⁸ – verlangt wird aber meist ein *ausgewogenes* Instrumentarium zur Abwehr einer Bedrohung. Reguläre militärische Kräfte sind für Assistenzdienste und selbst für Friedenserhaltungsoperationen schlecht

⁹⁷⁶ Weiterführend URBAN, *Big Boys' Rules*, S. 162.

⁹⁷⁷ VAN CREVELD, *Transformation of War*, S. 207 – wobei der Autor es etwas schärfer formuliert hat («regular forces degenerate into police forces»).

⁹⁷⁸ FOREST *Counterterrorism*, S. 10 («brute force»).

geeignet⁹⁷⁹. Eine Unterstützung der zivilen Polizeikräfte kann mit dem gezielten Einsatz militärischer Spezialeinheiten oft besser gelingen.

3.2.4. Grundrechtliche Anforderungen

Die konventionsrechtlichen Anforderungen müssen stets eingehalten werden. Aus grundrechtlicher Sicht spielt es *prima vista* keine Rolle, welche Verbände von einem Konventionsstaat für Anti-Terror-Operationen eingesetzt werden. Die grundrechtlichen Anforderungen manifestieren sich gleichwohl indirekt, da die zur Verfügung stehenden Einsatzmittel für unterschiedliche Aufträge unterschiedlich geeignet sind.

In der Praxis werden Anti-Terror-Operationen meist nicht als artreine Einsätze, sondern in Mischformen durchgeführt. Entsprechend sind die prä-operationellen (vgl. Ziff. IV) und die grundrechtlichen Anforderungen an die Führung einer Operation (vgl. Ziff. V.2) dominant.

Beim Einsatz militärischer Verbände stellen sich stets Fragen nach der zivilen Kontrolle, der Verantwortlichkeit und der Wirksamkeit einer späteren Untersuchung (*effective investigation*).

3.3. FREIGABE VON ZWANGSMITTELN

Bei der Freigabe von Zwangsmitteln geht es letztlich um praktische Fragen der Rechtsanwendung und die Herstellung einer Verantwortlichkeit. Die Freigabe betrifft beispielsweise besondere Schusswaffen oder andere Instrumente zur Anwendung von Zwang, welche die üblichen, den Sicherheitskräften für ihre gewöhnliche Polizeiarbeit zur Verfügung stehenden Mittel übersteigen.

Die Freigabe eines (spezifischen) Zwangsmittels stellt stets einen Eskalationsschritt dar: Es werden den Einsatzkräften zusätzliche – in der Regel härtere (höhere Feuer- oder Durchschlagskraft sowie grössere Einsatzdistanzen) – Mittel zur Verfügung gestellt. Die Freigabe ist *nicht in jedem Fall* gleichbedeutend mit der Anordnung der Verwendung des spezifischen Mittels. Sie dient vielmehr einer generellen, unter Umständen aber auch individuellen Steuerung von Aktionen oder Operationen und beeinflusst das taktische Verhalten der Sicherheitskräfte.

⁹⁷⁹ Ähnlich WILKINSON, *Terrorism versus Democracy*, S. 102 f.

3.3.1. Generelle oder individuelle Freigabe

Bei einer *generellen* Freigabe werden die entsprechenden Zwangsmittel grundsätzlich⁹⁸⁰ für alle am Einsatz beteiligten Sicherheitskräfte freigegeben.

Die *individuelle* Freigabe betrifft den Einsatz eines bestimmten Zwangsmittels durch eine bestimmte Person oder Personengruppe. Die individuelle Freigabe steht meist im Kontext zur Anordnung einer bestimmten Massnahme (insofern ist sie individuell-konkret).

Ein Beispiel dafür ist die Anordnung eines *finalen Rettungsschusses*. Die Ausführung wird meist nur dafür spezifisch ausgebildeten und ausgerüsteten Spezialisten übertragen; etwa den Präzisionsschützen einer SOF, welche direkt der Einsatzleitung unterstehen.

3.3.2. Verhältnismässigkeit

Die Freigabe von Zwangsmitteln erfolgt nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Verwendung des einer Freigabe unterliegenden Zwangsmittels ist in normalen Lagen nicht erforderlich oder nicht zumutbar (Übermassverbot). Die Freigabe entbindet in einer konkreten Situation nicht von einer Verhältnismässigkeitprüfung.

Selbst eine *generelle* Freigabe entbindet unseres Erachtens die Einsatzkräfte vor Ort nicht von der Prüfung insbesondere der Zumutbarkeit der Verwendung im Einzelfall. Bei einer *individuellen* Freigabe und gleichzeitiger Anordnung des Einsatzes obliegt es hingegen den anordnenden Stellen, vorab eine vollständige Verhältnismässigkeitprüfung vorzunehmen. Dazu kann eine umfassende Umfeldanalyse notwendig sein, welche die konkret handelnde Person in der Regel nicht selber oder nicht rechtzeitig vornehmen kann.

Die Freigabe von Zwangsmitteln dürfte in der Regel dann unzulässig sein, wenn dadurch auch Dritte gefährdet werden. Der Einsatz des entsprechenden Mittels würde dann in der konkreten Situation dem Massstab der *absoluten Notwendigkeit* nicht genügen⁹⁸¹.

⁹⁸⁰ Vorbehalten kann insbesondere der individuelle Ausbildungsstand einer Person bleiben.

⁹⁸¹ Vgl. zu den gemessen an der konkreten Situation nicht absolut notwendigen (und daher unzulässigen) Zwangsmitteln *Güleç v. Turkey*, 54/1997/838/1044 (1998), §§ 71 ff.; vgl. auch HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 193.

So muss beispielsweise der Anordnung der Neutralisierung eines Geiselnahmers mit Präzisionswaffen eine konkrete Lagebeurteilung vorangehen. Ist anzunehmen, dass ein Projektil (selbst bei einem Treffer der Zielperson) auch Dritte gefährdet, wäre die Freigabe unzulässig.

3.3.3. Freigabe letaler Zwangsmittel

Für den gezielten Einsatz von *letal*en Zwangsmitteln bedarf es in manchen Konventionsstaaten grundsätzlich⁹⁸² der Freigabe durch eine verantwortliche Person. Die Verantwortung orientiert sich an den Zuständigkeiten dieser Person: Sie muss grundsätzlich über die Möglichkeit verfügen, im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung verschiedene Optionen gegeneinander abzuwägen. Unseres Erachtens ist dabei das Schadenspotenzial des freizugebenen Zwangsmittels massgeblich. In der Regel wird die Freigabe durch einen Einsatzleiter vor Ort oder durch einen Gesamteinsatzleiter erfolgen müssen.

Die verwendeten Mittel können auch zu einer längerfristigen Verantwortlichkeit der Staaten führen. Im Fall *Albekov and others v. Russia* sind mehrere Menschen in einem Minenfeld in der Nähe eines Dorfes umgekommen⁹⁸³. «Therefore, having regard to the State's failure to endeavour to locate and deactivate the mines, to mark and seal off the mined area so as to prevent anybody from freely entering it, and to provide the villagers with comprehensive warnings concerning the mines laid in the vicinity of their village, the [...] State has failed to comply with its positive obligation under Article 2 of the Convention to protect the lives of Mr Vakhazhi Albekov, Mr Khasayn Minkailov and Mr Nokha Uspanov.»⁹⁸⁴

⁹⁸² Die Notwehr und die Notwehrhilfe können davon ausgenommen sein; wobei auch dann der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist.

⁹⁸³ *Albekov and others v. Russia*, 68216/01 (2009), §§ 7 ff.

⁹⁸⁴ *Albekov and others v. Russia*, 68216/01 (2009), § 90. Ähnlich der Fall *Oruk v. Turkey*, 33647/04 (2014), wo die Behörden es unterlassen hatten, einen militärischen Schiessplatz abzusperren: La «Cour considère que des panneaux d'avertissement et autres dispositifs susceptibles de signaler la dangerosité de la zone du fait de la présence de munitions non explosées auraient dû être mis en place afin que le périmètre du terrain à risque fût clairement délimité. En l'absence de tels dispositifs, il appartenait à l'Etat d'assurer la dépollution de la zone de tir afin d'éliminer toutes

3.3.4. Freigabe non-letaler Zwangsmittel

Zur Freigabe *non-letaler Zwangsmittel* ist keine strenge Kaskade notwendig. Bei diesen Zwangsmitteln ist das Rechtsgut Leben bei korrekter Anwendung in der Regel nicht direkt gefährdet. Umgekehrt eröffnet das Verhältnismässigkeitsprinzip Spielräume für die Anwendung non-letaler Zwangsmittel: Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit stellen sie ein milderes Mittel gegenüber letalen Zwangsmitteln dar. Unseres Erachtens sollte es den Verantwortungsträgern vor Ort freigestellt bleiben, aufgrund einer bestimmten Situation über den entsprechenden Mitteleinsatz zu entscheiden.

Ist der Einsatz letaler Zwangsmittel zulässig, entspricht der Rückgriff auf non-letale Mittel dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Erforderlichkeit), wenn diese Zwangsmittel ebenfalls zum Erfolg führen (Eignung). Insofern ist bei einer bestehenden Freigabe von letalen Zwangsmitteln auch der Einsatz non-letaler Mittel möglich.

3.3.5. Delegation

Die Verantwortlichkeit der Einsatzkräfte bei Operationen muss nachvollzogen werden können (vgl. Ziff. V.2.2). Eine Delegation der Freigabe von Zwangsmitteln ist denkbar, wenn die Voraussetzungen dafür bestehen. Optimalerweise erfolgt eine Delegation abgestimmt auf die Rules of Engagement. Dazu müssen Delegationen eingeplant und in örtlicher, zeitlicher oder sachlicher Hinsicht abgebildet werden.

So können etwa einsatzbezogen Räume definiert werden, für welche die Operationsführung unter bestimmten Voraussetzungen den Entscheid über die Freigabe von Zwangsmitteln für eine gewisse Zeit an eine tiefere Führungsstufe abgibt. Dies aus der Erkenntnis, dass die Gesamteinsatzleitung oft zu weit vom Ort des Geschehens entfernt ist und damit einzelne Situationen nicht adäquat und zeitgerecht beurteilen kann. Demgegenüber verfügen örtliche Einsatzleiter eher über die Möglichkeit, direkt über die Notwendigkeit eines

les munitions non explosées qui se seraient trouvées sur le terrain à l'issue des exercices et de garantir que cette zone et ses environs fussent exempts de tout danger pour les populations civiles» (§ 62).

Zu beiden Fällen auch SICILIANOS, Positive obligations, S. 36 f.

Mitteinsatzes zu entscheiden⁹⁸⁵. Zum Beispiel, wenn sich in einer besonderen Lage eine punktuelle Eskalation ergibt.

Zentral ist unseres Erachtens der Erhalt der Gesamtverantwortung und der Gesamtkontrolle über die Operation vor dem spezifischen Hintergrund einer besonderen Lage. Auch bei einer Delegation muss die Befehlskette erhalten bleiben.

Im Urteil *McCann and others v. The United Kingdom* verortet die *Grand Chamber* die Verantwortung für den tödlichen Mitteleinsatz nicht bei den befehlsbefolgenden Soldaten, sondern bei den Befehlsgebern – diese waren für Fehlinformationen und den daraus resultierenden tödlichen Ausgang der Operation verantwortlich⁹⁸⁶.

Demgegenüber erachtet es der EGMR in *Tagayeva v. Russia* nicht als notwendig, genauer auf die Verantwortung bestimmter Freigaben von Zwangsmitteln einzugehen. Dies vor dem rechtlichen Hintergrund, dass sowieso ein klarer Verstoss gegen Art. 2 EMRK vorliege und die nationalen Rechtsgrundlagen ungenügend seien⁹⁸⁷.

Bei einer Delegation schwingt stets die nach Art. 2 EMRK bestehende Untersuchungspflicht mit (vgl. Ziff. VI.4): Ist bei einem fragwürdigen Mitteleinsatz eine Untersuchung der Verantwortung (und Sanktionierung der Verantwortlichen) nicht möglich, trägt ein Konventionsstaat *dafür* die Verantwortung (und verletzt die Konventionsgarantie)⁹⁸⁸.

3.4. ABSTRAKTE SCHRANKEN FÜR DEN EINSATZ VON ZWANGSMITTELN

Die Verwendung von Zwangsmitteln richtet sich nach den jeweiligen gesetzlichen Grundlagen der Konventionsstaaten (vgl. Ziff. IV.3.3). Unter Umständen ergeben sich komplementär dazu *abstrakte* Schranken für den Einsatz von Zwangsmitteln: Sei es

⁹⁸⁵ Unseres Erachtens ist eine weitere Delegation der Mittelfreigabe nicht vertretbar. Davon ausgenommen sind Notwehr und Notwehrhilfe, da in solchen Situationen keine Zeit vorhanden ist, um eine Freigabe abzuwarten.

⁹⁸⁶ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 200.

⁹⁸⁷ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 611.

⁹⁸⁸ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (3th ed.), S. 223.

aufgrund eines Zwangsmittels an sich oder aufgrund von dessen potenzieller Wirkung. Neben die nationalen Regelungen treten unter Umständen allgemeine Rechtsprinzipien und völkerrechtliche Schranken.

3.4.1. Gesetzliche Grundlagen in den Konventionsstaaten

a. Grundsatz

Das Legalitätsprinzip verlangt auch für Anti-Terror-Operationen eine (ausreichende) gesetzliche Grundlage (vgl. Ziff. IV.1.3 und IV.1.4.3). Der EGMR setzt voraus, dass nationale Rechtsgrundlagen bestehen, welche die Menschenrechte schützen, aber den Behörden auch einen Handlungsrahmen für ihre Operationen vorgeben.

Im Urteil *McCann and others v. The United Kingdom* hat die *Grand Chamber* festgehalten, dass es bis zu einem gewissen Grad durchaus Unterschiede zwischen den nationalen Regelungen und dem Konventionsstandard geben kann: «[...] While the Convention standard appears on its face to be stricter than the relevant national standard [...], there is no significant difference in substance between the two concepts. [...] Whatever] the validity of this submission, the difference between the two standards is not sufficiently great that a violation of Article 2 para. 1 [...] could be found on this ground alone.»⁹⁸⁹

Der Gerichtshof betont, dass Sicherheitskräfte beim Einsatz von Zwangsmitteln nicht einem rechtlichen Vakuum ausgesetzt werden dürfen (vgl. bereits Ziff. III.2.5.1.a und IV.1.4.2). Ein Regelungsbedürfnis verlangt unseres Erachtens nach dem Setzen rechtlicher Schranken – solche können im Sinne allgemeiner Verbote bestimmter Zwangsmittel ergehen.

So wird zum Beispiel in den Schweizer Kantonen regelmässig ein Verbot von Gummischrot diskutiert. Unseres Erachtens würde ein Verbot nicht bloss den Einsatz untersagen, sondern auch die Beschaffung und den Besitz entsprechender Abschussgeräte und von Munition bei den Sicherheitskräften verbieten. Ein kantonales Verbot würde indes keine Geltung gegenüber den Sicherheitskräften des Bundes entfalten.

⁹⁸⁹ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), §§ 154 f.

Weiter können die nationalen Gesetzgeber technische Beschränkungen respektive bestimmte Verwendungsarten von an sich zulässigen Zwangsmitteln vorsehen.

So ist in manchen Konventionsstaaten der Einsatz von Wasserwerfern erlaubt, aber das Beimischen chemischer Substanzen untersagt. Damit wird die Wirkung dieses Zwangsmittels auf einen kinetischen Effekt reduziert (was die sich daraus möglicherweise ergebenden Reflexwirkungen natürlich nicht ausschliesst).

Die Massstäbe für den Einsatz bestimmter Zwangsmittel können je nach Situation variieren⁹⁹⁰.

b. Ausnahme beim Bestehen einer Schutzpflicht nach Art. 2 EMRK

Der EGMR ist offenbar bereit, zumindest in Ausnahmesituationen etwas grosszügiger zu sein. Eine milde Auslegung des Legalitätsprinzips kann den Behörden Spielräume für *ad hoc* Lösungen zur Gefahrenabwehr eröffnen (vgl. bereits Ziff. IV.1.4.2)⁹⁹¹.

Im Urteil *Finogenov and others v. Russia* hat der EGMR zwar festgestellt, dass für den Einsatz eines narkotisierenden Gases keine klare gesetzliche Grundlage bestanden habe. Aus dem Regulierungsdefizit hinsichtlich des Einsatzes des potenziell tödlichen Zwangsmittels schloss der Gerichtshof nicht *per se* auf einen unmittelbaren Konventionsverstoss⁹⁹²: «[...] Even if necessary regulations did exist, they probably would be of limited use in the situation at hand, which was totally unpredictable, exceptional and required a tailor-made response. The unique character and the scale of the Moscow hostage crisis allows the Court to distinguish the present case from other cases where it examined more or less routine police operations and where the laxity of a regulatory framework

⁹⁹⁰ JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 146.

⁹⁹¹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 229, m.H. auf die *UN Basic Principles*.

⁹⁹² *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 229 f.: Although «the law, in principle, allows the use of weapons and special-purpose hardware and means against terrorists [...], it does not indicate what type of weapons or tools can be used and in what circumstances».

for the use of lethal weapons was found to violate, as such, the State's positive obligations under Article 2 of the Convention.»⁹⁹³

Damit steht in einer *ausserordentlichen Lage* eine Regelungslücke dem Einsatz besonderer Zwangsmittel nicht entgegen⁹⁹⁴. Entscheidend erscheint, dass gleichzeitig eine sich aus Art. 2 EMRK ergebende Schutzpflicht (gegenüber Dritten) besteht. Die Pflicht zum Schutz des Rechtsguts Leben überlagert dann das Verbot des Einsatzes potenziell letaler Zwangsmittel.

Der Gerichtshof hat dies im Urteil *Tagayeva and others v. Russia* (allerdings bei der Beurteilung der absoluten Notwendigkeit) bestätigt: «[In] a lawful security operation which is aimed, in the first place, at protecting the lives of people who find themselves in danger of unlawful violence from third parties, the use of lethal force remains governed by the strict rules of <absolute necessity> within the meaning of Article 2 of the Convention. It is of primary importance that the domestic regulations be guided by the same principle and contain clear indications to that extent, including the obligations to decrease the risk of unnecessary harm and exclude the use of weapons and ammunition that carry unwarranted consequences.»⁹⁹⁵

Die Ausnahme darf nicht extensiv ausgelegt werden. Nach der bisherigen Rechtsprechung des EGMR kommt sie nur für Anti-Terror-Operationen zur Anwendung – also nicht für eine normale Polizeitätigkeit oder für andere Arten der Gefahrenabwehr.

⁹⁹³ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 230; ebenso in *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 594.

⁹⁹⁴ In der Schweiz wird die *polizeiliche Generalklausel* rechtlich anerkannt. Dieses Rechtsinstitut erlaubt in ausserordentlichen Lagen ein staatliches Handeln in Abweichung vom Legalitätsprinzip. Der EGMR akzeptiert dies zumindest dann, dann die «Generalklausel» selber abstrakt auf Verfassungsstufe verankert wird; vgl. *Schneiter v. Switzerland* (AD), 63062/00 (2005), S. 11 ff., *Gsell v. Switzerland*, 12675/05 (2009), §§ 51 ff. (Rekurs auf die Polizeigeneralklausel im konkreten Fall nicht zulässig). In der Schweizer Literatur sind die Kriterien der «Generalklausel» umstritten.

⁹⁹⁵ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 595.

3.4.2. Unterscheidungsgebot

Eine absolute Schranke für den Einsatz von potenziell tödlichen Zwangsmitteln folgt unseres Erachtens aus dem Unterscheidungsgebot⁹⁹⁶. Das Unterscheidungsgebot ergibt sich für den Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel aus Art. 2 Abs. 2 EMRK: Die Rechtfertigungsgründe für Ausnahmen vom Tötungsverbot stehen unter dem Vorbehalt der absoluten Notwendigkeit – dies schliesst die Anwendung entsprechender Zwangsmittel gegenüber Dritten von vorneherein aus; ihnen gegenüber kann sogar eine staatliche Schutzpflicht bestehen (vgl. Ziff. III.2.2.5 sowie V.4 – und dort insb. 4.5 und 4.6).

Der EGMR verlangt für die durch den Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel mögliche Betroffenheit Dritter keinen unwiderlegbaren Nachweis. Vielmehr lässt er es im Urteil *Tagayeva and others v. Russia* genügen, dass die Betroffenheit Dritter nach den Umständen denkbar ist: The Court was «unwilling to speculate about the individual deaths and injuries sustained. Despite this lack of individual certainty, the [...] known elements of the case allow it to conclude that the use of lethal force by the State agents contributed, to some extent, to the casualties among the hostages.»⁹⁹⁷ Dieser Schluss ist unseres Erachtens folgerichtig, da bereits eine übermässige Gefährdung des Lebens zu einer Verletzung von Art. 2 EMRK führen kann.

Soweit Anti-Terror-Operationen nach den Regeln des Humanitären Völkerrechts erfolgen dürfen, ist strikt zwischen Kombattanten und Zivilisten zu unterscheiden (zum Kombattantenstatus vgl. Ziff. V.1.3.3 und zum Schutz von Zivilisten III.4.2).

Die Schutzverpflichtung gegenüber Zivilisten entspricht unseres Erachtens mehr als einem Gebot für bewaffnete Konflikte. Darin ist ein universelles Prinzip zu sehen, welches – *mutatis mutandis* – auch eine allgemeine Richtschnur staatlichen Handelns bildet.

⁹⁹⁶ Im Polizeirecht dürfte wohl im Ergebnis in allen Konventionsstaaten das *Störerprinzip* gelten. Demnach richten sich polizeiliche Massnahmen zur Gefahrenabwehr grundsätzlich gegen «Störer».

⁹⁹⁷ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 590.

3.4.3. Chemische Stoffe im Besonderen

Der Einsatz letaler Gase (etwa Sarin oder VX), toxischer Chemikalien aus der Industrie (etwa Chlorine) oder Toxine (etwa Rizin) ist weltweit durch die Chemiewaffenkonvention⁹⁹⁸ (*Chemical Weapons Convention*, CWC) geächtet.

a. Verbot chemischer Waffen

Gemäss den allgemeinen Verpflichtungen der CWC ist die Verwendung chemischer Waffen verboten (Art. I Ziff. 1 Bst. b CWC). Die Verbote der CWC sind umfassend zu verstehen; insbesondere kennt das Übereinkommen keine Rechtfertigungsgründe (wie etwa die Selbstverteidigung)⁹⁹⁹.

Der Begriff der *chemischen Waffe* nach CWC stellt auf die Verwendung toxischer Chemikalien und deren Vorläufer ab (Art. II Abs. 1 Bst. a)¹⁰⁰⁰. Als *toxisch* gilt «jede Chemikalie, die durch ihre chemische Wirkung auf die Lebensvorgänge den Tod, eine vorübergehende Handlungsunfähigkeit oder einen Dauerschaden bei Mensch oder Tier herbeiführen kann. Dazu gehören alle derartigen Chemikalien, ungeachtet ihrer Herkunft oder der Art ihrer Produktion und ungeachtet dessen, ob sie in Einrichtungen, in Munition oder anderswo produziert werden» (Art. II Ziff. 2). Als *Vorläuferprodukt* gilt «eine chemische Reaktionskomponente, die auf irgendeiner Stufe bei jeder Art von Produktion einer toxischen Chemikalie beteiligt ist. Dazu gehört jede Schlüsselkomponente eines binären oder Mehrkomponentensystems» (Art. II Ziff. 3).

Chemische Waffen können, je nach Wirkung, in die vier Kategorien der Hautgifte (*blister agents*), Blutgifte (*blood agents*), Nervengifte (*nerve agents*) und Reizstoffe (*harassing agents*) eingeteilt werden¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁸ Übereinkommen über das Verbot der Entwicklung, Herstellung, Lagerung und des Einsatzes chemischer Waffen und über die Vernichtung solcher Waffen vom 13. Januar 1993 (SR 0.515.08).

⁹⁹⁹ BOOTHBY, Weapons and LOAC, S. 117.

¹⁰⁰⁰ Hintergrund ist der von KRUTZSCH/TRAPP, Definitions, S. 76 betonte Umstand, dass «(u)nder the CWC, each of the components of a chemical weapons system by itself already has to be regarded as the prohibited weapon.»

¹⁰⁰¹ GIOVANELLO, RCA and Chemical Weapons Control, S. 2 f.

Mit der offenen Definition der chemischen Waffe sollen insbesondere auch chemische Stoffe mit einem *dual-use-Charakter* von der CWC erfasst werden¹⁰⁰².

Classical chemical weapons	Industrial pharmaceutical chemicals	Bioregulators and peptides	Toxins	Genetically modified biological weapons	Traditional biological weapons
Blood agents Blister agents Choking agents Nerve agents	Fentanyl Carfentanil Remifentanil Etorphine Dexmedetomidine Midazolam	Neurotransmitters Hormones Cytokines	Staphylococcal enterotoxin B Botulinum toxin Ricin Saxitoxin	Modified bacteria and viruses	Bacteria Viruses Rickettsia Anthrax Plague Tularemia
← Chemical Weapons Convention (CWC) →					
		← Biological and Toxin Weapons Convention (BTWC) →			
				← Infect →	
← Poison →					

Grafik: «Biochemical threat spectrum» gemäss CROWLEY, Chemical Control, S. 10.

Die Konzeption der CWC hat zur Konsequenz, dass «(...) the ultimate criterion for defining a toxic chemical as a weapon (is) its intended purpose. (...) Under this concept, all toxic or precursor chemicals are regarded as chemical weapons unless they have been developed, produced, stockpiled, or used for purposes not prohibited.»¹⁰⁰³

¹⁰⁰² KRUTZSCH/TRAPP, Definitions, S. 77 (with regard to the negotiations) sowie CROWLEY, Weaponization of Toxic Chemicals, S. 148 f. (zum an sich sogar noch weiteren Definitionsbereich); vgl. weiterführend WHO, Public health response to biological and chemical weapons, S. 27 ff. (m.H. auf die zugehörigen *schedules*).

¹⁰⁰³ KRUTZSCH/TRAPP, Definitions, S. 77 (Hervorhebungen im Original).

Wenn das Verbot von Chemiewaffen massgeblich vom Verwendungszweck abhängt, so richtet es sich letztlich auch nach den gegebenen Quantitäten chemischer Stoffe¹⁰⁰⁴.

b. Zulässigkeit von Riot Control Agents

Die CWC hält in einer Ausnahmeklausel fest, dass die Verwendung chemischer Substanzen für «Zwecke der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung einschliesslich der innerstaatlichen Bekämpfung von Unruhen» nicht unter das allgemeine Verbot (für chemische Waffen) fällt (Art. II Ziff. 9 Bst. d CWC)¹⁰⁰⁵.

Zu diesen Ausnahmen gehören zum Beispiel Tränengas (CS) als Zwangsmittel sowie ähnliche Reizstoffe (*riot control agents, RCA*)¹⁰⁰⁶. Bei RCA handelt es sich nach ihrer Wirkung um blosse Reizstoffe, respektive «non-lethal chemical weapons designed to incapacitate victims temporarily rather than causing long-term injuries or death from exposure».¹⁰⁰⁷

Damit werden nicht toxische Stoffe an sich vom Verbot ausgenommen, sondern bloss ihr *Einsatz bei Unruhen* – andere Verwendungen bleiben unzulässig¹⁰⁰⁸.

Nach Artikel III Abs. 1 Bst. e CWC gilt für RCA eine Deklarationspflicht in Bezug die chemische Bezeichnung, die Strukturformel und – falls zugeordnet – die Registriernummer jeder Chemikalie, die ein Staat zur Bekämpfung von Unruhen besitzt. Die Vertragsstaaten müssen die Angaben weiter spezifizieren¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁴ BOOTHBY, Weapons and LOAC, S. 118.

¹⁰⁰⁵ Vgl. weiterführend KRUTZSCH/TRAPP, Definitions, S. 94 ff.; GIOVANELLO, RCA and Chemical Weapons Control, S. 10 f. (m.H. auf das gleichwohl bestehende Verbot von RCA im Krieg) oder BOOTHBY, Weapons and LOAC, S. 118.

¹⁰⁰⁶ Zur Liste der zulässigen Stoffe vgl. WHO, Public health response to biological and chemical weapons, S. 34.

¹⁰⁰⁷ GIOVANELLO, RCA and Chemical Weapons Control, S. 3.

¹⁰⁰⁸ KRUTZSCH/TRAPP, Definitions, S. 82 (m.H. auf eine allfällige Verwendung von RCA in bewaffneten Konflikten).

¹⁰⁰⁹ Vgl. dazu TRAPP, Declarations, 113 f.

Der Rückgriff auf RCA ist damit grundsätzlich möglich. Die Zulässigkeit des Einsatzes gewisser non-letaler oder weniger-letaler toxischer Chemikalien durch staatliche Sicherheitskräfte kann aber umstritten sein¹⁰¹⁰.

Die Verwendung von RCA darüber hinaus bleibt verboten¹⁰¹¹. Unzulässig ist die Verwendung eines chemischen Stoffes auch als RCA dann, wenn er in einem der Anhänge der CWC aufgeführt wird¹⁰¹².

«Regarding military applications, defence authorities used to differentiate three classes of disabling chemical. *Class A*: agents that cause temporary physical incapacitation such as sleep, temporary paralysis, weakness, temporary blindness or serious respiratory disturbance and give no danger of death or permanent incapacitation. *Class B*: agents that in small doses cause temporary physical incapacitation, but that in large doses may cause death or permanent effects. *Class C*: agents that cause mental incapacitation. (...)

Since that time several new disabling chemicals have emerged. Among these are chemicals that cause physical incapacitation by psychotropic action, meaning that the distinction between Class A and Class C has faded. Examples include orivals, fentanyl and other opioids. The distinction between Class A and Class B was always less sharp than military authorities appeared to believe, for even an agent such as CS can cause serious damage to those who are exposed to abnormally high dosages or who are abnormally susceptible. That there is no such thing as a non-lethal or otherwise harmless disabling chemical has now become generally recognized.

The key distinction is now seen to lie in the duration of disablement.»¹⁰¹³

¹⁰¹⁰ CROWLEY, Weaponization of Toxic Chemicals, S. 162 ff.

¹⁰¹¹ BOOTHBY, Weapons and LOAC, S. 123 erwähnt als Konsequenz, dass RCA zwar in Kriegsgefangenenlagern eingesetzt werden dürften – nicht aber als Methode zur Austragung bewaffneter Konflikte.

¹⁰¹² KRUTZSCH/TRAPP, Definitions, S. 88 sowie TRAPP, Declarations, S. 113.

¹⁰¹³ WHO, Public health response to biological and chemical weapons, S. 181 f.

Der EGMR hat sich mit der Bedeutung der CWC und dem Einsatz von RCA sowie Pfefferspray auseinandergesetzt. Der Gerichtshof geht von einer grundsätzlichen Zulässigkeit dieser an sich nicht tödlichen Zwangsmittel aus.

«[...] Tear] gas and <pepper spray> are not considered to be chemical weapons. It is, however, well-known that the use of this product can cause temporary discomfort, with, for instance, breathing difficulties, nausea, vomiting, irritation of the respiratory tract, irritation of the tear ducts and eyes, spasms, chest pains, dermatitis and allergies. In high doses it can cause necrosis of the tissue in the respiratory tract and the digestive system, pulmonary oedema and internal bleeding (haemorrhaging of the suprarenal glands). Under the CWC, use of such resources is authorised for the purposes of law enforcement, including domestic riot control»¹⁰¹⁴.

Gleichwohl kann die Verwendung an sich zulässiger RCA je nach konkreter Art des Einsatzes unverhältnismässig sein¹⁰¹⁵. Auch darum ist unseres Erachtens der Einsatz chemischer Stoffe in den jeweiligen nationalen Rechtsgrundlagen im Grundsatz zu regeln. Neben das Erfordernis einer genügenden (formellen) Rechtsgrundlage tritt das Gebot zur Schaffung von Einsatzgrundregeln.

c. Narkotisierende Gase als Zwangsmittel

Bei der dem Urteil *Finogenov and other v. Russia* zugrundeliegenden Geiselnbefreiungsaktion haben die Sicherheitskräfte auf den Einsatz von Schusswaffen verzichtet. Stattdessen haben sie zur Stürmung des Moskauer Theaters ein potenziell (und im Ergebnis tatsächlich) tödliches¹⁰¹⁶ narkotisierendes Gas eingesetzt. Das Gas hat unter den Menschen im Gebäude zu Atemstillständen und in der Folge zu Todesfällen sowohl bei den tschetschenischen Terroristen als auch unter den Geiseln geführt (vgl. Ziff. II.2.2).

¹⁰¹⁴ *Abdullah Yaşa and others v. Turkey*, 44827/08 (2013), § 30.

¹⁰¹⁵ Weiterführend CROWLEY, *Weaponization of Toxic Chemicals*, S. 163 f. (m.w.H.)

¹⁰¹⁶ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 170: «The Government's assertion that the gas was not a <lethal force> is not supported by the materials of the case and contradicted their own submissions» (e contrario).

Der EGMR stellte fest, dass das Gas nicht harmlos war «because ‹harmless› means that it does not have important adverse effects»¹⁰¹⁷. Der in seiner genauen Zusammensetzung nicht bekannte Stoff ist ein «member of the phentanyl class of synthetic opioids. Several of these are in medical use as analgesics for severe chronic pain, and as anaesthetics, and it is known that the margin between the effective dose for unconsciousness and the lethal dose is very small. Death is usually by respiratory depression. Phentanyl is also known as a drug of abuse, and many fatalities have been recorded among recreational users. Since all known phentanyls have similar, and very narrow, safety margins, fatalities from respiratory depression should have been anticipated.»¹⁰¹⁸

Russland berief sich auf seine nationalen Sicherheitsinteressen, als es die Bekanntgabe der genauen Zusammensetzung des Gases verweigerte¹⁰¹⁹. Der EGMR hat daher nicht untersucht (und wohl auch nicht untersuchen können), ob das verwendete Gas unter das Verbot der – von Russland ohne Vorbehalt ratifizierten – CWC gefallen ist¹⁰²⁰.

Der Begriff der kampfunfähig machenden chemischen Substanzen wird unterschiedlich verwendet, da eine allgemeine Definition dafür fehlt¹⁰²¹. Die Royal Society unterscheidet die *incapacitating chemical agents* folgendermassen von den RCA: «Incapacitating chemical agents are here defined as substances intended to cause prolonged but transient disability and include centrally acting agents producing loss of consciousness, sedation, hallucination, incoherence, paralysis, disorientation or other such effects [...]. Incapacitating chemical agents are distinct from RCAs, which act peripherally on the eyes, mucous membranes and skin to produce local sensory irritant effects that disappear rapidly following termination of exposure to the agent.»¹⁰²²

¹⁰¹⁷ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 201.

¹⁰¹⁸ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 103, m.H. auf Experten.

¹⁰¹⁹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 101.

¹⁰²⁰ Kritisch daher CASEY-MASLEN/CONNOLLY, *Police Use of Force under International Law*, S. 285 f.

¹⁰²¹ MOGL, *Technical Workshop*, S. 10.

¹⁰²² THE ROYAL SOCIETY, *Neuroscience, conflict and security*, S. 44.

Unseres Erachtens wäre bei jeder Verwendung eines narkotisierenden Gases durch Sicherheitskräfte, welches offenbar aus einer «special mixture based on derivatives of phentanyl» besteht und zu einer Vergiftung (*opiate poisoning*) führt¹⁰²³ danach zu fragen, ob es unter das CWC fällt (phentanyl selber wird vom CWC erfasst; vgl. Grafik oben). Würde dann keine Ausnahme zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung greifen, wäre seine Verwendung unzulässig. Jedenfalls handelt es sich bei kampfunfähig machenden chemischen Substanzen (*incapacitating chemical agents*) nicht um erlaubte RCA.

Ein Rückgriff auf an sich verbotene Substanzen ist unseres Erachtens auch bei Anti-Terror-Operationen nicht zulässig. Es mangelt dann nicht bloss an einer gesetzlichen Grundlage für einen Einsatz – sondern es besteht eine (wenn auch in casu mit dem CWC recht allgemeine) Rechtsgrundlage, welche den Einsatz verbietet¹⁰²⁴.

4. ABSOLUTE NOTWENDIGKEIT DES RÜCKGRIFFS AUF LETALE ZWANGSMITTEL

Das Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK verbietet als allgemeiner Grundsatz die absichtliche Tötung von Menschen. Abs. 2 beschreibt ergänzend besondere Umstände, unter welchen die Anwendung potenziell tödlicher Zwangsmittel normativ nicht als Verletzung des Grundrechts gilt (vgl. Ziff. III.2.1).

Bereits die Kommission meinte zur Anwendung physischer Zwangsmittel, dass «[...] the text of Article 2, read as a whole, indicates that paragraph 2 does not primarily define situations where it is permitted intentionally to kill an individual, but defines the situations where it is permissible to <use force> which may result, as the *unintended outcome of the use of force*, in the deprivation of life».¹⁰²⁵

¹⁰²³ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 22, 55 f., 65 und 101.

¹⁰²⁴ Vgl. weiterführend CROWLEY, *Chemical Control*, S. 169 ff.

¹⁰²⁵ *Stewart v. The United Kingdom*, 10044/82 (1984), § 15 (Hervorhebung nur hier).

Der Normwortlaut verlangt eine absolute Notwendigkeit für die Anwendung solchen Zwangs. Daraus folgt gemäss der Rechtsprechung des EGMR eine strenge Verhältnismässigkeitsprüfung¹⁰²⁶.

Der Gerichtshof verwendet dafür teilweise unterschiedliche Formulierungen: The force used must be «strictly proportionate to the achievement of the aims in sub-paragraphs 2 [...] of article 2»¹⁰²⁷, «to the achievement of the permitted purpose»¹⁰²⁸, to the «permitted aims»¹⁰²⁹ oder bloss «strictly proportionate in the circumstances»¹⁰³⁰.

Unseres Erachtens ist unter «aims in sub-paragraph 2», «permitted aims» und «permitted purpose» das Gleiche zu verstehen. Die wohl synonym gemeinte Formulierung «strictly proportionate in the circumstances» lässt demgegenüber in den Hintergrund treten, dass andere als die in Abs. 2 positivierten Zwecke nicht in Frage kommen; hingegen trägt die Erwähnung der Umstände der Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung besser Rechnung.

4.1. MASSTAB DER VERHÄLTNISSMÄSSIGKEITSPRÜFUNG

Die Frage der absoluten Notwendigkeit lässt sich auch bei Anti-Terror-Operationen nur für den konkreten Einsatz von Zwang beantworten. Da der Rückgriff auf potentiell tödliche Zwangsmittel die Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr bezweckt, findet eine

¹⁰²⁶ So bereits die Kommission in *Stewart v. The United Kingdom*, 10044/82 (1984), § 18 («stricter and more compelling test of necessity»). Vgl. in der Literatur etwa REID, *Practitioner's Guide*, 85-003 sowie HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (3th ed.), S. 234 oder WICKS, *Right to Life*, S. 63.

¹⁰²⁷ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 149; *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 176; *Jaloud v. The Netherlands* (GC), 47708/08 (2014), § 199; *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 171; *Ataykaya v. Turkey*, 50275/08 (2014), § 46; *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 601.

¹⁰²⁸ *Stewart v. The United Kingdom*, 10044/82 (1984), § 19.

¹⁰²⁹ *İlhan v. Turkey* (GC), 22277/93 (2000), § 74; *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 110; *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001), § 93; *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), § 135; *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 173; *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 210.

¹⁰³⁰ *Nachova and others v. Bulgaria* (GC), 43577/98 und 43579/98 (2005), § 94; *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 54.

Zuspitzung auf der Ebene des Rechtsguts Leben statt. Die Beurteilung einer Bedrohung erfolgt kontextbezogen¹⁰³¹ *ex ante* (vgl. Ziff. V.1.2.2); die Verhältnismässigkeitsprüfung knüpft letztlich auch an die Beurteilung einer Gefährdung an.

Die Beurteilung des Einsatzes von Zwangsmitteln nach dem Massstab der absoluten Notwendigkeit führt damit zu einer Abwägung: Bestehenden staatlichen Handlungspflichten können die Schranken des Eingriffs in das Rechtsgut Leben auf der Seite von Angreifern entgegenstehen – das gleiche Rechtsgut kann aber auch auf der Seite von Opfern durch staatliches Unterlassen (oder unangemessenes Handeln) verletzt werden. Für die Verhältnismässigkeitsprüfung im konkreten Fall sind sowohl die weiteren Umstände des Mitteleinsatzes als auch die verwendeten Zwangsmittel inklusive der dafür geltenden Einsatzschwellen relevant.

«The Court [...] may occasionally depart from that rigorous standard of <absolute necessity> if its application is simply impossible, especially where certain aspects of the situation lie far beyond the Court's expertise and where the authorities had to act under tremendous time pressure and where their control of the situation was minimal. On the other hand, it has also considered that the more predictable a hazard, the greater the obligation to protect against it [...].»¹⁰³²

4.2. GEFAHRENBEURTEILUNG UND HANDELN NACH BESTEM WISSEN UND GEWISSEN

Zur rechtlichen Beurteilung des konkreten Einsatzes eines potenziell tödlichen Zwangsmittels ist das Verhalten der involvierten Akteure im Gesamtkontext relevant. Der EGMR berücksichtigt die Lageeinschätzung der handelnden Sicherheitskräfte auf der Basis des für sie vorhandenen *Wissens* (zum besonderen Lagebild vgl. Ziff. IV.2.3). Der Gerichtshof verlangt für ein Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel, dass die Sicherheitskräfte auf der Basis ihrer Lageeinschätzung nach *bestem Wissen* (*honest belief*) agieren. Dies eröffnet den Raum für eine objektivierte Gefahrenbeurteilung (zu individuellen Notwehrhandlungen bei unmittelbarer Gefahr vgl. Ziff. V.5.2).

¹⁰³¹ HAMPSON, Article 2 during armed conflict, S. 193 («background situation»).

¹⁰³² *Kavaklıoğlu and others v. Turkey*, 15397/02 (2016), § 176.

4.2.1. Vertrauensbasis

Im Urteil *McCann and others v. The United Kingdom* hat der konkrete Einsatz tödlicher Zwangsmittel gestützt auf gutgläubige Annahmen der Sicherheitskräfte eine zentrale Bedeutung erlangt. Der dort entwickelte Massstab wurde seither in verschiedenen anderen Urteilen angewendet und bestätigt.

Die Einsatzkräfte hatten gestützt auf das ihnen vermittelte besondere Lagebild agiert. Sie waren davon ausgegangen, dass der Einsatz tödlicher Einsatzmittel beim Zusammentreffen mit den Terroristen absolut notwendig war¹⁰³³. Zwar stellte sich das besondere Lagebild im Nachhinein als falsch heraus¹⁰³⁴ – der EGMR bestätigte aber für die *konkrete Situation* die absolute Notwendigkeit des Einsatzes von Schusswaffen¹⁰³⁵.

Konkret nahmen die Soldaten der SAS gestützt auf die Informationen der Einsatzleitung an, dass die verdächtigen Terroristen über Handfeuerwaffen und eine Autobombe verfügten. Gemäss nachrichtendienstlichen Informationen hätten die Terroristen die Autobombe jederzeit mit einer Fernsteuerung zünden können. Beim Kontakt mit zwei der drei Terroristen und dem vermeintlichen «Auffliegen» der Operation sahen sich die Soldaten zum Handeln gezwungen: «The [...] soldiers honestly believed, in the light of the information that they had been given, as set out above, that it was necessary to shoot the suspects in order to prevent them from detonating a bomb and causing serious loss of life [...]. The actions which they took, in obedience to superior orders, were

¹⁰³³ Neben dem Lagebild dürfte eine Rolle gespielt haben, dass Daniel McCann nachgesagt wurde, als skrupelloser Killer vermutlich 26 Personen getötet zu haben; dazu ANDREW, History of MI5, S. 744.

¹⁰³⁴ Allerdings nicht «völlig» falsch; gemäss ANDREW, History of MI5, S. 774, «(t)here was good reason also to believe that the ASU was planning «a button not a clock job» – a bomb detonated by remote control rather than by timer. It now seems probable that this had been the original intention of the Gibraltar operation and that the decision to use a timing device came as the result of a PIRA change of plan of which the Security Service was unaware. It was not until after the shootings that a Ford Fiesta rented by the ASU was discovered in an underground Marbella car park containing a partly constructed car bomb with 64 kilos of explosive, 200 rounds of Kalashnikov ammunition and a timing mechanism. (...). Had the bomb in the Fiesta exploded during the ceremony, there would have been civilian as well as military deaths. Operation FLAVIUS undoubtedly saved many lives».

¹⁰³⁵ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 200.

thus perceived by them as absolutely necessary in order to safeguard innocent lives. [...] The use of force by agents of the State in pursuit of one of the aims delineated in paragraph 2 of Article 2 [...] of the Convention may be justified [...] where it is based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time but which subsequently turns out to be mistaken. To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and those of others. It follows that, having regard to the dilemma confronting the authorities in the circumstances of the case, the actions of the soldiers do not, in themselves, give rise to a violation of this provision [...].»¹⁰³⁶

4.2.2. Handlungen gestützt auf die Vertrauensbasis

Für die *Grand Chamber* verletzten die auf der Basis der Beurteilung der konkreten Situation erfolgten Handlungen der Soldaten die Konvention nicht: Sie durften auf die Richtigkeit der erhaltenen Informationen und die Zulässigkeit der Anweisungen der vorgesetzten Stellen vertrauen. Auf dieser Wissensbasis führten sie ihre Aufträge ordnungsgemäss und im Glauben aus, eine schwere und unmittelbare Bedrohung für sie selber und für Dritte mit einem zulässigen Zwangsmittel mit Gewissheit abzuwenden. Damit hat der Gerichtshof das konkrete Verhalten der Sicherheitskräfte (SAS) beim Festnahmeversuch geschützt.

Wenn bei einer konkreten Anwendung von potenziell tödlichen Zwangsmitteln auf ein gutgläubiges Handeln in Verbindung mit einer besonderen Lagebeurteilung *ex ante* (vgl. Ziff. V.1.2.2) abgestellt wird, werden auch *Irrtümer* erfasst. Ein trotz Handeln nach bestem Wissen und Gewissen unterlaufender Irrtum (*honest mistake*)¹⁰³⁷ führt bezüglich der Notwendigkeit des Einsatzes potenziell tödlicher Zwangsmittel nicht zu einer Verletzung von Art. 2 EMRK. Entscheidend ist, dass die den Fehlern zugrunde liegenden Annahmen nachvollziehbarerweise erfolgt sind.

¹⁰³⁶ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 200.

¹⁰³⁷ Wicks, *Right to Life*, S. 63.

Im Urteil *Andronicou and Constantinou v. Cyprus* ging es um eine Geiselnahme mit Todesdrohung. Sowohl Täter als auch Opfer kamen bei der Stürmung einer Wohnung zu Tode. Der EGMR untersuchte die Zulässigkeit des Schusswaffeneinsatzes im Zuge der Befreiungsoperation und dabei insbesondere, auf welchen Annahmen die Schussabgabe erfolgt war.

Andronicou hielt seine Verlobte in der gemeinsamen Wohnung über mehrere Stunden fest. Die Verlobte, Frau Constantinou, schrie mehrfach um Hilfe und machte deutlich, dass Andronicou sie töten werde. Andronicou drohte wiederholt seinen eigenen Tod an. Während der Verhandlungen mit der Polizei konnten Zeugen beobachten, dass der Mann eine Waffe mit sich führte¹⁰³⁸. Bei weiteren Verhandlungsgesprächen (unter anderem unter Beizug und Unterstützung von Verwandten, Bekannten und Ärzten) wiederholte Andronicou, dass die Einsatzkräfte um Mitternacht die Wohnung betreten könnten. Er wolle noch mit seiner Verlobten Weihnachten feiern und sich dann selbst richten. Dabei waren Schreie von Frau Constantinou zu hören, dass Andronicou sie ebenfalls töten werde¹⁰³⁹. Da weder Verhandlungen, noch der Einsatz von Beruhigungsmitteln Wirkungen zeigten, wurde entschieden, die Wohnung kurz vor Mitternacht zu stürmen¹⁰⁴⁰. Bei der Stürmung wurden beide Personen durch Schüsse der Interventionskräfte tödlich getroffen.

Hinsichtlich der Planung und der Durchführung der Operation hält der EGMR den Einsatz der Spezialkräfte für gerechtfertigt: Diese seien für solche Ereignisse ausgebildet worden und erhielten im konkreten Fall Anweisungen, dass Schusswaffen nur eingesetzt werden sollen, wenn das Leben der Frau oder ihr eigenes Leben in Gefahr sei¹⁰⁴¹.

In der Hektik der Situation mussten die Sicherheitskräfte innert Sekunden Entscheidungen treffen¹⁰⁴². Dies erwuchs ihnen nicht zum Vorwurf; der Gerichtshof hat indes

¹⁰³⁸ *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 14.

¹⁰³⁹ *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), §§ 43-51 und 59.

¹⁰⁴⁰ *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), §§ 56 und 60-66.

¹⁰⁴¹ *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 185.

¹⁰⁴² *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 192.

überprüft, ob unter den gegebenen Umständen Raum für ein gutgläubiges Handeln bestanden hatte (Gesamtsituation). Die Beamten hatten in der *ernsthaften Annahme* gehandelt, dass das Leben der Geisel sowie der Einsatzkräfte in Gefahr war. Daher sei der Schusswaffengebrauch vertretbar gewesen¹⁰⁴³.

«The [...] Officers [...] honestly believed in the circumstances that it was necessary to kill him in order to save the life of Elsie Constantinou and their own lives and to fire at him repeatedly in order to remove any risk that he might reach for a weapon. [...] The] use of force by agents of the State in pursuit of one of the aims delineated in paragraph 2 of Article 2 of the Convention may be justified under this provision where it is based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time but subsequently turns out to be mistaken. To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and the lives of others. [...] The officers were entitled to open fire for this purpose and to take all measures which they honestly and reasonably believed were necessary to eliminate any risk either to the young woman's life or to their own lives.»¹⁰⁴⁴

4.2.3. Verantwortlichkeit bei der Schaffung einer Vertrauensbasis

Der Schutz der Gutgläubigkeit von Sicherheitskräften entbindet den Staat nicht vor einer weitergehenden Verantwortlichkeit. Eine solche besteht mit Bezug auf taktisches Handeln sowohl vor- als auch nachgelagert. Diese Verantwortlichkeit trifft den Staat dann, wenn behördliche Informationen oder Einschätzungen pflichtwidrig falsch gewesen sind.

Im Urteil *Makaratzis v. Greece* stellt die *Grand Chamber* auf das Handeln der Polizisten nach bestem Wissen und Gewissen (*honest belief*) bei deren Schusswaffengebrauch ab. Indem der Gerichtshof die weiteren Umstände im Sinne der Überprüfung der Ver-

¹⁰⁴³ *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 193.

¹⁰⁴⁴ *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 192.

antwortung für das Entstehen der Eskalation einbezieht, rückt eine Untersuchung der Führung und der Operation als solcher in den Fokus der rechtlichen Beurteilung.

Zum Zeitpunkt der Geschehnisse bestanden hinreichende Gründe für die Annahme einer konkreten Gefährdung der Sicherheitskräfte, welche die Anwendung von Zwangsmitteln rechtfertigte¹⁰⁴⁵. Hingegen sei der Schusswaffengebrauch in einer derart chaotischen Weise erfolgt, dass dadurch die Klarheit der Befehlskette infrage gestellt und die korrekte Planung der gesamten Operation bezweifelt werden konnte¹⁰⁴⁶.

In *Finogenov and others v. Russia* hat der EGMR seine Grundsätze bestätigt¹⁰⁴⁷ und das Handeln nach bestem Wissen und Gewissen explizit als Massstab zur Beurteilung auch der Operationsführung herangezogen.

Die Entscheidung zur Stürmung des Moskauer Theaters sei aufgrund der vorhandenen Informationen sowie gestützt auf die Annahme gefallen, dass die Verwendung des narkotisierenden Gases unter den gegebenen Umständen eine zulässige (weil im Vergleich zum Schusswaffeneinsatz mildere) Massnahme darstelle. Entsprechend führte der Einsatz des Nervengases alleine (sowohl gegenüber Terroristen als auch Geiseln) für den EGMR zu keiner Konventionsverletzung: «[...] There] existed a real, serious and immediate risk of mass human losses and that the authorities had every reason to believe that a forced intervention was the ‹lesser evil› in the circumstances. Therefore, the authorities' decision to end the negotiations and storm the building did not in the circumstances run counter to Article 2 of the Convention.»¹⁰⁴⁸

Im Urteil *Armani Da Silva v. The United Kingdom* zeigt sich die Bedeutung einer aktiven Operationsführung insbesondere mit Blick auf ein korrektes besonderes Lagebild und damit die Verhinderung von Irrtümern mangels besserem Wissen bei den taktisch handelnden Einsatzkräften.

¹⁰⁴⁵ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 66.

¹⁰⁴⁶ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), §§ 67 ff. und 70.

¹⁰⁴⁷ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 151 und 219.

¹⁰⁴⁸ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 226.

Am 7. Juli 2005 hatten sich in London vier Selbstmordattentate ereignet. Am 21. Juli misslang ein weiterer Bombenanschlag. Als Verdächtigen identifizierten die Nachrichtendienste Hussain Osman¹⁰⁴⁹. In der gleichen Strasse wie Osman lebte auch *Jean Charles de Menezes*. Bei einer polizeilichen Operation zur Festnahme wurde Herr Menezes vom Observationsteam um 9.39 Uhr mit grosser Wahrscheinlichkeit («a good possible likeness») für Osman gehalten. 7 Minuten später wurde die falsche Identifikation korrigiert – diese Information gelangte aber nicht an alle Einsatzkräfte¹⁰⁵⁰. Der sich an diesem Morgen sehr eilig bewegende Herr Menezes wurde von einem Team von Special Firearms Officers (SFO) bis zu einer U-Bahn-Station verfolgt. Im Wagon wurde er gestellt: «Mr de Menezes stood up, arms down; he was pushed back onto his seat and pinned down by two police officers; according to one witness his hand may have moved towards the left hand side of his trouser waistband; and two SFOs [...] shot Mr de Menezes several times and killed him»¹⁰⁵¹. Für den Fehler wurde das *Office of the Commissioner of the Police of the Metropolis* zur Verantwortung gezogen worden. Daher lag keine Verletzung von Art. 2 EMRK vor¹⁰⁵².

4.2.4. Belastbarkeit der Beurteilung ex ante

Zwischen einem Abstellen auf ein Handeln nach bestem Wissen und Gewissen (*honest belief*) im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung bei Anti-Terror-Operationen und der Beurteilung einer Bedrohung *ex ante* im Rahmen von Verpflichtungen im prä-operationellen Bereich besteht ein enger Zusammenhang. Die objektive oder objektivierte Beurteilung *ex ante* bildet die Vertrauensgrundlage für späteres Handeln im Rahmen von Operationen oder in konkreten Einzelfällen (taktische Aktionen).

Diese Vertrauensgrundlage muss ausreichend belastbar sein. Entsprechend ist das Kriterium des gutgläubigen Handelns (oder des gutgläubigen Irrtums) auch hinsicht-

¹⁰⁴⁹ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), §§ 13 und 16.

¹⁰⁵⁰ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), §§ 30 und 32.

¹⁰⁵¹ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 37.

¹⁰⁵² *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), §§ 283 ff.

lich der Verantwortlichkeit und möglichen Sanktionierung der handelnden Personen zentral (vgl. Ziff. VI.4.3.5).

4.3. BEURTEILUNG DER WIRKUNG VON ZWANGSMITTELN

Die möglichen Wirkungen von Zwangsmitteln können technisch nach probabilistischen oder deterministischen Grundsätzen (respektive Methoden) beurteilt werden¹⁰⁵³. Der EGMR hat dazu Leitplanken entwickelt, wendet diese aber nicht immer gleich konsequent an.

Nachfolgend wird die Rechtsprechung analog zum technischen Sicherheitsrecht anhand eines deterministischen und eines probabilistischen Ansatzes untersucht.

4.3.1. Deterministische Sicht

Mit einem *deterministischen* Ansatz kann das Verhältnis zwischen Ursache und Wirkung abstrakt objektiviert werden. Es wird – vereinfacht gesagt – danach gefragt, welche Effekte bestimmte Zwangsmittel an sich üblicherweise verursachen.

Ein bestimmtes Projektil aus einer *Schusswaffe* kann in einen menschlichen Kopf oder Rumpf eindringen und damit das Gehirn, das Herz oder ein anderes lebenswichtiges Organ schädigen. Damit wird eine Todesursache gesetzt.

Das Einatmen eines *Gases* führt zu einer neurologischen Reaktion und verursacht so eine Lähmung der Lungenfunktion. In der Folge wird die Sauerstoffversorgung des Gehirns unterbrochen. Auch damit wird eine Todesursache gesetzt.

Ein Stromschlag aus einem *Destabilisierungsgerät* mit einer Spannung von 50'000 Volt bei 160 Milliampère führt zu tonischen Muskelkontraktionen. Die lebenswichtigen Organe werden nicht geschädigt. Der Eintritt des Todes einzig aufgrund dieser Ursache ist für Menschen ohne spezifische Vorbelastung nach objektiven Kriterien ausgeschlossen.

Der Einsatz von *Tränengas* (als RCA) führt zu schweren Reizungen der Schleimhäute von Augen, Nase und oberen Atemwegen. Es folgen entsprechende körperliche Reaktionen (wie Augenbrennen, starker Nasenfluss und Husten), welche

¹⁰⁵³ Zu den Masstäben des technischen Sicherheitsrechts vgl. MÜLLER/ZECH, Technikrecht, S. 90.

auch die Atmung erschweren – aber nicht unterbrechen. Der Eintritt des Todes einzig aufgrund dieser Ursache ist für erwachsene Menschen nach objektiven Kriterien ausgeschlossen.

4.3.2. Probabilistische Sicht

Nach der *probabilistischen* Methode kann die Wahrscheinlichkeit von Todesfällen beim Einsatz von spezifischen Zwangsmitteln beurteilt werden. Es können verschiedene Zwangsmittel miteinander verglichen werden. Ausschlaggebendes Kriterium für die Verhältnismässigkeit der Anwendung eines bestimmten Zwangsmittels ist dann der Grad der Eintretenswahrscheinlichkeit einer Verletzung des Rechtsguts Leben – respektive der Grad des Ausschlusses von Todesfolgen.

So kann für den Einsatz von *Schusswaffen* statistisch erhoben werden, wie viele Schussabgaben mit bestimmten Waffen und bestimmter Munition in welchen Situationen durchschnittlich zu Treffern führen und wie sich diese auswirken (tödliche Treffer oder Verletzungen). Daraus liesse sich eine statistisch abgestufte Gefährlichkeit des Einsatzes bestimmter Waffen berechnen.

Hingegen wäre der gezielte Einsatz *panzerbrechender Waffen* auf menschliche Ziele innerhalb eines bestimmten Radius aufgrund der Explosiv- und allenfalls Splitterwirkung stets tödlich und ausserhalb des letalen Radius ungeeignet.

Zudem liesse sich auch die Letalität von grundsätzlich *non-letalen Zwangsmitteln* statistisch erheben. Damit kann auf die Verhältnismässigkeit ihrer Verwendung geschlossen werden.

4.3.3. Grundrechtliche Praxis

Bereits die *Gefährdung* des Lebens führt zu einer Verletzung von Art. 2 EMRK. Daher kann der Einsatz von Schusswaffen gegenüber Menschen *per se* als Eingriff in das Rechtsgut Leben qualifiziert werden. Die rechtliche Beurteilung des Einsatzes von Schusswaffen (oder der Voraussetzungen dazu) folgt damit einem *deterministischen* Ansatz. Aufgrund der Betroffenheit des Schutzbereichs des Grundrechts auf Leben besteht für Wahrscheinlichkeitsüberlegungen kein (oder zumindest ein nur sehr begrenzter) Raum.

Das *schweizerische Bundesgericht* hatte in einem strafrechtlichen Fall 1981 die Schussabgabe auf einen flüchtigen Dieb zu beurteilen. Der sich auf Notwehr berufende Schütze hatte den Dieb mit einem gezielten Schuss ins Bein an der Flucht gehindert. Damit gelang es ihm, eine grosse Summe an Bargeld zu retten. Das Gericht überprüfte die Treffsicherheit des Schützen, indem es die Szene nachstellen liess. Da der Bestohlene auch bei der Wiederholung die Beine des Täters getroffen hätte, schloss das Gericht unter den gegebenen Umständen auf die Angemessenheit der Notwehrhandlung¹⁰⁵⁴.

Im Urteil *Giuliani and Gaggio v. Italy* trieben die Beschwerdeführer eine deterministisch geprägte Argumentation auf die Spitze, indem sie bemängelten, dass dem verletzten Polizisten die Schusswaffe nicht präventiv abgenommen worden war. Die *Grand Chamber* erkennt keine Gründe für ein solches Vorgehen, zumal die Schusswaffe ein persönliches Einsatzmittel zum Zwecke der Selbstverteidigung ist: «The weapon was an appropriate means of personal defence with which to counter a possible violent and sudden attack posing an imminent and serious threat to life, and was indeed used for that precise purpose.»¹⁰⁵⁵

Die nationalen Behörden bekunden teilweise Mühe in der adäquaten rechtlichen Einordnung neuer non-letaler Einsatzmittel. Sie stellen im Grunde auf die jeweils strengere Methode ab: Bei Schusswaffen auf die deterministische, bei ausgewählten nicht letalen Zwangsmitteln auf eine eher probabilistische Methode.

So wird zum Beispiel in der Schweiz der *Taser* zwar als milderes Mittel zum Schusswaffeneinsatz betrachtet (was er aus deterministischer Sicht auch ist), die Einsatzvoraussetzungen sind aber für Schusswaffen und Destabilisierungsgeräte meist die gleichen – sprich sie sind gleich hoch. Für den Einsatz werden damit potenzielle Spielräume für Destabilisierungsgeräte ausgeschlossen.

Der EGMR folgt im Urteil *Tzekov v. Bulgaria* für den Einsatz eines non-letalen Zwangsmittels einer konsequent deterministischen Sicht. Den Einsatz eines Plastikgeschosses zur Anhaltung eines Fuhrwerks erachtet der Gerichtshof nicht als *per se* lebensbedrohliche

¹⁰⁵⁴ BGE 107 IV 12, *passim*.

¹⁰⁵⁵ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 260.

Handlung. Der Umstand, dass ein Mensch (unbeabsichtigt) von einer Plastikkugel der Polizei getroffen worden ist, führt zu einer Prüfung von Art. 2 EMRK. Nach der Art und dem Ausmass der möglichen Einwirkung von solcher Spezialmunition auf menschliche Körper verneint der Gerichtshof das Berührtsein des Schutzbereichs von Art. 2 EMRK.

Polizeibeamte wollten *Asenov Tzekov* mit seinem Pferdefuhrwerk anhalten. Nach Warnschüssen zielten sie mit Spezialmunition (Plastikkugeln) auf die Reifen des Fuhrwerks. Eine von mehreren Kugeln traf Tzekov in den Rücken¹⁰⁵⁶.

« La [...] force utilisée [...] n'a en définitive pas été mortelle. Si cet élément n'exclut pas en principe un examen des griefs soulevés sous l'angle de l'article 2 [...], la Cour a néanmoins considéré que c'est uniquement dans des circonstances exceptionnelles que des sévices corporels infligés par des agents de l'Etat peuvent s'analyser en une violation de l'article 2 de la Convention lorsqu'il n'y a pas décès de la victime. A cet égard, le degré et le type de la force utilisée, de même que l'intention ou le but sous-jacents à l'usage de la force peuvent, parmi d'autres éléments, être pertinents pour apprécier si dans un cas donné les actes d'agents de l'Etat ayant infligé des blessures n'ayant pas entraîné la mort sont de nature à faire entrer les faits dans le cadre de la garantie offerte par l'article 2 de la Convention, eu égard à l'objet et au but de cette disposition. Dans pratiquement tous les cas, lorsqu'une personne est agressée ou maltraitée par des policiers ou des militaires, ses griefs doivent être examinés plutôt sous l'angle de l'article 3 de la Convention [...].

La Cour doit dès lors déterminer [...] si la force employée contre le requérant était potentiellement meurtrière et quel impact le comportement des agents de l'Etat concernés a eu, non seulement sur l'intégrité physique de l'intéressé, mais aussi sur les intérêts que le droit à la vie est censé protéger [...].

La [...] blessure [...] infligée n'a pas mis ses jours en danger. Concernant la force utilisée, la Cour note qu'une seule balle a touché le requérant et que cinq ou six ont été tirées. Par ailleurs, les munitions utilisées étaient des cartouches spécifiques, visiblement destinées à des opérations de maintien de l'ordre par

¹⁰⁵⁶ *Tzekov v. Bulgaria*, 45500/99 (2006), §§ 9 ff.

la police, contenant des balles en plastique et réputées non létales, même si elles pouvaient être potentiellement dangereuses pour la vie à faible distance.

Dès lors, eu égard aux circonstances de l'espèce, la Cour n'est pas persuadée que la force utilisée par les policiers était d'une nature ou d'un degré propre à porter atteinte aux intérêts protégés par l'article 2 de la Convention [...].»¹⁰⁵⁷

Ob der Schutzbereich von Art. 2 EMRK durch die auch erwähnte *Finalität der Verwendung* des Zwangsmittels eröffnet werden könnte, lässt der EGMR offen. Er prüft diese *subjektive* Komponente unter Art. 3 EMRK und stellt eine Konventionsverletzung fest¹⁰⁵⁸.

Trotz grundsätzlich deterministischer Ausrichtung hält sich der EGMR für ausserordentliche Lagen einen gewissen Interpretationsspielraum offen, welcher einem erweiterten probabilistischen Ansatz folgt.

Etwa dann, wenn im Urteil *Finogenov and others v. Russia* der Einsatz eines Nervengases nicht als *per se* unzulässig erachtet wird, sondern auf die (gescheiterten) Rettungsmassnahmen verwiesen wird (vgl. Ziff. V.4.2 und V.4.5.2)¹⁰⁵⁹.

Elementar bleiben unseres Erachtens die Berücksichtigung der relevanten Schranken für den Einsatz von Zwangsmitteln (vgl. Ziff. V.3.4) sowie die Berücksichtigung der konkreten Umstände.

4.4. ÜBERMASSVERBOT UND RISIKOMINIMIERUNG

4.4.1. Übermassverbot in konkreten Situationen

An der absoluten Notwendigkeit des Rückgriffs auf letale Zwangsmittel fehlt es, wenn von einer Gegenseite keine hinreichende Bedrohung ausgeht – wenn also keine konkrete Gefahr für das Rechtsgut Leben (von Einsatzkräften oder von Dritten) besteht.

¹⁰⁵⁷ *Tzekov v. Bulgaria*, 45500/99 (2006), §§ 40 ff.

¹⁰⁵⁸ *Tzekov v. Bulgaria*, 45500/99 (2006), §§ 40 (in fine) und 66 : «En conclusion, outre le caractère insuffisant du cadre juridique et administratif pour la protection de l'intégrité physique des personnes, [...] dans le cas de l'espèce les forces de l'ordre ont fait usage d'une force qui n'était pas strictement nécessaire et proportionnée au but légitime de procéder à l'interpellation du requérant, en violation de l'article 3 de la Convention.»

¹⁰⁵⁹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 202.

Die absolute Notwendigkeit im Rahmen der Ausnahmetatbestände von Art. 2 Abs. 2 EMRK ist daher stets im Sinne der weiteren Umstände auszulegen.

So ist zwar die Anwendung potenziell letaler Zwangsmittel möglich, um jemanden rechtmässig festzunehmen oder jemanden, dem die Freiheit rechtmässig entzogen ist, an der Flucht zu hindern (Art. 2 Abs. 2 Buchstabe b EMRK; vgl. Ziff. III.2.1). Es fehlt aber an der absoluten Notwendigkeit – und folglich der Zulässigkeit eines entsprechenden Zwangsmittels – wenn von der flüchtenden Person keine Gefahr ausgeht¹⁰⁶⁰.

Dem Urteil *Nachova and others v. Bulgaria* lag ein Schusswaffeneinsatz gegenüber einer *bekanntermassen* unbewaffneten, flüchtenden Person zugrunde. Die *Grand Chamber* hat geklärt, dass die Zulässigkeit einer Festnahme als solcher für einen Schusswaffeneinsatz nicht ausreicht. Vielmehr muss die Verhältnismässigkeit anhand der weiteren Umstände schlüssig begründet werden können.

«[...] the legitimate aim of effecting a lawful arrest can only justify putting human life at risk in circumstances of absolute necessity. [...] In] principle there can be no such necessity where it is known that the person to be arrested poses no threat to life or limb and is not suspected of having committed a violent offence, even if a failure to use lethal force may result in the opportunity to arrest the fugitive being lost [...]»¹⁰⁶¹

Das Urteil verdient im Ergebnis Zustimmung. Allerdings erscheint die Begründung zu knapp: Unseres Erachtens ist eine Lagebeurteilung nach objektiven Kriterien der erste und wichtigste Anknüpfungspunkt zur Beurteilung, ob der Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel gegenüber Menschen zulässig sein könnte. Erst wenn eine Person begründeterweise als gefährlich eingeschätzt werden muss, weil sie eben beispielsweise über eine Waffe verfügt und zudem zu erwarten ist, dass sie diese gegen andere Menschen einsetzen könnte, kann die Rechtfertigung gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. b EMRK greifen. Fehlt es an Hinweisen auf eine konkrete Gefährlichkeit, so verbietet bereits Art. 2 Abs. 1 EMRK den Einsatz potenziell tödlicher Mittel.

¹⁰⁶⁰ Zum Fall von «Polizeigewalt» bei einer Festnahme vgl. *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, 7888/03 (2007), § 68.

¹⁰⁶¹ *Nachova and others v. Bulgaria* (GC), 43577/98 und 43579/98 (2005), § 95.

Eine Lage kann sich unter Umständen sehr schnell verändern. Dann ist neben einer adäquaten Beurteilung auch eine sofortige Anpassung des Handlungsrahmens notwendig. Die dafür nötigen konkreten Massnahmen fliessen in Sicherheitsgrundregeln im Umgang mit Zwangsmitteln ein und werden in der Regel als Automatismen antrainiert.

Illustrativ ist dazu das Urteil *Leonidis v. Greece* zur versehentlichen Tötung eines Verdächtigen bei der Festnahme: Eine Gruppe junger Männer flüchtete vor einer Polizeikontrolle. Bei der Verfolgung griff einer der Männer in seine Jackentasche, was von den Polizisten als ein Griff nach einer Waffe gedeutet wurde. Als Reaktion zog ein Polizist seine Dienstwaffe¹⁰⁶². Eine der flüchtenden Personen, *Nikolaos Leonidis*, konnte angehalten werden. Beim Versuch, ihm Handschellen anzulegen, wehrte sich Leonidis und versetzte dem Polizisten einen Ellbogenschlag. Aufgrund eines Reflexes löste sich ein Schuss aus der Waffe des Polizisten und traf Leonidis aus nächster Nähe tödlich¹⁰⁶³. «[The] fatal shot was triggered not by any deliberate action on the part of police officer G.A. but by the sudden reaction of the victim. [...] Therefore, [...] Nikolaos Leonidis's death was not the result of a deliberate action»¹⁰⁶⁴.

Der Gerichtshof liess offen, ob es notwendig war, in der konkreten Situation eine Schusswaffe einzusetzen. Jedoch hätte die Waffe vor dem Anlegen der Handschellen im Holster deponiert werden müssen, da keine unmittelbare Gefahr für Leib und Leben der Polizisten bestand. Stattdessen hatte der Polizist während der Anhaltung den Finger am Abzug belassen¹⁰⁶⁵.

Unseres Erachtens verstösst dieses Vorgehen gegen minimale Sicherheitsvorschriften beim Schusswaffengebrauch. Der Gerichtshof stellt indes nicht nur auf das Fehlverhalten des Beamten ab, sondern betrachtet darüber hinaus auch

¹⁰⁶² *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 9.

¹⁰⁶³ *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 10.

¹⁰⁶⁴ *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 59.

¹⁰⁶⁵ *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 63.

die Gesamtumstände: Die Gesetzesgrundlagen für den Schusswaffengebrauch waren zum Zeitpunkt des Vorfalls veraltet und unangemessen¹⁰⁶⁶.

Die weiteren Umstände spielen bei gewalttätigen Auseinandersetzungen auch für das *Kräfteverhältnis* eine entscheidende Rolle. Insbesondere bei zahlenmässiger Unterlegenheit lässt die Rechtsprechung des EGMR den Rückgriff zumindest auf nicht letale Zwangsmittel zu.

Im Fall *Stewart v. The United Kingdom* (vgl. Ziff. IV.1.4.2.d) wurde ein an einer unfriedlichen Demonstration teilnehmender 13-jähriger Junge von einem Plastikgeschoss (*baton round*) der Polizei getroffen¹⁰⁶⁷. Später erlag er im Spital den Folgen seiner Verletzungen¹⁰⁶⁸. Die Kommission stellte fest, dass das Verhalten der Soldaten dem nordirischen Gesetz entsprach¹⁰⁶⁹. Bei der Prüfung der absoluten Notwendigkeit des Einsatzes der Plastikgeschosse berücksichtigte sie die grosse Überzahl der Demonstrierenden gegenüber den Sicherheitskräften (Verhältnis 150 zu 8) und den Umstand, dass die Demonstration unfriedlich war (die Soldaten waren mit diversen Wurfgeschossen angegriffen worden)¹⁰⁷⁰: «[...] Taking] due account of all the surrounding circumstances, [...] the death of Brian Stewart resulted from the use of force which was no more than <absolutely necessary> <in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot ...> [...]»¹⁰⁷¹

4.4.2. Risikominimierung im Besonderen

Die *UN Basic Principles* empfehlen Regeln, «that firearms are used only in appropriate circumstances and in a manner likely to decrease the risk of unnecessary harm» und «prohibit the use of those firearms and ammunition that cause unwarranted injury or present an unwarranted risk» (§ 11 Bst. b und c). Der EGMR weist jeweils bereits bei

¹⁰⁶⁶ *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 65; es bestanden unter anderem keine klaren Richtlinien für den Schusswaffengebrauch in Friedenszeiten.

¹⁰⁶⁷ Weiterführend zum Einsatz von *baton rounds* DICKSON, ECHR and the Conflict in Northern Ireland, S. 260 ff.

¹⁰⁶⁸ *Stewart v. The United Kingdom*, 10044/82 (1984), S. 163.

¹⁰⁶⁹ *Stewart v. The United Kingdom*, 10044/82 (1984), § 25.

¹⁰⁷⁰ *Stewart v. The United Kingdom*, 10044/82 (1984), §§ 28 f.

¹⁰⁷¹ *Stewart v. The United Kingdom*, 10044/82 (1984), § 30.

einer Verwendung von Zwangsmitteln im Allgemeinen sowie beim Einsatz von Schusswaffen im Besonderen auf das Gebot der Minimierung von Risiken hin (mit Hinweis auf §§ 2 [vgl. Ziff. IV.1.4.2.c] und 11 der *UN Basic Principles*).

«Whenever the lawful use of force and firearms is unavoidable, law-enforcement officials must, in particular, exercise restraint in such use and act in proportion to the seriousness of the offence and the legitimate objective to be achieved, minimise damage and injury, and respect and preserve human life»¹⁰⁷².

Der EGMR bezieht die weiteren Umstände auch bei der Planung, Kontrolle und Durchführung von Operationen mit ein. Es geht insbesondere bei Anti-Terror-Operationen darum, Risiken durch weitere Massnahmen zu begehen.

«[...In] determining whether the force used was compatible with Article 2 [...], the Court must carefully scrutinise [...] not only whether the force used [...] was strictly proportionate to the aim of protecting persons against unlawful violence but also whether the anti-terrorist operation was planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force.»¹⁰⁷³

Im Urteil *Isayeva v. Russia* hat der EGMR aufgrund der Gesamtumstände eine Verletzung von Art. 2 EMRK erkannt.

Es bestanden Mängel sowohl in der Information der Bevölkerung über eine bevorstehende Evakuierung¹⁰⁷⁴, in der Durchführung der Operation (unverhältnismässiger Mitteleinsatz)¹⁰⁷⁵, als auch bezüglich einer Untersuchung (Verzögerungen¹⁰⁷⁶, kaum vorhandene Erklärungsversuche sowie fehlende Identifikation von weiteren Opfern oder Zeugen¹⁰⁷⁷).

¹⁰⁷² *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 466.

¹⁰⁷³ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 194.

¹⁰⁷⁴ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 189.

¹⁰⁷⁵ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 191.

¹⁰⁷⁶ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 217.

¹⁰⁷⁷ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), §§ 221 f.

Besonders heikel ist eine Anti-Terror-Operation bei Selbstmordattentätern – wie sie etwa dem Urteil *Tagayeva and others v. Russia* zugrunde liegt. Bei einer terroristischen Taktik unter Inkaufnahme (oder Beabsichtigung) des eigenen Todes befinden sich die perfiden Täter in einer besonders «vorteilhaften» Lage, falls es nicht zeitnah gelingt, sie aufzuhalten.

«The [...] group members' intention to die which had been apparent from the beginning, and to cause large-scale loss of life in the event of a storming. In such circumstances, the role of the authorities should be to seek to minimise the loss of life to the greatest extent possible.»¹⁰⁷⁸

Der Gerichtshof billigt den Behörden zwar (auch angesichts bestehender Handlungspflichten) taktische Handlungsspielräume zu, verlangt aber auch bei einem offensiven Vorgehen eine Ausrichtung ihres Verhaltens auf die Risikominimierung. Damit sind die Herausforderungen an die staatlichen Sicherheitskräfte besonders hoch.

Im Urteil *Tagayeva and others v. Russia* hat der EGMR eine Konventionsverletzung in der unterbliebenen Risikominimierung bei der mit massivem Kräfteansatz geführten Operation erkannt. «The [...] preparation of responses to unlawful and dangerous acts in highly volatile circumstances, competent law-enforcement services such as the police must be afforded a degree of discretion in taking operational decisions. Such decisions are almost always complicated, and the police, who have access to information and intelligence not available to the general public, will usually be in the best position to make them [...]. This is especially so in respect of counter-terrorist activity, where the authorities often face organised and highly secretive networks, whose members are prepared to inflict maximum damage to civilians, even at the cost of their own lives. In the face of an urgent need to avert serious adverse consequences, whether the authorities choose to use a passive approach of ensuring security of the potential targets or more active intervention to disrupt the menace, is a ques-

¹⁰⁷⁸ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 411 (m.H. auf die Einschätzung einer Expertengruppe).

tion of tactical choice. However, such measures should be able, when judged reasonably, to prevent or minimise the known risk.»¹⁰⁷⁹

Risiken sind polizeilichen Operationen inhärent. Der EGMR verlangt keinen vollständigen Risikoausschluss – umgekehrt darf das Eingehen eines Risikos nicht «alternativlos» sein.

Im Urteil *Andronicou and Constantinou v. Cyprus* erkannte der EGMR nach einer Analyse aller konkreten Umstände (Dauer des Freiheitsentzugs, Ausschöpfen der Verhandlungsmöglichkeiten und Kontaktaufnahmen, Drohungen und Bewaffnung des Täters, etc.) die Konventionskonformität der polizeilichen Operation als Ganzer¹⁰⁸⁰.

4.4.3. Verwendung besonderer Mittel

Bei polizeilichen Operationen erlangen das Übermassverbot und das Gebot der Risikominimierung eine besondere Bedeutung zur Beurteilung der Zulässigkeit des Einsatzes *schwerer Mittel*. Umgekehrt stellt sich die Frage, ob die Verwendung *nicht letaler* – also prinzipiell milderer – *Zwangsmittel* im Polizeieinsatz stets verhältnismässig wäre (zumindest im Sinne einer rechtlichen Vermutung). Beide Fragen sollten indes nicht losgelöst von den Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen zum Einsatz von Zwangsmitteln behandelt werden.

a. Schwere Einsatzmittel

Im militärischen Sinne ist die Herbeiführung einer deutlichen Überlegenheit gegenüber dem Gegner stets die beste Voraussetzung für den Erfolg einer Operation. Es geht folglich um die Konzentration der eigenen Mittel zu einer bestimmten Zeit in einem bestimmten Raum. Dabei steht klassischerweise der offensive Aspekt einer erhöhten Feuerkraft im Zentrum. Denkbar ist aber in defensiver Hinsicht auch die Herbeiführung einer Überlegenheit durch einen höheren Schutz der eigenen Einsatzkräfte. In jedem Fall erweitert und verbessert eine operative und taktische Überlegenheit gegenüber dem Gegner meist die eigenen Handlungsoptionen.

¹⁰⁷⁹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 492 f.

¹⁰⁸⁰ *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 (1997), § 194.

Auch bei Anti-Terror-Operationen kann ein Rückgriff der Sicherheitskräfte auf schwere Mittel geboten sein. Aus polizeilicher Perspektive kann deren Verwendung je nach den konkreten Umständen einen defensiven, offensiven oder dissuasiven Charakter haben.

So bieten *gepanzerte Fahrzeuge* klassischerweise einen ausreichenden Schutz vor Beschuss mit Handfeuerwaffen. Bis zu einem gewissen Grad schützen sie zudem vor Splittern und Minen. Verfügen solche Fahrzeuge gleichzeitig über eine grosskalibrige Bewaffnung, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit ihrer Verwendung als *System*. Auf jeden Fall zeitigt der Einsatz von Panzerfahrzeugen stets einen dissuasiven und medialen Effekt.

In *Tagayeva and others v. Russia* setzten die Sicherheitskräfte zur Geiselnbefreiung unter anderem verschiedene schwere Offensivmittel ein (Flammen- und Granatwerfer, Panzerfahrzeuge, diverse Langdistanzwaffen und Handgranaten). In der Wahl des breiten Mittelansatzes alleine sah der EGMR keine Verletzung der EMRK¹⁰⁸¹. Jedoch verstiesen die Sicherheitskräfte durch die Art der Verwendung ihrer schweren Mittel gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip (in der Ausprägung des Übermassverbots) und verletzten daher Art. 2 EMRK¹⁰⁸²: Sie beschossen die Schule Nr. 1, während sich sowohl Geiselnnehmer als auch Geiseln darin befanden.

«Overall [...] the evidence establishes a prima facie claim that the State agents used indiscriminate weapons upon the building while the terrorists and hostages were intermingled. Accordingly, it seems impossible that it could be ensured that the risk to the hostages could be avoided or at least minimised.»¹⁰⁸³

Der EGMR bemängelt insbesondere die ungenügende Güterabwägung sowie die mangelnde Führung der Operation im Sinne der Risikominimierung gegenüber den Geiseln.

«The acute danger of the use of indiscriminate weapons in such circumstances should have been apparent to anyone taking such decisions. All relevant factors

¹⁰⁸¹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 611.

¹⁰⁸² *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 609: «While errors of judgment or mistaken assessments, unfortunate in retrospect, will not in themselves entail responsibility under Article 2, such use of explosive and indiscriminate weapons, with the attendant risk for human life, cannot be regarded as absolutely necessary in the circumstances».

¹⁰⁸³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 589.

should have been weighed up and carefully pondered upon in advance, and the use of such weapons, if unavoidable in the circumstances, should have been subject to strict supervision and control at all stages to ensure that the risks to the hostages were minimised.»¹⁰⁸⁴

Im Urteil *Isayeva v. Russia* hat der EGMR beim Einsatz von Kampfflugzeugen (respektive von Fliegerbomben) alleine – wenn auch mit einem grossen Aber – noch keinen Verstoss gegen die EMRK erkannt.

«Accepting that the use of force may have been justified in the present case, it goes without saying that a balance must be achieved between the aim pursued and the means employed to achieve it.»¹⁰⁸⁵

Der Gerichtshof hat für diese Art von Rechtsdurchsetzung allerdings nicht primär auf die Waffenwirkung *an sich* abgestellt¹⁰⁸⁶, sondern auf die fehlende Differenzierung bei der Wirkung von Fliegerbomben im konkreten Fall (vgl. sogleich, Ziff. V.4.5.1).

b. Alternative non-letale Einsatzmittel

Im Urteil *Güleç v. Turkey* unterstreicht der EGMR die Bedeutung sowohl des passiven Schutzes von Sicherheitskräften (durch spezifische Einsatzmittel wie Schutzschilde) als auch alternativer Einsatzmittel zu Schusswaffen. Dafür kommen insbesondere bei gewalttätigen Demonstrationen (*riots*) chemische Stoffe infrage.

Am 4. März 1991 kam es zu spontanen, ungenehmigten Demonstrationen; bei der Konfrontation zwischen Demonstranten und Gendarmen wurde der 15 Jahre alte *Ahmet Güleç* auf dem Nachhauseweg durch eine Kugel getötet¹⁰⁸⁷. Der EGMR sah den Einsatz von Schusswaffen als gerechtfertigt an, vertiefte aber die Frage nach Alternativen. Dabei wies er insbesondere auf die Verwendung – auch –

¹⁰⁸⁴ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 607.

¹⁰⁸⁵ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 181.

¹⁰⁸⁶ Vgl. auch CORN/WATKIN/WILLIAMSON, *Law in War*, S. 220 («high explosive nature of aerial-delivered weapons and their destructive effect»).

¹⁰⁸⁷ *Güleç v. Turkey*, 54/1997/838/1044 (1998), §§ 7, 9 und 63. Nach dem «Supreme Administrative Court [...] it was impossible to bring a prosecution against civil servants where the identity of those responsible and their status as civil servants had not been established» (§§ 7 und 70).

von *Tränengas* als milderem Mittel hin. Konkret hätten die Sicherheitskräfte mit alternativen Einsatzmitteln überhaupt ausgestattet werden müssen. «[...] It goes without saying that a balance must be struck between the aim pursued and the means employed to achieve it. The gendarmes used a very powerful weapon because they apparently did not have truncheons, riot shields, water cannon, rubber bullets or tear gas. The lack of such equipment is all the more incomprehensible and unacceptable because the province of Şırnak [...] is in a region in which a state of emergency has been declared, where at the material time disorder could have been expected.»¹⁰⁸⁸

Im Urteil *Ataykaya v. Turkey* stand der Einsatz von *Tränengas* als einem non-letalen Zwangsmittel in Frage. Zum Zeitpunkt des Ereignisses fehlten spezifische Bestimmungen zur Verwendung von *Tränengas*werfern durch die Sicherheitskräfte. Bezugnehmend auf die positive Verpflichtung aus dem Recht auf Leben hält der Gerichtshof fest, dass die Behörden nicht alle notwendigen und zu erwartenden legislatorischen Massnahmen ergriffen hätten, um einen angemessenen Schutz der Bevölkerung zu gewährleisten.

Aus dem direkten Abfeuern von *Tränengas*geschossen auf Menschen resultierten tödliche Verletzungen. Der Direktschuss entsprach nicht einem fachgerechten Einsatz dieses Zwangsmittels. Dessen Verwendung hätte angemessen ausgebildet werden müssen. Hingegen wäre ein Einsatz im Bogenschuss angemessen und daher zulässig gewesen.¹⁰⁸⁹

c. Nationale Rechtsgrundlagen

Aufgrund der positiven Verpflichtung aus dem Recht auf Leben haben die Konventionsstaaten *auch* den Einsatz besonderer Mittel adäquat zu regeln. Indes kann es vorkommen, dass für einen spezifischen Mitteleinsatz *keine genügende* nationale Gesetzesgrundlage vorliegt. Die Gründe für das Fehlen können ganz unterschiedlich sein und vom Ver-

¹⁰⁸⁸ *Güleç v. Turkey*, 54/1997/838/1044 (1998), § 71.

¹⁰⁸⁹ *Ataykaya v. Turkey*, 50275/08 (2014), §§ 57 ff. (m.H. auf *Abdullah Yaşa and others v. Turkey*, 44827/08 [2013]; vgl. dazu auch Ziff. IV.4.2 und IV.1.4.2.).

säumnis einer Regelung¹⁰⁹⁰ über das Veralten bestehender Rechtsgrundlagen¹⁰⁹¹ bis zum inhaltlichen Zurückbleiben hinter Minimalstandards¹⁰⁹² reichen.

Im Urteil *Tagayeva and others v. Russia* hat der EGMR die Tragfähigkeit der nationalen Rechtsgrundlage mit besonderem Augenmerk auf den Mitteleinsatz beleuchtet. Darin waren weder die wichtigsten Prinzipien und Bedingungen für legitime Anti-Terror-Operationen festgelegt worden noch hatte das Gesetz Schranken gegen eine willkürliche Verwendung von Zwangsmitteln vorgesehen¹⁰⁹³.

«The Court notes that the Suppression of Terrorism Act remained silent not only on the types of weapons and ammunition that could be used, but also on the rules and constraints applicable to this choice. It did not incorporate in any clear manner the principles of using force that should be no more than «absolutely necessary» such as the obligations to decrease the risk of unnecessary harm and exclude the use of weapons and ammunition that carried unwarranted consequences [...]. At the same time, it provided near blanket immunity to the participants of anti-terrorist operations from responsibility for any harm caused by them to «legally protected interests» [...].»¹⁰⁹⁴

Beim Fehlen adäquater nationaler Rechtsgrundlagen für den Einsatz von besonderen Zwangsmitteln steht eine Einzelfallbeurteilung im Fokus, um anhand der konkreten Umstände und unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit über die Zulässigkeit von Zwangsmitteln zu entscheiden¹⁰⁹⁵.

Der EGMR weist auf die Folgen unzureichender Normierung hin: «It is not surprising that in the absence of clear rules on conducting anti-terrorist ope-

¹⁰⁹⁰ *Ataykaya v. Turkey*, 50275/08 (2014), § 57; *Celniku v. Greece*, 21449/04 (2007), § 57; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 229.

¹⁰⁹¹ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 70; *Leonidis v. Greece*, 43326/05 (2009), § 65.

¹⁰⁹² *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 599; *Nachova v. Bulgaria* (GC), 43577/98 (2005), §§ 99 ff.

¹⁰⁹³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 599.

¹⁰⁹⁴ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 598.

¹⁰⁹⁵ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 216; *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 563.

rations, references were made to the Army Field Manual, which applied to combat situations in armed conflicts and appeared inappropriate for the situation [...].»¹⁰⁹⁶

4.5. UNTERSCHIEDUNG

Die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit ist wesentlich mit dem Unterscheidungsgebot verbunden. Polizeiliche Massnahmen richten sich gegen bestimmte Bedrohungen und dienen zu deren Abwehr.

4.5.1. Letale Zwangsmittel

Wird mit dem Einsatz letaler Zwangsmittel – und sei es im Ergebnis bloss als Reflexwirkung – auch in die Rechtsgüter jener Personen eingegriffen, welche es zu schützen gilt, ist ihre Verwendung *per se* unzulässig. Unseres Erachtens liegt darin bereits ein Verstoss gegen das Verbot der absichtlichen Tötung (Art. 2 Abs. 1 EMRK). Erst recht erscheint ein solcher Mitteleinsatz unverhältnismässig (Art. 2 Abs. 2 EMRK).

Der EGMR hat im Urteil *Isayeva v. Russia* zurecht bemängelt, dass die abgeworfenen Fliegerbomben nicht mit der nötigen Vorsicht im Hinblick auf das Leben der Zivilbevölkerung eingesetzt worden waren¹⁰⁹⁷. Ihre Verwendung stand nicht mehr in einer vernünftigen Relation zur Zweckerfüllung und zur möglichen Lebensgefährdung unbeteiligter Dritter¹⁰⁹⁸.

«[...] Using] this kind of weapon in a populated area, outside wartime and without prior evacuation of the civilians, is impossible to reconcile with the degree of caution expected from a law-enforcement body in a democratic society. [...] The massive use of indiscriminate weapons stands in flagrant contrast with this aim and cannot be considered compatible with the standard of care prerequisite to an operation of this kind involving the use of lethal force by State agents.»¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹⁶ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 598.

¹⁰⁹⁷ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 200.

¹⁰⁹⁸ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 173.

¹⁰⁹⁹ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 191.

4.5.2. «Non letale» Zwangsmittel

Verhältnismässigkeitsfragen bei non-letalen Zwangsmitteln stellen sich vor allem in deren Relation zu letalen Zwangsmitteln. Grundsätzlich ist ein non-letales Zwangsmittel zulässig, wenn auch ein letales Zwangsmittel zulässig wäre (vgl. Ziff. V.4.3.3). Allerdings ist besonders zu berücksichtigen, ob sich der «Wirkbereich» eines non-letalen Zwangsmittels von jenem eines letalen Zwangsmittels unterscheidet. Letzteres kann anhand des Urteils *Finogenov and others v. Russia* diskutiert werden.

a. **Verwendung von narkotisierendem Gas: Argumentation des EGMR**

Der EGMR hat darin die Verhältnismässigkeit der Verwendung eines narkotisierenden Gases diskutiert. Er hat darauf abgestellt, dass das Gas zwar gefährlich, aber – im Gegensatz zu Sprengmitteln oder Luft-Boden-Raketen – nicht an sich tödlich gewesen sei: «the gas used by the Russian security forces, while dangerous, was not supposed to kill»¹¹⁰⁰. Weiter hat der Gerichtshof auf die tatsächliche Beobachtung abgestellt, dass offenbar nicht alle Personen im Theater aufgrund des eingeleiteten Gases das Bewusstsein verloren hatten. Der EGMR verweist sodann zurück auf die Verhältnismässigkeit der Massnahme an sich sowie auf die Nachsorge der verletzten Personen¹¹⁰¹. Unter diesen Umständen sei das Gas nicht «wahllos» verwendet worden; für die Geiseln hätte eine hohe Überlebenschancen bestanden (wenn auch abhängig von nachfolgenden Rettungsbemühungen)¹¹⁰².

¹¹⁰⁰ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 232.

¹¹⁰¹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 235: «The Court has already established that the gas was dangerous and even potentially lethal. The Government claimed that the gas dosage had been calculated on the basis of an «average person's reaction». The Court notes that even that dose turned out to be insufficient to send everybody to sleep: after it had been dispersed in the auditorium some of the hostages remained conscious and left the building on their own. In any event, the Court is not in a position to evaluate the issue of the dosage of the gas. It will, however, take it into account when assessing other aspects of the case, such as the length of exposure to it and the adequacy of the ensuing medical assistance».

¹¹⁰² *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 232.

Auf dieser Grundlage zieht der Gerichtshof einen – unseres Erachtens pseudo-probabilistischen – Vergleich zwischen dem Einsatz des narkotisierenden Gases und dem Einsatz von Schusswaffen.

«The Court accepts that the gas was probably not intended to kill the terrorists or hostages. It was therefore closer to «non-lethal incapacitating weapons» than to firearms [...]»¹¹⁰³

Der EGMR setzt sich sodann mit der Frage der Dosierung des narkotisierenden Gases auseinander. Die Berechnung der Dosierung habe auf der (zu erwartenden) Reaktion einer Durchschnittsperson basiert¹¹⁰⁴ und dementsprechend unterschiedliche Wirkungen bei den Betroffenen ausgelöst¹¹⁰⁵. Unter den gegebenen Umständen befand der EGMR den Einsatz des Gases als absolut notwendig, insbesondere weil damit die Neutralisierung der Terroristen bei möglichst geringem Risiko für die Geiseln bezweckt wurde. Es hätte keine Tötungsabsicht bestanden. Auch unter Berücksichtigung der weiteren Umstände kommt der Gerichtshof zum Schluss, dass im Einsatz des Gases keinen Verstoß gegen die Konvention bestehe¹¹⁰⁶.

b. Kritik in der Literatur

In der Literatur werden die Erwägungen des EGMR kritisch gewürdigt. Hinsichtlich des Spruchkörpers wird darauf hingewiesen, dass das Urteil «nur» von der First Section des EGMR gefällt worden ist. Dies würde einerseits die normative Aussagekraft verringern – andererseits wird bezweifelt, ob das Urteil vor der *Grand Chamber* standgehalten hätte¹¹⁰⁷.

Weiter wird bezweifelt, ob sich durch die Verwendung des Gases die Überlebenswahrscheinlichkeit der Geiseln erhöht hat. Dieses Argument ist zentral, da das Gas genau gleich sowohl auf die Täter (Terroristen) als auch auf die Opfer (Geiseln) eingewirkt hat. BERNADETTE RAINEY, ELIZABETH WICKS UND CLARE OVEY weisen (in ihrem gemein-

¹¹⁰³ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 202.

¹¹⁰⁴ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 194.

¹¹⁰⁵ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 235 f.

¹¹⁰⁶ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 236.

¹¹⁰⁷ CASEY-MASLEN/CONNOLLY, *Police Use of Force under International Law*, S. 87.

samen Werk) auf eine widersprüchliche Argumentation des EGMR hin: Der Gerichtshof erkennt zwar in der Verwendung des Gases zum Zwecke der Geiselrettung (noch) keine Konventionsverletzung – schliesst aber aufgrund einer mangelnden Planung und Durchführung der anschliessenden Rettungsaktion gleichwohl auf eine Verletzung des Rechts auf Leben der Geiseln¹¹⁰⁸.

Das Internationale Rote Kreuz bezweifelt grundsätzlich die Angemessenheit der Verwendung eines in der Medizin durchaus bekannten narkotisierenden Gases als taktisches Einsatzmittel.

«(In) a tactical situation, when used against a group of people without their consent, it is not possible to provide the safeguards used in highly controlled medical environments. It is not possible to control the 'dose' of the chemical each victim receives, therefore risking overdose. Nor it is possible to make adjustments for wide variations in effects due to differences in age, weight, and health. It is extremely difficult, if not impossible, to provide the necessary immediate medical care including support for breathing, which is often impaired during anesthesia.

The tactical utility of these toxic chemicals as weapons for law enforcement is also questionable. It is a common misconception that incapacitation can ever be instant. In a tactical situation it will take at least several minutes to cause complete incapacitation in all those targeted and so the use of toxic chemicals cannot immediately prevent aggressors from using force. Countermeasures, such as gas masks or specific antidotes, may also be available to aggressors but not to innocent bystanders.»¹¹⁰⁹

Umstritten blieb die Frage, ob die Bekanntgabe der genauen Zusammensetzung der verwendeten chemischen Substanz eine bessere Behandlung der Opfer erlaubt hätte¹¹¹⁰. Wird ein Zwangsmittel trotz fehlender gesetzlicher Regelung (in einer Ausnahmesituation) *ad hoc* eingesetzt, müssen flankierend alle denkbar notwendigen Massnahmen zur Schadensbegrenzung ergriffen werden. Darunter fällt auch die Bekanntgabe der

¹¹⁰⁸ JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 146 f.

¹¹⁰⁹ ICRC, Toxic Chemicals as Weapons for Law Enforcement, S. 2.

¹¹¹⁰ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 65 und 80.

Zusammensetzung respektive der genauen Wirkung eines chemischen Stoffes (respektive des Zwangsmittels). Nur so kann eine sofortige Nachsorge für alle betroffenen Personen – Täter wie Opfer – erfolgen und damit das Risiko für das Rechtsgut Leben minimiert werden¹¹¹¹. Ansonsten sind die Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie der staatlichen Schutzpflichten gegenüber Geiseln wahrscheinlich¹¹¹².

c. **Stellungnahme**

Unseres Erachtens wirft das Urteil Fragen zur Angemessenheit des Einsatzes eines narkotisierenden Gases gegenüber einer sowohl aus Terroristen als auch Geiseln bestehenden Zielgruppe auf: Insbesondere erschliesst sich die *Zulässigkeit* des Einsatzes eines solchen Gases – dessen genaue Zusammensetzung und Dosierung bis heute unbekannt geblieben sind – nicht ohne Weiteres. Der Umstand, dass einzelne Personen ihr Bewusstsein nicht verloren haben, nimmt dem narkotisierenden Gas nichts von seiner potenziellen Wirkung auch bei jenen Menschen, welche durch die Operation der Sicherheitskräfte gerade geschützt werden sollen. Die These der First Section, dass der Einsatz des Gases nicht unmittelbar kausal zum Tode von 125 Menschen geführt habe¹¹¹³, ist schwer nachvollziehbar.

Aus dogmatischer Warte kommt hinzu, dass bereits die Gefährdung von Leben als Verletzung von Art. 2 EMRK gelten kann – und zwar unabhängig von der Frage, ob das verwendete Mittel ein milderes im Vergleich zu anderen Mitteln wäre. Der versuchte Analogieschluss, wonach das narkotisierende Gas (auf der Basis von Phentanyl) eher mit einem Mittel zur Verursachung von Kampfunfähigkeit als mit einer Schusswaffe vergleichbar sei, überzeugt vor diesem Hintergrund nicht. Damit werden wohl die

¹¹¹¹ Zudem waren vorgängig augenscheinlich keine Berechnungen des Unverträglichkeits- (ICt_{50}) – respektive Tödlichkeitsprodukts (LCt_{50}) vorgenommen worden; vgl. zu ICt und LCt CROWLEY, Chemical Control, S. 40 oder NEILL, Riot Control and Incapacitating Chemical Agents under the CWC, S. 12 (mit Fn. 42).

¹¹¹² CROWLEY, Chemical Control, S. 40; NEILL, Riot Control and Incapacitating Chemical Agents under the CWC, S. 12 (mit Fn. 42).

¹¹¹³ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 201: «The official experts in their report concluded that there was no «direct causal link» between the death of those 125 people and the use of the gas, and that the gas was just one of many factors which led to such a tragic outcome».

(intendierte oder nach aussen kundgetane) Absicht mit der (wohl eigentlich deterministisch zu beurteilenden) Wirkung vermengt.

Ein starkes Indiz gegen die Verhältnismässigkeit des Einsatzes des narkotisierenden Gases (auch gegenüber den Geiseln) kann in diesem Fall auch die Basis des chemischen Wirkstoffs darstellen. Phentanyl fällt unter das CWC (vgl. Ziff. V.3.4.3) – womit sein Einsatz in polizeilichen oder militärischen Operationen für den Vertragsstaat Russland völkerrechtlich verboten ist. Ein verbotenes Mittel kann unseres Erachtens kein milderes Zwangsmittel sein¹¹¹⁴.

4.6. KOLLISION GRUNDRECHTLICHER VERPFLICHTUNGEN

Bei Anti-Terror-Operationen können negative (vgl. Ziff. III.2.3) und positive (vgl. Ziff. III.2.2) Verpflichtungen aus Art. 2 EMRK einander entgegen stehen¹¹¹⁵. Beim Einsatz von Zwangsmitteln zum Schutz von Personen geht es um Verpflichtungen mit Bezug auf das gleiche Rechtsgut, respektive um eine Kollision zwischen Gehalten des gleichen Grundrechts.

Der Einsatz von Zwangsmitteln zielt auf den *Schutz* des Lebens von Dritten ab, die durch andere Menschen konkret bedroht werden. Führt der Einsatz von Zwangsmitteln zu einer (auch bloss mittelbaren) Gefährdung des Lebens der Opfer, stehen grundrechtliche Verpflichtungen im Widerspruch zueinander.

¹¹¹⁴ Im Interview mit der NZZ vom 16. April 2019, S. 14 f. berichtet der führende Präsident des EGMR, Prof. *Luzius Wildhaber*, von Drohungen des russischen Botschafters: Er «forderte mich im Auftrag von Putin auf, die Richter des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (...) anzuweisen, wie sie in einem bestimmten Fall zu entscheiden hätten. (...) Ein paar Tage nach dem Besuch (...) sendete das russische Staatsfernsehen einen Bericht, in dem behauptet wurde, der EGMR und ich hätten von den Plänen eines tschetschenischen Terroranschlags in Moskau gewusst, dies aber unter dem Deckel gehalten. Es war ein unverhohlener Angriff auf die Glaubwürdigkeit des Gerichtshofs und auf meine Integrität.»

¹¹¹⁵ Es geht dann um das von MARTIN, Grundrechtskollisionen, S. 279 gezeichnete «Dreieck»: «Die grundrechtlichen Schutzpflichten vermitteln dem Opfer (...) keinen direkten Anspruch gegen den Störer auf Unterlassen, sondern (...) gegen den Staat auf positives Handeln gegen den privaten Störer.»

4.6.1. **Besonderheit der Kollision grundrechtlicher Gehalte nach Art. 2 EMRK**

Das *rechtsdogmatische* Dilemma besteht darin, dass jene Gehalte des Grundrechts auf Leben, welche «zum Schutz unaufgebbarer Bedingungen menschlicher Existenz»¹¹¹⁶ gewährleistet werden (grundrechtliche Kerngehalte), an sich keiner Abwägung zugänglich sind. Ist eine Abwägung nicht möglich, würde jede Handlungsoption zu einer Grundrechtsverletzung im Kernbereich führen¹¹¹⁷ und wäre daher unzulässig. Die Rechtsprechung des EGMR erscheint demgegenüber «praxisbezogen» Auslegungsspielräume zu eröffnen. Sowohl der Gehalt der jeweiligen Verpflichtung (Eingriffsverbot oder Schutzpflicht) als auch die Person des Grundrechtsträgers (Gefährder oder Opfer) erlangen fallrechtlich eine tragende Bedeutung.

Unseres Erachtens ist bei dieser Diskussion die vom deutschen Juristen und Philosophen ROBERT ALEXY getroffene Unterscheidung zwischen dem Konflikt von Regeln und der Kollision von Prinzipien hilfreich¹¹¹⁸. Während ein Konflikt von Regeln beim Fehlen von Kollisions- oder Ausnahmeregeln unausweichlich zu einem Rechtsverstoss führt¹¹¹⁹ (und daher vermieden werden muss), lässt die Kollision von Prinzipien Abwägungen respektive Gewichtungen zu¹¹²⁰. Grundrechte haben meist den Charakter von – wichtigen und wegleitenden, aber stets konkretisierungsbedürftigen – Prinzipien. Sie geben nur selten eigentliche Regeln vor, da sie üblicherweise abstrakt formuliert sind und keinen festen Rahmen vorgeben, sondern auslegungsbedürftige *Werte* oder *Gebote* auf Verfassungsstufe verankern. Dies spricht ihnen selbstverständlich weder ihren Normcharakter¹¹²¹ noch ihre Gültigkeit oder Verbindlichkeit ab.

¹¹¹⁶ SCHEFER, Kerngehalte, S. 90 (m.H. auf den «gezielten Todesschuss») sowie S. 403 f.

¹¹¹⁷ SCHEFER, Kerngehalte, S. 91. Die Notstandsfestigkeit von Art. 2 EMRK unterstreicht dessen Bedeutung; vgl. SCHEFER, Kerngehalte, S. 150.

¹¹¹⁸ ALEXY, Theorie der Grundrechte, S. 71 ff.

¹¹¹⁹ ALEXY, Theorie der Grundrechte, S. 77 f.

¹¹²⁰ ALEXY, Theorie der Grundrechte, S. 78 f.

¹¹²¹ Insbesondere können für Grundrechte nicht die gleichen Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot verlangt werden wie für gesetzliche Normen. Grundrechte sind dynamische Normen – die EMRK ist ein «living instrument» zu ihrer Verwirklichung; grundlegend *Tyrer v. The United Kingdom*, 5856/72 (1978), § 31 (zum Wandel der Akzeptanz der Körperstrafe).

Bereits der Normwortlaut des Rechts auf Leben nach Art. 2 EMRK streicht in Abs. 1 die Umsetzungsbedürftigkeit der positiven Verpflichtung im nationalen Recht heraus. Gleiches gilt für die Rechtfertigungen gemäss Abs. 2. Eher «regelhaft» erscheint im Grunde die negative Verpflichtung mit dem Verbot der Tötung von Menschen; indes ist dort die hinter einem Verhalten stehende Absicht das bestimmende – und offene – Kriterium. Das bedeutet unseres Erachtens, dass die verschiedenen Gehalte bei einer Kollision innerhalb des Grundrechts auf Leben einer Abwägung zugänglich sind. Soweit also nicht die Tötung von Menschen die Finalität (das eigentliche primäre Ziel) einer staatlichen Handlung ausmacht – und solange das nationale Recht nicht bestimmte Handlungen in Konkretisierung der positiven Verpflichtung verbietet – kann es bei der Prüfung einer absoluten Notwendigkeit von Massnahmen auch um eine Ausbalancierung parallel geltender Grundrechtsgehalte gehen.

Der Katalog von Art. 2 Abs. 2 EMRK setzt enge äussere Schranken (und öffnet den Weg zu einer *Gesetzesmediatisierung*¹¹²²). Bei Anti-Terror-Operationen steht die Befreiung von Menschen gegen rechtswidrige Gewalt im Vordergrund (Buchstabe a).

4.6.2. Absolute Schranken

Obwohl bereits weit entwickelt, bilden die fallrechtlich imprägnierten Grundsätze zu Art. 2 EMRK bloss einen Minimalstandard. Die Konventionsstaaten können in ihren nationalen Rechtsordnungen¹¹²³ strengere Regeln vorsehen.

So weist der EGMR bezüglich der Verwendung eines narkotisierenden Gases als Zwangsmittel – *mutatis mutandis* – auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum deutschen Luftfahrtsicherheitsgesetz hin. Das deutsche Gericht hat höchststrichterlich entschieden, dass der Abschuss entführter Flugzeuge auch dann nicht konform zum deutschen Grundgesetz ist, wenn diese Flugzeuge von den Entführern als tödliche Waffen verwendet werden (wie bei den Anschlügen von New York und Washington am 11. September 2001). An Bord entführter Flugzeuge befinden sich neben den Terroristen realistischerweise stets auch unbeteiligte Personen: Minimal Flugzeugbesatzungen, in der Regel auch

¹¹²² Vgl. MARTIN, Grundrechtskollisionen, S. 90 ff., 151 ff. und 280.

¹¹²³ Zur Rolle des Gesetzgebers vgl. auch SCHEFER, Kerngehalte, S. 410 f.

Passagiere¹¹²⁴. Der Einsatz eines Zwangsmittels von aussen gegen ein fliegendes Flugzeug richtet sich unweigerlich gegen alle Menschen an Bord.

Für eine nicht gewollte Tötung der Passagiere und Besatzungsmitglieder besteht genau die gleiche Todesgefahr wie für die Entführer (*real and immediate danger*). Zudem besteht für Personen am Boden ein Risiko (*real and immediate risk*), von Trümmerteilen getroffen und dadurch verletzt oder getötet zu werden.

Unzulässig ist daher die Ermächtigung der Streitkräfte, durch unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ein entführtes Luftfahrzeug abschiessen zu dürfen; auch wenn ein Flugzeug als Waffe gegen das Leben anderer Menschen eingesetzt werden soll. Soweit auch tatunbeteiligte Menschen an Bord des Luftfahrzeugs betroffen sind, verletzen Abwehrhandlungen das Recht auf Leben der Passagiere. Ein allfälliges Abwägen menschlicher Leben gegeneinander verstösst zudem gegen die Garantie der Menschenwürde¹¹²⁵. Der deutsche Gesetzgeber hätte es zugelassen, dass der Status von Menschen als Rechtssubjekte in Frage gestellt worden wäre.

Im Grunde entspricht ein staatlicher Flugzeugabschuss in jedem Fall (mindestens) der abstrakten Gefährdung (*dangerous activity*) einer Vielzahl von Menschen. Die Staaten sind daher gehalten, alle erforderlichen präventiven Massnahmen zu ergreifen, um Entführungen im Voraus zu verhindern (zum bestehenden internationalen Regelwerk vgl. Ziff. IV.1.1).

Unseres Erachtens können absolute Schranken aber nur dann eine nach Art. 2 EMRK bestehende grundrechtliche Handlungspflicht des Staates hinsichtlich des Schutzes von Dritten aufheben, wenn deren Recht auf Leben durch die staatliche Operation mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verletzt wird.

¹¹²⁴ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 231: «The [...] German Constitutional Court [...] found incompatible with the right to life [...] a law authorising the use of force to shoot down a hijacked aircraft believed to be intended for a terrorist attack [...]. It found, *inter alia*, that the use of lethal force against the persons on board who were not participants in the crime would be incompatible with their right to life and human dignity, as provided by the German Basic Law and interpreted in the jurisprudence of the Constitutional Court.»

¹¹²⁵ 1 BvR 357/05 vom 15. Februar 2006 (= BVerfGE 115, 118), §§ 118 ff.

Der Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel ist generell nur dann absolut notwendig, wenn er auch zumutbar ist. Mit einer Abwägung wird geprüft, ob konkret eingesetzte Zwangsmittel mit den Verpflichtungen der Konventionsstaaten aus Art. 2 EMRK vereinbar sind (vgl. insbesondere Ziff. IV.3.3.3). Das grundrechtlich geschützte Rechtsgut Leben darf keiner überhöhten Gefährdung ausgesetzt werden, selbst wenn sich diese ausschliesslich gegen jene Personen richtet, von welchen eine Bedrohung ausgeht (Täter oder Gefährder). – Eine Gefährdung des Lebens Dritter durch den Einsatz von Zwangsmitteln ist demgegenüber *per se* unzumutbar und daher stets unzulässig. Dies erst recht, wenn gegenüber diesen Drittpersonen staatliche Schutzpflichten bestehen (vgl. Ziff. III.2.2.5 und III.2.2.7).

4.6.3. Unterscheidungen

a. Komplementarität zwischen Eingriffsmöglichkeit und Handlungspflicht

Ist der gezielte Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel gegen Täter zulässig und nach den Umständen tatsächlich möglich, ohne dass das Rechtsgut Leben der zu schützenden Dritten gefährdet wird, liegt eine Komplementarität der grundrechtlichen Verpflichtungen vor: Befinden sich Dritte in einer unmittelbaren, durch die Täter verursachten Gefahrenlage, so verdichtet sich die positive Verpflichtung aus dem Recht auf Leben zu einer Handlungspflicht des Staates.

Es kann ein Ermessensspielraum hinsichtlich der Wahl der Zwangsmittel bestehen. Grundsätzlich ist das mildeste Mittel zu wählen, welches mit Sicherheit zum Erfolg – also der sofortigen und vollständigen Beseitigung einer Gefährdung – führt. Diese Zwanganwendung muss primär auf die Täterschaft gerichtet sein und die Rettung von Dritten zur Finalität haben. Ein Eingriff in das Recht auf Leben von Unbeteiligten muss gemäss einer Beurteilung *ex ante* grundsätzlich ausgeschlossen werden können.

Ein Beispiel dafür ist der Einsatz von Zwangsmitteln gegen *Amok-Täter*. Werden Dritte durch unmittelbar Gewalt ausübende Personen gefährdet, setzen das Unter- und das Übermassverbot die Leitplanken für die polizeiliche Gefahrenabwehr: Es ist dasjenige Zwangsmittel zu wählen, welches die Gefährdung durch den Amok-Täter mit hinreichender Wahrscheinlichkeit beseitigt. Dies ist bei

jenen Zwangsmitteln der Fall, welche beim Täter eine sofortige Handlungsunfähigkeit eintreten lassen. Daher wären bei einer unmittelbaren Bedrohung Dritter selbst Warnschüsse vor einer Schussabgabe (an sich) unzulässig, weil sie den Täter warnen und zu jenen Handlungen verleiten können, welche es gerade zu verhindern gilt.

Im Falle des *finalen Rettungsschusses* kann die Argumentation kurios anmuten: Der Einsatz von Schusswaffen ist aus juristischer Sicht potenziell tödlich (deterministischer Massstab) – daher ist die Zulässigkeit eines Schusswaffeneinsatzes absolut zu beurteilen: Entweder ist er zulässig oder er ist es nicht¹¹²⁶. Ist der Schusswaffeneinsatz zulässig, muss er umgekehrt den angestrebten Erfolg (die Rettung Dritter) garantieren. Daher erfolgt die *Neutralisierung* (Gefahrenbeseitigung durch Herbeiführung der sofortigen Handlungsunfähigkeit) von Amok-Tätern durch Kopfschüsse mit Teilmantel-Munition¹¹²⁷.

Das bedeutet indes nicht, dass gegenüber Tätern keine Rettungspflicht bestünde. Beim (richtig ausgeführten) finalen Rettungsschuss sind Rettungsmassnahmen zwar nur im Falle von Fehlern denkbar. Es muss aber stets eingeplant werden, die Täter nach deren Neutralisierung zu retten.

Umstritten ist zuweilen, ob direkte *Eingriffe* in das Recht auf Leben einer positiv-rechtlichen Regelung bedürfen¹¹²⁸. Unseres Erachtens könnte es dabei bloss darum gehen, den Rahmen von Art. 2 Abs. 2 EMRK gesetzlich weiter zu konkretisieren. Den Konventionsstaaten steht es frei, die Voraussetzungen für die härteste Form des Einsatzes letaler Zwangsmittel enger zu fassen als es konventionsrechtlich verlangt ist. Zu bedenken wären aber zwei besondere Aspekte: Eine nationale Regelung hätte auch allfälligen Schutzpflichten gegenüber Dritten gebührend Rechnung zu tragen – und eine Regelung kann

¹¹²⁶ In den Urteilen *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011) und *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017) werden die Eingriffe in das Recht auf Leben der Terroristen nicht speziell untersucht; der Fokus liegt deutlich auf dem Leben der Geiseln. Gleiches galt bereits für *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005).

¹¹²⁷ Ein Schiessen in die Extremitäten wäre grundrechtlich ebenfalls ein Eingriff in das Recht auf Leben – aber eine Beseitigung der vom Täter ausgehenden unmittelbaren Gefahr wäre nicht garantiert. Daher wäre die faktisch mildere Massnahme (nach Ansicht des Erstators) *unzulässig*.

¹¹²⁸ Vgl. mit Bezug auf die Diskussion in der Schweiz MELZER, Targeted Killing, S. 19 f.

nie alle Eventualitäten vorsehen. Gesetzliche Regelungen können aber innerhalb der bestehenden Spielräume und Abwägungen Transparenz und Rechtssicherheit herstellen.

b. Kollision zwischen Eingriffsmöglichkeit und Schutzpflicht

Wenn der Einsatz von Zwangsmitteln sowohl für die Täterschaft (Gefährder) als auch für die Opfer (Dritte) mit dem Risiko von Lebensgefährdungen verbunden ist, können die positive Verpflichtung (gegenüber den Dritten) und die negative Verpflichtung (sowohl gegenüber den Dritten – als auch gegenüber der Täterschaft) von Art. 2 EMRK miteinander kollidieren.

Sofern ein Eingriff in das Grundrecht der Täterschaft grundsätzlich zulässig erscheint (vgl. oben), geht es genau genommen um eine Kollision staatlicher Verpflichtungen hinsichtlich des Grundrechts auf Leben – nur – der Dritten. Die Finalität einer staatlichen Handlung darf auch dann nicht in einem absichtlichen Eingriff in das Rechtsgut Dritter liegen: Die negative Verpflichtung wird durch die positive Verpflichtung (Schutzpflicht) in der konkreten Situation (*real and immediate risk*, an sich aber *danger*) verstärkt (Kongruenz).

Daher wäre es zum Beispiel unzulässig, bei einer Geiselnahme auf einen menschlichen Schutzschild zu schießen, um den dahinterstehenden Amok-Täter zu neutralisieren. Selbst wenn die Finalität darin bestünde, weitere Geiseln (ebenefalls Dritte) zu retten.

Bei polizeilichen Operationen findet die Beurteilung der Zulässigkeit von Zwangsmitteln als Prüfung *ex ante* statt (vgl. Ziff. V.1.2.2). Der Einsatz staatlicher Zwangsmittel darf nur unter fundierter Gegenüberstellung der betroffenen staatlichen Verpflichtungen erfolgen. Konkret ist eine Abwägung zwischen den positiven und negativen Verpflichtungen mit Blick auf konkret zu bewertende Handlungsoptionen (operative Varianten oder Auswahl von Zwangsmitteln) erforderlich.

Im Unterschied zum Entscheid des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum Luftfahrtsicherheitsgesetz (Abschuss entführter Flugzeuge) besteht unseres Erachtens kein Konflikt mit der Menschenwürde und dem Recht auf Leben von Dritten. Die Handlungsherrschaft liegt bei der kriminellen Täterschaft. Die staatliche Massnahme zur Gefahrenabwehr dient einzig der Rettung der

Dritten (welche aber – anders als beim Flugzeugabschuss – überhaupt möglich sein muss).

Trotz unter Umständen bestehender Handlungspflicht können staatliche Massnahmen unzulässig sein. Möglicherweise bestehenden erfolversprechenden Massnahmen gegenüber dem Täter können kollaterale Auswirkungen bei den Opfern entgegen stehen.

c. Zu «Opferschäden» im Besonderen

Der EGMR scheint in *ausserordentlichen Situationen* das Kriterium einer Gefährdungsminimierung in die Verhältnismässigkeitsprüfung einfließen zu lassen. Im Ergebnis werden die Auswirkungen des Verhaltens der staatlichen Sicherheitskräfte auf potenzielle Opfer mit dem wahrscheinlichen Verhalten der Täterschaft gegeneinander abgewogen. Damit kann aus Sicht *ex ante* nicht nur das staatliche Verhalten für sich alleine, sondern *im Vergleich* zum Verhalten einer Täterschaft beurteilt werden.

Unseres Erachtens eröffnet die Pflicht zur Risikominimierung nur *innerhalb* eines grundrechtlich geschützten Rechtsguts *ausnahmsweise* eine Entscheidungshilfe. So stünde etwa ein Eingriff in das ebenfalls notstandsfeste Folterverbot (Art. 3 EMRK) zum Schutze von Leben (Art. 2 EMRK) ausser Frage.

Wenn eine Gefährdungsminimierung bei gleichzeitigem Eingriffsrisiko in das Recht auf Leben von Opfern denkbar ist, stellt sich die Frage der potenziell zulässigen Eingriffsintensität. Der EGMR lässt in seiner Rechtsprechung Raum für Auslegungsspielräume.

Im Urteil *Finogenov and others v. Russia* anerkennt der EGMR den Einsatz eines in seiner Zusammensetzung unbekanntes, potenziell tödlichen Nervengases in Anbetracht der Umstände als zulässige *ad hoc*-Lösung (vgl. Ziff. V.3.4.1.b und V.3.4.3.c)¹¹²⁹.

Der Gerichtshof räumt ein, dass er üblicherweise prüfen würde, «whether the police operation was planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force and human losses,

¹¹²⁹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 235 f.

and whether all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation were taken.»¹¹³⁰

But «[the] threat posed by the terrorists was real and very serious. The authorities knew that many of the terrorists had earlier participated in armed resistance to the Russian troops in Chechnya; that they were well-trained, well-armed and dedicated to their cause [...]; that the explosion of the devices installed in the main auditorium would probably have killed all of the hostages; and that the terrorists were prepared to detonate those devices if their demands were not met.

It is true that the terrorists did not activate the bombs after the gas was dispersed, although some of them remained awake for some time. However, it is mere speculation to allege that they did not execute their threat out of humanitarian considerations; it is possible that they were simply disoriented or had not received clear orders. In any event, the authorities could not know with certainty whether the terrorists would in fact carry out their threats and detonate the bombs. In sum, the authorities could reasonably have concluded from the circumstances that there existed a real and serious risk for the lives of the hostages, and that the use of lethal force was sooner or later unavoidable.»¹¹³¹

Gleichzeitig betont der Gerichtshof auch die post-operationellen Verpflichtungen des Staates. Damit verschiebt sich der Fokus von der absoluten Notwendigkeit der Anwendung potenziell letalen Zwangs zur Gefahrenabwehr hin zur Planung und Führung einer Rettungsmission. Das Recht auf Leben der Geiseln sei *erst* aufgrund einer mangelnden Erfüllung der staatlichen Nachsorgepflicht verletzt worden, aber nicht bereits mit der Entscheidung zur Stürmung des Gebäudes oder dem Einsatz des Gases¹¹³².

¹¹³⁰ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 208.

¹¹³¹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 220 f. The court holds «[...] that there has been no violation of Article 2 of the Convention on account of the decision by the authorities to resolve the hostage crisis by force and to use the gas» (Urteilsdispositiv, § 3).

¹¹³² *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 266 (Konventionsverletzung), 226 (Zulässigkeit der Stürmung) und 236 (Umstände der Stürmung).

Im Urteil *Tagayeva v. Russia* weist der EGMR auch auf das humanitäre Völkerrecht hin¹¹³³. Er fragt nach der möglichen Anwendung des *CCWC-Protocol III* (Verbote oder Beschränkungen für den Einsatz von «Brandwaffen»). Denn bestimmte Waffen verursachen unverhältnismässige Verletzungen oder lassen eine gezielte Verwendung nicht zu (vgl. Ziff. IV.3.3.3). Allerdings stellten sich dem Gerichtshof schwierige Beweisfragen¹¹³⁴. Auf die Verwendung unzulässiger Einsatzmittel ging er in der Folge nicht mehr ein, sondern kehrte die Fragestellung um: «[...] The] evidence establishes a prima facie claim that the State agents used indiscriminate weapons upon the building while the terrorists and hostages were intermingled. Accordingly, it seems impossible that it could be ensured that the risk to the hostages could be avoided or at least minimised.»¹¹³⁵

Unseres Erachtens stellt sich die Diskussion des Opferschadens nur bei bestehenden staatlichen Schutzpflichten. Wenn aber Schutzpflichten bestehen, dürfen Gefährdungen nicht aus behördlichen Massnahmen resultieren. Bei der Gefahrenabwehr sind sowohl allfällige Schutzpflichten als auch das Übermassverbot zu berücksichtigen¹¹³⁶. Obwohl bei polizeilichen Operationen nie eine Erfolgsgarantie besteht, und obwohl bereits die Beurteilung von Massnahmen *ex ante* die Absolutheit des Schutzes des Grundrechts auf Leben relativiert, besteht eine Schranke. Die Inkaufnahme von Opferschäden steht in unauflösbarem Widerspruch zur Finalität ihrer Rettung.

Nach der Rechtsprechung des EGMR kann danach gefragt werden, ob die Verwendung von potenziell letalen Mitteln gegenüber Tätern *und* Opfern in Ausnahmesituationen *ad hoc* vertretbar sein kann, wenn der *Nachsorgepflicht* umfassend nachgekommen wird. Das Mass an Opferschäden könnte entsprechend minimiert und den staatlichen Schutzpflichten könnte zumindest nachträglich, im Rahmen einer Operation als Ganzer, entsprochen werden.

Unseres Erachtens müsste die Beurteilung *ex ante* mit ausreichender Plausibilität (Objektivierung) zur Annahme führen, dass das Leben der Opfer als Rechtsgut trotz

¹¹³³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 468 ff.

¹¹³⁴ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 587 f.

¹¹³⁵ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 589.

¹¹³⁶ Zur umstrittenen Bedeutung des Untermassverbots bei bestehenden staatlichen Schutzpflichten eingehend MARTIN, Grundrechtskollisionen, S. 266 ff.

der Wahl des (auch sie treffenden) Zwangsmittels hinreichend geschützt werden kann. Daraus würde sich faktisch eine *Erfolgspflicht* des Staates ergeben: Kommt im Ergebnis kein Opfer zu Schaden, tritt die mögliche temporäre Gefährdung durch die staatliche Operation hinter die bestehende Schutzpflicht (aufgrund einer von den Tätern ausgehenden Gefährdung) zurück. Kommen hingegen Opfer durch staatliches Handeln zu Schaden, so kehrt sich die Begründungspflicht gegen den Staat (vgl. zur Beweislastumkehr Ziff. VI.4.2.4 – auch wenn die mögliche Konsequenz dann bloss in einer Verletzung der prozeduralen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK besteht).

Im Urteil *Isayeva v. Russia* ging es um einen Luftangriff auf eine von tschetschenischen Rebellen infiltrierte Stadt. Da vorgängig keine Evakuierung stattgefunden hatte, traf der Luftangriff sowohl tschetschenische Kämpfer als auch Zivilisten ohne Unterschied¹¹³⁷. Der EGMR argumentiert, dass keine frühzeitige Warnung der Bevölkerung über den Angriff stattgefunden habe und die militärischen Strassensperren das Verlassen des Ortes nicht vereinfacht hätten¹¹³⁸. Bezogen auf die Anzahl der Opfer deutet der Gerichtshof an, dass diese wahrscheinlich deutlich höher ausgefallen sei, als es in der nationalen Untersuchung dargelegt wurde¹¹³⁹. Unseres Erachtens sprechen die Umstände in diesem Fall (insbesondere die unverhältnismässige Wahl des Zwangsmittels und die ungenügende Information der Bevölkerung) aber gegen ein konventionskonformes Vorgehen. Der EGMR hat eine Verletzung des Rechts auf Leben der Zivilisten erkannt (vgl. Ziff. V.4.4.2).

Die Rechtsprechung zu Art. 2 EMRK (*Finogenov and others v. Russia, Tagayeva and others v. Russia* und auch *Isayeva v. Russia*) legt nahe, dass der Gerichtshof in Extremfällen bei bestehenden Schutzpflichten und (daher im Grundsatz gebotenen) *ad hoc* Handlungen der Sicherheitskräfte ein minimales Mass an Opferschaden hinnimmt. Nach dem Stand der Rechtsprechung ist aber keine Grenze für ein Mass an Opferschäden erkennbar. Dies erscheint insofern als sinnvoll, als diese Frage wohl stets im Einzelfall unter Würdigung der Gesamtumstände zu beurteilen ist. Das Festlegen einer tolerier-

¹¹³⁷ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 200.

¹¹³⁸ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), §§ 187 und 194.

¹¹³⁹ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 197.

baren «Schadensgrenze» könne sowohl zu übertriebener Gewalt (unterhalb) als auch zu einer Art *chilling effect* für die Einsatzkräfte führen – also einer Einschränkung der Handlungsspielräume für Operationen bei schweren Terroranschlägen.

Ein *Restrisiko* bezüglich eines tatsächlichen Opferschadens ist unvermeidlich. Bereits der Massstab der *ex ante* Beurteilung von Bedrohungen führt zur Inkaufnahme von Risiken. Als – aus praktischer Sicht wenig überraschende – allgemeine Erkenntnis folgt, dass ein Konventionsstaat umso eher verhältnismässig handeln kann, je besser er auf mögliche Bedrohungen vorbereitet ist. Auch daher findet sich die Antwort auf Verhältnismässigkeitsfragen im Bereich von Anti-Terror-Operationen im Grund bei der Erfüllung prä-operationeller Pflichten (vgl. Ziff. IV).

4.6.4. Schnittstelle zur Untersuchungspflicht

Kommen bei polizeilichen Operationen sowohl Täter als möglicherweise auch Opfer zu Schaden, können sich Schnittstellen zur (nachgelagerten) Untersuchungspflicht ergeben. So konnte im Urteil *Tagayeva and others v. Russia* nicht zweifelsfrei geklärt werden, durch wessen Gewalteinwirkung die zahlreichen zivilen Opfer zu Tode oder zu Schaden gekommen waren (vgl. Ziff. II.2.3).

In der Schule Nr. 1 in Beslan hatten die Terroristen improvisierte Sprengsätze (IED) angebracht. Bei der Stürmung durch SOF sowie mit schweren Mitteln der Armee kam es zu Explosionen. Unklar blieb, wie die schweren Explosionen ausgelöst worden waren¹¹⁴⁰. Zum Anspruch auf die *Feststellung der Todesursachen* sowie den Todeszeitpunkt der Zivilisten¹¹⁴¹ holt der EGMR weit aus. Im Rahmen des damaligen Konflikts sei es wiederholt zu Geiselnahmen mit einer grossen Anzahl an Todesopfern (Geiseln) gekommen¹¹⁴². Daher hätte bei einem weiteren Anschlag von einer grossen Opferzahl ausgegangen werden müssen¹¹⁴³. Tatsächlich war dem Schutz der Opfer durch die staatlichen Behörden (insbesondere im prä-operationellen Bereich) nicht genug Beachtung

¹¹⁴⁰ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 74 ff., 137 ff., 145 ff. und 349.

¹¹⁴¹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), §§ 266, 494 und 500.

¹¹⁴² *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 485.

¹¹⁴³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 505.

geschenkt worden (vgl. auch Ziff. IV.2 und IV.3)¹¹⁴⁴. Aufgrund der forensischen Untersuchungen und Identifikationsverfahren konnten zudem keine eindeutigen Aussagen gemacht werden, ob die letalen Verletzungen der Opfer bereits vor dem behördlichen Zugriff erfolgt waren oder in dessen Rahmen durch die Geiselnnehmer respektive intervenierenden SOF verursacht wurden.

Die positive Verpflichtung verlangt bei einer staatlichen Intervention, das Mass an Opferschaden möglichst gering zu halten – dies gilt unseres Erachtens unabhängig von der Schadensquelle.

Bereits in *Finogenov and others v. Russia* stellte der Gerichtshof auf die prozedurale Verpflichtung ab, also auf die Durchführung einer wirksamen Untersuchung¹¹⁴⁵. Art. 2 EMKR sei auch wegen einem «failure to conduct an effective investigation into the rescue operation»¹¹⁴⁶ verletzt worden.

Wenn bei möglichen Opferschäden im Grunde eine Erfolgspflicht der staatlichen Sicherheitskräfte besteht, so ist beim tatsächlichen Eintritt von Opferschäden durch solche Zwangsmittel, welche keine Unterscheidung zulassen, eine Verletzung des Rechts auf Leben der Opfer nach Art. 2 EMRK unseres Erachtens unvermeidbar. Dann wäre aber im Reflex bereits der Einsatz dieses Mittels selbst *ad hoc* unzulässig.

4.7. BEDEUTUNG DER ABSOLUTEN NOTWENDIGKEIT BEIM SCHUTZ DRITTER

Der Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel zum Schutze Dritter betrifft Fälle, welche allgemein unter die Kategorie der konkreten Gefahrenabwehr fallen. Wird ein Risiko aufgrund der Lagebeurteilung als unmittelbar drohende Gefahr für das Rechtsgut Leben bewertet, verdichtet sich die positive Verpflichtung aus Art. 2 EMRK zu einer konkreten Schutzpflicht. Diese Schutzpflicht richtet sich bei terroristischen Aktionen auf gefährdeten Personen: Etwa Geiseln oder anderweitig potenziell tödlich bedrohten Menschen.

¹¹⁴⁴ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 491.

¹¹⁴⁵ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 232

¹¹⁴⁶ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), Urteilsdispositiv, § 5.

Der Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel bezweckt dann zwar die Abwehr einer Gefahr – das Tötungsverbot nach der negativen Verpflichtung bleibt aber auch gegenüber Angreifern oder Tätern im Grundsatz bestehen. Die Rechtfertigungsgründe von Art. 2 Abs. 2 EMRK können hinzutreten – dann wird für den Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel nach dem Normtext eine absolute Notwendigkeit verlangt. Unseres Erachtens sind beim Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel sowohl für sich alleine als auch zum Zwecke des Schutzes Dritter die Kriterien der Rechtsprechung zu abstrakten Gefährdungen (*dangerous activities*) zu beachten. Aus der positiven Verpflichtung von Art. 2 Abs. 1 EMRK folgt nicht *per se* ein Verbot von Handlungen, welche zu abstrakten Gefährdungen führen – verlangt wird eine rechtliche Einbettung. Dazu gibt die Konvention übergeordnet vor, dass die Tötung von Menschen nicht beabsichtigt werden darf. Gegenüber Dritten (Opfern) gilt das Tötungsverbot absolut.

Den Konventionsstaaten kommt bei der notwendigen rechtlichen Regelung der Ausübung von potenziell letalen Zwangsmitteln in den nationalen Rechtsordnungen ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Sie haben aber sowohl die allgemeinen Anforderungen an die Rechtsetzung (insbesondere das Bestimmtheitsgebot, vgl. Ziff. IV.1.4.2.c) als auch den Minimalstandard des EGMR einzuhalten. Die *UN Basic Principles* bilden einen internationalen Konsens ab und sind ergänzende Orientierungshilfen für nationale Regulierungen. Bei einer ungenügenden nationalen Gesetzeslage entscheidet der Gerichtshof anhand seiner fallrechtlich entwickelten Kriterien (vgl. Ziff. V.4), ob ein Mitteleinsatz zulässig war oder ob er Art. 2 EMRK verletzt.

Zur Beurteilung bestimmter Zwangsmittel hat der EGMR implizit Massstäbe entwickelt: Für potenziell letale Zwangsmittel folgt er einer *deterministischen* Sichtweise. Dies schliesst Abwägungen grundsätzlich aus und schränkt den Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel generell stark ein: In Bezug auf mögliche Ziele (Täter respektive Angreifer), aber auch in Bezug auf die Verwendung letaler Zwangsmittel überhaupt. Ausserhalb des Rahmens von Art. 2 Abs. 2 EMRK ist der Einsatz insbesondere von Schusswaffen absolut unzulässig. Ein Einbezug der weiteren Umstände kann aber auch dort zu zusätzlichen Einschränkungen im Einzelfall führen.

Seinem deterministischen Beurteilungsmassstab hinsichtlich des Einsatzes von Schusswaffen stellt der EGMR in Ausnahmefällen den Einsatz alternativer Zwangsmittel

entgegen. Bei einer grundsätzlichen Zulässigkeit potenziell tödlicher Zwangsmittel im Einzelfall entspricht der Rückgriff auf alternative Zwangsmittel dem Gebot der Risikominimierung. Dies gelingt notwendigerweise nur unter einem *probabilistischen Massstab* (etwa im Vergleich Schusswaffe versus Destabilisierungsgerät). Die operationellen Entscheidungen bezüglich der Prioritäten sowie der Einsatzmittel werden vom EGMR im Rahmen der positiven Verpflichtung so ausgelegt, dass sie kein unüberwindbares Hindernis für die Behörden bilden¹¹⁴⁷.

Die Rechtsprechung zur absoluten Notwendigkeit nach Art. 2 Abs. 2 EMRK widerspiegelt die in der Konventionsgarantie selber angelegten Abwägungsmöglichkeiten. Die Verpflichtung zum Schutz des Lebens betrifft ein höchstrangiges Rechtsgut, das allen Menschen gleichermaßen zusteht. Indes sind primär diejenigen Personen aktiv zu schützen, gegenüber welchen eine spezifische Schutzpflicht besteht (Opfer und unbeteiligte Dritte). In keinem anderen Anwendungsbereich als bei der Verwendung potenziell tödlicher Zwangsmittel im Rahmen einer Schutzpflicht zeigt sich der grundrechtliche Charakter des Rechts auf Leben deutlicher. Sind ein Abwägen und Austarieren in anderen Bereichen unzulässig und wirkt das Grundrecht andernorts in seiner Grundfunktion des Verbots der absichtlichen Tötung von Menschen als absolute Schranke, so ist bei einer Kollision von grundrechtlichen Gehalten ein Abwägen gerade erforderlich.

Der Gerichtshof erliegt der Versuchung, zur Prüfung der Verhältnismässigkeit des Einsatzes potenziell letaler Zwangsmittel zum Schutze Dritter auch bei einer Beurteilung *ganzer Anti-Terror-Operationen* einen probabilistischen Massstab heranzuziehen. Was hinsichtlich eines bestimmten Angreifers zulässig und sogar geboten sein kann (milderes Mittel), überdehnt den Ausnahmekatalog nach Art. 2 Abs. 2 EMRK aber bezüglich der zu schützenden Opfer. Eine Minimierung des Gesamtrisikos ist auf der Stufe des Rechtsguts Leben (soweit nicht nach Tätern oder Opfern unterschieden wird) zwar geboten – sie relativiert aber die Zulässigkeit des Einsatzes von Zwangsmitteln gegenüber Unbeteiligten. Ihnen gegenüber gilt ein strenger Massstab, welcher die *Erhöhung* spezifischer Risiken (respektive die Schaffung von Gefährdungen ihnen gegenüber) verbietet. Dieser strenge Massstab, verbunden mit der grundrechtlichen Schutzpflicht,

¹¹⁴⁷ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 69.

schliessen eine «Netto-Risiko-Sicht» unseres Erachtens aus. Ein Risiko muss gegenüber den Opfern aus *ex ante* Sicht ausgeschlossen werden können.

Das Arsenal alternativer Zwangsmittel ist bei Anti-Terror-Operationen beschränkt. Geht es um ein narkotisierendes Gas oder um den offensiven Einsatz schwerer Mittel, sind unseres Erachtens die Schranken und Grundsätze des Humanitären Völkerrechts zu beachten. Seine Verbote finden bislang aber noch keinen entscheidenden (begrenzenden) Eingang in die Rechtsprechung. Als – auch – Werturteile können sie unseres Erachtens minimal zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Wirkung bestimmter Zwangsmittel herangezogen werden (Unterscheidungsgebot).

Die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei jeder Verwendung von Zwangsmitteln gebietet es – generell – Risiken zu minimieren. Die absolute Notwendigkeit erweist sich – entgegen dessen, was aufgrund des Wortlauts von Art. 2 Abs. 2 EMRK erwartet werden könnte – nach der Rechtsprechung aber *nicht* als die hauptsächliche (direkte) Schranke für einen Einsatz von potenziell tödlichen Zwangsmitteln. Insbesondere bei Bestehen einer Schutzpflicht verdeutlicht das Bestehen einer Abwägungsmöglichkeit die grundrechtlichen Spielräume, welche sich bereits aus den verschiedenen Verpflichtungen nach Art. 2 EMRK ergeben. Der Gerichtshof ist hinsichtlich der Untersuchungspflicht besonders streng – für diesen Gehalt des Rechts auf Leben kommt die (an sich relativierende) Verhältnismässigkeitsprüfung nicht zur Anwendung (obwohl die Untersuchungspflicht keine Erfolgspflicht enthält und daher keine absolute Geltung beanspruchen kann; vgl. insb. Ziff. III.2.4, aber auch VI.4.3.4).

5. SCHUTZANSPRÜCHE UND NOTWEHRRECHT STAATLICHER AKTEURE

Die Erfüllung polizeilicher Aufgaben ist für die Angehörigen von Sicherheitskräften generell mit persönlichen Risiken und zuweilen Gefahren verbunden. Auch polizeiliche Operationen können direkte und indirekte Auswirkungen auf die teilnehmenden Personen zeitigen.

Zu den *direkten* Auswirkungen gehören physische und psychische Belastungen durch Einsätze an sich sowie besondere Situationen oder Erlebnisse während Einsätzen.

Zu den *indirekten* Auswirkungen gehören vor allem psychische Belastungen im Nachgang (vgl. beispielsweise zu den indirekten Verlusten der Sicherheitskräfte im Nordirlandkonflikt Ziff. VI.2.3) sowie allfällige Untersuchungen.

Art. 2 EMRK schützt das Leben als Rechtsgut. Dass die daraus entspringenden Verpflichtungen bei Anti-Terror-Operationen sowohl gegenüber Opfern als auch gegenüber Tätern gelten (und zwar grundsätzlich gleichermassen), ist unbestritten.

So prüft die *Grand Chamber* im Urteil *McCann and others v. The United Kingdom* eine Verletzung des Rechts auf Leben der drei Terroristen. Das Abstellen des EGMR einzig auf das Recht auf Leben der Geiseln etwa im Urteil *Tagayeva and others v. Russia* (auch aus prozeduralen Gründen) steht dem nicht entgegen.

Kniffliger ist die Frage nach der Geltung des Grundrechts gegenüber Angehörigen der staatlichen Sicherheitskräfte zu beantworten. Sie handeln als Vertreterinnen und Vertreter des Staates und stehen in einem internen Hierarchie- und Unterordnungsverhältnis. Staatliche Sicherheitskräfte können zu bestimmtem Handeln verpflichtet sein – besonders dann, wenn es der Erfüllung des Auftrags der jeweiligen Behörde entspricht. Gewisse grundrechtliche Garantien stehen staatlichen Beamten – je nach Konventionsstaat – nicht oder nur eingeschränkt zu (zum Beispiel das Streikrecht).

Im Urteil *Tagayeva and others v. Russia* hat der EGMR die Verluste unter den Sonderoperationskräften zwar erwähnt – indes standen Fragen rund um ihr Recht auf Leben nicht weiter zur Debatte: «[...] ten members of the elite *Vympel* and *Alfa* units, including three group commanders, had lost their lives and about thirty were wounded – the biggest losses ever sustained by the units in a single operation»¹¹⁴⁸.

Das Grundrecht auf Leben knüpft an das Menschsein an (vgl. Ziff. III.2). Daraus könnte sich die Frage ergeben, ob der Staat eine Gefährdung seiner Sicherheitskräfte vermeiden müsste.

¹¹⁴⁸ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 93.

Dies würde staatliche Handlungsmöglichkeiten bei Anti-Terror-Operationen stark einschränken – und unter Umständen stünde der Staat dann vor dem Dilemma, dass er in jedem Fall gegen Schutz-, respektive Handlungspflichten aus Art. 2 EMRK verstiesse – einfach gegenüber jeweils anderen Personen. Aus dem rechtlichen Schutz des Lebens würde dann faktisch eine Begünstigung terroristischer Aktionen resultieren.

5.1. RECHT AUF LEBEN UND KÖRPERLICHE UNVERSEHRTHEIT

5.1.1. Persönlicher Geltungsbereich von Art. 2 EMRK

Der EGMR hat sich in mehreren Beschwerden mit dem Recht auf Leben von Militärdienstleistenden auseinandergesetzt. Falls Wehrpflichtige (*conscripts*) oder freiwillig bei staatlichen Sicherheitskräften Dienst leistende Personen vom Geltungsbereich von Art. 2 EMRK ausgeschlossen wären, müsste dies prozedural zur Nichtanhandnahme der entsprechenden Beschwerden führen.

Im Entscheid *Álvarez Ramón v. Spain* hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Aufklärung des Todes eines Soldaten erkennen lassen, dass ein wirksamer Schutz durch die Rechtsordnung (*effective legal framework*) auch Wehrdienstleistende erfassen muss (*obiter dictum* mit Bezug auf die prozedurale Verpflichtung). Zwar trat der Gerichtshof auf den Fall nicht ein – er tat dies aber aus faktischen Gründen und nicht etwa *ratione personae*: Die nationalen Behörden hatten den Tod des Soldaten *Julio López Álvarez* nämlich aufgeklärt. «[Le] seul fait du constat du décès du fils de la requérante, pendu à la citerne des toilettes de la chambre qu'il occupait à l'infirmerie de la caserne où il faisait son service militaire, ne permet pas, en soi et dans les circonstances particulières de l'affaire, de conclure que l'obligation de protéger la vie, au sens de l'article 2 de la Convention, n'a pas été respectée.»¹¹⁴⁹

Mit dem Urteil *Abdullah Yılmaz v. Turkey* ist der EGMR auf eine Beschwerde betreffend den Tod eines Soldaten eingetreten. Es ging um einen tödlichen Konflikt respektive die Misshandlung von *Maşallah Yılmaz* in der Armee (vgl.

¹¹⁴⁹ *Álvarez Ramón v. Spain* (AD), 51192/99 (2001), S. 7.

Ziff. IV.4.1). Die positive Verpflichtung der Konventionsstaaten «[qui] vaut sans conteste dans le domaine du service militaire obligatoire [...], implique avant tout pour les Etats le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif de prévention efficace.»¹¹⁵⁰

Im Urteil *Beker v. Turkey* ist der EGMR auf die Beschwerde betreffend den Tod eines Berufsmilitärs ebenfalls eingetreten. *Mustafa Beker* war als Obergefreiter (Angestellter der Streitkräfte) in einer Spezialeinheit der Gendarmerie tätig. Er war erschossen auf einem militärischen Gelände aufgefunden worden. Der EGMR erkannte die Voraussetzungen für ein Eintreten auf die Beschwerde (Art. 35 Abs. 3 EMRK) als erfüllt und fügte – wohl mit Blick auf sein «Sonderstatusverhältnis»¹¹⁵¹ – an, dass die Beschwerde «is not inadmissible on any other grounds.»¹¹⁵²

Im Urteil *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* hat die *Grand Chamber* die Untersuchung der Umstände des auf einem Wachturm tödlich angeschossenen Korporal *Cihan Tunç* beurteilt¹¹⁵³. Die Türkei hatte prozessrechtlich argumentiert, dass es den Beschwerdeführenden an einer Beschwerdeberechtigung (*victim status*) fehle¹¹⁵⁴. Diese Argumentation hat die *Grand Chamber* mit Blick auf die in Frage stehende prozedurale Verpflichtung explizit zurückgewiesen, denn «[...] the circumstances of Cihan Tunç's death were not established from the outset in a sufficiently clear manner. Various explanations were possible, and none of them was manifestly implausible in the initial stages [...]. Thus, the State was under an obligation to conduct an investigation. The mere fact that the authorities made a payment could not exempt them from their procedural obligation.»¹¹⁵⁵

¹¹⁵⁰ *Abdullah Yılmaz v. Turkey*, 21899/02 (2008), § 56.

¹¹⁵¹ *Beker v. Turkey*, 27866/03 (2009), §§ 43 ff.

¹¹⁵² *Beker v. Turkey*, 27866/03 (2009), § 38.

¹¹⁵³ *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015), §§ 12 ff.

¹¹⁵⁴ *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015), §§ 12 ff.

¹¹⁵⁵ *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015), § 134.

Damit anerkennt der Gerichtshof grundsätzlich den persönlichen Geltungsbereich von Art. 2 EMRK auch für Personen, welche obligatorischen Militärdienst leisten oder den Sicherheitskräften angehören¹¹⁵⁶.

Eine mit staatlichem Zwang durchsetzbare Wehrdienstpflicht ist nach Art. 4 EMRK zulässig¹¹⁵⁷. Der Wehrdienstpflicht kann man sich in der Regel nicht mit legalen Mitteln entziehen – es sei denn, ein Staat würde einen Ersatzdienst oder Dienstbefreiungen vorsehen¹¹⁵⁸.

Jeder Konventionsstaat trägt die grundsätzliche Pflicht, sich um die Gesundheit seiner Sicherheitskräfte zu sorgen¹¹⁵⁹. Eine andere – nicht pauschal beantwortbare – Frage ist es, welche Folgen diese Verpflichtung konkret zeitigt.

Die obige Rechtsprechung lässt darauf schliessen, dass die Konventionsstaaten zumindest bei Misshandlungen der Angehörigen ihrer Sicherheitskräfte sowie bei der Aufklärung von Todesfällen in einer besonderen Verantwortung auf der Grundlage von Art. 2 EMRK stehen.

5.1.2. Regeln zum Schutz des Lebens von Soldaten

Die jüngere Rechtsprechung des EGMR bestätigt die Verpflichtung der Staaten, Sicherungen zum Schutz des Lebens von Soldaten zu schaffen; diese gelten generell für militärische Aktivitäten und Operationen. Es werden damit nicht nur interne Verhaltensregeln oder -Anweisungen in Armeen verlangt, sondern *Regeln* für jedes militärische Tätigwerden, welche auch zum Schutze der Soldaten dienen.

«[The] primary duty of a State is to put in place rules geared to the level of risk to life or limb that may result not only from the nature of military activities

¹¹⁵⁶ Vgl. REID, Practitioner's Guide, 36-006.

¹¹⁵⁷ Vgl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 285 f. (military service) sowie S. 287 f. (positive obligations in general under Art. 4 EMRK).

¹¹⁵⁸ In der Lehre wird teilweise vertreten, den Schutzbereich von Art. 4 EMRK nur auf zwangsweise durchsetzbaren Militärdienst (*compulsory military service*) zu beschränken; so ZWAAK, Prohibition of Slavery and Forced Labour, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice, S. 436.

¹¹⁵⁹ REID, Practitioner's Guide, 36-006 (m.H. auf den Fall einer körperlichen Disziplinar massnahme, welche im konkreten Fall gegen Art. 3 EMRK versties).

and operations, but also from the human element that comes into play when a State decides to call up ordinary citizens to perform military service. Such rules must require the adoption of practical measures aimed at the effective protection of conscripts against the dangers inherent in military life and appropriate procedures for identifying shortcomings and errors liable to be committed in that regard by those in charge at different levels [...].»¹¹⁶⁰

Für den EGMR scheint es auch dabei von tragender Bedeutung zu sein, ob Soldaten zwangsweise Wehrdienst leisten müssen. Soweit Individuen unter direkter hoheitlicher Gewalt (*in a certain degree of control*) des Staates stehen oder ihnen gegenüber eine Schutzpflicht besteht (*vulnerable position*), trägt der Staat eine besondere Verantwortung, ihr Leben zu schützen¹¹⁶¹.

«In the context of individuals undergoing compulsory military service [...], as with persons in custody, conscripts are within the exclusive control of the authorities of the State, since any events in the army lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, and that the authorities are under a duty to protect them [...].»¹¹⁶²

Für das Bestehen einer staatlichen Verantwortung gegenüber den eigenen Soldaten stellt der Gerichtshof auf das *Wissen(müssen)* über mögliche Gefährdungen ab.

«A positive obligation will arise, where it has been established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual by a third party or himself and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.»¹¹⁶³

¹¹⁶⁰ *Mosendz v. Ukraine*, 52013/08 (2013), § 21; ebenso *Perevedentsevy v. Russia*, 39583/05 (2014), § 91; ähnlich *Kılınç and others v. Turkey*, 40145/98 (2005), § 41.

¹¹⁶¹ GERARDS, Right to Life, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice, S. 370.

¹¹⁶² *Malik Babayev v. Azerbaijan*, 30500/11 (2017), § 66; noch zurückhaltender *Mosendz v. Ukraine*, 52013/08 (2013), § 92.

¹¹⁶³ *Malik Babayev v. Azerbaijan*, 30500/11 (2017), §§ 66 f.

Beim Umfang staatlicher Verantwortlichkeit verweist der EGMR auch in Fällen von Militärdienstpflichtigen darauf, dass dem Staat damit keine unmöglichen oder unverhältnismässigen Pflichten erwachsen sollen.

So im Urteil *Malik Babayev v. Azerbaijan* (dazu sogleich mehr, Ziff. V.5.1.4) zur Untersuchungspflicht nach dem gewaltsamen Tod des Soldaten *Zakir Babayev*: «[...] Such] an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities, bearing in mind the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources. Accordingly, not every claimed risk to life can entail a Convention requirement for the authorities to take operational measures to prevent that risk from materialising [...].»¹¹⁶⁴

Damit verwendet der EGMR die – allgemeine – Formel zum Umgang zur konkreten Gefahrenabwehr (*real and immediate risk*) inklusive der Grenzen der positiven Verpflichtung (vgl. Ziff. III.2.2.5 und III.2.2.7.d). Dies ist unseres Erachtens nicht ganz stimmig, weil der Staat beim Einsatz seiner Sicherheitskräfte wesentliche Parameter selber setzt.

Dieser Umstand ist im Fall von *Zakir Babayev* zwar nicht relevant, weil der Soldat sich auf der Wache befunden hat. Gleichwohl ist unseres Erachtens zu beachten, dass sich Soldaten nicht freiwillig und aus eigenem Entscheid in latent riskante Situationen begeben. Wo und wie sie eingesetzt, ausgerüstet und allenfalls geschützt werden, entscheiden staatliche Stellen. Daher liegt es auch an ihnen, potenziell riskante Einsätze zu beurteilen und gegebenenfalls weitere Massnahmen zu ergreifen. Welche staatliche Stelle – ob die beauftragende oder die über die Befehlsgewalt verfügende oder eine ganz andere Behörde – diese Pflicht trifft, ist aus grundrechtlicher Sicht nicht relevant.

5.1.3. Besondere Pflicht zum Schutz des Lebens

Wenn ein Konventionsstaat eine allgemeine Militärdienstpflicht kennt, stellt sich die Frage nach der Tauglichkeit einzelner Militärdienstpflichtiger. Unter Umständen kann

¹¹⁶⁴ *Malik Babayev v. Azerbaijan*, 30500/11 (2017), § 66.

ein Verstoss gegen das Recht auf Leben darin bestehen, eine Person unter den Fahnen zu halten, welche nicht (mehr) diensttauglich ist.

Ibrahim Serkan Gündüz musste seinen obligatorischen Militärdienst in einer gefährlichen Gegend leisten. Er wurde von seinen Vorgesetzten unmenschlich behandelt und litt unter psychischen Problemen. Ob er vor seinem Selbstmord überhaupt noch militärdiensttauglich gewesen war, wurde nicht abgeklärt¹¹⁶⁵. Der EGMR erkennt unter diesen Umständen in der Aufrechterhaltung der Dienstpflicht einen Verstoss gegen die positive Verpflichtung zum Schutzes des Lebens: «Au vu de l'ensemble de ces éléments, [...] les autorités militaires auraient dû savoir que l'engagement et le maintien d'Ibrahim Serkan Gündüz sous les drapeaux comportaient un risque réel pour l'intégrité physique et psychique de celui-ci.»¹¹⁶⁶

Auch in Fällen von Übergriffen auf Soldaten innerhalb der Armee sowie bei ungeklärten Todesfällen oder Selbstmorden von Soldaten erkennt der EGMR eine Verletzung von Art. 2 EMRK. Dabei spielen die Hierarchieverhältnisse sowie die daraus resultierenden Pflichten von Vorgesetzten auch mit Bezug auf das Wohlergehen der Truppe – respektive eben: einzelner Angehörigen der Armee – eine Bedeutung.

Im Fall *Mosendz v. Ukraine* war der Tod des erschossen aufgefundenen wehrdienstpflichtigen Soldaten zu beurteilen. Mosendz Selbstmord wurde ausgelöst «by his bullying and ill-treatment by his hierarchical military supervisors. [...] The] State is therefore to bear responsibility for the death.»¹¹⁶⁷

Ähnlich im Fall *Kılınç and others v. Turkey*, wo die Behörden um die psychischen Probleme des Militärdienstpflichtigen *Mustafa Canan Kılınç* wussten. Damit hätte ihnen auch das Selbstmordrisiko während seines Militärdiensts bewusst

¹¹⁶⁵ *Gündüz and others v. Turkey*, 4611/05 (2011), §§ 56 ff. und 73.

¹¹⁶⁶ *Gündüz and others v. Turkey*, 4611/05 (2011), § 80.

¹¹⁶⁷ *Mosendz v. Ukraine*, 52013/08 (2013), § 112.

sein müssen¹¹⁶⁸. Da die (militärischen) Behörden keine Vorkehrungen dagegen getroffen hatten, waren sie für seinen Suizid verantwortlich¹¹⁶⁹.

Im Fall *Perevedentsev v. Russia* war der Rekrut *Mikhail Perevedentsev* misshandelt und erpresst worden. Später wurde er tot mit einer Schlinge um den Hals aufgefunden. Hintergrund der Ereignisse bildete die in der russischen Armee bekannte *dedovshchina (rule of the grandfathers)*¹¹⁷⁰. Unter Hinweis auf das nationale Recht weist der EGMR auf die Verantwortlichkeit militärischer Führungspersonen (Kommandanten) hin «for all aspects of the life and functioning of the military unit, its subdivisions and each soldier. [... Further] the military commander of the unit was responsible for, among other things, maintaining high standards with regard to morale and the psychological well-being of the personnel under his command; that he was to thoroughly study the personnel under his command by way of personal communication and to be familiar with the personal and psychological features of his subordinates. [... The] domestic authorities have [...] been aware of M.P.'s psychological difficulties, but failed to determine the seriousness of those difficulties which were of a nature and degree capable of putting M.P.'s life at risk, regard being had to the general context of *dedovshchina* endemic in the Russian army, and to take appropriate measures to prevent that risk from materialising. The Court has no reason to hold otherwise. It finds, therefore, that the State failed to comply with its positive obligation to protect the life of M.P.»¹¹⁷¹

Weitere Verpflichtungen der Konventionsstaaten können sich bei der Versorgung von verletzten Einsatzkräften ergeben (vgl. spezifisch zur Nachsorgepflicht Ziff. VI.2.3). Es besteht unseres Erachtens kein Unterschied zwischen verletzten Zivilpersonen und verletzten Sicherheitskräften. Verletzte sind – analog zum Humanitären Völkerrecht – als *hors combat* zu behandeln – es können ihnen insofern (*mutatis mutandis*) keine

¹¹⁶⁸ *Kılınc and others v. Turkey*, 40145/98 (2005), § 49.

¹¹⁶⁹ *Kılınc and others v. Turkey*, 40145/98 (2005), §§ 50 ff. und 58.

¹¹⁷⁰ *Perevedentsev v. Russia*, 39583/05 (2014), §§ 5 ff.

¹¹⁷¹ *Perevedentsev v. Russia*, 39583/05 (2014), §§ 96 und 100.

besonderen Pflichten auferliegen (etwa die Pflicht, trotz lebensgefährlicher Verletzung den Auftrag weiter zu erfüllen).

5.1.4. Prozedurale Verpflichtung

Die prozedurale Verpflichtung von Art. 2 EMRK (dazu ausführlich Ziff. III.2.4 und VI.4) gilt auch für Todesfälle in den Reihen der staatlichen Sicherheitskräfte. Der EGMR scheint den speziellen hierarchischen Verhältnissen Rechnung zu tragen und zu unterscheiden, ob ein Todesfall einen Bezug zu staatlichen Institutionen und ihrem Funktionieren aufweist – oder andere Gründe haben kann.

So hat die *Grand Chamber* im Fall *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (vgl. Ziff. V.5.1.1) erkannt, dass die Umstände des Todes auf dem Wachturm zwar unklar geblieben, aber genügend aufgeklärt worden sind. «While accepting [...] that the entities which played a role in the investigation enjoyed full statutory independence, the Court finds, taking account, on the one hand, of the absence of direct hierarchical, institutional or other ties between those entities and the main potential suspect and, on the other, of the specific conduct of those entities, which does not reflect a lack of independence or impartiality in the handling of the investigation, that the investigation was sufficiently independent within the meaning of Article 2 of the Convention. [...] Cihan Tunç's death did not occur in circumstances which might, a priori, give rise to suspicions against the security forces as an institution, as for instance in the case of deaths arising from clashes involving the use of force in demonstrations, police and military operations or in cases of violent deaths during police custody. Even on the basis of the criminal hypothesis which seems to be favoured by the applicants, suspicions fell on M.S. rather than on the authorities. Yet the fact is that M.S. was a mere conscript, and not a rank-holding army officer. While he was certainly a serviceman, it remains the case that the suspicions against him were not related to his particular status as a gendarme or as a member of the armed forces.»¹¹⁷²

Verletzt worden war die prozedurale Verpflichtung im Fall eines unaufgeklärten Todes eines Soldaten auf der Wache.

¹¹⁷² *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015), §§ 254 f.

Die staatlichen Stellen hätten nicht von einer besonderen (Eigen- oder Fremd-) Gefährdung von *Zakir Babayev* (vgl. Ziff. V.5.1.2) ausgehen müssen¹¹⁷³. Jedoch vermochte die Art der Untersuchung in mehrerlei Hinsicht die Anforderungen an die Wirksamkeit nach der prozeduralen Verpflichtung von Art. 2 EMRK nicht zu erfüllen: The «domestic prosecutors and courts overruled the relevant decisions taken by the investigator, citing a failure to carry out a comprehensive criminal investigation. It was repeatedly noted that the investigation had been incomplete and that the decisions to terminate the criminal proceedings had been ill-founded.»¹¹⁷⁴ Zudem waren die Untersuchungsbehörden nicht unabhängig: The «inspection of the scene of the crime and the collection of the evidence were carried out by the commander of military unit no. 171, Major A.F., in the presence of two attesting witnesses, E.Q. and N.D., who were soldiers in the same military unit. In that connection, the Court notes that such an inspection – carried out by military staff belonging to the military unit in which Z.B. had served – cannot be considered to have been part of an «effective investigation» for the purposes of Article 2 of the Convention as it was carried out by persons who could not be considered as independent of anyone likely to be implicated in the events [...]»¹¹⁷⁵ Zusätzlich erwies sich die Untersuchung als inhaltlich unvollständig¹¹⁷⁶.

Unseres Erachtens besteht eine Untersuchungspflicht auch dann, wenn potenziell tödliche Gewalt gegenüber Sicherheitskräften ausgeübt wird. Besondere Fragen können sich aber im Verhältnis zwischen dem jeweiligen Konventionsstaat und den betroffenen Angehörigen seiner Sicherheitskräfte stellen. Sie sind bei der Wirksamkeit (*effectiveness*) einer Untersuchung zu berücksichtigen (vgl. Ziff. VI.4.2).

¹¹⁷³ *Malik Babayev v. Azerbaijan*, 30500/11 (2017), §§ 69 ff.

¹¹⁷⁴ *Malik Babayev v. Azerbaijan*, 30500/11 (2017), § 83.

¹¹⁷⁵ *Malik Babayev v. Azerbaijan*, 30500/11 (2017), § 84.

¹¹⁷⁶ *Malik Babayev v. Azerbaijan*, 30500/11 (2017), §§ 85 f.

5.1.5. Beurteilung und weitere Entwicklung

Der *persönliche Geltungsbereich* des Rechts auf Leben erstreckt sich auch auf Angehörige staatlicher Sicherheitskräfte. Dies gilt sowohl für die positive Verpflichtung als auch für die Untersuchungspflicht bei einer Lebensgefährdung¹¹⁷⁷. Die Entwicklung der subtil begründeten Rechtsprechung des EGMR ist unseres Erachtens noch nicht abgeschlossen. Der Gerichtshof hat *Eintretensfragen* in Fällen von Militärdienstpflichtigen geklärt; inzwischen tritt er auch auf Beschwerden von Berufsmilitärs ein. Eine *Dienstpflicht* schliesst eine freiwillige Übernahme besonderer Risiken für Angehörige von Sicherheitskräften aus. Eine zwangsweise durchsetzbare Dienstpflicht hat unseres Erachtens aber keinen direkten Zusammenhang zur Frage einer Einschränkung des persönlichen Schutzbereichs von Art. 2 EMRK – und damit zum möglichen Bestand staatlicher Schutzpflichten aus dem Recht auf Leben.

Für Sicherheits- und Rettungskräfte können besondere Handlungspflichten (Einsatzpflichten) bestehen.

Soweit eine Berufswahl freiwillig erfolgt ist, werden auch die mit diesem Beruf einhergehenden Risiken und Handlungspflichten grundsätzlich übernommen (*informed consent*). So gehört es zu den Aufgaben von Feuerwehrleuten, Brände zu löschen, zu den Aufgaben von Rettungssanitätern, sich selber Gefahren auszusetzen und zu den Aufgaben von Polizeikräften, in gefährlichen Situationen einzuschreiten, um Gefahren abzuwehren.

Angehörige von Sicherheitskräften sind mit Antritt ihrer Funktionen oder ihrer Berufe aber nicht gleichsam das Risiko jedwelcher psychischer Schädigungen eingegangen (zur Grenze der Einwilligung bezüglich dem Recht auf Leben vgl. *Vilnes and others v. Norway* und dazu Ziff. III.2.2.3 und III.2.2.7). Spezifika können sich unseres Erachtens in der *Intensität* staatlicher Pflichten gegenüber Angehörigen von Sicherheitskräften ergeben. Profis setzen sich bewusst *gewissen* Gefährdungen aus – sie sind aber im Umgang damit auch besser geschult und möglicherweise auch besser ausgerüstet als andere Personen. Die Staaten sind unseres Erachtens gehalten, dem Recht auf Leben

¹¹⁷⁷ So trifft den Konventionsstaat die Pflicht, im Falle des Todes von Angehörigen von Sicherheitskräften die Umstände zu klären; vgl. REID, *Practitioner's Guide*, 36-006 (m.H. auf *Hasan Çalıřkan v. Turkey*, 13094/02 [2008]).

der Einsatzkräfte im Rahmen derer Aufgabenerfüllung *adäquat* und soweit möglich Rechnung zu tragen.

So wäre es unseres Erachtens unzulässig, Einsatzkräfte grundlos einer Gefährdung auszusetzen oder ihnen grundlos Schutzrüstung zu verwehren. Ebenso wäre es unzulässig, ihnen das Recht auf Notwehr zu versagen.

Es ist unseres Erachtens davon auszugehen, dass heute alle Angehörigen von staatlichen Sicherheitskräften unter dem Schutz von Art. 2 EMRK stehen. Eine echte Ausnahme bilden Kriegssituationen für Angehörige von Streitkräften (egal ob freiwillig oder zwangsweise Dienst leistend). Wenn sie während des Dienstes zu Tode kommen, gilt auch gegenüber Angehörigen von Sicherheitskräften die Pflicht zur Aufklärung uneingeschränkt. Damit besteht letztlich ein Scharnier auch zu den materiellen Verpflichtungen des Rechts auf Leben von Angehörigen staatlicher Sicherheitskräfte – indem die Gründe und Verantwortlichkeiten für ihr Schicksal untersucht werden.

5.2. NOTWEHR

Das Notwehrrecht gehört unseres Erachtens zur rechtlichen Ausgestaltung des Schutzes des Rechts auf Leben (Art. 2 Abs. 1 EMRK). Es richtet sich nach seinem Sinngehalt an Private und gestattet ihnen situationsbezogen Eingriffe in die Rechtsgüter Dritter, um eigene (mindestens gleichwertige) Rechtsgüter vor rechtswidrigen Angriffen durch diese Dritte zu verteidigen.

Die Anwendung von Gewalt (sprich von Zwang respektive von Zwangsmitteln), um jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen ist konventionsrechtlich im Grundsatz zulässig (Art. 2 Abs. 2 Bst. a EMRK). Der Ausnahmetatbestand richtet sich an die Konventionsstaaten (also nicht direkt an Private). Handeln staatliche Sicherheitskräfte in konkreten Situationen in Notwehr, so entsteht eine *Parallelität* zwischen strafrechtlichen und grundrechtlichen Gehalten. Ein verbindendes Element ist die absolute Notwendigkeit, welche sich am bedrohten Rechtsgut (Leben) bemisst¹¹⁷⁸. Der Ausschluss eines persönlichen Notwehrrechts für staatliche Sicherheitskräfte würde unseres Erachtens in Konflikt mit ihrem Recht auf Leben stehen (vgl. Ziff. V.5.1.5).

¹¹⁷⁸ In diesem Sinne wohl *Ernest Bennett v. the United Kingdom* (AD), 5527/08, § 71.

Mit den Handlungen staatlicher Sicherheitskräfte in Notwehr setzte sich der EGMR insbesondere in den Urteilen *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), *Bubbins v. The United Kingdom*, *Ramsahai and others v. The Netherlands* (GC), *Kelly and others v. The United Kingdom* sowie im Entscheid *Brady v. The United Kingdom* (AD) auseinander.

In der Literatur wird teilweise kritisiert, dass der Gerichtshof seine in *McCann and others v. The United Kingdom* (GC) begründete Rechtsprechung zur Ausdehnung staatlicher Verantwortlichkeit nicht in jedem Fall gleich anwende und bei polizeilichem Handeln nicht stets Operationen als Ganze beurteile¹¹⁷⁹.

5.2.1. Berufung staatlicher Sicherheitskräfte auf Notwehr

Die *UN Basic Principles* postulieren für staatliche Sicherheitskräfte die Zulässigkeit des Einsatzes von Schusswaffen zur angemessenen Selbstverteidigung in einem engen Rahmen (Ziff. 9 e contrario):

Law enforcement officials shall not use firearms against persons except in self-defence or defence of others against the imminent threat of death or serious injury, (...) and only when less extreme means are insufficient to achieve these objectives. In any event, intentional lethal use of firearms may only be made when strictly unavoidable in order to protect life.

Nach der Rechtsprechung des EGMR steht das Recht auf Notwehr auch den Angehörigen staatlicher Sicherheitskräfte zu. Verlangt wird von ihnen aber ein Handeln nach bestem Wissen und Gewissen (*honest belief*) sowie im Rahmen der Verhältnismässigkeit.

«[The] Court has never found that a person purporting to act in self-defence honestly believed that the use of force was necessary but proceeded to find a violation of Article 2 on the ground that the belief was not perceived, for good reasons, to be valid at the time. Rather, in cases of alleged self-defence it has only found a violation of Article 2 where it refused to accept that a belief was honest [...] or where the degree of force used was wholly disproportionate [...].»¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁹ DICKSON, ECHR and the Conflict in Northern Ireland, S. 258.

¹¹⁸⁰ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 247.

Geht es bei einer Notwehr (wie wohl allermeist) um die Anwendung von Zwangsmitteln, wendet der EGMR seinen dafür allgemein strikten Massstab an¹¹⁸¹.

a. Handeln nach bestem Wissen und Gewissen

Sicherheitskräfte können spontan in individuelle Gefährdungslagen geraten. Menschliches Verhalten ist zuweilen unvorhersehbar und Situationen können entgleiten (selbst ungewollt). Für staatliche Sicherheitskräfte stellen sich im taktischen Einsatz besondere Fragen hinsichtlich ihres Wissens oder ihres Wissenmüssens über spezifische Gefährdungen (zum *honest belief* vgl. Ziff. V.4.2).

Eröffnen sich in konkreten Situationen Handlungsspielräume der Sicherheitskräfte, muss ihnen konsequenterweise zugestanden werden, situationsbezogen individuelle Beurteilungen vorzunehmen und gestützt darauf – im Rahmen des rechtlich Zulässigen – taktisch richtig zu handeln. Die Beurteilung der Zulässigkeit von Notwehrhandlungen (sowie von Notwehrhilfe) umfasst folglich auch eine individuell-subjektive Komponente.

Im Urteil *Bubbins v. The United Kingdom* ging es um *Michael Fitzgerald*, der «was shot dead by an armed police officer at his flat [...], following a siege»¹¹⁸². Fitzgerald war zu diesem Zeitpunkt schwer betrunken¹¹⁸³. Der seine Schusswaffe einsetzende Polizist hatte eine auf ihn gerichtete Pistole gesehen und angenommen, dass er sich in einer lebensbedrohlichen Situation befinde. Tatsächlich hatte Fitzgerald eine nachgebildete (untaugliche) Waffe in der Hand gehalten. Die tödliche Schussabgabe auf die für einen Einbrecher gehaltene Person war daher für den EGMR gerechtfertigt.

«Officer B observed through his gun sight that the barrel of the handgun appeared to be pointing directly at him. He was afraid for his own safety and shouted: «Armed police. Drop the gun or you will be shot.» The occupant re-

¹¹⁸¹ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 135 «The test of whether the use of force is reasonable, whether in self-defence or to prevent crime or effect an arrest, is a strict one».

¹¹⁸² *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), § 10; vgl. zum Sachverhalt ausführlich §§ 10 ff.

¹¹⁸³ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), § 69.

mained in his threatening stance. Officer B then squeezed the trigger of his carbine and fired one shot which hit the occupant in the chest.»¹¹⁸⁴

«[...] Officer B honestly believed that his life was in danger and that it was necessary to open fire on Michael Fitzgerald in order to protect himself and his colleagues. [...] The use of force by agents of the State in pursuit of one of the aims delineated in paragraph 2 of Article 2 of the Convention may be justified under this provision where it is based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time but subsequently turns out to be mistaken. To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and the lives of others [...]. [...] The use of lethal force in the circumstances of this case, albeit highly regrettable, was not disproportionate and did not exceed what was absolutely necessary to avert what was honestly perceived by Officer B to be a real and immediate risk to his life and the lives of his colleagues.»¹¹⁸⁵

Das Handeln von Sicherheitskräften nach bestem Wissen und Gewissen (*honest belief*) ist in der Regel abhängig von weitergehenden Informationen. So können allgemeine und besondere Lagebeurteilungen oder andere Annahmen die Behörden in ihrem Handeln bestärken (vgl. zu *Armani Da Silva v. The United Kingdom*, Ziff. V.4.2.3).

Für die *Grand Chamber* ist es bezüglich die (Putativ-) Notwehr der SFO entscheidend «whether the person had an honest and genuine belief that the use of force was necessary. [...] whether the belief was subjectively reasonable, having full regard to the circumstances that pertained at the relevant time»¹¹⁸⁶.

Dann aber besteht eine vorverlagerte Verantwortung hinsichtlich der Richtigkeit (respektive objektiven Belastbarkeit) des besonderen Lagebildes (vgl. Ziff. V.4.2.4).

¹¹⁸⁴ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), §§ 58 f.

¹¹⁸⁵ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), §§ 138 ff.

¹¹⁸⁶ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 248.

b. Verhältnismässigkeit

Die Beurteilung der Angemessenheit (respektive Verhältnismässigkeit) der Anwendung von Zwangsmitteln in Notwehrsituationen ist bereits aus strafrechtlicher Sicht ein zuweilen diffiziles Unterfangen. Gerade dann, wenn behördliches Handeln zu beurteilen ist. Wo es im Rahmen von Polizeiarbeit zu spontanen Notwehrsituationen kommt, ist Angehörigen von Sicherheitskräften die Selbstverteidigung im zulässigen Rahmen stets erlaubt. Dazu dürfen sie grundsätzlich auch ihre Zwangsmittel verwenden. Die Zulässigkeit deren Verwendung hängt massgeblich vom bedrohten Rechtsgut ab. Ist das Leben der Angehörigen von Sicherheitskräften unmittelbar bedroht, dürfen sie sich auch unter Einsatz ihrer Waffen verteidigen.

Im Urteil *Ramsahai and others v. The Netherlands* hatte die *Grand Chamber* eine solche Notwehrsituation zu beurteilen. *Moravia Ramsahai* war nach dem bewaffneten Diebstahl eines «Scooter» von zwei Polizisten gestellt worden¹¹⁸⁷. Dann eskalierte die Situation sehr schnell: «Officer Bultstra saw Moravia Ramsahai draw a pistol from his trouser belt. Officer Bultstra then dropped a two-way radio which he had been holding in his hand, drew his service pistol and ordered Moravia Ramsahai to drop his weapon. Moravia Ramsahai failed to do so. Officer Brons, the driver of the patrol car, then approached. It was stated afterwards that Moravia Ramsahai raised his pistol and pointed it in the direction of Officer Brons, who also drew his service pistol and fired. Moravia Ramsahai was hit in the neck»¹¹⁸⁸. Die *Grand Chamber* hat für die Verfolgung und Festnahme auf die Feststellungen der Vorinstanzen abgestellt. Die Polizisten hatten ihre Waffen einzig aufgrund einer schweren Bedrohung durch die Gegenseite gezogen; schlussendlich kam es aufgrund einer Notwehrsituation zur tödlichen Schussabgabe¹¹⁸⁹: «Having [...] established the facts, the Chamber was unable to find that Officers Brons and Bultstra ought to have sought further information or called for reinforcement. It went on to hold that the use of lethal force had not exceeded what was «absolutely necessary» for

¹¹⁸⁷ *Ramsahai and others v. The Netherlands* (GC), 52391/99 (2007), §§ 14 ff.

¹¹⁸⁸ *Ramsahai and others v. The Netherlands* (GC), 52391/99 (2007), § 18.

¹¹⁸⁹ *Ramsahai and others v. The Netherlands* (GC), 52391/99 (2007), §§ 276 ff. und 280 ff.

the purposes of effecting the arrest of Moravia Ramsahai and protecting the lives of Officers Brons and Bultstra and that, consequently, the shooting of Moravia Ramsahai by Officer Brons did not constitute a violation of Article 2 of the Convention.»¹¹⁹⁰

Bei der Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes spielen unseres Erachtens die Ausbildung und das Training von Sicherheitskräften eine besondere Rolle (vgl. insbesondere Ziff. IV.4.2 und IV.4.3.2). Neben der Kenntnis der Rechtslage müssen sie den Einsatz von Zwangsmitteln in der Handhabung beherrschen und sich taktisch richtig verhalten können. Dazu gehören insbesondere auch die Alarmierung weiterer Einsatzkräfte oder das reflexartige Ergreifen von Schutzmassnahmen.

Andere Rechtsgüter als das Leben dürfen auch in Notwehrsituationen im Grunde nicht mit dem Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel verteidigt werden. Fraglich ist es, ob abstrakte Gefährdungen mit Berufung auf eine Notwehr-, respektive Notstandslage abgewendet werden dürfen; zum Beispiel bei einer Bedrohung von kritischen Infrastrukturen und damit zum Schutze öffentlicher Interessen oder Rechtsgüter. Unseres Erachtens ist auch dann primär auf das Element der Unmittelbarkeit einer Gefährdung für das Rechtsgut Leben abzustellen.

5.2.2. Fehlbeurteilungen durch die Behörden

Bei Operationen von Sicherheitskräften stellt sich die Frage, ob Notwehrsituationen vorhergesehen werden können und ob sie dann präventiv zu verhindern sind. Unseres Erachtens ist auf eine Beurteilung der Lage *ex ante* abzustellen¹¹⁹¹. Unter Umständen kann es sich ergeben, dass bei offensichtlich erhöhter Fremd- oder Selbstgefährdung auf eine polizeiliche Handlung (zum Beispiel auf einen Zugriff) zu verzichten und stattdessen abzuwarten ist. Für den EGMR führen mögliche Fehlbeurteilungen nicht *per se* zu einer Verletzung des Rechts auf Leben, wenn etwas schief geht.

Im Fall *Brady v. The United Kingdom* hatten die Polizeibehörden von einem Informanten Hinweise auf einen bewaffneten Einbruch erhalten. Eine polizei-

¹¹⁹⁰ *Ramsahai and others v. The Netherlands* (GC), 52391/99 (2007), § 282.

¹¹⁹¹ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), § 147: «the Court must be cautious about revisiting the events with the wisdom of hindsight».

liche Operation sollte dazu dienen, die Täter auf frischer Tat festzunehmen¹¹⁹². Bei der Festnahme wurde *James Brady* von einem Polizisten erschossen. Der Polizist war davon ausgegangen, dass Brady eine Waffe auf ihn richtete¹¹⁹³.

The applicant submitted «that the whole firearms operation was grossly negligent and incompetently planned. [...] No] proper or adequate assessment was given as to the risk to the life of the deceased, even though the police knew about the proposed robbery some 4 days before the incident and could have planned ahead, instead of just 6 hours before the incident. [...] Those] planning the operation failed to have regard to the inevitability that lethal force would be used.»¹¹⁹⁴

Der EGMR ging in seinem Eintretensentscheid zuerst auf die konkreten Umstände der Notwehrsituation ein: Gestützt auf die Unterlagen geht er davon aus, dass «Officer A honestly believed that it was necessary to shoot James Brady in order to protect himself. This belief derived from good reasons, perceived at the time to be valid, which were later shown to be mistaken. It is not for the Court with detached reflection to substitute its own opinion of the situation for that of a police officer who was required to react in the heat of the moment»¹¹⁹⁵.

Anschliessend setzte er sich mit der Entscheidung zum polizeilichen Vorgehen auseinander: «[The] decision not to arrest the men until they attempted to enter the premises cannot be regarded as unreasonable in the circumstances. If there had been insufficient evidence of a crime having been committed, there would have been no possibility of bringing criminal charges or a prosecution. Nor is the Court persuaded that the plan in itself rendered the use of lethal force either inevitable or highly probable. [...] Operations of this kind inevitably require a certain amount of flexibility of response to evolving circumstances. Errors of judgment or mistaken assessments, unfortunate in retrospect, will not per se entail responsibility under Article 2 of the Convention.»¹¹⁹⁶

¹¹⁹² *Brady v. The United Kingdom* (AD), 55151/00 (2001), S. 2 f.

¹¹⁹³ *Brady v. The United Kingdom* (AD), 55151/00 (2001), S. 2 f.

¹¹⁹⁴ *Brady v. The United Kingdom* (AD), 55151/00 (2001), S. 6.

¹¹⁹⁵ *Brady v. The United Kingdom* (AD), 55151/00 (2001), S. 8.

¹¹⁹⁶ *Brady v. The United Kingdom* (AD), 55151/00 (2001), S. 9.

Es bleibt unseres Erachtens unklar, warum der EGMR mit dieser Begründung und nach einer materiellen Befassung mit den konkreten Umständen des Falls zu einem Nichteintreten kommt. Er hätte ebenso gut auf die Beschwerde eintreten und sie in der Sache abweisen können. Dabei hätte der Gerichtshof auch darauf eingehen können, ob eine unverhältnismässige Belastung (*disproportionate burdens*) des Staates vorliegt, wenn er das Risiko einer Überführung der Täter auf frischer Tat nicht mehr eingehen dürfte (eine gewisse Parallele zu den Hinterhalten gegen Terroristen ist unverkennbar; vgl. zu *Kelly and others v. The United Kingdom* Ziff. V.5.2.4).

5.2.3. Verpflichtung zum Ausschluss von Notwehrsituationen?

Es stellt sich die Frage, welche Vorkehren die Behörden vor allem bei gezieltem polizeilichem Handeln vorzunehmen haben, um einen Rückgriff auf Zwangsmittel in Notwehrsituationen auszuschliessen. Der EGMR ist grundsätzlich bereit, dafür auch auf die Planung und Kontrolle polizeilichen Handelns einzugehen.

«In determining whether the force used is compatible with Article 2, it may [...] be relevant whether a law enforcement operation has been planned and controlled so as to minimise to the greatest extent possible recourse to lethal force or incidental loss of life.»¹¹⁹⁷

a. Allgemeines

Dies setzt voraus, dass es sich überhaupt um ein plan- und kontrollierbares Verhalten der Sicherheitskräfte handelt.

«In carrying out its assessment of the planning and control phase of the operation from the standpoint of Article 2 of the Convention, the Court must have particular regard to the context in which the incident occurred as well as to the way in which the situation developed.»¹¹⁹⁸

Der EGMR beschränkt sich beim Einbezug der weiteren Umstände einer Notwehrhandlung nicht bloss auf die Suche nach Fehlern, sondern nimmt eine Gesamtbeurteilung vor.

¹¹⁹⁷ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), § 136.

¹¹⁹⁸ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), § 141.

Im Fall *Bubbins v. The United Kingdom* gab es zwar Hinweise darauf, dass es sich beim vermeintlichen Einbrecher und den Wohnungsinhaber selber hätte handeln können. Die Polizei war von Fitzgeralds Nachbarin alarmiert worden, die (folglich) einen Verdacht hegte. Durch das Fenster wurde mehrfach ein Mann mit einer (vermeintlichen) Waffe erkannt. Zwar war kein Verhandler verfügbar gewesen, aber ein erfahrener Inspektor war vor Ort. Vor der Schussabgabe waren Warnrufe erfolgt¹¹⁹⁹. «Above all, it would appear that the police were at all times unwilling to take precipitate action, but tried to defuse the situation without recourse to lethal force or to tactics which might provoke a violent response from the man inside the flat. It is significant in this connection that Inspector Kelly ordered that night personnel be called out, thus indicating a firm intention to avoid a confrontation and the risk of bloodshed».¹²⁰⁰ Der EGMR sah darin im polizeilichen Vorgehen keine Verletzung von Art. 2 EMRK: «it has not been shown that the operation at issue was not planned and organised in a way which minimised to the greatest extent possible any risk to the life of Michael Fitzgerald».¹²⁰¹

Im Urteil *Giuliani and Gaggio v. Italy* hatte die *Grand Chamber* die Umstände einer tödlichen Schussabgabe des Carabinieri M.P. zu beurteilen. Da sich das Ereignis im Rahmen einer grossen polizeilichen Operation (G8-Gipfel in Genua) zugetragen hatte, beurteilte sie den Waffeneinsatz unter verschiedenen Blickwinkeln: Zuerst fragte der Gerichtshof danach, ob die tödliche Zwangsmassnahme an sich gerechtfertigt war – wobei die Frage der Notwehr im Vordergrund stand¹²⁰². Als Zweites prüfte er die Rechtsgrundlagen für die Zwanganwendung (vgl. dazu Ziff. IV.1.4.2.a)¹²⁰³ und als Drittes die Vereinbarkeit der Organisation und Planung der polizeilichen Operationen mit dem Recht auf Leben¹²⁰⁴.

¹¹⁹⁹ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), §§ 142 ff.

¹²⁰⁰ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), § 148.

¹²⁰¹ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), § 151.

¹²⁰² *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 158 ff.

¹²⁰³ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 197 ff.

¹²⁰⁴ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 219 ff.

Die *Grand Chamber* kam zum Schluss, dass es sich bei der Reaktion des Carabinieri M.P. auf den Angriff Giulianis mit einem als Wurfgegenstand verwendeten Feuerlöscher (vgl. Ziff. II.2.5 und IV.2.1) um *Notwehr* gehandelt hat und der Schusswaffeneinsatz gegen Giuliani als Angreifer deswegen *gerechtfertigt* gewesen war.

Der Waffeneinsatz des Polizisten war aus einem Fahrzeug heraus erfolgt. Darin befand er sich zusammen mit anderen, ebenfalls verletzten Carabinieri. Bei einer Auseinandersetzung zwischen Demonstranten und Sicherheitskräften gelang es aufgrund einer blockierten Strasse nicht mehr, das Fahrzeug zurückzuziehen. Der Standort des Jeeps wurde überrannt¹²⁰⁵. In der konkreten Situation waren für die *Grand Chamber* verschiedene Sachverhaltselemente wesentlich:

Nach der Einkesselung des Jeeps lag die Handlungsfreiheit bei den gewalttätigen Demonstranten: «This was quite clearly an unlawful and very violent attack on a vehicle of the law-enforcement agencies which was simply trying to leave the scene and posed no threat to the demonstrators. Whatever may have been the demonstrators' intentions towards the vehicle and/or its occupants, the fact remains that the possibility of a lynching could not be excluded, as the Genoa District Court also pointed out.»¹²⁰⁶

«[The] footage and the photographs in the file show that, as soon as it became hemmed in by the refuse container, the jeep [...] was attacked and at least partially surrounded by the demonstrators, who launched an unrelenting onslaught on the vehicle and its occupants, tilting it sideways and throwing stones and other hard objects. The jeep's rear window was smashed and a fire extinguisher was thrown into the vehicle, which M.P. managed to fend off. The footage and photographs also show one demonstrator thrusting a wooden beam through the side window, causing shoulder injuries to D.R., the other carabinieri who had been taken off duty.»¹²⁰⁷

¹²⁰⁵ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 22 und 28.

¹²⁰⁶ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 187.

¹²⁰⁷ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 186.

Der schießende Polizist durfte davon ausgehen, dass der Angriff andauerte und er sich selber in Lebensgefahr befand: «In this extremely tense situation Carlo Giuliani decided to pick up a fire extinguisher which was lying on the ground, and raised it to chest height with the apparent intention of throwing it at the occupants of the vehicle. His actions could reasonably be interpreted by M.P. as an indication that, despite the latter's shouted warnings and the fact that he had shown his gun, the attack on the jeep was not about to cease or diminish in intensity. Moreover, the vast majority of the demonstrators appeared to be continuing the assault. M.P.'s honest belief that his life was in danger could only have been strengthened as a result. In the Court's view, this served as justification for recourse to a potentially lethal means of defence such as the firing of shots.»¹²⁰⁸

b. Rechtsgrundlagen zur Ausübung von Notwehr

Die Grundlagen zur Ausübung von Notwehr nach nationalem (Straf-)Recht sind oft auslegungsbedürftig. Der EGMR übt sich in Zurückhaltung.

«The [...] Convention does not oblige Contracting Parties to incorporate its provisions into national law [...]. Furthermore, it is not the role of the Convention institutions to examine in abstracto the compatibility of national legislative or constitutional provisions with the requirements of the Convention [...]»¹²⁰⁹

Es geht dem Gerichtshof vor allem darum, dass die betreffenden Konstellationen sind «regulated by domestic law and that a system of adequate and effective safeguards exists to prevent arbitrary use of lethal force»¹²¹⁰. In seiner Rechtsprechung zieht der EGMR eine Verbindung von der absoluten Notwendigkeit des Einsatzes potenziell tödlicher Zwangsmittel (Art. 2 Abs. 2 EMRK) zu den materiellen (strafrechtlichen) Regelungen der Notwehr¹²¹¹.

¹²⁰⁸ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 191.

¹²⁰⁹ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 153.

¹²¹⁰ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), § 150.

¹²¹¹ Zur Notwehr (self-defence) im Criminal Law Act (Northern Ireland) 1967 vgl. *Margaret Caraher v. the United Kingdom* (AD), 24520/94, S. 13 (für die Entscheidung aber nicht weiter relevant, da ein Vergleich zu beurteilen war) sowie zur entsprechenden «common-law definition of self-defence» *Ernest Bennett v. the United Kingdom* (AD), 5527/08, § 69.

In *Armani Da Silva v. The United Kingdom* nimmt die *Grand Chamber* eine differenzierende Auslegeordnung vor. Sie kommt in ihrer Beurteilung der nationalen Rechtsgrundlagen zum Schluss, dass «[...] it cannot be said that the test applied in England and Wales is significantly different from the standard applied by the Court in the *McCann and others* judgment and in its post-*McCann* and *others* case-law [...]. Bearing in mind that the Court has previously declined to find fault with a domestic legal framework purely on account of a difference in wording which can be overcome by the interpretation of the domestic courts [...], it cannot be said that the definition of self-defence in England and Wales falls short of the standard required by Article 2 of the Convention»¹²¹².

De facto nimmt die *Untersuchung* von Notwehrsituationen (also die prozedurale Verpflichtung aus Art. 2 EMRK im Sinne einer Aufklärungspflicht) eine zentrale Bedeutung ein. Dazu wiederum wird oft das Strafprozessrecht den weiteren Rahmen abstecken.

c. **Weitergehende staatliche Pflichten angesichts konkreter Gefährdungen?**

Beim G8-Gipfel in Genua war es bereits vorgängig zu Spannungen zwischen Demonstranten und der Polizei gekommen¹²¹³. Da sich der Schusswaffeneinsatz – wie im wegweisenden Urteil *McCann and others v. The United Kingdom* – nicht im Rahmen üblicher Polizeiarbeit, sondern im Rahmen einer (grossen) polizeilichen Operation ereignet hatte, prüfte die *Grand Chamber* im Urteil *Giuliani and Gaggio v. Italy* die staatliche Verantwortlichkeit zusätzlich auch in einem weiteren Sinne. Dabei geht es darum, ob der Konventionsstaat durch eine (bessere) *Planung und Durchführung* der polizeilichen Operation die Notwehrsituation hätte verhindern können.

Die *Grand Chamber* greift auf den für die konkrete Gefahrenabwehr entwickelten Massstab (*real and immediate risk*) zurück (vgl. Ziff. III.2.2.5)¹²¹⁴. Dieser Massstab bezieht sich üblicherweise auf eine besondere Verantwortlichkeit des Staats im Rahmen der Erfüllung allgemeiner Polizeiaufgaben. Es kann durchaus sein, dass der Staat um

¹²¹² *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 252.

¹²¹³ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), §§ 252 f.

¹²¹⁴ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 244.

eine besondere Gefährdung von Einzelpersonen weiss oder wissen müsste (wie etwa im Falle des Journalisten *Kemal Kılıç*) – oder dass er für Personen in Gewahrsam eine besondere Verantwortung trägt (wie etwa im Falle von *Christopher Edwards*). Dann verlangt die positive Verpflichtung vom Konventionsstaat, «*in appropriate circumstances to [...] to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual.*»¹²¹⁵

Im Urteil *Giuliani and Gaggio v. Italy* hat die *Grand Chamber* die Notwehrsituation bereits vor der eingehenden Prüfung einer weiteren Verantwortlichkeit des Staates bejaht. In der anschliessenden Ausdehnung des Prüfungsmassstabs besteht eine Ähnlichkeit zum Fall *McCann and others v. The United Kingdom* – damals (1995) war allerdings der Massstab zur konkreten Gefahrenabwehr (*real and immediate risk*) in der Rechtsprechung des Gerichtshofs noch nicht etabliert.

Wird dieser jüngere Massstab bei Notwehrlagen auf Operationen von Sicherheitskräften angewendet, so führt dies zu einem Widerspruch: Geschützt werden müsste eigentlich das Leben der die Notwehr ausübenden Person (gemäss den Voraussetzungen der nationalen Rechtsordnung) – zu klären wäre dann, ob der Konventionsstaat eine Verantwortung dafür trägt, dass *diese* Person in eine Notwehrsituation geraten ist. Das wäre im Fall *Giuliani and Gaggio v. Italy* der Carabinieri. Läge es anders, würde es das Recht auf Leben gebieten, Giuliani (dann wohl präventiv) aufzuhalten, um nicht in eine Situation geraten zu können, in welcher Notwehr – gegen ihn als Inhaber der Handlungsherrschaft! – zulässig wird. Aus Sicht des Rechtsguts Leben spielt es jedoch keine Rolle, wessen Leben bedroht ist. Aus prozeduraler Sicht würde es indes etwas kurios erscheinen, wenn die Beschwerdeführenden eine Verletzung des Rechts auf Leben des Vertreters des Staates rügen müssten.

¹²¹⁵ So in *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), § 62; *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 54; *Kontrová v. Slovakia*, 7510/04 (2007), § 49; *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), § 128; Hervorhebung nur hier.

d. Einschränkung aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips?

Der Massstab zur konkreten Gefahrenabwehr ist verbunden mit dem Kriterium, dass die positive Verpflichtung aus Art. 2 EMRK den staatlichen Behörden nicht Unverhältnismässiges abverlangen soll (*impossible or disproportionate burden*)¹²¹⁶.

Diesem zusätzlichen Kriterium kommt eine allgemeine Bedeutung zu, gilt es doch sowohl für die allgemeine Polizeiarbeit (*policing*)¹²¹⁷ als auch im Zusammenhang mit abstrakten Gefährdungen (*dangerous activities*)¹²¹⁸.

Die konkrete Entwicklung bis hin zur Notwehrsituation war gemäss der *Grand Chamber* im Fall *Giuliani and Gaggio v. Italy* nicht konkret vorhersehbar. Dies unseres Erachtens im Unterschied zu anderen polizeilichen Operationen, wo stets mit einer potenziellen Notwehrsituation zu rechnen wäre (etwas bei der Festnahme von Terroristen oder anderen Schwerekriminellen).

«It could not have been predicted that an attack of such violence would take place in that precise location and in those circumstances. Moreover, the reasons which drove the crowd to act as it did can only be speculated upon.»¹²¹⁹

Zudem hatte Italien die ihm zur Verfügung stehenden Massnahmen – insbesondere mit dem Grossaufgebot an Sicherheitskräften – alles Nötige unternommen, um Gefahren abzuwehren (vgl. auch Ziff. IV.4.3.1).

«[... A] distinction has to be made between cases where the law-enforcement agencies are dealing with a precise and identifiable target [...] and those where the issue is the maintenance of order in the face of possible disturbances spread over an area as wide as an entire city, as in the instant case. Only in the first category of cases can all the officers involved be expected to be highly specialised in dealing with the task assigned to them.»¹²²⁰

¹²¹⁶ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 245.

¹²¹⁷ *Branko Tomašić and others v. Croatia*, 46598/06 (2009), § 50.

¹²¹⁸ *Öneryıldız v. Turkey* (GC), 48939/99 (2004), § 107.

¹²¹⁹ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 254.

¹²²⁰ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 255.

Weiter beurteilte die *Grand Chamber*, ob das behördlich Verhalten «before the attack on the jeep by the demonstrators were in breach of the obligation to protect life [...]. There was nothing [...] to indicate that Carlo Giuliani, more than any other demonstrator or any of the persons present at the scene, was the potential target of a lethal act. Hence, the authorities were not under an obligation to provide him with personal protection, but were simply obliged to refrain from taking action which, in general terms, was liable to clearly endanger the life and physical integrity of any of the persons concerned.»¹²²¹

Ein besonderes Augenmerk legte der Gerichtshof auf die Frage, warum der Jeep mit den verletzten Carabinieri überhaupt am fraglichen Ort verblieben war: «The [...] law-enforcement agencies might have to use non-armoured logistical support vehicles to transport injured officers. [...], everything seemed to indicate that the jeeps were better protected on Piazza Alimonda, where they were next to a contingent of carabinieri. Furthermore, there is nothing in the file to suggest that the physical condition of the carabinieri in the jeep was so serious that they needed to be taken to hospital straightaway as a matter of urgency; the officers concerned were for the most part suffering from the effects of prolonged exposure to tear gas.»¹²²²

Ein Nebenaspekt betraf die Kommunikationsmittel der Sicherheitskräfte, respektive die Führungsfähigkeit der Operation: The «fact that the communications system chosen apparently only allowed information to be exchanged between the police and carabinieri control centres, but not direct radio contact between the police officers and carabinieri themselves [...], is not in itself sufficient basis for finding that there was no clear chain of command, a factor which [...] is liable to increase the risk of some police officers shooting erratically [...]. M.P. was subject to the orders and instructions of his superior officers, who were present on the ground.»¹²²³

¹²²¹ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 257.

¹²²² *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 258.

¹²²³ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 259.

e. Vorhersehbarkeit

Im Urteil *Bubbins v. The United Kingdom* (dazu oben) hat der EGMR anerkannt, dass aus der Sicht des schießenden Polizisten eine konkrete Gefahr für sein Leben und dasjenige seiner Kollegen bestanden hat. Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände war die Schussabgabe nicht unverhältnismässig und widerspricht nicht dem Gebot der absoluten Notwendigkeit¹²²⁴. Eine mögliche Eskalation war vorhergesehen und bei der Planung des Einsatzes berücksichtigt worden. Das Gericht kommt zum Schluss, dass die Polizei das Mögliche versucht hat, um die Situation ohne den Einsatz letaler Zwangsmittel zu bereinigen¹²²⁵.

Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände schliesst die *Grand Chamber* im Urteil *Giuliani and Gaggio v. Italy*, dass in Bezug auf die Planung und Organisation des Einsatzes keine Konventionsverletzung vorliegt¹²²⁶. Für den Gerichtshof spielt die mangelnde Vorhersehbarkeit des konkreten Geschehens eine zentrale Rolle. Dabei dürfte es eine Rolle gespielt haben, dass die vorübergehende Unterbringung der verletzten Carabinieri im Jeep durchaus einer Schutzmassnahme entsprochen hat.

«The immediate cause of these events was the violent and unlawful attack by the demonstrators. It is quite clear that no operational decision previously taken by the law-enforcement agencies could have taken account of this unforeseeable element.»¹²²⁷

5.2.4. Bedeutung der Untersuchungspflicht

Kommt es in Notwehrsituationen zum Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel durch Sicherheitskräfte, löst dies grundsätzlich eine Untersuchungspflicht aus. Es stellt sich dann die Frage, ob eine Prüfung der prozeduralen Verpflichtung nach Art. 2 EMRK ausreicht – oder ob stets eine Ausweitung des Untersuchungsgegenstands auf die weiteren Umstände nach der negativen Verpflichtung geboten ist (also auf die Operation als Ganze).

¹²²⁴ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), § 140.

¹²²⁵ *Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 (2005), § 148.

¹²²⁶ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 262.

¹²²⁷ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 259.

Im Urteil *Kelly and others v. The United Kingdom* geht es um einen Hinterhalt der Sicherheitskräfte. Der EGMR setzt sich auch mit Fragen rund um die Durchführung der Anti-Terror-Operation auseinander¹²²⁸. Er verzichtet aber aus verfahrensrechtlichen Gründen auf eine Prüfung der weiteren Umstände und setzt sich in den anschliessenden Erwägungen stattdessen mit den prozeduralen Aspekten von Art. 2 EMRK auseinander¹²²⁹. Im Resultat stellt er eine Verletzung von Art. 2 EMRK wegen Versäumnissen bei der Untersuchung fest.

Der Operation lagen Hinweise auf einen Angriff der IRA auf die Loughgall Polizeistation am 8. Mai 1987 zugrunde¹²³⁰. Nachdem die Angreifer das Feuer auf die Polizeiwache eröffnet hatten, schossen die versteckten Sicherheitskräfte zurück. In der Folge entwickelte sich ein eskalierendes Feuergefecht¹²³¹. Unter den neun Todesopfern befanden sich zwei unbewaffnete Terroristen und ein unbewaffneter Zivilist ohne Verbindung zur IRA¹²³². Der EGMR erkannte, «[...] that in the circumstances of this case it would be inappropriate and contrary to its subsidiary role under the Convention to attempt to establish the facts of this case by embarking on a fact finding exercise of its own by summoning witnesses. Such an exercise would duplicate the proceedings before the civil courts which are better placed and equipped as fact finding tribunals.»¹²³³ Die ersten politischen Reaktionen zum Hinterhalt der SAS von Seiten der Sinn Féin waren zurückhaltend¹²³⁴. Gleichwohl war im Anschluss strittig, ob das Zuwarten bis

¹²²⁸ Dazu HUNTER, Targeted Killing, S. 23: «The duty of a state to protect its citizens from this threat is clear and unassailable, and the terrorist's death (assuming for the sake of argument that he could not be captured alive) is a necessary outcome.»

¹²²⁹ *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001), §§ 100 ff.

¹²³⁰ *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001), § 12. Weiterführend URBAN, Big Boys' Rules, S. 227 ff.

¹²³¹ *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001), §§ 16 ff. Zum Feuergefecht auch URBAN, Big Boys' Rules, S. 231 f.

¹²³² *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001), § 99.

¹²³³ *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001), § 101 und genau gleich *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 117; *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), § 111 and *Shanaghan v. The United Kingdom*, 37715/97 (2001), § 95.

¹²³⁴ URBAN, Big Boys' Rules, S. 234 (mit einem Zitat von Gerry Adams).

zum Angriff der IRA und dann das massive Zurückschlagen als *clean kill* alternativlos gewesen ist¹²³⁵.

Die *Grand Chamber* stellt auch bei eindeutigen Notwehrsituationen die üblichen Anforderungen an die Durchführung der Untersuchung zum Einsatz letaler Zwangsmittel.

Im Fall *Ramsahai and others v. The Netherlands* waren elementare Untersuchungsgrundsätze missachtet worden. Das Urteil zeigt aber auch, dass Polizeikräfte nach einer Schussabgabe im Grunde als zumindest potenzielle «Täter» zu behandeln sind. Daher sollte unseres Erachtens das unmittelbare Verhalten nach einer Schussabgabe behördlich festgelegt und eingeübt werden.

«The failure to test the hands of the two officers for gunshot residue and to stage a reconstruction of the incident, as well as the apparent absence of any examination of their weapons [...] or ammunition and the lack of an adequate pictorial record of the trauma caused to Moravia Ramsahai's body by the bullet [...], have not been explained.

What is more, Officers Brons and Bultstra were not kept separated after the incident and were not questioned until nearly three days later [...]. Although, [...] there is no evidence that they colluded with each other or with their colleagues on the [...] police force, the mere fact that appropriate steps were not taken to reduce the risk of such collusion amounts to a significant shortcoming in the adequacy of the investigation.»¹²³⁶

«The investigation into the death of Moravia Ramsahai has been shown to have fallen short of the applicable standards, in that it was flawed to the extent of impairing its adequacy [...] and in that part of it was left to the police force to which Officers Brons and Bultstra belonged [...]. To that extent there has been a failure to comply with the procedural obligation imposed by Article 2 of the Convention.»¹²³⁷

¹²³⁵ URBAN, *Big Boys' Rules*, S. 234 ff.

¹²³⁶ *Ramsahai and others v. The Netherlands* (GC), 52391/99 (2007), §§ 329 f.

¹²³⁷ *Ramsahai and others v. The Netherlands* (GC), 52391/99 (2007), § 356.

5.2.5. Bedeutung des individuellen Notwehrrechts für staatliches Handeln

Angehörige staatlicher Sicherheitskräfte können sich gestützt auf eine eigene Gefahrenbeurteilung in konkreten Situationen auf ein individuelles Notwehrrecht berufen. Die diesbezüglichen Verpflichtungen der Konventionsstaaten betreffen

- die *Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens* in dem Sinne, dass hinreichend bestimmte Grundlagen sowohl für die Verwendung von Zwangsmitteln im Allgemeinen als auch für den Schusswaffengebrauch im Besonderen (auch in Notwehrsituationen) bestehen¹²³⁸;
- die *Ausbildung* und das *Training* der Sicherheitskräfte im Umgang mit Schusswaffen und weiteren (letal) Einsatzmitteln¹²³⁹, damit sie ihre Selbstverteidigungsmittel gezielt und verhältnismässig einsetzen können;
- die Beschränkung des Notwehrrechts auf Fälle *absoluter Notwendigkeit*¹²⁴⁰ – was neben der Ausbildung unter Umständen auch die adäquate Information der Sicherheitskräfte *ex ante* sowie vor allem die faktische Analyse und rechtliche Beurteilung von Notwehrfällen *ex post* erfordert.

In eindeutigen Fällen von Notwehr ist der EGMR bislang nicht weiter auf die Durchführung des Einsatzes von Sicherheitskräften eingegangen. Allerdings kann die Untersuchungspflicht die Staaten dazu verpflichten, auch den weiteren Rahmen von Notwehrhandlungen einzubeziehen (*Ramsahai and others v. The Netherlands* [GC]).

Menschliches Verhalten ist zu einem gewissen (zuweilen sogar zu einem grossen) Grad unvorhersehbar. Bei vernünftigerweise (nach bestem Wissen und Gewissen) nicht vorhersehbaren Notwehrsituationen würde daher eine Ausdehnung der negativen Verpflichtung nicht überzeugen.

¹²³⁸ GERARDS, Right to Life, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice, S. 365.

¹²³⁹ GERARDS, Right to Life, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice, S. 365.

¹²⁴⁰ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 176 (which «indicates that a stricter and more compelling test of necessity must be employed than that normally applicable when determining whether State action is «necessary in a democratic society» under paragraphs 2 of Articles 8 to 11 of the Convention»).

Es ist unmöglich, jegliche hypothetisch denkbaren Ereignisse respektive Abläufe vorherzusehen und stets alle Eventualitäten zu berücksichtigen oder gar zu regeln. Unter Zeitdruck und bei unvollständigem Lagebild muss möglicherweise schematisch gehandelt und anhand der Lagebeurteilung priorisiert werden. Dann gilt es, *Überkomplexität* zu vermeiden, welche bei (dringendem) Handlungsbedarf ein adäquates Eingreifen erschweren könnte. Auch bei adäquater Lagebeurteilung und optimaler Planung besteht ein Restrisiko.

Nach der Rechtsprechung des EGMR verlangt auch die positive Verpflichtung von den Konventionsstaaten nicht, jedwede Situationen von Notwehr- oder Notwehrhilfe *aktiv* zu verhindern. Eine Pflicht zum Schutze des Lebens aller Beteiligten greift aber dann, wenn Sicherheitskräfte polizeiliche Operationen durchführen: Das Schaffen lebensgefährlicher Situationen begründet unmittelbar eine Verantwortlichkeit der handelnden Sicherheitskräfte. Insofern ist auf die Lagebeurteilung, respektive auf die Vorhersehbarkeit von Lagentwicklungsmöglichkeiten abzustellen.

Unseres Erachtens hängt die Vorhersehbarkeit eines möglichen Einsatzes potenziell tödlicher Zwangsmittel eng mit der Frage der Handlungsherrschaft in bestimmten Situationen zusammen. Eine klare Zuordnung der Handlungsherrschaft ist indes zuweilen heikel.

In *McCann and others v. The United Kingdom* lag die Handlungsherrschaft bei den Sicherheitskräften. Daher erscheint es richtig, den Konventionsstaat entsprechend in die Verantwortung zu nehmen.

In *Kelly and others v. The United Kingdom* hätten die Sicherheitskräfte den Überfall auf die Polizeistation zwar verhindern können – die Handlungsherrschaft lag aber bei den Angreifern. Dass sich diese mit den Sicherheitskräften ein Feuergefecht liefern könnten, war unseres Erachtens durchaus vorhersehbar. Ihrem Angriffsplan lag aber ganz offensichtlich die Ausnutzung eines Überraschungsmoments zugrunde. Da der Plan bereits mit der ersten Gegenreaktion gescheitert war, hätten die IRA-Terroristen es in der Hand gehabt, aufzugeben. Ein Konventionsstaat kann nicht für den Wagemut oder die Ruchlosigkeit von Angreifern verantwortlich gemacht werden.

In *Giuliani and Gaggio v. Italy* war es den gewalttätigen Demonstranten gelungen, den Sicherheitskräften die Handlungsherrschaft zeitweise zu entreissen und an sich zu ziehen. Dies hätte insbesondere mit dem sehr grossen Polizeiaufgebot verhindert werden sollen.

Die einzelnen Verpflichtungen nach Art. 2 EMRK bestehen selbständig nebeneinander. Die *prozedurale Verpflichtung* hat einen anderen Fokus als die negative Verpflichtung. Im Rahmen einer nachträglichen Untersuchung wird allfällige «excessive use of force or negligence in the planning or control of the operation»¹²⁴¹ möglicherweise aufgedeckt (*bottom up* Ansatz). Die *negative Verpflichtung* bei Operationen ist aber umfassend zu verstehen (*top down* Ansatz). Die Beurteilung einer Schusswaffenabgabe aus letztlich individueller Sicht darf unseres Erachtens nicht isoliert erfolgen. Sie ist schlussendlich doch auch in den Gesamtkontext einer polizeilichen Aktion oder Operation (falls es solche gibt) zu stellen. Dabei geht es darum, allfällige Verbindungen zwischen organisiertem und individuellem Handeln herzustellen – gleichzeitig aber eine übermässige Strenge zu vermeiden. Nach der Bereinigung einer Notwehrlage trifft die Konventionsstaaten die *positive Verpflichtung*, Leben zu retten. Das bedeutet, dass sofort lebensrettende Massnahmen einzuleiten sind¹²⁴². Diese (wenn auch nachträglichen) Schutzpflichten sollten unseres Erachtens minimal in internen Weisungen festgelegt sein.

6. **INFORMATIONSIINTERESSEN – UND IHRE GRENZEN**

Demokratie lebt von Debatten und Auseinandersetzungen – besonders zu politisch umstrittenen Themen und Bereichen. Eine wesentliche Voraussetzung dazu bildet die Meinungsäusserungsfreiheit, welche in Art. 10 Abs. 1 EMRK verankert ist:

Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäusserung. Dieses Recht schliesst die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Radio-, Fernseh- oder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.

¹²⁴¹ *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001), § 110.

¹²⁴² *Ramsahai and others v. The Netherlands* (GC), 52391/99 (2007), § 275.

Die breit gefasste grundrechtliche Garantie umfasst als einzelne Gehalte sowohl die Meinungsäusserungsfreiheit im Allgemeinen als auch die Medienfreiheit im Besonderen sowie die Informationsfreiheit. Die vermittelten Freiheitsrechte und Informationsansprüche (letztlich der Öffentlichkeit) sind nicht schrankenlos.

6.1. **ÖFFENTLICHES INFORMATIONSIINTERESSE VERSUS KOMPLIZENSCHAFT**

Aufgrund legitimer Sicherheitsinteressen des Staates – insbesondere des Geheimnisschutzes – können Informationsinteressen von Privaten, der Medien sowie der Öffentlichkeit eingeschränkt werden¹²⁴³.

Eine Rechtsordnung kann spezifische strafrechtliche Tatbestände vorsehen (etwa zum Schutz klassifizierter Informationen), bestimmte Sachverhalte vom Rechtsweg ausnehmen (insbesondere *actes de gouvernement*), Zugangsrechte beschränken (etwa bei politischen Verhandlungen) oder die Abwägung von Persönlichkeitsrechten gegenüber öffentlichen Interessen zulassen (etwa bei Gerichtsverhandlungen).

Eine generelle Einschränkung der Berichterstattung über sicherheitsrelevante Ereignisse oder Vorgänge wäre aber weder zulässig noch sinnvoll (zum Bezug des Terrorismus zur Öffentlichkeit und zu den Medien vgl. bereits Ziff. III.1). Die Abwehr terroristischer Bedrohungen ist zwar Aufgabe des Staates – getragen und gewonnen wird dieser Kampf aber von der Zivilgesellschaft¹²⁴⁴. Die inhaltliche Auseinandersetzung mit Gewalt strategischen Ausmasses findet damit stets auch im öffentlichen Raum statt.

Terrorismus umfasst auf operativer Ebene von je her auch Informationsoperation¹²⁴⁵. Dies gilt auf Seiten der terroristischen Akteure selbst für Einzeltäter (*lonely wolves*), welche

¹²⁴³ Allgemein zu den unterschiedlichen Interessen von Terroristen, Staaten und Medien COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 188.

¹²⁴⁴ Ganz ähnlich FOREST, *Counterterrorism*, S. 24 ff.; sinngemäss auch JAJA, *Defeating Terrorism*, S. 161 f.

¹²⁴⁵ Vgl. etwa zur religiösen Sekte der *Sicarii* in Palästina im ersten Jahrhundert a.D. oder zu den *Assassinen* ab dem 11. Jahrhundert und der Legende des «Alten vom Berg» LAQUEUR, *Terrorismus*, S. 20 ff.; zur Propaganda und Gewalt als Mittel des *anarchistischen* Kampfes in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts MÜLLER, *Innere Sicherheit Schweiz*, S. 151 ff. (m.w.H.).

mit Pamphleten (etwa Breivik in Norwegen 2011), Videos (etwa Amri in Deutschland 2016) und Social Media (etwa der Täter von Christchurch 2019 in Neuseeland) die Medien bespielen. Daraus ergeben sich Herausforderungen für die staatliche Informationspolitik.

Auf taktischer Ebene stellt sich die Frage, wie nahe in räumlicher und zeitlicher Hinsicht die Berichterstattung erfolgen darf. Dabei kann das Recht auf Leben mit der Medienfreiheit kollidieren.

6.1.1. Ziel und Vorteil der Terroristen

Ein Terrorist ist ein Krimineller, der die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu erlangen sucht¹²⁴⁶. Mit Anschlägen erreichen terroristische Gruppierungen blitzartig Aufmerksamkeit. Moderne Medien berichten weltweit, zeitverzugslos und zuweilen ungefiltert. Eine grosse öffentliche Aufmerksamkeit ermöglicht es den Tätern, Angst und Einschüchterung und damit auch ihre «Botschaften» in die Öffentlichkeit zu transportieren¹²⁴⁷.

«Who are these people blowing up restaurants, shooting policemen, hijacking planes? Why are they doing it? What are their aims, intentions, philosophies? And what are their demands? The press assumes that the public is clamoring to know the answers to such questions, and seeks to provide them. The terrorists themselves so arrange their affairs as to make life relatively easy for the media. They arrange press conferences, publish «communiqués» and statements of ultimate aims, and give exclusive interviews.»¹²⁴⁸

Seit den 1970er Jahren wird in den Massenmedien über spektakuläre Anschläge, respektive über Anti-Terror-Operationen *live* berichtet. Teilweise hat die Berichterstattung es den terroristischen Akteuren ermöglicht, gegen sie gerichtete Massnahmen der Sicherheitskräfte mitzuverfolgen¹²⁴⁹. Eine derart nahe Berichterstattung verstärkt nicht

¹²⁴⁶ So der englische Journalist, Kommentator und Politiker JOHN O'SULLIVAN (Deny Them Publicity, S. 120); vgl. auch COMBS, Terrorism in the Twenty-First Century, S. 186.

¹²⁴⁷ COMBS, Terrorism in the Twenty-First Century, S. 187 («destabilizing the enemy»). Kritisch zur Entwicklung HOFFMAN, Inside Terrorism, S. 194 («Terrorist acts are (...) too easily transformed into major international media events – precisely because they are often staged specifically with this goal in mind»); vgl. auch FOREST, Counterterrorism, S. 15 f.

¹²⁴⁸ O'SULLIVAN, Deny Them Publicity, S. 122.

¹²⁴⁹ Vgl. die beiden Beispiele bei O'SULLIVAN, Deny Them Publicity, S. 125.

nur die mediale Wirkung krimineller Aktivitäten, sondern erfüllt mittelbar sogar die Funktion eines «Nachrichtendienstes» für die Gegenseite.

Im medialen Raum sind Akteure gegenüber staatlichen Stellen grundsätzlich im Vorteil. Sie bestimmen Orte und Zeitpunkte von Aktionen und üben zumindest am – für die Wirkung oft entscheidenden – Anfang die Handlungsherrschaft aus. Der Vorteil wird verstärkt durch zeitnahe Berichterstattung der klassischen Medien sowie zeitverzugsloses Nutzen von Social Media¹²⁵⁰. Staatliche Stellen sind demgegenüber stets im Hintertreffen, wenn sie *reagieren* müssen; zudem sind sie – richtigerweise – an die *Wahrheit* gebunden¹²⁵¹. Selbst wenn ein aktuelles und korrektes Lagebild vorliegt, können sowohl taktische Überlegungen als auch strafprozedurale Erfordernisse eine aktive behördliche Informationsverbreitung hemmen.

Gewähren klassische Medien terroristischen Akteuren und ihren Apologeten – auch wenn dies aus der notwendigen Distanz und mit der gebotenen Kritik erfolgt – inhaltlich Raum, tragen sie zur Bildung einer (pseudo-) politischen Corona rund um kriminelle Akte bei¹²⁵². Das Mittel «Terrorismus» erfüllt seinen Zweck «Aufmerksamkeit» nur in geringem Umfang durch terroristische Taten an sich¹²⁵³, sondern primär durch den öffentlichen Umgang damit.

¹²⁵⁰ Vgl. als Beispiel zu *information operations* und *counter information operations* in Afghanistan CHANG, Social Media and Transparency, S. 68 ff.

¹²⁵¹ CHANG, Social Media and Transparency, S. 66 f.

¹²⁵² O'SULLIVAN, Deny Them Publicity, S. 123: «Talking about the aims and philosophies of terrorists inevitably conveys the impression that they are a species of politician rather than a species of criminal».

¹²⁵³ So ist es aus Sicht der Täter nicht relevant, ob bei einem Anschlag eine, zwei, oder einhundert Personen ihr Leben verlieren. Wer erinnert sich an die Zahl der Toten nach «London 2004», nach «Charlie Hebdo», nach «Battaclan», nach «Berlin 2016»? Ebenfalls ist es nicht relevant, ob eine bestimmte Risikoperson (Zielperson) bei einem Anschlag ihr Leben verliert oder nicht (President Ronald Reagan hat 1981 einen Anschlag überlebt, Papst Johannes Paul II. [Karol Józef Wojtyła] im gleichen Jahr ebenfalls – Hans Martin Schleyer wurde 1977 ermordet). Übrigens deckt sich die grundrechtliche Sicht damit: Es geht stets um den Schutz menschlichen Lebens als Rechtsgut. Die juristische Bewertung entzieht sich einer quantitativen Betrachtung. Selbst eine qualitative Unterscheidung nach Erfolgseintritt oder blosser Gefährdung ist an sich unzulässig.

6.1.2. Bedeutung der Medien

Art. 10 EMRK gewährleistet die Meinungsfreiheit mit einem weiten Geltungsbereich¹²⁵⁴. Das Grundrecht umfasst auch die Medienfreiheit und grundrechtliche Garantien für Journalistinnen und Journalisten¹²⁵⁵. Zu einer offenen, freien und demokratischen Gesellschaft gehören unabdingbar auch freie Medien.

Die *Grundrechte freier Kommunikation* – wozu auch die Freiheit der Vereinigung, der Versammlung, der Kunst und der Wissenschaft zu zählen sind – schützen ein elementares Bedürfnis nach Mitteilung und Auseinandersetzung mit anderen Menschen und mit Ideen. Damit ist zuerst eine unmittelbare, persönliche Ebene angesprochen. Freie Kommunikation hat aber vor allem auch eine gesellschaftliche und politische Bedeutung: Der ungehinderte Fluss von Informationen, Meinungen und Wirklichkeitsdeutungen liefert Privaten und Staatsorganen Impulse. Impulse, die das Gemeinwesen vor Erstarrung bewahren und damit notwendige Änderungen und Anpassungen in einer sich verändernden Umwelt ermöglichen¹²⁵⁶.

Ein Beispiel im Zusammenhang mit der Ausübung polizeilichen Zwangs ist der gewaltsame Tod des schwarzen Amerikaners *George Floyd* infolge eines Polizeieinsatzes in Minneapolis (Minnesota) am 25. Mai 2020. Die Berichterstattung und die anschliessenden Debatten und Proteste sind mehrschichtig. Es geht dabei nicht nur um Fragen von Rassismus, sondern auch um die Ausbildung, Führung und das Verhalten von Polizeikräften in den U.S.A.¹²⁵⁷.

¹²⁵⁴ Vgl. etwa HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 593 ff.

¹²⁵⁵ Vgl. etwa HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 618 ff.

¹²⁵⁶ Vgl. aus der Literatur insbesondere JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 483; aus der Rechtsprechung insbesondere *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland*, 18597/13 (2018), § 51 und *Handyside v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5493/72 (1976), § 49.

¹²⁵⁷ Vgl. dazu etwa den «Tweet» des damaligen New Yorker Gouverneurs Andrew Cuomo (@NYGov-Cuomo) vom 31. Mai 2020: «Change must come and it starts with standardizing police misconduct policies across America. We need: Independent police misconduct investigations; one universal definition of excessive force; publicly available disciplinary records of officers who are accused of misconduct».

Die Aufgaben der Medien bestehen unter anderem darin, die Öffentlichkeit über aktuelle Geschehnisse zu informieren, die Demokratie zu fördern, aber auch kritisch zu hinterfragen und Missstände aufzudecken¹²⁵⁸. Dies gilt auch für die Berichterstattung über Terroranschläge – wobei die Information der Gesellschaft sowie die Aufklärung der Ereignisse im Vordergrund stehen.

Allerdings kann die Jagd nach den besten Schlagzeilen oder nach den meisten Klicks (oder *likes*) zu Fehlinformationen, zur Verletzung von Rechten Dritter, zu (ungewollter) Propaganda oder zur Verbreitung verpönter Inhalte führen. Entsprechend stellt sich die Frage nach der Grenze zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem, respektive nach den spezifischen Schranken der Medienfreiheit in Bezug auf Terroranschläge und deren Bekämpfung.

Der EGMR hat sich insbesondere mit den Leitentscheiden *Handyside v. The United Kingdom* (Court Plenary) aus dem Jahr 1976 und *Stoll v. Switzerland* (GC) aus dem Jahr 2007 zur Rolle der Medien unter Art. 10 EMRK auseinandergesetzt.

Im Fall *Handyside v. The United Kingdom* geht es um einen Verleger. Er hatte ein Buch für Schulkinder mit anstössigem Inhalt publiziert; unter anderem 26 Seiten über Begriffe und Themen der Sexualität¹²⁵⁹. Die britischen Behörden ahndeten und sanktionierten dies als Verstoss gegen ein Gesetz zum Schutz der Moral von Jugendlichen¹²⁶⁰. Eine erneute Publikation erfolgte in abgeänderter Form. Der Beschwerdeführer machte geltend, dass die «Teilzensur» eine unzulässige Einschränkung der Medienfreiheit darstelle. In seinem Urteil stellte der Gerichtshof ein konventionskonformes Vorgehen des Staates fest¹²⁶¹.

Im Fall *Stoll v. Switzerland* geht es um einen Zeitungsartikel zum Umgang mit nachrichtenlosen Vermögen auf Schweizer Bankkonten nach dem Zweiten Weltkrieg. Schon seit geraumer Zeit bestanden juristische Auseinandersetzungen zwischen den Überlebenden des Holocaust und deren Nachkommen auf der

¹²⁵⁸ JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 484.

¹²⁵⁹ *Handyside v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5493/72 (1976), § 20.

¹²⁶⁰ *Handyside v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5493/72 (1976), §§ 34 f.

¹²⁶¹ *Handyside v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5493/72 (1976), § 59.

einen und gewissen Schweizer Banken auf der anderen Seite. Mitte der 1990er Jahre entwickelte sich daraus ein politischer Konflikt zwischen der Schweiz und den U.S.A. Auf dessen Höhepunkt veröffentlichte der Journalist Martin Stoll eine vertrauliche Notiz des Schweizer Botschafters in Washington in einer Zeitung. Sein Artikel hatte die Entschädigung von Holocaust-Opfern für nachrichtenlose Vermögenswerte zum Inhalt¹²⁶². Die darin zitierte Notiz des Botschafters war teilweise sehr deutlich formuliert und im Zeitungsartikel teilweise aus dem Kontext gerissen¹²⁶³.

Mit seinem Artikel hatte der Journalist *de facto* die Schweizer Verhandlungsposition geschwächt und *de jure* gegen die *Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen* verstossen. Er wurde zu einer Busse in der Höhe von 800 CHF verurteilt. Das Schweizerische Bundesgericht hat als letzte nationale Instanz die Verurteilung des Journalisten wegen Verletzung der strafrechtlichen Norm geschützt. Es zog dabei auch das Verhalten Stolls heran, welches nicht gerechtfertigt gewesen sei¹²⁶⁴. Dieser gelangte an den EGMR mit der Begründung, dass die Verurteilung eine unzulässige Einschränkung der Medienfreiheit (Art. 10 EMRK) darstelle¹²⁶⁵. Die Kammer des EGMR hat dem Journalisten Stoll recht gegeben; sie hat unterstrichen, dass ein grosses öffentliches Interesse gerade am Agieren der Behörden in heiklen Situationen besteht¹²⁶⁶. Die *Grand Chamber* gab nach ausführlicher Abwägung der vorliegenden Interessen und Umstände der Schweiz recht¹²⁶⁷. Neben dem Interesse am Geheimnisschutz hat sie das Verhalten des Journalisten Stoll mit einbezogen. Sein Artikel war einseitig und reisserisch – und darum letztlich nicht schutzwürdig; die Verurteilung erschien der *Grand Chamber* verhältnismässig¹²⁶⁸.

¹²⁶² *Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 (2007), § 108.

¹²⁶³ *Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 (2007), § 147.

¹²⁶⁴ BGE 126 IV 236, E. 8 S. 254 f.

¹²⁶⁵ *Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 (2007), § 45.

¹²⁶⁶ *Stoll v. Switzerland*, 69698/01 (2006), §§ 46 ff.

¹²⁶⁷ *Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 (2007), § 162.

¹²⁶⁸ *Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 (2007), §§ 153 ff.

Die beiden Fälle veranschaulichen nicht nur, wie kontrovers Einschränkungen der Medienfreiheit diskutiert werden können – sie zeigen auch auf, dass juristische Abwägungen mitunter nur schwierig zu treffen sind. Gerade dann, wenn *öffentliche Interessen* miteinander kollidieren; wenn es also etwa darum geht, Interessen des Staates (Schutz seiner Interessen, der Sicherheit, allenfalls der Moral, etc.) mit einem öffentlichen Interesse an Information gegeneinander abzuwägen.

6.2. GELTUNGSBEREICH UND EINSCHRÄNKUNGEN DER MEDIENFREIHEIT

6.2.1. Konventionsrechtliche Leitplanken

Die Medienfreiheit genießt keinen absoluten Schutz¹²⁶⁹. Die EMRK stellt in Art. 10 Abs. 2 die materiellen Kriterien für Einschränkungen des Grundrechts auf:

Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.

Die namentlich erwähnten Gründe erscheinen indes abstrakt, teilweise stark auslegungsbedürftig und teilweise wandelbar (etwa der Schutz der Moral). Sie entsprechen sinngemäss den sogenannten *Polizeigütern*. Hinzu tritt die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Durch die Kombination der relativen Offenheit der inhaltlichen Voraussetzungen für Einschränkungen des Grundrechts einerseits mit der verlangten formalen Voraussetzung einer gesetzlichen Regelung andererseits eröffnet die Bestimmung den Konventionsstaaten einen gewissen Gestaltungsspielraum.

¹²⁶⁹ *Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 (2007), § 102: «Paragraph 2 of Article 10 does not, moreover, guarantee a wholly unrestricted freedom of expression even with respect to press coverage of matters of serious public concern [...]»

So können Aufrufe zur Gewaltausübung oder zur Verfolgung bestimmter Bevölkerungsgruppen von den Staaten pönalisiert werden¹²⁷⁰. Gleiches gilt für die Leugnung des Holocaust¹²⁷¹. Auch Normen zum Geheimnisschutz sind grundsätzlich zulässig¹²⁷².

Der Gerichtshof verlangt indes (auch hier) eine hinreichende Bestimmtheit der rechtlichen Einschränkungen, damit die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach auszurichten vermögen (vgl. auch Ziff. IV.1.4.2)¹²⁷³.

She or he «[...] must be able [...] to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty. Whilst certainty is desirable, it may bring in its train excessive rigidity, and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague, and whose interpretation and application are questions of practice [...]»¹²⁷⁴

Die Auslegung grundrechtseinschränkender Normen bleibt kontextabhängig. So kann etwa von Personen, welche einen bestimmten Beruf ausüben, verlangt werden, to «take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail»¹²⁷⁵.

Im Urteil *Karácsony and others v. Hungary* ging es um die Beschwerde von oppositionellen Parlamentariern. Während einer Debatte betreffend Reorgani-

¹²⁷⁰ Vgl. etwa *Leroy v. France*, 36109/03 (2008), *passim*.

¹²⁷¹ Vgl. etwa *Perinçek v. Switzerland*, 27510/08 (2015), §§ 129 f. oder *Garaudy v. France* (AD), 65831/01 (2003), *passim* (Nichteintreten).

¹²⁷² *Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 (2007), § 102 oder *Blake v. The United Kingdom* (AD), 68890/01 (2005) §§ 75 ff. und 162 f.

¹²⁷³ Grundsätzlich *Gorzelik and others v. Poland* (GC), 44158/98 (2004), §§ 64 f.; vgl. zu den Anforderungen an die nationalen Gesetze, *Delfi AS v. Estonia* (GC), 64569/09 (2015), §§ 120 ff. sowie *Karácsony and others v. Hungary* (GC), 42461/13 and 44357/13 (2016), §§ 123 ff.

¹²⁷⁴ *Delfi AS v. Estonia* (GC), 64569/09 (2015), § 121; ganz ähnlich *Karácsony and others v. Hungary* (GC), 42461/13 and 44357/13 (2016), § 124 und *Rekvenyi v. Hungary* (GC), 25390/94 (1999), § 34.

¹²⁷⁵ *London, Otchakovsky-Laurens and July v. France* (GC), 21279/02 and 36448/02 (2007), § 41.

sation des staatlichen Tabakmarktes zeigten sie ein Plakat mit Anschuldigungen und Beleidigungen. Dies wurde mit Geldbussen sanktioniert¹²⁷⁶. Die *Grand Chamber* überprüfte zunächst die Bestimmtheit der rechtlichen Grundlage (*amendment to the Parliament Act*). Die Beschwerdeführer hatten sie als zu vage gerügt: «It appears that the applicants took part in the parliamentary examination of the amendment. By reason of their specific status, members of parliament should normally be aware of the disciplinary rules which are aimed at ensuring the orderly functioning of Parliament. Those rules inevitably include an element of vagueness (‘gravely offensive conduct’) and are subject to interpretation in parliamentary practice. [...]. The Court considers that the applicants, on account of their professional status of parliamentarians, must have been able to foresee, to a reasonable degree, the consequences which their conduct could entail, even in the absence of previous application of the impugned provision [...]»¹²⁷⁷

Aus der Umsetzungsbedürftigkeit der abstrakten konventionsrechtlichen Leitplanken in den nationalen Rechtsordnungen und des damit bestehenden legislativen Gestaltungsspielraums ergibt sich ein grosser Interpretationsspielraum auch in der *Rechtsanwendung*¹²⁷⁸. Richtigerweise definiert der EGMR seinen eigenen Spielraum eher weit.

«[...] The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision. Such supervision concerns both the aim of the measure challenged and its ‘necessity’; it covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by an independent court.»¹²⁷⁹

Der Gerichtshof berücksichtigt in seinen Urteilen bei der Frage der Rechtfertigung von Eingriffen in die Medienfreiheit die weiteren konkreten Umstände von Fällen mit ein¹²⁸⁰. Dabei geht es insbesondere um *öffentliche Interessen*.

¹²⁷⁶ *Karácsony and others v. Hungary* (GC), 42461/13 and 44357/13 (2016), §§ 12 ff.

¹²⁷⁷ *Karácsony and others v. Hungary* (GC), 42461/13 and 44357/13 (2016), § 126.

¹²⁷⁸ *Handyside v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5493/72 (1976), § 48.

¹²⁷⁹ *Handyside v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5493/72 (1976), § 49.

¹²⁸⁰ *Handyside v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5493/72 (1976), § 50.

Einerseits können öffentliche Interessen den (Persönlichkeits-) Rechten Privater entgegenstehen. Die *Grand Chamber* hat sich im Urteil *Von Hannover v. Germany (No. 2)* wegweisend damit auseinandergesetzt. Der Gerichtshof legt dann besonderen Wert darauf, ob die Ausübung der Medienfreiheit im konkreten Fall einen Beitrag für eine Debatte von allgemeinem öffentlichem Interesse darstellt¹²⁸¹. Hinsichtlich der Berichterstattung stellt er auf den *Bekanntheitsgrad* einer Person ab, auf den diesbezüglichen *Zusammenhang* der Berichterstattung sowie auf das *frühere Verhalten* dieser Person¹²⁸². Weiter berücksichtigt er den *Inhalt der Berichterstattung an sich*, die *Form der Publikation* und die *möglichen Konsequenzen* daraus¹²⁸³.

Stehen Interessen des Staates auf dem Spiel – wie im Urteil *Stoll v. Switzerland* – sind verschiedene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen: Die Interessen des Staates insbesondere an der Wahrung von Vertraulichkeit mit den Interessen der Öffentlichkeit nach Information und Debatte. Dabei folgt der Gerichtshof grundsätzlich ähnlichen Kriterien wie bei der Betroffenheit Privater. Auch bei staatlicher Betroffenheit betont der Gerichtshof die Bedeutung der Medienfreiheit und ihrer Grundsätze¹²⁸⁴.

Im erwähnten Urteil ging es zum einen um eine wichtige politische Frage (hinter welchen die Schweizer Interessen sowie private Interessen der Banken standen). Zum anderen bestand ein grosses, sogar internationales Interesse an der im Bericht behandelten Thematik¹²⁸⁵. «Accordingly, [...] it must be borne in mind that the interests being weighed against each other were both public in nature: the interest of readers in being informed on a topical issue and the interest of the authorities in ensuring a positive and satisfactory outcome to the diplomatic negotiations being conducted.»¹²⁸⁶

¹²⁸¹ *Von Hannover v. Germany No. 2* (GC), 40660/08 and 60641/08 (2012), § 109.

¹²⁸² *Von Hannover v. Germany No. 2* (GC), 40660/08 and 60641/08 (2012), §§ 110 f.

¹²⁸³ *Von Hannover v. Germany No. 2* (GC), 40660/08 and 60641/08 (2012), § 112.

¹²⁸⁴ *Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 (2007), §§ 101 ff.

¹²⁸⁵ *Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 (2007), § 115.

¹²⁸⁶ *Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 (2007), § 116.

Bei Einschränkungen trägt der EGMR der besonderen Rolle und Funktion von Medien Rechnung. Dies manifestiert sich vor allem bei Verhältnismässigkeitsfragen.

«It (art. 10-2) is applicable not only to <information> or <ideas> that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no <democratic society>.»¹²⁸⁷

Der Gerichtshof versucht in seiner Rechtsprechung ein angemessenes Gleichgewicht zwischen der Ausübung der Medienfreiheit und den zulässigen Einschränkungen des Grundrechts herzustellen¹²⁸⁸. Insgesamt sind Einschränkungen der Meinungsfreiheit eng auszulegen¹²⁸⁹.

6.2.2. Ausnahmen vom Schutzbereich

Art. 10 EMRK schützt – in seinen verschiedenen Ausprägungen¹²⁹⁰ – gerade auch provokative Ausdrucksformen.

«[... Freedom] of expression is applicable not only to <information> or <ideas> that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb; such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no <democratic society> [...]»¹²⁹¹.

Vom Schutzbereich *ausgenommen* bleibt die Leugnung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit¹²⁹². Dies gilt nach der aktuellen Praxis insbesondere für den Holo-

¹²⁸⁷ *Handyside v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5493/72 (1976), § 49; ähnlich *Arslan v. Turkey* (GC), 23462/94 (1999), § 44.

¹²⁸⁸ Vgl. JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 486.

¹²⁸⁹ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 592 (m.w.H.).

¹²⁹⁰ Etwa als Freiheit der Kunst; vgl. *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, 68354/01 (2007), §§ 26 ff. und dazu MÜLLER, Fake News oder Free Speech?, S. 46.

¹²⁹¹ *Lehideux and Isorni v. France* (GC), 55/1997/839/1045 (1998), § 55.

¹²⁹² JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 490.

caust als Völkermord – mit der Konsequenz, dass der Gerichtshof auf entsprechende Beschwerden *ratione materiae* nicht eintritt¹²⁹³.

«There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust [...] does not constitute historical research akin to a quest for the truth. The aim and the result of that approach are completely different, the real purpose being to rehabilitate the National-Socialist regime and, as a consequence, accuse the victims themselves of falsifying history. Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them. The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Their proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention.»¹²⁹⁴

Mit dem Rückgriff auf Art. 17 EMRK zieht der Gerichtshof das Verbot des Rechtsmissbrauchs heran:

Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als begründe sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als es in der Konvention vorgesehen ist.

Der Rückgriff erscheint im Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit (deren wesentlichster Gehalt im *Verbot von Zensur* liegt) heikel. Die *Grand Chamber* betont denn auch die Erforderlichkeit der Eindeutigkeit einer Unvereinbarkeit mit den Werten der Konvention.

¹²⁹³ *Garaudy v. France* (AD), 65831/01 (2003), S. 24 (translation-extract) respektive S. 29 (French version); *M'Bala M'Bala v. France* (AD), 25239/13 (2015), § 42. Angedeutet bereits in *Lehideux and Isorni v. France* (GC), 55/1997/839/1045 (1998), § 47 (*obiter dictum*).

¹²⁹⁴ *Garaudy v. France* (AD), 65831/01 (2003), S. 23 (translation-extract) respektive S. 29 (French version).

«In cases concerning Article 10 of the Convention, it should only be resorted to if it is immediately clear that the impugned statements sought to deflect this Article from its real purpose by employing the right to freedom of expression for ends clearly contrary to the values of the Convention.»¹²⁹⁵

Letztlich kommt der Gerichtshof aber nicht umhin, auch den Rechtsmissbrauch stets im Lichte des Grundrechts selbst auszulegen¹²⁹⁶. Dies eröffnet eine sachliche Auseinandersetzung mit dem Schutzbereich im Einzelfall.

Im Urteil *Lehideux and Isorni v. France* hat die *Grand Chamber* eine «revisio-nistische» Publikation nicht nur dem Schutzbereich von Art. 10 EMRK unterstellt – sondern in der erfolgten strafrechtlichen Verurteilung die Verletzung des Grundrechts erkannt.

In der Sache selber ging es um die Beurteilung der Person von Philippe Pétain. Der Held von Verdun aus dem Ersten Weltkrieg war nach der Niederlage Frankreichs im Zweiten Weltkrieg Präsident des Vichy-Marionetten-Regimes von Hitlers Gnaden gewesen. Nach dem Krieg wurde er wegen Verrat zum Tode verurteilt. *François Lehideux* (im Krieg ein Minister in Pétains Kabinett) und *Jacques Isorni* (ein Verteidiger Pétains vor Gericht) deuteten das Verhalten Pétains um (*double game theory* – welche von Historikern unisono abgelehnt wird).

«As such, it does not belong to the category of clearly established historical facts – such as the Holocaust – whose negation or revision would be removed from the protection of Article 10 by Article 17.»¹²⁹⁷

«There is no doubt that, like any other remark directed against the Convention's underlying values [...], the justification of a pro-Nazi policy could not be allowed to enjoy the protection afforded by Article 10. In the present case, however, the applicants explicitly stated their disapproval of «Nazi atrocities

¹²⁹⁵ *Perinçek v. Switzerland* (GC), 27510/08 (2015), § 114.

¹²⁹⁶ Vgl. etwa *Lehideux and Isorni v. France* (GC), 55/1997/839/1045 (1998), § 38 («begin by considering the question of compliance with Article 10, whose requirements it will however assess in the light of Article 17»); *Perinçek v. Switzerland* (GC), 27510/08 (2015), § 115 oder *M'Bala M'Bala v. France* (AD), 25239/13 (2015), § 40.

¹²⁹⁷ *Lehideux and Isorni v. France* (GC), 55/1997/839/1045 (1998), § 47.

and persecutions» and of «German omnipotence and barbarism». Thus they were not so much praising a policy as a man, and doing so for a purpose – namely securing revision of Philippe Pétain’s conviction [...].»¹²⁹⁸

Die Lehre ordnet die Leugnung von Völkermord als Volksverhetzung (*hate speech*) ein¹²⁹⁹. Umstritten ist, ob mit anderen Genoziden gleich umzugehen ist wie mit dem (auch in seiner historischen Beurteilung) unbestreitbaren Holocaust.

Im Urteil *Perinçek v. Switzerland* ging es um die Leugnung des Genozids an den Armeniern. Der türkische Politiker *Doğu Perinçek* hatte ihn an öffentlichen Anlässen in der Schweiz mehrfach verneint¹³⁰⁰. Die *Grand Chamber* erkannte in der Verurteilung *Perinçek*s eine Verletzung von Art. 10 EMRK.

Die Schweiz hat den Genozid an den Armeniern anerkannt und eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage, um die Leugnung zu ahnden¹³⁰¹. Zur Einschränkung der Meinungsfreiheit in der Schweiz reichte die *Aufrechterhaltung der Ordnung* nicht aus¹³⁰². Hingegen anerkannte die *Grand Chamber* den *Schutz der Rechte anderer* als Einschränkungsgrund. Zur Prüfung der Erforderlichkeit einer strafrechtlichen Sanktionierung wurden die Argumente diverser Parteien, Organisationen und Vereine einbezogen¹³⁰³. Schliesslich wog das Gericht unter anderem die Interessen des Beschwerdeführers gegenüber denjenigen der Armenier ab¹³⁰⁴: «Taking into account all the elements analysed above – that the applicant’s statements bore on a matter of public interest and did not amount to a call for hatred or intolerance, that the context in which they were made was not marked by heightened tensions or special historical overtones

¹²⁹⁸ *Lehideux and Isorni v. France* (GC), 55/1997/839/1045 (1998), § 47.

¹²⁹⁹ JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 489 ff.; wohl allgemein kritisch zu Einschränkungen unter dem Titel *hate speech* HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 683.

¹³⁰⁰ *Perinçek v. Switzerland* (GC), 27510/08 (2015), §§ 13 ff.

¹³⁰¹ *Perinçek v. Switzerland* (GC), 27510/08 (2015), §§ 138 ff.

¹³⁰² *Perinçek v. Switzerland* (GC), 27510/08 (2015), § 154.

¹³⁰³ *Perinçek v. Switzerland* (GC), 27510/08 (2015), §§ 159-195.

¹³⁰⁴ *Perinçek v. Switzerland* (GC), 27510/08 (2015), §§ 274 ff.

in Switzerland, that the statements cannot be regarded as affecting the dignity of the members of the Armenian community to the point of requiring a criminal-law response in Switzerland, that there is no international-law obligation for Switzerland to criminalise such statements, that the Swiss courts appear to have censured the applicant for voicing an opinion that diverged from the established ones in Switzerland, and that the interference took the serious form of a criminal conviction – the Court concludes that it was not necessary, in a democratic society, to subject the applicant to a criminal penalty in order to protect the rights of the Armenian community at stake in the present case.»¹³⁰⁵

Damit betont der Gerichtshof selbst im Umgang mit einem Genozid einen kontextbezogenen Ansatz. Er stellt darauf ab, dass unter den gegebenen Umständen eine inhaltliche Auseinandersetzung mit umstrittenen Inhalten stattfinden kann (und muss). Es ergibt sich im Umkehrschluss aber auch, dass die *Grand Chamber* beim Fehlen eines öffentlichen Interesses oder bei der Einschätzung als Aufruf zu Hass oder Intoleranz anders entschieden hätte.

6.2.3. Besondere Pflichten

Journalistische und redaktionelle Arbeit gründet auf der sorgfältigen und zuverlässigen Beschaffung und Wiedergabe von Informationen nach Treu und Glauben (*in good faith*)¹³⁰⁶. Eine besondere Verantwortung und besondere Verpflichtungen tragen Journalisten und Medien als *public* oder *social* «*watchdogs*».

Wird ein fehlbares Verhalten aufgedeckt und darüber berichtet, müssen die jeweiligen Vorwürfe sorgfältig geprüft werden. Und je erheblicher die Vorwürfe sind, desto strenger muss die Prüfung der Richtigkeit oder wenigstens Plausibilität der Anschuldigungen sein. Zusätzlich darf eine solche Berichterstattung nicht einseitig erfolgen. Die betroffenen Personen müssen angehört und deren Stellungnahme deutlich gemacht werden¹³⁰⁷.

¹³⁰⁵ *Perinçek v. Switzerland* (GC), 27510/08 (2015), § 280.

¹³⁰⁶ *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* (GC), 21980/93 (1999), § 65; *Orlovskaya Iskra v. Russia*, 42911/08 (2017), § 109.

¹³⁰⁷ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 666.

In den nationalen Rechtsordnungen gelten teilweise entsprechende Berufsregeln oder Selbstverpflichtungen von Medienschaffenden. Diese *Konventionen* reichen bis hin zur Verpflichtung zur Einhaltung der Grundsätze einer journalistischen Ethik (und damit in ausser-rechtliche Bereiche hinein).

Art. 10 Abs. 2 EMRK weist explizit auf die mit der Ausübung der Meinungsfreiheit (Abs. 1) verbundenen Pflichten und Verantwortlichkeiten hin (*duties and responsibilities*). Nach der strukturellen Einordnung würde es sich bei der Nichteinhaltung derselben (durch die Grundrechtsträger) um Einschränkungen des Grundrechts (bei eröffnetem Schutzbereich) handeln.

«[...] whoever exercises his freedom of expression undertakes <duties and responsibilities> the scope of which depends on his situation and the technical means he uses.»¹³⁰⁸

Die Pflichten und Verantwortlichkeiten haben für die freie Meinungsäusserung von Privatpersonen eine geringere, für die Ausübung der Medienfreiheit hingegen eine besondere Bedeutung. Nach der Rechtsprechung geniesst die unrechtmässige Beschaffung oder Verbreitung von Informationen nur einen beschränkten grundrechtlichen Schutz.

Der EGMR tritt auf Beschwerden von Journalisten nicht ein, wenn diese kriminelle Methoden «ausprobieren». Das mögliche Motiv, Sicherheitslücken durch eigenes Ausprobieren zu entdecken und die Öffentlichkeit anschliessend zu warnen, ist dabei nicht relevant.

Im Entscheid *Erdtmann v. Germany* (AD) ging es um den Journalisten *Boris Erdtmann*. Dieser «researched the effectiveness of security checks at four German Airports [...] and made a short television documentary about his investigation and findings»¹³⁰⁹. Dazu führte er in seiner als Handgepäck mitgeführten Kameraausrüstung unbemerkt ein Schmetterlingsmesser mit. Nach der Veröffentlichung seines Berichts im Fernsehen wurde der Journalist wegen Mitführens einer Waffe in einem Flugzeug zu einer Geldstrafe verurteilt¹³¹⁰.

¹³⁰⁸ *Handyside v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5493/72 (1976), § 49.

¹³⁰⁹ *Erdtmann v. Germany* (AD), 56328/10 (2016), § 3.

¹³¹⁰ *Erdtmann v. Germany* (AD), 56328/10 (2016), §§ 6 ff.

Der EGMR verneinte einen Schutz der deliktischen Handlung durch Art. 10 EMRK: «[...] a journalist cannot claim an exclusive immunity from criminal liability for the sole reason that, unlike other individuals exercising the right to freedom of expression, the offence in question was committed during the performance of his or her journalistic functions [...]»¹³¹¹. Zudem wäre die Busse von 750 Euro keine unverhältnismässige Sanktion gewesen, da sie die Medienfreiheit nicht übermässig einschränke («this penalty would not discourage the press from investigating a certain topic or expressing an opinion on topics of public debate»)¹³¹².

Dem Entscheid *Diamant Salihu and others v. Sweden* (AD) lagen mehrere Schussabgaben in Malmö im Jahr 2010 zu Grunde, welche das Bedürfnis nach einer strengeren Waffenpolitik auslösten. Drei Journalisten entschieden sich, investigativ tätig zu werden und zu untersuchen, wie leicht ein Waffenerwerb möglich ist. Sie kauften eine Waffe (ohne dazugehörige Munition) und übergaben sie sogleich der Polizei. Es folgte eine Anzeige wegen illegalem Waffenbesitz¹³¹³. Die Verurteilung erfolgte nach Ansicht des EGMR im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben und verfolgte einen legitimen Zweck, insbesondere zum Schutz der Bevölkerung und zur Verhinderung von Straftaten¹³¹⁴. Dafür lagen ausreichende Gründe vor und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz wurde ebenfalls eingehalten¹³¹⁵. Zwar bestand ein öffentliches Interesse am aufgegriffenen Thema, die Umsetzung hätte aber auch ohne einen (strafbaren Waffenkauf respektive Waffenbesitz) erfolgen können. Das Gericht trat nicht auf die Beschwerde ein¹³¹⁶.

¹³¹¹ *Erdtmann v. Germany* (AD), 56328/10 (2016), § 22.

¹³¹² *Erdtmann v. Germany* (AD), 56328/10 (2016), §§ 26 ff.

¹³¹³ *Diamant Salihu and others v. Sweden* (AD), 33628/15 (2016), §§ 3 ff.

¹³¹⁴ *Diamant Salihu and others v. Sweden* (AD), 33628/15 (2016), § 50.

¹³¹⁵ *Diamant Salihu and others v. Sweden* (AD), 33628/15 (2016), § 54.

¹³¹⁶ *Diamant Salihu and others v. Sweden* (AD), 33628/15 (2016), §§ 55, 57 und 61.

Grundsätzlich kann auch ein unrechtmässiges journalistisches Verhalten geahndet werden¹³¹⁷. Der Gerichtshof stellt im Einzelfall die jeweiligen Interessen einander gegenüber¹³¹⁸. Solange nicht journalistische Tätigkeiten als solche eingeschränkt werden (sondern nur bestimmte Mittel) und solange keine übermässigen (und daher abschreckenden) strafrechtlichen Sanktionen erfolgen, sind gesetzlich vorgesehene Einschränkungen zulässig.

In *Brambilla and others v. Italy* hatten die Beschwerdeführer den Polizeifunk abgehört, um möglichst schnell von potenziellen Einsatzorten berichten zu können. Bei einer Durchsuchung waren entsprechende Geräte gefunden worden¹³¹⁹. Die Sicherstellung dieser Geräte stand nicht im Widerspruch zu Art. 10 EMRK¹³²⁰. The «applicants acted in a manner that, according to domestic law and the settled approach of the Court of Cassation, contravened criminal law, which lays down a general prohibition on a person's interception of any conversations not intended for him or her, including those between law-enforcement officers. The applicants' actions [...] involved a technique which they used routinely in the course of their activities as journalists [...]»¹³²¹ Das Gericht traf eine Unterscheidung zwischen der Verpflichtung der Journalisten, sich an die nationale Gesetzgebung zu halten, und der Ausübung der berufsgebundenen Aktivitäten – letztere unterlagen keiner Einschränkung¹³²².

Im Urteil *Tierbefreier EV v. Germany* ging es um Filmaufnahme von Versuchstieren. Ein Teil der Aufnahmen von Affen wurden im Fernsehen gezeigt und mit kritischen Kommentaren sowie der Anschuldigung einer Vergiftung der

¹³¹⁷ So etwa in den Fällen *Brambilla and others v. Italy*, 22567/09 (2016); *Erdtmann v. Germany* (AD), 56328/10 (2016); *Diamant Salihu and others v. Sweden* (AD), 33628/15 (2016); *Tierbefreier EV v. Germany*, 45192/09 (2014).

¹³¹⁸ So etwa in *Pentikäinen v. Finland* (GC), 11882/10 (2015) bei verschiedenen öffentlichen Interessen oder *Haldimann v. Switzerland*, 21830/09 (2015) beim Konflikt zwischen privaten und öffentlichen Interessen bei verdeckten Aufnahmen (insb. § 58).

¹³¹⁹ *Brambilla and others v. Italy*, 22567/09 (2016), §§ 7 ff.

¹³²⁰ *Brambilla and others v. Italy*, 22567/09 (2016), § 68.

¹³²¹ *Brambilla and others v. Italy*, 22567/09 (2016), § 65.

¹³²² *Brambilla and others v. Italy*, 22567/09 (2016), § 67.

Tiere versehen¹³²³. Die behördliche Überprüfung der Tierhaltung förderte aber keinen Verstoß der Tierhalter gegen die Tierschutzgesetzgebung zu Tage¹³²⁴. Ein Zivilgericht untersagte den Beschwerdeführern die weitere Verbreitung des Filmmaterials. Der EGMR befasste sich unter anderem mit der Abwägung der unterschiedlichen Interessen sowie mit der Entstehung des publizierten Materials (geheimes Filmen)¹³²⁵. Das Gericht trat auf die Beschwerde ein, erkannte aber keine Verletzung der Konvention¹³²⁶. Es gab keine strafrechtliche Sanktion, die zivilrechtlichen Einschränkungen verhinderten lediglich die Weiterverbreitung des Filmmaterials und die Beschwerdeführer können sich weiterhin frei ihre Kritik an Tierversuchen äussern¹³²⁷.

Eine besondere Bedeutung kann der Umstand erlangen, dass sich eine journalistische Aktivität nicht genügend von jener Aktivität unterscheiden lässt, über welche berichtet werden soll. Wird letztere – also der Gegenstand einer an sich zulässigen Berichterstattung – eingeschränkt, so zeitigt dies eine bedingte Reflexwirkung auf die Ausübung journalistischer Tätigkeit. Selbst wenn eine Berichterstattung nicht verboten wird, kann ihre Ausübung damit indirekt eingeschränkt werden. Medien werden nicht geschützt, wenn sie die Themen für ihre Berichterstattung selber erschaffen oder sie selber am Laufen halten.

Um das Verhalten eines Journalisten während einer Demonstration ging es im Urteil *Pentikäinen v. Finland*. Weil aus einem Demonstrationzug heraus Zivilisten und die Polizei unter anderem mit Steinen und Flaschen beworfen worden waren, untersagte die Polizei die mobile Demonstration und liess sie nur noch als Standkundgebung zu. Die Demonstranten wurden von der Polizei eingekesselt. Es erfolgten Aufforderungen an die Beteiligten, die Kundgebung zu verlassen. Abziehende Demonstranten attackierten die Polizei mit Wurf-

¹³²³ *Tierbefreier EV v. Germany*, 45192/09 (2014), §§ 5 ff.

¹³²⁴ *Tierbefreier EV v. Germany*, 45192/09 (2014), §§ 23 ff.

¹³²⁵ *Tierbefreier EV v. Germany*, 45192/09 (2014), §§ 53 ff.

¹³²⁶ *Tierbefreier EV v. Germany*, 45192/09 (2014), § 60.

¹³²⁷ *Tierbefreier EV v. Germany*, 45192/09 (2014), § 58.

gegenständen¹³²⁸. Alle verbleibenden Kundgebungsteilnehmer sollten angehalten und kontrolliert werden. Darunter befand sich der Journalist *Markus Veikko Pentikäinen*. Er hielt sich weiterhin im Perimeter der Demonstration auf und gab gegenüber einem Polizisten an, dass er zwecks Berichterstattung bis zum Ende bleiben würde¹³²⁹. Kurze Zeit später wurde die Demonstration von der Polizei aufgelöst; alle Teilnehmer, darunter Pentikäinen, wurden kontrolliert¹³³⁰. Dieser «alleged that there had been an interference with his right to freedom of expression [...] because the police had asked him to leave the scene of a demonstration, he had been unable to transmit information during his detention of seventeen and a half hours, and due to the fact that he had been suspected, charged and convicted of a crime, which constituted a «chilling effect» on his rights and work»¹³³¹. Die *Grand Chamber* befasste sich insbesondere mit der Frage, «[...] whether the police orders were based on a reasonable assessment of the facts and whether the applicant was able to report on the demonstration. It will also have regard to the applicant's conduct, including whether he identified himself as a journalist.»¹³³² Der Gerichtshof erkannte keine Verletzung von Art. 10 EMRK, denn «[...] the applicant was not prevented from carrying out his work as a journalist either during or after the demonstration. The [...] interference with the applicant's right to freedom of expression can be said to have been «necessary in a democratic society» within the meaning of Article 10 of the Convention. The [...] conclusion must be seen on the basis of the particular circumstances of the instant case, due regard being had to the need to avoid any impairment of the media's «watchdog» role [...]»¹³³³

Hingegen werden die journalistischen Pflichten und Verantwortlichkeiten nicht eingehalten, wenn anstatt kritischer Beiträge oder sachlicher Auseinandersetzung zu Hass

¹³²⁸ *Pentikäinen v. Finland* (GC), 11882/10 (2015), §§ 19 ff.

¹³²⁹ *Pentikäinen v. Finland* (GC), 11882/10 (2015), §§ 24 ff.

¹³³⁰ *Pentikäinen v. Finland* (GC), 11882/10 (2015), §§ 27 ff.

¹³³¹ *Pentikäinen v. Finland* (GC), 11882/10 (2015), § 5.

¹³³² *Pentikäinen v. Finland* (GC), 11882/10 (2015), § 95.

¹³³³ *Pentikäinen v. Finland* (GC), 11882/10 (2015), § 114.

oder Gewalt aufgerufen wird¹³³⁴. Gleiches kann für die (indirekte) Förderung von Hass und Gewalt in Medien gelten.

Im Urteil *Leroy v. France* ging es um eine Zeichnung, welche in einem Wochenmagazin am 13. September 2001 veröffentlicht worden war. Zu sehen war die Zerstörung der *Twin Towers* am 11. September 2001 in New York. Ein Text ergänzte «nous en avions tous rêvé, le Hamas l'a fait». Die französischen Gerichte sahen darin eine Idealisierung des Anschlags und erkannten eine Gehilfenschaft zur Rechtfertigung von Terrorismus (*apologie du terrorisme*)¹³³⁵. Der EGMR wies auf die Pflichten und Verantwortlichkeiten nach Art. 10 Abs. 2 EMRK hin und schützte die Verurteilung des Zeichners zu einer geringen Busse¹³³⁶. Mit Blick auf den gesamten Beitrag sei nicht von einer Kritik am «amerikanischen Imperialismus» auszugehen, sondern von einer Glorifizierung von Gewalt¹³³⁷.

Eine kritische und öffentlichkeitswirksame Berichterstattung im Rahmen des rechtlich Zulässigen und ethisch Legitimen kann einer Gratwanderung gleichkommen. Dies einmal bei der *Informationsbeschaffung*. Insbesondere wenn es darum geht, staatliches Fehlverhalten aufzudecken (etwa bei *whistleblowing*). Die benötigten Informationen sind meist nicht öffentlich zugänglich; allenfalls sind sie sogar besonders geschützt oder mit den Persönlichkeitsrechten Privater verflochten. Unter Umständen ergeben sich auch bei der *Informationsverbreitung* heikle Abwägungsfragen.

Der EGMR betont, dass aufgrund des technischen Fortschritts und der damit verbundenen Zunahme von Informationen der journalistischen Ethik vermehrt eine besondere Bedeutung zukommt (zu *Social Media* vgl. Ziff. V.6.4)¹³³⁸.

¹³³⁴ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 663 (m.w.H.); *Sürek v. Turkey* No.1 (GC), 26682/95 (1999), § 63.

¹³³⁵ *Leroy v. France*, 36109/03 (2008), § 43.

¹³³⁶ *Leroy v. France*, 36109/03 (2008), §§ 46 ff.

¹³³⁷ *Leroy v. France*, 36109/03 (2008), § 43; dazu ausführlich und kritisch CUENI, Schutz von Satire, S. 265 ff.

¹³³⁸ *Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 (2007), § 104.

6.2.4. Zensur versus Sanktionierung

Mit der Preisgabe von schützenswerten Informationen können öffentliche Interessen verletzt werden. Ein dadurch entstandener Schaden lässt sich meist nicht mehr rückgängig machen – er entsteht im Moment der Veröffentlichung. Präventive Massnahmen zur Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit nach Art. 10 EMRK sind aber nur in einem äusserst restriktiven Masse zulässig¹³³⁹. Möglich ist die Sanktionierung rechtswidriger Veröffentlichungen im Nachhinein¹³⁴⁰.

Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten: «This means, amongst other things, that every «formality», «condition», «restriction» or «penalty» imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued»¹³⁴¹.

Die Angemessenheit von Sanktionen bemisst sich primär an der Schwere eines Rechtsverstosses. Es sind verschiedene Arten von Sanktionen möglich: strafrechtliche oder zivilrechtliche Bestrafungen, Disziplinar massnahmen und Kündigung, falls die Person in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis angestellt ist¹³⁴².

Eine Sanktionierung kann eine abschreckende Wirkung für künftiges Verhalten bewirken (*chilling effect*). Für Medienschaffende können Einschränkungen der Medienfreiheit – abhängig von der Erheblichkeit – zugleich die Berufsausübung behindern¹³⁴³.

Im Entscheid *George Blake v. The United Kingdom* hat der EGMR sich mit der Veröffentlichung der Biografie des britisch-sowjetischen Doppelagenten befasst. Die Publikation war richtigerweise nicht verboten worden. Tatsächlich

¹³³⁹ VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, Theory and Practice S. 785 f.; vgl. zu Zensur und politischer Kontrolle *Manole and others v. Moldova*, 13936/02 (2009), §§ 112 ff.

¹³⁴⁰ Zum Strafrecht als «key battle ground» bei Fragen zur Meinungsäusserungsfreiheit JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 516.

¹³⁴¹ *Handyside v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5493/72 (1976), § 49.

¹³⁴² JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 485 (m.w.H.); *Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom*, 18139/91 (1995); *Steur v. the Netherlands*, 39657/98 (2003); *Vogt v. Germany* (GC), 17851/91 (1995).

¹³⁴³ *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* (GC), 21980/93 (1999), § 64; JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 485 f. und S. 514 f.

hatten die darin erwähnten Geheimnisse ihren Schutz bereits verloren¹³⁴⁴. Der Gerichtshof schützte aber die Einziehung des finanziellen Gewinns: «The relevant «chilling effect» in the present case is [...] a warning that members or ex-members of the SIS who publish books in breach of their undertaking of confidentiality may be deprived of the profits of their books, even if the subject matter is no longer confidential, particularly if those profits derive from the notoriety and seriousness of the author's criminal past»¹³⁴⁵. Die Höhe des Ertrags aus der Buchpublikation war überaus eng mit dem früheren kriminellen Verhalten von George Blake (Verrat eines geheimen Tunnels in Berlin mitten im Kalten Krieg) verbunden. Mit «regard to the special duties and responsibilities on members of the secret services to ensure that their conduct does not undermine the confidence active members may have in their present and future security»¹³⁴⁶ trat der EGMR auf den Fall unter Art. 10 EMRK nicht ein.

6.3. EINSCHRÄNKUNGEN DER MEDIENFREIHEIT BEI POLIZEILICHEN MASSNAHMEN

Als mögliche Gründe für gesetzliche Einschränkungen der Medienfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 EMRK im Zusammenhang mit dem Einsatz polizeilicher Zwangsmittel spielen die nationale Sicherheit, die öffentliche Sicherheit, die Aufrechterhaltung der Ordnung, die Verhütung von Straftaten sowie der Schutz vertraulicher Informationen eine besondere Rolle.

Bei der Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen ist im Zusammenhang mit polizeilichen Handlungen nach hier vertretener Ansicht zwischen einer *strategischen*, einer *operativen* und einer *taktischen* Ebene zu unterscheiden. Auf der jeweiligen Ebene hat dann auch die Verhältnismässigkeitsprüfung zu erfolgen.

6.3.1. Grundsätze

Eine Abgrenzung zwischen der *nationalen Sicherheit* (*national security*) und der *öffentlichen Sicherheit* (*public safety*) respektive der *Aufrechterhaltung der Ordnung* und

¹³⁴⁴ *Blake v. The United Kingdom* (AD), 68890/01 (2005), § 155.

¹³⁴⁵ *Blake v. The United Kingdom* (AD), 68890/01 (2005), § 158.

¹³⁴⁶ *Blake v. The United Kingdom* (AD), 68890/01 (2005), § 159.

*Verhinderung von Straftaten (prevention of disorder or crime)*¹³⁴⁷ fällt schwer, weil diese Einschränkungsründe auch miteinander angerufen und vom Gerichtshof generalisierend behandelt werden¹³⁴⁸.

Für eine Einschränkung der Medienfreiheit zum *Schutz der nationalen Sicherheit* bedarf es besonders gewichtiger (konkreter) öffentlicher Interessen¹³⁴⁹.

Äusserungen, welche im Rahmen von politischen Aktivitäten oder Debatten erfolgen, können selber öffentlichen Interessen dienen, und darum kaum beschränkt werden¹³⁵⁰.

Legitime Einschränkungen der Grundrechtsausübung sind dort zulässig, wo Gewalt offen und direkt unterstützt wird: «Where the views expressed do not comprise incitements to violence – in other words unless they advocate recourse to violent actions or bloody revenge, justify the commission of terrorist offences in pursuit of their supporter’s goals or can be interpreted as likely to encourage violence by expressing deep-seated and irrational hatred towards identified persons – Contracting States must not restrict the right of the general public to be informed of them, even on the basis of the aims set out in Article 10 § 2, that is to say the protection of territorial integrity and national security and the prevention of disorder or crime.»¹³⁵¹

Auch bei der *Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten* ist auf den jeweiligen Kontext sowie allenfalls auf weitere Hintergründe abzustellen.

Im Urteil *Rekvenyi v. Hungary* beurteilte die *Grand Chamber*, ob ein gesetzliches Verbot eines politischen Engagements von Polizeidienstangehörigen eine Ein-

¹³⁴⁷ Dazu weiterführend HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 632 ff.

¹³⁴⁸ *Pentikäinen v. Finland* (GC), 11882/10 (2015), § 75; *Arslan v. Turkey* (GC), 23462/94 (1999), §§ 39 f.; *Erdogdu and Ince v. Turkey* (GC), 25067/94 and 25068/94 (1999), § 43; *Gerard Adams and Tony Benn* (AD), 28979/95 and 30343/96 (1997), *passim* (Entscheidung der Kommission ohne Seitenangaben oder Randziffern).

¹³⁴⁹ HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 632.

¹³⁵⁰ *Arslan v. Turkey* (GC), 23462/94 (1999), § 46.

¹³⁵¹ *Dilipak v. Turkey*, 29680/05 (2015), § 62.

schränkung der Meinungsäußerungsfreiheit darstellt¹³⁵². «[... The] desire to ensure that the crucial role of the police in society is not compromised through the corrosion of the political neutrality of its officers is one that is compatible with democratic principles. This objective takes on a special historical significance in Hungary because of that country's experience of a totalitarian regime which relied to a great extent on its police's direct commitment to the ruling party.»¹³⁵³ Daher sei es notwendig, die Polizei von einem direkten Einfluss durch politische Parteien zu schützen¹³⁵⁴. Es liegt im Sinne der Rechtsstaatlichkeit, eine politisch neutrale Polizeibehörde zu institutionalisieren¹³⁵⁵.

Einschränkungen des Grundrechts sind nur dann zulässig, wenn ausreichende Schranken gegen einen Missbrauch bestehen und wenn mediale Erzeugnisse tatsächlich zu einer Gefährdung der Sicherheit beitragen¹³⁵⁶. Einschränkungen können unter anderem als Verbote für die Veröffentlichung von Äußerungen oder von Bildmaterial erfolgen. Den Staaten kommt insbesondere dann ein Ermessensspielraum zu, wenn ein direkter Bezug zwischen der Ausübung der Medienfreiheit und der Begehung von Gewalt(delikten) besteht. Die Notwendigkeit und damit die Zulässigkeit¹³⁵⁷ einschränkender Massnahmen misst sich massgeblich daran, ob es sich um eine öffentliche Verherrlichung von Gewalt handelt¹³⁵⁸.

Mögliche Bezüge zur Inneren Sicherheit tun einer in weitem Masse zu duldender Kritik am Staat und an seinen Behörden keinen Abbruch. Dies gilt besonders dann, wenn politische Fragen von (grossem) öffentlichem Interesse aufgeworfen werden.

Die *Grand Chamber* hat im Urteil *Arslan v. Turkey* auf die Unterschiede zwischen dem strafrechtlichen Individualschutz und dem Schutz staatlicher Interessen hingewiesen. Der Autor *Günay Arslan* wurde wegen seines 1989 erstmals veröf-

¹³⁵² *Rekvenyi v. Hungary* (GC), 25390/94 (1999), §§ 8 ff.

¹³⁵³ *Rekvenyi v. Hungary* (GC), 25390/94 (1999), § 41.

¹³⁵⁴ *Rekvenyi v. Hungary* (GC), 25390/94 (1999), § 48.

¹³⁵⁵ *Rekvenyi v. Hungary* (GC), 25390/94 (1999), §§ 41 und 46.

¹³⁵⁶ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 634.

¹³⁵⁷ Vgl. etwa die Kommission in *Purcell and others v. Ireland* (AD), 15404/89 (1991).

¹³⁵⁸ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 635.

fentlichten Buches «History in Mourning, 33 bullets» strafrechtlich belangt. Das Buch wurde konfisziert. Dem Autor wurde vorgeworfen, «disseminating separatist propaganda» zu verbreiten: «[...] in his book Mr. Arslan had contended that there were various nations within the Republic of Turkey, described the Turkish nation as barbarous, maintained that the Kurds were the victims of constant oppression, if not genocide, and glorified the acts of insurgents in south-east Turkey [...]»¹³⁵⁹

«[...] There is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest [...]. Furthermore, the limits of permissible criticism are wider with regard to the government than in relation to a private citizen or even a politician. In a democratic system the actions or omissions of the government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of public opinion. Moreover, the dominant position which the government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings, particularly where other means are available for replying to the unjustified attacks and criticisms of its adversaries. Nevertheless, it certainly remains open to the competent State authorities to adopt, in their capacity as guarantors of public order, measures, even of a criminal-law nature, intended to react appropriately and without excess to such remarks [...]. Finally, where such remarks incite to violence against an individual or a public official or a sector of the population, the State authorities enjoy a wider margin of appreciation when examining the need for an interference with freedom of expression.»¹³⁶⁰

Die *Grand Chamber* erkannte eine Verletzung des Grundrechts – gerade mit Blick auf das im Buch thematisierte Verhalten des türkischen Staates in der Kurdenfrage.

Der EGMR unterstreicht den Zusammenhang zwischen der Frage der Notwendigkeit einer Einschränkung der Medienfreiheit und einem dahinterstehenden, ausreichenden öffentlichen Interesse. Er behält sich in der Beurteilung eine volle Prüfbefugnis vor:

¹³⁵⁹ *Arslan v. Turkey* (GC), 23462/94 (1999), § 10.

¹³⁶⁰ *Arslan v. Turkey* (GC), 23462/94 (1999), § 46.

«[...] The] national authorities' aim in applying [...] the Law [...] was to prevent disorder by prohibiting the circulation in France of a book promoting separatism and vindicating the use of violence. Having regard to the current situation in the Basque Country, the Court considers it possible to find that the measure taken against the applicant association pursued [...] namely the prevention of disorder or crime. This is the case whenever [...] a separatist movement has recourse to methods relying on the use of violence [...].»¹³⁶¹

«The adjective <necessary>, within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a <pressing social need>. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a <restriction> is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.»¹³⁶²

Einschränkungen der Medienfreiheit zum *Schutz vertraulicher Informationen* können den Schutz nationaler Interessen bezwecken. Im Leitentscheid *Stoll v. Switzerland* unterstrich die *Grand Chamber* die Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Die nachträglich ausgesprochene Busse gegen den Journalisten sei relativ gering ausgefallen – daher erachtete sie die damit erfolgte Einschränkung der Medienfreiheit als zulässig.

The «Court considers it appropriate to adopt an interpretation of the phrase <preventing the disclosure of information received in confidence> which encompasses confidential information disclosed either by a person subject to a duty of confidence or by a third party and, in particular, as in the present case, by a journalist.»¹³⁶³

¹³⁶¹ *Association Ekin v. France*, 39288/98 (2001), § 48.

¹³⁶² *Arslan v. Turkey* (GC), 23462/94 (1999), § 44 und *Association Ekin v. France*, 39288/98 (2001), § 56.

¹³⁶³ *Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 (2007), § 61.

6.3.2. Strategische Ebene

Die strategische Ebene umfasst im vorliegenden Zusammenhang sowohl den Umgang des Staates mit Gewalt strategischen Ausmasses (insbesondere mit Terrorismus) als auch die allgemeine Einordnung der ihm zur Verfügung stehenden polizeilichen Handlungsmöglichkeiten. Bei Letzteren geht es um den allgemeinen präventiven und repressiven rechtlichen Rahmen sowie um die rechtliche Einordnung staatlicher Massnahmen.

Die strategische Ebene ist stark politisch (unter Umständen auch rechtspolitisch) geprägt. Die politische Imprägnierung trägt massgeblich dazu bei, dass Einschränkungen für die Medienfreiheit (oder auch der Meinungsäusserungsfreiheit an sich) nur selten zulässig sind. Politische Fragestellungen bedürfen in demokratischen Gesellschaften der öffentlichen Diskussion.

Eine offene Debatte muss unseres Erachtens auch über politische Ableger terroristischer Gruppierungen zulässig sein. Eine kritische Berichterstattung erscheint zudem unumgänglich, um politische Akteure in der gesellschaftlichen Diskussion einordnen zu können.

Ein historisches Beispiel dafür ist der Umgang mit *Sinn Féin*: Die auf der ganzen irischen Insel vertretene Partei verlangt politisch die Wiedervereinigung der Republik Irland mit den Grafschaften Nordirlands. Dieses Ziel verbindet sie mit der IRA – zudem bestanden zur Zeit des terroristischen Kampfes in der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts (*long war*) auf persönlichen Ebenen Verbindungen zwischen der Partei und der Terrororganisation. So war der spätere Parteichef von Sinn Féin in Nordirland, *Gerry Adams*, in jungen Jahren ein führendes Mitglied der Provisional Irish Republican Army (PIRA). Später gehörte Adams zu den Architekten des Karfreitagsabkommens von 1998.

Vom Oktober 1988 bis September 1994 galt im Vereinigten Königreich ein Sendeverbot (*broadcasting ban*): Den Nachrichtenmedien war es verboten, die Stimmen der Vertreter von zehn (mitunter paramilitärischen) nordirischen Gruppierungen auszustrahlen. Unter den betroffenen Gruppierungen befand

sich auch Sinn Féin, welche aber gleichzeitig als politische Partei in Nordirland zugelassen blieb¹³⁶⁴.

Im Oktober 1993 verhängte die britische Regierung ein Ausreiseverbot gegen Gerry Adams, um einen Auftritt in London zu verhindern. The «concern was not that [he] would be attempting personally to engage in acts of violence but that he might say things which could lead to the instigation of terrorism»¹³⁶⁵. Die Kommission trat auf die Beschwerde wegen einer Verletzung von Art. 10 EMRK nicht ein. Grund dafür war, dass Adams die Kommunikation nicht grundsätzlich verboten wurde und dass das Ausreiseverbot nach der Ankündigung eines Waffenstillstands der IRA wenig später aufgehoben wurde. «The Commission recall[ed] the sensitive and complex issues arising in the context of Northern Ireland where there have been ongoing efforts to establish a peace process acceptable to the various communities and parties involved and where the threat of renewed incidents of violence remains real and continuous»¹³⁶⁶.

Ebenfalls auf der strategischen Ebene anzusiedeln ist nach hier vertretener Auffassung der Umgang mit Bekenntnissen zu terroristischen Anschlägen oder zu anderen Gewaltakten. Das öffentliche Interesse an einer Kenntnis der Gegenseite dürfte die Einschränkung einer Berichterstattung (auf welchem Wege auch immer) meist überlagern.

Der EGMR gewichtet das öffentliche Interesse an Information und Diskussion auch bei innerstaatlichen Konflikten hoch. Weder die bloße Betroffenheit der Inneren Sicherheit noch eine entfernt denkbare Gefährdung von Vertretern der staatlichen Autorität (Verhinderung von Straftaten oder Unruhen) führen an einer Interessenabwägung vorbei.

Im Fall *Saygili and Falakaoglu v. Turkey* wurden zwei Verleger einer türkischen Zeitung von nationalen Gerichten sanktioniert. In einem Artikel wurde der Name eines Obersten der Gendarmerie im Zusammenhang mit einem be-

¹³⁶⁴ Weiterführend COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 198 sowie die BBC, «Twenty years on: The lifting of the ban on broadcasting Sinn Féin», online unter <https://www.bbc.com/news/uk-northern-ireland-25843314> (besucht am 12. April 2021).

¹³⁶⁵ *Gerard Adams and Tony Benn (AD)*, 28979/95 and 30343/96 (1997), *The Law* (Entscheid der Kommission ohne Seitenangaben oder Randziffern).

¹³⁶⁶ *Gerard Adams and Tony Benn (AD)*, 28979/95 and 30343/96 (1997), *The Law*.

stimmten Geschehnis erwähnt. Nach Ansicht der Staatsanwaltschaft führte die Erwähnung des Obersten zu dessen lebensbedrohlichen Gefährdung durch Terroristen¹³⁶⁷. Der EGMR prüfte, ob die Einschränkung der Meinungsfreiheit verhältnismässig und insbesondere notwendig war¹³⁶⁸.

A «[...] news reporting based on interviews or declarations by others, whether edited or not, constitutes one of the most important means whereby the press is able to play its vital role of ‹public watchdog›. The punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person would seriously hamper the contribution of the press to the discussion of matters of public interest, and should not be envisaged unless there are particularly strong reasons for doing so [...]. A general requirement for journalists systematically and formally to distance themselves from the content of a quotation that might insult or provoke others or damage their reputation is not reconcilable with the press's role of providing information on current events, opinions and ideas [...].»¹³⁶⁹

Der Gerichtshof wog das öffentliche Interesse an den fraglichen Geschehnissen höher als das Risiko einer (von den nationalen Instanzen nicht weiter begründeten) Gefährdung des Obersten: «the article, read as a whole, cannot be construed as incitement to violence against a public official and thus as having exposed Colonel L.E. to significant risk of physical violence»¹³⁷⁰.

Eine Grenze – und gleichsam Schnittstelle zur operativen Ebene (siehe nachfolgend) – ergibt sich unseres Erachtens dort, wo Botschaften krimineller Organisationen ohne jede Reflexion übernommen und ohne journalistische Einordnung – als «*Propaganda*» – weiterverbreitet werden.

So dürfte es eine heikle, und ohne den jeweiligen Kontext nicht abstrakt beantwortbare Frage sein, ob auch etwa die Publikation terroristischer Botschaf-

¹³⁶⁷ *Saygili and Falakaoglu v. Turkey*, 39457/03 (2008), §§ 6 (Zitat) und 8.

¹³⁶⁸ *Saygili and Falakaoglu v. Turkey*, 39457/03 (2008), §§ 19 und 21.

¹³⁶⁹ *Saygili and Falakaoglu v. Turkey*, 39457/03 (2008), § 23.

¹³⁷⁰ *Saygili and Falakaoglu v. Turkey*, 39457/03 (2008), § 26.

ten im Originalton von der Medienfreiheit geschützt würde. Daher ist eine rechtliche Verankerung allfälliger Verbote terroristischer Gruppierungen wie Al-Quaïda oder des Islamischen Staates sowie der Unterstützung dieser Terrorgruppen auch als formell-gesetzliche Grundlage für Einschränkungen der Medienfreiheit relevant.

Die rechtliche Beurteilung des Schutzes vertraulicher Informationen im Lichte der Medienfreiheit sollte sich auch im vorliegenden Zusammenhang am Urteil *Stoll v. Switzerland* orientieren. Stehen öffentliche Informationsinteressen den Interessen zum Schutz der *nationalen Sicherheit* oder von *vertraulichen Informationen* gegenüber, müssen die unterschiedlichen öffentlichen Interessen unter Einbezug der Gesamtumstände gegeneinander abgewogen werden. Solange eine «enthüllende» Berichterstattung sachlich-objektiv erfolgt, genießt die Ausübung der Medienfreiheit in weitem Masse den Vorrang vor allfälligen Einschränkungen.

Im Urteil *Bucur and Toma v. Romania* geht es um ein *Whistleblowing*. Eine involvierte Person machte Unregelmässigkeiten bei der staatlichen Telefonüberwachung öffentlich bekannt. Der EGMR untersucht unter anderem das Verhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse an Publizität und dem Schutz von vertraulichen Informationen. Er anerkannte die Sicherheitsinteressen des Staates¹³⁷¹. Das öffentliche Interesse am Bekanntwerden der Praxis der Telefonüberwachung sei aber besonders gross, da Rumänien noch unter kommunistischem Regime eine weite staatliche Überwachung in diesem Bereich gekannt hatte. Die Einschränkung von Art. 10 EMRK war darum unverhältnismässig. Zum Schutz der Demokratie war es geboten, die Informationen an die Öffentlichkeit gelangen zu lassen, um das öffentliche Vertrauen in die Regierungsstrukturen aufrechterhalten zu können¹³⁷².

Allgemeine strategische Fragen im Zusammenhang mit der möglichen Anwendung staatlicher Zwangsmittel betreffen etwa die Struktur der Sicherheitskräfte, die Anforderungen an deren Ausbildung, oder ihre Ausrüstung und Bewaffnung. Hierzu sind grundsätzlich keine zulässigen Gründe zur Einschränkung der Medienfreiheit ersichtlich.

¹³⁷¹ *Bucur and Toma v. Romania*, 40238/02 (2013), § 84.

¹³⁷² *Bucur and Toma v. Romania*, 40238/02 (2013), §§ 101 ff.

6.3.3. Operative Ebene

Terroristen handeln in der Regel weder spontan noch planlos (vgl. Ziff. III.1 und IV.2.3.2). Terroristisch motivierte Täter sind nicht verrückt (im Sinne eines pathologischen Befunds), sondern gehen in der Regel bewusst und gezielt vor¹³⁷³. Die operative Ebene¹³⁷⁴ umfasst im vorliegenden Zusammenhang einerseits die Reaktionen des Staates im Allgemeinen sowie Operationsformen seiner Sicherheitskräfte gegenüber terroristischen Bedrohungen im Besonderen.

Terroristische Organisationen können von den Konventionsstaaten verboten oder in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt werden. Teilweise verlangen Resolutionen des UNO Sicherheitsrats Massnahmen zur Eindämmung der Aktivitäten bestimmter Gruppierungen oder Personen¹³⁷⁵.

Zu denken ist an konkrete Einreiseverbote, an das Einfrieren finanzieller Mittel, an das Verbot des Waffenerwerbs für bestimmte Personen, die nachrichtendienstliche Überwachung bis hin zur Aufnahme von Ermittlungstätigkeiten im strafrechtlichen Sinne.

Bei potenziellen terroristischen Bedrohungen oder tatsächlichen Gefahren können die Konventionsstaaten weit reichende Massnahmen zur Einschränkung von «*Propaganda*» vorsehen – «including a ban on broadcasting images or voices of proscribed organizations. Such measures are sometimes considered necessary to deny terrorist or other prohibited organizations unimpeded access to the broadcasting media, and to prevent them inciting to violence, or giving an impression of legitimacy through powerful audio-visual means. Still, the role of the press and media in exploring what they consider to be matters of public interest should be duly taken into account»¹³⁷⁶.

¹³⁷³ Vgl. RICHARDSON, *What Terrorists Want*, S. 14 f.

¹³⁷⁴ Vgl. zur militärhistorischen Herkunft des Begriffs JOMINI, *The Art of War*, S. 51 ff. (Of the Theater of Operations).

¹³⁷⁵ Vgl. <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/terrorism> (besucht am 12. April 2021); insbesondere Massnahmen gegen die Anwerbung von Kämpfern.

¹³⁷⁶ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 635.

Hinter Einschränkungen auf operationeller Ebene können verschiedene öffentliche Interessen stehen. Ohne spektakuläre Bilder und packende, möglichst zeitverzugslose Berichterstattung verlieren terroristische Anschläge ihre hauptsächlichste unmittelbare Wirkung. Mit etwas Distanz werden sie objektiviert auf das, was sie sind: Akte roher unmenschlicher Gewalt. Dies minimiert gleichsam die mögliche «Heroisierung» von Aktionen und von Tätern. Mittelbar kann das Risiko von Nachahmungstätern reduziert werden¹³⁷⁷.

Die Frage stellt sich aber, wie weit vorgelagert Gewaltpropaganda – bis hin zur Volksverhetzung (*argumentum a minori ad maius*) – geahndet werden darf.

Dazu die *concurring opinion* der Richter Ganna Yudkivska und Mark Villiger im Urteil *Vejdeland and others v. Sweden*, wo es um die Unzulässigkeit des Verteilens von Flugblättern an Schulen mit kritischen Inhalten gegenüber Homosexualität ging: «Our tragic experience in the last century demonstrates that racist and extremist opinions can bring much more harm than restrictions on freedom of expression. Statistics on hate crimes show that hate propaganda always inflicts harm, be it immediate or potential. It is not necessary to wait until hate speech becomes a real and imminent danger for democratic society.»¹³⁷⁸

Nach der Rechtsprechung des EGMR werden solche Äusserungen unter der Würdigung der Gesamtumstände sowie unter Einbezug des potenziellen Wissenstands der Empfänger beurteilt¹³⁷⁹. Schematische Zuordnungen ausserhalb eines konkreten Kontexts sind daher oft schwierig. Der Grat zwischen einer gewaltverherrlichenden (strafbaren) Aussage oder Hetze und lediglich anderweitig verletzenden oder beleidigenden Aussagen ist schmal¹³⁸⁰. Je nach betroffenem Konventionsstaat können Sachverhalte

¹³⁷⁷ Zu verschiedenen Erklärungen über «media's effect on terrorism» vgl. COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 201 f. (m.w.H.).

¹³⁷⁸ *Vejdeland and others v. Sweden*, 1813/07 (2012), *concurring opinion* of judge Yudkivska joined by judge Villiger, § 11.

¹³⁷⁹ *Jersild v. Denmark (GC)*, 15890/89 (1994), § 34.

¹³⁸⁰ Als Beispiele: *Feret v. Belgium*, 15615/07 (2009); *Perinçek v. Switzerland (GC)*, 27510/08 (2015).

unterschiedlich bewertet werden; dies ist insbesondere bei historisch umstrittenen Ereignissen der Fall¹³⁸¹.

Bei der Berichterstattung oder bei investigativen Recherchen mit Bezug zu terroristischen Organisationen geniessen Medienschaffende grundrechtliche Garantien in weitem Rahmen. Eine Grenze ergibt sich aus der Kombination zwischen der Einhaltung der Pflichten und Verantwortlichkeiten und dem Schutz der nationalen Sicherheit und der Verhinderung von Straftaten (vgl. Ziff. V.6.3.1). Die Grenze wird erst dann überschritten, wo Medien als (willfähige) Propagandawerkzeuge für Aufrufe zu Gewalt oder Hass fungieren.

Pointiert dazu die *Grand Chamber* im Urteil *Erdogdu and Ince v. Turkey*. Dabei ging es um das Interview mit einem Soziologen in der Zeitschrift «Demokrat Muhalefet!» (*demokratische Opposition*) über die Türkei und die Politik des Staates im Osten des Landes. Dafür wurden der Interviewer und der Interviewte wegen Verstosses gegen das Terrorismuspräventionsgesetz (*Prevention of Terrorism Act*) vom Istanbuler Sicherheitsgericht (*National Security Court*) zu Gefängnisstrafen und Bussen verurteilt¹³⁸². «The Court stresses that the «duties and responsibilities» which accompany the exercise of the right to freedom of expression by media professionals assume special significance in situations of conflict and tension. Particular caution is called for when consideration is being given to the publication of the views of representatives of organisations which resort to violence against the State lest the media become a vehicle for the dissemination of hate speech and the promotion of violence. At the same time, where such views cannot be categorised as such, Contracting States cannot with reference to the protection of territorial integrity or national security or the prevention of crime or disorder restrict the right of the public to be informed of them by bringing the weight of the criminal law to bear on the media.»¹³⁸³

In den U.S.A. ist die mediale Berichterstattung über terroristische Gewalt bereits in den 1970er Jahren diskutiert worden. Eine *Task Force on Disorders and Terrorism* (unter

¹³⁸¹ JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 490 ff. und 494.

¹³⁸² *Erdogdu and Ince v. Turkey* (GC), 25067/94 and 25068/94 (1999), §§ 9 und 12.

¹³⁸³ *Erdogdu and Ince v. Turkey* (GC), 25067/94 and 25068/94 (1999), § 54.

Vorsitz von Jerry V. Wilson) des *National Advisory Committee on Criminal Justice Standards and Goals*¹³⁸⁴ kam zum Schluss, dass unter dem ersten Verfassungszusatz (*First Amendment: freedom of speech*) nur eine Selbstregulierung der Medien infrage komme. Die erarbeiteten Empfehlungen sind unseres Erachtens sachlich noch immer zutreffend. Sie stehen einer kritischen, auf die öffentlichen Interessen fokussierten Berichterstattung (*Spektakel* ist kein öffentliches Interesse) auch unter Art. 10 EMRK nicht entgegen.

«[...] No hard rules can be prescribed to govern media performance during incidents of extraordinary violence. Whatever principles are adopted must be generated by the media themselves, out of a recognition of special public responsibility. But in general, the essence of an appropriate approach to news gathering is summarized in the principle of minimum intrusiveness: Representatives of the media should avoid creating any obvious media presence at an incident scene that is greater than that required to collect full, accurate, and balanced information on the actions of participants and the official response to them. Similarly, the essence of an appropriate approach to contemporaneous reporting of extraordinary violence lies in the principle of complete, noninflammatory coverage; the public is best served by reporting that omits no important detail and that attempts to place all details in context.

Putting these general principles into practice, however, requires hard choices for the media, both at the organizational policy level and by the working reporter. In particular:

1. News media organizations and representatives wishing to adopt the principle of minimum intrusiveness in their gathering of news relating to incidents of extraordinary violence should consider the following devices, among others:
 - a. Use a pool of reporters to cover activities at incident scenes or within police lines;

¹³⁸⁴ NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE STANDARDS AND GOALS, Report of the Task Force on Disorders and Terrorism, *passim*.

- b. Self-imposed limitations on the use of high-intensity television lighting, obtrusive camera equipment, and other special news-gathering technologies at incident scenes;
 - c. Limitations on media solicitation of interviews with barricaded or hostage-holding suspects and other incident participants;
 - d. Primary reliance on officially designated spokesmen as sources of information concerning law enforcement operations and plans; and
 - e. Avoidance of inquiries designed to yield tactical information that would prejudice law enforcement operations if subsequently disclosed.
2. News media organizations and representatives wishing to follow the principle of complete, noninflammatory coverage in contemporaneous reporting of incidents of extraordinary violence should consider the following devices, among others:
- a. Delayed reporting of details believed to have a potential for inflammation or aggravation of an incident that significantly outweighs their interest to the general public;
 - b. Delayed disclosure of information relating to incident location, when that information is not likely to become public knowledge otherwise and when the potential for incident growth or spread is obviously high;
 - c. Delayed disclosure of information concerning official tactical planning that, if known to incident participants, would seriously compromise law enforcement efforts; ·
 - d. Balancing of reports incorporating self-serving statements by incident participants with contrasting information from official sources and with data reflecting the risks that the incident has created to non-involved persons;
 - e. Systematic predisclosure verification of all information concerning incident-related injuries, deaths, and property destruction; and

- f. Avoidance, to the extent possible, of coverage that tends to emphasize the spectacular qualities of an incident or the presence of spectators at an incident scene.»¹³⁸⁵

Schliesslich geht es auf der operativen Ebene für die staatlichen Behörden darum, Informationsansprüche und die Ausübung der Medienfreiheit mit Einsatzerfordernissen der Sicherheitskräfte zu koordinieren und entsprechend zu planen.

Als Beispiel sei auf das *Public Affairs Handbook* der NATO hingewiesen¹³⁸⁶. Es bezieht sich zwar auf einen militärischen Kontext – die darin aufgestellten Prinzipien illustrieren aber die relevanten Erfordernisse auch für zivile Operationen.

Darin wird insbesondere empfohlen, die Medienarbeit bereits in den einzelnen Zellen der Planungsstäbe zu berücksichtigen¹³⁸⁷. Für den Umgang mit den Medien wird ein Medienkonzept empfohlen¹³⁸⁸. Dabei geht es darum, dass die verantwortlichen Personen «will be prepared to respond to media inquiries, issue statements, conduct briefings and interviews, arrange for access to permanent and operational units, distribute information including imagery, etc., all as a means to develop relations» with the purveyors and the consumers of news»¹³⁸⁹.

Ein wesentliches Instrument in der Hand der Behörden ist das *Medienembargo*¹³⁹⁰. Damit lässt sich zur Gewährleistung des Erfolgs von Operationen im Allgemeinen sowie zum Schutz gefährdeter Personen eine Berichterstattung in zeitlicher Hinsicht einschränken. Das öffentliche Interesse nach Informationen bleibt erhalten.

¹³⁸⁵ NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE STANDARDS AND GOALS, Report of the Task Force on Disorders and Terrorism, S. 387 f.

¹³⁸⁶ NATO ACO/ACT, Public Affairs Handbook, *passim*.

¹³⁸⁷ NATO ACO/ACT, Public Affairs Handbook, insb. S. 13 ff.

¹³⁸⁸ NATO ACO/ACT, Public Affairs Handbook, insb. S. 66 ff.

¹³⁸⁹ NATO ACO/ACT, Public Affairs Handbook, insb. S. 66.

¹³⁹⁰ NATO ACO/ACT, Public Affairs Handbook, insb. S. 71.

6.3.4. Taktische Ebene

Mit der taktischen Ebene sind konkrete Einsätze oder Handlungen des Staates respektive seiner Sicherheitskräfte gemeint. Die jeweiligen Umstände sind insbesondere geprägt von den zur Verfügung stehenden personellen Mitteln sowie den taktischen Einsatzmitteln, dem zulässigen Vorgehen und zeitlichen Komponenten.

a. Geführte Anti-Terror-Aktionen

Bei der Durchführung von Aktionen im Rahmen der Terrorismusbekämpfung ist von erfolgsbestimmender Bedeutung, *polizeitaktische Vorteile* wahren und ausnutzen zu können. Soweit es sich als notwendig erweist, dazu eine Berichterstattung (im Grunde präventiv) zu unterbinden, kann zur Begründung argumentativ auf den Schutz der nationalen Sicherheit nach Art. 10 Abs. 2 EMRK abgestellt werden. Die verlangte Rechtsgrundlage für Zugangsbeschränkungen, Wegweisungen, Filmverbote, und ähnliche polizeiliche Massnahmen finden sich dann in den jeweiligen Polizeigesetzen.

Auf der taktischen Ebene kann es aber auch zum Konflikt zwischen den Grundsätzen zum Schutze des Rechts auf Leben und der Ausübung der Medienfreiheit kommen. So sind staatliche Sicherheitskräfte dazu verpflichtet, das Leben von Menschen im Schutzbereich der Medienfreiheit – also von Reportern, Kameraleuten oder Filmenden – vor konkreten Gefahren zu schützen. Ob diese Gefahren von Gefährdern ausgehen oder erst durch Aktionen der Sicherheitskräfte entstehen, ist unter diesem Gesichtspunkt nicht massgeblich. Umgekehrt können Sicherheitskräfte oder Dritte (Geiseln oder andere Personen in der Nähe) durch eine (zeitnahe) Berichterstattung (indirekt) gefährdet werden¹³⁹¹.

Ein Beispiel dafür wäre das *Münchener Olympia-Attentat* von 1972¹³⁹². Terroristen des *Black September* nahmen israelische Sportler als Geiseln. Zwei Athleten wurden sofort, die restlichen 9 während der polizeilichen Befreiungsaktion von den Terroristen getötet. Fernsehstationen berichteten live über die Ereignisse.

¹³⁹¹ Zur «symbiotic relationship between terrorists, who seek attention from an audience, and news organizations, which seek dramatic stories to increase their readership and ratings» COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 193.

¹³⁹² Dazu eingehend HOFFMAN, *Inside Terrorism*, S. 66 ff.

Die Terroristen folgten der Berichterstattung ebenfalls¹³⁹³. Die eingesetzten Polizeikräfte waren nur mangelhaft ausgebildet, ausgerüstet und organisiert¹³⁹⁴. Als unmittelbare Folge des Attentats schuf die Deutsche Bundespolizei die Grenzschutzgruppe 9¹³⁹⁵. Ab April 1973 operativ, führte die GSG 9 im Oktober 1977 in Mogadishu ihre bislang bedeutendste Operation durch: die erfolgreiche Geiselbefreiungsaktion des Lufthansa-Flugzeugs *Landshut*¹³⁹⁶. Vor dem Münchner Anschlag und vor dem Unwesen der Baader-Meinhof Bande hätte die Schaffung einer solchen Spezialformation starken öffentlichen Widerstand provoziert¹³⁹⁷.

Ein weiteres Beispiel war der *Hanafi Muslim Siege* in Washington D.C. vom März 1977. Ein Reporter rief den Führer der Geiselnnehmer an, um ihm mitzuteilen, dass er von der Polizei möglicherweise aufs Kreuz gelegt werde¹³⁹⁸.

Kollidiert die Schutzpflicht aus dem Recht auf Leben mit dem aus der Medienfreiheit fließenden Abwehrrecht, so genießt ersteres grundsätzlich den Vorrang. Die Handlungsherrschaft liegt – soweit sie sich schlüssig zuweisen lässt – entweder bei den staatlichen Sicherheitskräften oder bei terroristischen Akteuren. Unseres Erachtens können Medienschaffende unter diesen Umständen hinsichtlich ihrer eigenen Gefährdung nicht in ein letales Risiko einwilligen. Eine spezifische formal-gesetzliche Grundlage für *einsatzbezogene* Einschränkungen der Medienfreiheit ist unseres Erachtens nicht notwendig. Legitime Informationsansprüche sind aber auf der operativen Ebene zu berücksichtigen.

¹³⁹³ KLEIN, *Striking Back*, S. 48 f. (ohne Quellenangaben); COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 280 und 287 f.; Bundeszentrale für politische Bildung (<https://www.bpb.de> → Politik → Hintergrund-aktuell → September 2012 → Olympia 1972: Geiselnahme [04.09.2012]; besucht am 12. April 2021).

¹³⁹⁴ Vgl. zu den operativen und taktischen Fehlern der deutschen Polizeikräfte KLEIN, *Striking Back*, S. 82 ff. (ohne Quellenangaben).

¹³⁹⁵ HOFFMAN, *Inside Terrorism*, S. 68; MARTIN, *Essentials of terrorism*, S. 215.

¹³⁹⁶ HUGHES, *Military's Role*, S. 37.

¹³⁹⁷ COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 280.

¹³⁹⁸ COMBS, *Terrorism in the Twenty-First Century*, S. 200.

So können Medienschaffende unseres Erachtens bei Eigengefährdung sowie Gefährdung Dritter zeitlich und räumlich beschränkt zur unmittelbaren Gefahrenabwehr vom Platz verwiesen werden.

Soweit Medienschaffende sich zu Gehilfen terroristischer Täter machen, indem sie ihnen gezielt Informationen weitergeben oder sie anderweitig direkt unterstützen, gilt unsereres Erachtens das Strafrecht (Täterschaft und Teilnahme).

b. Einzelaktionen und spontane Anwendung von Zwangsmitteln

Etwas anderes gilt unserer Ansicht nach für die spontane Anwendung von Zwangsmitteln, etwa bei Anhaltungen, Festnahmen, direktem Eingreifen bei Delikten und weiteren polizeilichen Handlungen.

Hier ist in aller Regel weder das Leben der Medienschaffenden, der Einsatzkräfte oder von Dritten einer direkten Gefährdung ausgesetzt. Für die Beschränkung der Medienarbeit – also die journalistische Recherche oder etwa die Aufnahme von Bildern – kann nicht auf die nationale Sicherheit abgestellt werden. Relevant sind möglicherweise die Persönlichkeitsrechte von Drittpersonen (vgl. Ziff. V.6.2.1).

Die öffentlichen Interessen nach der Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Polizeiarbeit (*policing*) – wozu insbesondere die Anwendung von Zwangsmassnahmen gehört – wiegen besonders schwer.

Ein trauriges Gegenbeispiel für eine Gefährdung sowohl der Medienschaffenden selber, der Sicherheitskräfte und der Opfer bildete das *Geiseldrama von Gladbeck* in Deutschland. Die Bankräuber und Geiselnnehmer Rösner und Degowski waren vom 16. bis 18. August 1988 auf einer Irrfahrt durch Norddeutschland: Bei einem ersten Zwischenhalt hatten sie einen Jungen erschossen. Einen späteren Zwischenhalt machten sie in einer Fussgängerzone in Köln. Die Täter und ihre zwei Geiseln wurden bald umringt von zahlreichen Medienschaffenden, welche mit allen vier Personen Interviews führten. Dies verhinderte nicht nur den geplanten Zugriff der Polizei mit verdeckten Ermittlern. Ein Medienschaffender empfahl den Tätern sogar, für ein spektakuläreres Bild der entführten Silke Bischoff die geladene Waffe ins Gesicht zu halten (was einer der Täter dann auch tat). Die Entführer wurden schliesslich von Journalisten aus der Stadt

gelotst und konnten mitsamt den Geiseln vorerst entkommen. Bei dem später unter chaotischen Umständen erfolgten Zugriff auf der Autobahn kam die 18-jährige Silke Bischoff durch ein Projektil aus der Waffe eines Geiselnemers ums Leben (auf ihrem Grabstein steht «WARUM»)¹³⁹⁹.

Das mehrtägige Geiseldrama zeugte zwar von massivem organisatorischem Polizeiversagen auf mehreren Ebenen. Das Verhalten der Medienschaffenden entsprach aber nicht im Geringsten ihren Pflichten und Verantwortlichkeiten. Die Medienfreiheit vermag unseres Erachtens nicht den Hauch einer Rechtfertigung für das (zu tiefst opportunistische und menschenverachtende, teilweise wohl regelrecht «blutrünstige») Verhalten von Journalisten herztustellen.

6.4. BESONDERHEITEN DES INTERNETS UND VON SOCIAL MEDIA

Nach BRUCE HOFFMAN hat *Terrorismus* eine Gemeinsamkeit mit dem *Internet*: «most people have a vague idea or impression of what (it) is but lack a more precise, concrete, and truly explanatory definition of the word»¹⁴⁰⁰.

Auch nachfolgend werden die beiden Begriffe verwendet, ohne sie zu klären (zur – fehlenden – wissenschaftlichen Definition des *Terrorismus* vgl. Ziff. III.1). Die Phänomene *Internet* und *Social Media* werden im Kontext zur Meinungsfreiheit respektive Medienfreiheit gestreift. Dabei wird einer funktionalen Sicht gefolgt, indem der Mediencharakter im Zentrum steht.

6.4.1. Schutzbereich der Medienfreiheit

Mit dem Aufkommen des Internet (www) als Medium sowie von internetbasierten Social Media stellen sich vermehrt Fragen zum *persönlichen Schutzbereich* der Medienfreiheit¹⁴⁰¹. Der EGMR beschränkt den Geltungsbereich der Meinungsfreiheit für

¹³⁹⁹ Vgl. zum Ganzen <https://gladbeck.rnd.de> (besucht am 12. April 2021) und dort das Urteil des Landgerichts Essen vom 22. März 1991.

¹⁴⁰⁰ HOFFMAN, *Inside Terrorism*, S. 1.

¹⁴⁰¹ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 682 f.

Medien nicht auf klassische oder etablierte Medien (wie etwa Verlage und Zeitungen oder Radio und Fernsehen).

The «Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom of expression and information, providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest.»¹⁴⁰²

Vielmehr wendet der Gerichtshof die für Medien geltenden Grundsätze auch für Newspor-tale¹⁴⁰³, dort hinterlegte Online-Kommentare¹⁴⁰⁴, Blogs¹⁴⁰⁵ oder Social Media¹⁴⁰⁶ an.

So kann nach dem Urteil der *Grand Chamber* im Fall *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* auch eine Nichtregierungsorganisation (NGO) mit einem Blog die Funktion eines *watchdog*¹⁴⁰⁷ wahrnehmen – eine Verbindung der NGO zu einem klassischen Medium ist dafür nicht erforderlich. Gleiches gilt für Blogger oder die Nutzer anderer Social Media:

The «function of creating various platforms for public debate is not limited to the press but may also be exercised by, among others, non-governmental organisations, whose activities are an essential element of informed public debate. [...] When] an NGO draws attention to matters of public interest, it is exercising a public watchdog role of similar importance to that of the press [...] and may be characterised as a social «watchdog» warranting similar protection under the Convention as that afforded to the press [...].»¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰² *Ahmet Yildirim v. Turkey*, 3111/10 (2012), § 55.

¹⁴⁰³ So insb. *Magyar Jeti Zrt v. Hungary*, 11257/16 (2018).

¹⁴⁰⁴ So insb. *Delfi AS v. Estonia* (GC), 64569/09 (2015).

¹⁴⁰⁵ So insb. *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (GC), 18030/11 (2016).

¹⁴⁰⁶ Zum Beispiel Youtube; vgl. *Cengiz and others v. Turkey*, 48226/10 und 14027/11 (2015).

¹⁴⁰⁷ Vgl. zur Rolle der «Presse» als *public watchdog* JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 496 f. Im vorliegenden Fall spricht der Gerichtshof von einem *social watchdog* (wie offenbar erstmals in *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, 37374/05 [2009], § 36: «*social watchdog, like the press*»; dort aber im Zusammenhang mit einem Verein [Hungarian Civil Liberties Union]). Das Verhältnis zwischen *social watchdog* und *public watchdog* ist noch klärungsbedürftig. Jedenfalls scheint der EGMR unterscheiden zu wollen.

¹⁴⁰⁸ *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (GC), 18030/11 (2016), § 166.

Unter dem Blickwinkel des Schutzbereichs von Art. 10 EMRK können gleichwohl Unterschiede zwischen klassischen und neuen Medien bestehen. Solange ein Medium seiner Aufsichtsfunktion (als *watchdog*) nachkommt, scheint der Gerichtshof medienfreundlich zu urteilen.

So stand im Fall *Magyar Jeti Zrt v. Hungary* die rechtliche Verantwortlichkeit eines Online-Newsportals in Frage. Der EGMR hat den Link des Portals auf eine Drittseite als einen *Hinweis* behandelt. Der Inhalt hinter einem Link ist wandelbar. Wer einen Link setzt, hat selber keine Kontrolle über den verlinkten Inhalt: «Because of the particular nature of the Internet, the <duties and responsibilities> of Internet news portals for the purposes of Article 10 may differ to some degree from those of a traditional publisher, as regards third-party content [...]. (Information society service providers) should not be held responsible for content emanating from third parties unless they failed to act expeditiously in removing or disabling access to it once they became aware of its illegality [...]. The absence of a sufficient legal framework at the domestic level allowing journalists to use information obtained from the Internet without fear of incurring sanctions seriously hinders the exercise of the vital function of the press as a <public watchdog>.»¹⁴⁰⁹

Auch im weiteren internationalen Kontext scheint sich der *Medienbegriff* aufzulösen, respektive eine funktionale Bedeutung vorherrschend zu werden.

So stellt das – innovative – *Public Affairs Handbook* der NATO auf eine funktionale Bedeutung ab, wenn es die Medien allgemein definiert als «any organisation or person who gather and disseminate news; also refers to the mediums by which news is transmitted (newspapers, TV, radio, Internet, etc.)»¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁹ *Magyar Jeti Zrt v. Hungary*, 11257/16 (2018), §§ 63 ff.

¹⁴¹⁰ *NATO ACO/ACT*, *Public Affairs Handbook*, insb. S. 256 (Appendix E: Lexicon of Terms).

6.4.2. Bedeutung der grundrechtlichen Einordnung als Medium

Mit der Verbreitung von Social Media akzentuieren sich Herausforderungen im Umgang mit der Medienfreiheit¹⁴¹¹. So kann eine NGO, die einen Menschenrechts-Blog betreibt, das Recht auf Zugang zu Informationen geltend machen, welche aus nicht allgemein zugänglichen (staatlichen) Quellen stammen¹⁴¹².

«[...] Given that accurate information is a tool of their trade, it will often be necessary for persons and organisations exercising watchdog functions to gain access to information in order to perform their role of reporting on matters of public interest. Obstacles created in order to hinder access to information may result in those working in the media or related fields no longer being able to assume their ‹watchdog› role effectively, and their ability to provide accurate and reliable information may be adversely affected [...].»¹⁴¹³

Auch Einzelpersonen können sich ihre eigenen digitalen Kommunikationsplattformen aufbauen und damit zu selbständigen, aktuellen und breit wahrnehmbaren Stimmen werden. So zum Beispiel Wissenschaftler, welche eigene Webseiten unterhalten.

«[...] A] high level of protection also extends to academic researchers [...] and authors of literature on matters of public concern [...]. The Court would also note that given the important role played by the Internet in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information [...], the function of bloggers and popular users of the social media may be also assimilated to that of ‹public watchdogs› in so far as the protection afforded by Article 10 is concerned.»¹⁴¹⁴

¹⁴¹¹ Zum Ganzen bereits MÜLLER, Fake News oder Free Speech?, *passim*.

¹⁴¹² Zu den weiteren Voraussetzungen vgl. *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (GC), 18030/11 (2016), §§ 157 ff. Die Rolle des Beschwerdeführenden ist eines von vier Kriterien, welches der EGMR zur Beurteilung eines Rechts auf Zugang zu staatlichen Informationen prüft; vgl. insb. JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 506.

¹⁴¹³ *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (GC), 18030/11 (2016), §§ 167.

¹⁴¹⁴ *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* (GC), 18030/11 (2016), §§ 167 f. dort im Zusammenhang mit einem Verein (Hungarian Civil Liberties Union).

Damit können weitere Personen die Rolle von *watchdogs* analog zur Presse einnehmen¹⁴¹⁵.

6.4.3. Besondere Einschränkungen für Online- und Social Media?

Der EGMR weist darauf hin, dass für Online-Medien andere Regeln als für die klassischen Druckerzeugnisse erforderlich sind. Aufgrund der weltweiten Zugänglichkeit des Internets sei die Gefahr von Rechtsverletzungen dort grösser¹⁴¹⁶.

The «fact that such a measure, by rendering large quantities of information inaccessible, was bound to substantially restrict the rights of Internet users and to have a significant collateral effect.»¹⁴¹⁷

Dessen ungeachtet erscheinen besondere Einschränkungen für Online-Medien im Allgemeinen und Social Media im Besonderen im Zusammenhang mit dem Einsatz polizeilicher Zwangsmittel auf der strategischen und auf der operativen Ebene kaum als zulässig. Allgemeinen *Verboten* von Online-Medien (also Zensur) dürfte es bereits aufgrund der technischen Gegebenheiten an der Verhältnismässigkeit gebrechen¹⁴¹⁸.

So hat der EGMR im Fall *Ahmet Yildirim v. Turkey* eine Verletzung von Art. 10 EMRK auch und gerade darin gesehen, dass neben einer bestimmten Website auch ein «wholesale blocking of all the sites hosted by Google Sites» stattgefunden hat¹⁴¹⁹. Damit waren neben dem kritischen Wissenschaftler (Yildirim) auch Dritte von den Restriktionsmassnahmen betroffen.

In *Cengiz and others v. Turkey* bestätigte der EGMR für die Blockierung von *Youtube* über längere Zeit, dass Internetmedien nicht als solche eingeschränkt werden dürfen¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁵ *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, 37374/05 (2009), § 36.

¹⁴¹⁶ *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine*, 33014/05 (2011), § 63.

¹⁴¹⁷ *Cengiz and others v. Turkey*, 48226/10 und 14027/11 (2015), § 64.

¹⁴¹⁸ Vgl. auch JACOBS/WHITE/OVEY, *European Convention*, S. 487.

¹⁴¹⁹ *Ahmet Yildirim v. Turkey*, 3111/10 (2012), §§ 68 f.

¹⁴²⁰ *Cengiz and others v. Turkey*, 48226/10 und 14027/11 (2015), §§ 57 und 59 ff.

Die Pflichten und Verantwortlichkeiten von Medienschaffenden können aber bei *Live-Medien* eine besondere Rolle spielen. Die Verifizierung der Echtheit von Material im Rahmen journalistischer Sorgfaltspflichten erweist sich zuweilen als komplex oder praktisch kaum möglich.

So kann es beispielsweise aufgrund der schnellen Verbreitungsgeschwindigkeit und –arten beinahe unmöglich sein, selbst die Urheberschaft von Information zu eruieren.

Hier bemisst sich die Zulässigkeit von Einschränkungen massgeblich an der Aufsichtsfunktion von Medien. Klassischerweise geniesst die Presse das Privileg des *public watchdog*. Neuen Medien kann die Rolle von *social watchdogs* zukommen. Demgegenüber kommt diese Rolle *Privaten* wohl nicht ohne Weiteres zu; ihnen gegenüber wird es indes nicht primär um Fragen der Einschränkung der (allgemeinen) Meinungsfreiheit gehen, sondern um Fragen des spezifischen Schutzbereichs der Medienfreiheit.

6.4.4. Streaming als Herausforderung

In jüngerer Zeit sind terroristische Aktionen von zufällig anwesenden Dritten sowie von den Tätern selbst auf Social Media gestreamt worden. Die Aufnahmen sind aufgrund ihrer Ereignisbezogenheit auf Online-Portalen oder in klassischen Nachrichtensendungen zeitverzugslos einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gewesen¹⁴²¹.

So sind Szenen nach den Anschlägen auf *Charlie Hebdo* in Paris über Social Media und kurz darauf über das Fernsehen verbreitet worden. Etwa die Schüsse der Täter aus einer Maschinenpistole auf eine (schwach ausgerüstete) Polizeipatrouille.

In den letzten Jahren haben einzelne Täter zudem ihre Anschläge bewusst mit Helmkameras übertragen. Dabei haben sie ihre Tat erläutert und ihre tödliche «Botschaft» ungefiltert in die Öffentlichkeit getragen.

Nach hier vertretener Ansicht stehen Aufnahmen von *terroristischen Gewalttätern* nicht unter dem Schutz der Meinungsfreiheit. Die Schutzbereiche von Art. 10 EMRK reichen zwar traditionell sehr weit. Eine terroristische Aktion ist aber für sich ge-

¹⁴²¹ Zum Phänomen bereits HOFFMAN, *Inside Terrorism*, S. 225 f.

nommen weder eine *Meinung* noch eine *Idee*. Eine dahinterstehende Ideologie oder politische Absicht erfüllt diese Anforderungen ohne Weiteres – nicht aber das Mittel der Gewalt (vgl. – *mutatis mutandis* – zur gefestigten Rechtsprechung über die *Leugnung* von Verbrechen gegen die Menschlichkeit Ziff. V.6.2.2). Informationsansprüche der Öffentlichkeit werden indirekt befriedigt, unter Einhaltung der journalistischen Pflichten und Verantwortlichkeiten.

Es könnte sich die Frage stellen, ob Täteraufnahmen (also etwa mit Helmkamera) bei *nachträglicher Veröffentlichung* unter dem Schutzbereich der Medienfreiheit stehen. Auch dann, wenn die Aufnahmen gar nicht für die Öffentlichkeit bestimmt waren und inhaltlich Unrecht dokumentieren.

Aus behördlicher Sicht müsste zunächst geklärt werden, ob die Aufnahmen als vertrauliche Informationen zu klassifizieren sind. Die Aufnahmen können möglicherweise als Beweismittel in justiziellen Verfahren verwendet werden und wären dann vorerst zu schützen. Darüber hinaus können sie zur Fehleranalyse und Weiterbildung der Einsatzkräfte dienen. Gelangen solche Aufnahmen bereits kurz nach einem Einsatz an die Öffentlichkeit, können allenfalls (spezielle) taktische Vorgehensweisen der Sicherheitskräfte kenntlich werden.

Zudem kann damit möglicherweise drastisches Bildmaterial (etwa die Darstellung einer Tötung) zugänglich gemacht werden. Zur Einschränkung solchen Materials können gesetzliche Grundlagen bestehen (etwa unter dem Titel Gewaltschutz). Weiter können Persönlichkeitsrechte von Opfern oder von ihren Angehörigen einer Veröffentlichung entgegenstehen. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn es sich bei den Opfern nicht um Personen der Zeitgeschichte (vgl. Ziff. V6.2.1), sondern um zufällige Opfer handelt.

Je nach Kontext können solche Aufnahmen auch als Aufruf zu Gewalt, Hass oder Genozid verstanden werden.

Schlussendlich ist entscheidend auf den jeweiligen Kontext einer Veröffentlichung abzustellen. Dabei spielen auch zeitliche und weitere rechtliche Rahmenbedingungen eine Rolle.

Beim Umgang mit spontanem Streaming Dritter ist unseres Erachtens in mehrerlei Hinsicht zu differenzieren. Soweit Dritte keine Aufsichtsfunktion (als *social watchdog*) ausüben, fallen sie nicht unter den (persönlichen) Schutzbereich der Medienfreiheit. Wenn sie dann terroristische Ereignisse als *Meinungen Dritter* – also der Täter – weitergeben, geniessen sie keinen Schutz durch die Meinungsfreiheit. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich dabei nicht um Meinungen im Sinne des sachlichen Geltungsbereichs von Art. 10 EMRK (vgl. Ziff. V.6.2.2).

Unter diesen Umständen darf unseres Erachtens ein *live streaming* von Dritten im von der nationalen Rechtsordnung dafür vorgesehenen Rahmen eingeschränkt und räumlich-zeitlich auf das Ereignis begrenzt verboten werden.

Handeln Dritte als *social watchdog* (analog zu den Polizeifotografen der klassischen Medien), so geniessen sie eher Schutz. Ausgehend von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer zeitverzugslosen Berichterstattung auch über Social Media sind mögliche Einschränkungen auf taktischer Ebene (Ziff. V.6.3.4) zu berücksichtigen: Werden Strukturen, taktische Vorgehensweisen, verfügbare Einsatzmittel und Dergleichen in Echtzeit an die Öffentlichkeit weitergegeben, kann die Einschränkung einer Berichterstattung zulässig sein. Stehen Leben auf dem Spiel (sei es bei Geiseln, bei Dritten oder bei Einsatzkräften) – kann sie Einschränkungen rechtfertigen. Es greifen dann die Schutzpflicht von Art. 2 für sich alleine und in Verbindung mit den zulässigen Einschränkungen nach Art. 10 Abs. 2 EMRK.

Solche Einschränkungen können bereits in der Wahrung von taktischen Vorteilen begründet liegen. Dazu gehört die Ungewissheit über die Einsatzmöglichkeiten und die angewendete Taktik der intervenierenden Behörden. Dies kann den Erfolg von Aktionen und selbst von Operationen bestimmen oder zumindest Erfolgchancen erhöhen.

Ein Medienembargo unter Vorbehalt einer nachträglichen Veröffentlichung wird für ein Streaming durch Dritte kein geeignetes Instrument sein. Wenn Leben gefährdet wird, wäre es unseres Erachtens daher zulässig, Mobilfunk- und Internetverbindungen örtlich und zeitlich begrenzt zu unterbrechen oder auf Anrufe zu beschränken (Drosselung der Übertragungsraten). Aufnahmen sind dann selbst für Dritte noch möglich – sie können aber nicht zeitverzugslos veröffentlicht werden.

Sind gefährliche Situationen aber bereinigt, fallen auch die Gründe für Einschränkungen dahin. Es kann eine Verschiebung auf die operative Ebene stattfinden (vgl. Ziff. V.6.3.3). Dann ist es Aufgabe der Behörden, mögliche *fake news* in den richtigen Kontext zu stellen.

6.5. **ROLLE DER MEDIEN ZWISCHEN PUBLIC WATCHDOG UND KATALYSATOR**

Terroristische Gewalt ist auf die Erlangung *medialer Aufmerksamkeit* und Berichterstattung gerichtet. Mediale Berichterstattung und politischer Diskurs sind ein Lebensnerv des demokratischen Staates. Dringen terroristische Organisationen oder Einzeltäter medial in den öffentlichen Raum ein, stellen sich sowohl heikle Fragen zum Schutzbereich der *Medienfreiheit* als auch zu den zulässigen Einschränkungen dieses Grundrechts.

Art. 10 EMRK schützt die *Meinungsfreiheit* weitgehend, gilt aber nicht absolut. So geniessen eindeutige, nicht bestreitbare Verbrechen gegen die Menschlichkeit keinen kommunikativen Schutz. Gleiches gilt unseres Erachtens für reine Gewalt und terroristische Aktionsformen. Wird schwerste Gewalt als «Kommunikationsform» eingesetzt, ist unseres Erachtens Art. 17 EMRK einschlägig. Bei einer Auseinandersetzung mit Gewaltphänomenen gilt es hingegen zu unterscheiden.

Im Lichte der Medienfreiheit als spezifischem Gehalt der Meinungsfreiheit bilden die *Pflichten und Verantwortlichkeiten* von Medienschaffenden (Art. 10 Abs. 2 EMRK) zumindest im Zusammenhang mit terroristischen Bedrohungen Begrenzungen des grundrechtlichen Schutzbereichs (nach Abs. 1)¹⁴²² – und nicht bloss Einschränkungen. Für eine journalistische Tätigkeit zerfliesst der rechtliche Schutz in Berufspflichten oder journalistischer Ethik. Innerhalb dieses Spielraums soll eine faire, kritische und wahrheitsgetreue Berichterstattung erfolgen. Dies schliesst eine Berufung terroristischer Akteure auf die Grundrechte freier Kommunikation aus. Daher fällt etwa ein Tat-Streaming der Täterschaft bei terroristischen Anschlägen oder Amok-Läufen nicht in den sachlichen Schutzbereich von Art. 10 EMRK – es gibt kein Recht auf Instrumentalisierung der Medien

¹⁴²² Sonst würde auch etwa die Leugnung des Holocaust vom Schutzbereich erfasst werden; auf die entsprechenden Fälle wäre einzutreten – die Zulässigkeit von Einschränkungen wäre dann aber weit auszulegen.

oder auf Verbreitung von Angst und Schrecken. Indes besteht ein grosses öffentliches Interesse an einem Diskurs darüber, was die öffentliche Sicherheit bedrohen kann.

Damit ist aber auch gesagt, dass unter Umständen die gleiche Tonspur, das gleiche Bildmaterial, etc. je nach den konkreten Umständen oder involvierten Personen vom Schutzbereich von Art. 10 EMRK sehr wohl erfasst sein kann – oder umgekehrt gerade keinen Schutz verdient. Dies stellt an sich einen Bruch innerhalb des Konzepts der Grundrechte auf freie Kommunikation dar.

So kann ein Interview mit einem terroristischen Anführer, wenn dabei die Pflichten und journalistischen Verantwortlichkeiten eingehalten werden, unter den Schutz von Art. 10 EMRK fallen. Über eine terroristische Bedrohung kann, darf und muss berichtet werden können. Hingegen wäre die unkommentierte Weitergabe eines Monologs dieser Person im Zusammenhang mit ihrer Rolle in einem Terrornetzwerk und der «Glorifizierung» der Motive oder dem verbalen Aufrufen zu Hass und Gewalt unseres Erachtens nicht geschützt.

Soweit für eine Kommunikationsform der Schutzbereich von Art. 10 EMRK eröffnet ist, verbleiben den Konventionsstaaten Ermessensspielräume für *gesetzliche Einschränkungen*. Im Zusammenhang mit der Anwendung polizeilicher Zwangsmittel kommen dafür insbesondere der Schutz der nationalen Sicherheit sowie der öffentlichen Sicherheit und Ordnung infrage. Spezifische Einschränkungen sind zum Schutz vertraulicher Informationen möglich; entsprechende Schutzinteressen können mit anderen öffentlichen Interessen kollidieren. Eine eigentliche Zensur ist bei eröffnetem Schutzbereich selbst dann unzulässig. Öffentliche Debatten sind gewollt – auch und ganz besonders solche zu kontroversen und heiklen Fragen.

Ihre Massstäbe für dem Umgang mit dem *Öffentlichen Interesse* und die Abwägung der weiteren Interessen hat die *Grand Chamber* besonders in drei Leiturteilen entwickelt: *Handyside v. The United Kingdom*, *Stoll v. Switzerland*, und von *Von Hannover v. Germany* (No. 2). Der Funktion der Medien als *public watchdog* entspricht es, staatliches Handeln kritisch zu hinterfragen. Die Finalität des Hinterfragens liegt im Schutz gesellschaftlicher Interessen in einem demokratischen Staat. Auch unangenehme und entlarvende (störende und irritierende) Beiträge können zur Aufdeckung von Missständen oder Fehlentwicklungen dienen. Bei der Frage der Zulässigkeit gilt es, einer Einzelfallbeurteilung Raum zu eröffnen,

um auch öffentliche und private Interessen in eine allfällige Abwägung einbeziehen zu können. An einer Berichterstattung über Gefährdungen der Inneren Sicherheit besteht ein grosses öffentliches Interesse. Entscheidend sind die Art und Weise sowie allenfalls der Zeitpunkt der medialen Berichterstattung. Eine Berichterstattung unter Einhaltung der einschlägigen Pflichten und Verpflichtungen trägt zu gesellschaftlich und politisch notwendigen oder wünschbaren Debatten bei. Sie stellt kritische Fragen und setzt sich – in der gebotenen Nüchternheit – auch mit Gewaltphänomenen auseinander, damit sich die Öffentlichkeit ein Urteil bilden kann. Zensur steht sowohl im Widerspruch zu einer freiheitlich-demokratischen Ordnung als auch zum Ziel, den Terrorismus als das zu entlarven, was er ist: Organisiertes Verbrechen mit perfiden Mitteln. Eine Auseinandersetzung damit führt zu gesellschaftlicher Resilienz entzieht ihm den Nährboden.

Bei möglichen *Einschränkungen* der Medienfreiheit aufgrund polizeilichen Handelns gilt es unseres Erachtens, eine Unterscheidung zwischen strategischer, operativer und taktischer Ebene zu treffen. Die strategische Ebene bemisst sich an den allgemeinen Voraussetzungen des Schutzbereichs der Medienfreiheit, den zulässigen Einschränkungen und an möglichen Informationsansprüchen. Besondere Fragen stellen sich auf der operativen und auf der taktischen Ebene. Auf der operativen Ebene geht es insbesondere darum, wie legitime Informationsinteressen der Öffentlichkeit mit den jeweiligen besonderen Pflichten je nach Kommunikationsform in Einklang gebracht werden können. Auf der taktischen Ebene entscheiden sich Grundrechtskonflikte zwischen der Medienfreiheit und dem Recht auf Leben – sei es von Opfern, von Tätern, von Dritten sowie von Medienschaffenden selber – zugunsten von Art. 2 EMRK. Unter Umständen entspricht es gerade einer staatlichen Schutzpflicht, eine Berichterstattung in zeitlich und räumlich eng begrenzter Hinsicht einzuschränken.

Auch die staatlichen Behörden sind herausgefordert, innerhalb der für sie speziell geltenden Rahmenbedingungen wahrheitsgemäss zu informieren. Die *behördliche Informationspolitik* kann auf die aktuelle Informationsflut auf diversen Kanälen¹⁴²³ eingehen. Ein Informationsanspruch wiegt umso schwerer, je weniger den Medien Möglichkeiten zur selbständigen Recherche oder anderweitiger Informationsgewinnung verbleiben.

¹⁴²³ Verschiedenen TV-Programme, diverse Social Media-Plattformen, Zeitungen, etc.

7. FAZIT: ENGMASCHIGES NETZ UND WEIT REICHENDE VORGABEN

Polizeiliche Operationen unterscheiden sich von alltäglicher Polizeiarbeit. Aus der Rechtsprechung zu Art. 2 EMRK ergeben sich rechtliche Anforderungen nicht nur zur Anwendung potenziell tödlicher Gewalt im taktischen Sinne, sondern auch für Operationen von Sicherheitskräften. Die Konventionsstaaten sind unter Umständen nicht nur zu einem Handeln an sich verpflichtet, sondern zu einem Handeln in einer bestimmten Art und Weise. Was die Verpflichtung zu einem *richtigen* Handeln bedeutet, lässt sich im Voraus nur allgemein umschreiben. Bei der Beurteilung von polizeilichen Operationen als ganzen werden je nach Sachverhalt verschiedene Aspekte einer rechtlichen Würdigung unterzogen. Die Konventionsstaaten trifft keine Erfolgspflicht – aber eine Pflicht zu adäquatem Vorgehen und zur Verhinderung vermeidbarer Fehler.

Die Pflichten bei der Ausführung von Anti-Terror-Operationen sind eng mit den prä-operationellen Pflichten verwoben (vgl. dazu Kapitel IV). Es geht darum, die allgemeinen Anforderungen (vgl. Kapitel III) in bestimmten Lagen und konkreten Situationen *anzuwenden*: Aus Planungen werden Operationen, aus Risikobeurteilungen fließen besondere Nachrichtenbedürfnisse und Handlungsrichtlinien, aus Einschätzungen und besonderen Lagebeurteilungen werden Eventualplanungen, aus abstrakten Rechtsgrundlagen konkretisieren sich Leitplanken für das Handeln der Sicherheitskräfte und aus Schutzpflichten leiten sich Handlungsaufträge ab. Anders als bei Vorbereitungshandlungen herrscht bei polizeilichen Operationen meist enormer Zeitdruck.

Aus Art. 2 EMRK fließen keine direkten Vorgaben für die Zuweisung oder für die Ausgestaltung der *Führung* polizeilicher Operationen (unseres Erachtens auch nicht aus der positiven Verpflichtung). Wenn bei Grundrechtseingriffen im Zusammenhang primär mit der negativen Verpflichtung auf eine Operation als Ganze abgestellt wird, und wenn die prozedurale Verpflichtung verlangt, dass die Verantwortung für staatliches Verhalten (Handeln und Unterlassen) im Nachhinein geklärt werden muss, so setzt dies *indirekt* eine Einsatzleitung und Führungsstrukturen voraus. Die Führung muss insbesondere über klare und tragfähige Zuständigkeiten verfügen, über die notwendigen allgemeinen und besonderen Lagekenntnisse informiert sein (oder sich Nachrichten beschaffen können), das polizeiliche Handeln auf ein Ziel ausrichten

können, Eventualplanungen ausarbeiten, nach innen und aussen klar kommunizieren und sich auf eine Aufbauorganisation (oder auf einen festen Kernstab) mit zweckdienlicher Führungsinfrastruktur abstützen können.

Die Ausrichtung polizeilichen Handelns auf ein Ziel ist eine mehrschichtige Aufgabe, für welche die objektive Rechtsordnung stets nur einen äusseren Rahmen vermittelt. Zur Konkretisierung, Koordination und nicht zuletzt zur Führung von Operationen dienen *Rules of Engagement*. Als Steuerungsinstrumente bauen sie auf den Rechtsgrundlagen der involvierten Sicherheitskräfte auf (seien es polizeiliche oder militärische Kräfte oder Spezialeinheiten) und beziehen sich auf eine besondere Lage (in einem bestimmten Raum, einer bestimmten Gegenseite und ganz bestimmten Herausforderungen mannigfaltiger Natur) und dort optimalerweise auf eine konkrete Operation. Damit ergänzen sie die spezifischen (konkreten) Einsatzbefehle. Konkrete Aufträge und Anweisungen bleiben vorbehalten.

Unseres Erachtens setzt die Schaffung von ROE voraus, dass die *nationalen Rechtsordnungen* die von der positiven Verpflichtung – und natürlich vom Legalitätsprinzip – verlangten Grundlagen für das Handeln der involvierten Akteure (Kompetenzen respektive Aufgaben und Zuständigkeiten), die zulässigen Massnahmen sowie die Anwendung polizeilichen Zwangs an sich in ausreichender Bestimmtheit positivieren. Ein wesentlicher Aspekt staatlicher Regulierung liegt darin, Ermessensspielräume für Sicherheitskräfte entweder zu eröffnen oder auszuschliessen. Die *UN Basic Principles* dienen als Richtschnur.

Die Bewältigung einer besonderen oder ausserordentlichen Lage unter Einhaltung rechtlicher Vorgaben zielt für Sicherheitskräfte darauf ab, die Handlungsherrschaft zu erlangen oder sie zu behalten. Dafür sind neben einem ausreichend präzisen *Lagebild* auch ein ständiges Hinterfragen und Verifizieren, Evaluieren und weiteres Planen notwendig. Um der prozeduralen Verpflichtung zu genügen, sind Entscheide zu begründen, zu dokumentieren und zu kommunizieren. Unseres Erachtens besteht *de facto* eine *Journalführungspflicht*¹⁴²⁴.

¹⁴²⁴ Unseres Erachtens genügen dafür digitale Kurzzentrale. Solche sind für Einsätze von staatlichen Sicherheitskräften (sowohl Polizei als auch Feuerwehr und Rettungsdienste) weit verbreitet. In den Streitkräften bestehen zudem digitale Führungs- und Informationssysteme, welche der Journalführungspflicht ebenfalls genügen können.

Operative Mittel müssen sowohl zeitgerecht verfügbar sein als auch beherrscht werden können. Eine unsachgemässe Verwendung an sich zulässiger Mittel kann ebenso zu einer Verletzung von Art. 2 EMRK führen wie eine Missachtung der absoluten Notwendigkeit beim Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel.

Die *Freigabe* von Zwangsmitteln kann unter Umständen bereits in ROE festgelegt sein (dann als Konkretisierung rechtlicher Normen) – oder individuell erfolgen. Die Steuerung der Verwendung besonderer Zwangsmittel (schwere Mittel, Sondereinsatzkräfte, etc.) erfolgt im Sinne einer Konkretisierung des *Verhältnismässigkeitsprinzips* bei Operationen. Allenfalls bestehen dafür abstrakte Schranken: Sei es im Sinne der Unzulässigkeit bestimmter Zwangsmittel, sei es durch das Unterscheidungsgebot – die Rechtsquellen können im nationalen Recht liegen (etwa durch die Positivierung zulässiger Mittel – und umgekehrt durch Verbote) oder aufgrund der interpretativen Berücksichtigung von Wertentscheidungen völkerrechtlich begründet sein.

Nach dem Normwortlaut von Art. 2 EMRK ist beim Einsatz potenziell tödlicher Zwangsmittel auf die *absolute Notwendigkeit* abzustellen (vgl. zur konzeptionellen Stellschraube Ziff. III.5). Unseres Erachtens ist die Entscheidung in den meisten der verbleibenden möglichen Fallkonstellationen durch die Sachumstände bereits determiniert. Massgeblich ist dann die Beurteilung dieser Umstände *ex ante* nach bestem Wissen (*honest belief*). Grundrechtliche Aspekte spielen aufgrund einer allenfalls bestehenden Schutz- und daher *Handlungspflicht* eine Rolle und verlangen ein staatliches Handeln mit tauglichen Mitteln. Dann steht nicht mehr der Mittelansatz im Vordergrund, sondern die Minimierung von Risiken. Der Grundsatz der Risikominimierung gilt unseres Erachtens auch gegenüber den eigenen Sicherheitskräften – auch wenn sie bei Anti-Terror-Operationen keiner besonderen Schutzpflicht unterstehen.

Der konventionskonforme Umgang mit Medien gehört zur Risikominimierung in einem weiteren Sinne. Eine Berichterstattung findet dort ihre Grenzen, wo Journalisten sich oder andere gefährden. Da auch bei Anti-Terror-Operationen die Medienfreiheit gilt, muss den Informationsinteressen der Öffentlichkeit Rechnung getragen werden. Ein öffentliches Interesse besteht sowohl hinsichtlich polizeilicher Operationen als auch hinsichtlich Gefährdungen der Inneren Sicherheit.

VI. POST-OPERATIONELLE PFLICHTEN

«The Court acknowledges that [...] some measure of disorder is unavoidable. [...] However, in the circumstances the rescue operation [...] was not sufficiently prepared, in particular because of the inadequate information exchange between various services, the belated start of the evacuation, limited on-the-field coordination of various services, lack of appropriate medical treatment and equipment on the spot, and inadequate logistics.»

Finogenov and others v. Russia,
18299/03 (2011), § 266.

1. BESONDERE BEDEUTUNG DER POSITIVEN SOWIE DER PROZEDURALEN VERPFLICHTUNG

Nach einer Anti-Terror-Operation ist eine Lage in polizeilicher Hinsicht *bereinigt*: Die Täter sind gefasst oder neutralisiert. Wenn bei einer Operation kein Gebrauch von potenziell letalsten Zwangsmitteln gemacht werden musste, bestehen möglicherweise keine besonderen Pflichten aus Art. 2 EMRK mehr.

Post-operationelle Pflichten können insbesondere hinsichtlich der Sorge um Verletzte (sowohl Opfer und Sicherheitskräfte als auch Täter) sowie zur Sicherung von Beweisen und zur Aufklärung und Aufarbeitung der Ereignisse bestehen. Der Gerichtshof beurteilt post-operationelle Phasen streng (*closer scrutiny*)¹⁴²⁵: Staatliche Sicherheitskräfte kennen die (grundsätzlich bereinigte) Lage, verfügen mehr oder weniger vollständig über das Gesetz des Handelns und es stehen ihnen sowohl mehr Zeit als auch weitere Ressourcen zur Verfügung (vgl. Ziff. IV.3, m.H. auf die «*Tagayeva-Kriterien*»).

So lässt der EGMR im Urteil *Finogenov and others v. Russia* beispielsweise den Einsatz von potenziell tödlichem Nervengas sowohl gegen Geiselnnehmer (Täter)

¹⁴²⁵ JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 146.

als auch Geiseln (Opfer) zur Befreiung der in Todesgefahr schwebenden Geiseln zu¹⁴²⁶. Für die Phasen nach der Bereinigung der Lage wendet er dann aber wieder die üblichen, strengen Massstäbe bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit sowie bei der Frage allenfalls bestehender besonderer Schutzpflichten an: Die «[...] subsequent phases of the operation may require a closer scrutiny by the Court; this is especially true in respect of such phases where no serious time constraints existed and the authorities were in control of the situation.»¹⁴²⁷

Post-operationell beanspruchen die positive Verpflichtung zum Schutz des menschlichen Lebens sowie die prozedurale Verpflichtung aus Art. 2 EMRK volle Geltung. Auch die negative Verpflichtung gilt wieder uneingeschränkt. Eine Unterscheidung zwischen Tätern (Angreifern) und Opfern fällt dahin. Verhältnismässigkeitsfragen sind allenfalls anderes zu beantworten, respektive an strengeren Kriterien zu messen.

Eine Herausforderung besteht in der engen zeitlichen Nähe zwischen Operationen an sich und post-operationellen Handlungen und Verpflichtungen. Die verschiedenen Phasen staatlichen Handelns (Vorbereitung, Durchführung, Abschluss) greifen teilweise ineinander über.

2. SORGE UM VERLETZTE PERSONEN

Das Grundrecht auf Leben schützt das Leben als Rechtsgut. Es steht allen Menschen aufgrund ihres Menschseins gleich zu. Die aus Art. 2 EMRK fliessenden Pflichten der Konventionsstaaten können aber teilweise unterschiedlich ausgeprägt sein.

2.1. NACHSORGEPFLICHT

Der EGMR anerkennt die besondere Pflicht der Staaten, um die Gesundheit von Personen in staatlichem Gewahrsam besorgt zu sein (vgl. Ziff. III.2.2.5 sowie III.2.2.6 und dort insbesondere den Fall *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*).

¹⁴²⁶ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 235.

¹⁴²⁷ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 214.

Im Urteil *Anguelova v. Bulgaria* ging es um den Gewahrsam des stark betrunkenen und verletzten *Anguel Zabchekov* (vgl. weiterführend Ziff. VI.4.2.4). Sein Zustand verschlechterte sich zusehends und ihm wurde nicht sofort medizinische Hilfe zuteil. Später verstarb er im Spital¹⁴²⁸. Gemäss dem EGMR sind Personen in solchen Situationen «in a vulnerable position and the authorities are under an obligation to account for their treatment»¹⁴²⁹. Entsprechend hätten die Beamten der Sorge um *Zabchekov* Priorität vor anderen Aufgaben einräumen müssen: After «3 a.m. the police officers realised that Mr Zabchekov's condition was deteriorating. [...] Instead] of calling for an ambulance, they contacted their colleagues who had arrested the boy. Those officers, who were on patrol duty, saw fit to abandon their patrolling tasks and drive back to the police station to verify the situation. Having seen Mr Zabchekov's condition, they took the time to drive to the hospital and then return, followed by an ambulance, instead of calling for one. [...] The] behaviour of the police officers [...] constituted a violation of the State's obligation to protect the lives of persons in custody.»¹⁴³⁰

Dem Urteil *Frick v. Switzerland* lag der Tod eines von der Polizei vorübergehend inhaftierten Mannes zugrunde. Der Mann hatte unter Medikamenteneinfluss einen Selbstunfall mit seinem Auto verursacht¹⁴³¹. Obwohl er Anti-Depressiva zu sich genommen und Selbstmordabsichten geäussert hatte, blieb der Mann über 40 Minuten lang in seiner Zelle ohne Beobachtung – dort erhängte er sich mit seiner Hose¹⁴³². Der EGMR erkannte in der fehlenden Beaufsichtigung des vulnerablen Mannes eine Verletzung von Art. 2 EMRK¹⁴³³.

Die staatlichen Schutzpflichten enden nicht mit dem Abschluss des Zugriffs respektive der unmittelbaren Gefahrenabwehr, sondern bestehen darüber hinaus. Der Staat ist weiterhin verpflichtet, den Schutz des menschlichen Lebens zu gewährleisten. Seine

¹⁴²⁸ *Anguelova v. Bulgaria*, 38361/97 (2002), § 125.

¹⁴²⁹ *Anguelova v. Bulgaria*, 38361/97 (2002), § 110.

¹⁴³⁰ *Anguelova v. Bulgaria*, 38361/97 (2002), §§ 125 und 130.

¹⁴³¹ *Frick v. Switzerland*, 23405/16 (2020), § 4.

¹⁴³² *Frick v. Switzerland*, 23405/16 (2020), §§ 7, 11 ff. und 26.

¹⁴³³ *Frick v. Switzerland*, 23405/16 (2020), § 98.

Pflicht umfasst die medizinische Versorgung von Verletzten und allenfalls die psychologische Betreuung der Angehörigen von Opfern. Übt der Staat Gewahrsam über Personen aus, kann er sich in einer Garantenstellung befinden.

Folglich kann unseres Erachtens aus dem Recht auf Leben eine generelle staatliche Nachsorgepflicht abgeleitet werden für verletzte oder bei polizeilichen Aktionen in Gewahrsam genommene Personen.

2.2. ANFORDERUNGEN AN RETTUNGSAKTIONEN

Rettungsaktionen orientieren sich stark an der vermutlichen Anzahl von verletzten Menschen sowie an den örtlichen Gegebenheiten. Zur Bergung und Erstversorgung der Verletzten werden möglichst schnell genügend und ausreichend qualifizierte Rettungskräfte vor Ort benötigt.

Die Durchführung einer Bergung hängt von der Lagebeurteilung ab. Hält eine Gefahrenlage an, wird die Bergung nicht durch medizinisches Personal vorgenommen, sondern durch besser geschützte Einsatzkräfte. Müssten sich die Rettungskräfte zusätzlich um die eigene Sicherheit sorgen, wäre eine effektive Versorgung der Verletzten nur bedingt möglich. Es bedarf dann einer engen Koordination zwischen Rettungs- und Einsatzkräften – und letztlich auch eines medizinischen Grundwissens bei den Einsatzkräften. Möglich ist es, in bestimmten Einsatzabschnitten bereits mit der Bergung von Verletzten zu beginnen, während die Operation in anderen Abschnitten andauert.

Eine rudimentäre Erstversorgung kann bereits vor Ort erfolgen. Bei Terroranschlägen erweist es sich als entscheidend, bei verletzten Personen zuerst allfällige Blutungen zu stoppen und so ein Verbluten von Opfern zu verhindern. Dazu werden Einsatzkräfte aktuell mit *Tourniquets* ausgerüstet.

Die Rettung von Menschen muss umgehend erfolgen. Je länger eine medizinische – und übrigens auch psychologische – Versorgung ausbleibt, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit von bleibenden Schädigungen oder Todesfolgen¹⁴³⁴. Eine verspätete Rettungs-

¹⁴³⁴ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 285.

aktion kann zu einer Verletzung von Art. 2 EMRK führen (vgl. Ziff. IV.3.2.2.d, m.H. auf *Finogenov and others v. Russia*, § 266).

Zur Priorisierung der Ressourcen wird eine *Triage* der verletzten Personen vorgenommen. Eine Erstbeurteilung dient einer Einschätzung der Dringlichkeit des medizinischen Handlungsbedarfs je nach Person. Dabei kann und muss es zu einer gewissen Schematisierung kommen. Zuerst geht es darum, (die am stärksten gefährdeten) Leben zu retten.

Im Fall *Finogenov and others v. Russia* fand keine *Triage* der Verletzten statt. Der EGMR bleibt in seiner Beurteilung nahe an den vorgebrachten Sachverhaltsdarstellungen und legt bei hohem Detaillierungsgrad eine grosse Strenge an. Eine solche verlangt er indirekt auch von den nationalen Untersuchungen: «[...] It is unclear what order of priorities was set for the medics. The Government claimed that, as part of the original plan, the medical personnel were supposed to sort the victims into four groups, depending on the gravity of their condition. However, no such sorting could be seen on the video: the bodies were placed on the ground in a seemingly haphazard way, and many witnesses confirmed that in fact there had been no filtering [...] or that it was inefficient, since dead bodies had been placed in the same buses as people who were still alive [...]. Further, the purpose of sorting is itself unclear. The Government did not indicate whether, after the sorting, if any, priority was given to the most serious cases or to those victims whose chances of recovery were higher. The purpose of the sorting is not specified: the Court cannot thus tell whether it was to be carried out to ensure even distribution of the burden amongst the hospitals or to ensure that the most serious cases were sent to the closest (or better prepared) hospitals. Most importantly, the Government did not explain how information on the respective «category» of each victim was communicated to the ambulance doctors, doctors in the city buses and in the hospitals. The Court submitted questions on those points to the Government but received no replies. The materials of the domestic investigation do not elucidate those matters. The Court concludes that this aspect of the rescue operation was not

thought through, and that in practice the ‹sorting› was either non-existent or meaningless.»¹⁴³⁵

Dem bestmöglichen Erhalt der physischen Integrität von Menschen ist auch auf dem Patientenweg Rechnung zu tragen. Der EGMR lässt angesichts seines strengen Prüfungsmaßstabs (*closer scrutiny*) offenbar keine weitgehenden Ausnahmen zu. So stellt der Gerichtshof (immer noch im Urteil *Finogenov and others v. Russia*) die Angemessenheit des teilweise mit normalen Linienbussen und ohne medizinische Betreuung erfolgten Patiententransports sowie der Patientenverteilung infrage.

«[... Although] the original plan provided for the mass transportation of victims in the city buses, it did not make provision for medical assistance in those buses. Many witnesses noted a lack of medical personnel and equipment in the buses transporting victims: sometimes there was only one paramedic for a bus containing 22 victims in a critical state; sometimes there were no escorting medics in the buses at all [...]. Although there is no exact information about how much time was needed to transport the victims to the hospitals [...], it is clear that the lack of medical personnel in the buses might have been yet another negative factor. [... Everything] suggests that there was no clear plan for the distribution of victims amongst various hospitals. [...] As a result, the dispatching of the victims to hospitals was more or less unstructured: thus, four or five buses followed the ambulances and all arrived at the same destination, City Hospital no. 13, almost simultaneously. That hospital received 213 victims of the gas within 30 minutes [...], many of them in a critical state. [...] It] is very likely that medical assistance to the majority of those 213 hostages was seriously delayed. [...]»¹⁴³⁶

Bei einer Rettungsaktion befindet sich der Konventionsstaat in einer juristisch heiklen Situation. Wartet er ab, verstösst er (latent) gegen die Schutzpflicht nach Art. 2 EMRK. Handelt er nicht rechtzeitig, falsch oder ungenügend, verstösst er ebenfalls gegen das Grundrecht. Daher sind für Anti-Terror-Operationen Rettungsaktionen bereits bei der Einsatzplanung vorzusehen und es ist die Koordination mit weiteren Einsatzkräften im

¹⁴³⁵ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 249.

¹⁴³⁶ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 249 f.

Voraus zu gewährleisten (vgl. Ziff. IV.3.3.4 und IV.3.4). Bei der Rettungsaktion selber geht es dann um die konkrete Zuteilung von Ressourcen sowie um die Führung und Kommunikation.

Haben verletzte Personen die medizinischen Einrichtungen – insbesondere Spitäler – erreicht, greifen aus grundrechtlicher Sicht die allgemein gültigen Grundsätze für die medizinische Versorgung (vgl. Ziff. III.2.2.6).

2.3. NACHSORGEPFLICHT GEGENÜBER EINSATZKRÄFTEN

Insbesondere länger andauernde Operationen mit hohem psychischem Druck oder Grossereignisse mit zahlreichen Verletzten und Toten können die involvierten Einsatzkräfte psychisch belasten oder sogar traumatisieren¹⁴³⁷.

Für die «*Operation Banner*» liegen Zahlen zur Tötung von Sicherheitskräften (vgl. Ziff. III.3.2.3), aber keine offiziellen Zahlen zu indirekten Todesfällen vor: EDWARDS weist auf rund 70 Selbstmorde bei den Polizeikräften und bis zu 1'300 Todesfälle bei Militärangehörigen durch Verkehrsunfälle, Selbstmorde und post-traumatischen Stress hin¹⁴³⁸.

Aus Art. 2 EMRK ergibt sich keine *unmittelbare* Pflicht zum Schutz der psychischen Integrität von Akteuren auf staatlicher Seite (zum Anspruch auf physischen Schutz vgl. Ziff. V.5.1). Die *UN Basic Principles* empfehlen, den Einsatzkräften nach bestimmten Ereignissen den Zugang zur Stressberatung zu ermöglichen (Ziff. 21):

Governments and law enforcement agencies shall make stress counselling available to law enforcement officials who are involved in situations where force and firearms are used.

¹⁴³⁷ Über die Traumata von Helfern nach dem Attentat von Anis Amri am Berliner Breitscheidplatz vgl. <https://www.deutschlandfunk.de/Von-Helfern, die-selbst-Hilfe-brauchen>», ausgestrahlt am 19. Dezember 2019 (besucht am 12. April 2021).

Die Herausforderungen zum Erkennen und zur Behandlung von psychischen Schädigungen bei Sicherheits- und Rettungskräften sowie Medizinalpersonen sind nicht trivial; vgl. zum Programm «*Soigner les soignants*» in Frankreich die Website der Universitäten Paris-Diderot und Toulouse-Paul Sabatier <http://diu-soignerlessoignants.fr> (besucht am 12. April 2021).

¹⁴³⁸ EDWARDS, Northern Ireland Troubles, S. 88.

Ein Anspruch der Angehörigen von Sicherheitskräften auf Beratung und besondere Betreuung kann unseres Erachtens auf verschiedene Weise begründet werden. Grundsätzlich liegt es im Interesse des Staates selber, seine Einsatzkräfte zu schützen und künftiges Fehlverhalten gegenüber Dritten zu verhindern (etwa wegen erlittener Traumata). Zumindest soweit eine erhöhte Suizidgefahr besteht, greift unseres Erachtens – *mutatis mutandis* – die staatliche Garantienpflicht (vgl. Ziff. VI.2.1). Zudem dürften dem Staat als Arbeitgeber nach den nationalen Rechtsordnungen besondere arbeitsrechtliche Pflichten zum Schutze professioneller Sicherheits- und Rettungskräfte obliegen.

In einigen Konventionsstaaten ist zusammen mit dem Grundrecht auf physische Integrität auch das Recht auf psychische Integrität verfassungsrechtlich verankert¹⁴³⁹. Auch daraus ergibt sich über die positiven Schutzpflichten eine staatliche Nachsorgepflicht. Die Staaten setzen dies teilweise in ihren Rechtsgrundlagen um. Bei den Grundsätzen für den Waffengebrauch verankert etwa eine Schweizer Verordnung eine spezifische Betreuungspflicht: «Der Angehörige der militärischen Polizeiorgane, der von der Waffe Gebrauch gemacht hat, ist zu betreuen»¹⁴⁴⁰; zudem ist unverzüglich Meldung zu erstatten und zur Spurensicherung ist unverzüglich die Militärpolizei beizuziehen.

Eine psychische Nachsorge hat unter Umständen sehr schnell zu erfolgen. So gilt nach allfälligen Trauma-Ereignissen in der Psychologie die *15-Minuten-Regel*: Die Verarbeitung des Ereignisses sollte in den anschliessenden ersten rund 15 Minuten beginnen können. Eine psychische Belastung kann sich aber auch erst später bemerkbar machen.

Je nach dem kann eine Nachsorge auch kreativ erfolgen. So ist aus der «*Operation Banner*» die *tea time* überliefert. Nach Patrouillen oder Einsätzen tranken die beteiligten Einsatzkräfte Tee und nutzen diese Zeit für Debriefings (dazu sogleich) und zur Verarbeitung ihrer Erlebnisse. Was trivial tönt kann helfen, Ereignisse einzuordnen und persönlich zu bewältigen – und damit psychologischen Stress abzubauen.

¹⁴³⁹ Art. 10 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung: «Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit (...)».

¹⁴⁴⁰ Art. 17 Abs. 6 der Verordnung über die Polizeibefugnisse der Armee vom 26. Oktober 1994 (VPA, SR 510.32).

In einem Debriefing zeigt sich allenfalls auch, ob Schritte zur Unterstützung oder Bewältigung einer psychischen Belastung der beteiligten Personen notwendig sind. Je nach den Umständen können weitere Debriefings zu einem späteren Zeitpunkt sinnvoll sein¹⁴⁴¹.

Ob die Konventionsstaaten Pflichten zum physischen Schutz der *Angehörigen* von Sicherheitskräften in deren privaten Umfeld treffen, hat der EGMR bislang nicht beurteilt. Auf eine entsprechende Beschwerde war die Kommission wegen zu später Einreichung nicht eingetreten¹⁴⁴².

Der von der *National Liberation Army* getötete Oberstabsfeldwebel der Territorialarmee in Teilzeit und «his family lived in a strongly republican area and had suffered the following intimidations: The house was attacked with a petrol bomb [...]. The house was stoned. The children were attacked and abused in the street. Threats were made to burn down the house, especially when the applicant refused to allow a gang to cut down the tree in the front garden for a barricade. [... During] the <H> block protests, slogans were written on the gable of the house.»¹⁴⁴³

An sich dürfte in solchen Fällen die eher zurückhaltende (weil in den Anforderungen sehr konkrete) Rechtsprechung für die konkrete Gefahrenabwehr gelten (vgl. Ziff. III.2.2.5).

Im obigen Fall hätte die Bedrohung unseres Erachtens ausgereicht, um eine Schutzpflicht zu begründen.

¹⁴⁴¹ Seit einigen Jahren ist die Polizeipsychologie in mehreren Ländern fest etabliert (zum Beispiel der Schweiz, Deutschland oder im Vereinigten Königreich). Nebst der Unterstützung in der Rekrutierung sowie Aus- und Weiterbildung liegt ein Aufgabenschwerpunkt bei der Betreuung der Beamten. Vgl. www.polizeipsychologie.ch → Was ist Polizeipsychologie; www.bdp-verband.de → Broschüren → BDP-Berufsbild Psychologie (→ PDF); www.careersinpsychology.org → research careers → psychologists → police psychologist (alle besucht am 12. April 2021).

¹⁴⁴² *M. v. The United Kingdom and Ireland* (AD), 9837/82 (1985), The Law, §§ 13 f.

¹⁴⁴³ *M. v. The United Kingdom and Ireland* (AD), 9837/82 (1985), The Law, § 4.

3. NACHBEARBEITUNG

Die *UN Basic Principles* empfehlen nicht nur eine spezifische Ausbildung für Sicherheitskräfte (*top-down* Prinzip; vgl. Ziff. IV.4.2), sondern auch den Einbezug gemachter Erfahrungen in die Ausbildung (*bottom-up* Prinzip; vgl. Ziff. 20, zweiter Satz):

Law enforcement agencies should review their training programmes and operational procedures in the light of particular incidents.

Ein erster Schritt sowohl für die Nachrichtenbeschaffung, die Nachsorge als auch für die Nachbearbeitung von Ereignissen ist das *Debriefing* mit (oder unter) den beteiligten Akteuren. Dabei geht es einmal darum, Einsätze nach ihrem Abschluss zu besprechen. Dazu können Geschehnisse und Auffälligkeiten rekapituliert und einsatzrelevante Taktiken respektive Vorgehensweisen retrospektiv durchgesprochen werden. Als Ergebnisse können Erkenntnisse gewonnen und Lehren für künftige Verbesserungen gezogen werden.

Bei einem *Debriefing* kann beispielsweise geprüft werden, ob die angewendete Taktik funktioniert hat und ob das gewollte Ergebnis eingetreten ist. Insbesondere werden (potenzielle) Fehlerquellen diskutiert und analysiert, um entsprechende Verbesserungsvorschläge machen zu können. *Debriefings* sollten möglichst zeitnahe zum Ereignis durchgeführt werden, da dann die Erinnerungen noch präsent sind¹⁴⁴⁴.

Ein *Debriefing* ist immer auch selbst ein Lernprozess. Es kann zur Verbesserung der Vorgehensweise für zukünftige Ereignisse beitragen¹⁴⁴⁵. Die *Debriefings* können auf verschiedene Ebenen durchgeführt werden: sei es auf taktischer Ebene für die unmittelbar eingesetzten Kräfte, auf operativer Ebene für die Einsatzleitung¹⁴⁴⁶, oder unseres Erachtens selbst auf strategischer Ebene (auf den höheren Ebenen wäre das Gefäss indes eher die *After Action Review*).

¹⁴⁴⁴ FIP, § 11.1; ZEITNER, Einsatzlehre, S. 139.

¹⁴⁴⁵ FIP, §§ 11.6 f.; ZEITNER, Einsatzlehre, S. 140 f.

¹⁴⁴⁶ ZEITNER, Einsatzlehre, S. 140.

Staatliche Behörden handeln unseres Erachtens bereits beim Debriefing, aber auch bei einer weiteren Nachbereitung von Ereignissen oder Operationen in ihrer Aufsichtsfunktion. Daher muss sichergestellt werden, dass ein Prozess zur Nachbearbeitung an sich überhaupt besteht und angewendet wird. Die daraus resultierenden Erkenntnisse sollten die jeweiligen Behörden, sofern in seinem Aufgabenbereich liegend, bestmöglich umsetzen. Unter Umständen kann auch eine Pflicht bestehen, die eigenen Mittel und Möglichkeiten zu beurteilen und bei Bedarf politische Entscheidung anzustossen¹⁴⁴⁷.

Bei länger andauernden Operationen (oder länger andauernden spezifischen Bedrohungen) geht es darum, Wissen aufzubauen und Lernprozesse anzustossen. Um wiederkehrende Fehler vermeiden zu können, bedarf es aber des Willens, Fehler zu erkennen und zuzugeben¹⁴⁴⁸.

Umgekehrt stellt es eine besondere Herausforderung dar, falsche Lehren zu verhindern oder die Perpetuierung alter Lehren zu vermeiden¹⁴⁴⁹. Es geht insbesondere auch darum, Änderungen im Verhalten einer Gegenseite zu erkennen und Rückschlüsse zu ziehen¹⁴⁵⁰.

Schliesslich kann die (taktische) Nachbearbeitung indirekt mit der Untersuchungspflicht (vgl. Ziff. VI.4) in Zusammenhang stehen – wenn es also darum geht, die Sorgfalt

¹⁴⁴⁷ Illustrativ das Urteil des Zürcher Kassationsgerichts vom 17. Juni 1987 («Rote Zora»; Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht Nr. 88 [1987] S. 545 ff.): Eine ehemalige Prostituierte war von acht Männern zuerst belästigt, dann entführt, tagelang gefangen gehalten und misshandelt worden. Auf ihren Notruf hatte die Polizei nur unzureichend reagiert. Eine Patrouille war nicht entsandt worden, weil die polizeilich bekannte Frau zu «Übertreibungen neige und nicht selten lüge». Das Gericht bewertete das Nichtausrücken der Polizei als widerrechtlich (Erwägung 2). Zudem habe der Staat «[...] ein Polizeikorps zu halten, das seine Aufgaben erfüllen kann, und es darf nicht angehen, in einer so wichtigen Angelegenheit wie der Sicherheit von Personen und Eigentum finanziellen Überlegungen den Vorrang einzuräumen». Die Grösse des Polizeikorps wird wesentlich von den politischen Behörden – Regierung und Parlament – über Finanz- und Ausgabenbeschlüsse gesteuert. Daher müssen die zuständigen Behörden über allfällige Mängel informiert werden, um Entscheide überhaupt fällen zu können.

¹⁴⁴⁸ EDWARDS, Northern Ireland Troubles, S. 84.

¹⁴⁴⁹ EDWARDS, Northern Ireland Troubles, S. 84 (m.H. auf falsche Schlüsse aus der Taktik der IRA).

¹⁴⁵⁰ Nach einem *Bonmot* ist für den Schreiner jedes Problem grundsätzlich ein Nagel – denn sein gewohntes Arbeitsinstrument ist der Hammer, den er nach Möglichkeit einsetzt.

staatlichen Handelns (sei es in der Taktik, der Organisation, des Mitteleinsatzes, etc.) zu beurteilen.

4. **UNTERSUCHUNGSPFLICHT NACH DEM EINSATZ VON ZWANGSMITTELN**

Bei einer Anwendung potenziell letaler Zwangsmittel (unabhängig der konkreten Folgen) sind die Anforderungen an eine Untersuchung nach der prozeduralen Verpflichtung von Art. 2 EMRK strenger als in anderen Bereichen (vgl. Ziff. III.2.4)¹⁴⁵¹.

«The essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility.»¹⁴⁵²

Der EGMR hat in seinem Fallrecht Kriterien entwickelt, denen eine solche Untersuchung genügen muss.

Those «responsible for carrying out the investigation must be independent from those implicated in the events; the investigation must be «adequate»; its conclusions must be based on thorough, objective and impartial analysis of all relevant elements; it must be sufficiently accessible to the victim's family and open to public scrutiny; and it must be carried out promptly and with reasonable expedition. In order to be «adequate» the investigation must be capable of leading to a determination of whether the force used was or was

¹⁴⁵¹ *McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 (1995), § 161; *JACOBS/WHITE/OVEY*, European Convention, S. 158 ff.

¹⁴⁵² *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), § 89; *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009), § 191; *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), § 105; *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001), § 94; *McShane v. The United Kingdom*, 43290/98 (2002), § 94; *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 69; *Finucane v. The United Kingdom*, 29178/95 (2003), § 67; *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 210; *Gongadze v. Ukraine*, 34056/02 (2005), § 175; *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), § 150.

not justified in the circumstances and of identifying and – if appropriate – punishing those responsible.»¹⁴⁵³

Die Untersuchungspflicht gilt grundsätzlich auch beim Einsatz von Zwangsmitteln gegenüber Zivilisten in bewaffneten Konflikten (vgl. Ziff. III.4.5) – unter Umständen wird sie dort aber relativiert¹⁴⁵⁴.

Im Nachgang zum Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel fallen andere als staatliche Untersuchungen von vorneherein ausser Betracht (vgl. Ziff. III.2.4.4). Ebenfalls ist es in solchen Fällen ausgeschlossen, eine Untersuchung mit allfälligen Kompensationsleistungen zu umgehen.

«Civil proceedings, which are undertaken on the initiative of the next of kin, not the authorities, and which do not involve the identification or punishment of any alleged perpetrator, cannot be taken into account in the assessment of the State’s compliance with its procedural obligations under Article 2 of the Convention [...]. Moreover, the procedural obligation of the State under Article 2 cannot be satisfied merely by awarding damages [...]»¹⁴⁵⁵

4.1. PFLICHT ZUR DURCHFÜHRUNG EINER WIRKSAMEN UNTERSUCHUNG

Die Untersuchungspflicht umfasst verschiedene Elemente (vgl. Ziff. III.2.4), welche sich zuweilen nicht trennscharf voneinander unterscheiden lassen; dies führt zu einer gewissen dogmatischen Offenheit. Der EGMR versteht die Untersuchungspflicht bei polizeilichen Operationen in einem weiten Sinne – sie deckt alle Operationsphasen ab.

So die *Grand Chamber* im Urteil *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* zum Einsatz von Soldaten im Irak: «[...] Article 2 required an independent examination, accessible to the victim’s family and to the public, of the broader

¹⁴⁵³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 496, m.H. auf *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), §§ 232 – 239.

¹⁴⁵⁴ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 164 (m.w.H. auf die Rechtsprechung des EGMR).

¹⁴⁵⁵ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 165; ähnlich *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 121.

issues of State responsibility for the death, including the instructions, training and supervision given to soldiers undertaking tasks such as this in the aftermath of the invasion»¹⁴⁵⁶.

Beim Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel durch staatliche Sicherheitskräfte bedarf es für die Untersuchung einer strikten Prüfung der jeweiligen Vorkommnisse durch die untersuchende Behörde¹⁴⁵⁷; die Untersuchungspflicht verdichtet sich unseres Erachtens zu einer Pflicht zur Durchführung einer *wirksamen* Untersuchung¹⁴⁵⁸ (vgl. Ziff. III.2.6).

Entsprechend sind insbesondere die Kriterien der *Unabhängigkeit* einer Untersuchungsbehörde (Ziff. VI.4.2.1) und der *Angemessenheit* der Untersuchung (Ziff. VI.4.2.2) als Elemente ihrer *Wirksamkeit* zu verstehen.

Die Untersuchungspflicht nach dem Einsatz potenziell letaler Zwangsmittel dient – neben der Erfüllung des individualrechtlichen Gehalts – auch einem weiteren, darüber hinaus reichenden Zweck: Der Gewährleistung des öffentlichen Vertrauens in die Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols¹⁴⁵⁹ respektive in die Rechtmässigkeit staatlichen Handelns¹⁴⁶⁰. Letztlich hängt die Wirksamkeit einer Untersuchung im Einzelfall mit der Gewährleistung eines funktionierenden Rechtsrahmens (*effective legal framework*) hinsichtlich des Einsatzes staatlicher Zwangsmittel zusammen.

In *Hugh Jordan v. The United Kingdom* war der Autofahrer *Pearse Jordan* in Belfast in eine Polizeikontrolle geraten. «On stopping the car, the officers had fired several shots at the driver, fatally wounding him a short distance from where his car had been abandoned. No guns, ammunition, explosives, masks

¹⁴⁵⁶ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 174.

¹⁴⁵⁷ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 234.

¹⁴⁵⁸ So wohl implizit auch JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 158 f.; REID, Practitioner's Guide, 75-016; vgl. zudem HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), 217 oder CHEVALIER-WATTS, Effective Investigations, S. 702 f.

¹⁴⁵⁹ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 232; *Ramsahai and others v. The Netherlands* (GC), 52391/99 (2007), § 325.

¹⁴⁶⁰ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 167; *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 213.

or gloves had been found in the car and the driver, had been unarmed.»¹⁴⁶¹
 «Following the death of Pearse Jordan, an investigation was commenced by the RUC. On the basis of that investigation, there was a decision by the [Director of Public Prosecutions] not to prosecute any officer.»¹⁴⁶² Unter anderem darin erkannte der EGMR ein Verletzung der Untersuchungspflicht nach Art. 2 EMRK: «The essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility.»¹⁴⁶³

Es besteht zudem ein enger Bezug zwischen einer wirksamen Untersuchung durch eine unabhängige Behörde und einer – auch öffentlich zugänglichen, transparenten – Würdigung der Umstände des Einsatzes staatlicher Zwangsmittel. Es soll überprüft und nachvollzogen werden können, ob ein Verhalten angemessen war oder nicht. Auch eine sachgerechte Überprüfung stärkt das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Rechtmässigkeit behördlichen Handelns. Sie bildet zudem einen der Grundsteine dafür, aus tatsächlichen Vorfällen zu lernen und auch in einem weiteren Sinne Konsequenzen zu ziehen.

Insofern besteht *de facto* eine Parallelität zwischen individuellen Rechtsansprüchen von Opfern aus Art. 2 EMRK sowie einem Interesse der Öffentlichkeit an wirksamen Untersuchungen und dem Aufdecken ungenügender Rechtsgrundlagen oder von Missständen in der Rechtsanwendung. Der EGMR setzt sich in einzelnen Fällen mit der Frage auseinander, wie weit eine Partizipation von Opfern – und im Falle der Anwendung tödlicher Zwangsmittel insbesondere von Hinterbliebenen – in Verfahren reichen soll¹⁴⁶⁴.

Ob eine Untersuchungspflicht besteht, ist (grundsätzlich) *ex ante* zu beurteilen.

Die *Grand Chamber* betont den Grundsatz im Urteil *Giuliani and Gaggio v. Italy*. Sie weist aber gleichsam auf die – seltene – Möglichkeit von Ausnahmen hin: Whether

¹⁴⁶¹ *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), § 13.

¹⁴⁶² *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), § 116.

¹⁴⁶³ *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), § 105.

¹⁴⁶⁴ CHEVALIER-WATTS, *Effective Investigations*, S. 715.

«or not an investigation had been conducted properly had to be assessed *ex ante*, on the basis of the facts known when the decision was taken, and not *ex post facto*. An investigation was defective for the purposes of the Convention if the shortcomings identified undermined its capability of establishing the circumstances of the case or the persons responsible [...]. Only unusual circumstances had led the Court, in certain cases, to find a procedural violation of Article 2 without finding a substantive violation of the same provision or of Article 38 of the Convention [...], and this had in any case given rise to dissenting opinions [...]. In the instant case, the conclusions of the domestic authorities as to the existence of self-defence had been endorsed by the Chamber. Accordingly, any defect there might have been in the investigation had no impact on its effectiveness.»¹⁴⁶⁵

Zu diesen Ausnahmen gehört das Urteil *Hugh Jordan v. The United Kingdom* (vgl. dazu oben und Ziff. VI.4.2.1).

4.2. KRITERIEN DER WIRKSAMKEIT

Um wirksam zu sein, muss eine Untersuchung von einer unabhängigen Behörde adäquat und zeitnah durchgeführt werden können¹⁴⁶⁶.

4.2.1. Organisatorisch-formales Kriterium: Unabhängigkeit der Untersuchungsbehörde

Ein erstes, organisatorisch-formales Kriterium besteht in der *formalen* Unabhängigkeit der mit der Untersuchung einer (potenziell) tödlichen polizeilichen Zwangsmassnahme betrauten (zuständigen) Behörde. Die Untersuchungsbehörden oder die ihr angehörenden, mit der Untersuchung betrauten Personen müssen also von den in ein Ereignis involvierten Stellen und Personen unabhängig sein¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶⁵ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 269.

Für «targeted killings» wird zuweilen neben einer strengen juristischen Beweisführung eine *ex post* Beurteilung verlangt; vgl. MACDONALD, *Lawful Use of Targeted Killing*, S. 138.

¹⁴⁶⁶ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 217 f.; JACOBS/WHITE/OVEY, *European Convention*, 161 f.; REID, *Practitioner's Guide*, 75-016.

¹⁴⁶⁷ Vgl. auch LEACH, *European Court*, Rz. 6.75 sowie zu den Fällen des Vereinigten Königreich betreffend DICKSON, *ECHR and the Conflict in Northern Ireland*, S. 268 ff.

«For an investigation into alleged unlawful killing by State agents to be effective, it may generally be regarded as necessary for the persons responsible for and carrying out the investigation to be independent from those implicated in the events [...]. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence [...].»¹⁴⁶⁸

Das Kriterium wird offensichtlich dann verletzt, wenn die Untersuchungsbehörde in die zu untersuchenden Ereignisse bereits «verwickelt» ist. Dieser Mangel kann nicht geheilt werden. Es genügt nicht, wenn bloss eine Aufsicht durch eine dritte, selber unabhängige Behörde besteht.

Im Fall *Hugh Jordan v. The United Kingdom* (zum Sachverhalt oben, Ziff. VI.4.1) «[...] the investigation into the killing by a RUC police officer was headed and carried out by other RUC officers, who issued the investigation report on the file. The [...] investigation was supervised by the ICPC, an independent police monitoring authority. [...] There was nonetheless a hierarchical link between the officers in the investigation and the officers subject to investigation, all of whom were under the responsibility of the RUC Chief Constable, who plays a role in the process of instituting any disciplinary or criminal proceedings [...]. The power of the ICPC to require the RUC Chief Constable to refer the investigating report to the DPP for a decision on prosecution or to require disciplinary proceedings to be brought is not, however, a sufficient safeguard where the investigation itself has been for all practical purposes conducted by police officers connected with those under investigation.»¹⁴⁶⁹

Eine Befangenheit der untersuchenden Behörde kann zu ungenauen oder unvollständigen Ergebnissen führen¹⁴⁷⁰. Möglicherweise werden Untersuchungen bei mangelnder

¹⁴⁶⁸ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 232. Ganz ähnlich *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 167; *Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 (2002), § 91; *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), §§ 211 und 213 f. oder *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 70; ähnlich *Turluyeva v. Russia*, 63638/09 (2013), § 109.

¹⁴⁶⁹ *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), § 120.

¹⁴⁷⁰ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 282.

Unabhängigkeit nicht *angemessen* durchgeführt (vgl. sogleich, Ziff. VI.4.2.2), was zudem eine Sanktionierung der Verantwortlichen erschweren kann.

Der EGMR verlangt neben einer formalen Unabhängigkeit der Untersuchungsbehörde auch eine *tatsächliche Unabhängigkeit*. Dabei spielt das Verhältnis zwischen der Untersuchungsbehörde und der in die Untersuchung involvierten weiteren Behörden eine Rolle. Letztere dürfen weder darüber entscheiden, ob eine Untersuchung stattfindet, noch darüber, wie mit dem Untersuchungsergebnis umzugehen ist.

Im Fall *Al-Skeini v. The United Kingdom* war der Grad der Unabhängigkeit der Untersuchung verschiedener Todesfälle im Irak durch eine Spezialabteilung der *Royal Military Police* mit eigener Befehlskette zu beurteilen. Der EGMR erkannte eine Verletzung von Art. 2 EMRK¹⁴⁷¹, denn «[...] the Special Investigation Branch was not, during the relevant period, operationally independent from the military chain of command. It was generally for the Commanding Officer of the unit involved in the incident to decide whether the Special Investigation Branch should be called in. If the Special Investigation Branch decided on its own initiative to commence an investigation, this investigation could be closed at the request of the military chain of command [...]. On conclusion of a Special Investigation Branch investigation, the report was sent to the Commanding Officer, who was responsible for deciding whether or not the case should be referred to the Army Prosecuting Authority. The [...] fact that the Special Investigation Branch was not <free to decide for itself when to start and cease an investigation> and did not report <in the first instance to the [Army Prosecuting Authority]> rather than to the military chain of command, meant that it could not be seen as sufficiently independent from the soldiers implicated in the events to satisfy the requirements of Article 2.»¹⁴⁷²

Auch bei grösseren Ermittlungen mit ganzen Teams dürfen die Vertreter jener Behörden, welche an der Planung und Durchführung von Operationen beteiligt gewesen sind,

¹⁴⁷¹ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), §§ 175 und 177.

¹⁴⁷² *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 172. Die Prüfung der Unabhängigkeit erfolgt nach den konkreten Umständen; so etwa in *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015), § 237 ff. und dazu kritisch STURM, *Gewaltanwendung*, S. 65 f.

später nicht den Untersuchungsbehörden angehören. Selbst dann nicht, wenn es sich um Personen mit Expertenwissen handelt.

Im Fall *Finogenov and others v. Russia* waren Vertreter des Inlandgeheimdienstes unzulässigerweise an der Untersuchung der Anti-Terror-Operation beteiligt. The «investigative team was not independent: although it was headed by an official from the Moscow City Prosecutor Office's, and supervised by the General Prosecutor's Office, it included representatives of the law-enforcement agencies which had been directly responsible for the planning and conduct of the rescue operation, namely the FSB [...]. Experts in explosive devices were from the FSB [...]. The key forensic examinations of the victims' bodies and their medical histories were entrusted to a laboratory that was directly subordinate to the Moscow City Public Health Department [...]. The head of that Department [...] was personally responsible for the organisation of medical aid to the victims and was therefore not disinterested. In sum, the members of the investigative team and the experts whose conclusions were heavily relied on by the lead investigator had conflicts of interests, so manifest that in themselves those conflicts could have undermined the effectiveness of the investigation and the reliability of its conclusions.»¹⁴⁷³

Die unabhängige Untersuchungsbehörde muss selbständig Zugang zu Informationen erlangen können, welche ihr die Beurteilung der weiteren Umstände des polizeilichen Vorgehens erlauben. Dabei geht es neben den konkreten Umständen des Einzelfalls auch um die Möglichkeit einer Beurteilung von ganzen Operationen.

Im Fall *Ergi v. Turkey* waren die Umstände des Todes von *Havva Ergi* während eines angeblichen Zusammenstosses mit Sicherheitskräften zu beurteilen. Die Staatsanwaltschaft, die den Tod eines Mädchens untersuchte, stützte sich stark auf die Angaben der in den Vorfall verwickelten Gendarmen. «Nor was any detailed consideration given by either the district gendarmerie commander or the public prosecutor to verifying whether the security forces had conducted the operation in a proper manner. Although [gendarmerie major] Ahmet Kuzu had stated to the delegates that the operations should as far as possible not

¹⁴⁷³ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 281.

be planned in or about civilian areas and that in the instant case the plan had been to restrict the activity to the north of the village, it would appear that no inquiry was conducted into whether the plan and its implementation had been inadequate in the circumstances of the case. [...The] authorities failed to carry out an effective investigation into the circumstances surrounding Havva Ergi's death. [... Neither] the prevalence of violent armed clashes nor the high incidence of fatalities can displace the obligation under Article 2 to ensure that an effective, independent investigation is conducted into the deaths arising out of clashes involving the security forces, more so in cases such as the present where the circumstances are in many respects unclear.»¹⁴⁷⁴

Fraglich kann sein, ab welchem *Zeitpunkt* eines Verfahrens die formelle und tatsächliche Unabhängigkeit gewährleistet sein muss. Der EGMR verlangt bereits in den Anfangsstadien einer Untersuchung eine genügende Unabhängigkeit der untersuchenden Behörden.

Im Fall *Brecknell v. The United Kingdom* ging es um einen tödlichen Angriff durch loyalistische *gunmen* auf Donnelly's Bar im Jahr 1975. Die Täter konnten nicht identifiziert werden und die Untersuchung wurde 1981 eingestellt¹⁴⁷⁵. Im Jahre 1999 erklärte John Weir, Offizier der RUC, dass die Polizei Mitte der 1975er Jahre mit loyalistischen Paramilitärs zusammengearbeitet habe. In der Folge fand eine polizeiliche Untersuchung statt, «whether Weir's allegations should be assessed as sufficiently credible to require a full investigation.»¹⁴⁷⁶ Ein Bericht der RUC vom Februar 2000 hielt Weir zwar für unglaubwürdig, kam aber zum Schluss, die Untersuchung fortzusetzen; im Jahr 2004 wurde ein *Serious Crimes Review Team* gebildet, um den Fall zu untersuchen; 2005 übernahm ein *Detective Chief Superintendent* der *London Metropolitan Police Force* die Oberaufsicht¹⁴⁷⁷. Für den EGMR war entscheidend, «that for a considerable period the case lay under the responsibility and control of the RUC»¹⁴⁷⁸. The

¹⁴⁷⁴ *Ergi v. Turkey*, 66/1997/850/1057 (1998), § 84 f.

¹⁴⁷⁵ *Brecknell v. The United Kingdom*, 32457/04 (2007), §§ 7 und 15 ff.

¹⁴⁷⁶ *Brecknell v. The United Kingdom*, 32457/04 (2007), §§ 18 ff. und 22 (Zitat).

¹⁴⁷⁷ *Brecknell v. The United Kingdom*, 32457/04 (2007), §§ 23 f.

¹⁴⁷⁸ *Brecknell v. The United Kingdom*, 32457/04 (2007), § 76.

«lack of independence of the RUC during the initial stages of the investigation begun in 1999» und begründete eine Verletzung von Art. 2 EMRK¹⁴⁷⁹.

Nach hier vertretener Ansicht ist es lebensnah, dass die involvierten Sicherheitsbehörden während oder unmittelbar nach Operationen (oder Ereignissen) selber Beweise sicherstellen, Zeugen eruiieren und den Sachverhalt erstellen. Es resultiert aber ein pflichtgemäss auszuübendes Ermessen, die zuständige Untersuchungsbehörde so früh wie möglich zu informieren – und die weiteren Untersuchungen oder Ermittlungen gegebenenfalls an eine Behörde zu übertragen, welche das Unabhängigkeitskriterium erfüllt.

Der theoretisch denkbare Beizug der Untersuchungsbehörde bereits bei der Durchführung bestimmter Operationen wird gemäss der Rechtsprechung nicht verlangt. Zu Recht – denn dies könnte zu einer Beeinträchtigung ihrer Objektivität führen. Eine unabhängige Untersuchung soll gerade einen unvoreingenommenen Blickwinkel haben, um den Anforderungen von Art. 2 EMRK gerecht werden zu können. Neutralität verlangt nach einer gewissen Distanz.

4.2.2. Inhaltliches Element: Angemessenheit der Untersuchung

In der *Beurteilung der Angemessenheit* einer Untersuchung besteht ein gewisses Ermessen¹⁴⁸⁰. Dies betrifft sowohl die Erhebung der Fakten¹⁴⁸¹ (respektive Beweise) als auch die Prüfung der Rechtmässigkeit einer Gewaltanwendung (in Anbetracht der konkreten Umstände) sowie die Bezeichnung der Verantwortlichen (und deren allfällige Sanktionierung)¹⁴⁸².

«The investigation must also be effective in the sense that it is capable of leading to a determination of whether the force used was or was not justified in

¹⁴⁷⁹ *Brecknell v. The United Kingdom*, 32457/04 (2007), Urteilsdispositiv, § 1 (einstimmig).

¹⁴⁸⁰ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 217.

¹⁴⁸¹ Vgl. auch die Beispiele bei LEACH, *European Court*, Rz. 6.90 ff.

¹⁴⁸² *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 233; JACOBS/WHITE/OVEY, *European Convention*, S. 161.

the circumstances [...] and of identifying and if appropriate punishing those responsible [...]. This is not an obligation of result, but of means.»¹⁴⁸³

Im Ergebnis muss das Resultat der Untersuchung auf sorgfältig erhobenen, objektiven und eindeutigen Fakten basieren (können)¹⁴⁸⁴.

«The authorities must take the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident, including, inter alia, eyewitness 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. Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of death or the person or persons responsible will risk falling foul of this standard [...]»¹⁴⁸⁵

a. Erhebung von Fakten und Sicherung von Beweisen

Die Verpflichtung zur Durchführung einer angemessenen Untersuchung beinhaltet eine objektive, gründliche und unverzügliche (möglichst ereignisnahe) Beweissicherung im rechtlich vorgesehenen Rahmen. Eine ausführliche und lückenlose Beweissicherung soll eine möglichst umfassende Rekonstruktion des Sachverhalts ermöglichen.

Im Fall *Tagayeva and others v. Russia* ist dies nicht gelungen. Der EGMR «[...] reiterates that as this was a situation of violent loss of life, once the identifications had been carried out, individual and more conclusive scrutiny about its causes should have been one of the crucial tasks of the investigation. Where the exact causes of deaths were not established with precision, the investigation failed to provide an objective ground for the analysis of the use of lethal force by the State agents.»¹⁴⁸⁶

¹⁴⁸³ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 301; *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 166; ganz ähnlich *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 212.

¹⁴⁸⁴ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 272 m.w.H. *Kolevi v. Bulgaria*, 1108/02 (2009), § 201.

¹⁴⁸⁵ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 166; ganz ähnlich *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 212.

¹⁴⁸⁶ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 507.

Die Wirksamkeit einer Untersuchung ist ein eigenständiger Gehalt der prozeduralen Verpflichtung. Mit der verlangten Erhebung von Fakten und der Sicherung von Beweisen wird gleichsam die Grundlage zur Prüfung einer allfälligen Verletzung der positiven oder der negativen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK geschaffen¹⁴⁸⁷.

«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 [...]. Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of death or the person or persons responsible will risk falling foul of this standard.»¹⁴⁸⁸

Zur Erhebung von Fakten und Beweisen gehört es auch, Zeugen ausfindig zu machen sowie Beweismittel sicherzustellen; unter Umständen sind eine forensische Spurensicherung oder rechtsmedizinische Untersuchungen geboten. Geschieht dies nicht oder bloss unzureichend, wird die prozedurale Verpflichtung nach Art. 2 EMRK verletzt¹⁴⁸⁹.

Im Urteil *Kaya and others v. Turkey* beurteilt das Gericht das eigentliche Verschwinden eines Journalisten zwar nicht als Verletzung von Art. 2 EMRK¹⁴⁹⁰. Es hält aber fest, dass keine angemessenen Massnahmen für eine ausreichende Untersuchung vorgenommen worden sind, sei es die Identifikation von weiteren Zeugen oder die Beweismittelsicherung in der Umgebung, aus welcher der Vermisste entführt wurde¹⁴⁹¹. Daher wurde Art. 2 EMRK hinsichtlich der Untersuchungspflicht verletzt.

Im Urteil *Makaratzis v. Greece* hält das Gericht fest, die untersuchende Behörde habe es unterlassen, alle an der Flucht beteiligten Polizisten zu identifizieren beziehungsweise ausfindig zu machen. Es wurden weder Einsatzlisten verlangt

¹⁴⁸⁷ JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 161; *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015), §§ 174 ff.

¹⁴⁸⁸ *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), § 107.

¹⁴⁸⁹ LEACH, European Court, Rz. 6.81, *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 301.

¹⁴⁹⁰ *Kaya and others v. Turkey*, 4451/02 (2006), §§ 33 f.

¹⁴⁹¹ *Kaya and others v. Turkey*, 4451/02 (2006), §§ 39 ff.

noch anderweitige Vorkehrungen getroffen, um mögliche Beteiligte ausfindig zu machen. Zusätzlich seien nur wenige Beweise gesammelt worden, welche in Anbetracht der Gesamtumstände¹⁴⁹² eine effektive und objektive Schlussfolgerung verunmöglichten¹⁴⁹³.

b. Nachvollziehbarkeit

Das Verhalten der untersuchenden Behörden muss widerspruchsfrei und letztlich auch für Dritte nachvollziehbar sein. Damit wird ausgeschlossen, dass sich Personen an der Untersuchung beteiligen, welche selber zu wenig unabhängig sind oder dass zweifelhafte Beweise erhoben werden.

Im Urteil *Mikheyev v. Russia* wurden das Unterlassen der Suche nach möglichen Augenzeugen¹⁴⁹⁴ sowie die verspätete Vornahme von forensisch-medizinischen Untersuchungen¹⁴⁹⁵ gerügt. Zudem waren die der Folter beschuldigten Beamten für das Aufsuchen und Vernehmen von Zeugen eingesetzt worden und haben dabei ein fragwürdiges Verhalten an den Tag gelegt¹⁴⁹⁶. Als besonders schwerwiegend beurteilt der EGMR die Tatsache, dass erfundene Rapporte und Erkenntnisse in die Untersuchung eingeflossen waren: «The investigator stated that [...] the applicant had been released from custody, but then arrested again for disturbing the peace at the railway station. However, by that time it had been officially confirmed that the reports of inspectors N, T and D (who had allegedly arrested the applicant at the railway station) had been fabricated, and that at the relevant time the applicant had been in the hands of the police. Nevertheless this account of events *was repeated* in the decision to discontinue

¹⁴⁹² Es wurden mehrere Schüsse auf den Betroffenen abgefeuert; lediglich drei Projektile wurden sichergestellt; *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 76.

¹⁴⁹³ *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), §§ 76 ff.

¹⁴⁹⁴ *Mikheyev v. Russia*, 77617/01 (2006), § 112.

¹⁴⁹⁵ *Mikheyev v. Russia*, 77617/01 (2006), § 113.

¹⁴⁹⁶ Einer der Beamten rapportierte, dass er den besagten Zeugen nicht angetroffen habe. Dieser gab aber zu einem späteren Zeitpunkt an, dass niemand von der Polizei jemals versucht habe, ihn zu Hause aufzusuchen; *Mikheyev v. Russia*, 77617/01 (2006), § 116.

the proceedings [...]. This fact [...] is such as to discredit the consistency of the official investigation in the eyes of any independent observer.»¹⁴⁹⁷

Im Urteil *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom* erklärte das Gericht Art. 2 EMRK aufgrund eines «lack of compulsion of witnesses who are either eyewitnesses or have material evidence related to the circumstances of a death» als verletzt, da dies «must be regarded as diminishing the effectiveness of the inquiry as an investigative mechanism.»¹⁴⁹⁸

Die Widerspruchsfreiheit und die Nachvollziehbarkeit sind unseres Erachtens als ein einheitliches Kriterium zu verstehen. Widerspruchsfreiheit bedeutet indes nicht, dass eine Untersuchung im Ergebnis völlig lückenlos sein muss. Vielmehr ist es in der Praxis oft so, dass sich Zeugenaussagen gegenseitig widersprechen, dass es Indizien in die eine oder andere Richtung gibt. Verlangt wird, sich dem tatsächlichen Sachverhalt so stark wie möglich anzunähern (vgl. zur Beweislastumkehr sogleich, Ziff. VI.4.2.4).

c. Gesamtbeurteilung

Der EGMR behandelt das Kriterium der *Objektivität* oft gemeinsam mit der Unabhängigkeit und der Wirksamkeit einer Untersuchung. Eine klare Trennung der Elemente erscheint nicht sinnvoll, da die einzelnen Aspekte letztlich eng miteinander verbunden sind¹⁴⁹⁹. Die aus einer Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse führen zu einer Gesamtbeurteilung, ob eine polizeiliche Zwangsanwendung konventionskonform war – und wenn nicht, zur Feststellung des möglichen Bedarfs nach Sanktionierungen¹⁵⁰⁰.

«In particular, the investigation's conclusions must be based on thorough, objective and impartial analysis of all relevant elements. Failing to follow an

¹⁴⁹⁷ *Mikheyev v. Russia*, 77617/01 (2006), § 119.

¹⁴⁹⁸ *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 79.

¹⁴⁹⁹ In der Literatur werden die verschiedenen Aspekte jeweils in unterschiedlichen Zusammenhängen dargestellt; vgl. etwa LEACH, *European Court*, Rz. 6.75; REID, *Practitioner's Guide*, 75-016 (allgemein) sowie 85-021 (use of force); HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 217 f. (die Autoren führen unter dem Hauptkriterium der Wirksamkeit mehrere Unterelemente wie die Angemessenheit auf; zu Letzterer zählen sie auch die Objektivität).

¹⁵⁰⁰ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 234; JACOBS/WHITE/OVEY, *European Convention*, S. 161.

obvious line of inquiry undermines to a decisive extent the investigation's ability to establish the circumstances of the case and the identity of those responsible [...].¹⁵⁰¹

Entsprechend geht es beispielsweise in Fällen terroristischer Aktivitäten auch im Rahmen der Einhaltung der prozeduralen Verpflichtung nicht bloss darum, das Verhalten der unrechtmässig handelnden Angreifer, sondern auch die Reaktionen der Behörden zu untersuchen.

So ist im Fall *Finogenov and others v. Russia* die prozedurale Verpflichtung darum verletzt worden, weil die Untersuchung in mehrfacher Hinsicht unvollständig geblieben war¹⁵⁰².

«The Court stresses that it is not concerned with the investigation into the terrorist act itself. In this part the investigation appeared to be quite ample and successful. Thus, the terrorists and their supporters were identified, the circumstances of the hostage-taking were established, the explosives and firearms used by the terrorists were examined, and at least one person (the terrorists' accomplice outside the building) was brought to trial and convicted. The question is whether the investigation was equally successful in examining the authorities' own actions during the hostage crisis.»¹⁵⁰³

Die Untersuchung war bereits dadurch offensichtlich unvollständig, dass die Zusammensetzung des verwendeten narkotisierenden Gases nicht bekannt gegeben wurde¹⁵⁰⁴. Hinzu traten weitere Gründe, welche die Untersuchung als unvollständig erscheinen liessen: So waren weder alle direkt involvierten Personen noch Zufallszeugen befragt worden¹⁵⁰⁵. Zudem sind weitere, für die Untersuchung relevante Fakten nicht erhoben worden: «For instance, the in-

¹⁵⁰¹ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 234 (im Zusammenhang mit der Wirksamkeit der Untersuchung).

¹⁵⁰² *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 282.

¹⁵⁰³ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 274.

¹⁵⁰⁴ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 277.

¹⁵⁰⁵ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 278.

vestigative team did not establish how many doctors were on duty on the day of the storming in each hospital which participated in the rescue operation. They did not identify what preliminary instructions had been given to the ambulances and city buses as to where to transport the victims. They did not identify all of the officials who had coordinated the efforts of the doctors, rescue workers and military personnel on the spot, and what sort of instructions they had received. They did not establish why the mass evacuation had started only about two hours after the start of the storming, or how much time it had taken to kill the terrorists and neutralise the bombs.»¹⁵⁰⁶

Eine weitere Verletzung der Verpflichtung zur Durchführung einer angemessenen Untersuchung scheint der EMRK in der Vernichtung der Einsatzunterlagen zu erkennen. Bei diesen Unterlagen handelte es sich um potenziell wichtige Beweismittel. «Even assuming that some of them might have contained sensitive information, indiscriminate destruction of all documents, including those containing information about general preparations, distribution of roles amongst members of the crisis cell, logistics, methods of coordination of various services involved in the operation, etc., was not justified.»¹⁵⁰⁷

Unter Umständen haben die Untersuchungsbehörden handfeste, mit Operationen der Sicherheitskräfte zusammenhängende Sachverhalte und ein (theoretisch mögliches) Alternativverhalten zu prüfen. Eine Untersuchung muss es ermöglichen, die erlangten Erkenntnisse einer unabhängigen Überprüfung zu unterziehen.

Beispielhaft das Urteil *Isayeva v. Russia*: Im Ergebnis wurde die Verpflichtung zur Durchführung einer wirksamen Untersuchung in mehrfacher Hinsicht verletzt. Es gab grosse zeitliche Verzögerungen bis zur Eröffnung der Untersuchung¹⁵⁰⁸; verschiedene Fehler wurden dann bei der Untersuchung selbst begangen¹⁵⁰⁹. So wurde die Frage des Fluchtwegs für die Zivilisten kaum untersucht: «In the investigation file reviewed the Court has found no evidence from the service-

¹⁵⁰⁶ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 280.

¹⁵⁰⁷ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 279.

¹⁵⁰⁸ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 217.

¹⁵⁰⁹ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 218.

men who manned the roadblocks at the two exits from the village about the circumstances of the exit and the nature of the orders they had received. Most importantly, the head of the Katyr-Yurt administration, to whom the military witnesses constantly referred as their interlocutor, was questioned only once. No questions were put to him concerning his contacts with the military.»¹⁵¹⁰

Die Rechtsprechung des EGMR zur Untersuchungspflicht ist im Zusammenhang mit der polizeilichen Zwangsanwendung ist nicht immer unumstritten und variiert zuweilen. Dies hängt mit der Gesamtbeurteilung der jeweiligen Umstände zusammen.

Im Urteil *Giuliani and Gaggio v. Italy* hat der EGMR es akzeptiert, dass kein Verfahren gegen die Polizeiführung eröffnet worden war. Nach den tödlichen Schüssen auf Carlo Giuliani war im Kern eine Notwehrsituation zu beurteilen (vgl. Ziff. II.2.5). Die *Grand Chamber* sah keine Verletzung von Art. 2 EMRK – weder hinsichtlich der «use of lethal force» oder des «domestic legislative framework governing the use of lethal force or as regards the weapons issued to the law-enforcement agencies at the G8 summit in Genoa» noch hinsichtlich der «organisation and planning of the policing operations»¹⁵¹¹ oder der «procedural aspects»¹⁵¹².

Eine gemeinsame, teilweise abweichende Meinung der *Minderheit* in der *Grand Chamber* stellt die Nichtverletzung des prozeduralen Aspekts des Rechts auf Leben in Frage. Dabei geht es insbesondere darum, «whether the lack of an investigation aimed at establishing possible liability on the part of certain police officials breached the procedural obligations arising out of Article 2»¹⁵¹³.

Die abweichende Meinung gründet auf einer – ebenfalls abweichenden – Ansicht, dass «the organisation of the policing operations» am G8 Gipfel in Genoa

¹⁵¹⁰ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 221.

¹⁵¹¹ Vgl. dazu REID, *Practitioner's Guide*, 85-021 und 85-018.

¹⁵¹² *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), Judgment of the Court, §§ 1 – 4.

¹⁵¹³ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), Joint Partly Dissenting opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Zupancic, Gyulumyan, Ziemele, Kalaydjieva and Karakas, § 18.

ungenügend gewesen sei¹⁵¹⁴. Bei der Planung seien die Risiken von Ausschreitungen unterschätzt worden. Die Auswahl der Einsatzkräfte hätte unerfahrene Polizisten ausschliessen müssen. Die Planung der Operation hätte folglich einer genaueren Untersuchung bedurft, so dass die dafür verantwortlichen Personen allenfalls zur Rechenschaft hätten gezogen werden können. Dabei wäre gemäss der abweichenden Meinung aber auch eine disziplinarische Untersuchung ausreichend gewesen¹⁵¹⁵.

4.2.3. Zeitliche Elemente

a. Grundsatz der unverzüglichen Durchführung

Die Untersuchung muss unverzüglich durchgeführt werden. Verzögerungen während einer Untersuchung sind möglichst gering zu halten.

«A requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in the context of an effective investigation within the meaning of Article 2 of the Convention.»¹⁵¹⁶

Die zeitlichen Anforderungen dienen sowohl zur Aufklärung des Einzelfalls als auch zum Schutz des Vertrauens in den Rechtsstaat; es soll kein Zweifel an der Duldung von allenfalls unrechtmässigem Handeln (auch durch eine Verschleppung des Verfahrens) aufkommen können¹⁵¹⁷. Der Massstab für die Beurteilung des zeitlichen Fortgangs einer Untersuchung hängt von den jeweiligen Umständen ab.

¹⁵¹⁴ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), Joint Partly Dissenting opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Zupancic, Gyulumyan, Ziemele, Kalaydjieva and Karakas, §§ 7 ff.

¹⁵¹⁵ *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), Dissenting opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Zupancic, Gyulumyan, Ziemele, Kalaydjieva and Karakas, §§ 20 f.

¹⁵¹⁶ *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), § 150. Ähnlich auch etwa *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 237; *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 (2015), § 178; *Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 (2014), § 232; *Jaloud v. The Netherlands* (GC), 47708/08 (2014), § 186; *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 305; *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 167; *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), § 74.

¹⁵¹⁷ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), § 237; *McDonnell v. The United Kingdom*, 19563/11 (2014), § 86.

Im Fall *Nagmetov v. Russia* hatte es nach einem Vorfall acht Monate gedauert, bis ein Antrag für eine forensische Untersuchung der möglichen Tatwaffen gestellt worden war. Weitere drei Monate verstrichen bis zum Erhalt der Ergebnisse. Später wurde die Untersuchung ohne wesentliche Gründe eingestellt, fast zwei Jahre später aber wieder aufzunehmen. Darin bestand eine unnötige Verzögerung¹⁵¹⁸. Damit einhergehend wiege insbesondere der Verlust von wichtigen Beweismitteln während des Verzugs schwer¹⁵¹⁹. Abschliessend erkannte das Gericht, dass nicht alle möglichen und durchführbaren Massnahmen seitens der Behörden getroffen worden seien, um die Umstände des Falles zu untersuchen¹⁵²⁰.

Das Verhalten von Verfahrensbeteiligten kann zu Verzögerungen der Untersuchung beitragen. Der EGMR scheint zumindest dann streng zu sein, wenn Zweifel bestehen, ob das Untersuchungsverfahren von seinem Aufbau her geeignet ist (*structurally capable*), sowohl eine zügige Behandlung des Verfahrens als auch eine angemessene Beteiligung Dritter zu gewährleisten¹⁵²¹.

So hat der Gerichtshof im Urteil *McKerr v. The United Kingdom* auf eine Verletzung der prozeduralen Verpflichtung geschlossen: A «number of the adjournments were requested by the applicant's family. They related principally to legal challenges to procedural aspects of the inquest which they considered essential to their ability to participate – in particular, access to the documents. While it is therefore the case that the applicant's family contributed significantly to the delays, this to some extent resulted from the difficulties facing relatives in participating in inquest procedures [...]. It cannot be regarded as

¹⁵¹⁸ *Nagmetov v. Russia* (GC), 35589/08 (2017), § 45 (Kammerurteil, § 57).

¹⁵¹⁹ Die dem Gericht erbrachten Beweise, dass die russischen Behörden die erforderlichen und angemessenen Vorkehrungen zur Sicherstellung respektive Erhaltung der Beweismittel getroffen hätten sowie die notwendigen Untersuchungen bezüglich des Verlusts des «Hauptbeweismittels» erfolgt seien, wurden als ungenügend erkannt; *Nagmetov v. Russia* (GC), 35589/08 (2017), § 45 (Kammerurteil, § 52).

¹⁵²⁰ *Nagmetov v. Russia* (GC), 35589/08 (2017), § 45 (Kammerurteil, §§ 52 ff.); *McDonnell v. The United Kingdom*, 19563/11 (2014), § 90.

¹⁵²¹ *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 155.

unreasonable that the applicant made use of the legal remedies available to him to challenge these aspects of the inquest procedure.»¹⁵²²

b. Ausnahmen bei faktischen Erschwernissen

Eine Untersuchung kann insbesondere aufgrund tatsächlicher Umstände erschwert werden. Die *Grand Chamber* verlangt gerade in schwierigeren Fällen nach einer prompten Untersuchung und unterstreicht indirekt ihre Bedeutung für die Aufrechterhaltung des Vertrauens in die Behörden.

So etwa im Urteil *Varnava and others v. Turkey*. Der Fall war vor dem Hintergrund der militärischen Intervention der Türkei in Zypern im Sommer 1974 zu beurteilen: «Even where there may be obstacles which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities is vital in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts.»¹⁵²³

Eine Pflicht zur prompten Untersuchung gilt nicht nur gegenüber der Anwendung von Zwangsmitteln durch staatliche Sicherheitskräfte, sondern allgemein. So auch etwa im Urteil *Opuz v. Turkey* zur Ausübung häuslicher Gewalt während der Spannungen in der Südosttürkei Ende der 1990er Jahre: «It must be accepted that there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation. However, a prompt response by the authorities in investigating a use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of tolerance of unlawful acts.»¹⁵²⁴

Hingegen hat der EGMR im Urteil *Nježić and Štimac v. Croatia* keine Verletzung von Art. 2 EMRK erkannt. Der Tod von sieben Zivilisten, welche 1991 während des jugoslawischen Bürgerkriegs in Bukovac umgebracht worden waren, war auch 22 Jahre später noch nicht aufgeklärt. Die Untersuchung wurde auch

¹⁵²² *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 153.

¹⁵²³ *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009), § 191.

¹⁵²⁴ *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009), § 191.

durch faktische Umstände erschwert: Zwei Augenzeugen waren nach Kanada ausgewandert und wollten sich nicht mehr äussern; zudem waren einige der möglichen Täter bereits verstorben¹⁵²⁵. «The [...] prosecuting authorities did not remain passive and [...] significant efforts have been made to prosecute war crimes. Thus, by 31 December 2012 the prosecuting authorities had opened investigations in respect of 3'436 alleged perpetrators altogether and there had been 557 convictions [...] The Court finds that, taking into account the special circumstances prevailing in Croatia in the post-war period and the large number of war-crimes cases pending before the local courts, the investigation has not been shown to have infringed the minimum standard required under Article 2.»¹⁵²⁶

Unseres Erachtens erlangen faktische Erschwernisse im Grunde keine selbständige Bedeutung. Entscheidend ist und bleibt es, ob die zuständigen staatlichen Stellen alles Machbare unternehmen, um eine Untersuchung unter zumutbarem Aufwand durchzuführen. Die Gewährleistung von Art. 2 EMRK wird eingehalten, wenn sich (grosse) Hindernisse *trotz entsprechender Bemühungen* nicht überwinden lassen.

c. Lange Verfahrensdauern

Die nationalen Rechtsordnungen kennen sowohl Verjährungsfristen als auch prozedurale Beschleunigungsgebote. Weder die EMRK selber noch die Rechtsprechung zur Pflicht einer wirksamen Untersuchung nach Art. 2 EMRK statuieren absolute zeitliche Grenzen zur zulässigen Dauer eines Verfahrens. Gleichwohl kann im Einzelfall aus einer übermässigen Verfahrensdauer eine Konventionsverletzung resultieren.

Im Fall *McDonnell v. The United Kingdom* war der tödliche Herzinfarkt eines Gefängnisinsassen nach einer Auseinandersetzung zu beurteilen. Es ergaben sich verschiedene Verzögerungen. «[...] Mr. McDonnell died in March 1996 and that the inquest proper did not begin until April 2013, more than seventeen years later»¹⁵²⁷. Der EGMR erkannte alleine in diesem Umstand eine

¹⁵²⁵ *Nježić and Štimac v. Croatia*, 29823/13 (2015), §§ 65 und 69.

¹⁵²⁶ *Nježić and Štimac v. Croatia*, 29823/13 (2015), §§ 72 f.

¹⁵²⁷ *McDonnell v. The United Kingdom*, 19563/11 (2014), §§ 10 und 87 (Zitat).

Verletzung der Pflicht zur wirksamen Untersuchung – die Gründe für die Verzögerung spielten keine Rolle mehr: «In conclusion, whatever the individual responsibility, or lack of responsibility, of those public officials involved in the investigation process, these delays cannot be regarded as compatible with the State's obligation under Article 2 to ensure the effectiveness of investigations into suspicious deaths, in the sense that the investigative process, however, it be organised under national law, must be commenced promptly and carried out with reasonable expedition. To this extent, the foregoing finding of excessive investigative delay, of itself, entails the conclusion that the investigation was ineffective for the purposes of Article 2 of the Convention. There has, accordingly, been a violation of Article 2 under its procedural aspect by reason of excessive investigative delay.»¹⁵²⁸

Im Fall *McCaughey and others v. The United Kingdom* waren die Untersuchungen auch 23 Jahre nach der Erschiessung der beiden IRA-Waffenschieber *Martin McCaughey* und *Desmond Grew* durch Spezialkräfte noch nicht abgeschlossen. Der EGMR erkannte eine Verletzung der prozeduralen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK aufgrund exzessiver zeitlicher Verzögerung¹⁵²⁹.

d. Anspruch auf eine Wiederaufnahme von Verfahren?

Umgekehrt kann sich die Frage nach einem Anspruch auf Wiederaufnahme abgeschlossener Verfahren stellen. Der EGMR lässt dazu nicht bereits jede Behauptung oder Anschuldigung als Grund zur Begründung eines Anspruchs auf Durchführung eines neuen Verfahrens genügen. Er verlangt aber, dass die staatlichen Behörden Informationen oder Gegenstände sorgfältig prüfen, «which has the potential either to undermine the conclusions of an earlier investigation or to allow an earlier inconclusive investigation to be pursued further»¹⁵³⁰.

¹⁵²⁸ *McDonnell v. The United Kingdom*, 19563/11 (2014), § 90.

Ganz ähnlich die Begründung in *Collette and Michael Hemsworth v. The United Kingdom*, 58559/09 (2013), § 74 – in diesem Fall waren selbst 13 Jahre nach dem Tod von Mr Hemsworth wichtige prozedurale Schritte noch ausstehend (§ 70).

¹⁵²⁹ *McCaughey and others v. The United Kingdom*, 43098/09 (2013), §§ 130 ff. (zu den unzulässigen Verzögerungen) und 121 ff. (zum Eintreten).

¹⁵³⁰ *Brecknell v. The United Kingdom*, 32457/04 (2007), § 70. Vgl. zu möglichen «fresh obligations» auch REID, Practitioner's Guide, 85-010.

So etwa im Urteil *Brecknell v. The United Kingdom* (vgl. Ziff. VI.4.2.1). Nach 24 Jahren behauptete eine bereits in das ursprüngliche Verfahren involvierte Person ihre eigene Tatbeteiligung.

«There is no absolute right [...] to obtain a prosecution or conviction [...] and the fact that an investigation ends without concrete, or with only limited, results is not indicative of any failings as such. The obligation is of means only [...]. However [...] it may be that some time later, information purportedly casting new light on the circumstances of the death comes into the public domain. The issue then arises as to whether, and in what form, the procedural obligation to investigate is revived.»¹⁵³¹

Where «there is a plausible, or credible, allegation, piece of evidence or item of information relevant to the identification, and eventual prosecution or punishment of the perpetrator of an unlawful killing, the authorities are under an obligation to take further investigative measures. The steps that it will be reasonable to take will vary considerably with the facts of the situation. The lapse of time will, inevitably, be an obstacle as regards, for example, the location of witnesses and the ability of witnesses to recall events reliably. Such an investigation may in some cases, reasonably, be restricted to verifying the credibility of the source, or of the purported new evidence. [... In] light of the primary purpose of any renewed investigative efforts [...], the authorities are entitled to take into account the prospects of success of any prosecution. The importance of the right under Article 2 does not justify the lodging, willy-nilly, of proceedings.»¹⁵³²

Bei der *Würdigung neuer Fakten* (respektive Indizien) stellt der EGMR auf die Umstände des Einzelfalls sowie die Glaubwürdigkeit der Urheberschaft neuer Anschuldigungen ab. Dabei geht es aus der Sicht des Gerichtshofs letztlich um Fragen des Eintretens.

So war der EGMR im Entscheid *Sylvia Hackett v. The United Kingdom* nicht auf die Beschwerde wegen Verletzung der prozeduralen Verpflichtung aus Art. 2

¹⁵³¹ *Brecknell v. The United Kingdom*, 32457/04 (2007), § 66.

¹⁵³² *Brecknell v. The United Kingdom*, 32457/04 (2007), § 71.

EMRK eingetreten. Der 1988 für den Mord verurteilte Michael Stone behauptete 2003 in einem Buch, *Dermontt Hackett* nicht erschossen zu haben. Vielmehr sei Hackett einer Verschwörung zum Opfer gefallen, in welche auch die nord-irischen Sicherheitsbehörden involviert gewesen seien. Der *Chief Constable* des *Police Service of Northern Ireland* beauftragte einen Beamten der *Metropolitan Police* mit der Prüfung der Anschuldigungen. Der EGMR fand keine Hinweise auf eine mangelnde Unabhängigkeit der Untersuchung. Hingegen sei Michael Stone «a person already convicted of serious crimes, who on his own admission has been prepared to lie to mislead the authorities for his own purposes»¹⁵³³. Aus der Sicht des EGMR war es ausreichend, nach den neuen Anschuldigungen einen unabhängigen Beamten mit einer Untersuchung zu beauftragen¹⁵³⁴.

e. Exkurs: Rückwirkende Geltung des Anspruchs auf eine wirksame Untersuchung?

Die Garantien der EMRK haben für die Konventionsstaaten nur zu künftigen Verpflichtungen geführt (vgl. bereits Ziff. III.2.5.2). Dieser an sich klare Grundsatz kann bei der Untersuchungspflicht zu Fragen hinsichtlich der zeitlichen Aspekte führen. Es ist denkbar, dass die prozedurale Verpflichtung zumindest teilweise einen rückwirkenden Charakter annimmt.

Der EGMR hat sich im Urteil *Šilih v. Slovenia* mit den zeitlichen Grenzen der prozeduralen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK auseinandergesetzt. Darin ging es um einen Todesfall, der sich vor der slowenischen Ratifikation der EMRK ereignet hatte, dessen Untersuchung aber erst nach diesem Datum aufgenommen worden war¹⁵³⁵. Die *Grand Chamber* hat den Fall nicht *ratione temporis* abgewiesen, sondern ist darauf eingetreten¹⁵³⁶. Die Begründung dafür ist als *Šilih-Test* bekannt:

¹⁵³³ *Sylvia Hackett v. The United Kingdom* (AD), 34698/04 (2005), insb. S. 6.

¹⁵³⁴ *Sylvia Hackett v. The United Kingdom* (AD), 34698/04 (2005).

¹⁵³⁵ *Šilih v. Slovenia* (GC), 71463/01 (2009), § 128. Vgl. zudem *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009), §§ 121 ff.

¹⁵³⁶ Kritisch aber die Mindermeinungen der Richter Bratza und Türmen sowie Erönen in *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009).

«Firstly, where the death occurred before the critical date, the Court's temporal jurisdiction will extend only to the procedural acts or omissions in the period subsequent to that date. Secondly, the procedural obligation will come into effect only if there was a «genuine connection» between the death as the triggering event and the entry into force of the Convention. Thirdly, a connection which is not «genuine» may nonetheless be sufficient to establish the Court's jurisdiction if it is needed to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective way. The Court will examine each of these elements in turn.»¹⁵³⁷

Der *Šilih-Test* ist vor allem wegen des dritten Elements auf Kritik gestossen¹⁵³⁸. Die *Grand Chamber* hat ihre Praxis im Urteil *Janowiec and others v. Russia* präzisiert¹⁵³⁹ und eingeschränkt. Sie erkannte keine Verbindung zwischen dem Massaker in Katyn und dem Geltungsbereich (Inkrafttreten) der EMRK.

Im Urteil geht es um das Massaker der Roten Armee an rund 25'000 vor allem polnischen Kriegsgefangenen im April und Mai 1940 in Katyn¹⁵⁴⁰. For «a «genuine connection» to be established, both criteria must be satisfied: the period of time between the death as the triggering event and the entry into force of the Convention must have been reasonably short, and a major part of the investigation must have been carried out, or ought to have been carried out, after the entry into force.»¹⁵⁴¹

¹⁵³⁷ *Šilih-Test*, so zusammengefasst in *Janowiec and others v. Russia* (GC), 55508/07 und 29520/09 (2013), § 141; im Original *Šilih v. Slovenia* (GC), 71463/01 (2009), § 163 und dort das dritte Element noch als *obiter dictum*, wenn der Gerichtshof schreibt, er «would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner».

¹⁵³⁸ Vgl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 101 f. sowie STURM, *Gewaltanwendung*, S. 34 ff.

¹⁵³⁹ *Janowiec and others v. Russia* (GC), 55508/07 und 29520/09 (2013), §§ 142 ff. zu procedural acts and omissions in the post entry into force period, §§ 145 ff. zum *genuine connection test* und §§ 149 ff. zum *convention values test*.

¹⁵⁴⁰ *Janowiec and others v. Russia* (GC), 55508/07 und 29520/09 (2013), §§ 18 f.

¹⁵⁴¹ *Janowiec and others v. Russia* (GC), 55508/07 und 29520/09 (2013), § 148.

Russland hat die EMRK am 5. Mai 1998 ratifiziert. «In the early 1990s a significant number of procedural steps were undertaken by the Soviet and subsequently the Russian authorities. [...] As regards the post entry into force period, it is impossible, on the basis of the information available in the case file and in the parties' submissions, to identify any real investigative steps after 5 May 1998. The Court is unable to accept that a re-evaluation of the evidence, a departure from previous findings or a decision regarding the classification of the investigation materials could be said to have amounted to the «significant proportion of the procedural steps» which is required for establishing a «genuine connection» for the purposes of Article 2 of the Convention. Nor has any relevant piece of evidence or substantive item of information come to light in the period since the critical date. That being so, the Court concludes that neither criterion for establishing the existence of a «genuine connection» has been fulfilled.»¹⁵⁴²

Und schliesslich äusserte sich die *Grand Chamber* dazu, «whether there were exceptional circumstances in the instant case which could justify derogating from the «genuine connection» requirement by applying the Convention values standard. [...] The] events that might have triggered the obligation to investigate under Article 2 took place in early 1940, that is, more than ten years before the Convention came into existence. The Court therefore upholds the Chamber's finding that there were no elements capable of providing a bridge from the distant past into the recent post entry into force period.»¹⁵⁴³

Der Umgang mit den zeitlichen Aspekten bildet letztlich die Nagelprobe für die grundrechtliche Selbständigkeit des Gehalts der prozeduralen Verpflichtung nach Art. 2 EMRK (vgl. Ziff. III.2.4.1). Dazu spielt es keine Rolle, ob der Tod eines Opfers vor oder nach dem Inkrafttreten des Grundrechtsgehalts eingetreten ist. Vielmehr ist auf den Verlauf einer Untersuchung (ihre Wirksamkeit) abzustellen, welche eben auch durch Unterlassungen oder Verschleppungen geprägt sein¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴² *Janowiec and others v. Russia* (GC), 55508/07 und 29520/09 (2013), § 159.

¹⁵⁴³ *Janowiec and others v. Russia* (GC), 55508/07 und 29520/09 (2013), § 160.

¹⁵⁴⁴ Hingegen wäre es unsinnig, die Untersuchungspflicht potenziell auf sämtliche unaufgeklärte Todesfälle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der EMRK für die jeweiligen Vertragsstaaten ausdehnen zu wollen.

Zu bedenken gilt es zudem, dass sich Grundrechtsgehalte der EMRK als *living instrument* über die Zeit weiterentwickeln können. Auch dann wäre es nicht sachgerecht, zeitliche Grenzen zu ziehen. Unseres Erachtens bedürfen Grundrechte stets der Interpretation.

4.2.4. Beweislastumkehr unter besonderen Umständen?

Fraglich ist, wie Todesfälle unter der prozeduralen Verpflichtung zu beurteilen sind, falls sich ein Sachverhalt nicht erstellen lässt. Etwa, weil keine Zeugen vorhanden sind oder weil sich die Beweislage als nicht schlüssig erweist¹⁵⁴⁵.

Nach der Rechtsprechung des EGMR kann sich die Pflicht zur Durchführung einer wirksamen Untersuchung weiter verdichten: Die Beweislast (*burden of proof*), dass eine bestimmte Person nicht unrechtmässig zu Schaden gekommen ist, liegt in drei Fallkonstellationen beim Staat¹⁵⁴⁶.

«In assessing evidence, the Court has generally applied the standard of proof <beyond reasonable doubt> [...]. However, such proof may follow from the co-existence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. Where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities [...], strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during such detention. Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation.»¹⁵⁴⁷

Die prozedurale Beweislastumkehr hängt unseres Erachtens eng mit dem Bestehen einer materiellen Garantenpflicht des Staates zum Schutze des Lebens in bestimmten Situationen zusammen (vgl. zur positiven Verpflichtung Ziff. III.2.2). Im Sinne einer eng *begrenzten Erfolgspflicht* muss der Staat dann seine Unverantwortlichkeit für allfällige Lebensgefährdungen dokumentieren können.

¹⁵⁴⁵ Vgl. zum Ganzen auch GERARDS, Right to Life, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, Theory and Practice, S. 360 f. sowie HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (3th ed.), S. 222 f. und 227.

¹⁵⁴⁶ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (3th ed.), S. 223.

¹⁵⁴⁷ *Salman v. Turkey* (GC), 21986/93 (2000), § 100; *Anguelova v. Bulgaria*, 38361/97 (2002), § 111.

Deutlich kommt das im Fall *Anguelova v. Bulgaria* zum Ausdruck. Der 17-jährige *Anguel Zabchekov* starb einige Stunden nach seiner Festnahme durch die Polizei in deren Gewahrsam. *Zabchekov* war bei seiner Festnahme stark alkoholisiert; seine Leiche wies eine Schädelfraktur sowie zahlreiche weitere Verletzungen auf. Die Erklärung der Behörden, dass er sich selbst verletzt haben könnte, überzeugte den EGMR nicht¹⁵⁴⁸: «Persons in custody are in a vulnerable position and the authorities are under an obligation to account for their treatment. Consequently, where an individual is taken into police custody in good health but later dies, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of the events leading to his death.»¹⁵⁴⁹

Eine Beweislastumkehr beeinflusst im Reflex auch die Rolle des EGMR in den entsprechenden Verfahren. Soweit mit einer Beweislastumkehr eine Vermutung für die Verantwortlichkeit der involvierten Konventionsstaaten besteht, entbindet das den Gerichtshof davon, selber Sachverhaltselemente erstellen zu müssen. Umgekehrt verstärkt sich damit faktisch die *Obliegenheit* der Staaten zur Kooperation.

Im Fall *McKerr v. The United Kingdom* hat der EGMR es abgelehnt, selber Fakten zu erheben. In «the circumstances of this case it would be inappropriate and contrary to its subsidiary role under the Convention to attempt to establish the facts of this case by embarking on a fact-finding exercise of its own by summoning witnesses. Such an exercise would duplicate the proceedings before the civil courts which are better placed and equipped as fact-finding tribunals. While the European Commission of Human Rights has previously embarked on fact-finding missions in Turkish cases where there were proceedings pending against the alleged security-force perpetrators of unlawful killings, it may be noted that these proceedings were criminal and that they had terminated, at first instance at least, by the time the Court examined the applications. In those cases, it was an essential part of the applicants' allegations that the

¹⁵⁴⁸ *Anguelova v. Bulgaria*, 38361/97 (2002), §§ 10, 117 und 121.

¹⁵⁴⁹ *Anguelova v. Bulgaria*, 38361/97 (2002), § 110.

defects in the investigation were such as to render those criminal proceedings ineffective.»¹⁵⁵⁰

a. **Personen in Gewahrsam des Staates**

Eine Beweislastumkehr trifft den Staat dann, wenn er für das Leben von Menschen *direkt verantwortlich* zeichnet, weil er sie in *Gewahrsam* hält. In solch besonderen Situationen stehen die Grundrechtsträger «under the exclusive control of the authorities»¹⁵⁵¹.

Where «the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries, death or disappearances occurring during such detention. The burden of proof may then be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation [...]»¹⁵⁵²

In *Mikheyev v. Russia* (vgl. Ziff. VI.4.2.2.b) war der Fall einer Person zu beurteilen, welche zur Befragung auf einen Polizeiposten verbracht worden war. Gemäss seinen eigenen Aussagen war *Aleksey Yevgenyevich Mikheyev* «unable to withstand the torture and left unattended for a moment, he had broken free and jumped out of the window of the second floor of the police station in order to commit suicide. He had fallen on a police motorcycle parked in the courtyard and broken his spine.»¹⁵⁵³ In der unter Art. 3 EMRK geführten Untersuchung hielt der EGMR fest, «that allegations of ill-treatment must be supported by appropriate evidence [...]. To assess this evidence, the Court adopts the standard of proof <beyond reasonable doubt>. However, where the

¹⁵⁵⁰ *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 117 und im Anschluss daran sinngemäss etwa *Aydan v. Turkey*, 16281/10 (2013), § 69.

¹⁵⁵¹ Vgl. *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009), § 181 (Grundsatz) und aus der Literatur HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (3th ed.), S. 222 f. sowie auch REID, *Practitioner's Guide*, 85-012, aber im Prinzip zu offen, da «exclusive control» und «use of force» miteinander vermengt werden.

¹⁵⁵² *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009), § 183 und sehr ähnlich bereits etwa *Anguelova v. Bulgaria*, 38361/97 (2002), § 111 (detention).

¹⁵⁵³ *Mikheyev v. Russia*, 77617/01 (2006), § 22.

events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody (as in the present case), strong presumptions of fact will arise in respect of injuries occurring during such detention. In such cases the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation [...] In the absence of such explanation the Court can draw inferences which may be unfavourable for the respondent Government [...].»¹⁵⁵⁴ Da die russische Regierung es unterliess, den Inhalt des Falles zu kommentieren, «the Court considers that it can draw inferences from the Government's conduct and examine the merits of the case on the basis of the applicant's arguments and existing elements in the file, even though the materials and information submitted by the applicant leave certain facts unclear.»¹⁵⁵⁵

b. **Ausschliessliche Kontrolle durch staatliche Behörden**

Gleich verhält es sich, wenn eine Person sich bei gewaltsamen Konflikten in Gebieten unter der ausschliesslichen Kontrolle staatlicher Behörden befindet. Wenn «there is prima facie evidence that the State may be involved, the burden of proof may also shift to the Government since the events in issue may lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities»¹⁵⁵⁶. Gemeint sind damit etwa grössere Operationen von Sicherheitskräften in bestimmten Räumen (bei Einzelaktionen wäre dieses Kriterium nicht erfüllt; – aber möglicherweise das nächste; vgl. c).

Im Fall *Akkum and others v. Turkey* war der Tod von *Mehmet Akkum*, *Mehmet Akan* und *Derviş Karakoç* zu beurteilen. Gemeinsam mit anderen Bewohnerinnen und Bewohnern eines Dorfes in der Nähe von Diyarbakir waren die drei Männer in den Bergen unterwegs, um nach ihren Schafen zu sehen. Dabei gerieten sie in eine militärische Operation. Gemäss *Zeugenaussagen* sowie *Bildern* der Leiche von Mehmet Akkum sind die drei gewaltsam zu Tode gekommen (aus nächster Nähe erschossen respektive misshandelt). Gemäss der

¹⁵⁵⁴ *Mikheyev v. Russia*, 77617/01 (2006), § 102.

¹⁵⁵⁵ *Mikheyev v. Russia*, 77617/01 (2006), §§ 103 und 104.

¹⁵⁵⁶ *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009), § 184; bestätigt in *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 237.

Regierung fand in den Bergen eine Operation gegen die PKK statt¹⁵⁵⁷. Die untersuchenden Behörden konnte die Todesfälle allerdings nicht schlüssig erklären. Damit trat gemäss dem EGMR eine Beweislastumkehr nach der (verdichteten) prozeduralen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK ein. Es sei «[...] legitimate to draw a parallel between the situation of detainees, for whose well-being the State is held responsible, and the situation of persons found injured or dead in an area within the exclusive control of the authorities of the State. Such a parallel is based on the salient fact that in both situations the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities. It is appropriate, therefore, [...] where it is the non-disclosure by the Government of crucial documents in their exclusive possession which is preventing the Court from establishing the facts, it is for the Government either to argue conclusively why the documents in question cannot serve to corroborate the allegations made by the applicants, or to provide a satisfactory and convincing explanation of how the events in question occurred, failing which an issue under Article 2 and/or Article 3 of the Convention will arise.»¹⁵⁵⁸

Die staatliche Verantwortung kann damit bei Todesfällen, welche bei Operationen in Gebieten unter seiner ausschliesslichen Kontrolle (*exclusive control*) geschehen sind, ähnlich stark ausgeprägt sein wie im Falle seiner Garantenstellung gegenüber Gefangenen. Der EGMR bezieht unseres Erachtens in solchen Fällen richtigerweise auch eine mögliche Verletzung von Art. 3 EMRK (unmenschliche Behandlung oder Folter) mit ein.

c. Zwangsausübung durch staatliche Sicherheitskräfte

Eine Beweislastumkehr tritt beim Einsatz von Zwangsmitteln ein, soweit *staatliche Sicherheitskräfte* für den Tod oder für die Gefährdung des Lebens von Menschen direkt verantwortlich zeichnen¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁷ *Akkum and others v. Turkey*, 21894/93 (2005), §§ 12 ff., 178 und 183.

¹⁵⁵⁸ *Akkum and others v. Turkey*, 21894/93 (2005), § 211.

¹⁵⁵⁹ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (3th ed.), S. 223 und 227 sowie REID, *Practitioner's Guide*, 85-012 (zu eng: «killing by state officers»).

Im Urteil *Soare and others v. Romania* ging es um die Schussabgabe eines Polizisten bei unklarem Tathergang. Ein verdächtiger Mann (welcher seinerseits zusammen mit seinem Bruder den Schwager verfolgt hatte) war von einem einzelnen Zivilbeamten verfolgt worden. Dabei kam es zur (nicht tödlichen) Abgabe eines Schusses, welchen den Mann in den Kopf traf¹⁵⁶⁰. Für den Vorfall gab es keine Augenzeugen. Der Verletzte gab an, dass es keinerlei Gründe für einen Schusswaffeneinsatz gegen ihn gegeben hätte. Demgegenüber machte der zivile Beamte Notwehr respektive eine unbeabsichtigte Schussabgabe geltend. Die Regierung attestierte dem Beamten, eine notwendige, verhältnismässige und legitime Abwehrreaktion ausgeübt zu haben¹⁵⁶¹. Der EGMR erkannte eine Verletzung von Art. 2 EMRK auch aufgrund der mangelhaften Untersuchung: fehlende Unabhängigkeit (der in diesem Fall militärischen Untersuchungsbehörden)¹⁵⁶², unnötige Verzögerungen von mehreren Monaten¹⁵⁶³, keine Aufklärung der Betroffenen sowie fehlende Information der Öffentlichkeit¹⁵⁶⁴.

d. Bedeutung einer Beweislastumkehr

In den drei Fallgruppen (oben, a bis c) wird nicht verlangt, dass ein Todesfall überhaupt nicht aufgeklärt werden kann. Eine Beweislastumkehr tritt bereits dann ein, wenn eine Untersuchung zu einem *nicht schlüssigen* Resultat führt.

So hatte im Fall *Akkum and others v. Turkey* die Untersuchung durch die Justizbehörden ergeben, dass es es keinen Beweis dafür gab «that the three deaths had been caused by the actions of members of the security forces. [...] In the Government's view, the oral evidence of the applicants and their witnesses was insufficient to establish beyond reasonable doubt the accuracy of the applicants'

¹⁵⁶⁰ *Soare and others v. Romania*, 24329/02 (2011), §§ 7 ff. und 24 ff.

¹⁵⁶¹ *Soare and others v. Romania*, 24329/02 (2011), § 123.

¹⁵⁶² *Soare and others v. Romania*, 24329/02 (2011), §§ 170 f.

¹⁵⁶³ *Soare and others v. Romania*, 24329/02 (2011), § 173.

¹⁵⁶⁴ *Soare and others v. Romania*, 24329/02 (2011), §§ 174 f.

allegations. The testimonies of the gendarme witnesses, on the contrary, were coherent and shed light on the events in question.»¹⁵⁶⁵

Aus der Umkehr der Beweislast erwächst eine *Vermutung der staatlichen Verantwortlichkeit*. Im Verfahren vor dem EGMR geht es in praktischer Hinsicht darum, die Argumente der Beschwerdeführenden zu entkräften¹⁵⁶⁶. Die entsprechenden Untersuchungen (soweit sie angesichts der Vermutung noch nötig sind) nimmt der EGMR selber vor.

Beispielhaft der oben erwähnte Fall *Akkum and others v. Turkey*: «The Government have failed to adduce any argument from which it could be deduced that the documents withheld by them contained no information bearing on the applicant's claims. Therefore, the Court will examine whether the Government have discharged their burden of explaining the killings of the applicants' two relatives and the mutilation of the body of Mehmet Akkum. In doing so, the Court will assess the oral evidence given before the delegates and will also have particular regard to the investigation carried out at domestic level in order to establish whether that investigation was capable of leading to the identification and punishment of those responsible [...].»¹⁵⁶⁷

Kann die Vermutung der staatlichen Verantwortlichkeit nicht entkräftet werden, folgt daraus eine Verletzung des prozeduralen Aspekts von Art. 2 EMRK. Der EGMR verzichtet dann auf eine weitere Prüfung der eigentlichen Ereignisse.

«The Court has already established that Derviş Karakoç was killed by the soldiers [...]. The respondent Government initially averred that the three persons had been killed in an armed clash with security forces who were acting in self-defence in the struggle against terrorism. Subsequently, they denied that it was the soldiers who had shot Derviş Karakoç; they have not sought to argue that the use of force was not more than absolutely necessary for one or more of the legitimate purposes set out in paragraph 2 of Article 2 of the Convention. The Court, considering that this should have been a matter for the Government to

¹⁵⁶⁵ *Akkum and others v. Turkey*, 21894/93 (2005), §§ 183 f.

¹⁵⁶⁶ *Mansuroğlu v. Turkey*, 43443/98 (2008), § 99.

¹⁵⁶⁷ *Akkum and others v. Turkey*, 21894/93 (2005), § 212.

advance, does not deem it necessary to examine whether the killing of Derviş Karakoç was justified under Article 2 § 2 of the Convention. [...] It follows that there has been a violation of Article 2 of the Convention in respect of the killing of Derviş Karakoç.»¹⁵⁶⁸

Es obliegt dem jeweiligen Konventionsstaat, im Falle seiner Beweisführung auch die materiellen Aspekte der absoluten Notwendigkeit und der strikten Verhältnismässigkeit der Verwendung von Zwangsmitteln zu belegen¹⁵⁶⁹.

e. **Beurteilung**

Die Bedeutung der (prozeduralen) Beweislastumkehr ist (materiell) im Zusammenhang sowohl mit der positiven als auch der negativen Verpflichtung eines Konventionsstaats aus Art. 2 EMRK zu verstehen. Eine Prüfung der Verletzung der prozeduralen Verpflichtung nach Art. 2 EMRK erfolgt in der Praxis stets *nach* einer möglichen Verletzung der positiven oder der negativen Verpflichtung (oder beider).

Der Nutzen der Beweislastumkehr liegt nicht in einer Abkürzung des Verfahrens zur Verurteilung der Konventionsstaaten im konkreten Einzelfall (obwohl sie das Verfahren im Ergebnis durchaus zu Ungunsten der Vertragsstaaten vereinfacht). Vielmehr sollte die Beweislastumkehr mittelbar eine generelle «Hebelwirkung» entfalten, damit die Konventionsstaaten präventive Vorkehrungen treffen für Situationen ihrer besonderen Verantwortung zum Schutze menschlichen Lebens. Die prozedurale Verpflichtung gemäss Art. 2 (und 3) EMRK verlangt im Reflex nach einer Dokumentation und der Gewährleistung der Nachvollziehbarkeit des Verhaltens staatlicher Akteure. In einem weiteren Sinne geht es unseres Erachtens aber eigentlich darum, Verletzungen der materiellen Verpflichtungen des Grundrechts zu verhindern. Die Beweislastumkehr ist dort gerechtfertigt, wo die Gefahr des Missbrauchs des staatlichen Gewaltmonopols bestehen *könnte*.

Nicht konventionskonform würde sich ein Staat verhalten, welcher im Wissen um die Beweislastumkehr eine bewusst fahrlässige oder mangelhafte Untersu-

¹⁵⁶⁸ *Akkum and others v. Turkey*, 21894/93 (2005), § 240.

¹⁵⁶⁹ *Mansuroğlu v. Turkey*, 43443/98 (2008), § 81.

chung durchführt oder eine solche beeinflusst. Die Konventionsstaaten stehen in der Pflicht, adäquate Untersuchungen durchzuführen und insbesondere die notwendigen Mittel dafür zur Verfügung zu stellen. Ein kollusives Verhalten kann nur dann aufgedeckt werden, wenn entsprechende Fälle mit Beschwerden bei höheren nationalen oder unabhängigen internationalen Instanzen anhängig gemacht werden können¹⁵⁷⁰.

Der EGMR prüft auch unter der prozeduralen Verpflichtung *keine individuelle* Verantwortlichkeit der Angehörigen staatlicher Sicherheitskräfte. Daher kann bei einer Beweislastumkehr gegen einen *Konventionsstaat* ein inkohärentes Ergebnis im Verhältnis zwischen der strafrechtlichen Beurteilung individueller Verantwortlichkeit durch nationale Gerichte und der grundrechtlichen Beurteilung der Staatenverantwortlichkeit durch den EGMR nicht ausgeschlossen werden.

Die Angehörigen staatlicher Sicherheitskräfte können sich in strafrechtlichen Verfahren grundsätzlich ebenso wie andere Bürgerinnen und Bürger auf ihre Grundrechte berufen. Dazu gehört die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung. Dabei handelt es sich um einen elementaren strafprozessualen Grundsatz zur rechtlichen Beurteilung individuellen Verhaltens. Eine Beweislastumkehr wäre daher in einem individuellen Strafverfahren unzulässig.

Aus den Urteilen des EGMR scheint bei einer Beweislastumkehr indes eine geringere Gewichtung der (individuellen) Unschuldsvermutung im Vergleich zur Beweissicherung und (öffentlichen) Wahrheitsfindung zu resultieren. Dies kann unseres Erachtens zu materiellen Konflikten führen. So wäre ein Beamter bei persönlicher Betroffenheit in einem (Straf-) Verfahren durch die Unschuldsvermutung geschützt, bei einer Beweislastumkehr im Rahmen der Untersuchungspflicht nach Art. 2 EMRK würde dieser Schutz aber im Ergebnis zumindest eingeschränkt. Fraglich ist, ob dadurch Rechtsunsicherheit bei den Betroffenen sowie ein Vertrauensverlust gegenüber dem Staat und der Rechtsstaatlichkeit der Verfahren entstehen könnte. Das Abwägen der öffentlichen und der Privatinteressen auf der Opferseite (wozu auch Angehörige gehören

¹⁵⁷⁰ Als mögliche Beispiele: *Akkum and others v. Turkey*, 21894/93 (2005); *Soare and others v. Romania*, 24329/02 (2011).

können) mit den Interessen von beschuldigten Beamten kann eine indirekte Einschränkung von Verfahrensrechten allenfalls legitimieren. Die öffentlichen oder privaten Interessen müssen unseres Erachtens insbesondere gegenüber einer Einschränkung der Unschuldsvermutung eindeutig überwiegen.

Im Ergebnis erscheint es stimmig, wenn der EGMR bei einer Verletzung der prozeduralen Verpflichtung nach erfolgter Beweislastumkehr keine (allenfalls erneute) Fallprüfung in den materiellen Aspekten mehr vornimmt (so etwa im Urteil *Akkum and others v. Turkey*).

Die Beweislastumkehr beschränkt sich formal auf die prozedurale Verpflichtung. Daher erscheint es vertretbar, die Beurteilung weiterer Fragen auf bloss ungenügender faktueller Grundlage nicht nachzuholen (wobei es konkret wohl meist um die Beurteilung einer möglichen Verletzung der negativen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK gehen würde). Hingegen erscheint es unbefriedigend, einen Konventionsstaat einzig aufgrund nicht eingehaltener prozeduraler Verpflichtungen zu verurteilen, falls ein Verhalten gleichzeitig offensichtlich unverhältnismässig gewesen wäre. Damit wird letztlich ein wesentlicher Aspekt der prozeduralen Verpflichtung selber unterlaufen: Die Gewährleistung oder Schaffung von Vertrauen in die Verfahren zur Aufklärung von Todesfällen.

Das Eintreten einer Beweislastumkehr sollte nach Möglichkeit vermieden werden. Dazu können «flankierende» Massnahmen in den jeweiligen Fallgruppen dienen. Im Vordergrund stehen präventive Massnahmen zur Sicherstellung einer adäquaten Beweissicherung sowie organisatorische Massnahmen. Mit entsprechenden Sicherungen werden auch mögliche Konflikte zur Unschuldsvermutung der beteiligten Beamten vermieden.

Ein Ansatz für eine bessere *Beweissicherung* könnte darin bestehen, dass Sicherheitskräfte im Grundsatz zu zweit handeln müssen. Ein potenzielles individuelles Fehlverhalten ohne Zeugen wäre dann nicht mehr oder nur noch selten möglich. Dieser Ansatz erscheint allerdings nur beschränkt praxistauglich. Ein permanentes Handeln als Binom ist oft gar nicht möglich. Zudem würde dies die Ausübung des Polizeidiensts erschweren und den Bedarf an personellen Ressourcen bei Sicherheitskräften erhöhen (insbesondere in Gefängnissen). Eine Alternative könnte darin liegen, die einzelnen Beamten mit einer zweckdienlichen Aufzeichnungstechnik auszustatten (insbesondere Körperkameras oder Tracker zur Aufzeichnung von Ortungsdaten). Verbunden mit einer indi-

viduellen oder reglementarisch angeordneten Aufzeichnungspflicht würde dies die Beweissicherung zumindest erleichtern. Im Falle der Datenübertragung in Echtzeit – beispielsweise in ein *Tactical Operations Center* – wäre zudem die Möglichkeit einer direkten Kontrolle und Aufsicht über ein an sich individuelles Verhalten besser möglich.

Allgemeine Pflichten *organisatorischer Natur* ergeben sich sowohl für einzelne Einsätze als auch für Operationen von Sicherheitskräften bereits aus der positiven und der negativen Verpflichtung von Art. 2 EMRK. Hinsichtlich der prozeduralen Verpflichtung sind organisatorische Massnahmen um solche zur Kontrolle, Nachvollziehbarkeit und schliesslich auch zur Beweissicherung zu ergänzen. Im Alltag der Sicherheitskräfte bestehen sowohl für die Polizei als auch für militärische Kräfte meist Dokumentationspflichten (etwa die Pflicht zur Führung eines Journals).

4.3. BESONDERE FRAGSTELLUNGEN

Je nach den Umständen können sich für die Wirksamkeit einer Untersuchung besondere Fragestellungen ergeben oder weitere, spezifische Anforderungen hinzutreten. Dazu gehören insbesondere die Erfordernisse einer ausreichenden Partizipation der Hinterbliebenen oder der Öffentlichkeit. Möglicherweise erweist sich die Frist für Eingaben an den EGMR im Einzelfall als (zu) hohe Hürde gerade bei unklarer Sachlage. Gerade bei der Bekämpfung terroristischer Aktivitäten kann auch die Notwendigkeit einer internationalen Zusammenarbeit bestehen; etwa bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Oder aber es stellt sich die Frage, ob nationale Sicherheitsinteressen mit einer angemessenen Aufklärung von Sachverhalten konfliktieren können. Darüber hinaus ist zu klären, was die verlangte Sanktionierung der Verantwortlichen im grundrechtlichen Kontext bedeutet.

4.3.1. Partizipation von Angehörigen und Herstellung von Öffentlichkeit

Die Pflicht des Staates zur Durchführung einer angemessenen Untersuchung nach Art. 2 EMRK vermittelt den Angehörigen von Opfern einen Anspruch auf Teilnahme am entsprechenden Verfahren (*requisite access*)¹⁵⁷¹.

Der EGMR weist bei der Behandlung gerügter Verletzungen dieses Anspruchs zudem in *obiter dicta* auf die Notwendigkeit der Herstellung von Öffentlichkeit bei der Untersuchung von Todesfällen hin, wenn das Vertrauen in die Rechtmässigkeit staatlichen Verhaltens infrage steht.

«To maintain public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts [...]»¹⁵⁷²
There «must be a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory. The degree of public scrutiny required may well vary from case to case. In all cases, however, the next-of-kin of the victim must be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard his or her legitimate interests.»¹⁵⁷³

Zurückhaltender – dafür aber trefflicher – äussert sich der EGMR in *Aslakhanova and others v. Russia* zum Verhältnis zwischen privater und öffentlicher Verfahrensbeteiligung. Zu den berechtigten Interessen der Opfer gehört «a bearing on maintaining a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results [...]»¹⁵⁷⁴

¹⁵⁷¹ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, European Convention (4th ed.), S. 219. Aus der Rechtsprechung etwa *Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 (2010), § 89.

¹⁵⁷² *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), §§ 108 f.

¹⁵⁷³ *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 167; gleich bereits *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), §§ 108 f.; ganz ähnlich *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), §§ 211 und 213 f.

¹⁵⁷⁴ *Aslakhanova and others v. Russia*, 2944/06 (2012), § 123.

Nach hier vertretener Ansicht kann ein besonderes öffentliches Interesse die Auslegung zur Zulässigkeit von Individualbeschwerden beeinflussen¹⁵⁷⁵.

Bei einer möglichen Verletzung von Art. 2 EMRK durch eine Zwangsanwendung verbindet sich unseres Erachtens der Individualanspruch mit einem öffentlichen Interesse nach Information und allenfalls nach Zugang zu Untersuchungsergebnissen. Das Interesse der Öffentlichkeit ist indes unter der EMRK wohl nicht selbständig durchsetzbar¹⁵⁷⁶.

In der Regel werden die *Veröffentlichung* von Untersuchungsergebnissen sowie im Falle von strafrechtlichen Verfahren die Gewährleistung einer *Gerichtsöffentlichkeit* zur Herstellung einer gewissen Öffentlichkeit ausreichen. Ein strengerer Massstab kann dann gelten, wenn Angehörige von Opfern sich in Verfahren nur ungenügend beteiligen können; etwa darum, weil sie von wesentlichen Erkenntnissen oder Verfahrensschritten ausgeschlossen werden.

Im Urteil *Edwards v. The United Kingdom* (vgl. Ziff. III.2.2.6) waren die Verfehlungen von Gefängnisbehörden zu beurteilen. Die detaillierten Untersuchungsergebnisse waren veröffentlicht worden, doch die «inquiry sat in private during its hearing of evidence and witnesses»¹⁵⁷⁷. «The [...] parents of the deceased were only able to attend three days of the inquiry when they themselves were giving evidence. They were not represented and were unable to put any questions to the witnesses [...]. They had to wait until the publication of the final version of the inquiry report to discover the substance of the evidence about what had

¹⁵⁷⁵ Vgl. weiterführend LEMMENS, General Survey of the Convention, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, *Theory and Practice*, S. 50 f. (m.H. auf Fälle zu Umweltverschmutzung und Lärmbelästigungen).

¹⁵⁷⁶ Gemäss der EMRK sind Staatenbeschwerden (Art. 33) und Individualbeschwerden (Art. 34) möglich; eine *actio popularis* kennt die EMRK hingegen nicht. Vgl. etwa *Ilhan v. Turkey* (GC), 22277/93 (2000), § 52 (victims «must be able to show that they were <directly affected> by the measure complained of») sowie (zu Grundrechtseingriffen durch den Gesetzgeber) das frühe Leiturteil *Klass and others v. Germany* (Plenary), 5029/71 (1978), § 33: An «individual applicant should claim to have been actually affected by the violation he alleges [...]. [heute: Art. 34 EMRK] does not permit individuals to complain against a law in abstracto simply because they feel that it contravenes the Convention. In principle, it does not suffice for an individual applicant to claim that the mere existence of a law violates his rights under the Convention; it is necessary that the law should have been applied to his detriment.»

¹⁵⁷⁷ *Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 82.

occurred. Given their close and personal concern with the subject matter of the inquiry, the Court finds that they cannot be regarded as having been involved in the procedure to the extent necessary to safeguard their interests.»¹⁵⁷⁸

In seiner Begründung ging der EGMR indes über das Interesse der Verfahrens-beteiligten hinaus. Where «the deceased was a vulnerable individual who lost his life in a horrendous manner due to a series of failures by public bodies and servants who bore a responsibility to safeguard his welfare, the Court considers that the public interest attaching to the issues thrown up by the case was such as to call for the widest exposure possible.»¹⁵⁷⁹

Ein Anspruch auf Verfahrensteilnahme (und damit indirekt auf die Herstellung von Öffentlichkeit) gilt nicht absolut. Einschränkungen sind zulässig oder sogar notwendig, wenn die Weitergabe von Informationen laufende Untersuchungen gefährden könnte oder falls die Möglichkeit einer öffentlichen Vorverurteilung involvierter Personen besteht¹⁵⁸⁰.

Zudem scheint der EGMR bei Anti-Terror-Operationen sowie bei öffentlichen Unruhen ein Geheimhaltungsinteresse der Staaten hinsichtlich bestimmter Einsatztaktiken oder Einsatzmittel anzuerkennen¹⁵⁸¹. Dabei sind die aus Art. 2 EMRK fließenden Verpflichtungen gegeneinander abzuwägen. Zumindest hinsichtlich der möglichen Kausalketten überwiegt der Anspruch auf eine wirksame Untersuchung.

Im Fall *Tagayeva and others v. Russia* (vgl. zum Sachverhalt Ziff. II.2.3) wurden den Hinterbliebenen der getöteten Geiseln Untersuchungsunterlagen vorenthalten. Darin ging es um die Ursachen der ersten Explosion bei der Geiselfreiungsaktion: «The value of these two reports [...] laid precisely in dispelling public doubts about the circumstances of the deaths and injuries suffered by the hostages [...]. These reports should have secured the investigation's conclusions

¹⁵⁷⁸ *Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 84.

¹⁵⁷⁹ *Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 83.

¹⁵⁸⁰ *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), §§ 235 f.; *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001), § 115.

¹⁵⁸¹ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 266; *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 304; *Collette and Michael Hemsworth v. The United Kingdom*, 58559/09 (2013), § 65.

and served to persuade the victims of its effectiveness on this key question. The victims who had lost their family members or received injuries in the disputed circumstances had a legitimate right to be fully acquainted with these important documents and to be able to participate effectively in challenging their results. In such circumstances, it appears unjustifiable that these documents were not made available to the victims in the framework of the criminal investigation. The victims' inability to acquaint themselves with these findings and challenge their results seriously affected their legitimate rights in the criminal proceedings, on a question that was of key importance to them.»¹⁵⁸²

Der EGMR kehrt im Anschluss das Verhältnis zwischen der Partizipationsmöglichkeit der Opfer im Verfahren und der Gewährleistung von Öffentlichkeit um: The «public scrutiny aspect of the investigation was breached by the victims' restricted access to the key expert reports, notably those concerning the origin of the first explosions.»¹⁵⁸³ Dies ist unseres Erachtens heikel. Die Untersuchungspflicht kann bei einer persönlichen Betroffenheit gerügt werden. Allfällige Ansprüche der Öffentlichkeit (etwa der Medien) wären über den grundrechtlichen Anspruch auf Zugang zu Informationen (Informationsfreiheit) zu prüfen.

Die mögliche Widersprüchlichkeit von Untersuchungsunterlagen spricht nicht gegen, sondern für deren Zugänglichmachung.

Dies hat der EGMR wiederum im Fall *Tagayeva and others v. Russia* angemerkt: The «investigation likewise relied on a number of reports, some of them prepared by experts working at the army or the FSB structures. Certain conclusions are difficult to reconcile, for example where the reports indicated the different places and yield of the first explosions [...]. This incoherence on one of the most important aspects of the events makes the investigation's unconditional reliance on them questionable. Where allegations are made against security and military servicemen, the element of public scrutiny plays a special role, and if the investigation bases its conclusions on confidential documents prepared by the staff of the same agencies that could be held liable, it risks undermining

¹⁵⁸² *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 535.

¹⁵⁸³ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 538.

public confidence in the independence and effectiveness of the investigation and gives the appearance of collusion in, or tolerance of, unlawful acts.»¹⁵⁸⁴

Der Umfang einer Verfahrensteilnahme ist im Einzelfall und unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände gesondert zu beurteilen. Ansprüche auf Partizipation oder auf Veröffentlichung von Dokumenten können aufgeschoben werden¹⁵⁸⁵. Zu den Umständen des Einzelfalls gehört auch die Beziehung der Verfahrensteilnehmenden zu einem Todesopfer.

Im Urteil *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom* war die Verfahrensteilnahme der Eltern des im Gefängnis von einem Mithäftling getöteten *Paul Edwards* (vgl. Ziff. III.2.2.6) zu würdigen. Der EGMR hat die persönliche Nähe zwischen Eltern und Sohn zum Gang des Verfahrens sowie zur allgemeinen Verfahrensbeteiligung in Kontext gestellt: «The [...] parents of the deceased, were only able to attend three days of the inquiry when they themselves were giving evidence. They were not represented and were unable to put any questions to the witnesses [...]. They had to wait until the publication of the final version of the inquiry report to discover the substance of the evidence about what had occurred. Given their close and personal concern with the subject matter of the inquiry, the Court finds that they cannot be regarded as having been involved in the procedure to the extent necessary to safeguard their interests.»¹⁵⁸⁶

Bei der Partizipationsmöglichkeit ist schliesslich der Charakter der jeweiligen Untersuchung zu berücksichtigen. So können sich Hinterbliebene grundsätzlich auch zur Frage einer allfälligen späteren Wiederaufnahme der Untersuchung beteiligen. Ihr Anspruch auf Beteiligung reicht aber weniger weit, wenn es etwa darum geht, vorab bloss die Glaubwürdigkeit neuer Anschuldigungen zu prüfen.

¹⁵⁸⁴ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 537.

¹⁵⁸⁵ So kann eine entsprechende Einsicht zum verlangten Zeitpunkt nicht erfolgen, aber aufgrund eines Teilabschlusses oder dem fortgeschrittenen Stand der Untersuchung ist deren Gewährleistung zu einem späteren Zeitpunkt möglich; vgl. *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 129; *Giuliani and Gaggio v. Italy* (GC), 23458/02 (2011), § 304.

¹⁵⁸⁶ *Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 (2002), § 84.

Im Fall *Sylvia Hackett v. The United Kingdom* (vgl. Ziff. VI.4.2.3.d) konnte sich die Familie des Ermordeten mit dem Untersuchungsbeamten treffen¹⁵⁸⁷. Dies war in diesem Fall ausreichend: «As regards the limited nature of the investigation, this has the status of a preliminary enquiry into the credibility of Stone's assertions and depending on its conclusions may, in due course, lead to further steps being taken. Meanwhile the PSNI and the independent officer have been in contact with the applicant and she has had the opportunity to make representations. Given the preliminary nature of the investigation, which may or may not lead to suspicions arising against other persons and the possibility of criminal charges, the Court is not persuaded that the interests of the family require any closer involvement in the process at this stage. Nor does it find any problem of lack of public scrutiny emerging from this procedure. Insofar as the applicant complains that she has not been given, at her request, copies of the earlier prosecution and trial documents, it is not apparent that any final decision has been taken. Where there is an ongoing review of available material, the procedural requirement cannot be interpreted as requiring that the family, or indeed the public, enjoy simultaneous access to such material. In due course, they should be informed, in at least some degree, of findings and recommendations.»¹⁵⁸⁸

Der Anspruch auf Verfahrensteilnahme beinhaltet eine Pflicht zur aktiven Information zumindest über die Einstellung eines Verfahrens. Die Möglichkeit zur Anfechtung der entsprechenden Entscheidung bildet quasi eine *letzte Auffanglinie*, um eine Verfahrensteilnahme auf dem Beschwerdeweg zu erlangen.

Im Fall *Isayeva v. Russia* wurde den Opfern des Angriffs auf das Dorf die Möglichkeit genommen, Beschwerde gegen die Einstellung des Verfahrens zu erheben. Die Adressatinnen und Adressaten waren von den zuständigen Behörden nicht direkt informiert worden. «Instead, a letter was sent to the Head of Government of Chechnya asking them to take steps to locate and inform the victims accordingly. The list of names appended to the letter contained no personal

¹⁵⁸⁷ *Sylvia Hackett v. The United Kingdom* (AD), 34698/04 (2005), S. 3 f.

¹⁵⁸⁸ *Sylvia Hackett v. The United Kingdom* (AD), 34698/04 (2005), S. 6.

details of the victims, such as their permanent or temporary addresses, dates of birth or any other relevant data. There is no indication that the Government of Chechnya complied with the request and informed the applicant and other victims of this development in the proceedings. The Court does not accept the Government's assertion that the applicant had been properly informed of the proceedings and could have challenged its results.»¹⁵⁸⁹

Daraus folgt im Reflex, dass die möglicherweise zur Verfahrensteilnahme berechtigten Personen bereits früher identifiziert werden müssen. Eine Pflicht zu Beteiligung fließt unseres Erachtens aus dem Anspruch auf eine angemessene Untersuchung (vgl. Ziff. VI.4.2.2).

4.3.2. Beschwerdefrist

Art. 35 Abs. 1 EMRK verankert zwei allgemeine Zulässigkeitskriterien: Einerseits muss der nationale Instanzenzug ausgeschöpft sein – andererseits gilt für Beschwerden an den EGMR (dann) eine zeitliche Frist von sechs Monaten¹⁵⁹⁰:

Der Gerichtshof kann sich mit einer Angelegenheit erst nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe in Übereinstimmung mit den allgemein anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts und nur innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung befassen.

Die *Grand Chamber* hat sich mit dem Beginn der Sechsmonatsfrist auseinandergesetzt, wenn keine endgültige Entscheidung im Sinne der üblichen Verfahrensgänge vorliegt.

«As a rule, the six-month period runs from the date of the final decision in the process of exhaustion of domestic remedies. Where it is clear from the outset, however, that no effective remedy is available to the applicant, the period runs from the date of the acts or measures complained of, or from the date

¹⁵⁸⁹ *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), § 222.

¹⁵⁹⁰ Zur Nichtanwendbarkeit der *six-month rule* auf *continuing situations* vgl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *European Convention* (4th ed.), S. 66.

of knowledge of that act or its effect on or prejudice to the applicant [...]»¹⁵⁹¹
«and, where the situation is a continuing one, once that situation ends [...]»¹⁵⁹²

In Einzelfällen ist der Gerichtshof bei Betroffenheit des Rechts auf Leben¹⁵⁹³ sowie insbesondere bei einer Anwendung körperlichen Zwangs bereit, auch nach weit mehr als sechs Monaten noch auf Beschwerden einzutreten¹⁵⁹⁴. Dabei nimmt er zum Massstab, ob die fraglichen Sachverhalte den Behörden bekannt sind (oder es hätten sein müssen) und ob eine Beschwerde innerhalb der Frist zumutbar gewesen wäre.

Dass die Anforderungen an ein späteres Eintreten auf eine Beschwerde durchaus streng sind, zeigt der Fall *Mocanu and others v. Romania*. Darin ging es um Misshandlungen der Beschwerdeführenden durch staatliche Sicherheitskräfte bei gewaltsamen Ereignissen im Juni 1990. Eine strafrechtliche Untersuchung war kurz darauf eröffnet worden. Erst im Juni 2001 stellte der Beschwerdeführer einen Strafantrag und erst im Juni 2008 reichte er seine Beschwerde in Strasbourg ein¹⁵⁹⁵. Der EGMR berücksichtigte bei der Beurteilung der Frage des Eintretens, dass nur sehr wenige der Opfer der fraglichen Ereignisse eine zeitnahe Beschwerde bei den nationalen Stellen erhoben hatten. Diesen Umstand verband er mit der persönlichen Verfassung des Beschwerdeführers: «The Court can only conclude, having regard to the exceptional circumstances in issue, that the applicant was in a situation in which it was not unreasonable for him to wait for developments that could have resolved crucial factual or legal issues [...]. [...] Regard being had to the foregoing, the Court considers that the applicant's vulnerability and his feeling of powerlessness, which he shared with numerous other victims who, like him, waited for many years before lodging a complaint, amount to a plausible and acceptable explanation for his

¹⁵⁹¹ *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009), § 157; *Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 (2014), § 259; ähnlich *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* (GC), 56080/13 (2017), § 131.

¹⁵⁹² *Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 (2014), § 259.

¹⁵⁹³ Vgl. ausführlich *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* (GC), 56080/13 (2017), §§ 127 ff.

¹⁵⁹⁴ Dazu ausführlich REID, *Practitioner's Guide*, 85-010.

¹⁵⁹⁵ *Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 (2014), § 270.

inactivity [...]»¹⁵⁹⁶ Zudem hätten die Behörden um den möglichen Opferstatus des Beschwerdeführers wissen können¹⁵⁹⁷. Hinzu trat die Besonderheit, dass dem Beschwerdeführer im nationalen Verfahren teilweise durchaus eine Verfahrensbeteiligung eingeräumt worden war¹⁵⁹⁸. Schliesslich wägt der EGMR ein Eintreten auf die Beschwerde mit einer möglichen Angemessenheit einer Untersuchung nach mehr als 10 Jahren ab: «it cannot be concluded that Mr Stoica's delay in lodging his complaint was capable of undermining the effectiveness of the investigation»¹⁵⁹⁹.

Im Ergebnis werden die Voraussetzungen für ein Eintreten auf eine Beschwerde nach (weit) mehr als sechs Monaten bei einer Zwangsanwendung wohl eher selten erfüllt. Eine psychologische Verletzlichkeit der betreffenden potenziellen Opfer spielt zwar eine tragende, aber nicht die einzige Rolle zur Beurteilung, ob vom Fristerfordernis nach Art. 35 EMRK abgewichen werden darf¹⁶⁰⁰.

Offener zeigt sich der EGMR beim Verschwinden von Personen unter Todesumständen. Dabei stellt der Gerichtshof auf die Interaktion zwischen Behörden und Beschwerdeführern ab.

So die *Grand Chamber* im Fall *Varnava and others v. Turkey* (vgl. zum Sachverhalt Ziff. III.4.4.2): «[Applications] can be rejected as out of time in disappearance cases where there has been excessive or unexplained delay on the part of applicants once they have, or should have, become aware that no investigation has been instigated or that the investigation has lapsed into inaction or become ineffective and, in any of those eventualities, there is no immediate, realistic

¹⁵⁹⁶ *Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 (2014), § 275.

¹⁵⁹⁷ *Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 (2014), § 276.

¹⁵⁹⁸ *Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 (2014), §§ 276 f. («[two decisions] had ordered the investigators to identify all of those victims. [...] Moreover, the Court notes that the decision [...] not to bring a prosecution, [...], applied to all of the victims. The conclusion adopted with regard to the statutory limitation of criminal liability applied equally to those victims who had lodged complaints in the days following their assault and to those who, like the applicant, had complained at a later date.»)

¹⁵⁹⁹ *Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 (2014), § 278.

¹⁶⁰⁰ Offener REID, Practitioner's Guide, 85-010.

prospect of an effective investigation being provided in the future. Where there are initiatives being pursued in regard to a disappearance situation, applicants may reasonably await developments which could resolve crucial factual or legal issues. Indeed, as long as there is some meaningful contact between families and authorities concerning complaints and requests for information, or some indication, or realistic possibility, of progress in investigative measures, considerations of undue delay will not generally arise. However, where there has been a considerable lapse of time, and there have been significant delays and lulls in investigative activity, there will come a moment when the relatives must realise that no effective investigation has been, or will be provided. When this stage is reached will depend, unavoidably, on the circumstances of the particular case.»¹⁶⁰¹

4.3.3. Internationale Zusammenarbeit

Üblicherweise betrifft die Verpflichtung zur Durchführung einer wirksamen Untersuchung einzig denjenigen Staat, auf dessen Territorium sich ein Ereignis zugetragen hat¹⁶⁰². Soweit es um die Bekämpfung von Terrorismus geht, bestehen in Europa aber oft grenzüberschreitende Bezüge. Dann ist nicht bloss der direkt betroffene Konventionsstaat verpflichtet, Mittel und Möglichkeiten zur Beschaffung von Beweisen in einem anderen Staat zu treffen – selbst ein Drittstaat kann zur Kooperation verpflichtet sein¹⁶⁰³. Der EGMR trägt den bestehenden zwischenstaatlichen Verpflichtungen Rechnung (Drittstaaten können daher nicht ins Recht gezogen werden, wenn entsprechende Verpflichtungen fehlen).

Im Fall *Rantsev v. Cyprus and Russia*, waren die Umstände des tödlichen Sturzes der russischen Kabarett-Artistin *Oxana Rantesva* vom Balkon ihres Zimmers in Limassol (Zypern) zu beurteilen¹⁶⁰⁴. Die forensische Untersuchung zeigte unter anderem körperliche Verletzungen auf, welche ihr unmittelbar vor ihrem

¹⁶⁰¹ *Varnava and others v. Turkey* (GC), 16064/90 (2009), § 165.

¹⁶⁰² *Rantsev v. Cyprus and Russia* 25965/04 (2010), § 243.

¹⁶⁰³ Vgl. REID, Practitioner's Guide, 75-016.

¹⁶⁰⁴ *Rantsev v. Cyprus and Russia* 25965/04 (2010), §§ 18 ff.

Tod zugefügt worden waren¹⁶⁰⁵. Hintergrund des Falles bildeten Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung auf Zypern¹⁶⁰⁶. Zur Aufklärung waren sowohl auf Zypern als auch in Russland Untersuchungen durchzuführen.

Die zyprischen Behörden verletzen ihre prozedurale Verpflichtung nach Art. 2 EMRK, da sie die zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel nicht ausgeschöpft hatten¹⁶⁰⁷: For «an investigation into a death to be effective, member States must take such steps as are necessary and available in order to secure relevant evidence, whether or not it is located in the territory of the investigating State. [... Both] Cyprus and Russia are parties to the Mutual Assistance Convention and have, in addition, concluded the bilateral Legal Assistance Treaty [...]. These instruments set out a clear procedure by which the Cypriot authorities could have sought assistance from Russia in investigating the circumstances of Ms Rantseva's stay in Cyprus and her subsequent death. The Prosecutor General of the Russian Federation provided an unsolicited undertaking that Russia would assist in any request for legal assistance by Cyprus aimed at the collection of further evidence [...]. However, there is no evidence that the Cypriot authorities sought any legal assistance from Russia in the context of their investigation. In the circumstances, the Court finds the Cypriot authorities' refusal to make a legal assistance request to obtain the testimony of the two Russian women who worked with Ms Rantseva at the cabaret particularly unfortunate given the value of such testimony in helping to clarify matters which were central to the investigation. [...]»¹⁶⁰⁸

Hingegen hatten die russischen Behörden nicht gegen Art. 2 EMRK verstossen¹⁶⁰⁹: The «Court does not consider that Article 2 requires member States' criminal laws to provide for universal jurisdiction in cases involving the death

¹⁶⁰⁵ *Rantsev v. Cyprus and Russia* 25965/04 (2010), § 45.

¹⁶⁰⁶ *Rantsev v. Cyprus and Russia* 25965/04 (2010), § 222 (was den zyprischen Behörden unter der positiven Verpflichtung von Art. 2 EMRK nicht zum Vorwurf gemacht wurde).

¹⁶⁰⁷ *Rantsev v. Cyprus and Russia* 25965/04 (2010), § 242.

¹⁶⁰⁸ *Rantsev v. Cyprus and Russia* 25965/04 (2010), § 241.

¹⁶⁰⁹ *Rantsev v. Cyprus and Russia* 25965/04 (2010), § 247.

of one of their nationals. There are no other special features which would support the imposition of a duty on Russia to conduct its own investigation. Accordingly, the Court concludes that there was no free-standing obligation incumbent on the Russian authorities under Article 2 of the Convention to investigate Ms Rantseva's death.

However, the corollary of the obligation on an investigating State to secure evidence located in other jurisdictions is a duty on the State where evidence is located to render any assistance within its competence and means sought under a legal assistance request. [...] [...] The] responsibility for investigating Ms Rantseva's death lay with Cyprus. In the absence of a legal assistance request, the Russian authorities were not required under Article 2 to secure the evidence themselves.»¹⁶¹⁰

Die nationalen Grenzen können sich als faktisch unüberwindbar erweisen. Verlangt wird von den Konventionsstaaten bei grenzüberschreitenden Bezügen, dass sie immerhin Anstrengungen für eine angemessene Untersuchung unternehmen.

Im Fall *Brecknell v. The United Kingdom* (vgl. Ziff. VI.4.2.1) hatte sich der sich selbst einer Tatbeteiligung bezichtigende John Weir nach Irland abgesetzt. Während er für die Behörden des Vereinigten Königreichs unauffindbar war, hatte die Polizei von Dublin keine Mühe, ihn zu sprechen. Der EGMR stellte lebensnah fest, «[...] that Weir refrained from coming within the jurisdiction, where he might well have risked further criminal charges being lodged against him or retaliatory steps from those whom he had been naming in the press. It sees no reason to disbelieve the Government's statement that they took steps to locate Weir, including approaching his last known address and making inquiries from the Irish police [...]»¹⁶¹¹

¹⁶¹⁰ *Rantsev v. Cyprus and Russia* 25965/04 (2010), §§ 244 f.

¹⁶¹¹ *Brecknell v. The United Kingdom*, 32457/04 (2007), §§ 73 (Zitat) sowie 81.

4.3.4. Einschränkung der Untersuchung aufgrund nationaler Interessen?

Der grundrechtliche Anspruch auf eine Untersuchung gilt nicht absolut. Insbesondere bei der Abwehr terroristischer Gefährdungen im Allgemeinen oder bei Anti-Terror-Operationen im Besonderen können legitime Geheimhaltungsinteressen des Staates zur *Einschränkung* einzelner Aspekte einer objektiven Untersuchung führen.

a. Faktische Einschränkung und Verlagerung der Untersuchungspflicht

Die Betroffenheit nationaler Sicherheitsinteressen bildet kein explizites Unzulässigkeitskriterium bei Beschwerden an den EGMR. Denkbar wäre es unseres Erachtens, unter Umständen einen Nichteintretensentscheid gestützt auf die Missbrauchsklausel zu fällen (Art. 35 Abs. 3 Buchstabe a in Verbindung mit Art. 17 EMRK).

Bei einer Betroffenheit des Grundrechts auf Leben ist kein Fall bekannt, auf welchen die Strassburger Organe aufgrund nationaler Sicherheitsinteressen nicht eingetreten wären (vgl. *mutatis mutandis* zur jüngeren Praxis über das Eintreten selbst in Fällen militärischer Missionen in Nicht-Konventionsstaaten Ziff. III.2.5).

Nationale Sicherheitsinteressen werden von den Konventionsstaaten im Zusammenhang mit der prozeduralen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK *selten* ins Feld geführt. Wenn doch, geht es um Ausnahmefälle. Der EGMR tut sich schwer damit und scheint dann bereit zu sein, faktische Einschränkungen von Konventionsgarantien hinzunehmen.

Im Urteil *Finogenov and others v. Russia* akzeptierte es der EGMR, dass die genaue Zusammensetzung und die Dosis des von den Sicherheitskräften verwendeten narkotisierenden Gases nicht bekannt gegeben wurden. Der Gerichtshof traf eine Abwägung zwischen dem Interesse des Staates, Teile der Operation geheim zu halten und der prozeduralen Verpflichtung hinsichtlich des Objektivitätsgehalts der Untersuchung. Er erkannte damit keine Pflicht

auf eine Untersuchung der unmittelbaren Wirkung des Einsatzmittels auf die Geiseln¹⁶¹² (vgl. auch Ziff. V.4.5.2).

Unseres Erachtens ist das solange konform zum Gebot der Objektivität der Untersuchung, als die *potenziell tödliche* Wirkung des Nervengases nicht infrage steht. Der EGMR zeigt sich in dieser Frage aber wenig bestimmt¹⁶¹³ und verlagert die rechtliche Beurteilung auf die Planung und Durchführung der nachgelagerten Rettungsoperation. Dort spielt die Wirksamkeit der Untersuchung für den Gerichtshof erneut eine Rolle¹⁶¹⁴. Mit der Verlagerung der rechtlich relevanten Fragestellung gibt der EGMR *de facto* den Sicherheitsinteressen Russlands nach¹⁶¹⁵. Worin diese Interessen konkret liegen, erschliesst sich nicht schlüssig. Zu bedenken ist, dass der Einsatz eines narkotisierenden Gases auf der Basis von Phentanyl und seine Wirkung öffentlich bekannt sind.

Dass Art. 2 EMRK schliesslich wegen einer unterlassenen effektiven Untersuchung der Rettungsaktion verletzt sein soll («failure to conduct an effective investigation into the rescue operation»)¹⁶¹⁶, überzeugt unseres Erachtens nicht. Die Todesursache – auch für die Geiseln – wurde bereits durch den Einsatz des narkotisierenden Gases gesetzt. Käme man zu einem anderen Schluss (und beurteilte die Wirkung des Gases nicht als potenziell tödlich), so wäre es wohl folgerichtig, in der Weigerung der Bekanntgabe der Zusammensetzung des chemischen Stoffes gleichwohl eine Behinderung der Untersuchung zu erkennen.

Der Fall verdeutlicht, dass eine Untersuchung als solche nicht ausgeschlossen werden darf. Mittelbar kann bereits die mangelhafte Führung einer polizeilichen Operation zu einer faktischen Einschränkung der Untersuchung führen. Etwa dann, wenn Entscheide

¹⁶¹² *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), §§ 235 und 277.

¹⁶¹³ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), Urteilsdispositiv § 3: «Holds that there has been no violation of Article 2 of the Convention on account of the decision by the authorities to resolve the hostage crisis by force and to use the gas».

¹⁶¹⁴ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 232

¹⁶¹⁵ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), § 266: «The Court [...] recognises the need to keep certain aspects of security operations secret.»

¹⁶¹⁶ *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), Urteilsdispositiv (Hervorhebung nur hier).

nachträglich nicht mehr rekonstruiert und Verantwortungen nicht mehr zugeordnet werden können (vgl. Ziff. V.2.2).

Daher gehen Verletzungen der positiven und der prozeduralen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK oft Hand in Hand¹⁶¹⁷. Im Verhältnis zueinander kommt der prozeduralen Verpflichtung eine *Auffangfunktion* zu (vgl. Ziff. V.4.6.4).

b. Gründe für Einschränkungen

Gerade im Zusammenhang mit Anti-Terror-Operationen stellt sich die Frage, ob ein Konventionsstaat trotz bestehender Untersuchungspflicht berechtigterweise Beweise oder Informationen zurückhalten darf. Eine Praxis oder eine Definition zulässiger Gründe für die Einschränkung von Untersuchungen durch die Rechtsprechung ist bislang nicht erkennbar.

Geheimhaltungsinteressen können unseres Erachtens etwa dann vorliegen, wenn

- eine Untersuchung (weitere) Anti-Terror-Operationen gefährdet,
- ein Konventionsstaat die Identität verdeckter Informanten preisgeben müsste,
- die internationale nachrichtendienstliche Kooperation gefährdet würde.

So begründete Einschränkungen der prozeduralen Verpflichtung können sich formal aus den nationalen Rechtsordnungen ergeben: Sei es als Vorbehalte im Strafprozessrecht oder sei es in der Beschränkung nationaler Beschwerdewege (etwa Ausnahmen für *actes de gouvernement* im Bereich der inneren oder äusseren Sicherheit eines Konventionsstaates).

«*Persönliche*» Interessen von den an staatlichen Operationen beteiligten Personen sind für den EGMR nicht ausreichend, um eine Untersuchung einzuschränken. Liegen ausreichende Hinweise auf eine Bedrohung von Einzelpersonen vor (*real and immediate risk*), kann hingegen eine staatliche Schutzpflicht für diese Personen greifen (vgl. Ziff. III.2.2.5).

¹⁶¹⁷ Etwa *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), Urteilsdispositiv § 4 und 5; *Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 (2011), Urteilsdispositiv § 4 und 5; *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), Urteilsdispositiv § 2 und 3 (wenn auch etwas weniger deutlich).

Zur Gewährleistung der taktischen Umsetzung kann es notwendig sein, erfolgskritische Informationen im Vorfeld sowie während der eigentlichen Durchführung einer Anti-Terror-Operation zu schützen. Später können Geheimhaltungsinteressen dahinfallen. Hinsichtlich der Taktiken bei Anti-Terror-Operationen *an sich* besteht kein Geheimhaltungsinteresse; sofern sie für eine Untersuchung überhaupt relevant sind, sind sie dieser in der Regel zugänglich.

Polizeiliche Taktiken oder ein operatives Vorgehen zur Terrorismusbekämpfung dürfen in Verfahren aber nicht in einer Art dargestellt werden, dass daraus eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit erwachsen kann. Sprich eine Untersuchung darf nicht indirekt zur Erstellung einer Blaupause für künftige terroristische Aktionen dienen können oder generell zu weiteren Aktionen motivieren¹⁶¹⁸. Zu bedenken ist aber, dass die Doktrin staatlicher Sicherheitskräfte zu einem gewissen Grad öffentlich bekannt sein kann.

c. Alternativen und Spannungsfeld zur Öffentlichkeit einer Untersuchung

Staatlichen Geheimhaltungsinteressen ist gemein, dass sie weniger mit einer Untersuchung als solcher in einem Spannungsfeld stehen, sondern mit dem Element der Öffentlichkeit einer Untersuchung. Daher ist es unseres Erachtens in besonderen Fällen denkbar, zwar eine vorbehaltlose Untersuchung durchzuführen, aber Teile derselben unter einen Geheimnisschutz zu stellen.

Das Zurückhalten von Informationen bei bestehender prozeduraler Verpflichtung nach Art. 2 EMRK bedarf unseres Erachtens einer gesonderten Überprüfung und kann nur *ultima ratio* erfolgen. Die Erfordernisse an die Wirksamkeit einer Untersuchung können generell nur dann eingehalten werden, wenn alle dafür notwendigen Informationen vorliegen. Ein Geheimhaltungsinteresse kann daher nur unter den spezifischen Umständen des Einzelfalls geprüft werden.

Dazu ist eine Güterabwägung zwischen der prozeduralen Verpflichtung und einer möglichen Gefährdung der nationalen Sicherheit vorzunehmen. Unseres

¹⁶¹⁸ Insbesondere das Urteil *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017) ist über gewisse Strecken sehr anschaulich verfasst.

Erachtens muss eine (erhebliche) konkrete Gefährdung bestehen, damit eine Geheimhaltung im Rahmen der Untersuchung überhaupt in Frage kommt. Die Schwierigkeit wird für Konventionsstaaten darin bestehen, das Geheimhaltungsinteresse ausreichend begründen zu können, ohne es durch die Begründung selber zu verletzen.

4.3.5. Sanktionierung der Verantwortlichen

Mit der wirksamen Untersuchung soll die Verantwortlichkeit eines Konventionsstaats im Sinne seiner grundrechtlichen Verpflichtungen geklärt werden (vgl. Ziff. III.2.4.4). Die verlangte wirksame Sanktionierung der Verantwortlichen richtet sich nach den nationalen Rechtsgrundlagen. Die Beurteilung des EGMR verlagert sich darauf, ob die nationalen Rechtsgrundlagen ausreichend sind, den von Art. 2 EMRK verfolgten Zweck zu erreichen (was unseres Erachtens starke Bezüge zur positiven Verpflichtung aufweist).

«It is true that it is not for the Court to rule on the degree of individual guilt [...], or to determine the appropriate sentence of an offender, those being matters falling within the exclusive jurisdiction of the national criminal courts. However, under Article 19 of the Convention and under the principle that the Convention is intended to guarantee not theoretical or illusory, but practical and effective rights [...], the Court has to ensure that a State's obligation to protect the rights of those under its jurisdiction is adequately discharged. In cases of deaths occurring as a result of the use of excessive force, it must in particular verify whether the State has complied with its duty under Article 2 to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions, and by not allowing life-endangering offences to go unpunished [...].»¹⁶¹⁹

«It follows that while the Court should grant substantial deference to the national courts in the choice of appropriate sanctions for ill-treatment and homicide by State agents, it must exercise a certain power of review and intervene in cases

¹⁶¹⁹ *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, 7888/03 (2007), § 61.

of manifest disproportion between the gravity of the act and the punishment imposed. Were it to be otherwise, the States' duty to carry out an effective investigation would lose much of its meaning, and the right enshrined by Article 2, despite its fundamental importance, would be ineffective in practice.»¹⁶²⁰

Es sollte zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit bestehen, dass die Verantwortlichen identifiziert und sanktioniert werden können. Dies erscheint dann problematisch, wenn die Rechtsprechung des EGMR ihre «präventive» Wirkung verfehlt (vgl. insbesondere zur Beurteilung der Beweislastumkehr in besonderen Fällen Ziff. VI.4.2.4.e) und es erst im Anschluss an ein Strassburger Urteil zu einer (neuen) angemesseneren Untersuchung und allenfalls einer Prüfung individueller Verantwortlichkeiten auf nationaler Ebene kommt.

Stellt der EGMR eine Konventionsverletzung aufgrund ungenügender Untersuchung fest, stellt sich die Frage, inwieweit eine darauffolgende nationale Untersuchung betreffend die Identifikation und Sanktionierung der Verantwortlichen tatsächlich erfolgen kann. «The lack of objective and impartial information about the use of [...] weapons constituted a major failure by the investigation to clarify this key aspect of the events and to create a ground for drawing conclusions about the authorities' actions in general and individual responsibility.»¹⁶²¹

Bei Verzögerungen oder ungenügender Durchführung einer Untersuchung kann die Identifikation der Verantwortlichen möglicherweise nicht mehr stattfinden. Zumal sich eine – angemessene – spätere Untersuchung aufgrund des Zeitablaufs tendenziell aufwendiger und schwieriger gestaltet als eine zeitnahe Untersuchung.

Im Fall *Makaratzis v. Greece* «[...] an administrative investigation was opened. A number of police officers and other witnesses were interviewed and laboratory tests were conducted. After the investigation a criminal prosecution was brought against seven police officers, who were eventually acquitted [...]. [...]

¹⁶²⁰ *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, 7888/03 (2007), § 62; ähnlich *Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 (2016), §§ 238 f.

¹⁶²¹ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 524.

However, [...] the domestic authorities failed to identify all the policemen who took part in the chase. [...] Some policemen left the scene without identifying themselves and without handing over their weapons; thus, some of the fire-arms which were used were never reported. [...] It also seems that the domestic authorities did not ask for the list of the policemen who were on duty in the area when the incident took place and that no other attempt was made to find out who these policemen were. Moreover, [...] only three bullets were collected and that, other than the bullet which was removed from the applicant's foot and the one which is still in his buttock, the police never found or identified the other bullets which injured the applicant.»¹⁶²²

Bei der Klärung der individuellen Verantwortlichkeit können zudem die jeweiligen Verjährungsfristen nach nationalem Recht eine Rolle spielen. Verjährungsfristen können eine Sanktionierung ausschliessen. Dies scheint dann besonders heikel, wenn eine Untersuchung zwar eröffnet wird, es aber absehbar ist, dass die Zeitverhältnisse nicht mehr ausreichen werden, die Verfahren innert Frist rechtskräftig abzuschliessen.

Letztlich kommt es darauf an, ob eine Untersuchung zur Klärung der Verantwortlichkeiten für Eingriffe in das Recht auf Leben (in der Regel wohl als Strafuntersuchung) überhaupt gebührend durchgeführt wird. Es muss unter Ausschöpfung der zur Verfügung stehenden Mittel aufgezeigt werden, dass eine unzulässige (und insbesondere unverhältnismässige) Zwangsanwendung mit lebensgefährdenden oder letalen Folgen nicht ungeahndet bleibt¹⁶²³. Ein Verfahren soll gewährleisten, das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Rechtsstaat in jenen Fällen zu schützen, in welchen die höchsten Rechtsgüter (vgl. Ziff. III.2), respektive ein notstandsfestes Grundrecht (vgl. Ziff. III.3) infrage stehen.

¹⁶²² *Makaratzis v. Greece* (GC), 50385/99 (2004), §§ 75 f.

¹⁶²³ *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria* (GC), 7888/03 (2007), § 57 (e): «While there is no absolute obligation for all prosecutions to result in conviction or in a particular sentence, the national courts should not under any circumstances be prepared to allow life-endangering offences to go unpunished. This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts.»

4.4. VERHÄLTNIS ZUM RECHT AUF EINE WIRKSAME BESCHWERDE

Parallel zum Bestehen einer Untersuchungspflicht nach Art. 2 EMRK kann das Recht auf eine wirksame Beschwerde Geltung beanspruchen¹⁶²⁴. Auch Art. 13 EMRK eröffnet den Betroffenen (respektive bei Todesfällen deren Angehörigen) die Möglichkeit, bei einer innerstaatlichen Behörde Beschwerde zu erheben¹⁶²⁵. Beschwerdefähig ist eine Verletzung der Rechten oder Freiheiten, welche durch die Konvention geschützt werden.

Im Fall *McKerr v. The United Kingdom* hat der Beschwerdeführer angeführt, dass ihm kein wirksamer Rechtsbehelf für eine Beschwerde zur Verfügung gestanden hatte¹⁶²⁶. Der EGMR hat sich (unter anderem in diesem Fall) mit der Bedeutung von Art. 13 EMRK im Zusammenhang mit einer tödlichen Zwangsanwendung auseinandergesetzt: «The [...] case-law indicates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an «arguable complaint» under the Convention and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision.»¹⁶²⁷

Die prozeduralen Anforderungen nach dem Recht auf eine wirksame Beschwerde reichen gemäss dem EGMR weiter als jene nach dem Recht auf Leben¹⁶²⁸.

¹⁶²⁴ *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), §§ 91 ff. Vgl. zum Verhältnis von Art. 2 zu Art. 13 EMRK auch STURM, Gewaltanwendung, S. 27 ff.

¹⁶²⁵ Davon zu unterscheiden ist das Recht auf eine faire Verfahren nach Art. 6 EMRK. Ein direkter Bezug zwischen Art. 2 und Art. 6 EMRK besteht nicht. Der (autonom auszulegende) Wortlaut von Art. 6 EMRK stellt auf *civil rights* und *criminal charge* ab. Bei einer Verletzung des Rechts auf Leben betrifft diese Bestimmung nur die Beurteilung des Verhaltens einer möglichen Täterschaft.

¹⁶²⁶ *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 167.

¹⁶²⁷ *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 170.

¹⁶²⁸ *Salman v. Turkey* (GC), 21986/93 (2000), § 123; *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), § 160; *Kılıç v. Turkey*, 22492/93 (2000), § 93; *Shanaghan v. The United Kingdom*, 37715/97 (2001), § 135; *Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 (2001), § 154; *McShane v. The United Kingdom*, 43290/98 (2002), § 141; *Gongadze v. Ukraine*, 34056/02

«In cases involving the use of lethal force or a suspicious death, [...] Article 13 requires, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the deprivation of life, including effective access for the complainant to the investigation procedure [...]. In a number of cases [...] there has been a violation of Article 13 where no effective criminal investigation had been carried out into a suspicious death, noting that the requirements of Article 13 were broader than the obligation to investigate imposed by Article 2 of the Convention.»¹⁶²⁹

Der Anspruch auf eine wirksame Untersuchung nach dem prozeduralen Gehalt des Rechts auf Leben richtet sich auf die Umstände einer Zwangsanwendung sowie auf eine allfällige nachgelagerte Haftung. Selbst wenn sich der Geltungsbereich der Untersuchungspflicht nach Art. 2 EMRK enger als nach Art. 13 EMRK erweist, ist eine Prüfung unseres Erachtens *ausführlicher*: Es geht im Rahmen einer Untersuchung nach Art. 2 EMRK darum, das gesamte staatliche Handeln umfassend zu beurteilen. Im Gegensatz dazu stehen bei Art. 13 EMRK zivilrechtliche Genugtuungsansprüche von Opfern oder deren Verwandten im Fokus¹⁶³⁰.

Art. 2 und Art. 13 EMRK können gemeinsam verletzt sein und gerügt werden¹⁶³¹. Das bedeutet allerdings nicht, dass der EGMR beide Grundrechte jeweils separat prüft¹⁶³².

(2005), § 192; *Akkum and others v. Turkey*, 21894/93 (2005), § 265; *Kaya and others v. Turkey*, 4451/02 (2006), § 53; *Erdoğan and others v. Turkey*, 19807/92 (2006), § 104.

¹⁶²⁹ *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 171.

¹⁶³⁰ JACOBS/WHITE/OVEY, European Convention, S. 160.

¹⁶³¹ So etwa in *Isayeva v. Russia*, 57950/00 (2005), §§ 224 und 230 oder *Gongadze v. Ukraine*, 34056/02 (2005), §§ 164 ff. und 190 ff.

¹⁶³² Vgl. etwa *McCaughy and others v. The United Kingdom*, 43098/09 (2013), § 140 (keine separate Prüfung von Art. 13 EMRK); noch weiter ging der Gerichtshof in *Hugh Jordan v. The United Kingdom*, 24746/94 (2001), §§ 164 f. («As regards the applicant's complaints concerning the investigation into the death carried out by the authorities, these have been examined above under the procedural aspect of Article 2 [...] The Court finds that no separate issue arises in the present case. The Court concludes that there has been no violation of Article 13 of the Convention.»).

4.5. ZAHLUNG VON SCHADENERSATZ ANSTELLE EINER UNTERSUCHUNG?

Eine konventionskonforme Untersuchung kann mit einem erheblichen personellen, materiellen und finanziellen Aufwand verbunden sein. Eine wirksame Untersuchung kann zudem auch zu indirekten politischen Konsequenzen führen.

Daher könnten Staaten oder Behörden versucht sein, einen allenfalls parallel bestehenden Anspruch auf Schadenersatz «aufzuwerten». Es fragt sich, ob die Leistung von Schadenersatz *an die Stelle* der Durchführung einer Untersuchung treten kann. Aus prozessualer Sicht könnte argumentiert werden, dass allfällige Interessen Dritter (etwa Hinterbliebener) durch die Leistung von Schadenersatz (schnell und effizient) abgedeckt werden – auf Beschwerden der entschädigten Personen würde dann mangels eines bestehenden Schadens nicht eingetreten.

In heiklen Fällen könnten Behörden versucht sein, die Dinge zu vereinfachen (etwa dann, wenn gegenüber dem Konventionsstaat bei einem Verfahren vor dem EGMR sowieso eine Beweislastumkehr eintreten würde; vgl. Ziff. VI.4.2.4). Sie könnten vergangene Fehler pauschal und ohne nähere Prüfung des Sachverhalts einräumen. Nach dem Eingeständnis staatlicher Verantwortlichkeit könnte argumentiert werden, es bestehe kein Interesse an einer weiteren Untersuchung mehr.

4.5.1. Schadenersatz als effiziente Alternative zu einer Untersuchung?

a. Grundsatz der Alternativlosigkeit der prozeduralen Verpflichtung

Der prozedurale Gehalt steht zwar in engem Zusammenhang mit den weiteren Verpflichtungen der Staaten aus Art. 2 EMRK; – er besteht aber eigenständig. Der EGMR hat wiederholt erkannt, dass mit einer finanziellen Kompensation der prozeduralen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK nicht nachgekommen werden kann (vgl. Ziff. III.2.4.3 und III.2.4.4)¹⁶³³.

¹⁶³³ *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 121; *Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 (2011), § 165.

«This is so because, if the authorities could confine their reaction to incidents of willful police ill-treatment to the mere payment of compensation, while not doing enough in the prosecution and punishment of those responsible, it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity and the general legal prohibitions of killing and torture and inhuman and degrading treatment, despite their fundamental importance, would be ineffective in practice.»¹⁶³⁴

b. Parallelität von Schadenersatzansprüchen

Dies bedeutet indes nicht (*e contrario*), dass ein Schadenersatz bei einer unzulässigen Zwangsanwendung ausgeschlossen oder gar unzulässig wäre. Mögliche Schadenersatzansprüche oder Schadenersatzleistungen können *neben* den Untersuchungspflichten bestehen.

So wurde etwa im Fall *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria* den Angehörigen des Verstorbenen eine Genugtuung zugesprochen. Zwar kann eine Verletzung von Art. 2 EMRK durchaus zu einem Schadenersatzanspruch führen, aber «in cases of willful ill-treatment resulting in death the breach of Article 2 *cannot be remedied exclusively* through an award of compensation to the relatives of the victim.»¹⁶³⁵

c. Besonderheit bei überlangen Verfahren

Eine übermässig lang andauernde Untersuchung kann die am Verfahren beteiligten Personen psychisch stark belasten. Die Opfer respektive die Hinterbliebenen werden wiederholt mit dem Sachverhalt und ihrem eigenen Schicksal konfrontiert; dies kann eine Verarbeitung der Geschehnisse erschweren.

Im Fall *Collette and Michael Hemsworth v. The United Kingdom* waren die Verletzungen von *John Hemsworth* zu beurteilen. Bei einer Verfolgungsjagd der RUC habe er als Passant Schläge ins Gesicht erhalten. Er wurde medizinisch versorgt, aber sein Zustand verschlechterte sich zunehmend. Rund ein halbes

¹⁶³⁴ *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria* (GC), 7888/03 (2007), § 55.

¹⁶³⁵ *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria* (GC), 7888/03 (2007), § 55 (Hervorhebung nur hier).

Jahr nach dem Vorfall verstarb er¹⁶³⁶. Die Untersuchung war auch nach 13 Jahren noch nicht abgeschlossen (was als Verletzung von Art. 2 EMRK beurteilt worden ist; vgl. Ziff. VI.4.2.3.c mit Fn. 1528)¹⁶³⁷. Der EGMR hat aufgrund einer erhöhten Belastung der Angehörigen über einen langen Zeitraum hinweg (selbständige) Genugtuungsansprüche anerkennt. «The applicants requested an award in respect of non-pecuniary damages. While they did not request a particular sum, they submitted psychiatric reports which underlined the impact on them of the death of Mr Hemsworth and which, in the case of Mrs Hemsworth, attested to the fact that the inquest delay in particular was a significant factor in the persistence of her problems of depression and anxiety.»¹⁶³⁸

Im Fall *McDonell v. The United Kingdom* hat der EGMR (vgl. zum auch nach 17 Jahren noch nicht aufgeklärten tödlichen Herzinfarkt eines Gefängnisinsassen Ziff. VI.4.2.3.c) zudem einen Nicht-Vermögensschaden auch ohne entsprechende psychiatrische Gutachten zugesprochen. «The [...] applicant had not established any suffering and distress meriting an award of non-pecuniary damage. In particular, she had failed to provide any evidence or details in support of her claim. [...] The [...] applicant has undoubtedly suffered distress on account of the lengthy delay in the case. It awards her the full amount claimed, namely EUR 10,000, in respect of non-pecuniary damage.»¹⁶³⁹

Die opferfreundliche Rechtsprechung des EGMR zu möglichem Schadenersatz unterstreicht die Bedeutung einer zeitnahen und nicht überlangen Untersuchung aus individualrechtlicher Sicht. Dies entspricht zudem dem prozeduralen Institut des Beschleunigungsgebots.

¹⁶³⁶ *Collette and Michael Hemsworth v. The United Kingdom*, 58559/09 (2013), §§ 7 und 13 f.

¹⁶³⁷ *Collette and Michael Hemsworth v. The United Kingdom*, 58559/09 (2013), § 58.

¹⁶³⁸ *Collette and Michael Hemsworth v. The United Kingdom*, 58559/09 (2013), § 79.

¹⁶³⁹ *McDonell v. The United Kingdom*, 19563/11 (2014), §§ 96 f.

4.5.2. Anerkennung von Fehlern und Leistung von Genugtuung

Unseres Erachtens erstaunlich ist, dass es der EGMR zumindest in einzelnen Fällen zu akzeptieren scheint, wenn ein Staat eine missbräuchliche Zwangsanwendung bei tödlichem Ausgang anerkennt und anschliessend eine Genugtuung ausspricht – indes ohne eine wirksame Untersuchung zu führen.

So ist es im Fall *Akman v. Turkey* nach einer Schiesserei zu Hausdurchsuchungen gekommen, unter anderem beim Beschwerdeführer. Dieser verhielt sich gegenüber der Spezialeinheit kooperativ und erfüllte, gemeinsam mit seiner Familie, deren Forderungen. Bei der Identitätskontrolle des Sohnes eröffnete ein Beamter das tödliche Feuer auf diesen. Anschliessend begaben sich reguläre Polizeikräfte sowie ein Arzt zum Ort und nahmen die Aussagen der Betroffenen auf¹⁶⁴⁰. Der EGMR strich den Fall mit Verweis auf Artikel 37 Abs. 1 Bst. c EMRK: «Having regard to the nature of the admissions contained in the declaration as well as the scope and extent of the various undertakings referred to therein, together with the amount of compensation proposed, the Court considers that it is no longer justified to continue the examination of the application.»¹⁶⁴¹

Das Urteil überzeugt nicht. Es führt im Ergebnis dazu, dass mittels einer vagen Anerkennung der Konventionsverletzung in Verbindung mit einer entsprechenden Genugtuungszahlung eine gerichtliche Überprüfung – und damit die prozedurale Verpflichtung aus Art. 2 EMRK – umgangen werden kann¹⁶⁴². Insbesondere stellt sich unseres Erachtens die Frage, ob dann noch eine tatsächliche Sanktionierung der Verantwortlichen stattfindet. Der Zweck der Untersuchung – nämlich die Identifizierung der Verantwortlichen und die (hier: strafrechtliche) Beurteilung deren Verhaltens – kann infrage gestellt und letztlich eine potenzielle Konventionsverletzung in Kauf genommen werden¹⁶⁴³.

¹⁶⁴⁰ *Akman v. Turkey*, 37453/97 (2001), § 10 ff.

¹⁶⁴¹ *Akman v. Turkey*, 37453/97 (2001), § 30.

¹⁶⁴² CHEVALIER-WATTS, *Effective Investigations*, S. 720.

¹⁶⁴³ *McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 (2001), § 121.

4.6. BEDEUTUNG EINER WIRKSAMEN UNTERSUCHUNG

Die Untersuchungspflicht zeitigt Wirkung im Einzelfall, sobald das Leben als Rechtsgut durch menschliches Verhalten gefährdet wird (vgl. Ziff. III.2.4). Sie steht damit automatisch in einem Zusammenhang zur positiven und zur negativen Verpflichtung nach Art. 2 EMRK. In Fällen einer Zwangsanwendung akzentuiert sich der selbständige Gehalt der prozeduralen Verpflichtung. Im Rahmen einer Untersuchung werden indirekt auch öffentliche Interessen an einer Überprüfung der Rechtmässigkeit der Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols einbezogen.

Die bei einer Zwangsanwendung notwendige wirksame Untersuchung knüpft massgeblich an die *Unabhängigkeit* der Untersuchungsbehörde an. Zur Beurteilung scheint der EGMR einen strengen Massstab anzuwenden: Nach einer organisatorisch-formalen Sichtweise wird letztlich eine *tatsächliche* behördliche Unabhängigkeit verlangt. Eine Behörde darf unter keinen Umständen ihr eigenes Verhalten oder ihre eigene Beteiligung untersuchen – respektive das Verhalten oder die Beteiligung ihrer eigenen Angehörigen. Bei Anti-Terror-Operationen sind sämtliche konkret involvierten staatlichen Stellen (auch Organisationseinheiten von Strafverfolgungsbehörden) von einer späteren Untersuchungstätigkeit im Geltungsbereich von Art. 2 EMRK ausgeschlossen. Mit anderen Worten schliesst der Einbezug in eine Operation die Unabhängigkeit einer Behörde in einer späteren Untersuchung *per se* aus – die konkrete Rolle in der fraglichen Operation ist nicht relevant. Die Konventionsstaaten stehen in der Pflicht, die Untersuchung mit unbefangenen Untersuchungsbehörden durchzuführen.

Gleichwohl besteht eine unvermeidbare Schnittstelle zwischen einer Operation von Sicherheitskräften und einer nachfolgenden Untersuchung: So müssen bereits während einer Operation die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass später eine wirksame Untersuchung mit der nötigen Tiefe erfolgen kann. Dabei geht es insbesondere um die umfassende Dokumentation und erste Beweissicherung durch die operativ handelnden Behörden und die anschliessende Zurverfügungstellung aller relevanten Unterlagen an die Untersuchungsbehörde.

Die *Angemessenheit* einer Untersuchung hängt stark vom Einzelfall ab. Der EGMR räumt den Staaten ein gewisses Ermessen ein – gleichwohl hat sich eine Art Minimal-

standard etabliert¹⁶⁴⁴. Die Angemessenheit erlangt bei einer besonderen staatlichen Verantwortlichkeit gegenüber Individuen eine besondere Bedeutung: In den Fällen des Gewahrsams über eine Person, bei der Anwendung potenziell tödlicher staatlicher Zwangsmittel oder bei einer tatsächlichen Kontrolle eines Staates über ein bestimmtes Konfliktgebiet (*effective control*) greift bei ungeklärten Todesursachen eine Beweislastumkehr. Die Beweislastumkehr steht in engem Verhältnis zur positiven und zur negativen Verpflichtung nach Art. 2 EMRK. Letztlich ist es für den Gerichtshof entscheidend, ob staatliche Akteure die Kontrolle über eine bestimmte Situation oder in Ausnahmesituationen in einem bestimmten Territorium vollständig ausüben (im Sinne einer Herrschaftsgewalt nach Art. 1 EMRK).

Soweit – respektive bei *Anti-Terror-Operationen*: sobald – staatliche Sicherheitskräfte die Handlungsherrschaft erlangt haben, wendet der EGMR einen strengen Massstab für die Untersuchungspflicht an. Gerade zur Bekämpfung von innerstaatlichem Terrorismus spielt ein funktionierendes Justizsystem, welches eine gerichtliche Kontrolle und Aufsicht der Justizbehörden sowohl über die Polizei als auch über die Nachrichtendienste gewährleistet¹⁶⁴⁵, eine entscheidende – strategische – Rolle.

Zwar zeigt sich erst *ex post*, ob eine Untersuchung tatsächlich stattfinden muss (weil es zu einer Zwanganwendung mit Bezug zu Art. 2 EMRK gekommen ist). Bei Operationen staatlicher Sicherheitskräfte (und damit zumindest potenziell lebensgefährdender Zwanganwendung) zeitigt die Untersuchungspflicht aber «materielle Vorwirkungen»: Sie ist bereits bei der Planung und der Durchführung konkreter Operationen zu berücksichtigen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass eine Untersuchung später von einer unabhängigen Behörde nicht angemessen durchgeführt werden kann.

Bei einer Untersuchung ist den *besonderen Zwecken* der prozeduralen Verpflichtung Rechnung zu tragen. Unabhängig der prozeduralen Voraussetzungen potenzieller Beschwerdeführer dient eine Untersuchung des Einsatzes potenziell tödlicher Zwangsmittel indirekt auch den öffentlichen Interessen an der Klärung der jeweiligen Sachumstände. Die Herstellung von Transparenz stärkt unabhängig vom Ergebnis einer Untersuchung

¹⁶⁴⁴ Der Gerichtshof akzeptiert kleinere Fehler in der Untersuchung, sofern sie die Gesamtsituation nicht verfälschen; vgl. REID, *Practitioner's Guide*, 85-021.

¹⁶⁴⁵ HOLMES, *Counterterrorism Policy*, S. 44.

das Vertrauen in das Funktionieren des Rechtsstaats. Zudem setzt eine wirksame Untersuchung den Grundstein für eine (primär interne) Aufarbeitung und vertiefte Analyse staatlichen Verhaltens und damit für Lehren und künftige Verbesserungen (bis hin zu einer Anpassung der Ausbildung). Bei Individualbeschwerdeverfahren werden die besonderen Zwecke der prozeduralen Verpflichtung (unseres Erachtens indirekt) miteinbezogen¹⁶⁴⁶. Dies kann unter Umständen (respektive in umstrittenen Fällen) auch später als 6 Monate nach Ausschöpfung des nationalen Instanzenzuges erfolgen. Die *six-months-rule* gilt für die prozedurale Verpflichtung nach Art. 2 EMRK nicht absolut. Zurecht stellt der Gerichtshof einen Bezug zur jeweiligen Lage her. Die Herausforderung besteht darin, im Rahmen einer Untersuchung mit einer Abwägung der verschiedenen Elemente – Ansprüche an den Staat, Gewährleistung demokratischer Standards, Berücksichtigung der Opferansprüche sowie Wiederherstellung des Vertrauens in den Staat – eine angemessene Balance zu finden¹⁶⁴⁷.

Daher besteht eine Parallellität im Verhältnis des Anspruchs auf eine angemessene Untersuchung zu allfälligen *Schadenersatzansprüchen*. Das Leisten von Schadenersatz vermag die Durchführung einer Untersuchung nicht zu substituieren. Könnten sich Staaten von einer Untersuchung «freikaufen», würde in Fällen der Anwendung von Zwangsmitteln wesentliche Zwecke der prozeduralen Verpflichtung nicht mehr erfüllt.

In der praktischen Umsetzung der Untersuchung sind die Untersuchungsbehörden sowohl an ihre nationalen Rechtsgrundlagen (insbesondere das Straf- und Verwaltungsverfahren) als auch an die Gewährleistungen der EMRK gebunden. Erstere gelten für den EGMR (selbstverständlich) nicht. Der Gerichtshof kann daher in seinen Verfahren auch auf Schwachstellen oder Lücken in den nationalen Gesetzesgrundlagen hinweisen (was er insbesondere in den Fällen zu Nordirland getan hat).

Die Konvention wird verletzt, wenn aufgrund mangelnder rechtlicher Grundlagen, ungenügender Unabhängigkeit der untersuchenden Behörde oder der Nichtgewährung von Partizipationsrechten der Betroffenen keine wirksame Untersuchung durchgeführt werden kann.

¹⁶⁴⁶ CHEVALIER-WATTS, *Effective Investigations*, S. 721.

¹⁶⁴⁷ CHEVALIER-WATTS, *Effective Investigations*, S. 715.

5. FAZIT: AKZENTUIERUNG ALLER DREI VERPFLICHTUNGEN

Der Geltungsbereich der Verpflichtungen aus Art. 2 EMRK endet sachlich oder zeitlich nicht mit dem Abschluss von Anti-Terror-Operationen. Zwar kann eine «Terror-Lage» ihr Ende finden – besondere Lagen bestehen aber mit Blick auf die betroffenen Rechtsgüter möglicherweise darüber hinaus weiter: Etwa, wenn es etwa darum geht, eine grosse Zahl schwer verletzter Personen medizinisch zu versorgen.

Nach der «polizeilichen Bereinigung» einer konkreten Situation fallen besondere Rechtsgrundlagen für den Einsatz von Sicherheitskräften und mögliche behördliche Spielräume (welche für Operationen zuvor noch bestanden haben können) unter Umständen weg. Eingriffe in das Rechtsgut Leben sind dann nur noch sehr eingeschränkt und unter der üblichen Strenge zulässig. Post-operativ trifft die Konventionsstaaten insbesondere eine Nachsorgepflicht. Sie gilt sowohl gegenüber Opfern als auch gegenüber Tätern.

Der Wechsel zwischen der operativen und der post-operativen Phase kann abrupt erfolgen. Die post-operative Phase ist sowohl bei der Planung als auch der Führung einer Operation bereits einzubeziehen: So ist beispielsweise das Dispositiv der Rettungskräfte sowohl einzuplanen als auch adäquat zu beziehen respektive in eine Operation zu integrieren. Sicherheitskräfte müssen darauf vorbereitet werden, innert kürzester Zeit adäquat handeln zu können.

Im Nachgang zu Anti-Terror-Operationen bestehen grosse öffentliche Informationsinteressen. Umgekehrt können die Gründe für staatliche Geheimhaltungsinteressen dahinfallen. Einschränkungen der Medienfreiheit (vgl. Ziff. V.6.3) können dann vormals bestehende Rechtfertigungsgründe verlieren. Indes können – auch öffentliche – Interessen an einer unabhängigen und angemessenen Untersuchung hinzutreten.

Eine unabhängige Untersuchungsbehörde muss rasch bezeichnet werden und ihre Arbeit sofort aufnehmen können. Es gilt, die Untersuchung von möglichen Nachbearbeitungen der in die Operation involvierten Stellen unbeeinflusst zu lassen. *Debriefings* und *after action reviews* haben für Sicherheitskräfte eine grosse praktische Bedeutung. Diese Formen der Nachbereitung von Einsätzen bilden sowohl ein Element des Lernens und stetigen Verbesserns durch die jeweiligen Organisationen als auch zur Verarbeitung von Erlebnissen auf individueller Ebene. Die Rekonstruktion und Nachbearbeitung

dürfen aber nicht das Ergebnis der Wahrheitssuche im Rahmen einer unabhängigen (wirksamen) Untersuchung vorwegnehmen.

Günstige Grundlagen für eine unabhängige Untersuchung müssen bereits in der Planungs- und Durchführungsphase von Operationen geschaffen werden. Die positive und die negative Verpflichtung sind eng mit der prozeduralen Verpflichtung verwoben. Nur darum kann unseres Erachtens eine Beweislastumkehr beim Einsatz von potenziell tödlichen Zwangsmitteln durch staatliche Sicherheitskräfte begründet werden. Die Fragestellung kulminiert dann darin, ob eine absolute Notwendigkeit hinreichend belegt werden kann.

Bei der Untersuchung der Anwendung physischer Zwangsmittel durch staatliche Sicherheitskräfte wird das Verhalten der Gegenseite (also etwa von terroristischen Akteuren) nicht unmittelbar beurteilt (sie sind im Grunde Teil einer besonderen Lage)¹⁶⁴⁸. Bei der Untersuchung geht es um das Verhalten der Konventionsstaaten, respektive ihrer Behörden (und deren Angehörigen) angesichts einer terroristischen Bedrohung. Ein «terroristischer» Hintergrund kann mittelbar insbesondere bei der Beurteilung einer Gefährdung (also einer Lagebeurteilung) und damit der Verhältnismässigkeit eine Rolle spielen.

Eine terroristisch motivierte Gegenseite wird *jedes* Ergebnis ihrer Aktion medial inszenieren und ausnutzen wollen. Daher gilt es nicht zuletzt, dies durch ein richtiges post-operationelles Verhalten indirekt zu kontern¹⁶⁴⁹: Sei es mit der schnellen Rettung von Opfern, sei es mit der Herstellung von Transparenz, sei es mit einer schnellen und angemessenen Untersuchung.

¹⁶⁴⁸ WARBRICK, *European Response to Terrorism*, S. 1002.

¹⁶⁴⁹ Scharf und richtig WILKINSON, *Terrorism versus Democracy*, S. 95: «Terrorist campaigns of propaganda and defamation must be fully countered».

VII. ZUSAMMENFASSENDE THESEN

«*Terrorism does put the State under threat; it puts at risk also the rights and freedoms guaranteed by the Convention. It provides a severe test for the idea of fundamental rights.*»

COLIN WARBRICK
(Prevention of Terrorism)

1. Das Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK ist ein Menschenrecht mit verschiedenen Teilgehalten. Die *positive* und die *negative* Verpflichtung ergeben sich für die Konventionsstaaten bereits aus dem Normwortlaut. Die vom EGMR fallrechtlich entwickelte *prozedurale* Verpflichtung tritt hinzu. Die grundrechtlichen Teilhalte weisen verschiedene Bezüge zueinander auf.
2. Die positive Verpflichtung wird mit der legislatorischen Schaffung und tatsächlichen Durchsetzung eines rechtlichen Regelwerks (*legal and administrative framework*) zum Schutz des Lebens erfüllt. Damit strahlt dieser Teilgehalt aus Art. 2 EMRK auf die gesamte Rechtsordnung aus. Die Umsetzung umfasst klassischerweise das polizeiliche Handeln des Staates durch den Erlass allgemeiner strafrechtlicher und im engeren Sinne polizeirechtlicher Normen. Hinzu tritt die Verankerung staatlicher Verantwortlichkeit in weiteren Bereichen, wie beispielsweise die Regulierung des öffentlichen Gesundheitswesens. Einen weit darüber hinaus reichenden Bereich bilden sodann die Regulierungen im technischen Sicherheitsrecht und dort insbesondere zum Umgang mit potenziellen Gefährdungen menschlichen Lebens (*dangerous activities*) als Polizeirecht im weiteren Sinn.
3. Die Normgebung respektive die regulatorische Umsetzung liegt in der Verantwortung der Staaten und dient letztlich stets der Steuerung *menschlichen* Verhaltens: sei es von Repräsentanten des Staates oder sei es eines Verhaltens innerhalb weiterer staatlicher Regulierungsbefugnisse. Dies erweist sich in jenen Bereichen als herausfordernd, in welchen eine potenzielle Gefährdung menschlichen Lebens von anderen Menschen oder von Naturgefahren ausgeht.

4. Aus jedem einzelnen der drei grundrechtlichen Teilgehalte des Rechts auf Leben sowie aus ihrem Zusammenspiel ergeben sich praxisrelevante *Verpflichtungen* hinsichtlich *polizeilichen Verhaltens* und insbesondere hinsichtlich des *Einsatzes (physischer) Zwangsmittel*. Die Verpflichtungen konkretisieren und akzentuieren sich bei konkreten Einsätzen staatlicher Sicherheitskräfte, sofern dabei ein Bezug zum Rechtsgut Leben besteht. Dafür – und damit zur Eröffnung des grundrechtlichen Schutzbereichs – reicht bereits das Wissenkönnen über eine mögliche Beeinträchtigung des Rechts auf Leben aus.
5. Mit dem Urteil *McCann and others v. The United Kingdom* (aus dem Jahr 1995) zur Anti-Terror-Operation der Sicherheitskräfte auf Gibraltar hat die *Grand Chamber* einen bis heute wegweisenden Leitentscheid gefällt. Dieser Leitentscheid ist für die allgemeine Auslegung von Art. 2 EMRK, aber auch für das Ineinandergreifen der verschiedenen grundrechtlichen Verpflichtungen bei polizeilichen Operationen von prägender Bedeutung. Der EGMR knüpft seither sowohl für polizeiliche Operationen als auch beim Einsatz potenziell lebensbedrohlicher polizeilicher Zwangsmittel auf tieferer Eskalationsebene daran.
6. Mit dem Urteil *Osman v. The United Kingdom* hat der EGMR die Abgrenzung zwischen allgemeinen Lebensrisiken und spezifischen Gefährdungen menschlichen Lebens durch andere Menschen (Dritte) vorgenommen. Bei einer unmittelbaren Bedrohung (*real and immediate risk*) bestehen Schutzpflichten im Sinne des Gebots eines aktiven staatlichen Handelns zu dessen Abwehr (allenfalls auch mit Zwangsmitteln gegenüber den Störern).
7. Wie das Handeln der Staaten gelangt auch die Rechtsprechung des EGMR in ausserordentlichen Situationen und insbesondere in Notlagen an ihre Grenzen. Gemäss dem Urteil *Giuliani and Gaggio v. Italy* hat das Verhalten der staatlichen Sicherheitskräfte die Konventionsgarantien nicht verletzt: die staatlichen Vorbereitungen waren ausreichend und das Recht auf Leben von Tätern schliesst individuelle Notwehrhandlungen von Angehörigen der Sicherheitskräfte nicht aus. In weiteren, eher extremen Fällen, stellten sich heikle Abgrenzungs- und Verhältnismässigkeitsfragen. Die Urteile zu *Finogenov and others v. Russia* und *Tagayeva and others v. Russia* relativieren die Bedeutung der negativen Verpflichtung bei Anti-Terror-Operationen. Der Rückgriff auf die Operation als Ganze durch den Gerichtshof hat in *Finogenov and others v. Russia* nicht aus-

gereicht, um den rechtlichen Schutz des Lebens – hier von Geiseln – adäquat und vollständig zu gewährleisten. Die erkannten Verletzungen der prä- (*inadequate planning and conduct*) und der post-operationellen (*failure to conduct an effective investigation into the rescue operation*) Verpflichtungen trägt unseres Erachtens der Schwere des eigentlichen Mitteleinsatzes (nach der CWC für Einsätze eigentlich geächtetes, narkotisierendes Gas) nicht Rechnung. In *Tagayeva and others v. Russia* erkennt der EMGR eine Verletzung des Grundrechts auf Leben der Geiseln sowohl durch den Mitteleinsatz als auch die ungenügende Planung und Führung sowie in der unzureichenden späteren Untersuchung der Operation. Hinzu tritt eine Verletzung der positiven Verpflichtung aufgrund ungenügender präventiver Massnahmen im Vorfeld.

8. Schutzpflichten können gemäss der *Grand Chamber* im Urteil *Öneryildiz v. Turkey* auch gegenüber abstrakten Gefährdungen bestehen: Dafür wird eigentlich eine bekannte (und damit fassbare) Gefährdung (*endangerment*) verlangt – während in den Feldern des technischen Sicherheitsrechts (*dangerous activities*) eine bloss mögliche Gefährdung (*potential risk*) ausreichen kann. Selbst dann ist allerdings das Wissenkönnen über die mögliche Betroffenheit des Rechtsguts Leben massgeblich.
9. In der Beurteilung der Fälle nach Art. 2 EMRK spiegeln sich die Rolle und das Selbstverständnis des EGMR gegenüber den Konventionsstaaten. Der EGMR ist ein Grundrechtsgerichtshof – aber kein allgemeines Verfassungsgericht. Dies spielt bei der Beurteilung der positiv-rechtlichen Grundlagen für den Einsatz potentiell tödlicher Zwangsmittel eine besondere Bedeutung. Der Gerichtshof beurteilt die rechtlichen Regelwerke der Konventionsstaaten an den internationalen Standards und Prinzipien – also *soft law* – als Vergleichsmaßstab. Streng ist der EGMR dann, wenn die Rechtsgrundlagen für die Anwendung von Zwangsmitteln in den Staaten fehlen oder völlig inadäquat sind.
10. In *allgemeiner prozeduraler Hinsicht* zeigt sich der EGMR im Zusammenhang mit dem Recht auf Leben «grundrechtsfreundlich». So lässt er in der Beurteilung der Zulässigkeit von Individualbeschwerden zur rechtskonformen Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols auch öffentliche Interessen in die Beschwerdeverfahren einfließen. Damit betont der Gerichtshof im Grunde eine Verbindung zwischen dem prozeduralen und dem positiven Teilgehalt von Art. 2 EMRK. Dies

zeitigt Rückwirkungen auf die Auslegung der EMRK über ihren Wortlaut – etwa in Ausnahmefällen hinsichtlich der Beschwerdefrist (*six-month rule*). Folgerichtig erscheint auch die Beweislastumkehr gegenüber den Konventionsstaaten in jenen Situationen, in welchen diese staatliche Gewalt besonders eng (*control*) über Personen oder Territorien ausüben. Es erscheint allerdings nicht stimmig, wenn der EGMR in Einzelfällen *erhöhte* Beweisanforderungen erhebt (*Issa and others v. Turkey*).

11. Bei *Anti-Terror-Operationen* kommen der Tragfähigkeit des jeweiligen Rechtsrahmens (*legal and administrative framework*) sowie der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns zentrale Bedeutung zu. Das lebensnah entwickelte Fallrecht des EGMR entspricht unseres Erachtens dem grundrechtlichen Normsinn. Dem Kriterium des *staatlichen Wissens* (respektive *Wissenmüssens*) sowie eines umgekehrten Verhältnismässigkeitsprinzips (*not impose an impossible or disproportionate burden*) kommt eine eingrenzende Bedeutung zu. Ein absoluter Schutz des Rechtsguts Leben ist nicht möglich und kann daher von den Konventionsstaaten auch nicht verlangt werden.
12. Die sich aus der Rechtsprechung zu Art. 2 EMRK ergebenden Verpflichtungen der Konventionsstaaten – nicht bloss die unter Umständen greifenden Schutzpflichten – haben zu einer Individualisierung von Sicherheitsansprüchen sowie zu einer Individualisierung entsprechender Massnahmen geführt¹⁶⁵⁰. Die Anforderungen an die rechtlichen Rahmenbedingungen sind gestiegen. Der EGMR verlangt eine hinreichend präzise Regelung insbesondere für Regelungen des Schusswaffeneinsatzes (respektive keine *laxity*). Der gleiche Standard gilt unseres Erachtens für alle potenziell letalen Zwangsmittel (und aufgrund der deterministischen Sichtweise des Gerichtshofs im Grunde für alle Zwangsmittel). Dies zeigt sich im Umkehrschluss auch daraus, dass der Gerichtshof nur in ausserordentlichen Situationen den Rückgriff auf *ad hoc* Mittel zulässt (dann mit einer probabilistischen Risikobeurteilung).
13. Bei der Umsetzung der aus Art. 2 EMRK fliessenden Gehalte ist die nationale Rechtsordnung als Ganze zu berücksichtigen. Zur Verhinderung der Materialisierung von Gefahren und zu deren Abwehr tritt das Element der Untersuchung

¹⁶⁵⁰ Vgl. allgemein KRIEGER, *Völkerrechtliche Fundamente*, S. 134.

hinzu. Dabei geht es insbesondere um eine adäquate straf- und strafprozessrechtliche Umsetzung mit einer doppelten Zielrichtung: Nicht nur die Anwendung potenziell tödlicher Zwangsmittel durch staatliche Sicherheitskräfte muss untersucht werden könnten – gleiches gilt auch für die Umstände und Ausprägungen einer der Abwehrmassnahme zugrunde liegenden Bedrohung. Primäres Ziel des demokratischen Staates ist nicht die «Neutralisierung» von Terroristen, sondern die strafrechtliche Beurteilung deren Verhaltens unter Herstellung von (Gerichts-) Öffentlichkeit¹⁶⁵¹.

14. Die Rechtsprechung zwingt die Konventionsstaaten bei der Bekämpfung von Terrorismus zu einer strategischen Positionierung. Verletzungen des Rechts auf Leben wiegen schwer und unterminieren die Glaubwürdigkeit in den Staat und seine Organe. Art. 2 EMRK lässt sich nicht weiter einschränken. Auch im Anti-Terror-Kampf sollten Notstandsmassnahmen mit Bezug auf andere Grundrechte auf ein Minimum¹⁶⁵² begrenzt bleiben. Die für den Staat bestehenden Schranken mögen seine operative Handlungsfähigkeit einschränken. Sie erhalten ihn aber als demokratischen Rechtsstaat – der demokratische Rechtsstaat ist gerade das Ziel terroristischer Aktivitäten. Grundrechtliche Schranken sind in jenen Bereichen besonders wirksam, in welchen ansonsten «Betriebsblindheit» oder «Silodenken» den Blick verstellen können.
15. Aus operativer Sicht greifen die grundrechtlichen Verpflichtungen von Art. 2 EMRK bereits weit vorgelagert. Zudem sind sie eng mit den gesetzlich verankerten Rahmenbedingungen für das Handeln von Sicherheitskräften verknüpft. Die verschiedenen Phasen von Anti-Terror-Operationen – es kann vereinfachend zwischen prä-operativer, operativer und post-operativer Phase unterschieden werden – sind meist stark miteinander verwoben. Die tatsächlichen Gründe für eine mögliche Grundrechtsverletzungen durch staatliche Sicherheitskräfte liegen oft bereits im Vorfeld polizeilicher Operationen.
16. Hat das Handeln von Sicherheitskräften die Schwelle zu einer polizeilichen Operation überschritten, wird es mehrdimensional beurteilt. Die Ausweitung des juristischen Fokus auf eine Operation als Ganze bedeutet eine Verlagerung

¹⁶⁵¹ In diesem Sinne wohl auch WILKINSON, *Terrorism versus Democracy*, S. 117.

¹⁶⁵² Aus zeitlicher Perspektive WILKINSON, *Changing threat*, S. 39 (§ 6).

der Einhaltung grundrechtlicher Verpflichtungen von der Durchführung einer Operation im Rahmen der dafür geltenden Rechtsgrundlagen (insbesondere zur Anwendung von physischem Zwang) auf die prä-operationelle Phase der Vorbereitung und Planung, aber auch auf die post-operationelle Phase. Für Letztere ist nicht bloss die (insofern selbständig bestehende) Aufklärungspflicht relevant, sondern auch die Schadensbegrenzung durch weitere, insbesondere Rettungsmassnahmen (welche teilweise wiederum in der prä-operationellen Phase geplant und vorbereitet werden müssen). Die massgebliche Verschärfung der staatlichen Verantwortlichkeit der mit dem Urteil *McCann and others v. The United Kingdom* begründeten Rechtsprechung zeigt sich grundsätzlich in *Isayeva v. Russia*, in *Finogenov and others v. Russia*, sowie ganz besonders in *Tagayeva and others v. Russia*.

17. Dreh- und Angelpunkt sind *de facto* die mehrstufigen Lagebilder, also sowohl das allgemeine Lagebild als auch die wandelbaren besonderen Lagebilder, welche in allen Operationsphasen relevant sind. Sowohl das jeweilige Lagebild als auch die Dokumentation (*transparency*) und die Zurechenbarkeit (*accountability*) staatlichen Handelns sind notwendig, um nach dem Abschluss einer Operation die gebotene Beurteilung, Untersuchung und Bewertung vornehmen zu können. Neben der Überprüfung der Rechtmässigkeit und der Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzip im Einzelfall geht es dabei auch um die Untersuchung der Belastbarkeit und Tauglichkeit der allgemeinen Rahmenbedingungen (*legal and administrative framework*). In besonderen Situationen trifft die Konventionsstaaten die Umkehr der Beweislast.
18. Insgesamt zeigt sich, dass die absolute Notwendigkeit – welche nach dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 EGMR für die negative Verpflichtung als Schlüsselement erscheint – in Fällen erhöhter Komplexität zwar wichtig, aber unter Umständen alleine nicht von tragender Bedeutung ist. Wo und soweit die Konventionsstaaten Schutzpflichten nachzukommen haben, werden Abwägungen notwendig. Die absolute Notwendigkeit (im Sinne einer strengen Verhältnismässigkeitsprüfung) schützt primär das Rechtsgut Leben von Opfern (insbesondere von Geiseln), aber nicht das Leben von Tätern (etwa gewalttätigen Entführern, Terroristen, Amok-Tätern). Die vom Gerichtshof bei extremen Fällen von Anti-Terror-Aktionen vorgenommene Risikoabwägung auch auf Seiten von Opfern leuchtet

aus dogmatischer Sicht nicht ein. Unter Umständen schränken grundrechtliche Gewährleistungen die Handlungsmöglichkeiten staatlicher Sicherheitskräfte stark ein. Selbst bestehende Schutzpflichten verlangen unseres Erachtens nicht, dass sich Staaten zu Tätern machen – im Gegenteil: die absolute Notwendigkeit bildet dann eine absolute Schranke. Vielmehr provozieren Schutzpflichten eben eine Intensivierung von Schutzmassnahmen im Vorfeld wahrscheinlicher Gefährdungen.

19. Bei der weiteren fallrechtlichen Konkretisierung und Fortbildung des Rechts auf Leben stösst der EGMR unseres Erachtens mittlerweile an Grenzen. Es fehlt eine breit abgestützte allgemeine Risiko-Dogmatik als Unterbau ebenso wie eine klare Unterscheidung zwischen Gefahren (*dangers*) und Risiken (*risks*). Im Spannungsfeld zwischen einem – an sich – umfassenden Anspruch zum Schutz des Lebens, unterschiedlichen Gefahren und Risiken für das Rechtsgut Leben, unterschiedlichen Regelungsbereichen und unterschiedlichen Rollen (und eben auch Verpflichtungen) der Konventionsstaaten je nach Regelungsbereich, wird dies wohl auch künftig eine grosse Herausforderung bleiben.
20. Hilfreich könnte daher eine stärkere Fokussierung der Rechtsprechung sein. Das bedeutet auch, sie teilweise von einzelnen Leitentscheiden zu lösen (so hat etwa der Fall «*McCann*» mit «*Osman*» wenig und mit «*Öneryıldiz*» kaum etwas zu tun). Das Recht der technischen Gefahrenabwehr und der Schutz des Rechtsguts Leben vor menschlichem (Fehl-) Verhalten sind unter der positiven Verpflichtung schwer miteinander verbindbar. Die Einfachheit von Fällen offensichtlicher Unterlassungen mag den Blick darauf vielleicht etwas verstellen.

VIII. SCHLUSSBEMERKUNGEN

«What democracies must strive for is a balance. That balance is easier to discover if governments and their publics realize that democracies are not fragile in the face of terrorist attack and that they can defend themselves. Rather than inflating the terrorist bogey, democracies ought to realize that experience shows that the number of terrorists is limited and can probably be contained and reduced by government policies.»

GRANT WARDLAW
(The Democratic Framework)

Terroristische Gruppierungen verfolgen politische Ziele. Terroristische Aktionen richten sich gegen den Staat und gegen die Gesellschaft. Eine erfolgversprechende Antwort auf terroristische Bedrohungen hat letztlich stets einen politischen Charakter. Im demokratischen Rechtsstaat kann diese Antwort nur innert den Schranken des Rechts erfolgen. Die Rechtsbindung unterscheidet die Ausübung legitimer staatlicher von illegitimer terroristischer Gewalt.

Die Rechtsprechung zur EMRK gibt einen minimalen rechtlichen Rahmen für konkrete staatliche Massnahmen bis hin zu ganzen Operationen der Sicherheitskräfte vor. Die Kombination von politischem Willen und rechtlicher Abstützung bildet das Fundament zur Bekämpfung terroristischer Bedrohungen¹⁶⁵³.

Terrorismus ist das Mittel von Extremisten, welchen es an Stärke gebricht: Es fehlt ihnen an politischer Durchsetzungskraft, um sich in Entscheidungsprozesse einbringen zu können; es fehlt ihnen an militärischer Stärke, um den Staat direkt herausfordern zu können; und es fehlt ihnen an moralischer Stärke, um sich gesellschaftliche Reputation verschaffen zu können. Übrig bleibt ihnen die «Propaganda der Tat»¹⁶⁵⁴.

¹⁶⁵³ Sinngemäss auch WILKINSON, *Changing threat*, S. 38 f. (§§ 1 und 12).

¹⁶⁵⁴ Weiterführend MÜLLER, *Innere Sicherheit Schweiz*, S. 151 ff.

Terroristische Drahtzieher zielen darauf ab, dass staatliche Reaktionen den Rechtsrahmen sprengen, in der Wahl der Mittel oder der Wirkung unverhältnismässig sind und sich der Staat letztlich auf ihr dreieckiges Spielfeld herunter begibt.

Die unterschiedlichen Gehalte des Rechts auf Leben nach Art. 2 EMRK verpflichten die Staaten darauf, auch terroristische Aktivitäten ins Recht zu fassen und zu bekämpfen. Sie geben die wesentlichen Wegmarken vor, wie diese Bekämpfung bei konkreten Gefährdungen zu erfolgen hat. Der Einsatz physischer Zwangsmittel ist zulässig. Der Einsatz selbst potenziell tödlicher Zwangsmittel ist möglich, um Opfer zu schützen.

Das verbindende Element zwischen dem politischen Niederringen terroristischer Bedrohungen und der Einhaltung des notwendigen grundrechtlichen Rahmens ist das Vertrauen der Menschen¹⁶⁵⁵ in das Funktionieren staatlicher Institutionen. Politische Gewalt lohnt sich nicht. Terrorismus hat nie Erfolg.

Am 10. Juli 2006 ist *Shamil Basayev*, der mutmassliche Drahtzieher des Anschlags auf die Schule Nr. 1 in Beslan (und weiterer Anschläge), in Inguschetien durch eine Explosion umgekommen. Es ist nicht geklärt, ob es sich bei der Todesursache um eine Operation von Sonderoperationskräften oder um eine Fehlmanipulation mit Sprengstoffen gehandelt hat¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁵⁵ Sinngemäss auch WILKINSON, *Changing threat*, S. 38 (§ 3).

¹⁶⁵⁶ *Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 (2017), § 110.

VERZEICHNIS DER EGMR-URTEILE

- A. and others v. The United Kingdom* (GC), 3455/05 vom 19. Februar 2009
→ **116 ff.**, **122 ff.**, 163
- A.L. (X.W.) v. Russia*, 44095/14 vom 29. Januar 2016
→ 74
- Abdullah Yaşa and others v. Turkey*, 44827/08 vom 16. July 2013
→ **174 f.**, **183**, **187**, **238 f.**, **251 f.**, 266, 318
- Abdullah Yılmaz v. Turkey*, 21899/02 vom 17. Juni 2008
→ **245 f.**, **366 f.**
- Ahmet Yildirim v. Turkey*, 3111/10 vom 18. Dezember 2012
→ 438, **441**
- Akkum and others v. Turkey*, 21894/93 vom 24. März 2005
→ 280 f., **491 ff.**, 518 f.
- Akman v. Turkey*, 37453/97 vom 26. Juni 2001
→ **523**
- Al Nashiri v. Poland*, 28761/11 vom 16. Februar 2015
→ 74
- Albekov and others v. Russia*, 68216/01 vom 6. April 2009
→ **307**
- Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*, 61498/08 vom 2. März 2010
→ 101, **103**
- Al-Skeini and others v. The United Kingdom* (GC), 55721/07 vom 7. Juli 2011
→ 1, 77, 84 f., 87, 96 f., 101, 137 f., **271**, **463 f.**, 467 f., 472, 479, 499, 520
- Álvarez Ramón v. Spain* (AD), 51192/99 vom 3. Juli 2001
→ **366**
- Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 86/1996/705/897 vom 9. Oktober 1997
→ 147, 266, 268, 280, 282, 288, 302, 321, **325 f.**, **339**
- Angelova v. Bulgaria*, 38361/97 vom 13. Juni 2002
→ 24, **453**, 488 ff.
- Armani Da Silva v. The United Kingdom* (GC), 5878/08 vom 30. März 2016
→ 1, 4, 84, 167, 187, 266, **327 f.**, 377, 379, **387**, 463 f., 467, 471, 475 f., 479, 501, 516
- Arslan v. Turkey* (GC), 23462/94 vom 8. Juli 1999
→ 407, 420, **421 ff.**
- Aslakhanova and others v. Russia*, 2944/06 et al. vom 18. Dezember 2012
→ **499**
- Association Ekin v. France*, 39288/98 vom 17. Juli 2001
→ 423
- Ataykaya v. Turkey*, 50275/08 vom 22. Juli 2014
→ 321, **342 f.**

- Aydan v. Turkey*, 16281/10 vom 12. März 2013
→ **246**, 490
- Bakan v. Turkey*, 50939/99 vom 12. Juni 2007
→ 169
- Beker v. Turkey*, 27866/03 vom 24. März 2009
→ **367**
- Blake v. The United Kingdom* (AD), 68890/01 vom 25. Oktober 2005
→ 401, **418 f.**
- Bladet Tromso and Stensaas v. Norway* (GC), 21980/93 vom 20. Mai 1999
→ 411, 418
- Bljakaj and others v. Croatia*, 74448/12 vom 18. September 2014
→ **49**, 62 f., **66 f.**
- Bône v. France* (AD), 69869/01 vom 17. Januar 2001
→ **60**
- Brady v. The United Kingdom* (AD), 55151/00 vom 3. April 2001
→ **377**, **381 f.**
- Brambilla and others v. Italy*, 22567/09 vom 23. Juni 2016
→ **414**
- Branko Tomašić and others v. Croatia*, 46598/06 vom 15. Januar 2009
→ **49 f.**, 389
- Branković and others v. Belgium and others* (GC/AD), 52207/99 vom 12. Dezember 2001
→ 87, **88 ff.**, 102, **137**
- Brannigan v. The United Kingdom*, 14553/89 vom 3. Dezember 1991 (Report)
→ 114, 118
- Brecknell v. The United Kingdom*, 32457/04 vom 27. November 2007
→ 77 f., **470 f.**, 483 f., **510**
- Brincat and others v. Malta*, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 and 62338/11 vom 24. Oktober 2014
→ **35 f.**, **56 ff.**, **66**
- Bubbins v. The United Kingdom*, 50196/99 vom 17. März 2005
→ 266, 280, 282, 321, **377 ff.**, 381, 383, **384 ff.**, 391
- Bucur and Toma v. Romania*, 40238/02 vom 08. Januar 2013
→ 427
- Budayeva and others v. Russia*, 15339/02 et al. vom 20. März 2008
→ **38 f.**, 78
- Calvelli and Ciglio v. Italy* (GC), 32967/96 vom 17. Januar 2002
→ 1, 28 ff., **78**, 80, **81**
- Celniku v. Greece*, 21449/04 vom 5. Juli 2007
→ 343
- Cengiz and others v. Turkey*, 48226/10 und 14027/11, vom 1. Dezember 2015
→ **438**, **441**

- Choreftakis et Choreftaki v. Greece*, 46846/08 vom 9. Juli 2012
→ 31
- Collette and Michael Hemsworth v. The United Kingdom*, 58559/09 vom 16. Juli 2013
→ 483, 501, **521 f.**
- Cyprus v. Turkey* (GC), 25781/94 vom 10. Mai 2001
→ 4, 84, 92
- Delfi AS v. Estonia* (GC), 64569/09 vom 16. Juni 2015
→ 404, 438
- Denizci and others v. Cyprus*, 25316-25321/94 and 27207/95 vom 23. August 2001
→ 47, 62
- Diamant Salihu and others v. Sweden* (AD), 33628/15, vom 10. Mai 2016
→ **413 f.**
- Dilipak v. Turkey*, 29680/05 vom 15. September 2015
→ 420
- Dink v. Turkey*, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 und 7124/09 vom 14. Dezember 2010
→ 28, 43, **50 f.**, 62 f., **82 f.**, 499
- Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine*, 33014/05, vom 5. Mai 2011
→ 441
- Erdođan and others v. Turkey*, 19807/92 vom 25. April 2006
→ 294, 519
- Erdogdu and Ince v. Turkey* (GC), 25067/94 and 25068/94 vom 8. Juli 1999
→ 420, **430**
- Erdtmann v. Germany* (AD), 56328/10 vom 5. Januar 2016
→ **412 ff.**
- Ergi v. Turkey*, 66/1997/850/1057 vom 28. Juli 1998
→ 214, 280, **469 f.**
- Ernest Bennett v. the United Kingdom* (AD), 5527/08, vom 7. Dezember 2010
→ 376, 386
- Esterina Marro and others against Italy* (AD), 29100/07 vom 8. April 2014
→ 56
- F.G. v. Sweden* (GC), 43611/11 vom 23. März 2016
→ 74
- Feret v. Belgium*, 15615/07 vom 16. Juli 2009
→ 429
- Finogenov and others v. Russia*, 18299/03 vom 20. Dezember 2011
→ 3, 7 f., 24, 62 f., 70, 72, 75, 82, 84, 166 f., 177, **179 ff.**, **186 f.**, 211, 213, 217, **225 f.**, **240**, **241 ff.**, **257 f.**, **262**, 266, **281**, **287**, **292**, **311 f.**, **318 ff.**, 321, **327**, **333**, 343, **345 ff.**, 352, 354, **356 f.**, **359**, **361**, **451 f.**, **454 ff.**, 467, **469**, 472, **476 f.**, 491, 501, **511 ff.**, **530**, 534
- Finucane v. The United Kingdom*, 29178/95 vom 1. Juli 2003
→ 77, 85, 462

Florea v. Romania, 37186/03 vom 14. September 2010

→ 55

Frick v. Switzerland, 23405/16 vom 30. Juni 2020

→ **252 ff.**, **453**

Garaudy v. France (AD), 65831/01 vom 24. Juni 2003

→ 404, 408

Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania, 9718/03 vom 26. Juli 2016

→ **36**, **67**

Gerard Adams and Tony Benn (AD), 28979/95 and 30343/96 vom 13. Januar 1997

→ 420, 425

Giuliani and Gaggio v. Italy (GC), 23458/02 vom 24. März 2011

→ 1, **4**, **10 f.**, 24, 70, **72**, 84, 166, **167 f.**, 169 f., 173, 177, 181, **185 ff.**, **190 f.**, 211, 213, 217, 219, **231 f.**, 250, **253**, 266, 268, 280 ff., **287**, 321, **331**, **377**, **384 ff.**, 394, **396**, **465 f.**, 472 f., **478 f.**, 501, 503, **530**

Gongadze v. Ukraine, 34056/02 vom 8. November 2005

→ 77, 85, 462, 518, 519

Gorelov v. Russia, 49072/11 vom 9. April 2014

→ 54

Gorovenky and Bugara v. Ukraine, 36146/05 und 42418/05 vom 12. Januar 2012

→ **246 f.**

Gorzelik and others v. Poland (GC), 44158/98 vom 17. Februar 2004

→ 175, 404

GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland, 18597/13, vom 9. Januar 2018

→ 400

Gsell v. Switzerland, 12675/05 vom 8. Oktober 2009

→ 312

Güleç v. Turkey, 54/1997/838/1044 vom 27. Juli 1998

→ 306, **341 f.**

Gündüz and others v. Turkey, 4611/05 vom 11. April 2011

→ 371

Haász and Szabó v. Hungary, 11327/14 und 11613/14 vom 13. Januar 2016

→ **265 f.**

Haldimann v. Switzerland, 21830/09 vom 24. Februar 2015

→ 414

Handyside v. The United Kingdom (Court Plenary), 5493/72 vom 7. Dezember 1976

→ 400, **401**, **405 ff.**, 412, 418, **446**

Hassan v. The United Kingdom (GC), 29750/09 vom 16. September 2014

→ 73, 84, 87 f., **97 ff.**, 108, 113, 120, **135 f.**, 138, **139 f.**

Hugh Jordan v. The United Kingdom, 24746/94 vom 4. Mai 2001

→ 77, 85, 392, 462, **464 ff.**, **467**, 473, 499, 518 f.

- İlhan v. Turkey* (GC), 22277/93 vom 27. Juni 2000
→ 321, 500
- Ireland v. The United Kingdom* (Court Plenary), 5310/71 vom 18. Januar 1978
→ 111 f., 114 f., 118 f., 179
- Isayeva v. Russia*, 57950/00 vom 24. Februar 2005
→ 3, 9 f., 24, 77, 85, 132, 138, 184, 190, 218 f., 226, 266, 271, 287, 289, 321, 337, 341, 344, 354, 359, 462, 464, 467, 472, 477 f., 499, 504 f., 513, 519, 534
- Issa and others v. Turkey*, 31821/96 vom 16. November 2004
→ 91 ff., 96, 102, 532
- Jaloud v. The Netherlands* (GC), 47708/08 vom 20. November 2014
→ 4, 77, 85, 99 f., 138, 139, 321, 479
- Janowiec and others v. Russia* (GC), 55508/07 und 29520/09 vom 21. Oktober 2013
→ 75, 104, 486 f.
- Jersild v. Denmark* (GC), 15890/89 vom 23. September 1994
→ 429
- Kalender v. Turkey*, 4314/02 vom 15. Dezember 2009
→ 60 f., 66
- Karácsony and others v. Hungary* (GC), 42461/13 and 44357/13 (2016) vom 17. Mai 2016
→ 404 f.
- Karpylenko v. Ukraine*, 15509/12 vom 11. Mai 2016
→ 53
- Kavaklıoğlu and others v. Turkey*, 15397/02 vom 17. Oktober 2016
→ 181, 187, 250 f., 322
- Kaya and others v. Turkey*, 4451/02 vom 24. Oktober 2006
→ 65, 75 f., 82, 86, 473, 519
- Kelly and others v. The United Kingdom*, 30054/96 vom 4. Mai 2001
→ 77, 85, 262, 266, 321, 377, 383, 392, 395 f., 462, 501, 518
- Kılıç v. Turkey*, 22492/93 vom 28. März 2000
→ 30, 44 f., 58, 62, 65, 76, 82, 84, 216, 388, 518
- Kılınç and others v. Turkey*, 40145/98 vom 7. Juni 2005
→ 369, 371 f.
- Klass and others v. Germany* (Court Plenary), 5029/71 vom 6. September 1978
→ 166, 198, 199, 500
- Kolevi v. Bulgaria*, 1108/02 vom 5. November 2009
→ 472
- Kolyadenko and others*, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05 vom 28. Februar 2012
→ 41 f.
- Kontrová v. Slovakia*, 7510/04 vom 24. September 2007
→ 28, 30, 44, 58, 62, 216, 388

- L.C.B. v. The United Kingdom*, 14/1997/798/1001 vom 9. Juni 1998
→ 28, **32**, **65**
- L.M. and others v. Russia*, 40081/14, 40088/14 und 40127/14 vom 14. März 2016
→ 74
- Lawless v. Ireland (No. 3)*, 332/57 vom 1. Juli 1961
→ 108, **109 f.**, **114 f.**, **116**, 121
- Lehideux and Isorni v. France (GC)*, 55/1997/839/1045 vom 23. September 1998
→ 407 f., **409 f.**
- Leonidis v. Greece*, 43326/05 vom 8. Januar 2009
→ 24, 84, 147, 169, 186, 268, 280, 282, 321, **335 f.**, 343
- Leroy v. France*, 36109/03 vom 2. Oktober 2008
→ 404, **417**
- Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France (GC)*, 21279/02 and 36448/02 vom 22. Oktober 2007
→ 404
- Loizidou v. Turkey*, 15318/89 vom 18. Dezember 1996
→ 87, **88 ff.**, **96**, **101**
- Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal (GC)*, 56080/13, vom 19. Dezember 2017
→ 506
- M'Bala M'Bala v. France (AD)*, 25239/13 vom 20. Oktober 2015
→ 408 f.
- M. Özel and others v. Turkey*, 14350/05, 15245/05 and 16051/05 vom 2. Mai 2016
→ **39 ff.**, **80**
- M. v. The United Kingdom and Ireland (AD)*, 9837/82 vom 04. März 1985
→ 459
- Maestri v. Italy (GC)*, 39748/98 vom 17. Februar 2004
→ 169, 175
- Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary (GC)*, 18030/11, vom 8. November 2016
→ **438**, 440
- Magyar Jeti Zrt v. Hungary*, 11257/16, vom 4. Dezember 2018
→ 438, **439**
- Maiorano and others v. Italy*, 28634/06 vom 15. März 2010
→ **47 f.**
- Makaratzis v. Greece (GC)*, 50385/99 vom 20. Dezember 2004
→ 1, 24, 29, 70, **71**, 84, 147, 166, 168, 170, 177, 181, **185 ff.**, 217, 280 f., **326 f.**, 343, 363, **473 f.**, 479, **516 f.**
- Malik Babayev v. Azerbaijan*, 30500/11 vom 1. September 2017
→ **52**, 58, 62, **369 f.**, 374
- Manole and others v. Moldova*, 13936/02 vom 17. September 2009
→ 418

- Mansuroğlu v. Turkey*, 43443/98 vom 26. Februar 2008
→ 213, 494 f.
- Margaret Caraher v. the United Kingdom* (AD), 24520/94, vom 11. Januar 2000
→ 386
- Marguš v. Croatia* (GC), 4455/10 vom 27. Mai 2014
→ 84
- Mastromatteo v. Italy* (GC), 37703/97 vom 24. Oktober 2002
→ 1, 4, 24, 29, **30 f.**, **43**, 58, 62, 77, 84, 211, 216, 462, 467
- McCann and others v. The United Kingdom* (GC), 18984/91 vom 27. September 1995
→ **1**, **3**, **5 f.**, **8**, **12 f.**, 22, 24, **68 ff.**, **75**, 84 f., **132**, **146 f.**, **166**, 172, **185 f.**, **189**, **209 f.**, **212**, **217 f.**, **223**, **229 f.**, **250**, **255 f.**, 262, 266, 268, 280, **283 f.**, **304**, **309**, **310**, 321, **323 f.**, 337, **365**, **377 f.**, 386, **387 f.**, 395, 462, **530**, **534 f.**
- McCaughy and others v. The United Kingdom*, 43098/09 vom 16. Juli 2013
→ **483**, 519
- McDonell v. The United Kingdom*, 19563/11 vom 9. Dezember 2014
→ 4, 147, **522**
- McKerr v. The United Kingdom*, 28883/95 vom 4. Mai 2001
→ 4, 78, 85, 321, 392, 463, **480 f.**, **489 f.**, 503, **518 f.**, 520, 523
- McShane v. The United Kingdom*, 43290/98 vom 28. Mai 2002
→ 77, 85, 462, 518
- McVeigh et al. v. The United Kingdom* (Kommission), 8022/77, 8025/77 und 8027/77 vom 18. März 1981
→ **122 f.**
- Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, 13237/17 vom 20. März 2018
→ **118 f.**
- Mikheyev v. Russia*, 77617/01 vom 26. Januar 2006
→ 4, 13, 87, **474 f.**, **490 f.**
- Mocanu and others v. Romania* (GC), 10865/09 vom 17. September 2014
→ 1, 4, 84, 147, 479, **506 f.**
- Mosendz v. Ukraine*, 52013/08 vom 17. Januar 2013
→ 369, **371**
- Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* (GC), 24014/05 vom 14. April 2015
→ 1, 4, 29, 74, 76, **367**, **373**, 468, 473, 479
- Nachova and others v. Bulgaria* (GC), 43577/98 und 43579/98 vom 6. Juli 2005
→ 1, **171**, 173, 280, 321, **334**
- Nagmetov v. Russia* (GC), 35589/08 vom 30. März 2017
→ 4, **480**
- Navalnyy v. Russia* (GC), 29580/12 vom 15. November 2018
→ 171, 175
- Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, 7888/03 vom 20. Dezember 2007
→ 29, 147, 334, 515 ff., **521**

- Nježić and Štimac v. Croatia*, 29823/13 vom 9. April 2015
→ **481 f.**
- Öcalan v. Turkey* (GC), 46221/99 vom 12. Mai 2005
→ **94**
- Öneryildiz v. Turkey* (GC), 48939/99 vom 30. November 2004
→ 1, 28, **32 ff.**, **37**, **41**, 61, **65**, **79**, 389, **531**, **535**
- Opuz v. Turkey*, 33401/02 vom 9. Juni 2009
→ 30, **31**, 44, **45 f.**, 58, 62 f., 216, 388, 462, 479, **481**
- Orlovskaya Iskra v. Russia*, 42911/08 vom 21. Februar 2017
→ 411
- Oruk v. Turkey*, 33647/04 vom 4. Februar 2014
→ 307
- Osman v. The United Kingdom*, 23452/94 vom 28. Oktober 1998
→ 29 f., **43**, **48**, 58, 62 f., **64**, **66**, 216, **328**, 530, 535
- Oyal v. Turkey*, 4864/05 vom 23. März 2010
→ 24, 28, **35**, 76, 80
- P.F. and E.F. v. The United Kingdom* (AD), 28326/09 vom 23. November 2010
→ **51**, 58
- Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*, 46477/99 vom 14. März 2002
→ 30, 44, **53**, 58, 62, 76 f., 84 f., 216, 388, **452**, 462, 467, **475**, 503
- Pentikäinen v. Finland* (GC), 11882/10 vom 20. Oktober 2015
→ 414, **415 f.**, 420
- Perevedentsev v. Russia*, 39583/05 vom 24. April 2014
→ 58, 369, **372**
- Perinçek v. Switzerland* (GC), 27510/08 vom 15. Oktober 2015
→ 404, **409**, **410 f.**, 429
- Perişan and others v. Turkey*, 12336/03 vom 20. Mai 2010
→ 147
- Perk and others v. Turkey*, 50739/99 vom 28. März 2006
→ 147
- Purcell and others v. Ireland* (AD), 15404/89 vom 16. April 1991
→ 421
- Putintseva v. Russia*, 33498/04 vom 10. Mai 2012
→ **172**, **186**
- R.R. and others v. Hungary*, 19400/11 vom 4. Dezember 2012
→ 43, **45**, 62
- Ramsahai and others v. The Netherlands* (GC), 52391/99 vom 15. Mai 2007
→ **380 f.**, **393 f.**, 396, 464
- Rantsev v. Cyprus and Russia*, 25965/04 vom 7. Januar 2010
→ **508 ff.**

- Rekvenyi v. Hungary* (GC), 25390/94 vom 20. Mai 1999
→ 404, 420 f.
- Şahin Alpay v. Turkey*, 16538/17 vom 20. März 2018
→ 118 f.
- Salman v. Turkey* (GC), 21986/93 vom 27. Juni 2000
→ 488, 518
- Sánchez Ramirez v. France* (AD), 28780/95 vom 24. Juni 1996
→ 93 f.
- Saoud v. France*, 9375/02 vom 9. Oktober 2007
→ 215
- Saygili and Falakaoglu v. Turkey*, 39457/03 vom 21. Oktober 2008
→ 425 ff.
- Scavuzzo-Hager and others v. Switzerland*, 41773/98 vom 7. Februar 2006
→ 4, 147
- Schneiter v. Switzerland* (AD), 63062/00 vom 31. März 2005
→ 312
- Selahattin Demirtaş v. Turkey*, 15028/09 vom 23. September 2015
→ 46 f., 206
- Shanaghan v. The United Kingdom*, 37715/97 vom 4. Mai 2001
→ 392, 518
- Shchebetov v. Russia*, 21731/02 vom 10. Juli 2012
→ 53 ff.
- Šilih v. Slovenia* (GC), 71463/01 vom 9. April 2009
→ 75, 78, 80 f., 147, 485 f.
- Şimşek and others v. Turkey*, 35072/97 and 37194/97 vom 26. Juli 2005
→ 170, 302
- Soare and others v. Romania*, 24329/02 vom 22. Februar 2011
→ 147, 170, 176, 186, 493, 496
- Steur v. the Netherlands*, 39657/98 vom 28. Oktober 2003
→ 418
- Stewart v. The United Kingdom* (AD), 10044/82 vom 10. Juli 1984
→ 24 f., 178, 186, 320 f., 336
- Stoll v. Switzerland* (GC), 69698/01 vom 10. Dezember 2007
→ 401 ff., 404, 406, 417, 423, 427, 446
- Sürek v. Turkey No.1* (GC), 26682/95 vom 8. Juli 1999
→ 417
- Sylvia Hackett v. The United Kingdom* (AD), 34698/04 vom 10. Mai 2005
→ 78, 484 f., 504
- Tagayeva and others v. Russia*, 26562/07 vom 13. April 2017
→ 3, 8 f., 12, 24, 69 f., 72, 75, 84, 132 f., 167, 173, 177, 182 f., 186 f., 190, 204, 207 f., 213, 221, 223 f., 227 f., 232 f., 239, 242 ff., 258, 262, 266, 280 f., 283, 284 ff., 287 ff., 291, 301 f., 309,

312 f., 321, 337, **338 f.**, **340 f.**, **343 f.**, 354, **358 ff.**, **365**, **451**, 463, **472**, **501 ff.**, 513 f., 516, **530 f.**, **534**, **538**

Talpis v. Italy, 41237/14 vom 18. September 2017

→ **46**

Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary, 37374/05, vom 14. April 2009

→ 438, 441

The Greek Case, 3321/67 vom 24. Januar 1968

→ **114 f.**, **116 f.**

Tierbefreier EV v. Germany, 45192/09 vom 16. Januar 2014

→ **414 f.**

Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom, 18139/91 vom 13. Juli 1995

→ 418

Turluyeva v. Russia, 63638/09 vom 7. Oktober 2013

→ 58, 62, 467

Trévalec v. Belgium, 30812/07 vom 25. Juni 2013

→ 147

Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72 vom 25. April 1978

→ 350

Tzekov v. Bulgaria, 45500/99 vom 23. Februar 2006

→ **331 ff.**

Van Colle v. The United Kingdom, 7678/09 vom 13. November 2012

→ 58, **64 f.**

Varnava and others v. Turkey (GC), 16064/90 vom 18. September 2009

→ 4, 75, **134 f.**, 462, **481**, 485, 490 f., 506, **507 f.**

Vejdeland and others v. Sweden, 1813/07 vom 9. Februar 2012

→ 429

Vilnes and others v. Norway, 52806/09 und 22703/10 vom 24. März 2014

→ **34 f.**, **59 f.**, **65**, **375**

Vo v. France (GC), 53924/00 vom 8. Juli 2004

→ 78

Vogt v. Germany (GC), 17851/91 vom 26. September 1995

→ 418

Von Hannover v. Germany No. 2 (GC), 40660/08 and 60641/08 vom 7. Februar 2012

→ **406**, **446**

X v. Ireland (AD), 6040/73 vom 20. Juli 1973

→ 43