

Simon Wannagat, LL.M. (Dunelm)*

Anwendungsbereich, Quo vadis? – Zum *special features*-Ansatz des EGMR hinsichtlich der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK

Abstract

Unter welchen Voraussetzungen ist die EMRK außerhalb des Gebiets der Vertragsstaaten, also extraterritorial, anwendbar? Wie wirkt sich dies auf den Inhalt der Rechte aus? Diese Fragen stellte sich der EGMR im Fall *Hanan v. Deutschland* für das Handeln deutscher Soldaten in Afghanistan und entwickelte einen neuen Ansatz für die extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK – die abstrakt nicht festzulegenden, im Einzelfall zu bestimmenden *special features*. Dieser weite Ansatz dehnt den Anwendungsbereich der EMRK auf Situationen jenseits der Kontrolle der Vertragsstaaten aus und kehrt das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Extraterritorialität um. Der Versuch einer dogmatischen und rechtspolitischen Einordnung der *special features*.

What are the criteria for the ECHR's extraterritorial applicability? What's the extraterritoriality's effect on the standard of rights? The ECtHR was to answer these questions in the case of *Hanan v. Germany* concerning the actions of German soldiers in Afghanistan. To this end, it developed a new approach to establish extraterritorial applicability – the *special features*, which cannot be defined *in abstracto*, but must be determined for each case individually. This extensive approach stretches the convention's applicability beyond the contracting parties' area of control and makes the exception the rule. An attempt to dogmatically and legal-politically classify the *special features*.

* Der Verfasser ist Doktorand und akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Martin Borowski an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag basiert maßgeblich auf einer vom Verfasser bearbeiteten Studienarbeit, gestellt im Wintersemester 2021/2022 von Prof. Dr. Martin Borowski. Er ist zugleich eine Besprechung von EGMR, *Hanan v. Deutschland*, Urt. v. 16.2.2021 (*Große Kammer*), Rs. 4871/16.

A. Einführung

„I know it when I see it“ – so begründete *United States Supreme Court Justice Potter Stewart* 1964 in *Jacobellis v. Ohio*¹ sein Urteil, wann ein verfahrensgegenständliches Bildmaterial „obszön“ sei. Dieser Ausspruch verhalf ihm zu größerer internationaler Bekanntheit als seine bis dato geleisteten Beiträge zur US-amerikanischen Jurisprudenz. Weniger lapidar, aber mit ähnlichem Inhalt formuliert der EGMR in der Rechtssache *Hanan v. Deutschland*² die Kriterien zur Bestimmung der Hoheitsgewalt nach Art. 1 EMRK (*jurisdiction*)³ und damit der Anwendbarkeit der Konvention: Sie seien *in abstracto* nicht zu bestimmende *special features*⁴ und hingen gänzlich vom Einzelfall ab.

Die Anwendbarkeit der EMRK ist ausschlaggebend für die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland dem Beschwerdeführer *Abdul Hanan* gegenüber eine prozessuale Ermittlungspflicht⁵ aus Art. 2 EMRK trifft. Die Vorschrift regelt zwar ausdrücklich nur eine materielle Schutzpflicht des Staates für das Leben (*positive obligation*). Nach dem Leitartikel *McCann v. Vereinigtes Königreich* muss mit dem Verbot willkürlicher Tötung („*arbitrary killing*“) aber eine Pflicht einhergehen, die Rechtmäßigkeit der Tötungshandlung zu überprüfen.⁶ Das heißt, der Staat muss nicht nur das Recht auf Leben schützen, sondern ist auch verpflichtet, die Einhaltung der Schutzpflicht zu überprüfen („*to determine whether the State complied with its obligation [...] to protect life*“).⁷ Denn nur, wenn der materiellen eine prozessuale Pflicht gegenübersteht, kann Art. 2 EMRK seine volle Schutzfunktion entfalten. Nach *McCann* leitet der EGMR die prozessuale

¹ U.S. Supreme Court, *Jacobellis v. Ohio*, 22.6.1964, 378 U.S. 184 (1964), 197.

² EGMR, *Hanan v. Deutschland*, Urt. v. 16.2.2021, Rs. 4871/16.

³ Der in Art. 1 und 32 der englischen Fassung verwendete Begriff *jurisdiction* ist nicht deckungsgleich, wie aus der einzig ebenfalls authentischen französischen Fassung (*jurisdiction* und *compétence*) hervorgeht; die deutsche Fassung kann mangels Authentizität lediglich als Leitlinie verstanden werden. Dennoch soll im Folgenden auf die vom EGMR bereitgestellte inoffizielle Übersetzung zurückgegriffen werden, siehe *Europarat*, Die Europäische Menschenrechtskonvention [1953] ETS 5.

⁴ Deutsch „besondere Umstände“; Übersetzung aus *Wittling-Vogel*, EGMR: Zuständigkeit des Gerichtshofs und Untersuchungspflichten – Luftschlag Kunduz, NJW 2021, 1291 ff. Dies ist nicht zu verwechseln mit *exceptional circumstances* (*infra* **B. III. 1. b**)), wessen Übersetzung ähnlich ist. Deshalb wird hier weiter der englische Begriff verwendet.

⁵ Weder im Englischen noch im Deutschen besteht hier eine einheitliche Bezeichnung; auf Englisch siehe nur EGMR, *Jaloud v. Niederlande*, Urt. v. 20.11.2014, Rs. 47708/08 „*procedural aspect*“ in Rn. 105, „*procedural obligation*“ in Rn. 185 und „*procedural head*“ in Rn. 161. Mangels offizieller deutscher Übersetzung wird hier vorrangig von „prozessualer Verpflichtung“ gesprochen, etwaige Abweichungen dienen nur der verbesserten Lesbarkeit.

⁶ EGMR, *McCann v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 27.9.1995, Rs. 18984/91, Rn. 161.

⁷ *Hanan* (Fn. 2), Rn. 205; *Krajewski*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2020, S. 306.

aus der materiellen Pflicht ab, sie hat also rein unterstützende Funktion.⁸ Deshalb hängt nach diesem Verständnis auch die Hoheitsgewalt über die prozessuale Ermittlungspflicht davon ab, ob im konkreten Fall Hoheitsgewalt über den materiellen Ausgangsumstand besteht – im Fall *Hanan* ein Luftschlag auf Tanklaster im Kunduz. Letzteres ist nach dem Grundsatzurteil⁹ *Al-Skeini* anzunehmen, wenn ein Staat effektive Kontrolle über das Gebiet des Ausgangsumstands oder über die Person durch staatliche Organe¹⁰ innehat.

In *Hanan* weicht der *EGMR* hiervon jedoch ab. Er fragt nicht mehr nach der Hoheitsgewalt über den Ausgangsumstand. Stattdessen begründet er die Hoheitsgewalt über die prozessuale Ermittlungspflicht unabhängig von der materiellen Schutzpflicht und spaltet die beiden Pflichten damit auf. Hierfür nutzt er mit den *special features* als abstrakt nicht bestimmbar Kriterien einen anderen Ansatz und wendet diese erstmals außerhalb des *espace juridique*¹¹ (*Convention legal space*; Menschenrechtsraum¹²), also dem Territorium der EMRK, an. So erweitert der *EGMR* ihren Anwendungsbereich. Dies wirkt sich auch auf die erforderliche Tiefe der Ermittlungspflicht aus, weshalb die geltend gemachten Ermittlungsfehler dem *EGMR* zufolge den Beschwerdeführer nicht in Art. 2 EMRK verletzen.

I. Sachverhalt und Untersuchungsgegenstand des EGMR

Anlass für die Individualbeschwerde des *Abdul Hanan* gegen die Bundesrepublik Deutschland gab der vom deutschen Oberst *Klein* als Kommandeur des *Provincial Reconstruction Teams* (PRT) *Kunduz* angeordnete Luftschlag auf zwei von Taliban entführte Tanklaster am 4.9.2009 um 01:49 Uhr. Trotz mehrfacher

⁸ *Milanovic*, Extraterritorial Investigations in *Hanan v. Germany*; Extraterritorial Assassinations in New Interstate Claim Filed by Ukraine Against Russia, EJIL: Talk! v. 26.2.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/ejilhanan (zuletzt abgerufen am 24.5.2023), S. 2.

⁹ „Leading authority“ / „landmark case“ im Englischen, Bezeichnung aus *Milanovic*, *Al-Skeini* and *Al-Jedda* in Strasbourg, EJIL 2012, 121; *Hajjer/Ryngaert*, Reflections on *Jaloud v the Netherlands*, J. Int'l Peacekeeping 2015, 174 (187).

¹⁰ Englisch „effective control“, siehe *EGMR*, *Al-Skeini u.a. v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 7.7.2011, Rs. 55721/07, Rn. 130-142; *EGMR*, *Ilaşcu u.a. v. Moldavien und Russland*, Urt. v. 8.7.2004, Rs. 48787/99, Rn. 311-314; *Viljoen*, Ch. 11 International Protection of Human Rights, in: Strydom, International Law, 2016, S. 329; Übersetzung aus *Jankowska-Gilberg*, Das *Al-Skeini*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - Eine Abkehr von *Banković?*, AVR 2012, 61 (63).

¹¹ So auch in *EGMR*, *Banković u.a. v. Belgien u.a.*, Urt. v. 12.12.2001, Rs. 52207/99, Rn. 80; *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 142.

¹² Übersetzung aus *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 17 Rn. 17.

Rückversicherung, dass keine Zivilisten vor Ort seien,¹³ starben neben den anvisierten ranghohen Taliban auch eine nicht geklärte Anzahl an Zivilisten,¹⁴ unter anderem zwei Söhne des Beschwerdeführers. Nach Luftaufklärung durch F-15-Jäger direkt nach Bombenabwurf und einem unbemannten Überflug um 08:00 Uhr, fand ein erstes Untersuchungsteam des PRT *Kunduz* um 12:34 Uhr den Abwurfort – unter erheblichem Beschuss – nur noch stark verändert vor. Im weiteren Nachgang stießen Mitglieder der aus dem 170 Kilometer entfernten Mazār-i Šarīf entsendeten Feldjäger zum Untersuchungsteam. Zudem untersuchten zahlreiche internationale Organisationen den Vorfall.¹⁵

In Deutschland hat am 7.9.2009 die Staatsanwaltschaft Potsdam, in deren Bezirk das Einsatzführungskommando der Bundeswehr liegt, vorläufige Ermittlungen aufgenommen. Diese wurden schließlich aufgrund der völkerrechtlichen Implikationen an den Generalbundesanwalt übergeben, der seit dem 8.9.2009 schon selbst vorläufig ermittelt hatte.¹⁶ Nach weiteren vorläufigen Ermittlungen wurde am 12.3.2010 ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eröffnet, aber nach Vernehmung der Beschuldigten Oberst *Klein* und Feldwebel *Wilhelm* ohne Anhörung des Beschwerdeführers am 16.4.2010 eingestellt.¹⁷ Sein daraufhin eingeleitetes Klageerzwingungsverfahren,¹⁸ die folgende Anhörungsrüge,¹⁹ die gegen die Verwerfung erhobene Verfassungsbeschwerde²⁰ und ein parallel angestrebtes Amtshaftungsverfahren²¹ blieben ohne Erfolg.

Vor dem *EGMR* macht der Beschwerdeführer geltend, das Ermittlungsverfahren sei aufgrund ineffektiver Ermittlungsmaßnahmen eingestellt worden und gegen diese Entscheidung hätte ihm kein effektiver Rechtsschutz²² zugestanden. Folglich verletze ihn die Einstellungsentscheidung des Generalbundesanwalts und die umfängliche Zurückweisung des Klageerzwingungsverfahrens im Recht

¹³ *Hanan* (Fn. 2), Rn. 46.

¹⁴ Die Zahl der Todesopfer insgesamt ist nicht abschließend geklärt, Berichte gehen von 14-142 Opfern aus; siehe *Hanan* (Fn. 2) Rn. 69.

¹⁵ Vgl. die Aufzählung *ebd.*, Rn. 35; allerdings sind diese nicht frei verfügbar.

¹⁶ *Ebd.*, Rn. 228.

¹⁷ GBA 16.4.2010 – 3 BJs 6/10.

¹⁸ OLG *Düsseldorf*, Beschl. v. 16.2.2011 – 5 StS 6/10, Rn. 6 (juris).

¹⁹ OLG *Düsseldorf*, Beschl. v. 31.3.2011 – 5 StS 6/10, Rn. 3 (juris).

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 19.5.2015 - 2 BvR 987/11, Rn. 16 (juris).

²¹ BGHZ 212, 173; BVerfG, NVwZ 2021, 398. Trotz Bestätigung wirft die Entscheidung des BVerfG Fragen zur Begrenzung der Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG und darauf beruhender Amtshaftungsansprüche auf, die jedoch nicht Gegenstand dieses Beitrags sind.

²² *EGMR*, Application Document Nr. 4871/16, Communicated on 2.9.2016, abrufbar unter: rebrand.ly/apphanan (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

auf effektive Ermittlung aus Art. 2 EMRK und dem Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 13 i. V. m. Art. 2 EMRK. Etwaige Beschwerden gegen den Luftschlag als Verletzung der Primärpflicht aus Art. 2 EMRK oder des nicht gewährten Amtshaftungsanspruchs werden nicht erhoben. Die Beschwerde hinsichtlich des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 13 EMRK geht im Maßstab des Art. 2 EMRK auf. Kern derselben ist die unterbliebene strafrechtliche Verfolgung der Tötung der Söhne. Diese beruhe auf der ineffektiven Ermittlung, sei also Ausfluss des Art. 2 EMRK.²³ Dies wirft für das Gericht auf Ebene der Zulässigkeit (*admissibility*) und Begründetheit (*merits*) je eine Frage auf:

Ist der *EGMR* zuständig, sodass die Ermittlungsmaßnahmen überhaupt an der EMRK überprüft werden können? Dafür müsste der *EGMR* gemäß Art. 32 EMRK Gerichtshoheit haben; dies wiederum setzt die Anwendbarkeit der EMRK voraus, also die Hoheitsgewalt Deutschlands gemäß Art. 1 EMRK.²⁴

Hat Deutschland bei der Aufklärung des Luftschlags seine Ermittlungspflicht aus Art. 2 EMRK nicht erfüllt und so das korrespondierende Recht des Beschwerdeführers verletzt?

II. Gang der Untersuchung

Das Verhältnis der EMRK zum humanitären Völkerrecht, das auf bewaffnete Konflikte wie in Afghanistan zugeschnitten ist, ist noch nicht abschließend geklärt. Gleiches gilt für die Kriterien zur Bestimmung der Hoheitsgewalt. Vorliegend wird im Anschluss an *Hassan v. Vereinigtes Königreich*²⁵ die grundsätzliche Anwendbarkeit der EMRK auch im Falle bewaffneter Konflikte angenommen. Die rechtspolitische Bedeutung des Urteils liegt in der Frage der erweiterten Anwendbarkeit der Konvention nach Art. 1 EMRK durch den in *Hanan* gewählten Ansatz (*special features*),²⁶ die Hoheitsgewalt über die prozessuale unabhängig von der materiellen Pflicht zu begründen. Die erfolgte Anpassung der Ermittlungspflicht aus Art. 2 EMRK ist notwendige Folge davon. Deshalb

²³ Dies ist gängige Praxis des *EGMR*, siehe auch *EGMR, Armani da Silva v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 30.3.2016, Rs. 5878/08, Rn. 291 f.; *Hentschel und Stark v. Deutschland*, Urt. v. 9.11.2017, Rs. 47274/15, Rn. 44 f.

²⁴ *Hanan* (Fn. 2), Rn. 102; v. *Arnaud*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2023, Rn. 746, 646.

²⁵ *EGMR, Hassan v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 16.9.2014, Rs. 29750/09, Rn. 104.

²⁶ Zur Fülle an Alternativvorschlägen siehe nur Sondervotum *Bonello, Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 4, 22; *Besson*, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts To*, *Leiden J. Int'l L.* 2012, 857; *Demetriades*, *Reconceptualising Extraterritoriality Under the ECHR as Concurrent Responsibility: The Case for a Principled and Tailored Approach*, *EJLS* 2020, 157.

erschöpft sich die Bedeutung dieser Anpassung innerhalb des erweiterten Anwendungsbereiches und sie wird nicht eigenständig, sondern im Kontext mit diesem erörtert.

Für eine fundierte Analyse der Entscheidung muss zunächst die Entwicklung des *special features*-Ansatzes bis dato dogmatisch kontextualisiert werden (**B.**).²⁷ Da der EGMR mit seiner *Großen Kammer* entschieden hat, ist von einer entscheidenden Weichenstellung für künftige Urteile auszugehen. Deshalb muss, um mit der Analyse nicht nur einen verzerrten Ausschnitt des Bildes zu zeigen, die Reichweite des Urteils im größeren Zusammenhang bestimmt werden (**C.**). Anschließend wird die Entwicklung in *Hanan* hauptsächlich anhand der Dogmatik des Art. 2 EMRK, dem Regel-Ausnahme-Verhältnis der Extraterritorialität und der Rechtssicherheit bewertet (**D.**). Demzufolge wird resümiert, dass der *special features*-Ansatz selbst zwar eine willkommene Entwicklung im internationalen Vergleich ist, die Verwendung außerhalb des *espace juridique* wie in *Hanan* aber beschränkt werden muss, um Autorität und normative Kraft des EGMR zu erhalten. Insoweit kann dem Urteil also nicht gefolgt werden und einer inflationären Anwendbarkeitserweiterung ist entgegenzutreten.

B. Kontextualisierung des Urteils anhand der bisherigen Rechtsprechungslinie

Als Ausgangspunkt für die Kontextualisierung und die anschließende Bewertung ist relevant, ob die Ermittlungspflicht in *Hanan* als extraterritorial begriffen wird (**I.**) und welche *special features* die Hoheitsgewalt begründen (**II.**). Anschließend wird anhand bisheriger einschlägiger EGMR-Judikate überprüft, ob und wenn ja, warum von der alten Rechtsprechung abgewichen wird (**III.**).

I. Intra- und Extraterritorialität: Regel- und Ausnahme, aber auch in *Hanan*?

Die Hoheitsgewalt eines Konventionsstaates ist gemäß Art. 1 EMRK Ausgangspunkt und notwendige Bedingung, um Verantwortlichkeit für eine Verletzung der Konventionsrechte begründen zu können.²⁸ In der Regel bindet

²⁷ So auch der ehemalige EGMR-Präsident *Spanó*, The Inaugural Bonavero Institute Annual Human Rights Lecture; The Democratic Virtues of Human Rights Law – A Response to Lord Sumption’s Reith Lectures, 20.2.2020, abrufbar unter: rebrand.ly/spanosumption (zuletzt abgerufen am 24.5.2023), Rn. 23: „when analysing methodological approaches applied by [...] international courts [...] it is important to be mindful of their historical trajectories“.

²⁸ *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 130.

die EMRK als multilaterales Abkommen nur die Staaten, die es ratifiziert haben. Die Hoheitsgewalt wird also in erster Linie durch die territorialen Grenzen definiert, weshalb die EMRK zuvörderst innerhalb der Vertragsstaaten wirkt.²⁹ Ausnahmsweise kann im Lichte eines effektiven Menschenrechtsschutzes ein berechtigtes Interesse daran bestehen, die Mitgliedstaaten auch beim Handeln im Ausland an die Konvention zu binden, um eine Umgehung zu vermeiden und so ihre Anwendbarkeit auf das Staatsgebiet von Staaten auszudehnen, die nicht Teil der EMRK sind. Deshalb ist die Hoheitsgewalt nach Art. 1 EMRK, ausgelegt nach seiner gewöhnlichen Bedeutung gemäß Art. 31 Abs. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention,³⁰ nicht abschließend durch die Staatsgrenzen determiniert (extraterritoriale Anwendbarkeit)³¹, solange dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht umgekehrt wird.³²

Das Urteil in *Hanan* bewegt sich nur in diesem Regel-Ausnahme-Prinzip, wenn der EGMR von einer extraterritorialen Anwendung ausgeht. Die Hoheitsgewalt und Extraterritorialität bestimmen sich maßgeblich nach der Belegenheit des konkreten Sachverhalts und dem geltend gemachten EMRK-Recht.³³ Das Recht auf effektive Ermittlung aus Art. 2 EMRK bezieht sich auf sämtliche investigative Handlungen der zuständigen Behörden.³⁴ Dies sind einerseits die Ermittlungen der deutschen Staatsanwaltschaft, andererseits die der deutschen Soldaten in Afghanistan. Es könnte also ein intraterritorialer Sachverhalt mit Auslandsberührung oder ein Fall der Extraterritorialität i. S. d. Art. 1 EMRK sein.³⁵ Der EGMR hat nicht ausdrücklich Stellung bezogen. Für Ersteres spräche die Einordnung durch die EGMR-Kanzlei im *Guide on Article 1*³⁶ innerhalb des Territorialitätsprinzips und dass die Ermittlungspflicht nur die deutschen Vollzugsorgane betrifft.³⁷ Dem entspräche auch die in neuerer Rechtsprechung seit *Šilih* wiederholte Betonung dessen, dass die Ermittlungspflicht unabhängig

²⁹ *Banković* (Fn. 11), Rn. 59.

³⁰ *Vereinte Nationen*, Vienna Convention on the Law of Treaties [1969] 1155 UNTS 331.

³¹ *Europarat*, Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights – Obligation to Respect Human Rights – Concepts of “Jurisdiction” and Imputability, 31.8.2022, abrufbar unter: rebrand.ly/guideart1 (zuletzt abgerufen am 24.5.2023), Rn. 13.

³² *Peters*, Die Anwendbarkeit der EMRK in Zeiten komplexer Hoheitsgewalt und das Prinzip der Grundrechtstoleranz, AVR 2010, 1 (1 f.).

³³ *Hanan* (Fn. 2), Rn. 136; siehe auch EGMR, *M.N. u. a. v. Belgien*, Urte. v. 5.5.2020, Rs. 3599/18, Rn. 109, 122; *Marković u.a. v. Italien*, Urte. v. 14.12.2006, Rs. 1398/03, Rn. 52, 54.

³⁴ EGMR, *Menson v. Vereinigtes Königreich*, Urte. v. 6.5.2003, Rs. 47916/99, Rn. 1, 35.

³⁵ Für die Unterscheidung *M.N.* (Fn. 33), Rn. 109.

³⁶ *Europarat* (Fn. 31), Rn. 30 ff.

³⁷ Ein solches Verständnis suggeriert auch das Sondervotum („*separate opinion*“) *Grožek, Ranžoni* und *Eücke, Hanan* (Fn. 2), Rn. 17.

davon besteht, ob der Ausgangsumstand außerhalb des Konventionsgebietes liegt.³⁸ Der EGMR hat jedoch nicht schlicht auf das Territorialitätsprinzip zurückgegriffen und die Ermittlungseinleitung ausreichen lassen. Er hat vielmehr zusätzliche Kriterien gefordert und damit implizit festgestellt, dass er die Ermittlungspflicht hier als extraterritorial begreift und nicht als intraterritorialen Sachverhalt mit internationalem Element. Deshalb soll die Anwendung der EMRK auch in *Hanan* eine Ausnahme sein.

II. Die *special features* in *Hanan*

Die Kammermehrheit greift in *Hanan* zur Begründung der prozessualen Hoheitsgewalt und damit zur Herstellung eines *jurisdictional link* (hoheitliche Verbindung)³⁹ auf den in *Güzeşyurtlu* hilfswise herangezogenen *special features*-Ansatz zurück: Ein solcher *link* stellt, auch wenn keine Kontrolle über das gesamte Gebiet besteht, die Kontrolle über einzelne Individuen durch eine besondere (Nähe-)Beziehung zu den dem Staat zurechenbaren Personen her.

In *Hanan* sollen folgende drei *special features* in ihrer Kombination den *jurisdictional link* begründen: Zum Ersten bestehe bereits nach humanitärem Völkergewohnheitsrecht für mögliche Kriegsverbrechen, wie den Luftschlag, eine Ermittlungspflicht. Zweitens stehe Oberst *Klein* aufgrund Abschnitt I Unterabschnitt 3 Annex A zum ISAF⁴⁰-Truppenstatut (*Status of Forces Agreement*) unter ausschließlicher Strafgewalt des deutschen Staates, wie dies bei UN-mandatierten Einsätzen üblich ist. Deshalb dürfe Afghanistan nicht selbst ermitteln. Dies könne zu einer ungewollten Straffreiheit führen, wenn der entsendende Staat keine Ermittlungen einleitet. Drittens bestehe nach § 1 Völkerstrafgesetzbuch (VStGB), das nach Ratifikation des Römischen Statuts eingeführt wurde,⁴¹ eine nationale Ermittlungspflicht. In der Konsequenz begründete der Gerichtshof die deutsche Hoheitsgewalt mit dem Ausschluss einer afghanischen Ermittlungsmöglichkeit und dem Bestehen einer internationalen und nationalen Ermittlungspflicht Deutschlands.

³⁸ EGMR, *Šilih v. Slowenien*, Urt. v. 9.4.2009, Rs. 71463/01, Rn. 159; *Güzeşyurtlu u.a. v. Zypern und die Türkei*, Urt. v. 29.1.2019, Rs. 36925/07, Rn. 189.

³⁹ Übersetzung aus *Wittling-Vogel* (Fn. 4).

⁴⁰ *International Security Assistance Force*.

⁴¹ *Vereinte Nationen*, Rome Statute of the International Criminal Court [2002] 2187 UNTS A-38544; BT-Drucks. 14/8524, S. 1.

III. Die bisherigen Entscheidungen – geht *Hanan* abseits bekannter Pfade?

Durch die inhaltliche Gegenüberstellung mit vergleichbaren Urteilen wird herausgearbeitet, dass der EGMR in *Hanan* trotz ähnlichem Sachverhalt eine andere Entscheidung trifft (1.). Anschließend wird nach Erklärungsansätzen für diese andere Entscheidung gesucht (2.).

Als Vergleichsgruppe können nur Urteile dienen, in denen die Frage der Extraterritorialität ähnlich zu behandeln ist, denn ihre Implikationen variieren je nach in Rede stehendem Konventionsrecht.⁴² Die Extraterritorialität wird etwa für das Folterverbot (Art. 3 EMRK) anders als für die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) begründet. Deshalb können als direkte Vergleichsgruppe nur andere extraterritoriale Fälle der Ermittlungspflicht aus Art. 2 EMRK dienen, keine Fälle extraterritorialer Anwendung materieller Konventionsrechte. Diese sind nur mittelbar zur Bestimmung der effektiven Kontrolle relevant,⁴³ allerdings kann für allgemeine Grundsätze auf sie rekuriert werden. Weiterhin kann aufgrund der natürlichen Parallelität mit anderen Verfahrensrechten als Hilfsrechte zur materiellen Verpflichtung auch Rechtsprechung zu Art. 13 EMRK und der inhaltlich identischen Ermittlungspflicht aus Art. 3 EMRK herangezogen werden.⁴⁴

1. Eine Abkehr vom alten und Begründung eines neuen Prinzips?

In *Hanan* hat der EGMR die Hoheitsgewalt über die Ermittlungspflicht mittels der *special features* bestimmt. Damit kehrt er sich vom Prinzip der effektiven Kontrolle ab, nach dem in den bisherigen Leiturteilen *Al-Skeini* und *Jaloud* die prozessuale Hoheitsgewalt bestimmt wurde. Zudem hat er mit Anwendung der *special features* auf den konkreten Fall Neuland betreten, weil er in *Hanan* trotz Vergleichbarkeit mit den einschlägigen Judikaten⁴⁵ abweichend entschieden und damit die geltende Präzedenz gebrochen hat.

⁴² *Hanan* (Fn. 2), Rn. 136; siehe auch *M.N.* (Fn. 33), Rn. 109, 122; *Markovic* (Fn. 33), Rn. 52, 54.

⁴³ Wie auch im Sondervotum *Grozew, Ranzoni* und *Eicke, Hanan* (Fn. 2), Rn. 8 dargelegt.

⁴⁴ Diese genetische Ähnlichkeit begründet sich vor allem in der Natur als Hilfsrechte zur Erhaltung der materiellen Garantien; siehe hierfür EGMR, *Razvozhayev v. Russland und die Ukraine und Udaltsov v. Russland*, UrT. v. 19.9.2019, Rs. 75734/12 2695/15 55325/15, Rn. 157.

⁴⁵ Hierbei findet eine Beschränkung auf die die bisherige Judikatur prägenden Urteile zur Frage der Hoheitsgewalt in Art. 2 EMRK und weitere in *Güzelyurtlu* (Fn. 38) zitierte Entscheidungen statt.

a) Abkehr von der effektiven Kontrolle

Der Sachverhalt von *Hanan* ist mit *Al-Skeini* und *Jaloud* vergleichbar. Zwar war die Ausgangshandlung in den beiden letzteren Boden-Boden- und in *Hanan* Luft-Boden-Interaktion. Gemeinsamkeit bestand aber hinsichtlich erheblicher militärischer Präsenz aufgrund eines UN-Mandats außerhalb des *espace juridique*. Die Vertragsstaaten sollten dort jeweils Stabilität und Sicherheit gewährleisten und die Aufgabenbereiche waren ähnlich: Patrouillen, Antiterror-Operationen, Schutz und Aufbau staatlicher Infrastruktur.⁴⁶ In *Jaloud* wurde die Ausgangshandlung nicht durch einen Soldaten der Niederlande, sondern durch irakische Hilfs-Sicherheitskräfte ausgeführt; genau wie der Bombenabwurf in *Hanan* durch US-amerikanische Piloten nach deutschem Befehl. Trotz dieser Ähnlichkeit greift der EGMR in *Hanan* auf den Ansatz aus *Güzelyurtlu* und ursprünglich *Rantsev* zurück. Beide behandeln zwar auch die prozessuale Ermittlungspflicht aus Art. 2 EMRK, spielen allerdings innerhalb des *espace juridique*. Zudem sind dort jeweils beide involvierten Staaten Beschwerdegegner. Es ging also vielmehr um eine Zuweisung der prozessualen Ermittlungspflicht zwischen zwei Konventionsstaaten und darum, durch deren Kooperationspflicht⁴⁷ kein rechtliches Vakuum innerhalb des *espace juridique* entstehen zu lassen.⁴⁸ Diese stärkere Ähnlichkeit von *Hanan* zu *Al-Skeini* und *Jaloud* hätte eine Fortentwicklung der dortigen Prinzipien nahegelegt, gerade mit Blick auf die neuere Entscheidung in *M. N. u.a. v. Belgien*, die trotz ähnlichem Sachverhalt zur alten Rechtsprechung aus *Banković* zurückkehrt, also ein zwischenzeitlicher Stopp der dynamischen Entwicklung ist.⁴⁹ Das ist gerade aufgrund der hohen Überschneidung in der Kammerbesetzung überraschend: Fünf der Richter, darunter der Kammerpräsident, waren schon an der Entscheidung in *Hanan* beteiligt. Die *special features* unterscheiden sich auch faktisch vom alten Ansatz. Keines der in *Güzelyurtlu* oder *Hanan* herangezogenen *features* würde eine effektive Kontrolle begründen. Deshalb weicht der EGMR in *Hanan* tatsächlich von den alten Entscheidungsgrundsätzen ab.

b) Erweiterung der special features über deren bisherige Verwendung

Mangels Vergleichbarkeit des Sachverhalts in *Hanan* und in *Güzelyurtlu* dehnt der EGMR den Anwendungsbereich der *special features* über ihre ursprüngliche

⁴⁶ *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 21, 107; *Hanan* (Fn. 2), Rn. 13.

⁴⁷ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 12), § 20 Rn. 31.

⁴⁸ *Güzelyurtlu* (Fn. 38), Rn. 195.

⁴⁹ *Carlier et al.*, Humanitarian Visa: Does the Suspended Step of the Stork Become a Hunting Permit?, Cahiers de PEDEM, 6.2020, abrufbar unter: rebrand.ly/uclouvainEDEM (zuletzt abgerufen am 24.5.2023), S. 3.

Rechtswirkung aus und gibt ihnen so eine gänzlich neue Funktion. Die Wortkombination „*special features*“ taucht jedoch vielfach in der Rechtsprechung des EGMR auf. Sie könnte *prima facie* also eine Schlüsselformel ähnlich den *exceptional circumstances*⁵⁰ für die effektive Kontrolle darstellen und damit ein eigenständiger, gleichwertiger, allgemeiner Ansatz zur Bestimmung der Hoheitsgewalt sein.

Der EGMR verwendet sie, um auf Eigen- und Besonderheiten des nationalen Rechtsschutzes bei Art. 6 EMRK oder allgemein des Einzelfalles hinzuweisen.⁵¹ Dem entspricht auch der parallele Aufbau in *Rantsev*, dem zeitlich davor liegenden *Labita v. Italien*⁵² und *Çakıcı v. Türkei*⁵³: Es wird auf das Vorbringen des Beschwerdeführers eingegangen, dieses jedoch abgelehnt und unter Rückbezug auf die vorgebrachten Tatsachen das Bestehen weiterer *special features*, die eine andere Entscheidung notwendig machen würden, verneint.⁵⁴ Es besteht kein Unterschied in der Verwendung zeitlich vor oder nach *Rantsev*, welcher einen Umschwung in der inhaltlichen Bedeutung der Worte indizieren könnte. Hieraus lässt sich schließen, dass *special features* eine allgemeine Formulierung ist, um für zukünftige Fälle eine Ausnahme vom Grundsatz zu ermöglichen, ohne der vorherigen Entscheidung zu widersprechen. Denn wäre in *Rantsev* mit den *special features* tatsächlich ein eigenständiger Test etabliert worden, so wäre dies in *Al-Skeini* zumindest oberflächlich aufgegriffen worden; so wie umgekehrt *Al-Skeini* neben *Rantsev* in *Georgien v. Russland (II)* aufgegriffen wurde,⁵⁵ da die Mehrheit der Richter aus *Rantsev* auch in der *Großen Kammer* bei *Al-Skeini* saß. Auch in der Literatur wird *Rantsev* nicht als Grundstein für einen neuen Ansatz extraterritorialer Anwendung rezipiert, eine Erwähnung der *special features* fehlt

⁵⁰ Schlüsselbegriff in Sondervotum *Bratza et al., Ilaşcu* (Fn. 10), Rn. 3; *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 131 f.; Sondervotum *Grozev, Ranzoni und Eicke, Hanan* (Fn. 2), Rn. 26; *Demetriades* (Fn. 26), S. 166.

⁵¹ Für Art. 6 EMRK: *EGMR, Meftah u.a. v. Frankreich*, Urt. v. 26.7.2002, Rs. 32911/96, 35237/97, 34595/97, Rn. 41-44 m. w. N.; *Ilseher v. Deutschland*, Urt. v. 4.12.2018, Rs. 10211/12, 27505/14, Rn. 270, 275. Allgemein: *EGMR, Sindicatul „Păstorul cel Bun“ v. Rumänien*, Urt. v. 9.7.2013, Rs. 2330/09, Rn. 141, 145; *Mutu und Pechstein v. Schweiz*, Urt. v. 2.10.2018, Rs. 40575/10, 67474/10, Rn. 176.

⁵² *EGMR, Labita v. Italien*, Urt. v. 6.4.2000, Rs. 26772/95, Rn. 152.

⁵³ *EGMR, Çakıcı v. Türkei*, Urt. v. 8.7.1999, Rs. 23657/94, Rn. 99.

⁵⁴ *EGMR, Rantsev v. Zypern und Russland*, Urt. v. 7.1.2010, Rs. 25965/04, Rn. 244: „*There are no other special features which would support the imposition of a duty on Russia to conduct its own investigation.*“; *Çakıcı* (Fn. 53), Rn. 99: „*Consequently, the Court perceives no special features existing in this case which would justify finding [a] violation of Article 3 of the Convention [...]*“.

⁵⁵ *EGMR, Georgien v. Russland (II)*, Urt. v. 21.1.2021, Rs. 38263/08, Rn. 326 f.

meist.⁵⁶ Zuzugeben ist indes, dass *Rantsev* die allgemeine Möglichkeit einer Ausnahme schuf. Der EGMR hat die *special features* in *Hanan* aber nicht als Ausnahme, sondern als Standardtest zur Begründung der Hoheitsgewalt herangezogen. Somit weicht er von der ursprünglichen Bedeutung der *special features* ab und erweitert sie erheblich.

Seit *Güçelertli* ist eine große Anzahl an Entscheidungen zu dem neuen Ansatz ergangen. Auch diese zeichnen die Entwicklung in *Hanan* jedoch nicht vor. *Romeo Castaño*⁵⁷ und *Makuchyan*⁵⁸ behandeln Pflichten innerhalb des *espace juridique*, genau wie *Georgien v. Russland (II)* und *Razvozhayev*. Eine Ausdehnung außerhalb des *espace juridique* war also nicht angelegt. Zudem wird sowohl in *Güçelertli* als auch in *Georgien v. Russland (II)* zuerst das Prinzip der effektiven Kontrolle dargelegt,⁵⁹ nur im zweiten Schritt werden die Ermittlungen und die *special features* angesprochen. Sowohl in *Razvozhayev* als auch in *Ukraine v. Russland (re Krim)* und *Ukraine und Niederlande v. Russland*⁶⁰ wird trotz Geltendmachung des prozessualen Elements nicht mehr auf die *special features* zurückgegriffen, weil schon effektive Kontrolle hinsichtlich des Ausgangsumstands besteht.⁶¹ Auch in *Georgien v. Russland (II)* wird der neue Ansatz prozessual nur geprüft, weil materiell keine Hoheitsgewalt besteht.

Somit stellt auch die Anwendung der *special features* außerhalb des *espace juridique* eine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechungslinie des EGMR dar.

2. Wie ist diese Entwicklung zu erklären?

Der EGMR weicht mit der Verwendung der *special features* also doppelt von der bisherigen Rechtsprechung ab, jedoch ohne explizite Begründung. Um die Abweichung einzuordnen, vollzieht der Beitrag mögliche Erklärungsansätze für die Neuausrichtung nach. In Betracht kommt dafür die Abspaltung der

⁵⁶ Siehe beispielsweise *Farrior*, *Rantsev v. Cyprus & Russia* (Eur. Ct. H.R.), Introductory Note, ILM 2010, 415 (417); *Pati*, States' Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Boston U Int'l L J., 2011, 79; *Shaver/Zwaak*, *Rantsev v. Cyprus and Russia: Procedural Obligations of Third Party Countries in Human Trafficking under Article 4 ECHR*, Inter-Am. & Eur. Hum. Rts J. 2011, 118.

⁵⁷ EGMR, *Romeo Castaño v. Belgien*, Urt. v. 9.7.2019, Rs. 8351/17, Rn. 36-43.

⁵⁸ EGMR, *Makuchyan und Minasyan v. Aserbaidschan und Ungarn*, Urt. v. 26.5.2020, Rs. 17247/13.

⁵⁹ *Güçelertli* (Fn. 38), Rn. 179; *Georgien v. Russland (II)* (Fn. 55), Rn. 326-328.

⁶⁰ EGMR, *Ukraine und Niederlande v. Russland*, Urt. v. 23.1.2023, Rs. 8019/16, 43800/14, 28525/20, Rn. 575.

⁶¹ *Razvozhayev* (Fn. 44), Rn. 157; EGMR, *Ukraine v. Russland (re Krim)*, Urt. v. 14.1.2021, Rs. 20958/14, 38334/18.

prozessualen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK (a)) oder rechtspolitischer Pragmatismus (b)).

a) *Durch die Unabhängigkeit der prozessualen Seite aus Art. 2 EMRK?*

Die Unabhängigkeit der Hoheitsgewalt könnte sich als Spiegelbild aus einer zunehmenden Unabhängigkeit der prozessualen von der materiellen Verpflichtung⁶² ergeben. In der neueren Rechtsprechung seit *Şilih* und *Varnava*⁶³ betont die Mehrheit des EGMR⁶⁴, dass die prozessuale Verpflichtung „abgetrennt und autonom“ sei, sich also gänzlich von der materiellen Seite lösen ließe.⁶⁵ Damit weicht der EGMR von der älteren Rechtsprechung ab. Dort wird zwar auch zwischen prozessualer und materieller Verpflichtung unterschieden und die prozessuale Pflicht teilweise allein geprüft, aber ohne explizit betonte Autonomie.⁶⁶ Allerdings hat die allgemeine Tendenz zur Erweiterung des Inhalts nicht die spiegelbildliche Erweiterung der Anwendbarkeit als logische Konsequenz. Zudem geschah diese Entwicklung im Kontext der *ratione temporis*, nicht wie in *Rantsev*, *Güzeleyurtlu* und *Hanan* um die *ratione loci* oder *personae*. *Şilih* und *Varnava* liegen zeitlich vor *Al-Skeini* oder *Jaloud*, werden dort jedoch noch nicht herangezogen; sondern erst in *Güzeleyurtlu* und *Hanan*. Dass der EGMR erst hier explizit auf die Frage der Zurechenbarkeit der Ausgangshandlung verzichtet, verdeutlicht die Situation – bestünde noch ein Zusammenhang, würde die Ermittlungspflicht die Verantwortlichkeit des Staates für die Ausgangshandlung nach der EMRK voraussetzen. Somit besteht zwar eine solche Entwicklung, die prozessuale Verpflichtung wird in *Hanan* aber das erste Mal komplett von der materiellen Verpflichtung gelöst. Zudem wird, obwohl die Pflicht sich auf Handlungen im In- und Ausland bezieht,⁶⁷ die Unterscheidung zwischen Intra- und Extraterritorialität nicht aufgegeben, was eine komplett neue Bestimmungsmöglichkeit hätte erklären können. Die Entwicklung kann also nicht ausschließlich hierauf zurückgeführt werden.

⁶² *Shaw*, International Law, 7. Aufl. 2014, S. 259 m. w. N.

⁶³ EGMR, *Varnava u. a. v. Türkei*, Urt. v. 18.9.2009, Rs. 16064/90 u. a.

⁶⁴ Jedoch nicht unumstritten, siehe etwa Sondervotum *Wojtyczek*, EGMR, *Mocanu u. a. v. Rumänien*, Urt. v. 17.9.2014, Rs. 10865/09, 45886/07, 32431/08, Rn. 9.

⁶⁵ *Armani da Silva* (Fn. 23), Rn. 231; EGMR, *Janowiec u. a. v. Russland*, Urt. v. 21.3.2013, Rs. 55508/07 29520/09, Rn. 132; *Varnava* (Fn. 63), Rn. 138.

⁶⁶ Siehe insbesondere die von *Şilih* (Fn. 38) in Rn. 156-158 zitierten Entscheidungen, die die Entwicklung zur Unabhängigkeit vorzeichnen; EGMR, *McKerr v. Vereinigtes Königreich (merits and just satisfaction)*, Urt. v. 4.5.2001, Rs. 28883/95, Rn. 121; *Slimani v. Frankreich*, Urt. v. 27.7.2004, Rs. 57671/00, Rn. 42 f.

⁶⁷ Siehe dazu oben **B. I.**

b) Durch politischen Pragmatismus?

Die Begründung könnte in einem Zusammenspiel verschiedener Elemente liegen. Dies wären einerseits die häufigere Anwendung der *special features* seit *Güzelyurtlu*, andererseits die gerade beschriebene fortschreitende Abspaltung der prozessualen Verpflichtung und der dadurch verschobene Fokus auf die inländischen Geschehnisse. Damit könnte der EGMR sich einem allgemeinen Perspektivwechsel innerhalb der völkerrechtlichen Jurisprudenz zur extraterritorialen Anwendbarkeit anpassen wollen.⁶⁸ Ein solcher ist bei anderen multilateralen Institutionen zum Schutz von Menschenrechten zu erkennen. Diese lassen sich aufgrund des ähnlichen Vertragstextes (Art. 2 Abs. 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte [UN-Zivilpakt]⁶⁹ „*all individuals subject to its jurisdiction*“; Art. 1 Amerikanische Menschenrechtskonvention [AMRK]⁷⁰ „*subject to their jurisdiction*“) mit der EMRK vergleichen. In seinen *General Comments* vertritt der UN-Menschenrechtsausschuss als Wächter des UN-Zivilpakts ein Verständnis ohne Bezug zur Hoheitsgewalt,⁷¹ welches sich auch in seinen Entscheidungen widerspiegelt.⁷² Auch der *Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR)* hat 2017 in seiner *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights*⁷³ neben der effektiven Kontrolle eine klare Erweiterung zugelassen – es genüge eine kausale Verbindung, wenn Kontrolle über die handelnde Person besteht, nicht über den Betroffenen. Dies ist signifikant offener als das Verständnis des EGMR, an dessen Rechtsprechung der IAGMR sich wesentlich orientiert hat.⁷⁴ Einer ähnlichen Version dieses

⁶⁸ Wie aus Kommentaren zum Urteil wie „[...] immense positive Signalwirkung“ (*Bos*, Alles richtig gemacht?: Das EGMR-Urteil zum Luftangriff im Kundus, Völkerrechtsblog v. 10.3.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/vblogkunduz [zuletzt abgerufen am 24.5.2023]) oder „[...] *exactly what the position should be* [...]“ (*Milanovic* [Fn. 8]) hervorgeht. Allerdings ist dies allgemein zu beobachten, siehe *Altwickler*, Transnationalizing Rights: International Human Rights Law in Cross-Border Contexts, EJIL 2018, 581; *Callies*, Transnationales Recht: Stand und Perspektiven, 2014.

⁶⁹ *Vereinte Nationen*, International Covenant on Civil and Political Rights [1966] 999 UNTS 171.

⁷⁰ *Organisation Amerikanischer Staaten*, American Convention on Human Rights [1978] (B-32).

⁷¹ UNHRC, General Comment No. 36 on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life CCPR/C/GC/36, 30.10.2018, Rn. 66.

⁷² UNHRC, *Communication Nr 3043/2017, A.S. u. a. v. Malta* [2021] CCPR/C/128/D/3043/2017; *Communication Nr 3042/2017, A.S. u. a. v. Italien* [2021] CCPR/C/130/D/3042/2017.

⁷³ IAGMR, *Advisory Opinion Requested by the Republic of Colombia* [2017] IAGMR OC-23/17, Rn. 104h.

⁷⁴ *Ebd.*, Rn. 79-81 in den Fußnoten.

„funktionellen Ansatzes“ (*functional approach*)⁷⁵ folgt auch die *Afrikanische Kommission der Menschenrechte und der Rechte der Völker (ACHPR)*.⁷⁶ Die Entwicklungen stehen im Einklang mit den seit langem geäußerten Empfehlungen des *UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (CESCR)*⁷⁷ und des *UN-Ausschusses für die Rechte des Kindes (CRC)*.⁷⁸ Auf nationaler Ebene sind etwa die britischen Gerichte gespaltenen Meinung. 2016 hat das letztinstanzlich für geheimdienstliche Fragen zuständige *Investigatory Powers Tribunal* streng an der Territorialität festgehalten.⁷⁹ Andererseits hat sich 2015 der *England and Wales High Court* in *Al-Saadoon*⁸⁰ ebenfalls einem kausal-funktionalen Ansatz genähert; dies wurde zwar grundsätzlich vom *Court of Appeal* bestätigt, aber mangels in diese Richtung weisender *EGMR*-Rechtsprechung nicht für tragfähig gehalten.⁸¹ In Deutschland zeigt das *Bundesverfassungsgericht* im BND-Urteil⁸² schon im ersten Leitsatz unter Bezug auf jüngere Rechtsprechung des *EGMR*, dass das Grundgesetz nicht territorial limitiert ist.⁸³

Eine Erweiterungstendenz ist auch außerhalb der Rechtsprechung zu erkennen. In den 2013 vorgestellten *Maastricht Principles* setzt sich das Konsortium aus Wissenschaftlern und (ehemaligen) Mitgliedern von UN-Menschenrechtsorganisationen für eine umfassende extraterritoriale Verpflichtung unabhängig von Hoheitsgewalt ein; diese solle aus den

⁷⁵ Sondervotum *Bonello, Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 11-17; *Janig*, Extraterritorial Application of Human Rights, 17.8.2021, in: Binder u. a., *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, 2022, Rn. 36 ff; *Moreno-Lax*, The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, *SS and Others v Italy*, and the „Operational Model“, *German L J.* 2020, 385 (401).

⁷⁶ *ACHPR*, General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4), 2015, Rn. 18.

⁷⁷ Zuletzt *CESCR*, General Comment No. 24 (2017) on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities E/C.12/GC/24, 10.8.2017, Rn. 28 mit Bezug auf die vorherigen General Comments.

⁷⁸ Zuletzt *CRC*, General Comment No. 16 (2013) on State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights CRC/C/GC/16, 17.4.2013, bei V.C.

⁷⁹ *Human Rights Watch and Others vs. The Secretary of State for the Foreign & Commonwealth Office and Others* [2016] UKIPTrib 15_165-CH, Rn. 55, 61.

⁸⁰ *Al-Saadoon and Others vs. Secretary of State for Defence* [2015] EWHC 715 [95].

⁸¹ *Al-Saadoon and Others vs. Secretary of State for Defence* [2016] EWCA Civ 811 [72].

⁸² BVerfGE 154, 152 (Rn. 97-99).

⁸³ *Müller*, The German Constitutional Court Nixes Foreign Surveillance, *Lawfare v.* 27.5.2020, abrufbar unter: rebrand.ly/bndlaware (zuletzt abgerufen am 24.5.2023); *Çali*, Has „Control over Rights Doctrine“ for Extra-Territorial Jurisdiction Come of Age? Karlsruhe, Too, Has Spoken, Now It's Strasbourg's Turn, *EJIL: Talk!* v. 21.7.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/ejilcontrolrights (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

einschlägigen UN-Abkommen erwachsen.⁸⁴ Die Prinzipien sind nicht bindend, können aber nach dem Rechtsgedanken des Art. 38 Abs. 1 lit. d des IGH-Statuts⁸⁵ als Ansichten der fähigsten Rechtsgelehrten hilfsweise zur Rechtsfindung herangezogen werden.⁸⁶ Damit in Einklang stehen auch vielstimmige (nicht unumstrittene⁸⁷) Forderungen aus der Wissenschaft.⁸⁸

Die Entscheidungen des EGMR sind häufig von politischen Tendenzen beeinflusst. Wäre dies nicht der Fall, hätte er in *M. N. u.a. v. Belgien* aufgrund der Überschneidung der Richterbesetzung in den *Kammern* den deutlich weiteren Ansatz der *special features* zumindest erwähnt. Stattdessen hat er alternativlos nach effektiver Kontrolle gefragt, um eine Hoheitsgewalt in Migrationsfragen gering zu halten.⁸⁹ Auch der Erweiterungstendenz gegenüber ist der EGMR nicht blind, sondern darauf bedacht, international abgestimmt zu sein.⁹⁰ Zwar ist sich die Jurisprudenz hinsichtlich dieser Entwicklung nicht einig, es zeichnet sich indes eine Neigung ab. Damit lässt sich dieser neue Ansatz mangels dogmatisch überzeugender Begründung am besten aus international-rechtspolitischer Perspektive erklären.

⁸⁴ *ETO Consortium*, Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, 2013, S. 4, 6, 9.

⁸⁵ *Vereinte Nationen*, Charter of the United Nations, ICJ Statute [1945] 1 UNTS 21.

⁸⁶ *Bleier*, Die extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK; Zugleich ein Beitrag zur menschenrechtlichen Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für das transnationale Verhalten im Inland belegener Unternehmen, 2019, S. 67.

⁸⁷ Siehe etwa *Evans*, Keeping It in Bounds: Why the U.K. Court of Appeal Was Correct in Its Cabining of the Exceptional Nature of Extraterritorial Jurisdiction in Al-Saadoon, Harvard Int'l L J. Online 2017, 38; in diese Richtung auch *Ryngaert*, Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Right Merkourios Utrecht J. Int'l Eur. L 2012, 57. Insbesondere ist dies auch virulent im Hinblick auf eine universelle Anwendung der Menschenrechte (*infra C. III. 1*).

⁸⁸ *Kanalan*, Extraterritorial State Obligations beyond the Concept of Jurisdiction, German L J. 2018, 43 (53); *Milanovic*, Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court, in: van Aaken/Motoc, The European Convention on Human Rights and General International Law, 2018, S. 97, 111; *Karska/Karski*, Extraterritorial Scope of Human Rights, Int'l Comm. L Rev. 2015, 395 (396); *Hathaway et al.*, Human Rights Abroad: When Do Human Rights Treaty Obligations Apply Extraterritorially?, Arizona St. L J. 2011, 389 (420).

⁸⁹ *Stoyanova*, M.N. and Others v Belgium: No ECHR Protection from Refoulement by Issuing Visas, EJIL: Talk! v. 12.5.2020, abrufbar unter: rebrand.ly/MNejil (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

⁹⁰ *Šilih* (Fn. 38), Rn. 160; In den Worten des Richters *Pinto de Albuquerque* in seinem Sondervotum in *Georgien v. Russland (II)* (Fn. 55), Rn. 2 „pushing the Court to an extremely isolated position worldwide and thus discrediting its role as a human rights guarantor in Europe“.

C. Reichweite des Urteils

Auf dieser Basis untersucht der Beitrag, welche unmittelbaren Implikationen die Erweiterung der *special features* in der EGMR-Entscheidung in *Hanan* mit sich bringt.

Einerseits könnte der Anwendungsbereich der *special features* auf andere EMRK-Rechte ausgedehnt werden (I.). Andererseits könnten sie der Bestimmung eines einheitlichen Ermittlungsstandards innerhalb des *espace juridique* Vorschub leisten (II.). Zuletzt kommt in Betracht, dass sie mit dem Inhalt der Ermittlungspflicht wechselwirken und diesen so hinsichtlich jedes Einzelfalls flexibilisieren (III.).

I. Zukünftige Ausdehnung auf materielle Schutzpflichten oder andere Rechte?

Eine Ausdehnung des *special features*-Ansatzes könnte in zwei Richtungen erfolgen: Einerseits auf die materiellen Pflichten aus Art. 2 EMRK und anderer EMRK-Rechte, andererseits auf die prozessualen Pflichten aus der EMRK abseits von Art. 2 EMRK.

Indes soll der neue Ansatz keine allgemeingültige Formel zur Bestimmung der extraterritorialen Anwendbarkeit sein, sondern lediglich für die Hoheitsgewalt über die Ermittlungspflicht gelten und sie von der Bestimmung der Hoheitsgewalt hinsichtlich des Ausgangsumstandes abkoppeln. Zwar hat der Gerichtshof in *Hanan* nicht beantwortet, wie Hoheitsgewalt über den Ausgangsumstand begründet werden kann, insoweit also die Tür für eine zukünftige Ausdehnung offengelassen – allerdings hat er in den jüngsten Entscheidungen hinsichtlich der materiellen Pflichten am Prinzip der effektiven Kontrolle festgehalten; in *Ukraine und Niederlande v. Russland* hat er in Rn. 573 die Anwendbarkeit der *special features* nur hinsichtlich der prozessualen Seite erneut bekräftigt. Somit ist eine explizite Ausdehnung auf die materielle Seite des Art. 2 EMRK unwahrscheinlich. Dies gilt auch für andere materielle EMRK-Rechte; diese Lesart wird durch *Ukraine und Niederlande v. Russland* unterstützt.⁹¹ Zwar lassen sich alle EMRK-Rechte dem jeweiligen Einzelfall entsprechend aufteilen und anpassen (*divided and tailored*),⁹² wodurch eine Aufspaltung in extraterritorial durch *special features* einerseits und nur bei effektiver Kontrolle andererseits

⁹¹ *Ukraine und Niederlande v. Russland* (Fn. 60), Rn. 547 ff.

⁹² Anders noch *Banković* (Fn. 11), Rn. 75, dies jedoch explizit verwerfend *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 137.

geschützte Bereiche möglich wäre.⁹³ Wenn dies jedoch schon bei Art. 2 EMRK nicht zu erwarten ist, dann erst recht bei anderen Rechten.

Darüber hinaus führt das weite Verständnis der prozessualen Hoheitsgewalt auch nicht mittelbar, also implizit, zu einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf die materielle Pflicht aus Art. 2 EMRK durch eine inzidente Überprüfung des Ausgangsumstandes – und damit einer verdeckten Umgehung des Prinzips der effektiven Kontrolle. Dass nur die Ermittlungen über den Ausgangsumstand und nicht der Ausgangsumstand selbst anhand der EMRK überprüft werden, macht einen deutlichen Unterschied in der Kontrolldichte des EGMR: Durch das 15. Zusatzprotokoll⁹⁴ wurde der *margin of appreciation* explizit in der Präambel der EMRK verankert, also der bestehende Beurteilungsspielraum der nationalen Behörden betont – dadurch bleibt den mitgliedstaatlichen Behörden erheblicher Raum für Wertungen, die vor dem EGMR nicht überprüfbar sind. Zudem garantiert die Ermittlungspflicht kein spezifisches Ergebnis.⁹⁵

Angesichts der natürlichen Verwandtschaft prozessualer EMRK-Rechte überträgt der EGMR häufig wechselseitig neue Entwicklungen innerhalb dieser.⁹⁶ Deshalb ist in dieser Hinsicht eine Ausweitung nicht ausgeschlossen, beispielsweise auf die prozessuale Seite von Art. 3 EMRK.

II. (Nur) der Weg zu einem einheitlichen Ermittlungsstandard?

In allen bisherigen Urteilen wurde auf Grundlage der *special features* nur Hoheitsgewalt begründet, wenn unabhängig von der EMRK schon entweder nach nationalem oder nach humanitärem Völkerrecht eine Ermittlungs- oder Kooperationspflicht bestand.⁹⁷ Dies könnte neben dem politischen Anpassungswillen Ausdruck davon sein, dass der EGMR *de facto* keine neuen Pflichten begründen, sondern nur einen einheitlichen Mindeststandard innerhalb aller Vertragsstaaten konsolidieren möchte.⁹⁸ Dies bedeutete eine Harmonisierung und Überprüfbarkeit aller Ermittlungen innerhalb des Konventionsgebietes. Dadurch wären einheitliche Strafverfolgungsmaßnahmen

⁹³ *Mallory*, A Second Coming of Extraterritorial Jurisdiction at the European Court of Human Rights?, *Questions Int'l L.* 2021, 45 f.

⁹⁴ *Europarat*, Protocol No. 15 Amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [2013] CETS 213.

⁹⁵ EGMR, *Mustafa Tunç und Fecire Tunç v. Türkei*, Urt. v. 14.4.2015, Rs. 24014/05, Rn. 173 und auch in *Hanan* (Fn. 2), Rn. 202, 210 erneut betont.

⁹⁶ *Razvozhayev* (Fn. 44), Rn. 157.

⁹⁷ Siehe dazu oben **B. II.**

⁹⁸ *Davis/Klinkner*, Investigating across Borders: The Right to the Truth in an European Context, *Int'l J. Hum. R.* 2022, 683 (692).

gewährleistet, was die Zusammenarbeit innerhalb des Europarates verbessern und das Vertrauen in die zuständigen Behörden der anderen Vertragsstaaten erhöhen könnte. Für ein solches Verständnis spräche auch, dass der Erlass der EMRK in der Mitte des 20. Jahrhunderts als Schritt zur Harmonisierung und Homogenisierung des nationalen Menschenrechtsschutzes gesehen wird,⁹⁹ zur international überwachten Gewährleistung des *right to have rights*.¹⁰⁰ Schon die Präambel der Konvention betont mit der „kollektive[n] Garantie bestimmter [...] Rechte“ aufgrund eines „gemeinsame[n] Verständnis[ses] und eine[r] gemeinsame[n] Achtung der [...] Menschenrechte“ eine solche Lesart als multilateraler Mindeststandard. Allerdings kann aufgrund der wenigen zwischenzeitlich entschiedenen Fälle noch keine sichere Aussage getroffen werden.

III. Die Flexibilisierung der Ermittlungspflicht und die Beurteilung in *Hanan*

Auch bei einem harmonisierten Mindeststandard dürfen die Staaten jedoch nur in den Grenzen des Leistbaren verpflichtet sein.¹⁰¹ Deshalb hat die Erweiterung des Anwendungsbereiches je nach konkreter Situation Einfluss auf die Tiefe der geforderten Ermittlungen.¹⁰² Dies bekräftigt der EGMR in Rn. 200 in *Hanan* mit Referenz zu *Al-Skeini* und *Jaloud* („Reiterating that the procedural duty must be applied realistically“). Besteht in der konkreten Situation weniger Kontrolle, so ist es insbesondere im Fall bewaffneter Konflikte schwierig bis unmöglich, hohen Standards zu entsprechen.¹⁰³ Die Anpassung des Standards an die spezifische Situation muss Staaten also bei der Anwendbarkeit in Gebieten, wo ihre praktischen Möglichkeiten eingeschränkt sind, erheblichen Freiraum einräumen. Je weniger effektive Kontrolle der Staat im relevanten Gebiet hat, desto niedriger muss der geforderte Standard sein.

Dies spiegelt sich in *Hanan* wider, wo der Ermittlungsstandard im Verhältnis zu früheren Urteilen stark gesenkt wurde. Die angegriffene Verfahrenseinstellung

⁹⁹ Friedrich, Die extraterritoriale Geltung von Grund- und Menschenrechten; Ein Rechtsprechungsvergleich, 2020, S. 36 f.; Besson, Human Rights and Democracy in a Global Context: Decoupling and Recoupling, Ethics & Global Politics 2011, 19 (29 f.).

¹⁰⁰ Arendt, The Origins of Totalitarianism (New Edition With Added Prefaces), 1973, S. 298 f.; so auch Besson (Fn. 25), S. 863 f.

¹⁰¹ *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 164 m. w. N.

¹⁰² Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2020, Rn. 309; Meyer-Ladewig/Huber, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, 4. Aufl. 2017, Art. 2 Rn. 22.

¹⁰³ *Jaloud* (Fn. 5), Rn. 226. Wallace, The Application of the European Convention on Human Rights to Military Operations, 2019, S. 13.

durch den Generalbundesanwalt basiert auf dem fehlenden subjektiven Element des Täters (Vorsatz/Fahrlässigkeit), welches für eine Strafbarkeit erforderlich ist. Dafür ist der Kenntnisstand des Oberst *Klein* im Zeitpunkt des Befehls zum Bombenabwurf maßgeblich. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Einstellung sei Folge eines fehlerhaften Verfahrens. Hierbei wären die Anforderungen des Art. 2 EMRK nicht beachtet worden, denn die Ermittlungspersonen müssten unabhängig sein.¹⁰⁴ Wie in *Al-Skeini* bestand eine hierarchische Beziehung der ermittelnden deutschen Soldaten zu Oberst *Klein*, zudem war dieser in die Ermittlungen eingebunden. Dies hatte in *Al-Skeini* noch zu einer Verletzung geführt. Zudem muss eine Ermittlung unverzüglich und umfänglich geschehen.¹⁰⁵ In *Hanan* wurde die Abwurfstelle erst elf Stunden nach dem Luftschlag durch von Oberst *Klein* abhängige Soldaten untersucht. Die hierarchisch unabhängigen Feldjäger aus Mazār-i Šarīf trafen sogar erst danach ein ohne die Abwurfstelle selbst begangen zu haben. Die Staatsanwaltschaft hat ein offizielles Verfahren erst sechs Monate nach dem Luftschlag eingeleitet und weder Augenzeugen noch die Piloten vernommen. In *Al-Skeini* und *Jaloud* wurde die Komplexität des Falles abstrakt anerkannt, die dortigen, vergleichbaren Fehler aber als vermeidbar angesehen („cannot be found [to be] inevitable“)¹⁰⁶. Trotz vergleichbaren Sachverhalts kann sich dem EGMR zufolge in *Hanan* weder die fehlende Unabhängigkeit der ermittelnden Soldaten noch die fehlende Vernehmung von Zeugen oder verspätete Verfahrenseinleitung der Staatsanwaltschaft auf die Beweismittel, die *Kleins* Kenntnisstand und subjektives Element betreffen, auswirken. Diese Fehler seien zwar „bedauerlich“ („regrettable“, Rn. 229), sollen aber keine Verletzung herbeigeführt haben. Damit räumt der EGMR Deutschland einen erheblichen Freiraum ein und flexibilisiert den Mindeststandard.

IV. Zwischenfazit

Der EGMR normalisiert in *Hanan* durch die Verwendung der *special features* die Anwendbarkeit der Konvention auf die Ermittlungspflicht außerhalb des *espace juridique*. Die weitere Entwicklung ist jedoch noch nicht abschließend abzusehen. Das Urteil könnte einerseits zu einer Ausweitung der *special features* auf andere Rechte führen; allerdings nur auf deren prozessuale Seite. Andererseits könnte es ein großer Schritt in Richtung eines europaweiten Mindeststandards ohnehin bestehender Ermittlungspflichten sein. Hinsichtlich des Inhalts der

¹⁰⁴ *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 171, 173.

¹⁰⁵ *Hanan* (Fn. 2), Rn. 198-210.

¹⁰⁶ *Jaloud* (Fn. 5), Rn. 227.

Ermittlungspflicht folgt aus der Erweiterung klar eine Flexibilisierung des Ermittlungsstandards, welche in *Hanan* konsequent umgesetzt wird.

D. Bewertung des Urteils – Dogmatik versus politische Pragmatik

Im Lichte der herausgearbeiteten Erklärung und Reichweite des Urteils ist zuerst die Entscheidung über die Begründetheit der Beschwerde zu bewerten (I.). Hinsichtlich der *special features* ist positiv, dass zu *Güzelyurtlu* differenziert wird (II.). Die Aufspaltung des Art. 2 EMRK könnte zu einer Ausuferung der Anwendbarkeit führen, die gegen das Regel-Ausnahme-Prinzip verstößt, was die *special features* mangels hinreichender Bestimmtheit und ausreichender Bindung an die Hoheitsgewalt über das materielle Element nicht auffangen können (III.). Daneben könnte diese Ausuferung als Erweiterung der prozessualen Pflicht als Rechtsfortbildung außerhalb der Kompetenzgrenzen des EGMR liegen (IV.).

I. Der Ermittlungsstandard in *Hanan* – im Niveau (zu) flexibel?

Dem EGMR zufolge war die Beschwerde unbegründet. Angesichts der vielen Fehler im Verfahren könnte er den Standard damit in *Hanan* zu weit flexibilisiert haben. Indes hat der Gerichtshof das Vorbringen der Parteien in umfassender Tiefe gewürdigt und ist auf dieser Grundlage zum korrekten Ergebnis gekommen. Die relevanten Vorbringungen des Beschwerdeführers konzentrieren sich vor allem auf Ermittlungsfehler in Afghanistan selbst und hätten in *Al-Skeini* und *Jaloud* aufgrund des dort höheren Standards noch eine Verletzung begründet. Allerdings hatte Deutschland aufgrund fehlender Hoheit über das Gebiet des Abwurfortes, anders als die Staaten in *Al-Skeini* und *Jaloud*, keine effektive Kontrolle über den Ausgangsumstand – wie auch an dem unmittelbaren Beschluss bei Begehung des Abwurfortes zu erkennen ist. Deshalb muss der Standard entsprechend niedrig sein und die Abweisung der Beschwerde ist konsequente Folge der realistischen Anwendung der Ermittlungspflicht. Dies ist innerhalb international koordinierter Militäreinsätze wichtig, um andere Vertragsstaaten nicht von solchen Einsätzen abzuschrecken und die internationale Kooperation nicht zu beeinträchtigen. Der EGMR hat den Standard im konkreten Fall also nicht zu weit flexibilisiert, sondern sich konsequent an das von ihm gesetzte Prinzip gehalten.

II. Das Abstellen auf *Güzelyurtlu* – von vornherein verfehlt?

Der EGMR beruft sich auf den bereits in *Güzelyurtlu* gewählten Ansatz, lässt aber anders als dort die Einleitung von Ermittlungen nicht ausreichen; wie schon in einem anderen Fall eines bewaffneten Konflikts, *Georgien v. Russland (II)*. *Güzelyurtlu* verweist diesbezüglich auf *Markovic*, wo die Verfahrenseinleitung für

die Anwendung des Art. 6 EMRK ausreicht, dem Recht auf ein faires Verfahren.¹⁰⁷ Grund hierfür sei, dass Art. 6 und Art. 2 EMRK beide auf die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit abzielen.¹⁰⁸ Die Rechte aus Art. 6 EMRK stehen jedoch in konkretem Zusammenhang mit einem (nachträglich)¹⁰⁹ anhängigen Gerichtsverfahren. Dagegen geht es bei Art. 2 EMRK um eine allgemeinere, vorgelagerte Pflicht – allein die Ermittlung muss nicht zum Gerichtsverfahren führen: 28,5 % aller deutschen Ermittlungsverfahren werden mangels Tatverdachts eingestellt.¹¹⁰ Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ist deshalb nicht mit der Einleitung eines Gerichtsverfahrens vergleichbar. Dieser Unterschied ist innerhalb des *espace juridique* zur Vermeidung eines Rechtsvakuum – wie in *Güzelyurtlu* – noch vernachlässigbar. In *Hanan*, außerhalb des *espace juridique* in einem UN-mandatierten Militäreinsatz ist dies jedoch nicht mehr der Fall, da die Anwendbarkeit der Konvention durch Ermittlungseinleitung weitreichende Folgen für die Kooperation zwischen teilnehmenden Staaten und der UN hat. Dies könnte die Vertragsstaaten davon abhalten, Ermittlungen einzuleiten.¹¹¹ Der Gerichtshof hat deshalb folgerichtig zu *Güzelyurtlu* differenziert bei der Anwendung der *special features*.

Die Heranziehung der *special features* außerhalb des *espace juridique* könnte aber aufgrund der fehlenden Vergleichbarkeit der Sachverhalte per se unvertretbar sein – auch weil sie bisher nur innerhalb des *espace juridique* zur Vermeidung eines Rechtsvakuum angewendet wurden.¹¹² Im Lichte der politischen Entwicklung¹¹³

¹⁰⁷ *Güzelyurtlu* (Fn. 38), Rn. 187, 188.

¹⁰⁸ Siehe für Art. 6 EMRK *Marković* (Fn. 33), Rn. 92; EGMR, *Golder v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 21.2.1975, Rs. 4451/70, Rn. 34; für Art. 2 EMRK *McCaughy u. a. v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 16.7.2013, Rs. 43098/09, Rn. 130.

¹⁰⁹ EGMR, *Heaney und McGuinness v. Irland*, Urt. v. 21.12.2000, Rs. 34720/97, Rn. 42.

¹¹⁰ Stand 2019, *Statistisches Bundesamt*, Pressemitteilung Nr. 321; 4,9 Millionen Staatsanwaltliche Ermittlungen 2019, 21.8.2020, abrufbar unter: rebrand.ly/statissta (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

¹¹¹ *Hanan* (Fn. 2), Rn. 135, sog. „*chilling effect*“.

¹¹² Im Allgemeinen auch als „überraschend“ rezipiert, *van Baelen*, What Is Fair in Law & War? Discussing States' Conduct and Compliance with Human Rights Standards During Military Operations Abroad in *Hanan v. Germany*, Strasbourg Observers v. 9.4.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/sohanan (zuletzt abgerufen am 24.5.2023), S. 4; auch nicht unterstützt von *Steiger*, (Not) Investigating Kunduz and (Not) Judging in Strasbourg? Extraterritoriality, Attribution and the Duty to Investigate, EJIL: Talk! v. 25.2.2020, abrufbar unter: rebrand.ly/ejilnotinvest (zuletzt abgerufen am 24.5.2023), S. 2, der selbst am HCCHR für den Beschwerdeführer tätig war; *Doğanç*, Investigative Duties in an Extraterritorial Airstrike, EHRLR 2021, 321 (323).

¹¹³ Siehe dazu oben **B. III. 2. b).**

und der zur Einordnung neuartiger Fälle notwendigen Flexibilität ist die Übertragung des *special features*-Ansatzes jedoch nicht schlechthin abzulehnen.

III. Die Spaltung des Art. 2 EMRK – *stretched beyond breaking point*?

Wie die Richter *Grozev, Ranžoni* und *Eicke* in Rn. 12 ihres Sondervotums erinnern, birgt die vom Mehrheitsvotum implizierte Abspaltung der Ermittlungspflicht von der Hoheitsgewalt hinsichtlich der Ausgangshandlung erhebliche Probleme. Wie dargestellt, ist die prozessuale Pflicht inzwischen von der materiellen Pflicht weitgehend unabhängig, was in der komplett getrennten Bestimmung der Hoheitsgewalt in *Hanan* kulminierte – diese komplette Trennung ist jedoch dogmatisch nicht vertretbar.

1. Trennbarkeit der materiellen von der prozessualen Hoheitsgewalt

Den Staat trifft hinsichtlich der Ausgangshandlung nur eine materielle Schutzpflicht für das Leben, wenn er Hoheitsgewalt hat, also die Rechte und Freiheiten der EMRK faktisch durchsetzen kann.¹¹⁴ Wenn ihm dies im Ausgangspunkt gegenüber den Betroffenen mangels effektiver Kontrolle nicht möglich ist, dann ist er in der Hinsicht auch nicht an die EMRK gebunden. Deshalb erschließt sich *prima facie* nicht, warum eine Ermittlungspflicht zur Feststellung der Rechtmäßigkeit von Handlungen bestehen soll, deren Rechtmäßigkeit sich mangels Hoheitsgewalt nicht nach der EMRK richtet.¹¹⁵ Dies spricht gegen eine solche absolute Spaltung der prozessualen und materiellen Pflicht. Davon abweichend kann jedoch eine Ermittlung zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit notwendig sein, wenn diese durch keinen anderen Staat durchgeführt werden kann, wie in *Hanan* aufgrund der Immunitätsregelung im ISAF-Truppenstatut. Dann wäre die Entbindung von der Pflicht zur Aufarbeitung willkürlich. Deshalb ist es richtig, eine Abspaltung und unabhängige Anwendbarkeit durch *special features* im Einzelfall zu ermöglichen.

Eine generelle, nicht für den Einzelfall begründungspflichtige Abspaltung könnte allerdings als praktische Konsequenz zu unbegrenzten Ermittlungspflichten führen. Würden solche Verpflichtungen gegenüber einem Staat begründet, der in keinerlei Kontrollverhältnis oder sonstigem Bezug zum Ausgangsumstand steht, dürften mangels Erfüllbarkeit faktisch keine Anforderungen an diesen gestellt

¹¹⁴ EGMR, *Loizidou v. Türkei (preliminary objections)*, Urt. v. 23.3.1995, Rs. 40/1993/435/514, Rn. 62.

¹¹⁵ Sondervotum *Grozev, Ranžoni* und *Eicke, Hanan* (Fn. 2), Rn. 15; siehe dazu oben **A**.

werden.¹¹⁶ Dies degradiert die Ermittlungspflicht zur leeren Hülle und verwässert den Ermittlungsstandard. Das scharfe Schwert des Art. 2 EMRK würde zusehends abstumpfen und der EGMR erheblich an Autorität einbüßen. Gerade während interner Loyalitätsprobleme und Spaltungen innerhalb des Europarates,¹¹⁷ die die Befolgung der Urteile als nicht sicher erscheinen lassen,¹¹⁸ wäre eine so unberechenbare Anwendbarkeit deshalb genau das falsche Signal und könnte zur nachhaltigen Störung der Integrität des Gerichtshofes führen. Deshalb muss für die realistische Anwendung der Ermittlungspflicht ein gewisser Bezug zum materiellen Ausgangsumstand gewahrt werden, der sich schon auf die Anwendbarkeit der Konvention auswirken sollte – diese Risiken hat der EGMR allerdings auch in der aktuellen Entscheidung *Ukraine und Niederlande v. Russland* nicht gesehen, sondern die Spaltung eindeutig bekräftigt: „[T]he procedural obligation [...] under Article 2 has evolved into a separate and autonomous obligation that [is] detachable.“¹¹⁹

2. Inwieweit können die *special features* diese Spaltung tragen?

Die erforderliche Begründung für eine ausnahmsweise extraterritoriale Anwendung und den Bezug zum materiellen Ausgangsumstand könnten die *special features* aber aufgrund ihrer offenen Formulierung liefern. Die jeweils erforderliche Bezugsstärke der beiden Elemente hängt vom Einzelfall ab; hierbei können Parallelen zur extratemporalen Anwendung gezogen werden. Dabei geht es genau wie bei der extraterritorialen Anwendung um das Verhältnis eines entfernteren Ausgangsumstandes zur Ermittlungspflicht. Dort wird ein Bezug durch eine *genuine connection* (echte Verbindung) zwischen der auslösenden

¹¹⁶ Dies schon befürchtend Sondervotum *Bonello, Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 5; siehe dazu oben **C. III**.

¹¹⁷ Vor allem in Bezug auf Armenien, Ukraine und das inzwischen ausgetretene Russland. Siehe *Moniquet/Etienne/Racimora*, The Armenian Connection: How a Secret Caucus of MPs and NGOs, since 2012, Created a Network within the Parliamentary Assembly of the Council of Europe to Hide Violations of International Law, European Strategic Intelligence and Security Center v. 6.3.2017, abrufbar unter: rebrand.ly/esispace (zuletzt abgerufen am 24.5.2023); *Abramovich*, Макрон, Сенцов і Демарш Києва: Як Пройшла Сесія ПАРЕ Без Участі України (Macron, Sentsov and Kyiv Demarche: How the PACE Session Was Held Without Ukraine's Participation), Європейську правду (European Truth) v. 4.10.2019, abrufbar unter: rebrand.ly/european-truth (zuletzt abgerufen am 24.5.2023); *Glas*, They Did It Again: Russia's Continued Presence in the PACE, Strasbourg Observers v. 23.2.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/russiapace (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

¹¹⁸ *Milanovic*, European Court Finds Russia Assassinated Alexander Litvinenko, EJIL: Talk! v. 23.9.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/ejilcarter (zuletzt abgerufen am 24.5.2023): „compliance with the judgment is hardly a given“.

¹¹⁹ *Ukraine und Niederlande v. Russland* (Fn. 60), Rn. 573.

Handlung und der Begründung der temporalen Hoheitsgewalt hergestellt.¹²⁰ Um eine Ausuferung zu vermeiden, wurden abstrakte zeitliche Richtwerte gegeben, aber eine Ausnahme beim Verstoß gegen *convention values*, also einer schwerwiegenden Verletzung der EMRK-Grundsätze, zugelassen.¹²¹ Angelehnt daran könnten also die *special features* einen vergleichbaren Bezug zwischen materieller und prozessualer Pflicht herstellen, um in Ausnahmefällen eine rein prozessuale Hoheitsgewalt zu etablieren. Schwerwiegende, evident die *convention values* verletzende Ausgangsumstände sind leichter zu ermitteln und erfordern deshalb nur einen entfernteren Bezug des Staates zum Ausgangsumstand als kleinere, schwieriger erforschbare Sachverhalte. Die *special features* müssen im konkreten Fall die Anwendbarkeit sicher vorhersagen können (Vorhersehbarkeit) (a). Zudem müssen sie dem Regel-Ausnahme-Verhältnis Rechnung tragen, welches durch einen hinreichenden Bezug zwischen prozessualer Ermittlungspflicht und Ausgangsumstand geschaffen wird (b).

a) „I know it when I see it“ – sind die special features rechtsicher und verlässlich?

Als Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit muss sich die Verpflichtung *ex ante* aus dem geltenden Recht bestimmen lassen (Rechtssicherheit). Dafür muss das Recht vorhersehbar und unbestimmte Rechtsbegriffe müssen auslegbar sein.

Die Dogmatik des *EGMR* ist durch die fortschreitende Ausdifferenzierung abstrakter, unbestimmter Rechtsbegriffe gekennzeichnet, um Rechtssicherheit herzustellen. Die *special features* wurden anders als die *genuine connection*¹²² und die effektive Kontrolle¹²³ nicht abstrakt ausdifferenziert, bieten also keine durch Auslegung bestimmbaren Rechtsbegriffe. Das ursprüngliche Risiko, mangels dogmatischer Schranken zu einem unvorhersehbaren Flickenteppich an Einzelfallentscheidungen zu werden,¹²⁴ hat sich jedoch durch Zeitablauf erledigt. Die *special features* sind inzwischen durch die bisherigen Urteile hinreichend ausgeformt und in wiederkehrende Kriterien gegossen.¹²⁵ Diese bestehen in allen Fällen, wenn der Verdächtige unter der Hoheitsgewalt des verpflichteten Staates steht: In *Güzelyurtlu* befanden die Verdächtigen sich in türkischer Gebietskontrolle innerhalb der Türkischen Republik Nordzypem, in *Georgien v.*

¹²⁰ *Šilih* (Fn. 38), Rn. 161: „the Court’s temporal jurisdiction [...] is not open-ended“.

¹²¹ *Janowiec* (Fn. 65), Rn. 140-151.

¹²² Ursprünglich aus *EGMR, Blečić v. Kroatien*, Urt. v. 8.3.2006, Rs. 59532/00.

¹²³ Ursprünglich aus *Loizidou* (Fn. 114), Rn. 62.

¹²⁴ In diese Richtung auch *Mallory* (Fn. 88), S. 46 und *Demetriades* (Fn. 26), S. 161 f.

¹²⁵ In diese Richtung *Eatwell*, Adjudicating Armed Conflicts: Georgia v Russia (II), Jurisdiction and the Right to Life in „contexts of Chaos“, EHRLR 2021, 294 (307). Ähnlich im deutschen Staats- und Verwaltungsrecht das Prinzip der „öffentlichen Ordnung“; siehe BVerfGE 69, 315 (352) (Brokdorf-Beschluss).

Russland (II) erlangte Russland anschließend an die Ereignisse Gebietskontrolle, in *Romeo Castaño*, *Carter* und *Makuchyan* befand sich der Gesuchte bzw. Verurteilte jeweils im verpflichteten Staat, in *Hanan* war Oberst *Klein* als Soldat deutsches staatliches Organ. Zusätzlich musste bereits eine Pflicht zum Tätigwerden bestehen, entweder zur Kooperation unter EUHb¹²⁶, ÜberstÜbk¹²⁷ oder durch Ermittlungspflichten wie in *Hanan*. Zuletzt darf der Staat, in dem der Ausgangsumstand geschah, nicht mehr auf den Verdächtigen einwirken können; sei es mangels Gebietskontrolle (wie in *Güzelyurtlu* und *Georgien v. Russland [II]*), verfassungsmäßigem Schutz (wie in *Carter*), der Pflicht, die Entscheidung des anderen Staates innerhalb des multilateralen Vertrags zu akzeptieren (wie durch den EUHb in *Romeo Castaño*, und das ÜberstÜbk in *Makuchyan*) oder der Immunitätsregeln im Truppenstatut (*Hanan*). In *Hanan* wurden diese Kriterien zugrunde gelegt und folgerichtig vorhersehbar entschieden. Deshalb war der *special features*-Ansatz rechtssicher genug, um eine prozessuale Hoheitsgewalt zu bestimmen, die sich nicht ausschließlich nach der effektiven Kontrolle richtet.

b) *Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses* – general features?

Die *special features* müssten das in extraterritorialen Fällen bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis beachten, um es nicht in das Gegenteil zu verkehren und eine universelle Anwendung¹²⁸ ohne Mindeststandard herbeizuführen. Sie müssen also einen hinreichenden Bezug zwischen Ermittlungspflicht und Ausgangsumstand schaffen können. Innerhalb des *espace juridique* muss das Bindeglied weniger stark sein als außerhalb, weil es hier nur um die Vermeidung eines Vakuums und die Konsolidierung und Homogenisierung innerhalb des *espace juridique* geht; einer der beteiligten Vertragsstaaten muss ohnehin ermitteln. Allerdings bestanden auch in *Hanan* bereits Ermittlungspflichten. Deshalb könnte das Regel-Ausnahme-Verhältnis hier nicht greifen, da die Pflichtenstellung Deutschlands *de facto* nicht ausgeweitet wurde.¹²⁹ Diese Pflichten gründen sich jedoch auf das humanitäre Völkerrecht und das zur Anpassung an das Römische Statut eingeführte VStGB, haben also eine andere Zielrichtung als die EMRK und komplett verschiedene Maßstäbe – sie sind

¹²⁶ Europäische Union, Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten [2002] OJ L190/1.

¹²⁷ *Europarat*, Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen [1983] ETS 112.

¹²⁸ Siehe als Ausgangspunkt *Renteln*, International Human Rights: Universalism Versus Relativism, 1990, S. 12, 23, 62, 138.

¹²⁹ So *Meloni*, Kunduz Airstrike Before European Court of Human Rights: Future of Jurisdiction and Duty to Investigate, Just Security v. 26.2.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/jskunduz (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

explizit auf bewaffnete Konfliktsituationen zugeschnitten und damit nicht umsonst *leges speciales*.¹³⁰ Daher haben sie keinen Einfluss auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis und sind hier nicht zu berücksichtigen.

Die bisher – inklusive in *Hanan* – verwendeten *special features* sind allerdings so generell, dass sie keinen besonderen Unterscheidungswert haben. Humanitäres Völkergewohnheitsrecht als erstes *feature* ist universell gültig.¹³¹ Das zweite *feature*, die die afghanischen Ermittlungen verhindernde Truppenimmunität, ist „*common practice*“ innerhalb von UN-Einsätzen; wie der *EGMR* selbst in Rn. 138 feststellt.¹³² Zudem haben 40 der 47 Europaratmitglieder das Römische Statut ratifiziert, für diese gilt das dritte *feature* also auch. Deshalb wird durch sie kein hinreichender Bezug zum Ausgangsumstand begründet, um eine ausnahmsweise Erweiterung außerhalb des *espace juridique* zu begründen und sie können in *Hanan* nicht zur Erhaltung eines Mindeststandards der Ermittlungspflicht führen. Dies kann auch mangels Vergleichbarkeit nicht durch den Willen politischer Annäherung an andere Menschenrechtspakte kompensiert werden: Den nur in Fakultativprotokollen festgelegten Individualbeschwerden bei den UN-Ausschüssen fehlt es an rechtlicher Bindungswirkung.¹³³ Zum *Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte* (IAGMR) ist zwar eine Individualbeschwerde statthaft, allerdings hat er deutlich weniger Autorität. Dies wirkt sich auf die Befolgung seiner Urteile aus: Sie liegt im Schnitt bei weniger als einem Drittel.¹³⁴ Deshalb ist aktuell der *EGMR* das einzige Gericht mit einer wirksamen Individualbeschwerde und die Praxis anderer internationaler Spruchkörper kann keine Abweichung rechtfertigen.

¹³⁰ *IGH*, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion v. 9.7.2004, ICJ-Reports 2004, 136 (106).

¹³¹ *V. Arnault* (Fn. 24), Rn. 254; grundlegend *Henckaerts*, Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict, Int'l Rev. Red Cross 2005, 175.

¹³² Siehe nur Art. 53 aus *Vereinte Nationen*, Agreement between the United Nations and the Republic of South Africa Concerning the Status of the United Nations Transition Assistance Group in Namibia (South West Africa) [1989] 1526 UNTS 3; *Boom*, Impunity of Military Peacekeepers: Will the UN Start Naming and Shaming Troop Contributing Countries?, ASIL Insights 2015, 25.

¹³³ *Vereinte Nationen*, 5. Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights [1966] 999 UNTS 171.

¹³⁴ *Cruz Marín*, Compliance of Judgments of the Inter-American Court of Human Rights, 9.7.2020, S. 36; im Jahr 2012 noch unter 10 % Einhaltung: *González-Salzburg*, Do States Comply with the Compulsory Judgments of the Inter-American Court of Human Rights? An Empirical Study of the Compliance with 330 Measures of Reparation, Revista Instituto Brasileiro Direitos Humanos 2013, 93.

3. Zwischenfazit

Die Abkehr von der strikten Orientierung am materiellen Element ist ein Schritt zur einzelfallgerechten Anwendung der EMRK, der in seiner Radikalität jedoch schwerlich zur Stärkung des Gerichtshofes und des Rechts aus Art. 2 EMRK beiträgt. Um einen gewissen Mindeststandard wahren zu können, muss eine begrenzte Orientierung an der materiellen Schutzpflicht eingehalten werden. Die damit einhergehende Bestimmung der Hoheitsgewalt durch *special features* kann zwar das notwendige Bindeglied herstellen, in *Hanan* entfernen sie sich jedoch zu weit vom materiellen Element. Die endgültige Abspaltung der prozessualen Pflicht außerhalb des *espace juridique* ist deshalb abzulehnen.

IV. Umgehung der Kompetenz-Kompetenz oder: „Die ich rief, die Geister / werd ich nun nicht los“

Die Kompetenzen des EGMR beruhen auf der von den Vertragsstaaten beschlossenen EMRK, der Gerichtshof selbst hat keine eigene Kompetenz-Kompetenz.¹³⁵ Die endgültige Spaltung des Art. 2 EMRK könnte als fundamentaler Neuansatz über die reine Interpretation und Anwendung des Rechts hinausgehen und die eigenen Kompetenzen erheblich erweitern, sog. *mission creep*.¹³⁶ Dadurch könnten die Vertragsstaaten an vom Gerichtshof erfundene, über die in der Konvention festgelegten Pflichten gebunden werden.¹³⁷ Die Staaten sahen eine Abweichung von der Konvention gemäß Art. 15 EMRK außerhalb des *espace juridique* nicht für erforderlich an, da eine Anwendung außerhalb desselben nicht dem ursprünglichen Willen entsprach.¹³⁸ Die Interpretation der EMRK geschieht jedoch nicht im luftleeren Raum – sie ist nicht ohne Grund abstrakt formuliert und muss deshalb als lebendiges Werkzeug (*living instrument*) flexibel verstanden werden.¹³⁹ Diese Auslegung und

¹³⁵ Für den Begriff siehe *Schmitt*, Verfassungslehre, 8. Aufl. 1993, Erstveröffentlichung 1928, S. 386f.

¹³⁶ Gerade ein in Großbritannien hochstrittiges Thema; siehe dafür einerseits *Spielmann*, A View from Strasbourg, Counsel Magazine v. 31.3.2014, abrufbar unter: counsellmagazine.co.uk/articles/view-strasbourg (zuletzt abgerufen am 24.5.2023); andererseits *Lord Judge*, A View from London, Counsel Magazine v. 29.9.2014, abrufbar unter: counsellmagazine.co.uk/articles/view-london (zuletzt abgerufen am 24.5.2023) und *Spanó*, Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity, EHRLR 2014, 487.

¹³⁷ *Lord Sumption*, The Reith Lectures: Law and the Decline of Politics on BBC Radio 4, BBC Radio 4 v. 4.6.2019, abrufbar unter: rebrand.ly/bbcsumption (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

¹³⁸ *Banković* (Fn. 11), Rn. 37, 62.

¹³⁹ EGMR, *Tyrer v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 25.4.1978, Rs. 5856/72, Rn. 31; *Letsas*,

Fortschreibung des Rechts ist gängig im Verfassungsrecht,¹⁴⁰ also kein Werk des EGMR. Danach ist die EMRK im Lichte des aktuellen Verfassungsverständnisses auszulegen, insbesondere da die EMRK ein System zur Wahrung des europäischen *ordre public* darstellt.¹⁴¹ Hinge der Inhalt hauptsächlich vom Staatenwillen ab, könnten die Staaten durch Änderung leicht ihren Pflichtenkatalog anpassen, um Menschenrechte zu umgehen.¹⁴² Ferner findet sich etwa die *effective control* oder die *genuine connection* ebenso wenig im Wortlaut. Deshalb kann nicht von einer Kompetenzerweiterung über die Grenzen der Konvention gesprochen werden.

E. Zusammenfassung der zentralen Beobachtungen und Ausblick

Indem der EGMR Art. 2 EMRK nicht als verletzt ansieht, hat er die von ihm vollzogene absolute Trennung der prozessualen Hoheitsgewalt und deren notwendige Auswirkungen auf die Ermittlungspflicht in *Hanan* konsequent angewendet. Damit erweitert der Gerichtshof jedoch die prozessuale Hoheitsgewalt unbegrenzt und kehrt so das Regel-Ausnahme-Verhältnis der extraterritorialen Anwendbarkeit um. Mangels jeglicher Verbindung zur Ausgangshandlung muss er deshalb den Standard der Ermittlungspflicht unvertretbar absenken, um diese Überdehnung der räumlichen Grenzen der EMRK wieder auszugleichen. Dies ist auch durch die Anpassung an die allgemeine internationale Erweiterungstendenz nicht zu begründen.

Das hintergründige Ziel, die EMRK einzelfallgerechter anwenden zu können, ist erstrebenswert. Die *special features* sind inzwischen rechtssicher durch die Rechtsprechung ausgeformt, wenn sie an der bisherigen Linie festhält. Innerhalb des *espace juridique* sendet das Urteil deshalb ein positives Signal für eine harmonisierte Zusammenarbeit nach einem einheitlichen Mindeststandard der Ermittlungspflicht zwischen den Vertragsstaaten. Wenn der Gerichtshof außerhalb des *espace juridique* in teilweiser Abkehr von *Hanan* wieder einen stärkeren Bezug zum materiellen Element herstellt, dann würde das das Equilibrium zwischen der Ausweitung des Anwendungsbereiches und der

The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy, in: Føllesdal/Peters/Ulfstein, *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, 2013, S. 109.

¹⁴⁰ Ursprünglich als „*living tree doctrine*“, *Privy Council, Edwards vs. Attorney General of Canada* [1930] AC 124; IGH, *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Urte. v. 13.7.2009, ICJ-Reports 2009, 213 (63-70); *Lady Hale*, *Law and Politics: A Reply to Reith*; Dame Frances Patterson Memorial Lecture, 8.10.2019, abrufbar unter: supremecourt.uk/docs/speech-191008.pdf (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

¹⁴¹ EGMR, *Zypern v. Türkei (IV)*, Urte. v. 25.5.2001, Rs. 25781/94, Rn. 78.

¹⁴² *Friedrich* (Fn. 93), S. 139 f.

Wahrung der Konventionsprinzipien erreichen und so auch dort diesen Mindeststandard garantieren. In diesem Fall wäre auch eine Anwendung auf Auslandseinsätze denkbar.

Angesichts der nicht endenden tragischen Todesfälle durch Migration im Mittelmeerraum ist es nur eine Frage der Zeit, bis sich die Beschwerden nicht mehr nur bei den Organen universeller Menschenrechtspakte,¹⁴³ sondern auch beim *EGMR* häufen.¹⁴⁴ Hier könnte die Erweiterung in Zukunft auch zur Annahme von Hoheitsgewalt in Fällen führen, die der *EGMR* bisher eng gehalten¹⁴⁵ oder vermieden¹⁴⁶ hat. Zudem erreichen auch Beschwerden betreffend die Konflikte türkischer Truppen mit der PKK auf syrischem Boden und der russisch-ukrainischen Verwicklungen den *EGMR*.¹⁴⁷ Die zuletzt wieder steigende Anzahl der nicht bearbeiteten Fälle¹⁴⁸ könnte sich dadurch in den kommenden Jahren verstetigen und so die Effektivität des Gerichtshofes einschränken.

Die Bestimmung der prozessualen unabhängig von der materiellen Hoheitsgewalt könnte noch weitreichende Folgen haben, selbst wenn beide Elemente parallel geltend gemacht werden: Es erscheint willkommen, sich nicht mit den komplexen, konflikträchtigen materiellen Fragen auseinandersetzen zu müssen und stattdessen auf die prozessuale Seite zu rekurrieren, die als ein weniger intensiver Mittelweg und Kompromiss erscheinen soll. Diesen Weg geht die Mehrheit in *Georgien v. Russland (II)*, wenn sie die Überprüfung aufgrund der großen Zahl möglicher Opfer und Verletzungen, der Fülle an Beweismaterial und der schwierigen Sachverhaltsermittlung ablehnt.¹⁴⁹ Dies hindert den *EGMR*

¹⁴³ Siehe nur die bisher entschiedenen *Communication Nr 3043/2017, A.S. u.a. v. Malta* (Fn. 72); *Communication Nr 3042/2017, A.S. u.a. v. Italien* (Fn. 72).

¹⁴⁴ Erste Beschwerden eingereicht, *European Council on Refugees and Exiles, Case against Italy before the European Court of Human Rights Will Raise Issue of Cooperation with Libyan Coast Guard*, 18.5.2018, abrufbar unter: rebrand.ly/ecreECHR (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

¹⁴⁵ *EGMR, Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*, Urt. v. 23.2.2012, Rs. 27765/09; hier bestand nur Hoheitsgewalt, weil die Betroffenen kurz an Bord des Schiffes genommen wurden.

¹⁴⁶ *M.N.* (Fn. 33).

¹⁴⁷ *Demetriades* (Fn. 26) 194; mit allein 7000 Individualbeschwerden hinsichtlich der Krim-Krise, *EGMR*, Press Release: New Inter-State Application Brought by the Netherlands against Russia Concerning Downing of Malaysia Airlines Flight MH17, 15.7.2020.

¹⁴⁸ *EGMR*, Statistik des *EGMR* 2020, abrufbar unter: rebrand.ly/echrstats2020; Statistik des *EGMR* 2021, abrufbar unter: rebrand.ly/echrstats2021; auch 2022 wieder ansteigend, siehe Statistik des *EGMR* 2022, abrufbar unter: rebrand.ly/echrstats2022 (alle zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

¹⁴⁹ *Georgien v. Russland (II)* (Fn. 55), Rn. 141; Dies wird zurecht scharf kritisiert von

daran, die Menschenrechte der Konvention dort zu verteidigen, wo sie am dringendsten gebraucht werden – nämlich in der materiellen Situation selbst.¹⁵⁰ Ein emphatisches Gegensignal dazu sendet jedoch das kürzlich ergangene Urteil über die Zulässigkeit im Fall *Ukraine und Niederlande v. Russland*,¹⁵¹ dem angesichts des anhaltenden militärischen Konfliktes zwischen der Ukraine und Russland eine besondere politische Relevanz innewohnt: Anders als in *Georgien v. Russland (II)* wählt der Gerichtshof keine Vermeidungslösung über die *special features*. Stattdessen setzt er sich inhaltlich intensiv mit dem Beweismaterial auseinander und eröffnet durch die Annahme einer umfänglichen Hoheitsgewalt nach Art. 1 EMRK den Weg zur Überprüfung der komplexen materiellen Fragestellungen. Mit diesen konfligierenden Urteilen steht der *EGMR* nun am Scheideweg – es bleibt zu hoffen, dass seine zukünftige Jurisprudenz sich nicht erneut auf die *special features* zurückzieht, sondern den beschwerlichen, aber konsequenten Weg aus *Ukraine und Niederlande v. Russland* geht.¹⁵²

Sondervotum *Yudkivska, Wojtyczek und Chanturia, Georgien v. Russland (II)* (Fn. 55), Rn. 9: „we are simply astonished [...], the role of the Court consists precisely in dealing [...] with difficult cases“.

¹⁵⁰ *Džehtsiarou, Georgia v Russia (II)*, AJIL 2021, 288 (292).

¹⁵¹ *Ukraine und Niederlande v. Russland* (Fn. 60), ab Rn. 576, insbesondere Rn. 690-706, 718-721.

¹⁵² So auch *Milanovic, The European Court's Admissibility Decision in Ukraine and the Netherlands v Russia: The Good, the Bad, and the Ugly – Part I*, EJIL: Talk! v. 26.1.2023, abrufbar unter: rebrand.ly/ejilnetherlandsrussia (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).