



Abteilung IV
D-6537/2023

Urteil vom 16. Januar 2025

Besetzung

Richterin Susanne Bolz-Reimann (Vorsitz),
Richter Mathias Lanz,
Richterin Giulia Marelli,
Gerichtsschreiberin Regula Aeschimann.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Ukraine und Russland,
vertreten durch lic. iur. Jean Louis Scenini, JLS avocats, (...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Verweigerung vorübergehender Schutz / Asyl und
Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 26. Oktober 2023 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a Der Beschwerdeführer suchte am 9. August 2023 in der Schweiz um vorübergehenden Schutz nach. Das SEM befragte ihn daraufhin am 5. Oktober 2023 mündlich zu seinem Gesuch.

A.b Dabei brachte der Beschwerdeführer vor, er sei in der Region von B. _____ in der Ukraine geboren. Seine Mutter stamme aus Russland und lebe in der Region von C. _____, sein Vater wohne in der Ukraine. Seit 2006 habe er sich immer wieder in Russland aufgehalten, wo auch noch weitere Familienangehörige lebten. Aufgrund der Visa-Bestimmungen sei er jeweils drei Monate in D. _____ gewesen und habe dann für drei Monate in die Ukraine zurückkehren müssen. Im Jahr 2015 habe er seine heutige Ehefrau kennengelernt und mit ihr zusammengelebt, bevor sie 2018 geheiratet hätten. Er habe gegen Ende 2020 einen Antrag auf Einbürgerung gestellt, welcher im Jahr 2021 gutgeheissen worden sei. Da er eine Aufenthaltsbewilligung besessen und keinen Pass benötigt habe, habe er in der Folge nichts unternommen. Er sei regelmässig in die Ukraine zurückgekehrt, um seinen Vater zu besuchen. So habe er sich auch zu Weihnachten ab dem 6. Januar 2022 in der Ukraine aufgehalten. Nach Kriegsausbruch sei er umgehend – am 26. Februar 2022 – wieder nach D. _____ gegangen. Danach habe er sich um einen russischen Pass bemüht und diesen im Frühjahr 2022 erhalten. Da sowohl er als auch seine Ehefrau gegen den Krieg seien, hätten sie begonnen, Vorkehrungen für eine Ausreise zu treffen. Im Rahmen einer Teilnabildung habe er zudem am 3. Oktober 2022 einen Einberufungsbescheid erhalten. Ein Polizist habe diesen frühmorgens vorbeigebracht, als er noch geschlafen habe. Seine Ehefrau habe die Tür geöffnet und gesagt, er wohne nicht dort. Drei Tage später hätten sie zusammen einen bereits zuvor gebuchten Flug in die Türkei angetreten. Dort hätten sie nach einer Wohnung gesucht, um in der Folge ein Visum für ein Jahr erhalten zu können. Dies habe jedoch nicht geklappt, weshalb sie im Januar 2023 nach Kirgisistan gegangen seien mit dem Ziel, dort über die ukrainische Botschaft seinen Pass zu erneuern. Sie hätten sehr lange auf den Pass gewartet, weshalb sie etwa sieben Monate geblieben seien. Danach sei er in die Schweiz gereist. Seine Frau habe jedoch kein Visum erhalten, obwohl deren Mutter in der Schweiz lebe und sie eingeladen habe. Sie sei daher nach D. _____ zurückgekehrt. Betreffend die Einberufung in den Militärdienst habe er zwischenzeitlich nichts mehr gehört.

B.

Mit Verfügung vom 26. Oktober 2023 – eröffnet am 1. November 2023 – lehnte das SEM das Gesuch um vorübergehenden Schutz ab, wies den Beschwerdeführer aus der Schweiz weg und ordnete den Vollzug der Wegweisung an.

C.

Der Beschwerdeführer erhob mit Eingabe vom 27. November 2023 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen diesen Entscheid. Darin beantragte er, die Ziffern 2, 3 und 5 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und es sei eine vorläufige Aufnahme im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AIG (SR 142.20) anzuordnen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde um aufschiebende Wirkung und Anordnung eines Vollzugsstopps sowie Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und Beiordnung eines amtlichen Rechtsbeistands in der Person des unterzeichnenden Rechtsvertreters ersucht. Der Beschwerde lagen – neben einer Vollmacht, der angefochtenen Verfügung sowie dem Befragungsprotokoll vom 5. Oktober 2023 – folgende Unterlagen bei: ein als «Geschichte der Anfragen mit Übersetzung» bezeichnetes Schreiben (betreffend Einbürgerung in Russland), eine russische Aufenthaltsbewilligung, eine Bestätigung des Vaters des Beschwerdeführers hinsichtlich seines Aufenthalts in der Ukraine, ein russischer sowie ein ukrainischer Pass, ein Einberufungsbefehl für den 5. Oktober 2022 mit Übersetzung sowie ein Brief der (...) vom 29. September 2023.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 1. Dezember 2023 stellte die Instruktionsrichterin fest, der Beschwerdeführer dürfe den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten. Zudem forderte sie ihn auf, seine prozessuale Bedürftigkeit entweder durch eine Fürsorgebestätigung oder die Einreichung des ausgefüllten Formulars «Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege» zu belegen.

E.

Der Beschwerdeführer liess dem Gericht mit Schreiben vom 18. Dezember 2023 das ausgefüllte Formular «Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege» zukommen und wies darauf hin, dass er weder über Einkommen noch über Vermögen verfüge und auch seine in D._____ lebende Ehefrau nicht in der Lage sei, ihn finanziell zu unterstützen. Er wohne bei seiner Schwiegermutter in E._____, leiste einmal wöchentlich Freiwilligenarbeit und

könne im Gegenzug Lebensmittel beziehen. Der Eingabe lag eine Bestätigung der (...) betreffend die Freiwilligenarbeit vom 13. Dezember 2023 bei.

F.

Die Instruktionsrichterin hiess das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Verfügung vom 20. Dezember 2023 gut, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und ordnete dem Beschwerdeführer lic.iur. Jean Louis Scenini als amtlichen Rechtsbeistand bei.

G.

Das SEM liess sich mit Schreiben vom 17. Januar 2024 zur Beschwerde vom 27. November 2023 vernehmen.

H.

Mit Eingabe vom 7. Februar 2024 reichte der Beschwerdeführer eine Replik ein, unter Beilage von Auszügen aus Medienberichten respektive X (Twitter) betreffend den Umgang von Russland mit Militärdienstpflichtigen respektive Deserteuren.

I.

Eine Verfahrensstandsanfrage des Beschwerdeführers vom 12. November 2024 wurde vom Gericht am 14. November 2024 beantwortet.

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. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist

durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist 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.

In der Beschwerde werden lediglich die Anordnung der Wegweisung und des Vollzugs angefochten (Dispositivziffern 2, 3 und 5 der Verfügung vom 26. Oktober 2023). Demgegenüber sind die Verweigerung des vorübergehenden Schutzes sowie die Kantonszuweisung (Dispositivziffern 1 und 4) mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen.

3.

3.1 Das SEM führte in der angefochtenen Verfügung hinsichtlich der Wegweisung und des Vollzugs aus, dass der Beschwerdeführer die russische Staatsbürgerschaft besitze und sich aus den Akten keine Gründe ergäben, welche gegen eine Rückkehr nach Russland sprächen. Zwar sei er in Russland wehrpflichtig und gehöre aufgrund seines Alters automatisch zur Armeereserve, auch wenn er keine militärische Ausbildung absolviert habe. Eigenen Angaben zufolge habe er im Rahmen der (Teil-)Mobilmachung im Herbst 2022 eine Vorladung oder einen Einberufungsbefehl erhalten. Für die Einberufung von Reservisten gelte ein zweistufiges Verfahren, wobei in einem ersten Schritt eine Vorladung zum Erscheinen auf dem Militärkommissariat erfolge. Für eine ordnungsgemässe Zustellung müsse diese Vorladung der wehrpflichtigen Person gegen Unterschrift einer Empfangsbestätigung ausgehändigt werden. Der Beschwerdeführer habe den Einberufungsbefehl vom 3. Oktober 2022 nicht gegen Unterschrift entgegengenommen, womit dieser nicht als rechtskonform eröffnet gelte und daher rechtlich nicht bindend sei. Das Nichtbefolgen könne grundsätzlich nicht oder nur mit geringfügigen Geldbussen geahndet werden. Gemäss russischem Gesetz habe der Beschwerdeführer folglich keine Straftat begangen. Zudem sei er weder über das staatliche Serviceportal erneut zum Militärkommissariat vorgeladen worden noch habe er eine Strafe oder Geldbusse erhalten. Es sei daher nicht davon auszugehen, dass ihm bei einer Rückkehr mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine Inhaftierung drohe. Es gebe auch keine objektiven Gründe für die vom Beschwerdeführer geäusserte Befürchtung, er werde künftig für den Krieg in der Ukraine mobilisiert. Ferner seien in den Akten keine Anhaltspunkte für die Annahme ersichtlich, dass er in Russland aufgrund seiner individuellen Umstände in eine existenzielle oder medizinische Notlage geraten könnte.

3.2 In der Beschwerde wird vorgebracht, es müsse zunächst festgestellt werden, ob der Beschwerdeführer als Flüchtling einzustufen sei. Personen, welche wegen Wehrdienstverweigerung oder Desertion ernsthaften Nachteilen ausgesetzt seien oder solche befürchten, gälten nach Art. 3 Abs. 3 AsylG zwar nicht als Flüchtlinge. Wenn Soldaten aber gezwungen würden, im Interesse einer ausländischen Macht gegen ihre eigenen Landsleute zu kämpfen, oder wenn sie gegen ethnische respektive religiöse Minderheiten vorgehen müssten, sei dies als politische Verfolgung gemäss Art. 3 Abs. 1 AsylG zu werten. Dies sei etwa auch der Fall, wenn der Dienst in der Armee verbotene Handlungen wie Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit umfasse. Der Beschwerdeführer stamme aus der Ukraine und sei dort aufgewachsen. Aufgrund der wirtschaftlichen Lage habe er später – wie viele seiner Landsleute – nach Russland auswandern müssen, um Arbeit zu finden. Er stehe seinem Heimatland nach wie vor sehr nahe und habe seinen dort lebenden Vater oft besucht. Im Oktober 2022 habe die Polizei versucht, ihm einen schriftlichen Einberufungsbefehl im Rahmen der Teilmobilisierung zu übergeben. Indem er sich nicht wie gefordert gemeldet habe, sondern ausgereist sei, sei er zum Deserteur geworden. Russland habe strenge Strafen für Wehrdienstverweigerer und Deserteure in Aussicht gestellt, weshalb damit gerechnet werden müsse, dass er bei einer Rückkehr mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit inhaftiert und für den Krieg gegen die Ukraine mobilisiert werde. Der Beschwerdeführer habe somit begründete Furcht, im Falle einer Rückkehr ernsthaften Nachteilen im Sinne von Art. 3 AsylG ausgesetzt zu werden, da er gezwungen werden soll, für Russland gegen sein eigenes Heimatland zu kämpfen. Er sei daher als Flüchtling anzuerkennen und falle unter den Schutz des Non-Refoulement-Prinzips. Darüber hinaus bestehe vor diesem Hintergrund auch eine konkrete Gefährdung im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AIG, weshalb die Vorinstanz zu Unrecht festgestellt habe, der Vollzug der Wegweisung sei zumutbar.

3.3 In seiner Vernehmlassung wies das SEM darauf hin, dass die Desertion im russischen Strafgesetzbuch definiert sei mit «Abwesenheit vom Dienstort oder Nichtzurückkehren an Dienstort zu gebotener Frist mit der bewussten Absicht (Vorsatz), sich dem Militärdienst ganz zu entziehen, und nicht nur für eine bestimmte Zeit.» Die Norm beziehe sich unmissverständlich auf Wehrdienstleistende sowie Vertragssoldaten mit gültigem Vertrag, die sich im Militärdienst befänden. Der Beschwerdeführer mache nicht geltend, dass er Angehöriger der russischen Armee (gewesen) sei, weshalb sein Verhalten nicht unter dem Tatbestand der Desertion subsumiert werden könne. Die Frage, ob derzeit in Russland verhängte Strafen

wegen Desertion flüchtlingsrechtlich relevant seien, könne daher offenbleiben. Ferner bestünden aufgrund seiner Angaben erhebliche Zweifel an der ordnungsgemässen Zustellung des Einberufungsbefehls. Bei diesem handle es sich – angesichts des zweistufigen Einberufungsverfahrens – richtigerweise um eine Vorladung zum Erscheinen beim Militärkommissariat. Eine Person, welche einer solchen nicht ordnungsgemäss zugestellten Vorladung keine Folge leiste, mache sich nicht strafbar. Sie könnte zudem nur wegen Umgehung der Einberufung, nicht aber wegen Wehrdienstverweigerung belangt werden, was nur geringfügige Geldstrafen nach sich ziehe. Es gebe es keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit wegen Wehrdienstverweigerung bestraft würde.

3.4 In der Replik wurde geltend gemacht, dass die Vorinstanz die Problematik der Situation des Beschwerdeführers nicht verstanden habe. Diese liege darin, dass er bei einer Rückführung nach Russland gegen seine Bekannten, Verwandten und sein Heimatland in den Krieg einberufen würde. Angesichts des ergangenen Einberufungsbefehls sei dies zu einem konkreten Risiko geworden, was keinem Menschen zugemutet werden könne. Es sei auch nicht genügend gewürdigt worden, dass er als Ukrainer geboren worden sei und niemals russischer Staatsbürger geworden wäre, wenn er gewusst hätte, dass die russische Föderation einen Krieg gegen sein Heimatland beginnen würde. Ausserdem seien die mit der Rekrutierung, welche in direktem Zusammenhang mit dem Einberufungsbefehl stehe, in Verbindung zu bringenden Rechtsfolgen eindeutig harscher als die erwähnte Busse. An der ukrainischen Front gälten andere Bestimmungen als in den offiziellen Dokumenten bekannt gegeben werde. Laut Berichten würden Deserteure ohne Verfahren an Ort und Stelle erschossen. Die Vorinstanz sei keine Expertin in russischem und ukrainischem Militärstrafrecht und könne somit keine qualifizierte Einschätzung der Rechtsfolgen abgeben. Die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 AsylG und des Rückschiebungsverbots gemäss Art. 5 Abs. 1 AsylG seien erfüllt.

4.

4.1 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). Dabei ist eine Anhörung zu den Asylgründen nach Art. 29 AsylG durchzuführen, falls um Schutz im Sinne von Art. 18 AsylG ersucht wird (vgl. Urteile des BVGer D-243/2023 vom 7. Juni 2023 E. 6.1 und D-2938/2022 vom 21. Dezember 2022 E. 6.1). 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, wobei diesbezüglich von einem weiten Verfolgungsbegriff auszugehen ist.

4.2 Der Beschwerdeführer brachte im Rahmen der Kurzbefragung vor, er habe Russland unter anderem deshalb verlassen, weil er im Oktober 2022 einen Einberufungsbescheid im Rahmen der (Teil-)Mobilmachung erhalten habe (vgl. SEM-Akte [...] -9/11 [nachfolgend Akte 9], F59). Er befürchte, deswegen bei einer Rückkehr umgehend verhaftet zu werden und habe Angst um sein Leben (vgl. Akte 9, F92 f., F98 f.). Offenkundig äusserte der Beschwerdeführer schon zu Beginn des Verfahrens Furcht vor einer ihm in Russland drohenden Verfolgung, weil er einem Einberufungsbefehl keine Folge geleistet habe. Weiter wurde sowohl in der Beschwerde als auch in der Replik geltend gemacht, dass seine Rückführung nach Russland gegen das Non-Refoulement-Gebot verstosse, da er als Flüchtling im Sinne von Art. 3 Abs. 1 AsylG einzustufen sei. Dieses Vorbringen ist als Asylgesuch im Sinne von Art. 18 AsylG zu werten. Das SEM wäre somit gehalten gewesen, nach der – unbestrittenen und mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsenen – Verweigerung des vorübergehenden Schutzes gestützt auf Art. 69 Abs. 4 AsylG das Verfahren über die Anerkennung als Flüchtling fortzusetzen. Aufgrund der Angaben des Beschwerdeführers sowie insbesondere auch seinen Ausführungen auf Beschwerdeebene kann nicht davon ausgegangen werden, dass er auf ein solches Verfahren verzichtet respektive nicht beabsichtigt hat, um Schutz vor Verfolgung nachzusuchen. Es war daher nicht gerechtfertigt, auf die Durchführung eines Asylverfahrens zu verzichten und nach der Verweigerung vorübergehenden Schutzes direkt zum Wegweisungsverfahren überzugehen. Durch dieses Vorgehen hat das SEM Bundesrecht verletzt.

4.3 Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, soweit darin die teilweise Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung beantragt wird. Die Dispositivziffern 2, 3 und 5 der Verfügung vom 26. Oktober 2023 sind aufzuheben und die Sache ist gestützt auf Art. 61 Abs. 1 VwVG zur Fortsetzung als ordentliches Asylverfahren im Sinne der Erwägungen an das SEM zurückzuweisen. Hierfür sind der Vorinstanz die Akten zu überweisen. Das Begehren um Anordnung einer vorläufigen Aufnahme im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AsylG wird bei dieser Sachlage gegenstandslos.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen

(Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Dem Beschwerdeführer 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 Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten auszurichten. Eine Kostennote wurde nicht zu den Akten gereicht, aber in der Beschwerde wurde ausgeführt, für deren Vorbereitung seien zwölf Arbeitsstunden geleistet worden. Darüber hinaus wurden seitens des Rechtsvertreters weitere Eingaben verfasst, namentlich betreffend das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sowie die Replik. Auf die Nachforderung einer detaillierten Kostennote kann vorliegend verzichtet werden, da sich die notwendigen Aufwendungen aufgrund der Akten mit ausreichender Zuverlässigkeit abschätzen lassen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung der in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 8 ff. VGKE) wird die vom SEM auszurichtende Parteientschädigung pauschal auf Fr. 2'500.– (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) festgelegt. Mit dieser Kostenregelung ist die dem Beschwerdeführer mit Zwischenverfügung vom 20. Dezember 2023 gewährte unentgeltliche Rechtspflege aufgrund Subsidiarität gegenstandslos geworden.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Dispositivziffern 2, 3 und 5 der Verfügung des SEM vom 26. Oktober 2023 werden aufgehoben und die Sache zur Durchführung eines ordentlichen Asylverfahrens im Sinne der Erwägungen an das SEM zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– auszurichten.

5.

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Bolz-Reimann

Regula Aeschimann

Versand: