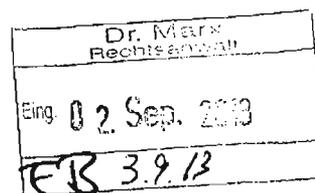


M 25 K 11.30288



Bayerisches Verwaltungsgericht München

In der Verwaltungsstreitsache

Andre Lawrence **Shepherd**, geb. 21.05.1977

[REDACTED]

- Kläger -

bevollmächtigt:

[REDACTED]
[REDACTED]

gegen

Bundesrepublik Deutschland

vertreten durch **Bundesamt für Migration und Flüchtlinge**

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Beklagte -

wegen

Vollzugs des Asylverfahrensgesetzes (AsylVfG)

erlässt das Bayerische Verwaltungsgericht München, 25. Kammer,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Nuber
den Richter am Verwaltungsgericht Böhm,
die Richterin Franzke

ohne mündliche Verhandlung

am 20. August 2013

folgenden

Beschluss:

Das Verfahren wird ausgesetzt.

Der Gerichtshof der Europäischen Union wird um Klärung folgender Fragen im Wege der Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV gebeten:

1. Ist Art. 9 Abs. 2 Buchst. e der Richtlinie (RL) 2004/83/EG dahingehend auszulegen, dass unter den Schutzbereich nur solche Personen fallen, deren konkreter militärischer Aufgabenbereich die unmittelbare Beteiligung an Kampfhandlungen, also Einsätze mit der Waffe umfasst bzw. die über die Befehlsgewalt zur Anordnung solcher Einsätze verfügen (Alt. 1), oder können auch sonstige Mitglieder der Streitkräfte dem Schutz dieser Regelung unterfallen, wenn sich ihr Aufgabenbereich in der logistischen, technischen Unterstützung der Truppe außerhalb der eigentlichen Kampfhandlungen erschöpft und nur mittelbare Auswirkungen auf das eigentliche Kampfgeschehen hat (Alt. 2)?
2. Für den Fall, dass die Frage 1 im Sinne der 2. Alternative beantwortet wird:
Ist Art. 9 Abs. 2 Buchst. e RL 2004/83/EG dahingehend auszulegen, dass der Militärdienst in einem (internationalen oder innerstaatlichen) Konflikt überwiegend oder systematisch zur Begehung von Verbrechen oder Handlungen i.S.d. Art. 12 Abs. 2 RL 2004/83/EG aufrufen bzw. verpflichten muss (Alt. 1), oder reicht es aus, dass der Asylsuchende darlegt, dass von den Streitkräften, denen er angehört, in dem Einsatzgebiet, in dem sie eingesetzt worden sind, in Einzelfällen Verbrechen im Sinne von Art. 12 Abs. 2 Buchst. a RL 2004/83/EG begangen wurden, sei es, weil einzelne Einsatzbefehle sich als verbrecherisch in diesem Sinne erwiesen haben, sei es, weil es sich um Exzesse einzelner Personen gehandelt hat (Alt. 2)?
3. Für den Fall, dass Frage 2 im Sinne der 2. Alternative beantwortet wird:
Wird Flüchtlingsschutz nur dann gewährt, wenn auch für die Zukunft mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit, jenseits vernünftiger Zweifel, damit zu rechnen ist, dass es zu Verstößen gegen humanitäres Völkerrecht kommt, oder reicht es aus, wenn der Asylsuchende Tatsachen bezeichnet, wonach es in dem konkreten Konflikt (zwangsläufig oder wahrscheinlich) zu derartigen Verbrechen kommt und deshalb die Möglichkeit nicht auszuschließen ist, dass er in diese verwickelt werden könnte?

4. Schließt die Nichttolerierung oder die Ahndung von Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht durch die Truppendienstgerichte einen Flüchtlingsschutz nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. e RL 2004/83/EG aus, oder spielt diese Tatsache keine Rolle?
Muss es gar zu einer Ahndung durch den Internationalen Strafgerichtshof gekommen sein?
5. Schließt die Tatsache, dass der Truppeneinsatz bzw. das Besatzungsstatut von der Internationalen Gemeinschaft sanktioniert wird oder auf einem Mandat des UN-Sicherheitsrates fußt, den Flüchtlingsschutz aus?
6. Ist es für die Zuerkennung des Flüchtlingsschutzes nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. e RL 2004/83/EG erforderlich, dass der Asylsuchende bei Wahrnehmung seiner Dienstpflichten nach den Statuten des Internationalen Strafgerichtshofs verurteilt werden könnte (Alt. 1), oder wird Flüchtlingsschutz bereits dann gewährt, wenn diese Schwelle nicht erreicht ist, der Asylsuchende also keine strafrechtliche Ahndung zu befürchten hat, er aber gleichwohl die Leistung des Militärdienstes nicht mit seinem Gewissen in Einklang bringen kann (Alt. 2)?
7. Für den Fall, dass Frage 6 im Sinne der 2. Alternative zu beantworten ist:

Schließt die Tatsache, dass der Asylsuchende die Möglichkeit, ein reguläres Kriegsdienstverweigerungsverfahren zu durchlaufen, nicht genutzt hat, obwohl er die Gelegenheit dazu gehabt hätte, den Flüchtlingsschutz nach den o.g. Vorschriften aus, oder kommt Flüchtlingsschutz auch dann in Betracht, wenn es sich um eine aktuelle Gewissensentscheidung handelt?
8. Stellt die unehrenhafte Entlassung aus der Armee, die Verhängung einer Freiheitsstrafe und eine daran anknüpfende soziale Ächtung und Benachteiligung eine Verfolgungshandlung im Sinne des Art. 9 Abs. 2 Buchst. b oder Buchst. c RL 2004/83/EG dar?

Gründe:

I.

Der Kläger, ein US-amerikanischer Staatsbürger und Angehöriger der in Deutschland stationierten amerikanischen Streitkräfte, beantragte am 9. Dezember 2008 Asyl in der Bundesrepublik Deutschland.

Zur Begründung des Asylantrages machte er im Wesentlichen geltend, dass er aus Gewissensgründen den weiteren Militärdienst verweigere, weil er nicht an einem völkerrechtswidrigen, den Art. 2 Nr. 4 der Charta der Vereinten Nationen verletzenden Krieg im Irak teilnehmen wolle. Er wolle im Zusammenhang mit einem Einsatz seiner Einheit im Irak nicht an Kriegsverbrechen beteiligt sein. Wegen dieser Entscheidung drohe ihm Strafverfolgung durch das Militärgericht. Er befürchte deshalb Verfolgung aus Gründen der Genfer Flüchtlingskonvention i.V.m. RL 2004/83/EG (Qualifikationsrichtlinie). Die Strafverfolgung wegen Nichterfüllung seiner militärischen Verpflichtungen stelle eine Verfolgungshandlung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 Buchst. e RL 2004/83/EG dar und ziele im Sinne eines Verfolgungsgrundes gemäß Art. 10 Abs. 1 Buchst. d, e RL 2004/83/EG auf die Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe bzw. auf seine politische Überzeugung. Er habe sich im Dezember 2003 in den Vereinigten Staaten zum Dienst in der US-Armee verpflichtet, mit einem Anteil aktiven Truppendienstes von 15 Monaten. Nach der Grundausbildung sei er zum Wartungstechniker für Apache-Hubschrauber ausgebildet worden und im September 2004 zum 601. Air Support Battalion (ASB) in Katterbach/Deutschland versetzt worden. Die Einheit habe sich damals bereits seit Februar 2004 im Einsatz im Irak befunden und er sei dementsprechend in den Irak weitergeleitet worden. Im US-Stützpunkt Camp Speicher bei Tikrit im Irak habe er von September 2004 bis Februar 2005 insbesondere Hubschrauber gewartet. Eine Teilnahme an direkten militärischen Aktionen und Kampfeinsätzen sei nicht erfolgt. Im Februar 2005 sei die Einheit zu ihrem Stationie-

rungsort in Deutschland zurückgekehrt. In der Folgezeit habe er aufgrund von Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des Krieges im Irak begonnen, Recherchen hierüber anzustellen. Insbesondere wisse er nicht, an welchen Einsätzen die von ihm gewarteten Hubschrauber konkret beteiligt gewesen seien. Er habe in der Folge den Anteil der aktiven Truppendienstzeit in seinem Vertrag erhöht, so dass er den 8-Jahreszeitraum, innerhalb dessen auch eine Einberufung als Reservist grundsätzlich möglich sei, durch aktiven Dienst abgedeckt habe. Er habe damit einen erneuten Einsatz im Irak verhindern wollen. Ab Januar 2007 sei ein bevorstehender weiterer Irakeinsatz seiner Einheit bekannt geworden. Am 1. April 2007 habe er einen entsprechenden Einsatzbefehl erhalten. Vor der erneuten Verlegung in den Irak habe er am 11. April 2007 die Armee verlassen und sich bei einem Bekannten bis zur Meldung als Asylsuchender im August 2008 aufgehalten. Er habe sich nicht mehr an einem rechtswidrigen Krieg im Irak und an den dabei vorkommenden Kriegsverbrechen beteiligen wollen. Insbesondere komme es bei den militärischen Operationen im Irak zu einem systematischen, unterschiedslosen und unverhältnismäßigen Wafeneinsatz ohne Rücksicht auf die Zivilbevölkerung. Auch die Hubschrauber seien nicht in der Lage, in den Krieg zu fliegen, wenn er und andere Mechaniker sie nicht kampftauglich gemacht hätten. Insbesondere durch die zunehmenden Einsätze der Apache-Kampfhubschrauber würden vermehrt Zivilpersonen beeinträchtigt und humanitäres Völkerrecht verletzt. Auch zwischen 2007 und 2008, als seine Einheit wieder im Irak im Einsatz gewesen sei, sei weiter bombardiert worden. Es lägen zahlreiche Berichte über Kriegsverbrechen der US-Armee im Irak vor. Von der Möglichkeit einer Kriegsdienstverweigerung habe er zunächst nichts gewusst, und sie sei für ihn auch nicht in Frage gekommen, denn dies erfordere eine völlige Ablehnung von Krieg und Gewalt. Weil er die Anwendung von Gewalt aber nicht schlechthin ablehne und lediglich den Krieg im Irak für rechtswidrig halte, sei dieses Verfahren für ihn nicht in Frage gekommen. Ein Verweigerungsantrag hätte ihn zudem nicht vor einem erneuten Einsatz im Irak geschützt. Im August 2008 habe er sich dann entschlossen,

Asyl zu beantragen. Desertion sei aus amerikanischer Sicht ein Kapitalverbrechen, es schränke das Leben ein, man sei sein Leben lang damit gezeichnet. Wegen der Verweigerung, den Militärdienst im Irak zu erfüllen, würde ihm Strafverfolgung drohen.

Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Bundesamt) lehnte den Antrag des Klägers auf Anerkennung als Asylberechtigter mit Bescheid vom 31. März 2011 ab (Ziffer 1) und stellte fest, dass die Voraussetzungen für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft (Ziffer 2) sowie Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG nicht vorliegen (Ziffer 3).

Zur Begründung führte das Bundesamt im Wesentlichen aus, die Zuerkennung der Asylberechtigten-Eigenschaft scheidet schon deshalb aus, weil es kein Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen gebe. Im Übrigen hätte der Kläger den Dienst auf legale Weise quittieren können. Die Flüchtlingseigenschaft nach § 60 Abs. 1 AufenthG sei ihm über diese Argumentation hinaus auch nicht nach § 60 Abs. 1 Satz 5 AufenthG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 Buchst. e) RL 2004/83/EG zuzuerkennen. Voraussetzung sei, dass eine völkerrechtswidrige Tat objektiv vorliege. In Frage kämen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie Verbrechen gegen den Frieden. Vorliegend handele es sich um einen innerstaatlichen bewaffneten Konflikt im Jahr 2004, da die Koalitionsstreitkräfte mit Willen der irakischen Regierung im Irak seien. Ob Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorlägen, könne offen bleiben, da nicht ersichtlich sei, dass speziell der Kläger im Rahmen des Einsatzes Gefahr gelaufen wäre, an derartigen Taten teilnehmen zu müssen. Es gebe keine Anhaltspunkte für die Annahme einer möglichen eigenhändigen Verwirklichung völkerrechtswidriger Tatbestände. Der Kläger sei nur Hubschraubermechaniker. Es habe keine eigenen unmittelbaren Beteiligungen an Kampfhandlungen gegeben. Es lägen auch keine Hinweise auf eine mittelbare Beteiligung an

Kriegsverbrechen bzw. Beteiligung „seiner“ Hubschrauber vor. Eine mittelbare Beteiligung an Kriegsverbrechen sei allenfalls hypothetisch. Eine indirekte Beteiligung des Klägers an militärischen Aktivitäten, die möglicherweise im Sinne des Art. 12 Abs. 2 RL 2004/83/EG einschlägig sein könnten, erscheine darüber hinaus für eine Mitverantwortung im rechtlichen Sinne schon nicht ausreichend (vgl. Art. 25 Romstatut: individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit), denn auch eine sonstige Beteiligung an der Tatbestandsverwirklichung setze regelmäßig vorsätzliches und wissentliches Handeln voraus (vgl. Art. 30 Romstatut: subjektive Tatbestandsmerkmale). Darüber hinaus seien Kriegsverbrechen nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, sondern allenfalls Einzelfälle. Im Übrigen würden Verstöße gegen humanitäres Völkerrecht nicht toleriert und schon gar nicht gefördert. Kriegsverbrecher seien zur Verantwortung gezogen worden. Bei der Frage des Vorliegens eines Verbrechens gegen den Frieden könne offen bleiben, ob der Angriff auf den Irak völkerrechtswidrig gewesen sei oder nicht, jedenfalls komme der Kläger als Täter nicht in Betracht, da er kein hoher Militär sei. Der Einsatz der Koalitionsstreitkräfte im Irak sei bereits während des ersten Aufenthalts des Klägers im Irak völkerrechtlich legitimiert gewesen. Die Situation nach Abschluss der offensiven Kampfhandlungen und nach Auflösung des Hussein-Regimes unterscheide sich vom ursprünglichen Angriff. Ab Mai 2005 habe es ein Mandat des UNO-Sicherheitsrates gegeben. Die Souveränität des Irak sei zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt bzw. bilaterale Vereinbarungen nach Auslaufen des UN-Mandats seien getroffen worden. Es handle sich also nicht mehr um einen Angriffskrieg, auch wirkten etwaige frühere Verstöße gegen Völkerrecht nicht fort. Sofern der Kläger durch Behörden oder Institutionen seines Heimatlandes wegen einer Verletzung seiner militärischen Dienstpflichten, insbesondere wegen Desertion belangt werden sollte, stelle sich dies lediglich als grundsätzlich legitimes Strafverfolgungsinteresse seines Heimatlandes dar. Darüber hinausreichende rechtswidrige oder sonst wie unzumutbare Beeinträchtigungen des Klägers seien in diesem Zusammenhang auszuschließen. Die vom Kläger darüber hinaus allgemein

umrissene Befürchtung, als Deserteur der US-Streitkräfte möglicherweise soziale Diskriminierungen und gesellschaftliche Benachteiligungen erfahren zu müssen, stelle sich schon nach Art und Auswirkung nicht als hier relevante Beeinträchtigung dar.

Gegen diesen Bescheid ließ der Kläger durch seinen Bevollmächtigten mit Schriftsatz vom 7. April 2011, eingegangen beim Verwaltungsgericht München am 11. April 2011, Klage erheben und beantragen,

die beklagte Bundesrepublik Deutschland unter Aufhebung des Bescheides des Bundesamtes vom 31. März 2011 zu verpflichten, dem Kläger gemäß § 3 Abs. 4 AsylVfG i.V.m. § 60 Abs. 1 AufenthG die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen.

Zur Begründung führte die Klägerseite im Wesentlichen an, das Bundesamt habe den Fokus zu sehr auf den Begriff der Verfolgungshandlung bei gleichzeitiger Vernachlässigung des Begriffs der Verfolgungsgründe gerichtet. Das Bundesamt wende im Bereich des Flüchtlingsschutzes nicht die verfahrensrechtlichen Regeln für den Flüchtlingsschutz, die auf dem Begriff der begründeten Verfolgungsfurcht beruhten, sondern völkerstrafrechtliche Grundsätze an, wonach dem Verweigerer die Flüchtlingseigenschaft nur zuerkannt werde, wenn er „jenseits vernünftiger Zweifel“ (objektive völkerrechtswidrige Straftat) nachweisen könne, dass er sich beim Verbleib in den Streitkräften der Begehung eines völkerstrafrechtlichen Deliktes schuldig gemacht hätte. Es werde damit nicht der im Flüchtlingsschutz maßgebliche, auf dem präventiven Schutz des Einzelnen beruhende Nachweis der begründeten Furcht vor Verfolgung, sondern eine repressive strafrechtliche Nachweispflicht gefordert. Dem Einzelnen werde damit abverlangt, darzutun, dass er in der Zukunft mit nahezu an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum völkerstrafrechtlichen Täter geworden wäre.

Es sei deshalb unerheblich, ob die internationalen Truppen im Irak ständig oder gar systematisch gegen die Bestimmungen des humanitären Völkerrechts oder gewohnheitsrechtliche Regelungen der Kriegführung verstoßen würden oder ob es sich bei den bekannt gewordenen Zuwiderhandlungen gegen humanitäres Völkerrecht um Einzelfälle handele. Vielmehr sei maßgebend, ob der Verweigerer gute Gründe für seine Furcht anführen könne, dass er im Falle der Befolgung des Einsatzbefehls möglicherweise in völkerstrafrechtswidrige Verbrechen verwickelt werden könne oder er nicht bereit sei, in einem Konflikt Militärdienst zu leisten, wenn es dort zu derartigen Verbrechen komme. Es reiche aus, dass er den Nachweis führen könne, dass in dem Konflikt, in dem er eingesetzt werde, derartige Verbrechen vorkämen und er es mit seinem Gewissen nicht vereinbaren könne, an derartigen Einsätzen teilzunehmen. Es müsse also nicht jenseits aller vernünftiger Zweifel feststehen, dass der Asylsuchende bei Befolgung des Einsatzbefehls in ein derartiges Verbrechen verwickelt worden wäre. Im Flüchtlingsrecht sei, entgegen dem Völkerstrafrecht, eine Bewertung ex ante gefordert, ob die Möglichkeit bestanden habe, dass der Verweigerer in Verbrechen i.S.v. Art. 1 A F GFK verwickelt werden könnte.

Hinsichtlich der weiteren vorgebrachten Argumente der Parteien wird insbesondere auf den streitgegenständlichen Bescheid des Bundesamtes vom 30. März 2011 sowie die Klagebegründungsschrift vom 20. Juli 2011 verwiesen.

II.

Der Rechtsstreit ist auszusetzen, § 94 VwGO. Es ist eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (im Folgenden Gerichtshof) zu den im Beschlusstenor formulierten Fragen einzuholen (Art. 267 AEUV). Die Fragen betreffen die Auslegung des Art. 9 Abs. 2 Buchst. e) der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom

29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl. Nr. L 304 S. 12, ber. ABl. 2005 Nr. L 204 S. 24). Da es um die Auslegung von Unionsrecht geht, ist der Gerichtshof zuständig.

1. Folgende nationale Vorschriften, die – soweit hier einschlägig – auch derzeit noch unverändert gelten, bilden den rechtlichen Rahmen dieses Rechtsstreits:

§ 3 Abs. 1 und Abs. 2 des Asylverfahrensgesetzes (AsylVfG) vom 27. Juli 1993 (BGBl I S. 1361) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. September 2008 (BGBl I S. 1798):

§ 3 Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft

(1) Ein Ausländer ist Flüchtling im Sinne des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, wenn er in dem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt oder in dem er als Staatenloser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, den Bedrohungen nach § 60 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes ausgesetzt ist.

(2) Ein Ausländer ist nicht Flüchtling nach Absatz 1, wenn aus schwerwiegenden Gründen die Annahme gerechtfertigt ist, dass er

1. ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen hat im Sinne der internationalen Vertragswerke, die ausgearbeitet worden sind, um Bestimmungen bezüglich dieser Verbrechen zu treffen,

2. vor seiner Aufnahme als Flüchtling eine schwere nichtpolitische Straftat außerhalb des Bundesgebiets begangen hat, insbesondere eine grausame Handlung, auch wenn mit ihr vorgeblich politische Ziele verfolgt wurden, oder

3. den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwidergehandelt hat.

Satz 1 gilt auch für Ausländer, die andere zu den darin genannten Straftaten oder Handlungen angestiftet oder sich in sonstiger Weise daran beteiligt haben.

§ 60 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) vom 30. Juli 2004 (BGBl I S. 1950) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl S. 162):

§ 60 Verbot der Abschiebung

(1) In Anwendung des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (BGBl 1953 II S. 559) darf ein Ausländer nicht in einen Staat abgeschoben werden, in dem sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung bedroht ist. Dies gilt auch für Asylberechtigte und Ausländer, denen die Flüchtlingseigenschaft unanfechtbar zuerkannt wurde oder die aus einem anderen Grund im Bundesgebiet die Rechtsstellung ausländischer Flüchtlinge genießen oder die außerhalb des Bundesgebiets als ausländische Flüchtlinge nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge anerkannt wurden. Eine Verfolgung wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe kann auch dann vorliegen, wenn die Bedrohung des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit oder der Freiheit allein an das Geschlecht anknüpft. Eine Verfolgung im Sinne des Satzes 1 kann ausgehen von

a)

dem Staat,

b)

Parteien oder Organisationen, die den Staat oder wesentliche Teile des Staatsgebiets beherrschen oder

c)

nichtstaatlichen Akteuren, sofern die unter den Buchstaben a und b genannten Akteure einschließlich internationaler Organisationen erwiesenermaßen nicht in der Lage oder nicht willens sind, Schutz vor der Verfolgung zu bieten, und dies unabhängig davon, ob in dem Land eine staatliche Herrschaftsmacht vorhanden ist oder nicht,

es sei denn, es besteht eine innerstaatliche Fluchtalternative. Für die Feststellung, ob eine Verfolgung nach Satz 1 vorliegt, sind Artikel 4 Abs. 4 sowie die Artikel 7 bis 10 der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über

Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (ABl EU Nr. L 304 S. 12) ergänzend anzuwenden. Wenn der Ausländer sich auf das Abschiebungsverbot nach diesem Absatz beruft, stellt das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge außer in den Fällen des Satzes 2 in einem Asylverfahren fest, ob die Voraussetzungen des Satzes 1 vorliegen und dem Ausländer die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen ist. Die Entscheidung des Bundesamtes kann nur nach den Vorschriften des Asylverfahrensgesetzes angefochten werden.

2. Die Vorlagefragen sind entscheidungserheblich und bedürfen einer Klärung durch den Gerichtshof.

Der Kläger begehrt die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nach § 3 Abs. 1 und 4 AsylVfG i.V.m. § 60 Abs. 1 AufenthG. Danach ist einem Ausländer die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen, wenn er in dem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, Bedrohungen seines Lebens und seiner Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen seiner politischen Überzeugung ausgesetzt ist. Nach § 60 Abs. 1 Satz 5 AufenthG sind für die Feststellung, ob eine Verfolgung nach Satz 1 vorliegt, Art. 4 Abs. 4 sowie die Art. 7 bis 10 RL 2004/83/EG ergänzend anzuwenden.

Nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. e RL 2004/83/EG kann als Verfolgung unter anderem gelten die Strafverfolgung oder Bestrafung wegen Verweigerung des Militärdienstes, wenn der Militärdienst Verbrechen oder Handlungen umfassen würde, die unter die Ausschlussklauseln des Art. 12 Abs. 2 RL 2004/83/EG fallen. Nach dieser Vorschrift ist ein Drittstaatsangehöriger oder ein Staatenloser von der Anerkennung als Flüchtling ausgeschlossen, wenn schwerwiegende Gründe zu der Annahme berechtigen, dass er (a) ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne der internationa-

len Vertragswerke begangen hat, die ausgearbeitet worden sind, um Bestimmungen bezüglich dieser Verbrechen festzulegen.

Da eine Vorverfolgung des Klägers im Sinne des Art. 4 Abs. 4 RL 2004/83/EG nicht festgestellt worden ist, kommt es darauf an, ob ihm in seinem Herkunftsstaat künftig mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit Verfolgung droht.

Dass der Kläger wegen seiner Desertion mit einer Kriminalstrafe belegt werden dürfte, wurde schlüssig vorgetragen und ist unter den Parteien auch nicht strittig.

Vielmehr geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verfolgungsgrund der Strafverfolgung oder Bestrafung wegen Verweigerung des Militärdienstes in einem Konflikt als Verfolgungshandlung gelten kann, wenn der Militärdienst Verbrechen oder Handlungen umfassen würde, die unter die Ausschlussklauseln des Art. 12 Abs. 2 RL 2004/83/EG fallen. Insbesondere stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit der Militärdienst derartige Verbrechen oder Handlungen umfassen würde und welcher Tatbeitrag vom Kläger erwartet wird, in welchem Maße also eine mittelbare Beteiligung an derartigen Verbrechen oder Handlungen zur Erfüllung dieses Tatbestandes ausreicht.

Im Einzelnen stellen sich in diesem Zusammenhang die folgenden Vorlagefragen 1 bis 8. Sie bedürfen einer Klärung durch den Gerichtshof, da er zur Entscheidung auslegungsbedürftiger Fragen betreffend die hier maßgebliche RL 2004/83/EG berufen ist.

1. Vorlagefrage

Art. 9 Abs. 2 Buchst. e) RL 2004/83/EG lässt als Verfolgungshandlung die Strafverfolgung oder Bestrafung wegen Verweigerung des Militärdienstes in einem Konflikt gelten, wenn der Militärdienst Verbrechen oder Handlungen im Sinne des Art. 12 Abs. 2, RL 2004/83/EG also im Wesentlichen Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit umfassen würde.

Dem Gericht stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, auf welchen Personenkreis sich dieser Begriff des Militärdienstes erstreckt: erfasst er nur solche Personen, die im operativen Bereich der Truppe unmittelbar an Kampfhandlungen beteiligt sind, also Mitglieder der Einsatzkommandos, oder sind hierunter alle Truppenteile zu verstehen, insbesondere auch die logistisch-technische Hilfstruppe, ohne deren Unterstützung kein militärischer Konflikt ausgetragen werden könnte. Der Kläger würde als Hubschraubermechaniker unter diese zweitgenannte Gruppe fallen.

Im ersten Fall würde der Kläger nicht erfasst, da sich sein Beitrag in der technischen Wartung und Instandsetzung von Kampfhubschraubern im sicheren Hinterland erschöpft, er also keine Feindberührung zu befürchten hat.

Zu einer anderen Einschätzung könnte man unter Heranziehung des Art. 12 Abs. 3 RL 2004/83/EG gelangen. Auf diesen ist zwar, im Gegensatz zu Abs. 2, nicht ausdrücklich in Art 9. Abs. 2 Buchst. e) RL 2004/83/EG Bezug genommen, er erweitert jedoch den Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 2, und zwar auf Personen, die andere Personen zu den in Abs. 2 genannten Straftaten oder Handlungen anstiften (trifft auf den Kläger nicht zu) oder sich in sonstiger Weise

daran beteiligen. Fraglich ist somit auch, ob die Tätigkeit des Klägers eine Beihilfehandlung in diesem Sinne darstellt (zu dieser Problematik siehe auch Frage 6).

Führte man diesen Gedanken weiter, so wären von der Vorschrift des Art. 9 Abs. 2 Buchst e RL 2004/83/EG schließlich alle Personen erfasst, die in irgendeiner Weise einen Tatbeitrag, und sei er noch so unbedeutend (im Sinne einer *conditio-sine-qua-non*) liefern.

Mit anderen Worten: Bei der Frage 1 gilt es zu klären, ob an den Flüchtling selbst ein Befehl zur Teilnahme an Einsätzen ergangen sein muss, oder ob vom Kläger die eigenhändige Begehung eines Kriegsverbrechens gerade nicht gefordert wird, sondern jeder Tatbeitrag, somit also eine nur mittelbare Tatbeteiligung, ausreicht.

2. Vorlagefrage

Falls die Frage 1 im Sinne der 2. Alternative zu beantworten ist (denn nur dann wäre im Falle des Klägers die Annahme einer Verfolgungshandlung denkbar), stellt sich weiterhin die Frage, in welcher Dimension die Verbrechen oder Handlungen im Sinne des Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 Buchst. e) RL 2004/83/EG vorliegen müssen.

Hier sind zwei Extrempositionen denkbar:

So kann der Militärdienst bzw. der militärische Einsatzbefehl ausdrücklich auf Handlungen abzielen, die als Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit anzusehen sind. In solchen Fällen

könnte es sich etwa um einen völkerrechtswidrigen Angriffskrieg oder die Verteidigung in einem Konflikt handeln, die ihrerseits völkerrechtswidrige Aktionen umfasst. Nach diesem Verständnis wäre ein Militärdienst in einer klassischen Unrechtsarmee zu fordern, in der es überwiegend oder gar systematisch zu völkerrechtswidrigen Taten kommt.

Denkbar wäre jedoch auch ein solches Verständnis von Art. 9 Abs. 2 Buchst. e) RL 2004/83/EG, wonach die Befehlslage zwar nicht ausdrücklich auf die Begehung von Kriegsverbrechen etc. abzielt, in dem Konflikt aber bereits in der Vergangenheit von Mitgliedern der Streitkräfte Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen den Frieden oder die Menschlichkeit begangen worden sind, sei es, weil einzelne Einsatzbefehle sich als verbrecherisch in diesem Sinne erwiesen haben, sei es, weil es sich um Exzesse einzelner Kämpfer handelt. Letztlich geht es hier auch um die Frage, bis zu welchem Grad einem Angehörigen der Streitkräfte zugemutet werden kann, Vorkommnisse, die auf völkerrechtswidrige Verstrickungen hindeuten, oder sonstige „Kollateralschäden“ durch die Streitkräfte, denen er angehört, hinzunehmen.

3. Vorlagefrage

Diese Frage betrifft vor allem den Wahrscheinlichkeitsmaßstab, der an die Furcht vor einer Verwicklung in erneute völkerrechtswidrige Handlungen anzulegen ist: Stellen sich die Erwägungen des Klägers zur möglichen Beteiligung „seiner“ Hubschrauber an etwaigen Rechtsverstößen und Kriegsverbrechen allenfalls als Vermutungen oder hypothetische Möglichkeit dar, die für eine Anwendung der Art. 9 Abs. 2 Buchst. e, 12 Abs. 2 RL 2004/83/EG nicht ausreichen (so das Bundesamt)? Oder soll es ausreichen, dass der Asylsuchende vernünftige Gründe anführen kann, die die Annahme nahelegen, dass er mög-

licherweise oder sogar überwiegend wahrscheinlich in völkerrechtswidrige Handlungen verwickelt worden wäre, und dies nicht jenseits vernünftiger Zweifel feststehen muss?

4. Vorlagefrage

Das Bundesamt führt an, eine konkrete Gefahr, an Straftaten teilnehmen zu müssen, habe für den Kläger bei Fortsetzung seines Dienstes auch deshalb nicht bestanden, weil die US-amerikanischen Streitkräfte Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht nicht tolerierten und schon gar nicht förderten.

Kann diese Tatsache dazu führen, den Flüchtlingsschutz auszuschließen, insbesondere wenn zu bedenken ist, dass im Falle der Ahndung von Kriegsverbrechen diese zwangsläufig schon begangen sind und der Kläger möglicherweise bereits verstrickt ist? Umgekehrt stellt sich die Frage, welche Auswirkungen es auf den Flüchtlingsschutz hat, wenn Verstöße gegen humanitäres Völkerrecht innerhalb der Truppe überhaupt nicht oder nur sehr zögerlich geahndet werden.

Wie ist die Situation zu beurteilen, wenn keine Verurteilung durch den Internationalen Strafgerichtshof, aus welchen Gründen auch immer, bekannt geworden ist?

5. Vorlagefrage

Weiterhin ist unklar, ob der militärische Einsatz, für den der Kläger vorgesehen ist, von der internationalen Gemeinschaft als den Grundregeln menschlichen Verhaltens widersprechend verurteilt worden sein muss, ob also im Gegenteil etwa die Sanktionierung des Einsatzes durch einen bilateralen Vertrag oder einen Beschluss des UNO-Sicherheitsrates die Anwendung von Art. 9 Abs. 2

Buchst. e RL 2004/83/EG auch dann ausschließt, wenn es trotzdem in Einzelfällen zu völkerrechtswidrigen Handlungen gekommen ist.

6. Vorlagefrage

Das Bundesamt bezieht sich in dem streitgegenständlichen Bescheid auf das Argument, eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit des Klägers ergebe sich auch nicht auf der Basis des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH, ILM 37 [1998] p. 1002), da eine indirekte Beteiligung des Klägers an militärischen Aktivitäten, die möglicherweise im Sinne des Art. 12 Abs. 2 RL 2004/83/EG einschlägig sein könnten, für eine „Mitverantwortung“ im rechtlichen Sinne (mit Blick auf Art. 25 und vor allem Art. 30 des Römischen Statuts bzgl. der subjektiven Tatbestandsmerkmale) schon nicht ausreichend erscheine. Darüber hinaus sei es zu keiner Verurteilung vor dem IStGH gekommen, und zwar nicht nur aus formalen Gründen (die USA sind dem Statut nicht beigetreten), sondern auch, weil entsprechend zu ahndende Verbrechen durch den IStGH nicht festgestellt worden seien.

Nach Ansicht der Klagepartei soll es jedoch auf die subjektiven Vorstellungen und Befürchtungen des Deserteurs ankommen. Soll also Flüchtlingsschutz selbst dann bestehen, wenn eine eigene strafrechtliche Verurteilung des Klägers, etwa in Ermangelung eines entsprechenden Vorsatzes, auch in Bezug auf Beihilfehandlungen im Sinne des Art. 12 Abs. 3 RL 2004/83/EG ausgeschlossen ist, bzw. Verurteilungen einzelner Militärangehöriger durch den IStGH, aus welchen Gründen auch immer, bislang noch nicht erfolgt sind? Genügt hier also die subjektive Befürchtung des Klägers, in Vorgänge verwickelt zu werden, die er jedenfalls in der Laiensphäre als Kriegsverbrechen etc. einstuft? Zu prüfen ist hierbei auch, wie sich die Situation darstellt, wenn man von einer Strafbarkeit

wegen „sonstiger Unterstützung“ im Sinne des Art. 25 Abs. 3 Buchst. c i.V.m. (bei Erfüllung der subjektiven Tatbestandsmerkmale) Abs. 2 Buchst. b des Rom-Statuts des IStGH ausgeht.

7. Vorlagefrage

Da das Bundesamt dem Kläger vorhält, er hätte ein ordentliches Verfahren zur Kriegsdienstverweigerung durchlaufen müssen, stellt sich die Frage, wie es sich auswirkt, dass der Kläger dem Dienst bei der Truppe schlicht ferngeblieben ist. Hier ist auch fraglich, welche Anstrengungen dem Kläger abverlangt werden können, um sich hinsichtlich der Möglichkeiten eines solchen Verfahrens zu informieren, und ob es dem Kläger etwa zuzumuten ist, Krieg und Gewalt völlig abzulehnen. Der Kläger beruft sich darauf, er habe nur den Einsatz im Irak und nicht jedwede Gewaltanwendung abgelehnt, weshalb die Verweigerung des Kriegsdienstes schlechthin für ihn nicht in Frage gekommen sei.

8. Vorlagefrage

Dem Kläger droht wegen Desertion nach Feststellung des Bundesamtes eine Haftstrafe zwischen 100 Tagen und 15 Monaten, wobei der Strafrahmen bis zu 5 Jahren eröffnet ist.

Zudem wird der Kläger voraussichtlich unehrenhaft aus der Armee entlassen.

Er trägt weiterhin vor, dass Kriegsdienstverweigerer erfahrungsgemäß einer sozialen Ächtung anheimfielen mit allen Nachteilen bei der Ausbildung, der Arbeitssuche und auch des Krankenversicherungsschutzes.

Hier rücken die Verfolgungshandlungen des Art. 9 Abs. 2 Buchst. b und Buchst. c RL 2004/83/EG in den Blick. Der Gerichtshof wird um Klärung der Frage gebeten, ob eine Haftstrafe, die unehrenhafte Entlassung sowie mögliche gesellschaftliche Ächtung den Grad einer flüchtlingsrechtlich relevanten Verfolgungshandlung erreichen.

Zusammenfassung

Bei der Auslegung des Art. 9 Abs. 2 Buchst. e RL 2004/83/EG stellt sich dem vorliegenden Gericht die Frage, ab welchem Grad der Verstrickung in militärische Auseinandersetzungen das Flüchtlingsrecht einem Angehörigen der Streitkräfte eine Desertion zugesteht, wegen der er bestraft wird. Der Begriff des „Militärdienstes“, „wenn (dieser) Verbrechen ...umfassèn würde“ ist dabei unklar gefasst.

Die denkbare Bandbreite individueller Betroffenheit reicht dabei von befohlenen eigenhändigen Kampfhandlungen in der klassischen Unrechtsarmee einerseits bis zu reinen Gewissenskonflikten in einem von der Völkergemeinschaft sanktionierten Einsatz ohne denkbare Ansätze für eine persönliche strafrechtliche Verstrickung andererseits. Dazwischen ist eine Vielzahl an Abstufungen und Varianten denkbar. Aus Sicht des vorliegenden Gerichts ist in diesem Rahmen zu definieren, wann das Flüchtlingsrecht einen Deserteur schützen will und soll.

Angesichts dieser klärungsbedürftigen Rechtsfragen hält es die Kammer für erforderlich, die Auslegungsfragen einer Klärung durch den Europäischen Gerichtshof zuzuführen.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 80 AsylVfG.

Nuber

Böhm

Franzke

Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift
München, 28. Aug. 2013

Als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des
Bayerischen Verwaltungsgerichts München:

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Alleg', written over the text 'Als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des Bayerischen Verwaltungsgerichts München:'.