

## Vorwort

Am 26. Juni 2003 hielt Professor Pio Caroni an der Universität Bern zum Thema «Die Einsamkeit des Rechtshistorikers» seine Abschiedsvorlesung; er schloss mit Worten von Camus:

*«Oui, il y a la beauté et il y a les humiliés. Quelles que soient les difficultés de l'entreprise, je voudrais n'être jamais infidèle ni à l'une ni aux autres.»*

An seinem Rechtshistorischen Seminar ist die vorliegende Arbeit entstanden. Ich war dort von 1988 bis 1990 Assistentin gewesen; von 2001 bis 2003 erhielt ich die Chance, erneut am Seminar zu arbeiten und eine Dissertation zu verfassen. Dass das Thema ein flüchtlingsrechtliches ist, erklärt sich daraus, dass ich seit 1990 beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement, seit 1992 bei der Schweizerischen Asylrekurskommission in der Rekursinstanz für asyl- und flüchtlingsrechtliche Verfahren arbeite; weshalb das Interesse den Deserteuren und Dienstverweigerern gegolten hat, möge aus der Arbeit hervorgehen.

Ohne Professor Caronis grosszügige Ermutigung und Freundschaft wäre die Arbeit nicht entstanden; ihm vorab danke ich. Professor Walter Kälin danke ich für die sorgfältige und aufmerksame Betreuung; seiner Kritik verdankt der Text vieles an Stringenz und Struktur.

Der Text ist im September 2003 abgeschlossen worden.

Christa Luterbacher

Bern, Oktober 2003



## Zusammenfassung

### 1.

Sind Dienstverweigerer und Deserteure, denen im Heimatland ihrer Verweigerung wegen Strafe droht, als Flüchtlinge anzuerkennen? Wie wäre eine solche Anerkennung dogmatisch damit zu vereinbaren, dass andererseits jedem Staat grundsätzlich das Recht zuzubilligen ist, seine Bürger zum Militärdienst zu verpflichten, und dass demnach Sanktionen bei Verletzung solcher legitimer Bürgerpflichten grundsätzlich nicht als illegitim gelten können? Welche Art von Militär- und Kriegsdienst kann ein Staat von seinen Bürgern legitimerweise verlangen; wo sind diesem Anspruch Grenzen gesetzt? Diesen Fragen widmet sich die vorliegende Arbeit.

Ausgangspunkt der Erörterungen ist in einem ersten Teil der Arbeit die bestehende schweizerische flüchtlingsrechtliche Praxis zur Behandlung von Dienstverweigerung und Desertion. Der landesrechtlich im Asylgesetz umschriebene Flüchtlingsbegriff stimmt mit dem völkerrechtlichen, in Art. 1 A FK statuierten Flüchtlingsbegriff weitestgehend überein: Als Flüchtling anerkannt wird, wer eine Verfolgung (namentlich eine Gefährdung von Leib, Leben oder Freiheit) auf Grund eines relevanten Verfolgungsmotivs (der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Anschauungen) in begründeter Weise befürchten muss. Für die Auslegung des Flüchtlingsbegriffs kommt, neben den generell für die Auslegung völkerrechtlicher Normen gültigen Regeln, dem UNHCR auf Grund seines statutarischen Überwachungsmandats und auf Grund der in Art. 35 FK verankerten Pflicht der Signatarstaaten zur Zusammenarbeit eine zentrale Rolle zu (Kapitel 1.2.c, 1.2.d).

Schweizerische Doktrin und Praxis werten die Bestrafung wegen Dienstverweigerung oder Desertion im Grundsatz als eine legitime strafrechtliche Verfolgung, die der Durchsetzung der Militärdienstpflicht, als einer legitimen Bürgerpflicht, dient und nicht auf einer flüchtlingsrechtlich relevanten Verfolgungsmotivation beruht. Flüchtlingsrechtliche Relevanz erlangen Dienstpflicht und Sanktionen zu ihrer Durchsetzung im Wesentlichen erst dann, wenn sie diskriminierend und malusbehaftet erfolgen und wenn die Diskriminierung beziehungsweise der Malus an eines der flüchtlingsrechtlich geschützten Merkmale der Rasse, Religion, Nationalität, Zu-

gehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Anschauungen anknüpft (Kapitel 1.4.a, 1.4.b).

Die einzelnen, in Doktrin und Praxis unbestrittenermassen als flüchtlingsrechtlich relevant anerkannten Tatbestände werden in Kapitel 1.4.b skizziert. Als Verfolgung im flüchtlingsrechtlichen Sinne anerkannt wird zunächst die diskriminierende Einberufung in den Wehrdienst und der diskriminierende Einsatz im Dienst. Relevant ist weiter die Sanktionierung der Dienstverweigerung oder Desertion, wenn die Strafe einen Malus im relativen Sinne aufweist, indem sie, anknüpfend an eines der flüchtlingsrechtlich geschützten Merkmale, strenger ausfällt als gegenüber anderen, dieses Merkmal nicht aufweisenden Militärverweigerern. Flüchtlingsrechtlich relevant sind sodann auch Sanktionen, die als Malus im absoluten Sinn charakterisiert werden müssen, indem sie sich als derart unverhältnismässig darstellen, dass von einer rechtsstaatlich legitimen Ahndung eines «kriminellen Unrechts» nicht mehr die Rede sein kann; die bisherige Praxis hat namentlich die drakonischen Sanktionen gegen Dienstverweigerer und Deserteure im Irak unter Saddam Hussein – das Amputieren eines Ohrs und Brandmarken der Stirn – als mit einem absoluten Malus behaftete Strafen und demnach als flüchtlingsrechtlich relevant anerkannt. Im Sinne eines Exkurses wird aufgezeigt, dass auch eine drohende Todesstrafe als Malus im absoluten Sinne gelten müsste; angesichts der in der Schweiz wie überhaupt im europäischen Rechtsraum erfolgten generellen Ächtung und Abschaffung der Todesstrafe in den letzten Jahrzehnten wird die Todesstrafe für kein Delikt, so schwer es auch sein möge, mehr als angemessene Sanktion erachtet; nach schweizerischem wie europäischem Verständnis kann sie daher unter keinen Umständen mehr als dem «kriminellen Unrecht» einer Dienstverweigerung oder Desertion angemessen gelten.

Ein Exkurs (Kapitel 1.4.b) widmet sich den Kindersoldaten; es werden die völkerrechtlichen Grundlagen skizziert, die die Einberufung und den Einsatz von Kindersoldaten als fraglos illegitim ächten. Ein weiterer Exkurs (Kapitel 1.3) stellt die Fragestellungen des Auslieferungsrechts vor, das militärische Delikte, so auch Desertion und Dienstverweigerung, von der Auslieferung ausschliesst. Der auslieferungsrechtlichen Optik liegen allerdings nicht Überlegungen der Schutzgewährung an den Militärverweigerer zu Grunde; im Wesentlichen basiert sie vielmehr darauf, dass bei militärischen Delikten die Interessen von um Auslieferung ersuchendem und ersuchtem Staat – im Vergleich zur Auslieferung wegen gemeinrechtlicher

Delikte atypischerweise – divergieren. Für flüchtlingsrechtliche Fragestellungen, was die Behandlung von Dienstverweigerern und Deserteuren betrifft, ist daher der Grundsatz der Nichtauslieferung wegen militärischer Delikte bisher letztlich ohne massgebliche Relevanz geblieben.

Keine dogmatisch befriedigenden Antworten vermögen feststehende Doktrin und Praxis zur Frage zu geben, wie dem Gewissenskonflikt des Dienstverweigerers Rechnung zu tragen sei. Indem eine diskriminierungs- und malusfreie Bestrafung von Militärverweigerung als grundsätzlich legitime Strafverfolgung gilt, und indem das Vorliegen einer Verfolgungsmotivation sich grundsätzlich aus der Perspektive des Verfolgers, nicht aus den beim Verfolgten bestehenden Motivationen für sein Handeln beantwortet, müsste der Gewissenskonflikt des Militärverweigerers grundsätzlich irrelevant bleiben. Eine derartige gänzliche Abstrahierung von den Motiven, die den Militärverweigerer zu seiner Handlung bewegen, würde freilich zu offenkundig unbefriedigenden Ergebnissen führen; ebenso bliebe die vom UNHCR vertretene Haltung, die auf die Gewissensgründe und Überzeugungen des Militärverweigerers zentral Bezug nimmt, unberücksichtigt (Kapitel 1.4.c). Der Frage, wie der einer Militärverweigerung zu Grunde liegende Gewissenskonflikt flüchtlingsrechtlich zu berücksichtigen wäre, widmen sich Teil 2 und Teil 3 der Arbeit. Teil 2 untersucht die Problematik betreffend «absolute Verweigerer», die aus namentlich religiös-moralisch-pazifistischen Gründen jeglichen, auch einen rechtsstaatlich legitimen, Militärdienst verweigern; Teil 3 bezieht sich auf «selektive Verweigerer», die nicht jeglichen Dienst, aber die Teilnahme an völkerrechtlich verpönten und geächteten Militäreinsätzen verweigern.

## 2.

«Absolute Verweigerer», denen sich Teil 2 der Arbeit widmet, verweigern aus religiösen oder moralisch-pazifistischen Gründen grundsätzlich und bedingungslos jeglichen Militärdienst (zur Begriffsklärung vgl. Kapitel 2.1).

Gemäss dem der schweizerischen Doktrin und Praxis zu Grunde liegenden Verständnis müsste die Bestrafung dieser Dienstverweigerer, sofern ohne Malus und Diskriminierung gehandhabt, mangels einer Verfolgungsmotivation als flüchtlingsrechtlich nicht relevant gelten: Die Sanktion richtet sich gegen die Verletzung einer generell statuierten Bürgerpflicht, sie zielt

nicht auf die religiösen oder pazifistischen Überzeugungen des Verweigerers ab (Kapitel 2.2).

Anhand des US-amerikanischen *leading case* *Canas-Segovia v. I.N.S.* werden mögliche alternative Argumentationen untersucht, aber letztlich verworfen. So erfolgt die Sanktionierung wegen Dienstverweigerung nicht deshalb auf Grund einer religiösen Verfolgungsmotivation, weil der Verweigerer aus religiösen Gründen gehandelt hat; massgeblich muss vielmehr die Optik des Verfolgers, also des sanktionierenden Staates sein; die religiös-moralisch-pazifistischen Beweggründe des Dienstverweigerers können auch nicht das Erfordernis einer beim Verfolger bestehenden Verfolgungsmotivation ersetzen. Ebenso wenig führt die Anerkennung einer politischen Verfolgungsmotivation –indem jede Dienstverweigerung vom Heimatstaat des Verweigerers letztlich als politische Opposition betrachtet werde – zu überzeugenden Schlüssen; vielmehr fallen bei einer derartigen Argumentation insbesondere die erforderlichen Differenzierungen zwischen Dienstverweigerern aus Gewissensgründen und solchen mit einem anderen, den schützenswerten Gewissensgründen fernem Handlungsmotiv dahin; zudem lässt sich eine derartige Argumentation nicht damit vereinbaren, dass andererseits grundsätzlich ein Recht des Staates, eine Armee zu unterhalten und von seinen Bürgern Militärdienst zu verlangen, als legitim anerkannt wird. Als nicht stringent erweisen sich schliesslich auch jene Argumentationen, die die flüchtlingsrechtlich erforderliche Verfolgungsmotivation in der Zugehörigkeit des Dienstverweigerers zu einer bestimmten sozialen Gruppe suchen (Kapitel 2.4).

In internationalen Gremien im Rahmen der UNO wie auch des Europarats und der Europäischen Union gab es in den letzten Jahrzehnten vielfältige Bestrebungen, um ein Recht auf Dienstverweigerung aus Gewissensgründen aus menschenrechtlich garantierten Positionen der Glaubens- und Gewissensfreiheit abzuleiten. Trotz deutlicher Entwicklungen kann aber weiterhin nicht bejaht werden, dass ein solches Recht auf gewissensbedingte Dienstverweigerung im Sinne einer völkerrechtlich anerkannten Rechtsposition heute bestehe; diesem Fazit entsprechen auch herrschende Lehre und Praxis zur EMRK und zum UN-Pakt II. Immerhin ist von einer zumindest in Entstehung begriffenen und zunehmend sich etablierenden Anerkennung eines Rechts auf Dienstverweigerung aus Gewissensgründen, im Sinne einer «emerging human right norm», auszugehen; verschiedene Staaten, unter ihnen auch die Schweiz, haben in den letzten Jahrzehnten

ihre Gesetzgebung den entsprechenden Empfehlungen angepasst und Möglichkeiten des zivilen Ersatzdienstes eingeführt (Kapitel 2.5.c, 2.5.d).

Die Schweiz war unter den Mitgliedstaaten des Europarats (neben Griechenland, Zypern und der Türkei) eines der letzten Länder, die einen zivilen Ersatzdienst eingeführt haben. Die Anerkennung eines menschenrechtlich begründeten Anspruchs auf Dienstverweigerung aus Gewissensgründen war hiermit nicht verbunden; die Geschichte des politischen und rechtlichen Umgangs mit der Dienstverweigerungsproblematik zeigt aber auf, wie der Verfassungs- und Gesetzgeber in der Schweiz versucht hat, die Prinzipien der allgemeinen Wehrpflicht und Wehrgerechtigkeit in Einklang zu bringen mit der Respektierung der Glaubens- und Gewissensfreiheit jener Bürger, die einen Militärdienst aus religiösen Gründen verweigern. Mit den Revisionen des Militärstrafgesetzes in den Jahren 1950 und 1967 und der so genannten Barras-Reform des Militärstrafrechts im Jahr 1991 wurden Formen der strafrechtlichen Privilegierung beim Strafmass wie bei den Modalitäten des Strafvollzuges für Dienstverweigerer aus Gewissensgründen eingeführt; die Entkriminalisierung wurde mit der Schaffung der verfassungsmässigen Grundlagen für einen zivilen Ersatzdienst im Jahr 1992 und dem Inkrafttreten des Zivildienstgesetzes im Jahr 1996 erreicht (Kapitel 2.5.b).

Nachdem menschenrechtlich garantierte Positionen für ein Recht auf Dienstverweigerung aus Gewissensgründen nicht bestehen und das legitime Recht des Staates, von seinen Bürgern Wehrdienst zu verlangen, grundsätzlich auch entsprechende Sanktionen bei der Verletzung dieser Pflicht zulässt, kann eine flüchtlingsrechtlich stringente Argumentation, um Sanktionen gegen Dienstverweigerer aus Gewissensgründen als flüchtlingsrechtlich relevante Verfolgung anzuerkennen, sich nur auf Überlegungen der fehlenden Verhältnismässigkeit und des «legislativen Unrechts» beziehen: Eine Gesetzgebung, die zwar legitimerweise die Bürger zu Militärdienstleistungen verpflichtet, die aber für jene, deren Gewissen ihnen einen solchen Dienst aus religiös-moralischen Gründen verbietet, keine Alternative im Sinne zivilen Ersatzdienstes anzubieten vermag, muss sich letztlich als unverhältnismässig erweisen (Kapitel 2.5). Der UNHCR (dessen Stellungnahmen in Kapitel 2.3 vorgestellt werden) und ein gewichtiger Teil der internationalen flüchtlingsrechtlichen Doktrin vertreten eine derartige Argumentationslinie.

In der Schweiz – wo ein Gesetz zur Regelung der Möglichkeiten des zivilen Ersatzdienstes erst seit wenigen Jahren in Kraft steht – hat sich eine derartige Argumentation freilich bisher verboten. Die Arbeit plädiert jedoch in Kapitel 2.7 zumindest für eine Überdenkung der restriktiven schweizerischen Praxis. Angesichts der über Jahre erfolgten Liberalisierung und Entkriminalisierung, wie sie in der Schweiz den schweizerischen Dienstverweigerern aus Gewissensgründen gegenüber gehandhabt worden ist, lässt sich eine flüchtlingsrechtliche Argumentation, dass die Bestrafung, selbst die strenge Sanktionierung, von gewissenbedingter Dienstverweigerung ohne weiteres als rechtsstaatlich legitim zu gelten habe, nicht mehr unbesehen aufrechterhalten. Zu überdenken ist namentlich, bis zu welchem Strafmass Sanktionen gegen Dienstverweigerer noch als dem zu ahndenden Unrecht angemessen anerkannt werden sollen. Die schweizerische militärstrafrechtliche Praxis hat vor dem Inkrafttreten des Zivildienstgesetzes selbst jene Dienstverweigerer, denen keine Gewissensgründe und keine entsprechenden Strafprivilegien zugebilligt wurden, seit Jahren nur noch mit Haftstrafen zwischen vier und acht Monaten sanktioniert und über diesen Rahmen hinausgehende Strafen als nicht mehr verhältnismässig erachtet. Vor diesem Hintergrund müssten jedenfalls langjährige Haftstrafen zur Sanktionierung von Dienstverweigerung aus Gewissensgründen in einer flüchtlingsrechtlichen Betrachtung als unverhältnismässig streng und als mit einem Malus im absoluten Sinne behaftet gelten und demnach zur flüchtlingsrechtlichen Anerkennung führen.

Ein Exkurs zeichnet das Schicksal der Zeugen Jehovas im nationalsozialistischen Deutschland nach. Die Angehörigen dieser Glaubensgemeinschaft haben den Militär- und Kriegsdienst, selbst in Anbetracht drohender Todesstrafen, ihren Gewissensgründen folgend kompromisslos und standhaft verweigert. In einer heutigen flüchtlingsrechtlichen Betrachtung drängen sich aus den historischen Erkenntnissen insbesondere beweisrechtliche Schlussfolgerungen auf; die Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas (und einiger anderer, den Militärdienst konsequent ablehnender Gruppierungen) hat in historischem Sinne einen Tatbeweis für die Ernsthaftigkeit der eigenen Gewissensüberzeugungen erbracht, aus dem sich für jedes einzelne Mitglied der Gemeinschaft entsprechende Schlüsse ziehen lassen (Kapitel 2.6)

### 3.

Der dritte Teil der Arbeit befasst sich mit den selektiven Militärverweigerern, die sich nicht grundsätzlich gegen die Leistung von Militärdienst wenden, hingegen eine Teilnahme an konkreten Kriegseinsätzen und Kampfhandlungen verweigern, die sie als illegal und illegitim einstufen.

Der UNHCR anerkennt Konstellationen selektiver Dienstverweigerung als flüchtlingsrechtlich relevant. Im UNHCR-Handbuch von 1979 nimmt Ziffer 171 auf Tatbestände der selektiven Militärverweigerung Bezug; der UNHCR postuliert hier die flüchtlingsrechtliche Anerkennung für jene Verweigerer oder Deserteure, denen Strafe droht, nachdem sie eine «von der Völkergemeinschaft als den Grundregeln menschlichen Verhaltens widersprechend verurteilte» militärische Aktion verweigert haben. Auch in späteren Stellungnahmen hat der UNHCR diese Haltung wiederholt bekräftigt; sie ist auch in die gemeinsamen flüchtlingsrechtlichen Positionen im Rahmen der EU eingeflossen. Ziffer 171 des UNHCR-Handbuchs wird sodann auch in der flüchtlingsrechtlichen Literatur als der zentrale Anknüpfungspunkt, was selektive Militärverweigerung betrifft, aufgegriffen (Kapitel 3.2)

Die in der Arbeit vertretene Argumentation geht von den Grundsätzen des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts aus, wie sie sich seit den Kriegsverbrecherprozessen von Nürnberg und Tokio durchgesetzt und auch gewohnheitsrechtlich etabliert haben und in den 1990er Jahren mit der Einsetzung der Ad-hoc-Tribunale für Jugoslawien und Ruanda (ICTY und ICTR) sowie mit der Schaffung des Internationalen Strafgerichtshofs (ICC) erneut bekräftigt worden sind. Humanitäres Völkerrecht und Völkerstrafrecht ächten eine Teilnahme an Völkermord, an Kriegs- und Menschlichkeitsverbrechen und statuieren diesbezüglich eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit; die geächteten Straftatbestände – Verletzungen des «ius in bello» – haben sich auch gewohnheitsrechtlich fest etabliert; sie stehen als klar abgrenzbare und präzise umschriebene Kerntatbestände fest. Von der individuellen Verantwortlichkeit kann sodann die Gehorsamspflicht dem militärischen Vorgesetzten oder dem Staat gegenüber, der die Teilnahme befiehlt, nicht entlasten; die Einrede des Handelns auf Befehl vermag im Völkerstrafrecht nicht als grundsätzliche Rechtfertigung oder Entschuldigung zu dienen (Kapitel 3.3.a, 3.3.b, 3.3.c). Die Ächtung bestimmter Handlungen in Krieg und Bürgerkrieg gemäss den Grundsätzen des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts findet in

Art. 1 F FK auch flüchtlingsrechtliche Parallelen; der Täter derartiger Akte wird vom flüchtlingsrechtlichen Schutz ausgeschlossen (Kapitel 3.3.d).

Diese Grundsätze beinhalten in einer umgekehrten, an Fragen der Dienstverweigerung und Desertion interessierten Optik eine eigentliche Aufforderung an jeden Teilnehmer militärischer Aktionen, völkerrechtswidrige Militäreinsätze, auch entgegen ausdrücklichen Befehl, zu verweigern; eine solche Verweigerung erscheint nicht nur erlaubt und legitim, sondern sogar geboten. Während bei der Diskussion der absoluten Dienstverweigerung ein menschenrechtlich verankertes Recht auf Dienstverweigerung nicht anerkannt werden kann und lediglich eine sich allmählich verdichtende entsprechende Rechtsposition festzustellen ist, besteht demgegenüber bei der selektiven Militärverweigerung nicht nur ein völkerrechtlich etabliertes Recht, international geächtete militärische Einsätze zu verweigern, sondern eine eigentliche Pflicht hierzu. Wenn die Teilnahme an völkerstrafrechtlich geächteten Handlungen in Frage steht, findet denn auch das Recht des Staates, von seinen Bürgern legitimerweise Militärdienst zu verlangen und notfalls mit Sanktionen gegen den Verweigerer durchzusetzen, offenkundig seine Grenze (Kapitel 3.3.e).

Kapitel 3.4 geht der Frage nach, welche Voraussetzungen erforderlich sind, damit eine militärische Aktion als international geächtet in jenem Sinne gelten kann, auf den sich Ziffer 171 des UNHCR-Handbuchs für die flüchtlingsrechtliche Relevanz bezieht. Anhand des US-amerikanischen *leading case* M.A. v. I.N.S. wird eine differenzierende, der Unterscheidung in Tatbestände des «ius ad bellum» und solche des «ius in bello» folgende Argumentation aufgezeigt: Wenn die Problematik des völkerrechtswidrig ausgelösten (das «ius ad bellum» verletzenden) Krieges zu beurteilen ist, stehen die Tatbestände der Verbrechen gegen den Frieden in Frage, deren Ächtung sich nach den Kriegsverbrecherprozessen von Nürnberg und Tokio gewohnheitsrechtlich letztlich nicht durchzusetzen vermocht hat. Um Kriegshandlungen als völkerrechtswidrige Tatbestände des Gewaltverbots und des Verbots von Aggression und Intervention zu charakterisieren, die als von der Völkergemeinschaft geächtet zu gelten haben, ist daher in der Regel eine entsprechende offizielle Stellungnahme internationaler Gremien (namentlich des UN-Sicherheitsrats) vorauszusetzen. Wenn demgegenüber Fragen des völkerrechtswidrig geführten (dem «ius in bello» widersprechenden) Krieges zu werten sind, geht es um Verletzungen von feststehenden Standards des humanitären Völkerrechts, um die Verbote von

Völkermord, Kriegs- und Menschlichkeitsverbrechen. Diese grundlegenden Normen haben sich, anders als die Tatbestände der Verbrechen gegen den Frieden, auch gewohnheitsrechtlich fest etabliert, und ihre Verletzung stellt klarerweise ein völkerrechtlich verpöntes Handeln dar. Die internationale Ächtung derartiger Tatbestände steht ohne weiteres fest; ausdrückliche entsprechende Stellungnahmen internationaler Gremien erweisen sich hier nicht als erforderlich.

Kapitel 3.5 befasst sich mit Fragen der Verfolgungsmotivation. Der selektive Militärverweigerer bringt mit seiner Verweigerung letztlich immer auch eine Kritik gegen den als illegitim erachteten und deshalb verweigeren militärischen Einsatz zum Ausdruck; seine Verweigerung ist unvermeidlich gleichzeitig Kritik am Heimatstaat und damit Ausdruck politischer Überzeugung; zumindest wird dem selektiven Verweigerer eine politisch oppositionelle Haltung jedenfalls vom Heimatstaat unterstellt. Diese Zusammenhänge zeigt Kapitel 3.4.e zur selektiven Militärverweigerung im Apartheidstaat Südafrikas auf. Ebenso illustriert dies ein Exkurs in Kapitel 3.5.c, der sich den Deserteuren aus der deutschen Wehrmacht widmet; deren Verweigerung musste – ungeachtet der zu Grunde liegenden Motivationen – vom Verfolgerstaat jedenfalls als politische Kritik aufgefasst werden. Eine flüchtlingsrechtlich relevante Verfolgungsmotivation ist bei Sanktionierungen gegen selektive Militärverweigerer, die die Teilnahme an völkerrechtswidrigen Militäreinsätzen verweigern, regelmässig gegeben; die Sanktionierung, die ihrerseits der Legitimität entbehrt, richtet sich gegen die (zumindest unterstellten) politischen Anschauungen der Verweigerers.

Bei der in Teil 2 der Arbeit diskutierten Sanktionierung des absoluten Dienstverweigerers, der einen grundsätzlich legitimen Militärdienst aus Gewissensgründen verweigert, kommt den Motivationen des Verweigerers Bedeutung zu; seine Gewissensgründe sind dem grundsätzlich legitimen Strafanspruch des Staates zur Durchsetzung einer Bürgerpflicht entgegenzusetzen und im Sinne von Verhältnismässigkeitsüberlegungen zu würdigen. Der selektiven Verweigerung eines illegitimen Militäreinsatzes hingegen, die in Teil 3 der Arbeit betrachtet wird, steht grundsätzlich kein legitimer Strafanspruch des Staates gegenüber; vielmehr handelt ein Staat, der mittels Sanktionen völkerrechtswidrige Militäreinsätze durchsetzen will, fraglos illegitim. Welche Motive und Gewissensgründe den Verweigerer geleitet haben, bleibt bei der selektiven Verweigerung letztlich aus

dem Grund irrelevant, dass jedenfalls der sanktionierende Staat, auf dessen Optik es bei der Prüfung der Verfolgungsmotivation massgeblich ankommt, ihm eine illoyale und oppositionelle Haltung zumindest unterstellt.

Kapitel 3.6 betrachtet sodann jene selektiven Militärverweigerer, deren zur Verweigerung führender Gewissenskonflikt daraus resultiert, dass sie im Dienst zur Teilnahme an Einsätzen gegen Angehörige der eigenen Volksgruppe oder Ethnie gezwungen würden. Sowohl jüngere Stellungnahmen des UNHCR als auch gemeinsame flüchtlingsrechtliche Positionen im Rahmen der EU anerkennen die flüchtlingsrechtliche Relevanz derartiger «ethnisch begründeter» Gewissenskonflikte. In der schweizerischen asylrechtlichen Literatur und Praxis werden ähnliche Überlegungen der Bezugnahme auf ethnische Zugehörigkeitskriterien ebenfalls angesprochen, bleiben freilich dogmatisch wenig reflektiert und einzig auf wenige länderspezifische Ausnahmekonstellationen bezogen. Ob derartige ethnisch bedingte Anknüpfungspunkte allerdings zu sachgerechten flüchtlingsrechtlichen Aussagen zur Relevanz selektiver Militärverweigerung beitragen, erscheint fraglich; als überzeugender erweist sich ein dogmatischer Ansatz, der sich unabhängig von den ethnischen Zugehörigkeiten der Beteiligten auf das Kriterium der völkerrechtlichen Legitimität oder Illegitimität der in Frage stehenden militärischen Aktionen bezieht.

Im Sinne eines Fallbeispiels wird in Kapitel 3.7 untersucht, welche flüchtlingsrechtlichen Antworten in den 1990er Jahren jene Dienstverweigerer und Deserteure gefunden haben, die sich den Kriegen im Gebiet des ehemaligen Jugoslawien entzogen. In den europäischen Aufnahme- und Asylstaaten wurde in diesem Zusammenhang, auf Anstoss des UNHCR hin, unter dem Namen der *temporary protection* ein neues Konzept der Schutzgewährung entwickelt, bei welchem zwar zeitweiliger Schutz gewährt und das Refoulementverbot insofern eingehalten wird, hingegen die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft sistiert und diese Frage letztlich offen gelassen wird. Aus einer auf Fragen der *temporary protection* konzentrierten Optik wird deutlich, weshalb UNHCR-Stellungnahmen zu den Dienstverweigerern und Deserteuren aus dem ehemaligen Jugoslawien in den 1990er Jahren sich jeweils auf Fragen des Schutzbedürfnisses und der Schutzgewährung konzentrierten, hingegen auf Fragen der Flüchtlingsanerkennung nicht Bezug nahmen. In der Schweiz stand für Dienstverweigerer und Deserteure aus den jugoslawischen Kriegen das System der kollektiven vorläufigen Aufnahme in Kraft. Im Vergleich zu anderen Konzeptionen der

vorübergehenden Schutzgewährung stellt sich die Regelung der kollektiven vorläufigen Aufnahme als atypisch dar, setzt sie doch – als Ersatzmassnahme für einen nicht durchführbaren Wegweisungsvollzug – zuvor den negativen Abschluss des Asylverfahrens und die Anordnung einer Wegweisung voraus, weshalb das Flüchtlingsanerkennungsverfahren nicht sichergestellt werden konnte.

Die Würdigung der Praxis muss zwiespältig ausfallen: Zwar wurde das Schutzbedürfnis der jugoslawischen Dienstverweigerer und Deserteure erkannt und in Formen der temporären Schutzgewährung berücksichtigt; namentlich hinsichtlich der zeitlichen Dauer der Schutzgewährung hat sich dabei die schweizerische Praxis grosszügig gezeigt. Gleichzeitig fielen die flüchtlingsrechtlichen Antworten auf Fragen von Dienstverweigerung und Desertion unbefriedigend aus; der Aspekt der Völkerrechtswidrigkeit der verweigerten militärischen Einsätze wurde gänzlich ausgeklammert. Im Wesentlichen blieb die flüchtlingsrechtliche Diskussion bei dogmatischen Positionen stehen, wie sie bereits seit den 1970er Jahren, aus den Fragestellungen zur Situation der De-facto-Flüchtlinge, bekannt gewesen waren. Die Kriege im ehemaligen Jugoslawien beinhalteten in verschiedener Hinsicht Konstellationen, in denen eine Verweigerung des als völkerrechtswidrig erkannten militärischen Einsatzes legitim, wenn nicht geboten sein musste. Eine Reflexion dieser Erkenntnisse im Hinblick auf flüchtlingsrechtliche Fragestellungen ist freilich nicht erfolgt, und Bezugnahmen auf Fragen der Legitimität einer selektiven Militärverweigerung in völkerrechtswidrigen Kriegshandlungen sind unterblieben. Während in anderen Rechtsgebieten, im Völkerstrafrecht und im humanitären Völkerrecht, wichtige Fortentwicklungen stattgefunden haben, ist demgegenüber die flüchtlingsrechtliche Doktrin und Praxis überzeugende Antworten auf die Ereignisse der Kriege im ehemaligen Jugoslawien schuldig geblieben.