

Felix Neumann, Jena*

Der Fall des desertierten US-Soldaten Shepherd

Der Beitrag befasst sich mit dem brisanten Asylantrag des geflohenen US-Soldaten Shepherd. Im Zentrum der Analyse steht die Besprechung des EuGH-Urteils vom 26.2.2015 (Rs. C-472/13), welches eine Vielzahl von rechtlichen Fragen aufwirft. Schließlich wird auf Basis dieser Betrachtung eine Prognose zur Entscheidung des Verwaltungsgerichts München skizziert.

1. Einführung in die Thematik

1.1. Überblick

Nach dem Ende des Eisernen Vorhangs keimten Hoffnungen, die Welt würde sicherer werden.¹ Nun, mehr als zwei Jahrzehnte später, haben sich diese leider nicht erfüllt.² Geprägt vom Kampf gegen den Terror und durch das Phänomen der neuen Kriege, verändern sich die Anforderungen an die bestehende Kriegsführung und das geltende Recht.³ Hochtechnisierte Armeen kämpfen zur Vermeidung eigener Verluste aus der Ferne mit Drohnen oder Kampfhubschraubern. Doch einhergehend mit der eigenen gewonnenen Sicherheit verlieren Non-Kombattanten ihr Eigentum, ihre Angehörigen und vor allem eine Perspektive in ihrer Heimat. Von Verfolgung und Krieg getrieben, suchen sie Schutz in fremden Ländern. Aber auch immer mehr beteiligte Kämpfer lehnen Gewalt ab, verweigern Befehle oder fliehen vor den eigenen Einheiten in andere Staaten. So desertierten allein im Zeitraum von 2003 bis 2006 8.000 US-Soldaten, und 369 von ihnen stellten aus Gewissensgründen einen Kriegsdienstverweigerungsantrag.⁴ Und in diesem Konglomerat aus Krieg, Flucht und Asyl führt ein Fall alle diese Aspekte zusammen – der Fall *Shepherd*!

1.2. Sachverhalt

André Lawrence Shepherd, ein Bürger der Vereinigten Staaten von Amerika, verpflichtete sich im Dezember 2003 zum Dienst in der United States Army. Hier wurde er als Mechaniker für den Apache-Kampfhubschrauber ausgebildet und wartete selbige von September 2004 bis Februar 2005 im Irak. Am Ende dieses Auslandseinsatzes kehrte *Shepherd* regulär zu seinem Stationierungsort in Bayern zurück. Nach Recherchen gelangte er aber zu der Erkenntnis, dass es durch die von ihm erwarteten Hubschrauber zu Kriegsverbrechen gekommen sein könnte. Dennoch verlängerte *Shepherd* seine Dienstzeit.⁵ Am 1.4.2007 erhielt er einen erneuten Einsatzbefehl für den Irak. Um nun nicht Gefahr zu laufen, durch seine Tätigkeit an Kriegsverbrechen teilnehmen zu müssen, verließ er am 11.4.2007 die Kaserne und tauchte bei Bekannten unter. Im August 2008 stellte *Shepherd* dann als erster US-Soldat einen Asylantrag in Deutschland. Als Begründung führte er an, dass ihm wegen der Desertion eine Strafverfolgung vor einem Militärgericht drohe und er mit diesem als Kapitalverbrechen angesehenen Verhalten in der amerikanischen Gesellschaft keine Zukunft mehr habe.⁶

2. Untersuchung des EuGH-Urteils vom 26.2.2015 (Rs. C-472/13)

2.1. Verfahrensgang

Der von *Shepherd* im August 2008 gestellte Asylantrag wurde vom BAMF mit dem Bescheid vom 31.3.2011 abgelehnt, da in seinem Fall die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt seien.⁷ Hiergegen erhob der Prozessvertreter von *Shepherd*, Rechtsanwalt *Marx*, mit Schriftsatz vom 7.4.2011 Klage beim VG München mit dem Ziel, ihm unter Aufhebung des Bescheides die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen.⁸ Mit Beschluss vom 20.8.2013 wurden das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH acht Fragen zur Auslegung der RL 2004/83/EG („Qualifikationsrichtlinie“) im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 II, I lit. b AEUV vorgelegt.⁹ Dieser Schritt war notwendig, da die erwähnten nationalen Normen für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft auf der Richtlinie basierten und keine Klarheit darüber herrschte, wie sie unionsrechtskonform auszulegen seien. Nach der mündlichen Verhandlung und den Schlussanträgen der Generalanwältin *Sharpston* vom 11.11.2014 verkündete der Gerichtshof am 26.2.2015 sein Urteil. Nun ist das VG München berufen, im Einklang mit der Entscheidung des Gerichtshofs zu urteilen.

2.2. Zentrale Aussagen der EuGH-Entscheidung

Mit der am 26.2.2015 bekannt gegebenen Entscheidung stellte der Gerichtshof teilweise klar, unter welchen Voraussetzungen ein Deserteur aus einem Drittstaat nach der Qualifikationsrichtlinie Asyl in der EU erhalten kann, und legte die Vorschriften zu Art. 9 II lit. b, c und e aus. Insgesamt stellte er hohe Anforderungen auf und wick – sonst unüblich – in zentralen Fragen von

* Ref. jur. Felix Neumann, M.A., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht (Prof. Dr. Christoph Ohler, LL.M. Brügge) an der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Für wertvolle Hinweise gilt der Dank Prof. Dr. Martina Haedrich, Ref. jur. Jonas Hyckel und Ref. jur. Jens Kaiser. Die Internetquellen wurden letztmalig am 8.11.2015 abgerufen.

1 Münkler, Der Wandel des Krieges, 9.

2 Cooper/Merz/Shah, in: Austin/Fischer/Giessmann, Advancing conflict transformation, 28 ff.

3 Heintschel von Heinegg, ILS 2011, 463 (477); Klador, New and old wars, 2. Aufl., 179 ff.; Münkler, ebenda, 291 ff.; Pfanner, IRR 2005, 149 (173 f.).

4 United States Government Accountability Office (GAO), Report GAO-07-1196, <http://www.gao.gov/products/GAO-07-1196>, 9; Glen, WILJ 2009, 965 (966).

5 *Shepherd* wollte mit dieser Maßnahme einem Einsatz im Irak entgegen, da durch diese Verlängerung die Einsatzmöglichkeit als Reservist in der Heimat bestanden hätte, vgl. hierzu: VG München, EuGRZ 2014, 496 (497).

6 Vgl. zum Abs.: EuGH, Urt. v. 26.2.2015, C-472/13, Rn. 14-17; VG München, EuGRZ 2014, 496 (497 f.).

7 VG München, EuGRZ 2014, 496 (497 f.).

8 VG München, EuGRZ 2014, 496 (498).

9 Die RL 2004/83/EG wurde aufgehoben und durch die redaktionell veränderte RL 2011/95/EU ersetzt, vgl. BT-Drs. 13063/17, 1. Im Folgenden meinen Vorschriften ohne Bezeichnung die RL 2004/83/EG.

den Ansichten der Generalanwältin ab.¹⁰ Zunächst bemerkten die Richter, dass grundsätzlich sämtliche Militärangehörige von Art. 9 II lit. e erfasst seien, es also nicht darauf ankomme, ob sie sich unmittelbar oder mittelbar an Kampfhandlungen beteiligen. Weiterhin verlangte der Gerichtshof im Rahmen von Art. 9 II lit. e eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Begehung künftiger Kriegsverbrechen. Bei der Beurteilung, ob die Verwirklichung von Kriegsverbrechen realistisch ist, müsse bei Art. 9 II lit. e berücksichtigt werden, ob ein Kampfeinsatz auf einem Mandat des UN-Sicherheitsrates basiere. Auch sei einzubeziehen, dass die Vereinigten Staaten Kriegsverbrechen ahnden und ein unterlassenes Kriegsdienstverweigerungsverfahren jeden Schutz von Art. 9 II lit. e verwerke. Schließlich stelle eine Freiheitsstrafe oder unehrenhafte Entlassung aus der Armee in der Regel keine Verfolgungshandlungen i. S. v. Art. 9 II lit. b oder c dar.¹¹

2.3. Analyse der Rechtsprobleme

Nun werden diese Fragen näher erörtert. Dabei wird bewusst nicht auf die Darstellung des EuGH anhand der Vorlagefragen zurückgegriffen, da diese sich teilweise überschneiden. Zweckmäßiger scheint, deren übergeordnete Problemkreise zu analysieren:

2.3.1. Erfasster Personenkreis von Art. 9 II lit. e

Die erste Fragestellung beschäftigt sich damit, auf welchen Personenkreis die Verfolgungshandlung des Art. 9 II lit. e anwendbar ist. Dies ist erforderlich, da die Richtlinie nach ihrem Wortlaut „[...] wenn der Militärdienst Verbrechen oder Handlungen umfassen würde [...]“ (Art. 9 II lit. e), verschiedene Interpretationsmöglichkeiten zulässt. Das BAMF vertrat die Meinung, dass die Richtlinie nur Militärangehörige erfassen wolle, die direkt in Kampfhandlungen involviert seien, da eine mittelbare Beteiligung lediglich in Art. 12 III, jedoch nicht in Art. 9 II lit. e erwähnt werde.¹² Im Gegensatz hierzu waren alle anderen Verfahrensbeteiligten der Auffassung, dass Art. 9 II lit. e sämtliche Militärangehörige erfasse, soweit sie im Rahmen ihrer Funktion eine unerlässliche Unterstützung für die Vorbereitung oder Durchführung der Verbrechen leisten, da dem Wortlaut des Art. 9 II lit. e keine restriktiven Einschränkungen zu entnehmen seien. Prima vista trägt das systematische Argument der ersten Ansicht bereits nicht, da Art. 9 und 12 der Richtlinie nicht unabhängig, sondern gerade im Zusammenhang zu betrachten sind. Dies kann ebenfalls der Systematik entnommen werden, da beide Vorschriften im gleichen Kapitel III zu finden sind und Art. 9 auf Art. 12 II verweist. Wenn aber beide Vorschriften miteinander in Bezug stehen, so ergibt es keinen Sinn, ihren Anwendungsbereich unterschiedlich weit zu interpretieren. Auch das weitere Argument des BAMF, dass mangels einer ausdrücklichen Klarstellung bei Art. 9 II lit. e allgemein völkerstrafrechtliche Grundsätze nach Art. 25, 30 IStGH-Statut anzuwenden sind, mithin eine wissentliche, eigene Verantwortlichkeit gefordert wird, kann nicht überzeugen.¹³ So wird nicht beachtet, dass auch im Völkerstrafrecht Beihilfehandlungen

grundsätzlich eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen können (Art. 25 III lit. c IStGH-Statut).¹⁴ Schließlich streiten die weiten Bezeichnungen in Art. 9 II lit. e der englischen, französischen und deutschen Sprachfassung für die Anwendbarkeit auf *Shepherd*.¹⁵ Mithin sprechen die besseren Gründe dafür, dass sich *Shepherd* auf den Anwendungsbezug des Art. 9 II lit. e berufen kann.

2.3.2. Wahrscheinlichkeitsanforderungen im Rahmen von Art. 9 I lit. e

Einen weiteren zentralen Streitpunkt in dem Verfahren bildete die Frage, welche Wahrscheinlichkeitsanforderungen in Bezug auf die Kriegsverbrechen und die Beteiligung des Antragstellers an diesen bei Art. 9 II lit. e anzulegen sind. Damit einhergehend wurde diskutiert, ob die Verfolgungshandlung nach lit. e voraussetze, dass eine Verurteilung durch den IStGH drohe. Rechtsanwält *Marx* verneinte Letzteres und stellte zum Beweis für die Wahrscheinlichkeit auf die subjektive Sicht seines Mandanten ab.¹⁶ Als Argument verwies er auf die Historie der Richtlinie und der Genfer Flüchtlingskonvention.¹⁷ Die Behörde war der Ansicht, dass eine objektiv völkerrechtswidrige Tat vorliegen müsste, die *Shepherd* mit „an Sicherheit grenzender“ Wahrscheinlichkeit zu belegen habe.¹⁸ Auch bedürfe es für Kriegsverbrechen einer Verurteilung durch den IStGH, da völkerstrafrechtliche Grundsätze aufgrund des Verweises von Art. 9 II lit. e auf Art. 12 II anzuwenden sind.¹⁹ Dagegen vertrat der EuGH die Auffassung, dass *Shepherd* nur darzulegen habe, dass Kriegsverbrechen mit „hoher“ Wahrscheinlichkeit begangen würden – nach der Generalanwältin lediglich mit Wahrscheinlichkeit –, wobei seine Beteiligung daran laut beiden nur plausibel erscheinen müsse.²⁰ Sie argumentierten, dass im Rahmen von Art. 9 II lit. e gerade keine völkerstrafrechtlichen Grundsätze Anwendung finden können, weil diese Norm den Flüchtlingsschutz, jedoch nicht eine strafrechtliche Verurteilung zum Gegenstand hätte, und verneinten ebenfalls eine Beachtung des IStGH.²¹ Die Voraussetzung, dass für Kriegsverbrechen bei Art. 9 II lit. e eine Verurteilung des IStGH möglich sein müsste, ist abzulehnen. Dagegen spricht logisch, dass im Zentrum von Art. 9 II lit. e der Gewissenskonflikt des Flüchtlings steht und dieser unabhängig von einer Verurteilung ist. Auch ist dem entgegenzuhalten, dass die Auslegung des Art. 9 II lit. e sich an

10 Vgl. hierzu: EuGH, ZAR 2015, 318 (318 f.); Generalanwältin, EuGRZ 2014, 722 (732).

11 Vgl. zum Abs.: EuGH, ZAR 2015, 318 (318 f.).

12 VG München, EuGRZ 2014, 496 (498).

13 VG München, EuGRZ 2014, 496 (498).

14 *Ambos*, in: Triffterer, Commentary on the Rome statute, 2. Aufl., Art. 25 IStGH-Statut, Rn. 21.

15 Vgl. die Wendungen: „military service“, „service militaire“ und „Militärdienst“.

16 *Marx*, Schriftsatz VG, <http://www.ramarx.de/interessantes.html>, 4 ff.; VG München, EuGRZ 2014, 496 (500).

17 *Marx*, ebenda, 5 f.

18 VG München, EuGRZ 2014, 496 (497 f.).

19 VG München, EuGRZ 2014, 496 (500).

20 Generalanwältin, EuGRZ 2014, 722 (726); EuGH, ZAR 2015, 318 (318 f.).

21 EuGH, Urt. v. 26.2.2015, C-472/13, Rn. 39, 57; Generalanwältin, EuGRZ 2014, 722 (730, 732).

den Vorgaben des Flüchtlings- und nicht des Völkerstrafrechts zu richten hat.²² Im Völkerstrafrecht muss eine objektiv rechtswidrige Straftat „ex post“ nachgewiesen werden, wobei im Flüchtlingsrecht dagegen eine Bewertung „ex ante“ aufgrund des zentralen Merkmals der Verfolgungsfurcht des Flüchtlings zu erfolgen hat.²³ Dies leuchtet schon von der ratio legis ein, da das Flüchtlingsrecht einen präventiven Schutz vor den Verbrechen des Art. 12 II, das Völkerstrafrecht dagegen eine repressive Verurteilung derselben zum Inhalt hat.²⁴ Auch sprechen die sich unterscheidenden Wortlaute von Art. 9 II lit. e und Art. 12 II lit. a für eine Betrachtung „ex ante“.²⁵ Zustimmung verdienen dagegen die hohen Anforderungen bezüglich der Wahrscheinlichkeit, da auch die internationale Staatenpraxis solche für notwendig erachtet.²⁶ Insgesamt ist der differenzierenden Ansicht des EuGH zuzustimmen, da diese mit der bisherigen Praxis im Einklang steht, den Gewissenskonflikt des Flüchtlings nicht vollständig ausblendet und gleichzeitig zugunsten der Rechtssicherheit objektive Kriterien beinhaltet.

2.3.3. Ausschlussgründe bei Art. 9 II lit. e

Will man die weiteren, an verschiedenen Stellen des Urteils angesprochenen Fragen zu einem dritten Problemkomplex kategorisieren, dann beschäftigten sich diese mit den Ausschlussgründen im Rahmen von Art. 9 II lit. e. So wurde die Frage aufgeworfen, ob ein Mandat des Sicherheitsrats Kriegsverbrechen und die damit einhergehende Verfolgungsfurcht, diese zu begehen, generell ausschließe. Weiterhin diskutierten die Beteiligten, ob die Kriegsverbrechen nur dann von Art. 9 II lit. e erfasst seien, wenn diese systematisch begangen werden. Ferner war umstritten, ob die freiwillige Verpflichtung zur Armee den Schutz nach Art. 9 II lit. e beeinflusse. Schließlich bestanden unterschiedliche Ansichten bezüglich der Ahndung von Kriegsverbrechen. Neben diesen Aspekten zum Ausschluss der Kriegsverbrechen wurden allgemeine Verwirklichungsgründe im Fall *Shepherd*, wie die Verlängerung der Dienstzeit und die Vorrangigkeit eines Kriegsdienstverweigerungsverfahrens, erörtert. Bezüglich der letzten beiden Punkte ist schon aus dem Sinn und Zweck der Richtlinie ersichtlich, dass sie bei einem Vorliegen den Schutz nach Art. 9 II lit. e ausschließen (Erwgr. 1 und 6). Ob deren tatsächliche Voraussetzungen gegeben sind, wird im Abschnitt 3 erörtert. Das BAMF war der Auffassung, dass Kriegsverbrechen unter einem UN-Mandat stets ausgeschlossen seien und nur dann vorliegen, wenn sie systematisch erfolgten und nicht geahndet werden.²⁷ Ferner spreche für den Ausschluss von Art. 9 II lit. e, dass *Shepherd* sich freiwillig zur Armee gemeldet habe.²⁸ Dem stellte der Anwalt die tatsächlichen Argumente entgegen, dass trotz der Mandate im Irak eine Vielzahl von Kriegsverbrechen begangen wurde und es durch die Kampfhubschrauber zu einem systematischen, unverhältnismäßigen Waffeneinsatz ohne Rücksicht auf die Zivilbevölkerung gekommen sei.²⁹ Auch könne die zögerliche Aufklärung keine ersthaftige Verfolgung der Taten darstellen, und ferner sei die Vorschrift des Art. 9 II lit. e gemäß ihrem weiten Wortlaut auch auf Berufssoldaten anwendbar.³⁰ Dem pflichtete auch die Generalanwältin bei.³¹ Die Richter führten dagegen aus, dass

UN-Mandate zwar Kriegsverbrechen „nie auszuschließen“, jedoch als wichtiges Indiz zu berücksichtigen seien.³² Schließlich müssten auch eine Ahndung von Verbrechen und die freiwillige Verpflichtung zur Armee bei Art. 9 II lit. e beachtet werden.³³ Nähert man sich dem Problem, ob Kriegsverbrechen aufgrund einer Resolution des Sicherheitsrats ausgeschlossen sind, so muss der Ausgangspunkt der Wortlaut von Art. 9 II lit. e sein. Dabei ist festzustellen, dass sich in diesem keine Anzeichen finden lassen. Allerdings verweist die Richtlinie auf die Beachtung von internationalen Vertragswerken (Art. 12 II lit. a), sodass die Frage aufgeworfen werden muss, ob es Vorschriften gibt, die diese Ansicht stützen. Dabei ist zu konstatieren, dass weder im IStGH-Statut noch in dessen Zusatzprotokollen eine Rechtfertigung durch ein UN-Mandat zu finden ist. Nur ein Verstoß gegen das Gewaltverbot nach Art. 2 Nr. 4 UN-Charta kann durch eine Resolution des Sicherheitsrates ausgeschlossen werden (Art. 39, 42 UN-Charta). Stellt man sich die Folgefrage, ob eine Anwendung der Regeln der UN-Charta auf Art. 8 I IStGH-Statut möglich ist, muss dem entgegengehalten werden, dass weder eine Regelungslücke noch eine vergleichbare Interessenlage besteht, da beide Vorschriften völlig verschiedene Schutzrichtungen verfolgen.³⁴ Dagegen, dass nur systematische Kriegsverbrechen erfasst sein sollen, spricht, dass der Wortlaut von Art. 12 II lit. a im Singular gehalten ist.³⁵ Ferner ist zu beachten, dass die Richtlinie entscheidend auf die Gefahr der Begehung von Kriegsverbrechen und eben nicht auf deren systematische Verwirklichung abstellt.³⁶ Bezüglich der Annahme, dass durch eine Verfolgung der Kriegsverbrechen diese ausgeschlossen sein sollen, ist aus logischen Gesichtspunkten entgegenzuhalten, dass eine Person, die Verbrechen i. S. v. Art. 12 II begeht, sich schon nicht mehr auf Art. 9 II lit. e berufen kann und eine nachträgliche Bestrafung hieran nichts ändert. Schließlich kann die Begründung, dass der freiwillige Eintritt in die Armee generell die Verfolgungshandlung nach Art. 9 II lit. e

22 Court of Appeal (UK), IJRL 2008, 469 (481 f.); Generalanwältin, EuGRZ 2014, 722 (730).

23 Marx, in Connection e. V. und PRO ASYL, Kriegsdienstverweigerung und Asyl, 20.

24 Marx (o. Fn. 16), 20.

25 Vgl. Art. 9 II lit. e (Hervorhebungen durch Verf.): „[...]“, wenn der Militärdienst Verbrechen oder Handlungen umfassen würde [...]“, „[...]“, lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes relevant[...], „[...]“, where performing military service would include crimes or acts [...]“; Art. 12 II lit. a: „[...] ein Kriegsverbrechen [...] begangen hat [...]“; „[...]“ qu'il a commis un crime de guerre [...]“, „[...] has committed a war crime[...]“.

26 Zimmermann/Mahler, in ders., The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, Art. 1A Abs. 2 GFK, Rn. 544.

27 VG München, EuGRZ 2014, 496 (497 f.).

28 VG München, EuGRZ 2014, 496 (497 f.).

29 Marx (o. Fn. 16), 15 ff., 18; Marx, Schriftsatz EuGH, <http://www.ramarx.de/interessantes.html>, 11 f.

30 Marx (o. Fn. 16), 19, 27.

31 Generalanwältin, EuGRZ 2014, 722 (730, 732).

32 EuGH, Urt. v. 26.2.2015, C-472/13, Rn. 41.

33 EuGH, Urt. v. 26.2.2015, C-472/13, Rn. 42, 44.

34 Dörmann (o. Fn. 14), Art. 8 IStGH-Statut, Rn. 1 f.; Moussa, IRRIC 2008, 963 (967 f.).

35 Vgl. Art. 12 II lit. a (Hervorhebungen durch Verf.): „ein Kriegsverbrechen“; „a war crime“; „un crime de guerre“.

36 Generalanwältin, EuGRZ 2014, 722 (729); Marx, Handbuch zur Qualifikationsrichtlinie, § 33, Rn. 23 ff.

ausschließt, nicht überzeugen, da die Richtlinie nicht zwischen Berufssoldaten oder Wehrdienstleistenden differenziert und der Wortlaut hinreichend weit ist.³⁷ Gleichwohl ist der ablehnenden Ansicht zuzugestehen, dass die aktuelle Staatenpraxis der freiwilligen Verpflichtung eine negative Wirkung beimisst.³⁸ Somit ist festzuhalten, dass die überzeugenden Argumente dagegen sprechen, dass eine Resolution des Sicherheitsrats oder eine systematische Begehungsweise relevant für den Ausschluss von Art. 9 II lit. e sind. Dagegen kann der freiwillige Eintritt in die Streitkräfte mit berücksichtigt werden.

2.3.4. Anforderungen für das Vorliegen von Art. 9 II lit. b und c

Den letzten großen Problembereich der Vorabentscheidung bildeten Fragen zu den Tatbestandsvoraussetzungen der Verfolgungshandlungen des Art. 9 II lit. b und c. Aufgrund der Weite dieser Begriffe war zwischen den Parteien strittig, ob eine voraussichtliche Gefängnisstrafe, die unehrenhafte Entlassung aus der Armee oder die soziale Ächtung in der amerikanischen Gesellschaft als Deserteur generell unter Art. 9 II lit. b oder c subsumiert werden können. Der Rechtsanwalt des Antragstellers bejahte, dass die drei erwähnten möglichen Konsequenzen die Tatbestandsmerkmale von Art. 9 II lit. b und c erfüllen, da sie dazu führten, dass der Betroffene in hohem Maße in seinem täglichen Leben beeinträchtigt wird.³⁹ Dagegen wandte das BAMF ein, dass zwar eine Freiheitsstrafe oder unehrenhafte Entlassung aus der Armee unter die Tatbestandsvoraussetzungen von lit. b beziehungsweise lit. c subsumiert werden können, sie aber weder allein noch kumulativ diskriminierend oder unverhältnismäßig seien. Dies begründete es damit, dass der Staat ein legitimes Recht bei Bestrafung von Desertion besäße und eine sonstige soziale Ächtung überhaupt nicht von Art. 9 II lit. b oder c erfasst würde.⁴⁰ Die Generalanwältin und die Richter des EuGH vertraten dagegen differenzierende Auffassungen mit jeweils unterschiedlicher Akzentuierung. So bejahten zwar beide, dass eine Freiheitsstrafe und die unehrenhafte Entlassung die Tatbestände von Art. 9 II lit. b und c grundsätzlich erfüllen können, es aber entscheidend auf die tatsächliche Ausgestaltung ankomme, was von den nationalen Behörden beurteilt werden müsste.⁴¹ Dass *Shepherd* dies gelingen könne, sahen die Richter des EuGH äußerst kritisch.⁴² Bezüglich der sozialen Ächtung argumentierte *Sharpston*, dass diese zwar nicht untermittelbar aufgezählt sei, jedoch Abs. 2 des Art. 9 nur Regelbeispiele enthalte und diese gerade nicht abschließend seien.⁴³ Die Richter lehnten die Erfassung dagegen ab, da bei Art. 9 II nur an Maßnahmen, nicht aber an Folgen angeknüpft werde.⁴⁴ Will man die eben veranschaulichten Argumente bewerten, so muss man sich deren Sinn und Zweck vor Augen führen und folgende Frage aufwerfen: Flüchtet der Antragsteller vor der Gerechtigkeit oder vor der Ungerechtigkeit? Nur bei Letzterer ist Schutz vonnöten, da die Richtlinie keine Flucht vor dem Recht ermöglichen will.⁴⁵ Dabei weisen die Vertreter der zweiten und dritten Ansicht zu Recht daraufhin, dass dem Staat eine Einschätzungsprärogative einzuräumen sei.⁴⁶ Die Grenze dieser Marge bilden allerdings die Standards des internationalen Rechts.⁴⁷ Deshalb muss sich das nationale Gericht die Frage stellen, falls

es Kriegsverbrechen für wahrscheinlich hält, ob der Staat dann überhaupt noch ein legitimes Interesse an der Bestrafung haben kann. Nicht überzeugen kann die Argumentation bezüglich der ausgeschlossenen sozialen Ächtung. Zwar ist dem Wortlaut der Richtlinie nicht zu entnehmen, dass diese umfasst sind, andererseits enthält er auch keine direkte Einschränkung. Diesbezüglich muss gerade der Sinn und Zweck von Strafen betrachtet werden, die immer auch ein abschreckendes Element beinhalten, weshalb nicht nur die Maßnahme, sondern auch deren Folgen intendiert werden. Mithin streiten die stichhaltigeren Begründungen dafür, dass die Voraussetzungen der Art. 9 II lit. b und c nicht grundsätzlich ausgeschlossen sind, es jedoch entscheidend auf die tatsächliche Ausgestaltung ankommt.

2.4. Bewertung des Urteils

Bei einem ersten Blick auf die Überschrift der Pressemitteilung scheint sich die Konformität des Urteils mit den Zielen aus Art. 267 AEUV zu bestätigen: „Der Gerichtshof stellt klar, unter welchen Voraussetzungen einem Deserteur aus einem Drittstaat in der EU Asyl gewährt werden kann.“⁴⁸ Aber ist der EuGH diesem Anspruch in der Rechtssache *Shepherd* wirklich gerecht geworden? Zwar schafft das Urteil in einigen der diskutierten Probleme Rechtssicherheit. So können die Klärung des von Art. 9 II lit. e erfassten Personenkreises und die Argumentation des Gerichtshofs überzeugen, dass alternative Möglichkeiten zur Vermeidung des Gewissenskonflikts, soweit sie tatsächlich bestehen, vorher in Anspruch genommen werden müssen. Problematisch ist aber, dass eine eigenständige Argumentation oder Auseinandersetzung mit den Erwägungen der Generalanwältin und Parteien nur an wenigen Stellen erkennbar ist.⁴⁹ Stattdessen überwiegen unbegründete Feststellungen, wie es besonders bei der diskutierten Frage von UN-Mandat und Kriegsverbrechen deutlich wird.⁵⁰ Zwar muss zur Verteidigung des Gerichtshofs angeführt werden, dass in diesem Bereich nur vereinzelt wissenschaftliche Abhandlungen oder vergleichbare Fälle in der Rechtsprechung bestehen, dennoch entbindet ihn dies nicht, seine Ergebnisse nachvollziehbar zu begründen. Insgesamt bleibt der Eindruck bestehen, dass der EuGH viele Problemfelder umgeht und auf das VG München

37 Es wird in Art. 9 II lit. e der weite Begriff des „Militärdienstes“ („military service“; «service militaire») und nicht der des Wehrdienstes verwendet, vgl. hierzu auch: Marx (o. Fn. 16), 27.

38 *Glen*, WILJ 2009, 965 (979); UNHCR, Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingeigenschaft, Rn. 174.

39 *Marx* (o. Fn. 29), 15 ff.

40 VG München, EuGRZ 2014, 496 (498).

41 Generalanwältin, EuGRZ 2014, 722 (732); EuGH, ZAR 2015, 318 (318 f.).

42 EuGH, Ur. v. 26.2.2015, C-472/13, Rn. 52, 54 und 57.

43 Generalanwältin, EuGRZ 2014, 722 (731).

44 EuGH, Ur. v. 26.2.2015, C-472/13, Rn. 55.

45 BR-Drs. 1017/01, 21; UNHCR (o. Fn. 38), Rn. 55.

46 VG München, EuGRZ 2014, 496 (498); EuGH, Ur. v. 26.2.2015, C-472/13, Rn. 51.

47 UNHCR (o. Fn. 38), Rn. 60; BR-Drs. 1017/01, 21.

48 EuGH, Pressemitteilung v. 26.2.2015, Nr. 20/15, 1.

49 Vgl. hierzu: EuGH, Ur. v. 26.2.2015, C-472/13, Rn. 41 ff., 55.

50 Hierzu kritisch: *Ruffert*, JuS 2015, 663 (665); *Marx*, NVwZ 2015, 575 (581).

zurückverlagert, um sich nicht in die heiklen politischen Probleme einzumischen.⁵¹ Dem eigenen Auftrag aus Art. 267 I lit. b AEUV, der Selbstdarstellung in der Pressemitteilung sowie dem Auftrag, das europäische Asylrecht zu harmonisieren, wird der Gerichtshof somit nur bedingt gerecht.⁵²

3. Prognose zur Entscheidung des VG München

Obwohl in der Presse der Eindruck suggeriert wurde, dass durch die hohen Hürden des EuGH der Fall *Shepherd* praktisch entschieden sei, ist dies nicht korrekt.⁵³ Vor allem zwei Punkte sind für die Lösung des Falles von besonderer Wichtigkeit.

3.1. Bestehen einer hohen Wahrscheinlichkeit von Verbrechen

Zunächst müsste *Shepherd* darlegen, dass er durch seinen Militärdienst mit hoher Wahrscheinlichkeit Verbrechen gegen den Frieden, die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen verwirklicht hätte (§ 3 II AsyIVfG, Art. 12 II). Da er aber keine hohe Position innerhalb des Staates oder staatsähnlicher Organisationen innehatte, konnte er keine Verbrechen gegen den Frieden begehen, ganz unabhängig davon, ob der Irakkrieg völkerrechtswidrig war.⁵⁴ Auch scheiden Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach Art. 7 IStGH-Statut aus, da diese durch groß angelegte und systematische Angriffe auf die Zivilbevölkerung gekennzeichnet sind, wofür es keine Anhaltspunkte gibt.⁵⁵ Folglich sind hier nur Kriegsverbrechen von Interesse. Dafür, dass zum Zeitpunkt seiner Desertion mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen war, dass es bei seinem zweiten Irakeinsatz zu Kriegsverbrechen kommen würde, streiten folgende Argumente. Zum einen setzte die US-Armee weiterhin die Apache-Hubschrauber in Wohngebieten zur Bekämpfung von Aufständischen ein.⁵⁶ Zum anderen war sogar noch mit einer Verstärkung nach dem Strategiewechsel des Präsidenten wegen der schlechten Zustände im Irak zu rechnen.⁵⁷ Gerade aber der Beschuss von Gebieten, in denen sich überwiegend Non-Kombattanten aufhalten und es zu einer Zerstörung zivilen Eigentums kommt, was durch militärische Erwägungen nicht gerechtfertigt ist, stellt nach Art. 8 II lit. b v) IStGH-Statut ein Kriegsverbrechen dar.⁵⁸ Gegen diese Wahrscheinlichkeit könnte mit der Entscheidung argumentiert werden, dass ein UN-Mandat und die Ahndung der Kriegsverbrechen unwahrscheinlich erscheinen lassen.⁵⁹ Dagegen ist einzuwenden, dass sich bei einer Lektüre des fünften Leitsatzes des Urteils mit den Entscheidungsgründen ergibt, dass der EuGH diesen beiden Merkmalen lediglich eine Indiz-, indes keine generelle Ausschlusswirkung zukommen lassen wollte.⁶⁰ Auch kann für deren Entkräftung vorgetragen werden, dass Kriegsverbrechen der US-Armee schon vom Wortlaut der Resolution 1790 (2007) nicht gedeckt waren.⁶¹ Aus der maßgeblichen Ex-ante-Perspektive bestand somit eine hohe Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung und Beteiligung an weiteren Kriegsverbrechen.

3.2. Keine Möglichkeit der Kriegsdienstverweigerung

Weiterhin dürfte kein Ausschluss der Verfolgungshandlung gegeben sein. Nach dem Urteil des EuGH wäre dies dann der Fall, wenn *Shepherd* die Kriegsverbrechen auf eine andere Weise als durch Desertion hätte vermeiden können, also durch ein reguläres Anerkennungsverfahren als Kriegsdienstverweigerer.⁶² Dieses richtet sich nach den Vorschriften der Army Regulation 600-43.⁶³ Dabei ist zu beachten, dass der Antragsteller während des gesamten Verfahrens immer Teil seines Verbandes bleibt, weshalb *Shepherd* erneut in den Irak gemusst hätte.⁶⁴ Zwar sollen die Antragsteller umgeschult werden und weitestgehend Aufgaben erhalten, die ihren Gewissenskonflikt am wenigsten tangieren.⁶⁵ Die konkrete Verwendung des Soldaten obliegt aber dem Vorgesetzten.⁶⁶ Gerade weil diese Mechaniker Spezialisten sind und die Army auf sie angewiesen war, wäre es durchaus möglich gewesen, dass *Shepherd* schon während des laufenden Verfahrens erneut zur Reparatur der Hubschrauber eingesetzt worden wäre.⁶⁷ Selbst wenn *Shepherd* eine andere Aufgabe erhalten hätte, wäre er nach der Ablehnung zur regulären Ableistung seines Dienstes bis zum Vertragsende verpflichtet gewesen.⁶⁸ Dies bedeutet, dass *Shepherd*, da er von April 2007 bis November 2008 im Irak stationiert gewesen wäre und das Anerkennungsverfahren im Durchschnitt sieben Monate dauert, spätestens ab November 2007 bis November 2008 Hubschrauber hätte reparieren müssen.⁶⁹ Dass die Anerkennung von vornherein keinen Erfolg hatte, liegt darin begründet, dass das amerikanische Recht Kriegsdienstverweigerer nur dann beachtet, wenn diese Krieg und Gewalt vollständig, jedoch nicht wie *Shepherd* nur einen konkreten Konflikt ablehnen.⁷⁰ Mithin bildete die Desertion für *Shepherd* die einzige Möglichkeit, den Einsatz im Irak zu umgehen, sodass kein Ausschluss von Art. 9 II lit. e vorliegt.

51 So auch: *Mescovic*, Gespielte Naivität des Gerichtshofs, http://www.deutschlandfunk.de/fall-shepherd-pro-asyl-eine-gespielte-naivitaet-des.694.de.html?dram:article_id=312721, Frage 4.

52 Ebenso: *Marx*, NVwZ 2015, 575 (582); a. A.: *Dörig*, jM 2015, 169 (172).

53 *Haneke*, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 27.2.2015, 2; *Funk*, Frankfurter Rundschau v. 27.2.2015, 12.

54 *Cassese/Gaeta*, International Criminal Law, 3. Aufl., 141.

55 *Cassese/Gaeta*, ebenda, 92; *Dixon/Hall* (o. Fn. 14), Art. 7 IStGH-Statut, Rn. 11.

56 *Parker/Rau*, U.S. War Crimes in Iraq 2007–2008, <http://www.consumersforpeace.org/pdf/WAR-CRIMES-3.pdf>, 7 ff.; *Rutkowski/Funk*, Frankfurter Rundschau v. 19.10.2013, 24; *Marx* (o. Fn. 16), 22 f.

57 The White House, New Iraq Strategy, <http://georgewbushwhitehouse.archives.gov/news/releases/2007/04/20070420-11.html>, Abn. 1 ff.; *Marx* (o. Fn. 16), 22 f.

58 *Arnold* (o. Fn. 14), Art. 8 IStGH-Statut, Rn. 61 ff.

59 EuGH, Urt. v. 26.2.2015, C-472/13, Rn. 41.

60 EuGH, Urt. v. 26.2.2015, C-472/13, Rn. 41, 57.

61 UN Doc. S/RES/1790 (2007), S. 3.

62 EuGH, ZAR 2015, 318 (318 f.).

63 Ziff. 2-1. bis 3-5. Army Regulation 600-43; GAO (o. Fn. 4), 12 f.

64 Ziff. 2-10.a. Army Regulation 600-43.

65 Ziff. 2-10.a. Army Regulation 600-43.

66 Ziff. 2-10.a. und C-5 Army Regulation 600-43.

67 *Rutkowski/Funk*, Frankfurter Rundschau v. 19.10.2013, 24.

68 Buchst. D-4-f Army Regulation 600-43.

69 *Deichert*, MLR 2010, 94 (94); GAO (o. Fn. 4), 4.

70 Ziff. 1-5.a.(5) und Buchst. D-4-d Army Regulation 600-43.

4. Fazit und Ausblick

Abschließend kann festgehalten werden, dass die Rechtssache des Deserteurs *Shepherd* ein Präzedenzfall ist und auch die Entscheidung des EuGH vom 26.2.2015 nur zum Teil zur Klärung der aufgezeigten Probleme beigetragen hat. Zur Prognose der Entscheidung des VG München ist zu konstatieren, dass dieses durch die Zurückverlagerung zentraler Fragestellung des Falls einen umfassenden Spielraum bei seinem Urteil besitzt. Die überzeugenderen Argumente sprechen dafür, Herrn *Shepherd* in unionsrechtskonformer Weise die Flüchtlingseigenschaft unter zwei Bedingungen zuzuerkennen. Dazu gehören eine konsequente Beachtung der Ziele der Richtlinie und eine klare Analyse der Rechtslage von Deserteuren in den USA. Dabei muss das VG in seiner Entscheidung auch nicht auf die politische brisante Frage der Völkerrechtswidrigkeit des Irakkrieges eingehen. Dennoch wird auch mit dem Urteil des Münchner Gerichts der Fall *Shepherd* nicht zu den Akten gelegt werden. Schon lange geht es in diesem Sachverhalt nicht mehr nur um die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft des US-Soldaten, sondern um die Lö-

sung genereller Fragen zu Kriegsdienstverweigerung, Desertion und Asyl.⁷¹ So wurde mit diesem Verfahren auch eine Debatte über ein Recht auf Desertion angestoßen, weshalb nicht auszuschließen ist, dass es zu Reformen auf politischer Ebene kommt. Auf internationaler Ebene sind bereits Anzeichen für einen zukünftig höheren Schutz von Deserteuren erkennbar.⁷² Dies ist zu begrüßen, denn bietet das nationale Recht, wie u. a. in den USA, keine Möglichkeit, auf legale Weise einen Ausweg zu finden, so bleibt den Soldaten nur die illegale Desertion. Gerade diese bisherige Trennung zwischen Deserteuren und Kriegsdienstverweigern scheint dabei zur Lösung der Probleme wenig hilfreich. Die Schlussfolgerung kann nur sein, dass mit dieser veränderten Welt des Krieges auch eine Veränderung des Gewissensschutzes auf konkrete Einsätze einhergehen muss.

71 *Salden*, *Der Spiegel* (2014), Heft 43, 44 f.

72 Conseil de l'Europe, CM/Rec (2010) 4, Rn. 42; Court of Appeal (UK), IJRL 2008, 469 (469 ff.); UNHCR, Conscientious objection to military service, 59 f.

Tobias Brings, Köln/Maximilian Oehl, Lausanne*

Verfassungswidrige Kürzungen und nachgeschobene Berechnungen

– zur verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit der jüngsten Reformen des AsylbLG im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum menschenwürdigen Existenzminimum

Der durch das AsylVfBeschlG geänderte § 1a II bis IV AsylbLG sieht fortan für bestimmte Personengruppen nunmehr eine um die soziokulturelle Komponente gekürzte Sicherung des menschenwürdigen Existenzminimums vor. Dies steht in materieller wie prozeduraler Hinsicht im Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 1 I i. V. m. Art. 20 I GG, wie das BVerfG sie in den vergangenen Jahren konkretisiert hat.

1. Einleitung

Als am 18.7.2012 das Bundesverfassungsgericht verkündete, dass die damals geltenden Regelungen des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG) zur Höhe der Geldleistungen nach dessen § 3 nicht mit dem in Art. 1 I GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG garantierten Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums vereinbar seien¹, ging ein Aufatmen durch die Reihen der Interessengruppen.² Das Diktum der Verfassungswidrigkeit des Zustands bestand seit geraumer Zeit. Es bedurfte jedoch erst der (ersten) Entscheidung des BVerfG zu den Hartz IV-Regel-

sätzen³, um auch im Rahmen des AsylbLG einen Wandel zu bewirken. Das Urteil zum AsylbLG ist untrennbar mit dem Votum zu den Hartz IV-Sätzen verknüpft – hierin wurden wesentliche Elemente der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums geprägt – allem voran, dass dieses nicht ohne weiteres migrationspolitisch zu relativieren sei.⁴

Drei Jahre später zeigt sich nun, dass der Gesetzgeber diesen Vorgaben offenbar keine wesentliche Bedeutung mehr zumisst.

* Der Autor *Brings* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Medienrecht, Prof. Dr. *Karl-E. Hain*, Universität zu Köln. Der Autor *Oehl* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Deutsches Recht, Prof. Dr. *Marc Bungenberg*, LL.M., Université de Lausanne.

1 BVerfG, Urteil vom 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, BVerfGE 132, 134.

2 Vgl. nur die Presseerklärung von PRO ASYL v. 18.7.2012, abrufbar unter: http://www.proasyl.de/de/presse/detail/news/urteil_des_bundesverfassungsgerichts_zum_asylbewerberleistungsgesetz/ (Der letzte Abruf aller aufgeführten Verlinkungen erfolgte am 16.1.2016).

3 BVerfG, Urteil vom 8.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175.

4 BVerfGE 132, 134 (173, Rn. 95).