

Martin Heiming
Rechtsanwalt

Handschuhsheimer Landstraße 41
69121 Heidelberg
Tel: 06221/337511

Silke Studzinsky
Rechtsanwältin

Mainzer Str. 39
12053 Berlin
Tel.: 0177/5034907

Oberlandesgericht Stuttgart
- 6. Strafsenat-
Olgastr. 2

70182 Stuttgart

Berlin/Heidelberg, den 07.07.2016

In der Strafsache
./ Ali ÖZEL
6 OJs 1/14

wird der Senat bei der Anwendung des § 129b StGB die Frage einer völkerrechtskonformen Auslegung der Strafvorschrift sowie völkerrechtliche Rechtfertigungsgründe zu prüfen und über eine Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 2 GG zu entscheiden haben.

Es wird insofern beantragt,

ein völkerrechtliches Sachverständigengutachten

einzuholen.

1. Der Sachverständige wird nach Auswertung der einschlägigen Völkerrechtsquellen des Völkervertragsrechts, des Völkergewohnheitsrechts, der allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsgrundsätze, der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs und der Staatenpraxis sowie der einschlägigen völkerrechtlichen Fachliteratur bekunden, dass unter bestimmten Voraussetzungen, die von ihm präzise angegeben werden

können, die gewaltsame Durchsetzung des Selbstbestimmungsrecht durch eine Befreiungsorganisation auf der Ebene des *ius ad bellum* völkerrechtlich gerechtfertigt ist.

Den Befreiungsorganisationen kommt insoweit eine partielle Völkerrechtssubjektivität zu.

Dieser Umstand ist bereits insoweit von Bedeutung, als dass bei der völkerrechtskonformen Anwendung des § 129b StGB Beachtung finden muss, dass eine bloße Mitgliedschaft oder Unterstützung einer - völkerrechtlich legitimierten - Befreiungsorganisation kein zulässiger Anknüpfungspunkt für ein strafbares Verhalten darstellen kann.

Im Einzelnen wird der Sachverständige dabei Folgendes zugrunde legen und bekunden:

- a. Das Selbstbestimmungsrecht der Völker findet seine Grundlage in Art. 1 Ziff. 2 und Art. 55 der UN-Charta. Infolge der Res. 1514 (V) der UN- Generalversammlung vom 14. Dezember 1960, der „Erklärung über die Gewährung der Unabhängigkeit an koloniale Länder und Völker“, bildet das Recht die völkerrechtliche Grundlage von Dekolonialisierungs- und Befreiungsprozessen. In ihrem gleichlautenden Artikel 1 Abs. 1 halten sowohl der UN-Zivilpakt als auch der UN-Sozialpakt das Selbstbestimmungsrecht der Völker fest:

„Alle Völker haben das Recht auf Selbstbestimmung. Kraft dieses Rechts entscheiden sie frei über ihren politischen Status und gestalten in Freiheit ihre wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung.“

Auch die Friendly Relations-Deklaration der UN-Generalversammlung vom 24. Oktober 1970 verzeichnet das Selbstbestimmungsrecht und benennt seinen engen Zusammenhang mit dem Befreiungskampf der Völker. Dort heißt es:

„Kraft des in der Charta der Vereinten Nationen verankerten Grundsatzes der Gleichberechtigung und Selbstbestimmung der Völker haben alle Völker das Recht, frei und ohne Einmischung von außen über ihren politischen Status zu entscheiden und ihre wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung zu gestalten, und jeder Staat ist verpflichtet, dieses Recht im Einklang mit den Bestimmungen der Charta zu achten.“

Die Friendly-Relations-Deklaration bestimmt die ausdrückliche Pflicht aller Staaten

„sowohl gemeinsam mit anderen Staaten als auch jeder für sich, die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung und Selbstbestimmung der Völker im Einklang mit den Bestimmungen der Charta zu fördern und die Vereinten Nationen bei

der Erfüllung der ihnen mit der Charta übertragenen Aufgaben hinsichtlich der Anwendung dieses Grundsatzes zu unterstützen,

- (i) um freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen den Staaten zu fördern und
 - (ii) um dem Kolonialismus unter gebührender Berücksichtigung des frei geäußerten Willens der betroffenen Völker ein rasches Ende zu bereiten, eingedenk dessen, dass die Unterwerfung von Völkern unter fremde Unterjochung, Herrschaft und Ausbeutung eine Verletzung dieses Grundsatzes und eine Verweigerung grundlegender Menschenrechte darstellt und im Widerspruch zur Charta steht.“ (Friendly Relations-Deklaration der UN-Generalversammlung vom 14. Oktober 1970 (Res. 2625 [XXV]))
- b. Inhaltlich umfasst das Selbstbestimmungsrecht zwei Komponenten. Es garantiert zunächst einmal die innere Selbstbestimmung und sichert die gleichberechtigte politische Teilhabe der jeweiligen Volksgruppe am Leben innerhalb eines bestehenden Staates und ihre politische Selbstorganisation mit eigener Gestaltungsbefugnis. Das innere Selbstbestimmungsrecht kann in Autonomieregelungen für die jeweilige Volksgruppe seinen Ausdruck finden, denn auf diese Weise lassen sich „self-government“ (Selbstregierung) und „ethnic and linguistic preservation“ (die Bewahrung ethnischer und sprachlicher Eigenheiten) **innerstaatlich realisieren**. Die Staatengemeinschaft kennt zahlreiche Beispiele für derartige Autonomieregelungen. Im europäischen Raum finden sie sich u.a. in Finnland (bezogen auf die Aaland-Inseln) oder in Dänemark (bezogen auf die Faöerinseln oder Grönland).

Neben diesem Recht auf innere Selbstbestimmung ist im Völkerrecht zudem das äußere Selbstbestimmungsrecht anerkannt, dass zu einer Unabhängigkeit durch Sezession führt. Dieses Recht kommt dann zum Tragen, wenn Staaten die Realisierung des Rechts auf innere Selbstbestimmung verweigern, Gebiete militärisch besetzen, das jeweilige Volk unterdrücken, ihm hinreichenden Zugang zur Staatsgewalt verweigern oder es sich politisch, ökonomisch, sozial und kulturell nicht ausdrücken und weiterentwickeln kann.

- c. Träger des inneren und äußeren Selbstbestimmungsrechts sind die Befreiungsbewegungen und -organisationen, unter der Voraussetzung, dass sie die unterdrückte Volksgruppe gegenüber einem die Selbstbestimmung negierenden Staat hinreichend repräsentieren. Die insoweit maßgeblichen Kriterien bestimmen sich ausschließlich nach dem Völkergewohnheitsrecht. Das Völkerrecht rekuriert dabei nicht auf ein eng zu fassendes normatives Prinzip, so dass gerade bei bewaffneten Konflikten oder systematischen Rechtsverletzungen die Frage der Repräsentativität nicht nach einzelnen formaldemokratischen Kriterien bestimmt wird. Nach

völkerrechtlichen Maßstäben bedarf es eines Apparats, der eine repräsentative Organisation ausgebildet hat und der eine Organisationsform des jeweiligen Volkes darstellt. Indizien hierfür und für die Akzeptanz der Organisation in der jeweiligen Volksgruppe können hohe Wahlergebnisse politisch nahestehender Parteien, Massenveranstaltungen aber auch konkludente Verhaltensformen wie etwa eine stillschweigende Unterstützung sein.

- d. Im Falle einer qualifizierten Verletzung des Rechts auf Selbstbestimmung kann dieses Recht gewaltsam durchgesetzt werden. Der ebenfalls bestehende völkerrechtliche Grundsatz des Gewaltverbots tritt dahinter zurück, denn der legitime Kampf um das Selbstbestimmungsrecht verleiht der jeweiligen Befreiungsorganisation oder Bewegung eine rechtliche Position, die durch das Gewaltverbot geschützt ist, so dass eine staatliche Gewaltentwendung ihrerseits gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot verstößt.

Schon die Friendly Relations-Deklaration der UN-Generalversammlung konstatierte entsprechend:

„Jeder Staat hat die Pflicht, jede Gewaltmaßnahme zu unterlassen, welche die Völker, auf die sich die Erläuterung dieses Grundsatzes bezieht, ihres Rechts auf Selbstbestimmung, Freiheit und Unabhängigkeit beraubt. Bei ihren Maßnahmen und ihrem Widerstand gegen solche Gewaltmaßnahmen im Bemühen um die Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts sind diese Völker berechtigt, im Einklang mit den Zielen und Grundsätzen der Charta Unterstützung zu suchen und zu erhalten.“

Nicht der Befreiungskampf, sondern die ihn bekämpfende staatliche Gewaltanwendung wird daher auch als Form des Terrorismus geächtet.

So hielt denn auch der Adhoc-Ausschuss der UN-Generalversammlung zu dem Zielkonflikt zwischen den konfigurierenden völkerrechtlichen Grundsätzen folgendes fest:

„Völker, die kämpfen, um sich von fremder Unterdrückung und Ausbeutung zu befreien, haben das Recht, alle Mittel zu benutzen, die ihnen zur Verfügung stehen - eingeschlossen Gewalt.

Akte von Bürgern, die für ihre nationale Befreiung kämpfen, können nicht als Akte des internationalen Terrorismus betrachtet werden. Demgegenüber sind solche Akte, die von einem Staat gegen ein Volk mit dem Ziel durchgeführt werden, seine nationale Befreiungsbewegung auszulöschen und den Widerstand gegen die Besatzer zu zerbrechen, echte Manifestationen des internationalen Terrorismus in seinem weitesten Sinn.“ (UN-Doc 6/418, 7)

Die UN-Generalversammlung bestätigte diese Position in ihrer Resolution 3103 vom 12.12.1973.

Sie fand ihren Niederschlag in zahlreichen regionalen Konventionen, z.B. der Afrikanischen Union (OAU) und der Arabischen Liga. So bestimmt Art. 3 Abs. 1 der OAU 'Convention on the Prevention and Combatting of Terrorism' ausdrücklich:

“the struggle waged by people in accordance with the principles of international law for their liberation or self-determination, including armed struggle against colonialism, occupation, aggression and domination by foreign forces shall not be considered as terrorist acts.”

- e. Voraussetzung für eine völkerrechtlich legitime Gewaltanwendung ist, dass eine qualifizierte Verletzung des Selbstbestimmungsrechts vorliegt.

Auch insoweit bestimmen sich die maßgeblichen Kriterien ausschließlich nach völkerrechtlichen Grundsätzen.

Eine qualifizierte Verletzung ist danach eindeutig dann anzunehmen, wenn die Ursachen des Konflikts auf ein Kolonialregime zurückzuführen sind, es zu systematischen Diskriminierungen einer ethnischen Gruppe kommt, oder wenn eklatant und evident fundamentale Menschenrechte von Personen der betroffenen Volksgruppe verletzt werden und diese Verletzungen nicht auf friedlichem Weg unterbunden werden können.

Maßgebliche Indizien für eine systematische Diskriminierung sind

- systematische rechtswidrige Militär- und Polizeigewalt gegen Angehörige der jeweiligen Volksgruppe;
- eine über lange Phasen hinweg durchgeführte Unterschreitung menschenrechtlicher Standards für die Zivilbevölkerung oder politisch Verdächtige der Volksgruppe;
- deren politische Verfolgung oder
- die Ausrufung des Notstands zur Absenkung des Rechtsstaatsniveaus.

2. Spiegelbildlich zum *ius ad bellum* regelt das *ius in bello*, das in den Genfer Konventionen und Zusatzprotokollen kodifizierte humanitäre Völkerrecht, das ebenfalls in weiten Teilen als *ius cogens*, also als zwingendes Recht, und Völkergewohnheitsrecht angesehen wird, welche konkreten Maßnahmen im bewaffneten Konflikt erlaubt sind.

- a. Der Begriff des bewaffneten Konflikts wird im humanitären Völkerrecht weit gefasst. Ein solcher liegt immer dann vor, wenn die Konfliktparteien zur Lösung von Meinungsverschiedenheiten zu militärischer Waffengewalt greifen und es sich nicht lediglich um Fälle innerer Unruhen und Spannungen handelt, die durch Tumulte und vereinzelt auftretende Gewalttaten gekennzeichnet sind (Negativdefinition des Art. 1

Abs. 1 ZP II). Auf den Willen der Konfliktparteien oder ihre Einstufung des Konflikts kommt es nicht an.

Weiter bestimmt das humanitäre Völkerrecht, dass Kombattanten berechtigt sind, an Kampfhandlungen teilzunehmen. Ihre Gewalthandlungen sind aus dem humanitären Völkerrecht heraus gerechtfertigt. Solange die kriegsrechtlichen Regelungen eingehalten werden, darf an diese Handlungen daher keine Strafbarkeit angeknüpft werden.

- b. Die Genfer Konventionen betreffen einerseits internationale bewaffnete Konflikte, zum anderen aber auch solche (nicht-internationalen) bewaffneten Konflikte, die internationalen bewaffneten Konflikten gem. Art. 1 Abs. 4 ZP I gleichgestellt sind. Hierzu zählen demnach alle bewaffneten Konflikte,

„in denen Völker gegen Kolonialherrschaft und fremde Besetzung sowie gegen rassistische Regime in Ausübung ihres Rechts auf Selbstbestimmung kämpfen, wie es in der Charta der Vereinten Nationen und in der Erklärung über Grundsätze des Völkerrechts betreffend freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen den Staaten im Einklang mit der Charta der Vereinten Nationen niedergelegt ist.“

Die Auslegung der maßgeblichen Tatbestandsmerkmale hat dynamisch und nicht restriktiv zu erfolgen. Sie beziehen sich keineswegs nur auf die Dekolonialisierungsprozesse der 1970er und 1980er Jahre. Vielmehr zeigt die Bezugnahme in zahlreichen Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs (IGH) sowie nationaler Gerichte bis in jüngste Zeit ihre fortwährende Weiterentwicklung und Bedeutung.

- c. Darüber hinaus werden zu den Konfliktsituationen, die Art. 1 Abs. 4 ZP I benennt, systematische Verletzungen von Fundamentalrechten außerhalb der Kolonialherrschaft gezählt, da auch diese auf der Ebene des *ius ad bellum* das Recht zur gewaltsamen Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts auslösen. Dies hat u.a. der Völkerrechtler und ehemaliger UN-Kommissar, Richter am ICTY und ICTR Georg Abi-Saab in den „Haager Vorlesungen“, einer der zentralen Quellen für die Auslegung des Völkerrechts, gezeigt.
- d. Die in Art. 96 Abs. 3 ZP I vorgesehene Möglichkeit einer Erklärung durch ein das Volk vertretendes Organ ist für die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 1 Abs. 4 ZP I nicht konstitutiv. Für die Frage der Völkerrechtssubjektivität gelten hier vielmehr die gleichen Grundsätze wie im Rahmen des *ius ad bellum* (siehe oben unter Ic).

Die zentrale Folge der Einordnung als internationaler bewaffneter Konflikt über Art. 1 Abs. 4 ZP I ist, dass die kämpfenden Einheiten der Befreiungsorganisation gem. Art. 43 Abs. 2 ZP I als Kombattantenverbände anzuerkennen sind, wenn sie weiteren Voraussetzungen des Art. 4 A Nr. 2 des 3. Genfer Abkommens erfüllen.

Die Regelung in Art. 1 Abs. 4 ZP I verkörpert, wie in der völkerrechtlichen Literatur prominent u.a. Antonio Cassese dargelegt hat, Völkergewohnheitsrecht und bindet damit alle Staaten der Welt. Unabhängig davon bindet die Vorschrift Deutschland aber auch unmittelbar völkervertragsrechtlich, da Deutschland das Zusatzprotokoll 1 am 14.2.1991 ratifiziert hat.

In der Konsequenz darf daher ein Strafbarkeitsvorwurf nach §§ 129b, 129a StGB nicht an solche Tötungshandlungen anknüpfen, die nach humanitärem Völkerrecht gerechtfertigt sind.

- e. Unabhängig von den Regelungen in Art. 1 Abs. 4 ZP 1 ergeben sich die Privilegierungen für Angehörige einer Befreiungsarmee zudem auch aus der systematischen Zusammenschau mit dem *ius ad bellum* und dem dort verankerten Recht auf Selbstbestimmung. Da dieses zum Völkergewohnheitsrecht zählt, rechtfertigt dessen legitime Durchsetzung auch den Kombattantenstatus und die daraus abgeleitete Rechtfertigung von Kampfhandlungen.

3. Doch selbst wenn der Senat, wie bereits andere Oberlandesgerichte, insoweit nicht folgen sollte, dass der PKK/HPG Kombattantenstatus zusteht, so wird der Sachverständige – hilfsweise- ausführen, dass diese Kämpfer jedenfalls **faktisch** äquivalent wie Kombattanten zu behandeln sind und die entsprechende weit verbreitete Staatenpraxis und –übung dazu darlegen. Sie sind nicht als gewöhnliche Kriminelle zu behandeln.

Im Einzelnen:

Selbst wenn explizit Kämpfern in nicht-internationalen Konflikten der Kombattantenstatus nicht zugebilligt würde, herrscht eine weitverbreitete und lang andauernde Praxis, diese *ähnlich* bzw. *ebenso* wie Kombattanten zu behandeln.

- Ihnen wird für die im Krieg begangenen Taten, Amnestie, also das funktionale Äquivalent zu Immunität gewährt, spätestens nach Abschluss des bewaffneten Konflikts, falls und soweit sich die Kämpfer an die Regeln der Kriegsführung gehalten hat.
- Sie werden **faktisch** wie Kriegsgefangene behandelt.
- Auch die Regeln des *ius in bello*, also die Regeln der Kriegsführung, erstrecken sich in lang verbreiteter Praxis ebenso auf Kämpfer im nicht-internationalen Konflikt.

In den letzten drei Jahrzehnten hat der nicht-internationale Konflikt die zwischenstaatliche Gewaltanwendung abgelöst. In einem zeitgemäßen Völkerrecht,

das auch dem Schutz einzelner Menschen verpflichtet ist, hat jegliche Ungleichbehandlung von internationalem und nicht-internationalem Konflikt keine Berechtigung mehr.¹

Denn aus dem Blickwinkel des menschenrechtlichen Individualrechtsschutzes bedeutet es keinen durchgreifenden Unterschied, ob es sich um einen internationalen oder nicht-internationalen Konflikt handele.

Die Tadic-Rechtsprechung des Jugoslawientribunals, in der dies zum Ausdruck kommt, hat sich schnell durchgesetzt und wurde schließlich 2005 vom IKRK aufgegriffen.²

Folgende Kernpunkte des Kombattantenstatus, die auch auf Kämpfer im nicht-internationalen Konflikt Anwendung finden, sind herauszuheben:

- a) die Gewährung von Amnestien, die Kämpfer genießen für die Beteiligung am bewaffneten Konflikt und Handlungen, die legitim im Rahmen der Kriegsführung sind;
- (b) die Anerkennung und Behandlung als Kriegsgefangener;
- (c) die Einhaltung des *jus in bello*, also der Regeln der Kriegsführung.

Der Sachverständige wird im Einzelnen darlegen, dass es eine lange und ausgedehnte Praxis gibt, Kämpfer in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten wie Kombattanten zu behandeln und im Gegenzug die Einhaltung der Regeln der Kriegsführung auch für Kämpfer bewaffneter nicht-staatlicher Gruppen bindend ist.

Zu (a) Die Gewährung von Amnestien für Kämpfer im nicht-internationalen Konflikt für die im Rahmen des bewaffneten Kampfes durchgeführten Handlungen, die in Übereinstimmung mit den Regeln der Kriegsführung sind, wird als entscheidender und Anreiz gebender Faktor angesehen, den Regeln der Kriegsführung Folge zu leisten. Dies ist allgemein anerkannt.³

Staatenpraxis zeigt – anders als das geschriebene Recht - dass bei nicht-internationalen bewaffneten Konflikten von einer signifikanten Dauer, Ausdehnung und Intensität, faktisch Immunität gewährt wird, wenn auch nicht gleich zu Beginn des Konflikts.

Oft sind dies Amnestien, die nach einem Konflikt gewährt werden. Solche Amnestien werden als funktionales Äquivalent (*„functional equivalent“*) zur Immunität angesehen,

¹ Siehe auch im ersten Fall vor dem Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, dem Tadic Fall: *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-AR72, 2.10.1995, Paragraph 65 ff.

² Jean-Marie Henckaerts/Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules. Volume II: Practice, 2005.

³ Siehe z.B: D Fleck, Non-International Armed Conflicts, in D Fleck (ed.) The Handbook of International Humanitarian Law; M Sassoli, Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law (2010), 1 International Humanitarian Legal Studies 5, 26-7.

die dem Kämpfer im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt zustehen soll. Beispiele aus jüngerer Zeit finden sich z.B. für Uganda, Sierra Leone, Liberia, Nepal und Kolumbien.⁴

Es ist **Völkergewohnheitsrecht**, dass nach Abschluss des Konflikts Bemühungen unternommen werden **müssen**, weitest mögliche Amnestien an diejenigen Kämpfer im nicht-internationalen Konflikt zu gewähren, mit Ausnahme für diejenigen, die im Verdacht stehen, Kriegsverbrechen begangen zu haben, also sich nicht an die Regeln der Kriegsführung gehalten zu haben.

Regel 159 der vom Internationalen Roten Kreuz zusammengestellten Regeln, die Völkergewohnheitsrecht sind, lautet:

At the end of hostilities, the authorities in power **must endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in a non-international armed conflict**, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, with the exception of persons suspected of, accused of or sentenced for war crimes.⁵

Ein Kombattantenprivileg auch für Kämpfer im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt wird für den Fall bejaht, dass ein nicht-internationaler Konflikt eine besonders hohe Intensitätsschwelle annimmt und die nicht-staatlichen Kämpfer bereit sind, sich im Gefecht hinreichend von der Zivilbevölkerung zu unterscheiden.⁶

Im Sinne des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Konventionen ist in Fällen eines intensiven Kampfes zwingend, dass aufständische Kämpfer, die sich an die Bedingungen des Artikels 4.A.2 halten, nicht wie normale Kriminelle behandelt werden dürfen.⁷

Zu (b) Diese Kämpfer werden auch ansonsten wie Kombattanten im internationalen bewaffneten Konflikt *behandelt*, auch wenn sie nicht den offiziellen Status als Kombattanten haben.

Bereits im Burenkrieg (Großbritannien gegen die Buren Republik) zwischen 1899 und 1902 einigten sich die Kriegsparteien darauf, dass gefangengenommenen Kämpfer keine gewöhnlichen Kriminellen sind und auch nicht als solche behandelt werden.⁸

⁴Ausführlich dazu: S Sivakumaran, (FN 4), S. 514- 520.

⁵Customary International Law, Rule 159.

⁶A Cassese, in: ders. (Hrsg.), realizing Utopia. The Future of International Law, (2012), S. 519, 523 ff.. Ebenso: E Crawford, The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict, (2010), S. 168.

⁷Commentary Geneva Convention III, RN 40.

⁸S Sivakumaran, The Law of Non-International Conflict, (2012), S. 518 mwN.

Ebenfalls vergleichbar ergibt sich dies aus einem Bericht des UN Generalsekretärs U Thant von 1970, also vor den Genfer Zusatzprotokollen, der spezielle Mindestregeln für ‚politische‘ und ‚nicht-kriminelle‘ Gefangene forderte.⁹

Auch im Jugoslawienkrieg gab es 1992 ein Abkommen, das regelte, dass alle Gefangenen, denen keine Kriegsverbrechen vorgeworfen wurden, von den Garantien der Artikel 82-108 des 3. Genfer Abkommens profitieren.¹⁰ Die Freilassung von politischen Gefangenen, die während des bewaffneten Konflikts gekämpft hatten, wurde zusätzlich in zahlreichen Ad-Hoc Abkommen in u.a. Ruanda, Indonesien, Liberia und Sudan geregelt.¹¹

Zu (c) Die erste Kodifizierung von Mindestgrundregeln, die für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt gelten, ist der gemeinsame Artikel 3 der Genfer Konventionen von 1949. Er dient dem Schutz der Zivilbevölkerung bzw. derjenigen, die die Waffen niedergelegt haben. In den darauf folgenden Dekaden wurden im Rahmen von Konferenzen, Resolutionen und den Zusatzprotokollen immer mehr Regeln geschaffen, die auf **alle bewaffneten Konflikte** Anwendung finden, also eine zunehmende Gleichbehandlung erfolgte.¹² Menschenrechtliche Standards fanden mehr und mehr Eingang in das internationale humanitäre Völkerrecht.

In den 90er Jahren, auch und besonders durch die Internationalen Tribunale zum ehemaligen Jugoslawien und zu Ruanda, wurde dies fortentwickelt.¹³

Der Sachverständige wird im Einzelnen ausführen, welche Regeln für den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt gleichermaßen und ohne Unterschied Anwendung finden wie für den internationalen Konflikt, so z. B. die Chemiewaffen Konvention von 1993. Der Sachverständige wird erläutern, wo noch Unterschiede existieren und wo für die beiden Arten von Konflikten differenziert wird, so kennt z.B. das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zwei Typen von Kriegsverbrechen, wobei die Verbrechen im internationalen Konflikt ausgeweiteter sind als diejenigen im nicht-internationalen Konflikt.

Der Sachverständige wird zu folgenden Schlussfolgerungen kommen:

- Das heutige, zeitgemäße internationale humanitäre Völkerrecht erkennt **in der Praxis** auf weit verbreiteter Basis an, dass Kämpfer im nicht-internationalen Konflikt wie Kriegsgefangene behandelt werden, auch wenn sie nicht den offiziellen Status als solche haben.

⁹ ‚Respect for Human Rights in Armed Conflict‘: Report of the Secretary General, A/8052, 18 September 1970, para 156.

¹⁰ Agreement on the Release and Transfer of Prisoners, 1 October 1992, Article 3 (1).

¹¹ S Sivakumaran, (FN 4) S. 517.

¹² Im Einzelnen dazu S Sivakumaran, (FN 4), S. 30-53.

¹³ Siehe die Tadic Entscheidung zur Zuständigkeit des Tribunals, FN 1.

- Es erkennt ebenso **in der Praxis** an, dass auch die Kämpfer im nicht-internationalen Konflikt sich an (weitgehend) dieselben Regeln der Kriegsführung halten (müssen).
- Das heutige, zeitgemäße internationale humanitäre Völkerrecht kennt in einer weitverbreiteten Staatenpraxis das **„funktionale Äquivalent“ der Immunität, die Amnestie**, für Kämpfer im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt an. Dies ist Völkergewohnheitsrecht. Es behandelt Kämpfer im nicht-internationalen Konflikt nicht wie gewöhnliche Kriminelle.

Wir regen an, als Sachverständigen zu laden und zu hören:

Prof. Sandesh Sivakumaran,

Professor für Völkerrecht, zu laden über die
University of Nottingham,

U n i v e r s i t y

P a r k

N o t t i n g h a m

N G 7

2 R D

United Kingdom

Professor Sivakumaran ist Professor für Völkerrecht an der Universität Nottingham. Er ist ist Forscher am United States Naval War College Stockton Center für Internationales Recht und Mitglied des Beirates des *Geneva Call*. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Völkerrecht, internationalem humanitären Völkerrecht, internationalen Menschenrechten, und internationalem Strafrecht. Er ist Autor des Standardwerkes *The Law of Non-International Armed Conflict* (Oxford University Press, 2012), Co-Autor von *Cases and Materials on International Law* (Sweet and Maxwell, 8 ed, 2015) (mit David Harris) und Mitherausgeber von *International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2 ed, 2013)(mit Daniel Moeckli und Sangeeta Shah). Er ist Mitherausgeber der Zeitschrift *Journal of International Criminal Justice* und der *Human Rights Law Review*. Seine Arbeiten wurden ausgezeichnet mit dem Paul Reuter Preis des Internationalen Roten Kreuzes, dem Francis Lieber Preis der American Society of International Law, dem Buchpreis der European Society of International Law, dem Giorgio La Pira und Antonio Cassese Preis der Zeitschrift *Journal of International Criminal Justice*.

Professor Sivakumaran berät als Sachverständiger Staaten, internationale Organisationen und Nicht-Regierungsorganisationen. Er hat als internationalen rechtlicher Berater für die Berufungskammer des Special Court for Sierra Leone zu internationalen rechtlichen Aspekten des Friedensprozesses fungiert. Er ist Mitglied des *International Law Association Committee* zu International Human Rights Law and Practice. Er bildet regelmäßig Diplomaten und militärische Streitkräfte fort zu internationalem Recht und Kriegsrecht.

Begründung:

I.

Die Verteidigung verkennt nicht, dass die beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens die Auslegung der einschlägigen Normen des Völkerrechts betrifft und damit keine Tatsachen, sondern die Geltung von Rechtssätzen unter Beweis gestellt wird. Allerdings steht dies einer Einholung eines Sachverständigengutachtens keineswegs entgegen; vielmehr ist es allgemein anerkannt, dass es dem Gericht nicht verwehrt ist, anders als beim Inlandsrecht, einen Rechtsgutachter über ausländisches oder internationales Recht hinzuzuziehen (vgl. KK-Fischer § 244 Rn. 3 m.w.N.).

Hierfür spricht zunächst, dass die Rechtslage bereits im Hinblick auf die unmittelbar geltenden völkerrechtlichen Implikationen für die Anwendung des § 129b StGB auf Befreiungsorganisationen sowohl obergerichtlich als auch höchstrichterlich in Deutschland nicht hinreichend geklärt ist. Der Beschluss des BGH vom 6. Mai 2014 (3 StR 265/13) erfasst nicht die Entwicklungen im humanitären Völkerrecht, das in den letzten Jahrzehnten mit einer neuen Realität umgehen muss: Der nicht-internationale Konflikt ist die Regel, während der internationale Konflikt die Ausnahme ist.

Dieser BGH Beschluss bleibt zur Begründung der Ablehnung eines völkerrechtlichen Rechtfertigungsgrundes im Wesentlichen in der Zeit vor 1990 stehen. Dazu gehört z.B. die dort zitierte Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1965 zu Südtirol.

Darüber hinaus lassen sich der Rechtsprechung nicht die Konturen und Tatbestandsvoraussetzungen einer völkerrechtlichen Rechtfertigung etwa für die in § 129b i.V. mit § 129a StGB genannten Bezugstaten entnehmen.

Auch das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 13. Februar 2013 (2 StE 5/12-6), sowie der Vermerk des Senats vom 28.11.2012 (SAO III.6.1, Bl. 148 ff.) sowie der BGH Beschluss in derselben Sache vom 6. April 2014 (3 StR 265/13) lassen eine aktuelle Auseinandersetzung mit der Realität von asymmetrischen Kriegen vermissen und der gerechtfertigten gewaltsamen Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts.

Andere Urteile aus jüngerer Zeit, wie z.B. OLG Düsseldorf (III-6 StS2/2012 gegen Sedat Koc), Kammergericht Berlin (5aa/5a - 5/12 gegen Vezir Türkmen), OLG Stuttgart (2 StE 2/12-6 gegen Mehmet Akan und Ridvan Özmen), OLG Stuttgart (2 StE 3/13-6 - gegen Metin Aydin) und Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (3 St 1/15 gegen Mehmet Demir) streifen das Problem allenfalls cursorisch, und damit

völlig unzureichend, manchmal nur mit einem Satz und mit Verweis auf die Entscheidung des Hanseatischen OLG Hamburg vom 13. Februar 2013.

Ein Sachverständigengutachten ist erforderlich, da die bisherige Rechtsprechung zu dieser Frage, auf die der hiesige Senat möglicherweise Bezug nehmen wird, die völkerrechtlichen Grundlagen verkennt.

Im Einzelnen:

Soweit im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht nur auf die Frage der gewaltsamen Durchsetzung eines Sezessionsrechts abgestellt wird, geht dies an der tatsächlichen Situation vorbei. Schon bei sorgfältiger und unvoreingenommener Aktenlektüre, erst Recht aber unter Berücksichtigung weiterer Quellen, wird der Senat sich nicht der Erkenntnis verschließen können, dass das maßgebliche Ziel der kurdischen Befreiungsbewegung einschließlich der bewaffnet kämpfenden Gruppen seit nunmehr mehr als 10 Jahren die Erlangung eines Autonomiestatus im türkischen Staat unter ausdrücklicher Anerkennung der staatlichen Integrität der Türkei ist. Die zum Sezessionsrecht zitierte IGH- Entscheidung zum Kosovo trifft das Problem nicht. Das Rechtsgutachten des IGH betraf ausdrücklich nur die Frage:

“Is the unilateral declaration of independence by the Provisional Institutions of Self-Government of Kosovo in accordance with international law?” (Rn. 49).

Das Gutachten des IGH betraf damit lediglich die Frage, ob eine einseitige Unabhängigkeitserklärung mit dem Völkerrecht vereinbar ist. Hierzu stellte der IGH fest, dass diese im Einklang mit völkerrechtlichen Prinzipien erfolgte.

Zu Fragen der Sezession oder den Voraussetzungen, nach den unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten die Unabhängigkeitserklärung gewaltsam durchgesetzt werden kann, hat der Gerichtshof ausdrücklich nicht Stellung genommen (vgl. Rn. 50-56; 83). Angesichts dessen bleibt denn auch völlig unklar, welche „Voraussetzungen“ der BGH überhaupt zugrunde gelegt hat, um zu dem Ergebnis zu kommen, dass in der konkreten Situation die Voraussetzungen für eine gewaltsame Durchsetzung eines Rechts auf Sezession nicht gegeben seien.

Schließlich lassen sich die maßgeblichen Voraussetzungen auch nicht der Entscheidung des BGH 3 StR 15/65 vom 12.10.1965 entnehmen. Sie ist schon deshalb in rechtlicher Hinsicht nur bedingt übertragbar, da zum damaligen Zeitpunkt von einer gänzlich anderen Völkerrechtslage auszugehen war. Das Selbstbestimmungsrecht der Völker - obwohl bereits in der UN-Charta fixiert - bildete sich erst in Folge der Befreiungs- und Dekolonialisierungsprozesse der 1960er und 1970er Jahre zu einem eigenständigen und bedeutsamen völkerrechtlichen Grundprinzip aus. Der IGH verweist zu dessen Genese auf die Entscheidungen „Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)

notwithstanding Security Council Resolution 276‘ aus dem Jahr 1970, die Entscheidung zu Ost-Timor (Portugal v. Australia) aus dem Jahr 1995 und das Gutachten ‚Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory‘ aus dem Jahr 2004.

Auch die maßgeblichen völkervertraglichen Grundlagen wie etwa die vorliegend bedeutsame Friendly Relations-Deklaration, aber auch die Zusatzprotokolle zum Genfer Recht existierten zum damaligen Zeitpunkt noch nicht. Völkergewohnheitsrechtlich war von einem gänzlich anderen Bestand auszugehen.

Gleichwohl weist schon die BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1965, quasi in Vorgriff auf die weitere völkerrechtliche Entwicklung, darauf hin, dass es - vor der damaligen Rechtslage unter dem Gesichtspunkt eines übergesetzlichen Notstands - denkbar sei, dass die Nichtgewährung der Selbstbestimmung oder einer versprochenen Autonomie in einem Land einen Zustand entstehen lassen kann, der menschenunwürdig ist und in dem weiterzuleben der betroffenen Bevölkerung nicht mehr zugemutet werden kann. Ob bei solch unerträglicher Lage Gewaltmaßnahmen als äußerstes Mittel als nicht rechtswidrig anzusehen sein könnten, ließ der Bundesgerichtshof in der Entscheidung ausdrücklich offen, da jedenfalls die Lage der seinerzeit betroffene Südtiroler Volksgruppe nicht derart war, dass ihr Bestand in Italien als in hinreichender Weise bedroht angesehen wurde.

Der Sachverständige wird hieran anknüpfend darlegen, dass diese, im Jahr 1965 nur vage umschriebenen rechtlichen Voraussetzungen eines übergesetzlichen Notstands in der Folgezeit um völkerrechtliche Rechtfertigungsgründe in Zusammenhang mit der Durchsetzung des Rechts auf Selbstbestimmung ganz maßgeblich fortentwickelt wurden.

II.

Der Senat wird zunächst zu erwägen haben, dass 1.) durch die Republik Türkei dem Kurdischen Volk seit Gründung der Republik im Jahr 1923 in qualifizierter Form das Recht auf Selbstbestimmung verweigert wird, obwohl der nach dem 1. Weltkrieg geschlossene Vertrag von Sèvres ausdrücklich eine Autonomie und Selbstverwaltung für die Kurden vorsah und 2.) eine gewaltförmige Durchsetzungen dieses Rechts durch die kurdische Befreiungsorganisation PKK/KCK angesichts systematischer, schwerwiegender Verletzungen kollektiver und individueller Menschenrechte völkerrechtlich legitimiert ist.

Überdies ergeben sich hieraus weitergehende Folgerungen für die Auslegungen einzelner Vorschriften aus dem *ius in bello* und die Rechtfertigung eines Kombattantenstatus (s.u.).

a) Die Ausführungen in der bisherigen Rechtsprechung beschränken sich auf die Frage der Legitimation von Kampfhandlungen durch Kombattanten aus Art. 1 Abs. 4 ZP I.

Dieser Ansatz ist systematisch verkürzt und verkennt, dass das Recht auf Selbstbestimmung ein *ius cogens*-Recht ist, also zwingendes Völkerrecht darstellt, und alle Staaten der Welt bindet (Art. 53 Wiener Vertragsrechtskonvention). Schon hieraus ergeben sich vergleichbare Kämpferprivilegien für die Teilnehmer an einer völkerrechtlich legitimen Gewaltanwendung zur Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts.¹⁴

Der Großteil der Kampfhandlungen zwischen der Guerilla und dem türkischen Militär, namentlich die seit 2004 nahezu täglichen Gefechte, die dem bewaffneten Konflikt ein entscheidendes Gepräge geben, und insbesondere die Eskalation seit Juli 2015, sollen gleichwohl völkerrechtlich außen vor bleiben können. Entsprechend wurden, wie der Zeuge El Baz in der Hauptverhandlung vom 15.12.2015 angab, hierzu ebenso wenig Ermittlungen geführt wie zu Anschlägen, Granat- und Luftangriffen oder anderen bewaffneten Aktionen des türkischen Militärs gegen die Guerilla und die kurdische Zivilbevölkerung. Auch zu Folterungen, dem Einsatz chemischer Kampfstoffe oder der Verstümmelung von Guerillaleichen, die vielfach dokumentiert wurden und sämtlich „grave breaches“ - schwere Verstöße - gegen das Genfer Recht darstellen und nach dem VStGB als Kriegsverbrechen sanktionierbar sind, wurde vom BKA/LKA und der BAW nichts ermittelt. Entsprechend wurde die bislang vorliegende Tatsachengrundlage auf „Anschläge“ und „Sabotageaktionen“, mit anderen Worten auf proaktive Aktionen der Guerilla reduziert.

Eine derartige, nur ausschnittsweise Betrachtung ist - wie auch der Sachverständige bestätigen wird - für eine völkerrechtliche Bewertung eines bewaffneten Konflikts unbrauchbar.

Hinzu kommt, dass eine Vielzahl der proaktiven bewaffneten Aktionen und als „Anschläge“ bezeichnete militärische Angriffe - ausweislich der hierzu vorliegenden Veröffentlichungen, ihren Hintergrund in vorangegangenen Gefechtssituation und Angriffen der türkischen Streitkräfte haben.

Derartige militärische Gegenangriffe sind kriegsvölkerrechtlich in bewaffneten Konflikten zulässig, soweit sie die aus dem Genfer Recht gezogenen Grenzen beachten und unterfallen daher auch nicht dem Anwendungsbereich von § 129b StGB.

b) Ausgehend von Art. 1 Abs. 4 ZP I fallen bewaffnete Konflikte, in denen Völker gegen Kolonialherrschaft und fremde Besetzung sowie gegen rassistische Regime in Ausübung ihres Rechts auf Selbstbestimmung kämpfen, in den Anwendungsbereich des ZP I. Sie werden gleichgestellt mit internationalen bewaffneten Konflikten.

¹⁴L. Brownlie, Principles of Public International Law, (2008), S. 78.

- aa) Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 1 Abs. 4 ZP I eine völkervertragliche Norm ist, die als solche auf jeden Fall alle Vertragsstaaten bindet. Sie sind verpflichtet, alle sich aus dem ZP I ergebenden Regelungen anzuerkennen und einzuhalten, unabhängig davon, ob sie eine unmittelbare Konfliktpartei sind (vgl. hierzu Art. 96 Abs. 1 ZP I).

Die Bundesrepublik Deutschland ist Vertragspartei des ZP I (BGBl. 1990 II, 1550, 1551), es wurde am 14.2.1991 ratifiziert.

Daher sind bei der Anwendung und Auslegung deutschen Rechts die Regelungen des ZP I unzweifelhaft unmittelbar zu beachten. Ein Strafbarkeitsvorwurf darf nach deutschem Recht daher nicht an Handlungen anknüpfen, die nach dem ZP I gerechtfertigt sind, so dass es auf die Frage, ob die Türkei das ZP I unterzeichnet hat und beachten muss, ebenso wenig ankommt, wie auf die Frage, ob eine wirksame Abgabe einer Erklärung nach Art. 96 ZP I vorliegt oder nicht.

Mit anderen Worten: Deutschland hat sich - wie auch der Sachverständige bestätigen wird - nach Art. 1 Abs. 4 ZP I unmittelbar verpflichtet, bewaffnete Konflikte, in denen Völker gegen Kolonialherrschaft und fremde Besetzung sowie gegen rassistische Regime in Ausübung ihres Rechts auf Selbstbestimmung kämpfen, wie internationale bewaffnete Konflikte im Sinne von Art. 1 Abs. 3 ZP I zu behandeln und mithin auch das sich hieraus ergebende Kombattantenprivileg (Art. 43 Abs. 2 ZP I) zu achten.

Aus dieser Pflicht zur Anerkennung eines legitimen bewaffneten Kampfes, ergibt sich, dass nicht gleichzeitig eine Beteiligung an einem bewaffneten Konflikt zu einer Strafbarkeit in Deutschland führen kann. Eine Strafbarkeit gem. §§ 129 a/b StGB scheidet insoweit aus.

- bb) Soweit man gleichwohl auf die Abgabe einer Erklärung nach Art. 96 Abs. 3 ZP I abstellt, sind die Rechtsfolgen aus Art. 1 Abs. 4 ZP I nicht abhängig von einer solchen Erklärung. Ihr kommt gerade keine konstitutive Wirkung zu.¹⁵

Die Eigenschaft als Konfliktpartei im Sinne des Art. 1 Abs. 4 ZP I ist als Faktum bereits vorausgesetzt und wird nicht erst als Rechtswirkung der Erklärung statuiert.

- cc) Schließlich ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass die von Abdullah Öcalan am 23. Januar 1995 abgegebene Erklärung empfangs- nicht jedoch annahmepflichtig ist,¹⁶ so dass die sich daraus ergebenden Wirkungen unabhängig davon eingetreten sind, ob der Schweizer Depositar die Erklärungen letztlich weitergeleitet oder hiervon abgesehen hat, weil die Türkei nicht Vertragspartei des ZP I ist.

¹⁵ Vgl. N Higgins, *Regulating the Use of Force in Wars of National Liberation* m.w.N., (2010), S. 122; so auch E Kussbach, *Die Rechtstellung nationaler Befreiungsbewegungen im humanitären Völkerrecht*, in: *Jus Humanitatis*. FS für Alfred Verdross, (1980) S. 499 ff. (510).

¹⁶ E Kussbach, (FN 15), S.509.

- c) Voraussetzung dafür, dass einer Befreiungsorganisation eine partielle Völkerrechtssubjektivität zukommt, ist, dass sie einen hinreichenden Apparat ausgebildet und sie eine Organisationsform des unterdrückten Volkes, dem die Selbststimmung verweigert wird, darstellt.

Für die Frage der Völkerrechtssubjektivität der PKK/KCK kommt es nicht auf die Gesamtheit aller Kurden an. Fraglich ist allein, ob der kurdischen Befreiungsorganisation „PKK/KCK“ in Bezug auf den bewaffneten Konflikt mit der Türkei eine partielle Völkerrechtssubjektivität zukommt, d.h. ob sie insofern einen Apparat ausgebildet hat und das kurdische Volk in der Türkei, dem die Selbstbestimmung verweigert wird, repräsentieren kann.

Dieser Bezugsrahmen folgt unmittelbar aus dem Inhalt des völkerrechtlichen Selbstbestimmungsrechts. Das Selbstbestimmungsrecht verwirklicht sich regelmäßig in Bezug zu bereits bestehenden Staaten. Es beinhaltet als sog. inneres Selbstbestimmungsrecht, das Völker und ethnische Gruppen ihr Schicksal innerhalb des bestehenden Staates selbst bestimmen können, ohne zwangsläufig den völkerrechtlichen Status des Territoriums zu verändern. Auf diese Weise sichert das innere Selbstbestimmungsrecht die gleichberechtigte Teilhabe der jeweiligen Volksgruppe am Leben innerhalb eines bestehenden Staates und eine politische Selbstorganisation mit eigener Gestaltungsbefugnis.¹⁷ Bei massiver Verletzung des inneren Selbstbestimmungsrechts schlägt dieses um in ein sog. äußeres Selbstbestimmungsrecht, das zur Unabhängigkeit durch Sezession führt.¹⁸

Lebt ein Volk - wie vorliegend - auf dem Territorium verschiedener Staaten, kann die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts zwangsläufig nicht für alle Staaten einheitlich bestimmt werden. Vielmehr ist jeweils von Fall zu Fall, von Staat zu Staat, maßgeblich, ob sich bezogen auf die in dem jeweiligen Territorium lebende Volksgruppe dort das innere Selbstbestimmungsrecht realisiert. Erst im Falle einer massiven Verweigerung des Selbstbestimmungsrechts durch den jeweiligen Staat kann dieses ein Sezessionsrecht gegenüber diesem Staat auslösen. Daraus ergibt sich gleichzeitig, dass die Situation eintreten kann, dass ein Staat der Volksgruppe eine hinreichende Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts gewährt, während ein anderer Staat dies verweigert und das Selbstbestimmungsrecht von den dort lebenden Angehörigen der Volksgruppe gewaltsam durchgesetzt wird.

Für die Völkerrechtssubjektivität einer Befreiungsorganisation in letztgenannten Fall kommt es daher nicht darauf an, ob diese in diesem Kampf das gesamte Volk, d.h.

¹⁷T Marauhn, Anspruch auf Sezession, in: Hans-Joachim Heintze (Hrsg.) Selbstbestimmungsrecht der Völker, (1997), S. 105 ff. (113f.).

¹⁸H-J Heintze, Wege zur Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts der Völker innerhalb bestehender Staaten, in: ders. (Hrsg.), Selbstbestimmungsrecht der Völker, (1997), S.16 ff., 20)

auch Nichtunterdrückte in dem nicht betroffenen Staat repräsentiert, da diese Angehörigen der Volksgruppe von der verweigeren Selbstbestimmung überhaupt nicht betroffen sind und mithin auch keiner Repräsentation zur Durchsetzung ihres Selbstbestimmungsrechts bedürfen. Entsprechend führt selbstverständlich die systematische Verweigerung innerer Selbstbestimmung in einem Staat nicht dazu, dass Angehörige der Volksgruppe, die in einem anderen Staat leben, hierauf ein Sezessionsrecht stützen können.

Vorliegend bedeutet dies, dass der Umstand, dass - nicht zuletzt in Folge der kolonialen Grenzziehungen nach dem 1. Weltkrieg - in mehreren Ländern der Region Kurden leben und diese - etwa im Nordirak - , ihr Selbstbestimmungsrecht in Form einer Autonomen Region Kurdistan realisieren, für die völkerrechtliche Bewertung des türkisch-kurdischen Konflikts und die Frage der partiellen Völkerrechtssubjektivität der kurdischen Befreiungsorganisation „PKK/KCK“ ebenso ohne Belang ist, wie die Frage, ob in anderen Ländern kurdische Parteien existieren.

Entscheidend ist allein die Existenz eine abgrenzbare Gruppe der Kurden in der Türkei als Volk im Sinne von Art. 1 Abs. 4 ZP I, dem das Recht auf Selbstbestimmung und Autonomie in der Türkei verweigert wird. Ob die kurdische Befreiungsorganisation „PKK/KCK“ im Kampf mit der Türkei auch Träger des Selbstbestimmungsrechts der Kurden in Syrien oder anderorts ist oder sein will, ist in diesem Zusammenhang nicht klärungsbedürftig.

Es kommt daher in organisatorischer Hinsicht nur darauf an, ob die Organisation einen hinreichenden Apparat im Sinne einer organisierten Befehlsstruktur der bewaffneten Kräfte zur Beachtung von Art. 43 ZP 1 ausgebildet hat und sie als ein Repräsentationsorgan der unterdrückten Volksgruppe der Kurden in der Türkei fungiert.¹⁹

Bezogen auf die Repräsentativität stellt das Völkerrecht dabei allein auf die faktische Legitimation ab. Diese lässt sich - da eine um Selbstbestimmung kämpfende Organisation regelmäßig nicht selbst an Wahlen teilnehmen kann, eben auch nicht durch formaldemokratische Kriterien bestimmen. Maßgebliche Indizien für die Akzeptanz der Organisation in der jeweiligen Volksgruppe können daher Wahlergebnisse politisch nahestehender Parteien sein, aber auch Massenveranstaltungen mit spektakulärem Mobilisierungsgrad oder andere konkludente Verhaltensformen, die eine Unterstützung ausdrücken.

Der völkerrechtliche Status als Befreiungsorganisation eines Volkes ist jedoch unabhängig von staatlichen Anerkennungs- und Aberkennungsakten.

¹⁹Vgl. Hierzu: ICRC, Commentary on the Additional Protocols of 9th June 1977 to the Geneva Convention of 12th August 1949, Art. 1 des ZP I, S. 54.

Der Umstand, dass die PKK von Internationalen Organisationen als terroristisch bezeichnet wird und auf der EU-Terrorliste steht, macht eine rechtliche Prüfung nicht entbehrlich. Dies gilt umso mehr, da es keine einheitliche Definition von Terrorismus gibt. Die EU ist selbst ans Völkerrecht gebunden. Die UN haben die PKK nicht als Terrororganisation gelistet und die EU-Organe können völkerrechtskonforme Verhaltensweisen nicht durch ein Listungsverfahren delegitimieren.

III.

1. Der Sachverständige wird ferner ausführen, dass selbst wenn man nicht zu einer direkten Anwendung des Artikel 1 Abs. 4 ZP I kommen sollte, nach Völkergewohnheitsrecht Bemühungen unternommen werden müssen, Kämpfern in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten umfassende Amnestien zu gewähren, jedenfalls wenn kein Verdacht auf die Begehung von Kriegsverbrechen vorliegt.

Solche Amnestien, die als das faktische Äquivalent zur Immunität gesehen werden, schließen eine Strafverfolgung in Deutschland nach §§ 129a/b StGB bereits aus. Eine solche Strafverfolgung steht dem gewohnheitsrechtlich verankerten Gedanken diametral entgegen, dass angestrebt werden muss, dass nicht-staatliche Teilnehmer am nicht-internationalen bewaffneten Konflikt, jedenfalls spätestens mit Beendigung des Konflikts Amnestie erhalten sollen.

Bereits aus diesem Grund ist es Deutschland also untersagt, Strafverfolgung von Mitgliedern einer zur Amnestie berechtigten Organisation zu unternehmen und diese Amnestie faktisch zu unterlaufen. Deutschland ist insoweit an das Völkergewohnheitsrecht gebunden.

2. Dies gilt umso mehr, da derzeit eine militärpolitische Wende in der Türkei vollzogen wird. Die türkische Regierung hat nach der innenpolitischen Entmachtung des Militärs nun im Juni 2016 ein neues Gesetz verabschiedet. Es sieht vor, dass Militärangehörige im Kontext des Anti-Terror-Kampfes vor einer unabhängigen Strafverfolgung geschützt werden. Dies gilt auch für Dorfschützer und die Polizei. Auch soll die Justiz gegen Kommandeure und den Generalstabschef nur noch mit Einverständnis des Ministerpräsidenten ermitteln, sie festnehmen oder gar anklagen dürfen. Selbst für die strafrechtliche Verfolgung einfacher Soldaten bedarf es zukünftig der Zustimmung der jeweiligen, von der Zentralregierung direkt eingesetzten, Distriktverwaltung. Zivile Gerichte sollen bei der Verurteilung von Armeeangehörigen keine Rolle mehr spielen.

Magdalena Kirchner von der Stiftung Wissenschaft und Politik analysiert diese Situation und stellt fest, dass ein solches Gesetz die Führungsrolle des Militärs bei der Bekämpfung der PKK auch gegenüber Polizei und Geheimdiensten wiederherstellt. Dies ist in erster Linie eine Anpassung an die veränderte Realität im Südosten. Längst dominieren dort Panzer und Artilleriegeschütze das Konfliktgeschehen. Ein weiterer

Passus des Gesetzes könnte unabsehbare Folgen für den ohnehin geschwächten Rechtsstaat haben. Das neue Gesetz würde vor allem die Ahndung möglicher Menschenrechtsverletzungen durch Sicherheitskräfte in den umkämpften Städten im Südosten massiv erschweren.²⁰

War die Militärführung mit Forderungen nach einer entsprechenden Gesetzesänderung zuvor noch am Widerstand von Yildirims Amtsvorgänger Davutoğlu gescheitert, konnte das Vorhaben nach dessen Rückzug in wenigen Tagen auf den Weg gebracht werden.

Diese Gesetzesänderung ist einer von vielen Hinweisen auf die rechtsstaatswidrige Praxis des türkischen Regimes.

3. Eine derartige Ungleichbehandlung der am Konflikt beteiligten Parteien, widerspricht dem Prinzip der Gleichbehandlung im Hinblick auf Verpflichtungen nach dem internationalen Völkerrecht. Eine faktische Immunität des neu ermächtigten Militärs bezüglich Kriegsverbrechen lädt ein zur Begehung von schweren Verbrechen, die einer Strafverfolgung kaum zugänglich sind.

Die Einvernahme des Sachverständigen zur aktuellen völkerrechtlichen Lage ist nach alledem erforderlich.

Heiming
Rechtsanwalt

Studzinsky
Rechtsanwältin

²⁰Magdalena Kirchner ist Fellow im Stipendienprogramm »Transatlantic Post-Doc Fellowship for International Relations and Security« (TAPIR) und forscht in diesem Rahmen derzeit bei der Stiftung Wissenschaft und Politik.

Siehe Artikel in der „Zeit“ vom 11. Juni 2016, <http://www.zeit.de/politik/ausland/2016-06/tuerkei-istanbul-pkk-kurden-anschlag-tak-militaer?page=2#comments>.