

Ärzte und Sanitäter in bewaffneten Konflikten – Grenzen der Strafbarkeit am Beispiel der „Medizinergruppe“ des sog. Islamischen Staats*

Von Dr. Christina Globke, Mag. iur., Mainz

I. Einführung

Mit Urteil vom 7.12.2015 verurteilte das OLG Celle Mitglieder der sog. „Wolfsburger Gruppe“ wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung gem. §§ 129a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 129b Abs. 1 S. 1, 2 StGB.¹ Verurteilt wurden die Angeklagten wegen ihres Verhaltens im syrischen Bürgerkrieg. Nach einer Radikalisierung in Deutschland waren die Angeklagten zum sog. Islamischen Staat aufgebrochen, hatten sich an der Waffe ausbilden lassen² und später an Kämpfen teilgenommen.³ Der insoweit als typisch zu beschreibende Verlauf von Radikalisierung und Ausreise nach Syrien weist allerdings in den Feststellungen eine Besonderheit auf: Einer der Angeklagten ist vom sog. Islamischen Staat während der Kämpfe gegen andere bewaffnete Gruppen als Fahrer von Krankentransporten eingesetzt worden. Er sollte verwundete Kämpfer von der Front in Krankenhäuser der Umgebung fahren.⁴ Auch wenn diese Feststellungen am Ende aus tatsächlichen Gründen⁵ nicht zu einer Verurteilung geführt haben, bieten sie Anlass, sich mit den dem Verfahren zu Grunde liegenden Annahmen über eine grundsätzlich mögliche Strafbarkeit solchen Verhaltens auseinanderzusetzen.

Das Vorbringen, sich aus humanitären Erwägungen in die Kampfgebiete nach Syrien begeben zu haben, ist nicht unüblich.⁶ Angesichts der breiten medialen Aufarbeitung und Nachrichtenlage über den syrischen Bürgerkrieg und die in ihm kämpfenden Gruppen wird ein solches Vorbringen aber regelmäßig als unglaubwürdige Schutzbehauptung eingestuft,

* Der Beitrag ist die erweiterte Fassung eines Vortrags, den die Verf. im April 2017 in der Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz gehalten hat.

¹ OLG Celle, Urt. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15 (juris) – nicht rechtskräftig.

² OLG Celle, Urt. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 136, 146 ff. (juris).

³ OLG Celle, Urt. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 165 ff. (juris).

⁴ OLG Celle, Urt. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 180 ff. (juris); ein weiterer Angeklagter, der eine Ausbildung als Massagetherapeut genossen hatte, wurde nicht in dieser Funktion eingesetzt, vgl. OLG Celle, Urt. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 136, 374 f. (juris).

⁵ Der Kausalzusammenhang für §§ 211, 27 StGB war nicht nachweisbar, OLG Celle, Urt. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 815 ff., 858 ff. (juris).

⁶ Vgl. nur BGHSt 61, 36, Rn. 3; auch thematisiert in OLG München, Urt. v. 15.7.2015 – 7 St 7/14 (4), Rn. 661 ff. (juris); für eine Entscheidung zum Entzug des Passes vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2014 – 24 K 133/14, Rn. 36 (juris). Als Vortrag für einen Verbotsirrtum aber angenommen bei einer Zahlung aus humanitären Gründen in BGH, Beschl. v. 23.8.2006 – 5 StR 105/06, Rn. 6 (juris).

wenn die in Frage stehenden Gruppen der sog. Islamische Staat, die Al-Nusra-Front oder Al-Qaida-nahe Gruppen sind.

Es ist nicht zu verkennen, dass mit dem sog. Islamischen Staat ein Akteur auf die Weltbühne getreten ist, dem es gelungen ist, Personen mit den unterschiedlichsten Biographien dafür zu begeistern, in das Bürgerkriegsgebiet zu kommen. Die Verheißung, als Muslim in einem Kalifat⁷ leben zu können,⁸ ist – neben einer Neigung zu Gewalt⁹ – ein wichtiges Motiv,¹⁰ um sich vor Ort an den Kämpfen und an der Konsolidierung der Herrschaftsgewalt des sog. Islamischen Staates zu beteiligen.

Vom BKA werden diese Personen unter anderem als „Dschihad-Reisende“¹¹ bezeichnet. Die Bezeichnung klingt zunächst süffisant und euphemistisch, bringt aber bei genauerer Betrachtung die groteske und paradoxe Verbindung zwischen einer Kriegsteilnahme und der nahezu pauschaltouristisch organisierten Ausreise nach Syrien auf den Punkt.

Zu den Personen, die sich von der Ideologie des sog. Islamischen Staates angesprochen fühlen, zählen dann eben auch Mediziner, Medizinstudenten oder Angehörige anderer Pflegeberufe,¹² die – neben dem nicht geflohenen einheimi-

⁷ *Salazar* bezeichnet das Kalifat in Anlehnung an den aus dem Leninismus bekannten Sprachgebrauch als „revolutionäre Avantgarde“, *Salazar, Die Sprache des Terrors*, 2016, S. 155.

⁸ Dazu vgl. BKA, BfV, HKE (Hrsg.), *Analyse der Radikalisierungshintergründe und -verläufe der Personen, die aus islamistischer Motivation aus Deutschland in Richtung Syrien oder Irak ausgereist sind*, Fortschreibung 2015, S. 31.

⁹ Zur Teilnahme an Kampfhandlungen als Motivation vgl. BKA, BfV, HKE (Hrsg.), *Analyse der Radikalisierungshintergründe und -verläufe der Personen, die aus islamistischer Motivation aus Deutschland in Richtung Syrien oder Irak ausgereist sind*, Fortschreibung 2016, S. 41. Zur Motivation auch *Reuter, Die schwarze Macht*, 2016, S. 249, 313. Zu einer psychologischen Perspektive vgl. *Benslama*, in: *Benslama, L'idéal et la cruauté*, 2015, S. 11 ff.; zu einer politikwissenschaftlichen Perspektive ausführlich *Neumann, Der Terror ist unter uns*, 2016.

¹⁰ Zum islamistischen Populismus vgl. *Salazar* (Fn. 7), S. 155 ff. Zur Motivation von Männern und Frauen, sich dem Islamischen Staat anzuschließen, vgl. unter Hinweis auf verschiedene Forschungsansätze *Neumann* (Fn. 9), S. 31 ff.

¹¹ Siehe z.B. den Beitrag des Präsidenten des BKA: *Münch, Spiegel* v. 11.2.2017, abrufbar unter <https://www.bka.de/SharedDocs/Reden/DE/muenchGastbeitragSPIEGEL.html> (3.11.2017). Daneben werden die Bezeichnungen „Syrien- und Irakreisende“, „Jihad-Rückkehrer“, „Syrien-Rückkehrer“ und vergleichbare Varianten verwendet.
¹² Beispielhaft die Berichte aus den britischen Medien, <http://www.bbc.com/news/uk-32006445> (3.11.2017) und <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/02/young-uk-doctors-urged-not-to-join-isis> (3.11.2017); das gilt auch für

schen medizinischen Personal – in dem Gebiet, das von der Gruppe des sog. Islamischen Staates beherrscht wird, in der „Medizinergruppe“¹³ ihren Beitrag zur medizinischen Versorgung in den Kampfgebieten leisten wollen.

II. Strafbares Verhalten nach deutschem Recht: §§ 129a i.V.m. 129b StGB bzw. §§ 211, 27 StGB

Das OLG Celle ist in seinem hier zum Anlass genommenen Urteil von einer möglichen Strafbarkeit gemäß §§ 129a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 129b Abs. 1 S. 1, 2 StGB bzw. §§ 211, 27 Abs. 1 StGB ausgegangen. Eine Verurteilung nach §§ 211, 27 Abs. 1 StGB erfordert dabei den Nachweis einer konkreten Tat, während die Strafbarkeit nach §§ 129a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 129b Abs. 1 S. 1, 2 StGB als abstraktes Gefährdungs- und Organisationsdelikt Verhalten im Vorfeld der konkreten Tat erfassen kann.¹⁴ Soweit beides nachweisbar wäre, bestünde zwischen den Taten Tateinheit.¹⁵

Die §§ 129a und 129b StGB sehen eine Strafbarkeit für die Beteiligung an terroristischen Vereinigungen im In- und Ausland vor.¹⁶ Im Tatbestand selbst wird dabei der Begriff „terroristisch“ nicht verwendet.¹⁷ Stattdessen wählt der Gesetzgeber eine Systematik, in der sich die terroristische Eigenschaft der Vereinigung entweder bereits aus den angestrebten Katalogtaten (Abs. 1) oder in Verbindung mit dem Bemühen, die Bevölkerung einzuschüchtern, staatliche Gewalt zu nötigen oder zu beseitigen (Abs. 2), ergibt. Die Abs. 1 und 2 konkretisieren insoweit die Vorstellung des deutschen Gesetzgebers, was unter terroristischem Verhalten zu verstehen ist.

Die medizinische Versorgung von verwundeten Kämpfern des sog. Islamischen Staates bietet unter zwei Gesichtspunkten einen Ansatz, um über eine Strafbarkeit nachzudenken: Zum einen kann man erwägen, dass die Kampfmoral der Kämpfer gestärkt wird, wenn sie die Aussicht haben, nach einer Verwundung von der Front in Sicherheit gebracht und

versorgt zu werden.¹⁸ Zum anderen könnten verletzte Kämpfer auf Grund der medizinischen Versorgung in den Kampf zurückkehren.¹⁹ Beides soll letztlich der Kampfkraft der Gruppe des sog. Islamischen Staates zu Gute kommen.

In Krankentransporten und der Versorgung von Verwundeten könnten daher entweder eine Beteiligung als Mitglied der Vereinigung (§ 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1, 2 StGB), eine Unterstützung der Vereinigung (§ 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1 Abs. 1, 2, 5 StGB), oder, falls ein konkretes Geschehen ausreichend identifiziert werden kann, eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Mord (§§ 211 Abs. 2, 27 Abs. 1 StGB) zu sehen sein. Da es Zweck der (ausländischen terroristischen) Vereinigung sein muss, Taten aus dem Katalog des § 129a StGB zu begehen,²⁰ kann die Strafbarkeit einer einzelnen Person gem. §§ 129a, 129b StGB allerdings nicht nur auf ein Verhalten gestützt werden, das als solches nicht strafbar wäre.

Eine Einschränkung soll allerdings gemacht werden: Im Folgenden wird es ausschließlich um die Frage der Strafbarkeit medizinischer Versorgung von an der Front verwundeten Kämpfern gehen. In der Praxis nehmen Personen, die nach Syrien zum sog. Islamischen Staat gereist sind, in der Regel nicht nur eine Rolle wahr,²¹ und machen sich deshalb bereits aus anderen Gründen regelmäßig strafbar. Ferner sind Personen, die medizinische Aufgaben wahrnehmen jedenfalls an das humanitäre Völkerrecht gebunden,²² so dass bei Verstößen Völkerstrafaten vorliegen können.²³ Konzentriert man sich auf die Frage, wie wahrgenommene medizinische Aufgaben oder das Vorhaben, solche Aufgaben wahrzunehmen, zu bewerten sind, erlaubt das, die spezifisch an dieser Aufgabe hängenden Probleme zu verdeutlichen.

1. Der sog. Islamische Staat als ausländische terroristische Vereinigung im Sinne des §§ 129b i.V.m. 129a StGB

Der sog. Islamische Staat ist eine ausländische²⁴ terroristische Vereinigung²⁵ im Sinne des §§ 129b i.V.m. 129a StGB.²⁶ Als

einen der Angeklagten im Celler Verfahren, der als Massagetherapeut ausgebildet war, OLG Celle, Ur. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 136, 374 f. (juris).

¹³ Z.B. OLG Celle, Ur. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 181 (juris).

¹⁴ Schäfer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 129a Rn. 4 f. Zum Rechtsgut des § 129b StGB vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 129b Rn. 3.

¹⁵ Fischer (Fn. 14), § 129 Rn. 50.

¹⁶ § 129b StGB trat 2002 in Kraft, nachdem das Gesetzgebungsverfahren auf Grund der Anschläge auf das World Trade Center zügig durchgeführt wurde, vgl. dazu Schäfer (Fn. 14), § 129b Rn. 5. Er wurde nötig, da der BGH zuvor eine Zuständigkeit deutscher Gerichte in entsprechenden Konstellationen abgelehnt hatte, vgl. kritisch dazu Krefß, JA 2005, 220 (226 f.).

¹⁷ Zu einer sprachphilosophischen Kritik an dieser Verwendung des Begriffs „Terror“ vgl. Salazar (Fn. 7), S. 35 ff.

¹⁸ Vgl. OLG Celle, Ur. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 823, 863 (juris). Inwieweit das eine realistische Erwartung ist, ist aber zweifelhaft, vgl. dazu die Aussagen in der Dokumentation auf Arte von 2016 „Inside Rakka: IS-Deserteure packen aus“, Regisseure Dandois/Trégan. Danach werden Verwundete auch oft zurückgelassen.

¹⁹ Zu solchen Überlegungen vgl. OLG Celle, Ur. v. 7.12.2015 – 2 StE 6/15-3, 4-1/15, Rn. 822, 862 (juris).

²⁰ Vgl. Fischer (Fn. 14), § 129a Rn. 7, § 129 Rn. 11.

²¹ Der sog. Islamische Staat kann auf diese Weise die Kämpfer an die eigene Sache binden, und macht ihnen eine Rückkehr praktisch unmöglich, da die meisten in ihren Heimatländern mit langen Haftstrafen rechnen müssten.

²² Vorgaben für die medizinische Versorgung enthalten z.B. Art. 33 GK IV, Art. 7 Abs. 2 ZP II.

²³ Für Deutschland z.B. § 8 Abs. 1 Nr. 8 VStGB.

²⁴ Zu dem Verhältnis zu deutschen Ablegern vgl. BGHSt 56, 28 (32 ff.), Rn. 28 ff.; Kuhli, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 129 Rn. 9; Fischer (Fn. 14), § 129 Rn. 7.

Organisation ist er in der jetzigen Form und Bezeichnung Nachfolger verschiedener, bis ins Jahr 2004 zurückzufolgender Gruppen.²⁷ Ihm liegt eine fundamentalistische islamische Ideologie zu Grunde, deren Ziel die Errichtung eines auf diesem Verständnis des Islam beruhenden Gottesstaates, eines Kalifats, ist. Zu diesem Zweck bedienen sich die Mitglieder²⁸ des sog. Islamischen Staates verschiedener Mittel, zu denen vor allem massive Gewaltanwendungen gegen andere bewaffnete Gruppen und die Bevölkerung der eroberten Gebiete gehören. Die Gewalttaten erfüllen regelmäßig die in den § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1 und 2 StGB aufgezählten Delikte, zu denen unter anderem die hier interessierenden Kapitaldelikte (Mord, Totschlag) und die Völkerstrafaten (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen) zählen.²⁹ Das politische Ziel, ein Kalifat zu errichten, rechtfertigt nicht, dieses Ziel durch die Begehung von Straftaten im Sinne des § 129a StGB zu verfolgen.³⁰

2. *Strafbarkeit: Mitglied* – § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1, 2 StGB; *Unterstützung* – § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1, 2, 5 StGB; §§ 211 Abs. 2, 27 Abs. 1 StGB

Als Ansatzpunkt für eine Strafbarkeit der medizinischen Versorgung von Verwundeten in den Kampfgebieten kommen sowohl die Mitgliedschaft gemäß § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1, 2 StGB als auch die Unterstützung gem. § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1, 2, 5 StGB in Betracht. Die beiden Varianten unterscheiden sich in der Sache im Wesentlichen durch den Grad der Verbundenheit mit der Vereinigung. Rechtstechnisch ist die Strafbarkeit der Unterstützung gem. § 129b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 129a Abs. 1, 2, 5 StGB eine zur Täterschaft hochgestufte Beihilfehandlung.³¹

Eine Mitgliedschaft in der Vereinigung ist dann anzunehmen, wenn der Einzelne dauerhaft an den Tätigkeiten der Vereinigung teilnimmt, in der Vereinigung als Mitglied aner-

kannt ist und er als solches handelt,³² sich also in eine von der Vereinigung vorgegebene Rollenverteilung und Arbeitsteilung einfügt.³³ Rein passive Mitgliedschaft genügt aber nicht.³⁴ Denkbar sind z.B. logistische Tätigkeiten, die die Begehung von Straftaten erleichtern oder ermöglichen.³⁵ Als Unterstützung wären dagegen solche Handlungen erfasst, die – ohne dass der Täter Mitglied ist – in irgendeiner Weise geeignet sind, das Gefährdungspotential der Vereinigung zu stützen.³⁶ Entscheidend ist, dass die Handlungen letztlich der Vereinigung als solcher dienen,³⁷ unabhängig davon, ob die konkrete Handlung einer Einzelperson oder der Vereinigung zugutekommt.³⁸

In beiden Varianten hängt die Strafbarkeit letztlich davon ab, ob die medizinische Versorgung von Verletzten und Verwundeten eine Unterstützungshandlung für die Organisation und ihre Ziele sein kann: Die Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung setzt voraus, dass sich das Mitglied mit den Zielen der Organisation identifiziert, und zumindest plant, zukünftig Taten zu begehen, die der Verwirklichung dieser Ziele dienen. Das reine Einverständnis mit den Zielen der Vereinigung reicht ebenso wenig aus wie eine formale, aber passive Mitgliedschaft in der Vereinigung. Insofern hängt auch eine Strafbarkeit wegen Beteiligung als Mitglied in der ausländischen terroristischen Vereinigung letztlich davon ab, ob die Tätigkeit, die zu den Aufgaben der betreffenden Person zählt oder zählen soll, d.h. also hier die medizinische Versorgung von Mitgliedern der Vereinigung, als eine Tätigkeit qualifiziert werden kann, die die Ziele der Vereinigung fördert. Nichts Anderes gilt, wenn jemand diese Tätigkeit ausübt oder ausüben will, ohne Mitglied zu sein.

Auch die Strafbarkeit des Verhaltens als Einzeltat hängt davon ab, ob es als Beihilfe zu einer der Katalogtaten qualifiziert werden könnte, wenn die Versorgung von Verwundeten letztlich die Kampfkraft des sog. Islamischen Staates fördern würde, und von den wieder genesenen Kämpfern während Kampfhandlungen weitere Katalogtaten zu erwarten sind.

3. *Exkurs: Besonderer Status medizinischer Versorgung?*

Trotz der anzunehmenden fortdauernden Gefährlichkeit von medizinisch versorgten Kämpfern, die zumindest auch auf diese Behandlung zurückzuführen ist, sind Bedenken an einer an die medizinische Versorgung anknüpfenden Strafbarkeit von Personen nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen.

Medizinische Versorgung von Kranken und Verletzten wird unter normalen Umständen als so selbstverständlich angesehen, dass Diskussion über die Versorgung von Patienten sich in der Regel nur um das „Wie“, nicht aber um das

²⁵ Zum Vereinigungsbegriff in Anlehnung an § 2 Abs. 1 VereinsG vgl. *Krauß*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 129 Rn. 18; *Schäfer* (Fn. 14), § 129 Rn. 14. Zu den Unterschieden zur Bande vgl. *Ostendorf*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 129 Rn. 11 f.

²⁶ Ständige Rspr., vgl. nur BGH, Beschl. v. 18.6.2015 – AK 15/15, 15/16, Rn. 52 ff. m.w.N. (juris).

²⁷ Vgl. *Reuter* (Fn. 9), S. 55 ff.

²⁸ Zur Unterordnung der Einzelnen unter gemeinsame Zwecke in einem einheitlichen Verband vgl. *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 7 m.w.N.; *Schäfer* (Fn. 14), § 129 Rn. 14 m.w.N.

²⁹ Vgl. beispielhaft die Fälle in BGH, Beschl. v. 18.6.2015 – AK 15/15, 15/16, Rn. 52 m.w.N. (juris); BGH NJW 2016, 3604.

³⁰ Zur Entwicklung der politischen Delikte in Deutschland vgl. *Blasius*, *Geschichte der politischen Kriminalität in Deutschland*, 1983, S. 12 ff.

³¹ *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 30 m.w.N.

³² *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 24.

³³ *Ostendorf* (Fn. 25), § 129 Rn. 18.

³⁴ *Ostendorf* (Fn. 25), § 129 Rn. 18; *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 24.

³⁵ *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 24.

³⁶ *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 30.

³⁷ *Fischer* (Fn. 14), § 129 Rn. 30.

³⁸ *Krauß* (Fn. 25), § 129 Rn. 134; vgl. auch *Schäfer* (Fn. 14), § 129 Rn. 111 zu den Unterschieden zwischen § 129 StGB und §§ 129, 27 StGB.

das „Ob“ drehen. Dem ethischen Selbstverständnis medizinischer Berufe, die Versorgung von Patienten zu gewährleisten, korrespondieren je nach Rechtsordnung verschieden ausgestaltete Rechte auf medizinische Versorgung. Beispielhaft festgehalten findet sich die Beschreibung des Verhältnisses zum Patienten in einer modernisierten Version des hippokratischen Eides des Weltärztebundes³⁹ und der Deklaration von Lissabon⁴⁰ zu den Rechten des Patienten. Kernaussage aller dieser (rechtlich nicht verbindlichen⁴¹) Regeln ist, dass Patienten bestmöglich und unterschiedslos medizinisch versorgt werden sollen.⁴² Wird von staatlicher Seite interveniert, um eine solche Behandlung von Patienten zu unterbinden, führt dies normalerweise zu internationaler Kritik.⁴³ Offensichtlich wird in solchen Fällen ein zivilisatorisches Mindestmaß unterschritten, das kulturelle Grenzen überschreitet. Strafbarkeit an die medizinische Versorgung von Verwundeten zu knüpfen, sollte daher zumindest eine genaue Untersuchung der rechtlichen Rahmenbedingungen voraussetzen.⁴⁴

4. Teleologische Reduktion im Rahmen des Topos der neutralen oder sozialadäquaten Handlung

Geht man für die Zwecke der Untersuchung davon aus, dass eine medizinische Versorgung von Verwundeten tatsächlich weitere Kampfhandlungen ermöglicht, kann die rechtstechnische Frage darauf konzentriert werden, ob die Tatbestandsmerkmale „beteiligen als Mitglied“, „unterstützen“ in §§ 129b i.V.m. 129a StGB oder „Hilfe leisten“ in § 27 Abs. 1 StGB teleologisch reduziert werden können, oder ob es rechtliche Regelungen gibt, deren Regelungsgehalt vorrangig ist, so dass letztlich die medizinische Versorgung von Verwundeten nicht strafbar ist. Da die ersten zwei Varianten von der Strafbarkeit der letzten abhängen, soll im Folgenden die Beihilfedogmatik betrachtet werden.

Zu denken ist hier vor allem an die aus der allgemeinen Teilnahmedogmatik bekannten Topoi des „sozialadäquaten“,

„berufstypischen“ oder „neutralen“ Verhaltens,⁴⁵ das – trotz einer tatsächlich fördernden Wirkung – nicht strafbar ist.

Wann eine Handlung „neutral“, „berufstypisch“ oder „sozialadäquat“ ist, lässt sich letztlich nur an Hand einiger typischer Kriterien für den Einzelfall entscheiden. Die Rechtsprechung stellt grundsätzlich darauf ab, ob erkennbar ist, dass die unterstützte Tätigkeit ausschließlich darauf gerichtet ist, eine Straftat zu begehen, und welcher Art und Umfang das Wissen von den Plänen des anderen ist.⁴⁶ Hat die Unterstützungshandlung dagegen eine eigenständige Bedeutung, so dass sie auch ohne eine anschließende Straftat sinnvoll bleibt, soll sie nicht strafbar sein.⁴⁷ Dazu zählen in der Regel alltägliche oder berufstypische Handlungen, sofern dabei nicht wenigstens billigend in Kauf genommen wird, auf diese Weise eine Straftat zu fördern.⁴⁸ Positives Wissen von der Straftat ist allerdings grundsätzlich ausreichend, um die Strafbarkeit zu begründen.⁴⁹ Ob man dieses Verhalten dann als „neutral“, „berufstypisch“ oder „sozialadäquat“ bezeichnet, ist unerheblich.⁵⁰ In allen Fällen handelt es sich um den Versuch, den Anwendungsbereich der Norm teleologisch zu reduzieren, so dass nicht strafwürdiges Verhalten aus der Strafbarkeit ausgeschlossen wird. Im Folgenden wird hier mit dem Begriff „sozialadäquat“ gearbeitet.

a) Begriff der „sozialadäquaten“ Handlung

Bereits die Frage, was hier „sozialadäquat“ ist, wirft Probleme auf. Der Topos wird in innerstaatlichen Konstellationen verwendet, in denen typischerweise – selbst in den Fällen der §§ 129, 129a StGB – eine funktionierende gesellschaftliche und staatliche Infrastruktur besteht. Die geplanten oder begangenen Straftaten stehen neben der sonstigen Rechtsordnung, konstituieren oder prägen sie aber nicht.⁵¹ Niemand muss daher in seinem Gegenüber vorrangig und zuerst damit rechnen, einem Straftäter gegenüberzustehen und diesem gegebenenfalls zu helfen. Umgekehrt kann ein Straftäter auf diese Infrastruktur zurückgreifen, muss sie aber nicht selbst zur Verfügung stellen. Für die Situation eines bewaffneten Konflikts und in besetzten Gebieten lässt sich das aber nicht ohne Weiteres sagen.⁵² So ist es durchaus üblich, medizini-

³⁹ Vgl. Hilgendorf, Einführung in das Medizinrecht, 2016, Kap. 1 Rn. 15 ff.

⁴⁰ <http://www.bundesaerztekammer.de/patienten/patientenrechte/deklaration-von-lissabon/> (3.11.2017).

⁴¹ Zu der fragmentarischen Regelung des Medizinstrafrechts vgl. Hilgendorf (Fn. 39), Kap. 1 Rn. 18.

⁴² Vgl. dazu Hilgendorf (Fn. 39), Kap. 1 Rn. 14.

⁴³ Vgl. z.B. die Reaktion der UN auf das Vorgehen von Bahrain nach den Unruhen im Frühjahr 2011, abrufbar unter <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=39894&Kw1=Bahrain&Kw2=&Kw3=#.WOFK1Bj5xBw> (3.11.2017), <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=38279&Kw1=Bahrain&Kw2=medic&Kw3=#.WOFL5Bj5xBw>

(3.11.2017); ferner Katari, JGH 3 (2013), 33 (34).

⁴⁴ Das gilt nicht zuletzt auch deshalb, weil die Überlegungen zur Strafbarkeit auf viele – wenn auch nicht auf alle – der zivilen Ärzte zutreffen dürften, die im Konfliktgebiet verblieben sind. Unmittelbare Bedrohungssituationen, die diese rechtfertigen oder entschuldigen könnten, werden nicht immer anzunehmen sein.

⁴⁵ Dazu vgl. Fischer (Fn. 14), § 27 Rn. 16 ff. m.w.N.

⁴⁶ Zu den Kriterien der Rspr. vgl. Haas, in: Matt/Renzikowski (Fn. 24), § 27 Rn. 12; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 27 Rn. 10.

⁴⁷ Haas (Fn. 46), § 27 Rn. 12; BGH NSTz 2001, 364 (365).

⁴⁸ So Fischer (Fn. 14), § 27 Rn. 19c.

⁴⁹ So z.B. BGH NSTz 2000, 34; NSTz 2004, 41 (43).

⁵⁰ Allgemein kritisch zu einer Argumentation über diese Topoi Haas (Fn. 46), § 27 Rn. 16 ff.

⁵¹ Zum geringen Einfluss auch politisch motivierter Gewalttaten auf eine Gesellschaft vgl. Blasius (Fn. 30), S. 10.

⁵² Zur Hoheitsgewalt in besetzten Gebieten und den Aufgaben einer Besatzungsmacht vgl. ausführlich ICRC (Hrsg.), International Review of the Red Cross, Bd. 885, 2012. Ob und welche Regeln des internationalen Rechts für eine Besatzung eines Territoriums durch eine nichtstaatliche Gruppe

sches Personal bei den Kampfeinheiten vorzuhalten. Ferner werden dort eingesetzte Personen wissen, dass sie Kämpfer versorgen, die danach – wenn möglich – wieder in den Kampf zurückkehren werden.

Was „sozialadäquat“ ist und welche Bedeutung dem Wissen um die Umstände zukommt, lässt sich daher angemessen nur sagen, wenn man die besonderen Herausforderungen, denen Personen in bewaffneten Konflikten ausgesetzt sind, berücksichtigt.⁵³ Rechtlich ist die Besonderheit des bewaffneten Konflikts im humanitären Völkerrecht angesprochen, das neben das in Friedenszeiten geltende Recht tritt.⁵⁴

b) „Sozialadäquates“ Verhalten in einem bewaffneten Konflikt

aa) Relevanz des Rechtsrahmens des humanitären Völkerrechts

Das humanitäre Völkerrecht regelt die Rechtsstellung der an bewaffneten Konflikten beteiligten Personen und der Zivilisten, die sich in den Gebieten aufhalten, in denen bewaffnete Konflikte ausgetragen werden. Es trennt den Schutz von Personen⁵⁵ während des Krieges von der Frage danach, welche Konfliktpartei die Gerechtigkeit auf ihrer Seite zu haben meint.⁵⁶

gelten, ist unklar. Dazu vgl. *Sivakumaran*, *The Law of Non-International Armed Conflict*, S. 529 ff.

⁵³ Zu denken ist auch an Art. 3 Abs. 1 GG. Eine gleichmäßige Anwendung auf eine Friedensordnung und den bewaffneten Konflikt begegnet zumindest deshalb Zweifeln, weil – trotz aller Überlappungen der Rechtsregime – unterschiedliche Regeln für den Frieden und den bewaffneten Konflikt gelten. Vergleichsgruppen wären dann das medizinische Personal im Frieden und im bewaffneten Konflikt.

⁵⁴ Zum allgemeinen Verhältnis von *ius ad bellum* und *ius in bello* vgl. *Ipsen*, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2014, § 60 Rn. 9; *Vitzthum/Proelß/Bothe*, *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2016, 8. Abschn. Rn. 56 ff. Zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht vgl. u.a. *Kleffner*, in: *Gill/Fleck* (Hrsg.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2011, S. 51 ff.

⁵⁵ Zu diesem „Leitmotiv“ des humanitären Völkerrechts ICRC (Hrsg.), *Commentary Geneva Convention*, Bd. 1, 2016, Art. 3 Rn. 550.

⁵⁶ Durch die Trennung von *ius ad bellum* und *ius in bello* stellt das humanitäre Völkerrecht eine Gleichheit zwischen den Akteuren her. Praktisch zeigen sich hier aber die Schwächen eines Regelungsregimes, das auf Symmetrie zwischen den Konfliktparteien aufbaut, vgl. dazu *Münkler*, *Kriegssplitter*, 2015, S. 316 f. Andererseits hat es rechtlich nach wie vor eine Existenzberechtigung, so auch *Vitzthum/Proelß/Bothe* (Fn. 54), 8. Abschn. Rn. 27. Zwar verbietet Art. 2 Nr. 4 UN-Charta grundsätzlich Angriffe auf andere Mitgliedstaaten. Eine Feststellung und Sanktionen der internationalen Gemeinschaft setzen aber eine Resolution des Sicherheitsrats (Art. 39 UN-Charta) voraus und sind damit zumindest davon abhängig, dass die Ständigen Mitglieder kein Veto einlegen.

Abhängig davon, um welche Art von Konflikt es sich handelt, sind in der Haager Landkriegsordnung, aber insbesondere in den Genfer Konventionen, deren Zusatzprotokollen und dem daraus entstandenen Völkergewohnheitsrecht, Rechte und Pflichten verschiedener Personengruppen niedergelegt, die neben das jeweilige in Friedenszeiten geltende Rechtsregime treten.⁵⁷ Auch unter der Geltung des humanitären Völkerrechts ist eine individuelle Strafbarkeit von Personen zwar nicht ausgeschlossen; insbesondere die Strafbarkeit für Völkerstraftaten besteht unabhängig vom Status einer Person.⁵⁸ Durch das humanitäre Völkerrecht können aber die Verhaltensnormen für den Einzelnen modifiziert sein.

bb) Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auf Kämpfer des sog. Islamischen Staats

Findet in einer Region ein (internationaler oder nichtinternationaler) bewaffneter Konflikt statt, ist humanitäres Völkerrecht mit den Regeln anwendbar, die für den jeweiligen Konflikt gelten. Da die Kämpfe in Syrien und dem Irak überwiegend⁵⁹ nicht zwischen zwei Staaten stattfinden,⁶⁰ stellt sich insoweit dann die Frage nach dem Vorliegen eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts.

Ein nichtinternationaler bewaffneter Konflikt liegt dann vor, wenn Feindseligkeiten entweder zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Kräften oder zwischen mehreren nichtstaatlichen Kräften ein gewisses Mindestmaß überschreiten.⁶¹ Indiz dafür ist z.B., wenn die Regierungspartei mit militärischen Mitteln gegen die Aufständischen vorgehen muss, weil der Einsatz von Polizei nicht mehr ausreichend wäre.⁶² Nichtstaatliche Kräfte müssen darüber hinaus als Konfliktpartei eingeordnet werden können. Das setzt voraus, dass ihre Kämpfer über ein Mindestmaß an militärischer Organisation verfügen,⁶³ d.h. in verantwortliche⁶⁴ Befehlshierarchien ge-

⁵⁷ Zum Verhältnis von humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten vgl. *Greenwood*, in: *Fleck* (Hrsg.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2. Aufl. 2008, Rn. 254 ff.

⁵⁸ Vgl. zur Bindung an das humanitäre Völkerrecht auch für die nichtstaatlichen Akteure *Fleck*, in: *Fleck* (Fn. 57), Rn. 1207, 1218.

⁵⁹ Soweit die Türkei oder die USA gegen syrische Regierungstruppen kämpfen, liegt ein internationaler bewaffneter Konflikt vor. Vgl. dazu die Einschätzung des IRK, <http://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-syria-redcross-idUSKBN17924T> (3.11.2017).

⁶⁰ Zum internationalen bewaffneten Konflikt *Greenwood* (Fn. 57), Rn. 202.

⁶¹ Vgl. UK Ministry of Defence (Hrsg.), *The Manual of the Law of Armed Conflict*, Rn. 15.3 ff.; *David*, in: *Clapham/Gaeta* (Hrsg.), *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, 2014, S. 356 ff.; *Fleck* (Fn. 58), Rn. 1205.

⁶² Als Beispiel bei

<https://casebook.icrc.org/glossary/non-international-armed-conflict> (3.11.2017) genannt.

⁶³ In Art. 1 Abs. 1 ZP II als „dissident armed forces“ oder „other organized armed group“ bezeichnet, dazu vgl. *David* (Fn. 61), S. 359; *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 184 f.; vgl.

gliedert sind, die es der Gruppe erlauben, dauerhaft und strategisch Angriffe auf militärische Ziele zu planen.⁶⁵ Ferner müssen die Kämpfer äußerlich von der Zivilbevölkerung unterschieden werden können.⁶⁶ Eine Anerkennung durch die, i.d.R. staatliche, Gegenseite ist nicht erforderlich. Die Einordnung als Konfliktpartei beruht auf einer faktischen Beteiligung an Kämpfen,⁶⁷ die eine gewisse Intensität erreichen. Nur so lässt sich das Regelungsziel der Genfer Konvention, das *ius in bello* unabhängig von dem *ius ad bellum* zu regeln, erreichen.⁶⁸ Diese faktische Anerkennung als Konfliktpartei hat allerdings keine Auswirkungen auf die Legitimität oder den rechtlichen Status der nichtstaatlichen Konfliktpartei oder ihrer Kämpfer.⁶⁹

Die frei verfügbaren Informationen legen nahe, dass der sog. Islamische Staat die Voraussetzung einer Konfliktpartei eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts erfüllt.⁷⁰ Davon geht letztlich auch die Rechtsprechung aus, wenn sie feststellt, dass sich der sog. Islamische Staat als (revolutionäre⁷¹) Ordnungsmacht in der Region etabliert habe.⁷² Der sog. Islamische Staat strebt in einem Gebiet, das sich über den gesamten Nahen Osten erstreckt, die Errichtung eines islamischen Staates, des Kalifats, an. Zu diesem Zweck führt der sog. Islamische Staat seit einigen Jahren einen bewaffneten Kampf mit verschiedenen Parteien im Irak und in Syrien.

<https://casebook.icrc.org/glossary/non-international-armed-conflict> (3.11.2017).

⁶⁴ Dazu vgl. *David* (Fn. 61), S. 360.

⁶⁵ Vgl. ICRC (Hrsg.), *Commentary Additional Protocol*, Bd. 2, Rn. 4463; *David* (Fn. 61), S. 359. Zu den auch im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt geltenden Regeln für militärische Angriffe vgl. *Fleck* (Fn. 58), Rn. 1203, 1212.

⁶⁶ Zu den Anforderungen, die an nichtstaatliche Gruppen gestellt werden, vgl. *Cassese*, in: Clapham/Gaeta (Fn. 61), S. 9; zum Unterscheidungsgebot in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten vgl. *David*, in: Clapham/Gaeta (Fn. 61), S. 353.

⁶⁷ Vgl. *David* (Fn. 61), S. 353.

⁶⁸ Auf diese Weise stellt das humanitäre Völkerrecht eine Gleichheit zwischen den Akteuren her, vgl. dazu mit Blick auf neue Überlegungen zum Recht im Bürgerkrieg v. *Kielmansegg*, JZ 2014, 373 (381). Praktisch zeigen sich hier aber die Schwächen eines Regelungsregimes, das auf Symmetrie zwischen den Konfliktparteien aufbaut, vgl. dazu *Münkler* (Fn. 56), S. 316 f.

⁶⁹ Vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 205 ff.; *Fleck* (Fn. 58), Rn. 1213 ff.

⁷⁰ Sehr zurückhaltend, wegen des Neutralitätsgebots aber verständlich, das ICRC, abrufbar unter

<https://www.icrc.org/en/document/applicability-ihl-terrorism-and-counterterrorism> (3.11.2017), das sich im Wesentlichen mit einem Vergleich mit Al Qaida begnügt.

⁷¹ Dazu *Salazar* (Fn. 7), S. 170 ff. Zum Urteilen über eine (politische, ideologische) Überzeugung auch *Trévidic*, *Au coeur de l'antiterrorisme*, 2011, S. 55.

⁷² Ständige Rspr., vgl. nur BGH, Beschl. v. 2.7.2014 – AK 13-14/14, Rn. 13; BGH, Beschl. v. 18.6.2015 – AK 15/15, 15/16, Rn. 20.

Trotz einiger militärischer Rückschläge im letzten Jahr beherrscht, bzw. beherrschte er beträchtliche Gebiete in Syrien und im Irak, in denen er beachtliche Herrschafts- und Verwaltungsstrukturen aufgebaut hat.⁷³ Der sog. Islamische Staat hat die komplette Infrastruktur der von ihm beherrschten Gebiete in ein hierarchisches System eingebunden. Das selbsterklärte Ziel ist eine organisierte Herrschaftsgewalt, die – auch wenn sie sich ausdrücklich von westlichen oder sonstigen modernen Staatsstrukturen distanzieren möchte – alle Funktionen von Staatlichkeit übernehmen will. Der sog. Islamische Staat rekrutiert seine Kämpfer aus einheimischen wie ausländischen Freiwilligen, die eine intensive Kampfausbildung durchlaufen. Die Schlagkraft dieser Truppe hat sich in zahlreichen Kämpfen mit syrischen, irakischen, kurdischen und sonstigen Gruppen gezeigt. Der insgesamt transnationale Konflikt, an dem der sog. Islamische Staat beteiligt ist, zerfällt dabei letztlich in zwei nichtinternationale bewaffnete Konflikte in Syrien und im Irak.⁷⁴

cc) Strafbarkeit von IS-Kämpfern unter Geltung des humanitären Völkerrechts

Das schließt selbstverständlich nicht aus, dass sich die Kämpfer des sog. Islamischen Staates strafbar machen können.⁷⁵ Auch wenn für einen nichtinternationalen bewaffneten Konflikt das humanitäre Völkerrecht gilt, ist damit kein Freibrief für jedwede Tat verbunden. Eroberte und besetzte Gebiete werden einer Herrschaft unterworfen, die auf der Interpretation des Korans und der Scharia durch den Islamischen Staat beruht. Daher kommt es in diesen Gebieten im Zug der Eroberungen und Besetzungen regelmäßig zu Massentötungen, Vertreibungen, Verbrechen gegen die sexuelle Selbstbestimmung und sonstigen Völkerstraftaten, die sich vor allem gegen die Zivilbevölkerung in diesen Gebieten richten. Diese Art von Taten wird gelegentlich auch für das humanitäre Völkerrecht als terroristisch bezeichnet, da und soweit sich die Taten primär gegen die Zivilbevölkerung richten.⁷⁶ Ein zielgerichtetes Vorgehen gegen die Zivilbevölkerung verstößt gegen das für das humanitäre Völkerrecht grundlegende Unterscheidungsgebot zwischen militärischen Zielen und der Zivilbevölkerung.⁷⁷ In der Sache unterscheidet sich die Rechtslage aber hier nicht von derjenigen, die auch für Angehörige regulärer Streitkräfte in einem – internationalen oder nichtinternationalen – bewaffneten Konflikt gilt.

⁷³ Zur Kontrolle über Territorium als Voraussetzung der Anwendung des ZP II vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 185 ff.

⁷⁴ In ihnen kämpft die gleiche Gruppe jeweils gegen einen anderen staatlichen Akteur. Zu dieser Einordnung von „transnationalen“ Konflikten *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 229.

⁷⁵ Die Entscheidung über Strafbarkeiten für die Beteiligung an nichtinternationalen bewaffneten Konflikten ist grundsätzlich eine innerstaatliche, souveräne Angelegenheit, vgl. UK Ministry of Defence (Fn. 61), Rn. 15.6.2.

⁷⁶ So zusammenfassend das IRK, abrufbar unter <https://www.icrc.org/en/document/what-does-ihl-say-about-terrorism> (3.11.2017).

⁷⁷ Zum Verbot unterschiedsloser Angriffe vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 347 f.

Unterschiede ergeben sich allerdings insoweit, als sich Angriffe gegen militärische Ziele richten. Der sog. Islamische Staat greift unbestritten in gegnerischen Kampfverbänden, deren Infrastruktur und Material auch militärische Ziele⁷⁸ an. Neuere Untersuchungen zeigen z.B., dass selbst die Selbstmordattentate inzwischen überwiegend von einheimischen Kämpfern gegen militärische Ziele eingesetzt werden.⁷⁹ Als Teilnehmer an einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt wählen die Kämpfer des sog. Islamischen Staates damit zwar legitime, weil militärische Ziele aus. Da sie aber keine staatlichen, regulären Streitkräfte sind, fehlt ihnen das sog. Kombattantenprivileg, d.h. sie dürfen sich (rechtlich) nicht an Kämpfen beteiligen und insbesondere nicht töten.⁸⁰ Diese Ambivalenz ihres Rechtsstatus hat zur Folge, dass sie zwar keine Kriegsverbrechen begehen, wenn sie nach humanitärem Völkerrecht erlaubte, d.h. militärische Ziele angreifen.⁸¹ Nach dem Maßstab des nationalen Rechts, das für das unkämpfte Territorium nach wie vor gilt, sind sie aber Zivilisten, die zu den Waffen greifen und an Kämpfen teilnehmen.⁸² Für diese Handlungen gilt dann das in Friedenszeiten geltende Recht, inklusive des Strafrechts, so dass sich die Kämpfer nach dem lokalen Strafrecht insbes. wegen Tötungsdelikten strafbar machen können, wenn sie an bewaffneten Auseinandersetzungen teilnehmen.⁸³ Auch das humanitäre Völkerrecht

⁷⁸ Unter „militärischem Ziel“ ist im internationalen und im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt das gleiche zu verstehen, vgl. dazu UK Ministry of Defence (Fn. 61), Rn. 15.9.1.

⁷⁹ Vgl. dazu die Studie bei Winter, War by Suicide: A Statistical Analysis of the Islamic State's Martyrdom Industry, The International Centre for Counter-Terrorism – The Hague, 2017, S. 17 ff. Er sieht Ähnlichkeiten zu den Kamikazefliegern (S. 3, 24), und auch die Verwandtschaft zu „Himmelfahrtskommandos“ wird deutlich (S. 4 f.). Zum Verhältnis zu diesen vgl. Freudenberg, Theorie des Irregulären, 2008, S. 222 f.

⁸⁰ Dazu und zu der rechtlich unglücklichen Formulierung als „unlawful combatants“ vgl. Dörmann, in: Clapham/Gaeta (Fn. 61), S. 606 f.; ausführlich zu der Diskussion um einen Kombattantenstatus auch für nichtstaatliche Gruppen Kreß, JZ 2014, 365 (370 ff.), der darauf hinweist, dass die beiden Seiten für ihre Ansichten letztlich humanitäre Gründe vorbringen.

⁸¹ Vgl. ICRC (Hrsg.), Report on International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts, 2015, S. 14.

⁸² Vgl. zum Verhältnis von Kombattant und Zivilist in Bezug auf Kampfhandlungen Dörmann (Fn. 80), S. 618.

⁸³ Zu Überlegungen, den Status von bewaffneten Gruppen im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt zu stärken, sofern sich die Kämpfer an das humanitäre Völkerrecht halten, vgl. Clapham, in: Clapham/Gaeta (Fn. 61), S. 768. Er geht zudem davon aus, dass die Bindung an das humanitäre Völkerrecht vergleichbar der Bindung an das Völkerstrafrecht durch die Staaten auch für Personen auf ihrem Territorium begründet werden kann (S. 778). So auch Sivakumaran (Fn. 52), S. 236 ff.; auch insoweit wird dadurch die Völkerrechtssub-

geht davon aus, dass für die Teilnehmer an bewaffneten Auseinandersetzungen in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten grundsätzlich eine Strafbarkeit nach nationalem Recht begründet werden kann. Art. 6 Abs. 5 Zusatzprotokoll II zu den Genfer Konventionen über den Schutz von Opfern nicht-internationaler bewaffneter Konflikte (ZP II) erkennt das selbst vertragsrechtlich für den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt an, auch wenn er der staatlichen Konfliktpartei nahelegt, nach Abschluss der Kampfhandlungen Amnestien für die Teilnahme an Kampfhandlungen in Erwägung zu ziehen.⁸⁴ Die Reichweite der Strafbarkeit liegt daher grundsätzlich in der Regelungshoheit der Staaten.

dd) Sozialadäquanz der Versorgung wegen Art. 3 GK; ZP II

Für medizinische Tätigkeiten sieht Art. 10 Abs. 1 ZP II allerdings ausdrücklich vor, dass Personen nicht bestraft werden dürfen, wenn sie medizinische Aufgaben wahrnehmen.⁸⁵ Anders als Art. 10 Abs. 3 und 4 ZP II enthält Abs. 1 auch keinen Vorbehalt für die Anwendung des nationalen Rechts. Art. 9 Abs. 1 ZP II legt fest, dass Sanitätspersonal bei seiner Arbeit unterstützt werden soll. Nun handelt es sich bei dem ZP II allerdings um Zusatzabkommen zu den Genfer Konventionen, die weder von Syrien noch vom Irak ratifiziert wurden.⁸⁶ Deutschland, das Vertragspartei des ZP II ist, ist wiederum nicht Konfliktpartei. Das ZP II gilt deshalb als Vertragsrecht nicht auf den Territorien Syriens und Iraks und ist daher für den vorliegenden Konflikt nicht anwendbar.⁸⁷ Letztlich kommt es für die hier interessierende Frage aber auf

jektivität des Individuums, hier dann der Kämpfer einer nichtstaatlichen Gruppe, bestätigt, vgl. allgemein zusammenfassend zu den Voraussetzungen der Völkerrechtssubjektivität Peters, Jenseits der Menschenrechte, 2014, S. 50 f.

⁸⁴ Dazu Fleck (Fn. 58), Rn. 1220. Zu entsprechenden Regelungen im Islamischen Recht vgl. Tabassum, in: ICRC (Hrsg.), International Review of the Red Cross, Bd. 881, 2011, S. 128.

⁸⁵ Diese Regelung entspricht Art. 16 Abs. 1 ZP I. Der Kommentar zum ZP II (Rn. 4714) betont ausdrücklich, dass bereits der Schutz und die Schonung des Sanitätspersonals sogar die Pflicht beinhalten, deren Arbeit zu fördern, und verweist auf Art. 19 GK I,

<https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=EDB39A930FD7869C12563CD0043A86D> (3.11.2017).

⁸⁶ Jeweiliger Ratifikationsstand abrufbar unter <https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountry.xsp> (3.11.2017).

⁸⁷ Der BGH hält das ZP I allerdings grundsätzlich für anwendbar, auch wenn er im konkreten Fall die Tatbestandsvoraussetzungen für Junud al-Sham nicht erfüllt sieht, vgl. BGH, Beschl. v. 16.10.2014 – AK 32/14, Rn. 24 (juris), wo eine (im Ergebnis nicht vorliegende) Rechtfertigung für die Mitglieder der Gruppe aufgrund des Kombattantenprivilegs erwogen wird. In der Entscheidung BGH NStZ-RR 2014, 274 (275) lehnt der BGH dagegen die Anwendbarkeit des ZP I auch deshalb ab, weil weder die Türkei noch die PKK Vertragspartei sind.

die vertragliche Geltung des ZP II nicht an.⁸⁸ Es besteht Einigkeit, dass die besondere Stellung des medizinischen Personals sowohl gewohnheitsrechtlich⁸⁹ als auch über den gemeinsamen Art. 3 Genfer Konventionen (GK) im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt gilt.⁹⁰ Soweit verpflichten die Regelungen auch den nichtstaatlichen Akteur,⁹¹ hier also den sog. Islamischen Staat.

Art. 3 GK enthält einen Mindeststandard eines Rechtsregimes, das den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt (Bürgerkrieg) und dabei insbesondere die Behandlung von Gefangenen und Zivilpersonen regelt. Er sieht in Art. 3 Abs. 2 GK ausdrücklich vor, dass Verwundete und Kranke geborgen und gepflegt werden sollen. Art. 3 GK gilt als „Mini-Konvention“⁹² und verpflichtet die Vertragsstaaten (und inzwischen als Völkergewohnheitsrecht die gesamte Staaten-gemeinschaft inklusive der nichtstaatlichen Konfliktparteien⁹³) auf ein Mindestmaß an Humanität⁹⁴ auch in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten. Ziel von Art. 3 GK war es gerade auch, die am Konflikt beteiligten (staatlichen) Parteien auf eine von humanitären Gesichtspunkten geleitete Behandlung der Gegner zu verpflichten, und sich davon zu lösen, die Gegner als „gewöhnliche Kriminelle“ zu behandeln.⁹⁵

Nach humanitärem Völkerrecht ist die Versorgung von Verwundeten und Kranken nicht verboten. Im Gegenteil ist sie die Kernaufgabe,⁹⁶ die das humanitäre Völkerrecht ermöglichen soll, und in Art. 3 Abs. 2 GK als Aufgabe und Gebot formuliert. Art. 3 Abs. 2 GK sieht sie für alle Konflikte verbindlich vor, und gilt, da es sich auch um Völkergewohnheitsrecht handelt,⁹⁷ nach Art. 25 GG unmittelbar mit Vorrang vor den Bundesgesetzen. Art. 3 Abs. 2 GK knüpft unmittelbar an eine Handlung an, die Versorgung von Ver-

wundeten und Kranken, ohne dass eine spezifische organisatorische Einbindung erforderlich wäre. Daher ist Art. 3 Abs. 2 GK auch unmittelbar anwendbar.⁹⁸ Da die medizinische Versorgung von Kranken und Verwundeten damit nach geltendem Recht auch für den nichtinternationalen bewaffneten Konflikt vorgesehen ist, sind entsprechende Handlungen im Kontext eines bewaffneten Konflikts sozialadäquat.

Unabhängig von der Frage, ob man auch dem Verbot, für die Ausübung einer medizinischen Tätigkeit eine Strafe zu verhängen, eine gewohnheitsrechtliche Geltung zusprechen kann, ist die Nichtstrafbarkeit dieses Verhaltens jedenfalls konsequent.

Personen, die als Teil einer kämpfenden Gruppe medizinische Aufgaben wahrnehmen, sind im humanitären Völkerrecht als Regelfall vorgesehen. Die Versorgung von Kranken und Verwundeten steht nicht unter dem Vorbehalt, dass kämpfende Truppen keine Straftaten begehen.⁹⁹ Besteht eine Pflicht der Konfliktparteien, Kranke und Verwundete zu versorgen, braucht man Personen, die diese Pflicht erfüllen können, dann aber auch ein dieser Pflicht entsprechendes Recht haben, die Aufgabe zu erfüllen.¹⁰⁰ In der deutschen Rechtsordnung sollte dies umso mehr berücksichtigt werden, als Deutschland als Vertragsstaat des ZP II sich zu dem in Art. 10 Abs. 1 ZP II geregelten Grundsatz bekannt hat. Dieser bringt letztlich ein allgemeines humanitäres Prinzip zum Ausdruck, dessen Gültigkeit für die deutsche Rechtsordnung nicht davon abhängt, ob auch andere dieses Prinzip vertraglich anerkannt haben.

ee) Wissen von den Straftaten

Vor diesem Hintergrund schadet dann auch positive Kenntnis von Straftaten, die durch die an den Kämpfen beteiligten Personen begangen werden, nicht. Zwar begehen die Kämpfer des sog. Islamischen Staates Straftaten. Dabei handelt es sich sowohl um Völkerstrafaten, als auch um „gewöhnliche“ Tötungs- und Körperverletzungsdelikte.¹⁰¹ Da die Kämpfer des sog. Islamischen Staates jedenfalls nicht als reguläre

⁸⁸ Zu denken ist auch daran, dass für eine Tat immer das jeweils mildeste Gesetz anwendbar ist (§ 2 Abs. 3 StGB), und nach § 7 StGB eine Strafverfolgung voraussetzt, dass die Tat in beiden Rechtsordnungen mit Strafe bedroht ist.

⁸⁹ Zu einer völkergewohnheitsrechtlichen Geltung vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 277 f. und S. 374.

⁹⁰ Vgl. Rule 28 ICRC IHL Database, https://ihldatabases.icrc.org/customaryihl/eng/docs/v1_rul_ru_1e28 (3.11.2017); ablehnend *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 277.

⁹¹ ICRC (Fn. 55), Art. 3 Rn. 504.

⁹² <https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=466097D7A301F8C4C12563CD00424E2B> (3.11.2017); Vgl. auch UK Ministry of Defence (Fn. 61), Rn. 15.4.

⁹³ *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 105, 236.

⁹⁴ Zur Humanität als grundlegendem Prinzip vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 254 ff.; ICRC (Fn. 55), Art. 3 Rn. 550 ff.

⁹⁵ <https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=466097D7A301F8C4C12563CD00424E2B> (3.11.2017); zu dieser Tendenz auch *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 204.

⁹⁶ ICRC (Fn. 55), Art. 3 Rn. 550 ff.; zu den Anforderungen an medizinische Einheiten vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 373 f.

⁹⁷ Für völkerrechtliche Verträge gilt Art. 59 Abs. 2 GG.

⁹⁸ Zur Voraussetzung der innerstaatlichen Anwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht vgl. *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 25 Rn. 27.

⁹⁹ Das humanitäre Völkerrecht kennt – anders als sonstiges Völkervertragsrecht – keine Gegenseitigkeitserwägungen für geschützte Personen. Die Verpflichtungen sind insoweit einseitige Bindungserklärungen, vgl. dazu nur ICRC (Fn. 55), Art. 21 Rn. 1854.

¹⁰⁰ Vgl. z.B. *Vitzthum/Proelß/Bothe* (Fn. 54), 8. Abschn. Rn. 79. Einschränkend allerdings für die nichtstaatlichen Akteure *Lewis/Modirzadeh/Blum*, *Medical Care in Armed Conflict: International Humanitarian Law and State Responses to Terrorism* (Harvard Law School Program on International Law and Armed Conflict [HLS PILAC]), 2015, S. 82 f., <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:22508590> (3.11.2017), die nur auf den jeweiligen Wortlaut von Art. 3 GK und Art. 10 ZP II abstellen.

¹⁰¹ Die dann auch nach syrischem oder irakischem Strafrecht strafbar sind.

Kampfeinheiten eines Staates an einem internationalen bewaffneten Konflikt teilnehmen, haben sie deshalb keinen Kombattantenstatus und können sich nicht auf das Kombattantenprivileg¹⁰² berufen.¹⁰³ Jedenfalls mit jeder „typischen“ Beteiligung an einem bewaffneten Konflikt machen sie sich daher strafbar.

Ferner ist ohne Weiteres anzunehmen, dass Personen, die sich – aus welchem Grund auch immer – zur Zeit der Kämpfe im Gebiet Syriens oder des Iraks aufhalten, von diesen Kämpfen Kenntnis haben.¹⁰⁴ Sind sie als medizinisches Personal den Kampfverbänden zugewiesen, gilt das erst recht. Da das humanitäre Völkerrecht die Eingliederung des medizinischen Personals in die jeweiligen kämpfenden Verbände aber auch in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten vorsieht, und sie auch unter diesen Umständen zu den zu schützenden Personen zählt,¹⁰⁵ kann es nicht darauf ankommen, dass die von ihnen zu versorgenden Personen Straftaten nach nationalem Recht begehen.

ff) Sonstige Überlegungen auf Grund staatlicher Schutzpflichten

Die Strafbarkeit von medizinischem Personal erscheint aber noch aus einem weiteren Gesichtspunkt zweifelhaft. Mit der Sanktion als ein strafwürdiges Verhalten ist umgekehrt das Gebot verknüpft, die entsprechende Handlung zu unterlassen. Hielte sich das medizinische Personal an dieses Gebot, hätte das in der Regel zur Folge, dass die verwundeten Kämpfer sterben würden. Die Rechtsordnung würde damit ausdrücken, dass sie es vorzieht, die Kämpfer sterben zu sehen, als ihnen medizinische Hilfe zukommen zu lassen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre mit einer Sanktionierung aber der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG berührt. Nun ist es zwar unter bestimmten Umständen durchaus denkbar, dass der Staat die Tötung von Personen in Kauf nimmt, insbesondere wenn diese eine Gefahr für andere sind.¹⁰⁶ So ist insbe-

sondere ein bewaffneter Konflikt eine solche Situation, in der der Staat mittels seiner regulären Streitkräfte sogar gezielt darauf hinarbeiten darf, Personen zu töten. Das setzt aber voraus, dass es sich dabei (noch) um militärische Ziele handelt.¹⁰⁷ Genau das sind die Kämpfer aber ab dem Moment nicht mehr, in dem sie verletzt sind. Sie sind dann hors de combat und damit geschützte Personen im Sinne des humanitären Völkerrechts.¹⁰⁸ Die Voraussetzungen für eine gezielte Tötung liegen damit nicht mehr vor. Dann greift aber wiederum die auf Grund von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ebenfalls bestehende Schutzpflicht für das Leben,¹⁰⁹ die den Staat verpflichtet zu gewährleisten, dass das Recht auf Leben nicht durch andere beeinträchtigt wird. Genau diese (abschreckende) Folge sollte aber eine Sanktionierung der Versorgung von Verwundeten als Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung haben.

Soweit Art. 3 GK bzw. das entsprechende Völkergewohnheitsrecht daher anwendbar sind, stellen sie im Verhältnis zum weiterhin geltenden nationalen Recht eine Sonderregelung da, um die Staaten auch im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt auf ein Mindestmaß an Humanität zu verpflichten.¹¹⁰

5. Zusammenfassung

Die Versorgung von Verwundeten und – allgemeiner – die Wahrnehmung medizinischer Aufgaben in einem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt ist ein Verhalten, das – als solches¹¹¹ – durch das geltende humanitäre Völkerrecht in besonderer Weise privilegiert ist. Es führt für sich genommen daher nicht zu einer Strafbarkeit nach deutschem Recht.

sind. Zu dieser kontroversen Diskussion vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 370 ff.

¹⁰⁷ Zu den Voraussetzungen, wann eine nichtstaatliche Gruppe ein militärisches Ziel im Sinne des humanitären Völkerrechts darstellt und ihre Mitglieder dann keine Zivilpersonen mehr sind, vgl. *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 365 ff.

¹⁰⁸ Vgl. UK Ministry of Defence (Fn. 61), Rn. 15.10.1; *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 273 ff.

¹⁰⁹ Dazu *Kunig* (Fn. 106), Art. 2 Rn. 55. Man könnte hier auch an eine Lösung über die strafrechtliche Sanktionierung der unterlassenen Hilfe denken. Eine (für die Zwecke des Arguments angenommene) Strafbarkeit nach § 323c StGB dürfte zwar spätestens daran scheitern, dass die Hilfeleistung in einer Konfliktsituation nicht zumutbar wäre. Akzeptiert man aber die besondere Bedeutung des humanitären Völkerrechts in diesen Konstellationen, d.h. insbesondere die Sonderstellung des medizinischen Personals, dann käme bei einer nicht durchgeführten Versorgung auch eine Strafbarkeit wegen Unterlassens in Betracht (§ 13 StGB). Zur Strafbarkeit des Arztes bei Verweigerung der Behandlung allgemein *Frister/Lindemann/Peters*, *Arztstrafrecht*, 2011, Kap. 1 Rn. 154 ff.

¹¹⁰ Vgl. dazu *Dörmann* (Fn. 80), S. 617 f.

¹¹¹ Verstößt medizinisches Personal gegen die Regeln des humanitären Völkerrechts, kann es sich selbstverständlich strafbar machen.

¹⁰² Zum Kombattantenprivileg vgl. nur *BMVg* (Hrsg.), *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten*, Handbuch, ZDv 15/2, 2013, Rn. 319 ff.; *Kreß*, *JZ* 2014, 365 (367 ff.); *Vitzthum/Proelß/Bothe* (Fn. 54), 8. Abschn. Rn. 66.

¹⁰³ Zu einer vergleichbaren Konstellation bei der Vereinigung Junud al-Sham vgl. *BGH*, *Beschl. v. 16.10.2014 – AK 32/14*, Rn. 24 (juris).

¹⁰⁴ Ob ein einzelner Verwundeter, der versorgt werden soll, an Kämpfen beteiligt war und gegebenenfalls wieder sein wird, lässt sich dagegen nicht zwingend erkennen. Insbesondere für Ärzte in zivilen Krankenhäusern weitab von der Front muss dies nicht auf der Hand liegen.

¹⁰⁵ *Sivakumaran* (Fn. 52), S. 373. Das gilt selbst dann, wenn sie die äußerlichen Voraussetzungen nicht erfüllen, (S. 278 f.), speziell für den Anwendungsbereich des ZP II (Art. 9 Abs. 1 ZP II).

¹⁰⁶ Zum polizeilichen Todesschuss vgl. *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 98), Art. 2 Rn. 53. Auch im Zusammenhang mit geltenden Menschenrechten wird diskutiert, ob es mit dem dort enthaltenen Recht, nicht willkürlich getötet zu werden, vereinbar ist, wenn in einem bewaffneten Konflikt nicht Möglichkeiten der Gefangennahme zuerst ausgelotet worden

III. Fazit – Einordnung in die historische Entwicklung

„Sie sind meine Feinde, sind alle Verbrecher nach meinen Begriffen. [...] Man muss sie hinrichten. Wenn sie meine Feinde sind, dann können sie keine Freunde sein [...].“¹¹² – so lässt *Tolstoi* Fürst Andrei vor der Schlacht von Borodino seine Auffassung von Kriegsführung zusammenfassen. Würden keine Gefangenen gemacht, so fährt er fort, nähme man den Krieg ernst, und er wäre weniger grausam.¹¹³ Für Fürst Andrej liegt die Humanität im Krieg in seinem schnellen Ende. Den Vorteil für die Gesellschaft zieht er dem Vorteil für den Einzelnen vor.

Die Staatengemeinschaft hat dieser, keineswegs vereinzelt gebliebenen, Haltung zum Krieg eine Absage erteilt. Die Diskussion um die Humanität im Krieg, die mit dem Krimkrieg und der Arbeit Florence Nightingales beginnt, mündet – angestoßen von den Beschreibungen *Henry Dunants* über das Leid der Verwundeten auf den Schlachtfeldern von Solferino – in die Gründung des Internationalen Roten Kreuzes.¹¹⁴ Mit der Zeit wurden die Regelungen des humanitären Völkerrechts ausgedehnt und weitgehend als Völkergewohnheitsrechts anerkannt.¹¹⁵

Die Fragen, die sich heute für den bewaffneten Konflikt stellen, sind also nicht neu. Es ist daher ratsam, die hinter den Regelungen stehenden Überlegungen nicht aus dem Blick zu verlieren. Das humanitäre Völkerrecht stärkt den Schutz des Einzelnen im bewaffneten Konflikt. Es entideologisiert den Konflikt aber auch, indem es politische und militärische Erwägung im Angesicht des Leids der Opfer für unerheblich erklärt. Es mahnt die Beteiligten daher zum einen an ihre eigene Menschlichkeit, zum anderen soll es den Weg in eine gemeinsame zukünftige Friedensordnung öffnen.¹¹⁶

Die Entscheidung für die Humanität als Leitgedanken des Rechts im Krieg ist eine normative Entscheidung, die dem geltenden Recht der bewaffneten Konflikte nach wie vor zugrunde liegt.¹¹⁷ Damit nimmt das geltende Recht der bewaffneten Konflikte aber eben auch ausdrücklich in Kauf, dass die Kriegsführung weniger effektiv wird, weil Verwundete unter Umständen wieder gesunden und an die Front zurückkehren werden. Die (potentielle) Stärkung des Gegners durch medizinische Versorgung ist Teil der inneren Logik

des humanitären Völkerrechts. Eine Strafbarkeit für die medizinische Versorgung von Verwundeten anzunehmen, widerspricht damit dem Grundgedanken des humanitären Völkerrechts.

¹¹² *Tolstoi*, Krieg und Frieden, 2010, Drittes Buch, Teil II, Kap. XXV, S. 309.

¹¹³ *Tolstoi* (Fn. 112), S. 310.

¹¹⁴ *Dunant*, Eine Erinnerung an Solferino, 1862. Dazu auch *Kreß*, JZ 2014, 365.

¹¹⁵ Zur historischen Entwicklung des humanitären Völkerrechts nur *Kreß*, JZ 2014, 365.

¹¹⁶ So auch *Vitzthum/Proelß/Bothe* (Fn. 54), 8. Abschn. Rn. 58.

¹¹⁷ Die Vermischung verschiedener Rechtsregime wirkt sich u.a. auch auf die Fragen der Finanzierung von humanitären Organisationen, insbesondere auch des IRK, in Abgrenzung von der Finanzierung des Terrorismus aus, vgl. dazu nur die Stellung des IRK, abrufbar unter

<https://www.icrc.org/en/document/terrorism-counter-terrorism-and-international-humanitarian-law> (3.11.2017).