



Urteil vom 5. September 2023

Besetzung

Richterin Susanne Bolz-Reimann (Vorsitz),
Richter Grégory Sauder, Richterin Daniela Brüscheiler,
Gerichtsschreiber Jonas Perrin.

Parteien

A. _____, geboren am (...)
(Beschwerdeführerin 1),
Ukraine und Russland,
und deren Kinder
B. _____, geboren am (...)
(Beschwerdeführer 2),
C. _____, geboren am (...)
(Beschwerdeführerin 3),
beide Ukraine,
alle vertreten durch MLaw Ruedy Bollack,
(...),
Beschwerdeführende,

gegen

Staatssekretariat für Migration (SEM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verweigerung vorübergehender Schutz;
Verfügung des SEM vom 28. Dezember 2022 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Am 14. April 2022 stellte D._____, geboren am (...) (N [...]) – die Schwester der Beschwerdeführerin 1 beziehungsweise Tante der Beschwerdeführenden 2 und 3 – ein Gesuch um Gewährung vorübergehenden Schutzes in der Schweiz, welches das SEM mit Verfügung vom 28. April 2022 guthiess.

B.

Am 18. Juli 2022 suchte E._____, geboren am (...) (N [...]) – der älteste Sohn der Beschwerdeführerin 1 und Bruder der Beschwerdeführenden 2 und 3 – in der Schweiz um vorübergehenden Schutz nach. Mit Verfügung vom 26. Juli 2022 hiess das SEM das Gesuch gut und gewährte ihm vorübergehenden Schutz.

C.

Am 29. September 2022 ersuchten die Beschwerdeführenden die Schweiz um Gewährung vorübergehenden Schutzes.

D.

Anlässlich der Befragung zum Gesuch um vorübergehenden Schutz vom 6. Oktober 2022 machte die Beschwerdeführerin 1 im Wesentlichen geltend, sie sei ukrainisch-russische Doppelbürgerin, ihre Kinder B._____, (Beschwerdeführer 2), C._____ (Beschwerdeführerin 3) und E._____ verfügten jedoch ausschliesslich über die ukrainische Staatsbürgerschaft. Sie und ihre Kinder sowie ihre Schwester D._____ seien in ihrem Heimatort F._____ in der Oblast Donezk angemeldet. Sie – die Beschwerdeführerin 1 – habe die letzten zehn Jahre als Englischlehrerin für Kinder, oft online und ortsunabhängig, gearbeitet.

Sie und ihre Kinder hätten sich aufgrund des Donbass-Konfliktes im Jahr 2014 in die Region Murmansk (Russland) begeben, wo ihre Eltern lebten. Im Jahr 2018 habe ihr Ehemann sie und die gemeinsamen Kinder verlassen; ebenfalls im Jahr 2018 sei ihr Sohn E._____ zu ihrer Schwester nach F._____ gezogen; ab Oktober 2021 habe er ein Internat in Polen besucht und sei am 16. Juli 2022 zu ihrer Schwester D._____ in die Schweiz gereist. Ihre beiden jüngeren Kinder B._____ und C._____ seien mit ihr bei ihren Eltern in Russland geblieben.

Sie habe stets in die Ukraine zurückkehren wollen, sie sei mit ihren Kindern nur aufgrund des Donbass-Konflikts nach Russland gegangen. Seit dem

Jahr 2018 sei sie gemeinsam mit ihren Kindern B._____ und C._____ dreimal für jeweils zwei bis drei Monate in ihren Heimatort in der Ukraine zurückgekehrt. Vom 11. September 2021 bis zu ihrer Ausreise habe sie sich wiederum in Russland aufgehalten, wo sie ihre kranke Mutter gepflegt habe, ausserdem habe sie einen Mann kennengelernt. Hauptgrund für den erneuten Aufenthalt in Russland sei jedoch der anhaltende Donbass-Konflikt gewesen. Am 26. September 2022 habe sie gemeinsam mit ihren Kindern B._____ und C._____ Russland verlassen und sei zu ihrem ältesten Sohn E._____ und ihrer Schwester D._____ in die Schweiz gereist.

Neben ihren Eltern sei nur eine Cousine in Russland wohnhaft, ihre weiteren Verwandten, ihre Urgrossmutter, ihre Grosstante, drei Cousins und ihr Schwager, würden in der Ukraine leben. Sie würde nicht nach Russland zurückkehren wollen, weil sie ihre Kinder der derzeit in Russland herrschenden Situation und der antiukrainischen Propaganda nicht aussetzen wolle. Ausserdem müssten ukrainische Staatsangehörige in Russland mit Übergriffen und Behelligungen seitens russischer Staatsangehöriger rechnen. Weder sie noch ihre Kinder seien jedoch bisher Opfer solcher Übergriffe geworden. Ferner versuche auch ihr Partner Russland zu verlassen, zumal er die politischen Ansichten der Regierung nicht teile. Schliesslich sei es für ihre jüngeren Kinder B._____ und C._____ wichtig, mit ihrem ältesten Bruder E._____ aufwachsen zu können.

Auf eine Befragung der Beschwerdeführenden 2 und 3 wurde aufgrund deren jungen Alters verzichtet.

E.

Mit Verfügung vom 28. Dezember 2022 wies das SEM das Gesuch ab und ordnete die Wegweisung der Beschwerdeführenden aus der Schweiz sowie den Vollzug an.

F.

Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 6. Februar 2023 erhoben die Beschwerdeführenden dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Beschwerdeverfahren D-711/2023). Darin beantragten sie, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, ihnen vorübergehenden Schutz zu gewähren; eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, aufgrund der Unzulässigkeit beziehungsweise der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs eine vorläufige Aufnahme anzuordnen; sub-eventualiter sei die

angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

In prozessualer Hinsicht ersuchten sie um Gewährung der amtlichen Rechtsverteidigung sowie der unentgeltlichen Rechtspflege einschliesslich des Verzichts auf Erhebung eines Kostenvorschusses.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Februar 2023 hiess die Instruktionsrichterin des Verfahrens D-711/2023 das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung einschliesslich des Verzichts auf Erhebung eines Kostenvorschusses unter der Voraussetzung des Nachreichens einer Fürsorgebestätigung oder des Bezahlens eines Kostenvorschusses gut, andernfalls auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

H.

Mit Urteil D-711/2023 vom 15. März 2023 trat das Bundesverwaltungsgericht nach Ablauf der Frist auf die Beschwerde mit der Begründung nicht ein, es sei innert angesetzter Frist weder eine Fürsorgebestätigung eingegangen noch der Kostenvorschuss bezahlt worden.

I.

Mit als «Revisionsgesuch» bezeichneter Eingabe vom 22. März 2023 ersuchten die Beschwerdeführenden um Revision des Urteils D-711/2023. Als Hauptbegehren beantragten sie das Eintreten auf das Revisionsgesuch, die Aufhebung des Urteils D-711/2023 sowie das Eintreten auf die Beschwerde vom 6. Februar 2023.

Darin machten die Beschwerdeführenden geltend, sie hätten eine Fürsorgebestätigung innert angesetzter Frist eingereicht. Zur Stützung ihres Vorbringens reichten sie unter anderem eine Quittung der Post sowie den Ausdruck einer Sendungsverfolgung ein.

J.

Mit Urteil D-1616/2023 vom 26. April 2023 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Revisionsgesuch gut, hob das Urteil D-711/2023 vom 15. März 2023 auf und nahm das Beschwerdeverfahren unter der Verfahrensnummer D-2299/2023 wieder auf.

Zur Begründung hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, die Fürsorgebestätigung sei beim Bundesverwaltungsgericht fristgerecht eingegangen, jedoch sei diese aus nicht mehr nachvollziehbaren Gründen nicht an die

Instruktionsrichterin sowie den zuständigen Gerichtsschreiber des Verfahrens D-711/2023 weitergeleitet worden, weshalb sie keinen Eingang in die Beschwerdeakten gefunden habe.

K.

Mit Zwischenverfügung vom 1. Mai 2023 stellte die Instruktionsrichterin fest, die Beschwerdeführenden dürften den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten. Gleichzeitig hiess sie die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einschliesslich des Verzichts auf Erhebung eines Kostenvorschusses und der amtlichen Rechtsverteidigung gut und setzte den rubrizierten Rechtsvertreter als amtlichen Rechtsbeistand der Beschwerdeführenden ein. Ferner lud sie die Vorinstanz zur Vernehmung ein.

L.

In ihrer Vernehmung vom 21. Juni 2023 hielt die Vorinstanz an der angefochtenen Verfügung fest. Ergänzend nahm sie zu verschiedenen Beschwerdevorbringen Stellung.

M.

Mit Instruktionsverfügung vom 26. Juni 2023 forderte die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführenden zur Einreichung einer Replik und entsprechender Beweismittel ein.

N.

In ihrer Replik vom 11. Juli 2023 hielten die Beschwerdeführenden an den Beschwerdebegehren und deren Begründung fest. Ergänzend nahmen sie zur vorinstanzlichen Vernehmung vom 21. Juni 2023 Stellung.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls – in der Regel und auch vorliegend – endgültig (Art. 72 i.V.m. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG und dem VGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Die Beschwerdeführenden haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 72 i.V.m. Art. 108 Abs. 6 AsylG, Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich, soweit die Verweigerung vorübergehenden Schutzes betreffend, nach Art. 106 Abs. 1 AsylG (i.V.m. Art. 72 AsylG), im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

3.

3.1 Gestützt auf Art. 4 AsylG kann die Schweiz Schutzbedürftigen für die Dauer einer schweren allgemeinen Gefährdung, insbesondere während eines Kriegs oder Bürgerkriegs sowie in Situationen allgemeiner Gewalt, vorübergehenden Schutz gewähren. Der Bundesrat entscheidet, ob und nach welchen Kriterien Gruppen von Schutzbedürftigen vorübergehender Schutz gewährt wird (Art. 66 Abs. 1 AsylG).

3.2 Am 11. März 2022 hat der Bundesrat gestützt auf Art. 66 Abs. 1 AsylG eine Allgemeinverfügung zur Gewährung des vorübergehenden Schutzes im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine erlassen (BBI 2022 586). Gemäss Ziff. I dieses Erlasses wird der Schutzstatus für folgende Personenkategorien gewährt:

- schutzsuchende ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger und ihre Familienangehörige (Partnerinnen und Partner, minderjährige Kinder und andere enge Verwandte, welche zum Zeitpunkt der Flucht ganz oder teilweise unterstützt wurden), welche vor dem 24. Februar 2022 in der Ukraine wohnhaft waren;
- schutzsuchende Personen anderer Nationalität und Staatenlose sowie ihre Familienangehörige gemäss Definition in Buchstabe a, welche vor dem 24. Februar 2022 einen internationalen oder nationalen Schutzstatus in der Ukraine hatten;

- Schutzsuchende anderer Nationalität und Staatenlose sowie ihre Familienangehörige gemäss Definition in Buchstabe a, welche mit einer gültigen Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung belegen können, dass sie über eine gültige Aufenthaltsberechtigung in der Ukraine verfügen und nicht in Sicherheit und dauerhaft in ihre Heimatländer zurückkehren können.

4.

4.1 Das SEM führte zur Begründung der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen aus, die Abklärungen des SEM hätten ergeben, dass die Beschwerdeführenden nicht zu einer der vom Bundesrat definierten Gruppenschutzberechtigter Personen gehörten. Gemäss den Aussagen der Beschwerdeführerin 1 habe sie gemeinsam mit ihren Kindern seit dem Jahr 2014 in der Eigentumswohnung ihrer Eltern in Murmansk (Russland) gelebt. Dort habe sie gearbeitet und sei eine Beziehung eingegangen, auch hätten ihre Kinder dort die Schule besucht. Einzig ihr ältester Sohn E. _____ habe vom Jahr 2018 bis im Oktober 2021 in der Ukraine gelebt. Zwar habe die Beschwerdeführerin 1 angegeben, wegen des Donbass-Konflikts im Jahr 2014 ihren Heimatstaat verlassen zu haben; die Allgemeinverfügung des Bundesrats betreffe jedoch lediglich ukrainische Staatsangehörige, die wegen des Kriegsausbruchs im Februar 2022 in der Schweiz um Schutz ersuchten. Vorliegend sei erstellt, dass die Beschwerdeführenden vor dem 24. Februar 2022 nicht in der Ukraine, sondern seit dem Jahr 2014 in Russland gelebt hätten. Somit falle eine Anwendung der Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung ausser Betracht.

Auch die Voraussetzungen der Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung seien vorliegend nicht erfüllt. Zwar verfüge die Beschwerdeführerin 1 auch über die russische Staatsangehörigkeit; ihre Lebensumstände in Russland seien aber insgesamt als stabil zu bezeichnen. Gemäss ihren Aussagen seien weder sie noch ihre Kinder antiukrainischen Diskriminierungen ausgesetzt gewesen. Ausserdem habe sie vor der Ausreise den Abschluss des Schuljahres ihrer Kinder abgewartet, sei in Russland eine Beziehung eingegangen und habe dort gearbeitet. Dieser Sachverhalt lasse nicht auf eine unmittelbare Gefährdung schliessen, weshalb davon auszugehen sei, sie und ihre Kinder könnten sicher und dauerhaft nach Russland zurückkehren. In der Folge sei das Gesuch um vorübergehenden Schutz abzuweisen.

4.2 In ihrer Beschwerde erwiderten die Beschwerdeführenden, die Vorinstanz habe sich bisher nicht explizit zu einem Anspruch auf

vorübergehenden Schutz von Personen geäussert, die bereits vor dem 24. Februar 2022 aus der Ukraine geflohen seien oder sich aus anderen Gründen im Ausland aufgehalten hätten; gemäss aktueller Praxis scheinete das SEM auf den Lebensmittelpunkt der gesuchstellenden Personen abzustellen. Sie – die Beschwerdeführenden – hätten die Ukraine im Jahr 2014 nicht freiwillig verlassen, vielmehr seien sie wegen des Donbass-Konflikts ausgereist. Aufgrund der Situation sei es nahegelegen, zu ihren Eltern nach Murmansk zu fliehen, sie – die Beschwerdeführenden – hätten jedoch stets die Absicht gehabt, möglichst bald wieder in die Ukraine zurückzukehren. Sie seien mehrmals für längere Zeit in der Ukraine gewesen; da ein dauerhafter Aufenthalt in der Ukraine aufgrund des Konflikts zu gefährlich gewesen sei, seien sie jeweils wieder nach Russland zurückgekehrt. Unter Berücksichtigung der Umstände sei davon auszugehen, dass sich ihr Lebensmittelpunkt stets in der Ukraine befunden habe, da sie diesen nicht freiwillig aufgegeben hätten und eine Rückkehr in die Ukraine wegen des russischen Angriffskriegs verunmöglicht worden sei. In der Folge seien sie als schutzberechtigte Personen im Sinne der Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung zu bezeichnen.

Ferner sei nicht ersichtlich, weshalb E. _____ – der älteste Sohn und Bruder der Beschwerdeführenden – vorübergehenden Schutz gewährt worden sei, gleiches ihnen aber verwehrt werden solle, zumal ihnen als Familienangehörige daraus ein Anspruch aus Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung entstehe. Die vom Bundesrat in Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung umschriebene Personengruppe lehne sich an die Bestimmungen der Richtlinie des Rates 2001/55/EG vom 20. Juli 2001 (RL 2001/55/EG) an; gemäss Art. 14 Abs. 3 RL 2001/55/EG könnten Mitglieder der Kernfamilie eines Familienangehörigen mit Schutzstatus, welche erst später in einen Mitgliedstaat einreisten, zusammengeführt werden. Sowohl E. _____ – der minderjährige Sohn der Beschwerdeführerin 1 – wie auch D. _____ – die Schwester der Beschwerdeführerin 1 – würden in der Schweiz über einen Schutzstatus verfügen, weshalb sie – die Beschwerdeführenden – als Familienangehörige im Sinne der Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung zu gelten und daher einen Anspruch auf Gewährung vorübergehenden Schutzes hätten.

Des Weiteren liesse sich ein Schutzanspruch auch aus Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung ableiten, zumal sie – die Beschwerdeführerin 1 – auch russische Staatsangehörige sei, über einen gültigen Aufenthaltstitel in der Ukraine verfüge und nicht in Sicherheit und dauerhaft nach Russland zurückkehren könne. Sie befürchte zu Recht, bei einer Rückkehr nach

Russland Opfer antiukrainischer Benachteiligungen und Verfolgung zu werden. Zu bedenken sei ausserdem, dass ihre Eltern krank seien, wodurch sie – die Beschwerdeführenden – in Russland über kein soziales Netz verfügten und auf sich alleine gestellt wären.

Ferner wäre das SEM gemäss Art. 69 Abs. 4 AsylG verpflichtet gewesen, nach Ablehnung des Gesuchs um vorübergehenden Schutz ein reguläres Asylverfahren einzuleiten. Vorliegend habe sie – die Beschwerdeführerin 1 – anlässlich der Befragung vom 6. Oktober 2022 dargelegt, dass sie nicht nach Russland gegangen wären, wenn sie eine andere Wahl gehabt hätten. Ausserdem habe sie angegeben, sie befürchte, dass ihre Kinder aufgrund ihrer ukrainischen Herkunft Opfer von Benachteiligungen werden würden und sie ihre Kinder nicht der prorussischen Propaganda aussetzen wolle. Damit habe sie im Sinne von Art. 18 AsylG zu erkennen gegeben, dass sie in der Schweiz um Schutz vor Verfolgung nachsuche, zumal die Voraussetzungen an den Verfolgungsbegriff weit auszulegen seien. In der Folge wäre das SEM gehalten gewesen, nach Verweigerung des S-Status ein Asylverfahren einzuleiten und eine Asylanhörnung durchzuführen; die angefochtene Verfügung sei daher zu kassieren und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.3 In ihrer Vernehmlassung führte die Vorinstanz an, eine Verlegung des Lebensmittelpunkts stelle nicht darauf ab, ob diese freiwillig oder unfreiwillig stattgefunden habe, für die vorliegende Beurteilung sei der faktische Lebensmittelpunkt ausschlaggebend. Die Beschwerdeführenden würden seit neun Jahren in Russland bei den Eltern der Beschwerdeführerin 1 leben, wo sie arbeite, ihr Lebenspartner wohnhaft sei und ihre Kinder zur Schule gingen. Dessen ungeachtet weise die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin 1 auf eine freiwillige Verlegung ihres Lebensmittelpunktes nach Russland hin. So habe sie angegeben, mehrfach in die Ukraine gereist, dann aber stets nach Russland zurückgekehrt zu sein, begründet habe sie die Rückkehr nach Russland mit der Sicherheitslage in der Ukraine, der Trennung von ihrem damaligen Ehegatten und der Krankheit ihrer in Russland wohnhaften Mutter. Mit Blick auf die Sicherheitslage in der Ukraine sei festzuhalten, dass nicht ersichtlich sei, dass eine Rückkehr dorthin unmöglich gewesen wäre, zumal ihr ältester Sohn E. _____ im Jahr 2018 in die Ukraine gegangen sei und bis zu seiner Ausreise nach Polen dort gelebt habe. Auch die Trennung von ihrem Ehegatten sei nicht als unüberwindbares Hindernis für eine dauerhafte Rückkehr in die Ukraine zu bezeichnen. Im Übrigen hätten sie zum damaligen Zeitpunkt bereits seit sieben Jahren in Russland gelebt, als die Mutter der Beschwerdeführerin

1 erkrankt sei, weshalb davon auszugehen sei, dass eine Verlegung des Lebensmittelpunktes bereits vorher stattgefunden habe. Aus den verschiedenen Aufenthalten in der Ukraine könne somit nicht auf eine Rückverlegung des Lebensmittelpunkts in die Ukraine geschlossen werden, vielmehr gehe aus dem Sachverhalt hervor, dass ihr Lebensmittelpunkt in Russland liege.

Mit Blick auf die Gewährung vorübergehenden Schutzes zugunsten von E. _____ sei festzustellen, dass dieser im Jahr 2018 in die Ukraine zurückgekehrt sei und sich dort bis zu seiner Ausreise nach Polen dauerhaft aufgehalten habe. Sein Aufenthalt in Polen zwecks Besuchs eines Internats sei nicht als Verlegung seines Lebensmittelpunkts zu werten; am 24. Februar 2022 habe sich sein Lebensmittelpunkt daher in der Ukraine befunden, weshalb er einer der durch den Bundesrat definierten Gruppen schutzberechtigter Personen angehöre.

Ferner könne aus dem Schutzstatus von E. _____ kein Schutzanspruch der Beschwerdeführenden aufgrund der Familienzugehörigkeit im Sinne von Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung abgeleitet werden, zumal ein umgekehrter Familiennachzug gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG beziehungsweise Art. 71 AsylG rechtlich nicht vorgesehen sei.

Des Weiteren sei auf die angefochtene Verfügung zu verweisen, wonach nicht ersichtlich sei, inwiefern es den Beschwerdeführenden nicht möglich sei, in Sicherheit und dauerhaft nach Russland zurückzukehren. Trotz der geltend gemachten Probleme wie antiukrainischer Propaganda oder Benachteiligungen aufgrund ihrer ukrainischen Herkunft sei eine Rückkehr nach Russland als zumutbar und zulässig zu bezeichnen. Auch die Beschwerdevorbringen vermöchten an der diesbezüglichen Einschätzung nichts zu ändern.

Betreffend das Vorbringen, das SEM wäre verpflichtet gewesen, nach Ablehnung des Gesuchs um vorübergehenden Schutz ein Asylverfahren einzuleiten, sei festzuhalten, dass es gesuchstellenden Personen grundsätzlich freistehe, nach Ablehnung ihres Gesuchs in der Schweiz um Asyl nachzusuchen. Ein Übertritt erfolge automatisch, wenn die gesuchstellende Person eine Willensäusserung im Sinne von Art. 18 AsylG während des Verfahrens um vorübergehenden Schutz tätige. Vorliegend habe die Beschwerdeführerin 1 zwar während des erstinstanzlichen Verfahrens angegeben, dass sie sich vor allfälligen Behelligungen aufgrund ihrer ukrainischen Herkunft fürchte und ihre Kinder vor prorussischer Propaganda

schützen wolle. Allerdings habe sie explizit zu Protokoll gegeben, bisher nicht Opfer solcher Nachteile geworden zu sein, weshalb ihre Äusserungen mit Blick auf eine allfällige Verfolgung nicht genügend konkret gewesen seien, um als Asylgesuch im Sinne von Art. 18 AsylG zu gelten. Erst in der Beschwerdeschrift sei explizit ein Asylgesuch gestellt worden, weshalb das SEM dieses verbuchen werde. Mit der Behandlung der Asylgesuche werde jedoch bis zur Rechtskraft des ablehnenden Entscheids im vorliegenden Verfahren zugewartet.

4.4 In ihrer Replik führten die Beschwerdeführenden an, ihr Wegzug aus der Ukraine sei ausschliesslich aufgrund des Donbass-Konflikts erfolgt, der aktuelle Krieg in der Ukraine stelle eine Fortsetzung des Krieges in der Donbass-Region dar. Es sei daher äusserst stossend, dass ihnen ihre vorzeitige Ausreise aus der Ukraine zum Nachteil gereiche. Zum damaligen Zeitpunkt habe keine andere Möglichkeit bestanden, als zu ihren Eltern in Russland zu fahren, wäre eine innerstaatliche Fluchtalternative offen gestanden, hätten sie von dieser Gebrauch gemacht.

Es sei darauf zu verweisen, dass die Gewährung vorübergehenden Schutzes bezwecke, Personen, welche die Ukraine aufgrund des russischen Angriffskriegs verlassen hätten, zu schützen. Obwohl sie – die Beschwerdeführenden – zum Zeitpunkt des Ausbruchs des Kriegs nicht in der Ukraine wohnhaft gewesen seien, habe sich ihr Lebensmittelpunkt stets dort befunden, zumal ihr Wegzug nach Russland auf denselben Konflikt zurückzuführen sei. Eine teleologische Auslegung der Allgemeinverfügung gebiete daher eine Schutzgewährung im vorliegenden Fall.

Im Übrigen sei zu bedenken, dass die Definition der Familienangehörigen in der Allgemeinverfügung bewusst weiter gefasst worden sei als in Art. 51 Abs. 1 AsylG, weshalb sie davon durchaus erfasst werden würden.

5.

5.1 Vorliegend ist die ukrainisch-russische Doppelbürgerschaft der Beschwerdeführerin unbestritten. Es ist daher zu prüfen, ob sie und ihre Kinder zu der Personengruppe gemäss Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung gehören oder ob die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht davon ausgegangen ist, sie seien vor dem 24. Februar 2022 nicht in der Ukraine wohnhaft gewesen.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass sich der Lebensmittelpunkt der Beschwerdeführenden zum Zeitpunkt des Ausbruchs des Kriegs in der

Ukraine am 24. Februar 2022 nicht in der Ukraine, sondern in Russland befunden hat. Die Beschwerdeführenden wohnten seit 2014 bei ihren Eltern beziehungsweise Grosseltern; die Beschwerdeführerin 1 verdiente von dort aus ihren Lebensunterhalt, ihr Lebenspartner ist ebenfalls dort wohnhaft und die Beschwerdeführenden 2 und 3 besuchten dort die Schule. Angesichts dieser Umstände geht das Bundesverwaltungsgericht mit der Vorinstanz einig, dass sich der Lebensmittelpunkt der Beschwerdeführenden seit vielen Jahren – und somit auch zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs – ausserhalb der Ukraine befindet. Daran vermag auch der Einwand, die Beschwerdeführenden seien weiterhin an ihrer Adresse in F._____ angemeldet, nichts zu ändern, zumal es sich mit Blick auf eine teleologische Auslegung von Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung rechtfertigt, auf den faktischen Wohnsitz abzustellen. Auch der Einwand, sie hätten die Ukraine nicht freiwillig, sondern wegen des Donbass-Konflikts im Jahr 2014, welcher als Präkursor des aktuellen Kriegs zu verstehen sei, verlassen, vermag das Gericht nicht zu überzeugen. Der Schutzstatus S wurde eingeführt, um jenen Schutzsuchenden, welche die Ukraine aufgrund des russischen Angriffskriegs seit Februar 2022 verlassen mussten, in der Schweiz vorübergehenden Schutz zu gewähren (vgl. etwa Medienmitteilung des Bundesrates vom 11. März 2022), und nicht für Personen, die früher geflüchtet sind und bereits Schutz in ihrem zweiten Heimatstaat gefunden haben. An dieser Einschätzung vermögen auch die geltend gemachten wiederholten Aufenthalte in der Ukraine nichts zu ändern, da nicht ersichtlich ist, dass sie zu einer dauerhaften Rückkehr in die Ukraine geführt haben. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann an dieser Stelle auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden.

5.2 Weiter stellt das Gericht fest, dass die Beschwerdeführenden auch aus dem Umstand, dass E._____ – der älteste Sohn und Bruder der Beschwerdeführenden – über einen Schutzstatus S verfügt, keinen eigenen Anspruch auf Gewährung vorübergehenden Schutzes ableiten können. Die vorliegende Konstellation – eine Ableitung eines Schutzanspruchs der Mutter beziehungsweise der minderjährigen Geschwister eines minderjährigen Schutzberechtigten (sog. umgekehrter Familiennachzug) – wird unter den konkreten Umständen von Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung nicht erfasst (Art. 71 Abs. 1 sowie auch Art. 51 Abs. 1 AsylG; vgl. Urteil des BVGer D-4049/2022 vom 12. Oktober 2022 E. 7.1). Daran ändert auch der Einwand nichts, dass Mitglieder der Kernfamilie gemäss Art. 14 Abs. 3 (*recte*: Art. 15 Abs. 3) RL 2001/55/EG zusammengeführt werden könnten, da vorliegend die Trennung der Familienangehörigen nicht im Zuge des Massenzustroms aus der Ukraine stattgefunden hat (Art. 15 Abs.1

RL 2001/55/EG). Vielmehr stand der Aufenthalt von E. _____ in der Ukraine und Polen nicht im Zusammenhang mit dem Kriegsausbruch vom 24. Februar 2022, sondern mit dessen Ausbildung. Im Übrigen kann auf die weiteren zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

5.3 Die Beschwerdeführerin 1 verfügt neben der ukrainischen Staatsangehörigkeit auch über das Bürgerrecht Russlands, weshalb sie geltend macht, zur Personengruppe gemäss Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung zu gehören. Diese Bestimmung richtet sich gemäss ihrem Wortlaut nicht an Drittstaatsangehörige, die *zusätzlich* über die ukrainische Staatsangehörigkeit verfügen, sondern an solche, deren Aufenthaltsberechtigung in der Ukraine auf einer «Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung» beruht. Ukrainische Staatsangehörige bedürfen selbstredend keiner solchen Bewilligung (vgl. Urteile des BVGer D-2938/2022 vom 21. Dezember 2022 E. 5.3; D-2378/2023 vom 22. Mai 2023 E. 6.2; D-243/2023 vom 7. Juni 2023 E. 5.1). Eine teleologische Auslegung der in Ziff. I Bstn. a – c der Allgemeinverfügung definierten Personengruppen führt zum gleichen Ergebnis. Die Beschwerdeführerin 1 fällt nicht in diese Personenkategorie, weshalb eine Anwendung von Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung schon aus diesem Grund – und ungeachtet dessen, ob sie und ihre Kinder dauerhaft und in Sicherheit nach Russland zurückkehren könnten – nicht in Frage kommt.

5.4 Nach dem Gesagten hat das SEM das Gesuch um Gewährung vorübergehenden Schutzes zu Recht abgewiesen.

6.

6.1 Beabsichtigt das SEM, den vorübergehenden Schutz zu verweigern, so setzt es das Verfahren über die Anerkennung als Flüchtling oder das Wegweisungsverfahren unverzüglich fort (Art. 69 Abs. 4 AsylG), wobei eine Anhörung zu den Asylgründen nach Art. 29 AsylG durchzuführen ist, falls um Schutz im Sinne von Art. 18 AsylG ersucht wird (vgl. Urteile des BVGer D-2938/2022 vom 21. Dezember 2022 E. 6; E-2877/2022 vom 6. Juli 2022 S. 6). Als Asylgesuch gilt gemäss Art. 18 AsylG jede Äusserung, mit der eine Person zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um Schutz vor Verfolgung ersucht. Diesbezüglich gilt ein weiter Verfolgungsbegriff, der über die ernsthaften Nachteile nach Art. 3 AsylG hinausreicht (vgl. BVGE 2013/10 E. 7.4.1 m.w.H.).

6.2 Die Beschwerdeführerin 1 machte anlässlich der Befragung vom 6. Oktober 2022 geltend, sie habe nie gezielte persönliche Probleme mit den

Behörden, Drittpersonen oder Organisationen in Russland gehabt (vgl. A8/8 F39). Zwar sei in Russland eine allgemeine antiukrainische Haltung der Bevölkerung spürbar und sie habe selbst beobachtet, dass Leute gegen ukrainische Staatsangehörige Aggressionen zeigen würden, diese seien aber nicht gegen sie gerichtet gewesen; es mache aber Angst, dies zu sehen (vgl. A8/8 F41). Ob diese Äusserungen als Asylgesuch im Sinne von Art. 18 AsylG zu gelten haben, kann vorliegend offenbleiben, da die Beschwerdeführenden auf Beschwerdeebene – wie von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zutreffend angeführt – die Schweiz explizit um Schutz ersuchten. Das Gericht stellt fest, dass das SEM in seiner Vernehmlassung zwar vermerkt hat, die Asylgesuche der Beschwerdeführenden würden «verbucht» werden, dies jedoch nicht wiedererwägungshalber eine Aufhebung der in der angefochtenen Verfügung vom 28. Dezember 2022 verfügten Wegweisung zur Folge hatte.

7.

Das Stellen eines Asylgesuchs berechtigt zum Aufenthalt in der Schweiz (Art. 42 AsylG); die Durchführung des Vollzugs einer allenfalls nach dem Asylverfahren erneut anzuordnenden Wegweisung (Art. 44 AsylG) bedarf einer vertieften Prüfung. Aus diesem Grund ist die vom SEM verfügte Wegweisung (samt angeordnetem Wegweisungsvollzug) aufzuheben.

8.

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, soweit – in Bezug auf das Asylgesuch der Beschwerdeführenden – die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz beantragt wird. Die Dispositivziffern 2, 3 und 5 der Verfügung vom 28. Dezember 2022 sind aufzuheben, und die Sache ist gestützt auf Art. 61 Abs. 1 VwVG zur Fortsetzung als ordentliches Asylverfahren an das SEM zurückzuweisen. Hierfür sind ihm die Akten zu überweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

9.

Mit der Aufhebung des Wegweisungspunktes wird das Rechtsbegehren um Feststellung der Unzulässigkeit beziehungsweise Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs sowie die Anordnung der vorläufigen Aufnahme gegenstandslos, weshalb eine Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Parteivorbringen unterbleiben kann.

10.

10.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens – hälftiges Obsiegen – wären die Verfahrenskosten zur Hälfte den Beschwerdeführenden aufzuerlegen. Nachdem jedoch das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG mit Zwischenverfügung vom 1. Mai 2023 gutgeheissen worden ist, sind vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben.

10.2 Den Beschwerdeführenden ist in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine reduzierte Entschädigung für die ihnen notwendigerweise erwachsenen Parteikosten auszurichten. Der amtliche Rechtsbeistand wies zum Zeitpunkt der Beschwerdeeingabe einen zeitlichen Aufwand von 9 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 200.– und eine halbe Stunde (Korrespondenz mit den Beschwerdeführenden) zu einem Stundenansatz von Fr. 100.– sowie eine Stunde Verdolmetschung zu einem Stundenansatz von Fr. 60.– aus. Der ausgewiesene zeitliche Aufwand ist nicht zu beanstanden. Unter Berücksichtigungen der weiteren Eingabe (Replik) und angesichts des hälftigen Obsiegens ist die vom SEM auszurichtende Parteientschädigung gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9–13 VGKE) auf pauschal Fr. 1'255.– festzusetzen.

10.3 Im Umfang des hälftigen Unterliegens ist der Stundenansatz praxisgemäss von Fr. 200.– auf 150.– herabzusetzen und dem amtlichen Rechtsbeistand ein amtliches Honorar von Fr. 955.– durch die Gerichtskasse zu vergüten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird betreffend die Dispositivziffern 2, 3 und 5 der angefochtenen Verfügung gutgeheissen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die Verfügung des SEM vom 28. Dezember 2022 wird hinsichtlich der Dispositivziffern 2, 3 und 5 aufgehoben, und die Sache zur Durchführung eines ordentlichen Asylverfahrens an das SEM zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das SEM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'255.– auszurichten.

5.

Dem amtlichen Rechtsbeistand wird ein amtliches Honorar von Fr. 955.– durch die Gerichtskasse vergütet.

6.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführenden, das SEM und die zuständige kantonale Behörde.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Susanne Bolz-Reimann

Jonas Perrin

Versand: