



## **Urteil vom 20. August 2019**

---

Besetzung

Richter Markus König (Vorsitz),  
Richterin Contessina Theis, Richterin Gabriela Freihofer,  
Gerichtsschreiber Nicholas Swain.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Ukraine,  
alle verbeiständet durch Advokat Dieter Gysin,  
(...),  
Beschwerdeführende,

gegen

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

---

Gegenstand

Asyl und Wegweisung;  
Verfügung des SEM vom 26. Januar 2018 / N (...).

**Sachverhalt:****A.**

Die Beschwerdeführenden stellten am (...) Februar 2015 im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) B. \_\_\_\_\_ Asylgesuche. Am 27. Februar 2015 fanden die Kurzbefragungen zur Person im EVZ und am 16. Juli 2015 die Anhörungen zu den Asylgründen gemäss Art. 29 Abs. 1 AsylG (SR 142.31) statt.

**B.**

**B.a** Der Beschwerdeführer (Ehemann/Vater) brachte zur Begründung des Asylgesuchs vor, er und seine Familie würden aus C. \_\_\_\_\_ stammen. Aufgrund der Bombardierungen ihres Heimatorts seien sie (...) 2014 nach D. \_\_\_\_\_ umgezogen. Mangels anderer Verdienstmöglichkeiten sei er dort als Freiwilliger dem (...) beigetreten, welches dem Innenministerium unterstellt sei. Anfangs sei er damit beauftragt worden, Unterstützungsleistungen bei verschiedenen Betrieben zu organisieren und im Personalbüro bei der Registrierung neuer Ankömmlinge zu helfen. Nachdem aber ein Einsatz mit Kampfhandlungen in C. \_\_\_\_\_ angekündigt und ihm eine Waffe ausgehändigt worden sei, habe er sich entschlossen, das (...) zu verlassen, weil er nicht auf die Leute wie seinen nach wie vor in C. \_\_\_\_\_ wohnhaften Vater habe schiessen wollen. Er habe sich deshalb (...) 2014 zunächst unter einem Vorwand krankgemeldet; dann habe er ein schriftliches Entlassungsgesuch gestellt und sei nach Hause zurückgekehrt. Zwei Wochen später, (...) 2014, habe ihn der Personalbüroleiter in Begleitung von drei weiteren Personen aufgesucht. Sie hätten ihm vorgeworfen, der Aufklärung der Volksrepublik Donezk (DNR) anzugehören. Es sei ihm das Ultimatum gestellt worden, innert zweier Wochen in das (...) zurückzukehren, ansonsten er mit seiner Familie in die DNR zurückgebracht werde. Diese zahle für jeden ausgelieferten Kämpfer 10'000 Dollar. Im Falle einer Auslieferung in die DNR wäre die ganz Familie erschossen worden. Zwei Wochen später hätten bewaffnete Polizisten in seiner Abwesenheit seiner Ehefrau gedroht, sie und die Kinder mitzunehmen, falls er sich dem (...) nicht stelle. Aus diesem Grund seien sie (...) 2014 in die Siedlung E. \_\_\_\_\_, einen Vorort von D. \_\_\_\_\_ umgezogen. Seine Ehefrau habe sich dort mit den Kindern offiziell als Umsiedlerin registrieren lassen, er aber nicht. Nach einiger Zeit habe seine Ehefrau wiederholt, etwa zweimal pro Monat, Telefonanrufe erhalten, in welchen gedroht worden sei, sie in die DNR zu bringen. (...) 2015 habe ihre Vermieterin ihnen gesagt, dass sie in E. \_\_\_\_\_ gesucht würden. Da sie sich auch dort nicht mehr sicher gefühlt hätten, hätten sie sich zur Ausreise entschlossen. Am (...) 2015

seien sie nach F. \_\_\_\_\_ gereist. Von dort habe sie ein Schlepper illegal über die Grenze gebracht, und sie seien anschliessend in einem Minivan in die Schweiz gebracht worden.

**B.b** Die Beschwerdeführerin (Ehefrau/Mutter) bestätigte im Wesentlichen die Vorbringen ihres Mannes. In D. \_\_\_\_\_ sei sie zwei- oder dreimal und in E. \_\_\_\_\_ einmal von Polizisten zu Hause bedroht worden. Zudem habe sie fünf oder sechs Drohanrufe erhalten. Im Weiteren habe sie von einer ehemaligen Arbeitskollegin eine SMS erhalten, aus der hervorgehe, dass sie auch im übrigen Gebiet der Ukraine nicht in Sicherheit wären. Auch ihre Mutter und die Schwiegermutter hätten Anrufe erhalten, in denen nach ihrem Aufenthaltsort gefragt worden seien. Sie hätten nicht nach C. \_\_\_\_\_ zurückkehren können, weil dieser Ort unter Kontrolle der Separatisten sei. Zudem seien sie auch gefährdet, weil ihr Ehemann auf verschiedenen Listen verzeichnet sei Namentlich sei er als Mitglied des (...) registriert. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass eine Mitgliederliste dieses (...) auf dem Internet oder anderswo im Umlauf sei. Es gebe auf beiden Seiten des Konflikts Leute, die bereit seien, solche Mitgliederlisten zu verkaufen.

**B.c** Zum Beleg ihrer Vorbringen reichten die Beschwerdeführenden in D. \_\_\_\_\_ ausgestellte Umsiedler-Bestätigungen vom (...) 2014 im Original (Beschwerdeführerin und Kinder) respektive in Kopie (Beschwerdeführer), eine Bestätigung der Registrierung der Beschwerdeführerin und der Kinder in E. \_\_\_\_\_ vom (...) 2014 im Original, die Kopie einer Bescheinigung vom (...) 2015, dass der Beschwerdeführer beim (...) angestellt gewesen sei, sowie Kopien verschiedener Identitätsdokumente (Reisepässe, Identitätskarten, Geburtsscheine, Eheschein, Führerschein) ein.

### **C.**

Im Rahmen einer Hausdurchsuchung, die am 21. August 2015 bei der in der Schweiz wohnhaften Schwester des Beschwerdeführers durchgeführt wurde, wurden ukrainische Original-Reisepässe sowie zahlreiche weitere Identitäts- und Schuldokumente der Beschwerdeführenden sichergestellt. Aus den Reisepässen geht hervor, dass sie entgegen ihren Angaben am (...) 2015 mit G. \_\_\_\_\_ Schengen-Visa auf dem Luftweg in die Schweiz einreisten.

### **D.**

Am (...) wurde das Kind A. \_\_\_\_\_ der Beschwerdeführenden geboren.

**E.**

Mit Verfügung vom 24. Oktober 2017 gab das SEM den Beschwerdeführenden Gelegenheit, sich zu den sich aus den sichergestellten Reisepapieren ergebenden Erkenntnissen zu äussern und ersuchte sie ausserdem um Mitteilung, ob sich seit den Anhörungen Änderungen betreffend ihre Asylgründe ergeben hätten.

In ihrer Stellungnahme vom 3. November 2017 legten die Beschwerdeführenden dar, sie hätten ihren wahren Reiseweg verschweigen, um eine Überstellung nach G.\_\_\_\_\_ zu verhindern, und hielten ansonsten an ihren Asylvorbringen fest.

**F.**

Mit Verfügung vom 26. Januar 2018 – eröffnet am 30. Januar 2018 – stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführenden die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllen würden, wies ihre Asylgesuche ab und ordnete ihre Wegweisung aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug an.

**G.**

Mit Eingabe ihrer Rechtsvertretung an das Bundesverwaltungsgericht vom 28. Februar 2018 erhoben die Beschwerdeführenden Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz und beantragten, diese sei aufzuheben und das SEM sei anzuweisen, ihnen in der Schweiz Asyl zu gewähren. Eventualiter seien die Dispositiv-Ziffern 3 bis 5 der vorinstanzlichen Verfügung aufzuheben und das SEM anzuweisen, sie vorläufig aufzunehmen; subeventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragten sie die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, die Beiordnung ihres Rechtsvertreters als unentgeltlichen Rechtsbeistand sowie die Befreiung von der Kostenvorschusspflicht.

**H.**

Mit Instruktionsverfügung vom 8. März 2018 hiess der Instruktionsrichter die Gesuche um unentgeltliche Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG sowie um unentgeltliche Verbeiständung gemäss aArt. 110a AsylG gut, setzte den Rechtsvertreter, Advokat Dieter Gysin, als unentgeltlichen Rechtsbeistand ein und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Schliesslich wurde die Vorinstanz zur Einreichung einer Vernehmlassung eingeladen.

**I.**

In ihrer Vernehmlassung vom 16. März 2018 hielt die Vorinstanz an ihrer Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Die Vernehmlassung wurde den Beschwerdeführenden am 19. März 2018 zur Kenntnis gebracht.

**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 endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

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

**1.3** Am 1. März 2019 ist eine Teilrevision des AsylG in Kraft getreten (AS 2016 3101); für das vorliegende Verfahren gilt das bisherige Recht (vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015).

**1.4** 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. 105 und aArt. 108 Abs. 1 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG).

**1.5** Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**2.**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen

richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG, im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

### 3.

**3.1** Die Vorinstanz führte zur Begründung ihrer Verfügung aus, Angehörige des (...) seien Vertragssoldaten. Im Falle eines unerlaubten Entfernens vom Dienst würden die entsprechenden Bestimmungen der ukrainischen Gesetzgebung zur Anwendung kommen. Eine allfällige Bestrafung wegen Desertion entspreche gemäss ständiger Praxis einem legitimen Recht des Staates und sei damit grundsätzlich nicht asylbeachtlich. Auch der Einwand, der Beschwerdeführer hätte gegen Landsleute kämpfen müssen, sei unerheblich. Ein allfälliger Einsatz im Konfliktgebiet in der Ostukraine würde keine asylrelevante Verfolgung im Sinne des Asylgesetzes darstellen. Die vorgebrachte Bedrohung durch die Kriegslage in C. \_\_\_\_\_ sei als Folge der allgemeinen Lage in der Ukraine zu sehen, ebenso wie die sich aus der Herkunft des Beschwerdeführers ergebenden Schwierigkeiten, den Lebensunterhalt seiner Familie sicherzustellen; diese Umstände seien somit nicht asylrelevant.

Die von den Beschwerdeführenden behauptete Drohung, sie gegen Bezahlung einer Geldsumme an die DNR zu übergeben, wo sie erschossen würden, sei als unglaublich zu qualifizieren. Eine Zusammenarbeit der (...) der Ukraine mit der DNR respektive den Separatisten erscheine realitätsfremd. Ferner sei angesichts des geschilderten Gefahrenpotenzials nicht nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführenden innerhalb von D. \_\_\_\_\_ umgezogen seien, sich aber trotzdem nicht sicher gefühlt hätten. Ebenso befremdend sei die Aussage des Beschwerdeführers, er habe die gesetzlichen Konsequenzen eines unerlaubten Verlassens des Militärdienstes nicht gekannt, weil er das Gesetz nicht gelesen habe. Da die Beschwerdeführenden das Gebiet der DNR verlassen hätten, ergebe eine Verfolgung durch die DNR an ihrem neuen Wohnort keinen Sinn. Die von der Beschwerdeführerin vorgelegte SMS-Nachricht sei nicht aussagekräftig. Schliesslich sei auch durch die legale Ausreise der Beschwerdeführenden auf dem Luftweg der von ihnen behaupteten staatlichen Verfolgung jede Grundlage entzogen. Aus den Akten würden sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass den Beschwerdeführenden im Falle einer Rückkehr in den Heimatstaat eine durch Art. 3 EMRK verbotene Strafe oder Behandlung drohe. Weder die in ihrem Heimatstaat herrschende politische Situation noch andere Gründe würden gegen die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs sprechen. Der bewaffnete Konflikt in ihrem Heimatland sei auf ein relativ kleines Gebiet beschränkt, und sie hätten angesichts der

verfassungsmässig garantierten Niederlassungsfreiheit die Möglichkeit, ihren Wohnsitz innerhalb des von der Regierung kontrollierten Gebiets frei zu wählen. Im Weiteren würden sie über eine solide Berufsausbildung sowie Arbeitserfahrung verfügen und sie hätten in ihrem Heimatstaat ein Beziehungsnetz. Den Akten seien auch keine Hinweise auf gesundheitliche Beschwerden zu entnehmen.

### **3.2**

**3.2.1** Zur Begründung ihrer Beschwerde legten die Beschwerdeführenden dar, die Einschätzung der Vorinstanz wonach eine Zusammenarbeit der ukrainischen Sicherheitskräfte mit den Separatisten realitätsfremd sei, beruhe auf einer verengten Realitätssicht. Angesichts der notorischen rechtsstaatlichen Defizite hindere der Umstand, dass ein Verkauf von Deserteurern an die Separatisten nicht durch die ukrainische Gesetzgebung gedeckt sei, die Funktionäre des Militärs und der Polizei nicht daran, sich persönlich mit solchen Geschäften zu bereichern sowie Deserteure, die als Verräter angesehen würden, dem Tod zu überantworten. Für Kriegsverbrechen durch ukrainische Soldaten bestehe ein Klima der Straflosigkeit. Das Argument, es sei nicht nachvollziehbar, dass sie sich nach dem erneuten Umzug nicht sicher gefühlt hätten, sei unverständlich. Der Beschwerdeführer als juristischer Laie habe nicht die gesetzlichen Bestimmungen lesen müssen, um sich der bekannten scharfen gesetzlichen Sanktionen für Deserteure bewusst zu sein. Diese würden ohnehin nur einen kleinen Teil dessen darstellen, was ein Deserteur zu erwarten habe. Die Feststellung, die Ausreise auf dem Luftweg spreche gegen die behauptete staatliche Verfolgung, sei zu pauschal. Gerade angesichts der in der Ukraine verbreiteten Korruption könne eine Ausreise über einen Flughafen trotz drohender Repressalien durchaus möglich sein. Eine Verfolgung durch Polizei- und Militärangehörige bedeute zudem nicht automatisch, dass ein Verfolgter bereits landesweit polizeilich ausgeschrieben sei.

**3.2.2** Die Vorinstanz habe die Asylrelevanz der glaubhaft gemachten Todesdrohungen nicht geprüft, obwohl diese angesichts des menschenrechtsfeindlichen Klimas und der herrschenden Straflosigkeit für Kriegsverbrechen in der Ukraine offenkundige Asylgründe im Sinne von Art. 3 AsylG darstellen würden. Es könne keine Zweifel an der politischen Motivation und der Gezieltheit dieser Verfolgungshandlungen geben. Darüber hinaus seien auch die staatlichen Sanktionen, die der Beschwerdeführer zu erwarten habe, asylrechtlich relevant. Die Vorinstanz habe verkannt, dass eine Strafe wegen Desertion dann asylrelevant sei, wenn die be-

troffene Person wegen ihrer Weigerung, Militärdienst zu leisten, aus flüchtlingsrechtlich relevanten Motiven mit einer unverhältnismässig strengen Bestrafung rechnen müsse. Massgebend sei auch, ob mit der Strafe neben der Sicherstellung der Wehrpflicht auch eine vermutete staatsfeindliche Gesinnung getroffen werden soll und die Strafe in ihre Höhe über den legitimen Strafzweck hinausgehe. Das ukrainische Strafgesetz sehe für Desertion im Kriegsfall eine Gefängnisstrafe von fünf bis zwölf Jahren vor (Art. 408 Abs. 3 des ukrainischen Strafgesetzbuchs). Die Haftbedingungen seien überhart und menschenrechtswidrig; es komme regelmässig zu Misshandlungen und Folter. Diese Bestrafung sei aufgrund der Haftbedingungen in Kombination mit der Länge der Strafe unverhältnismässig und gehe weit über das hinaus, was ein Staat legitimerweise zur Durchsetzung der Dienstpflicht verhängen dürfe. Der ukrainische Bürgerkrieg habe den ukrainischen Staat hochgradig polarisiert und zu einem drakonischen Vorgehen gegen alle als Verräter empfundenen Personen geführt. Die Härte dieser Sanktion diene gerade dazu, eine vermutete staatsfeindliche Gesinnung zu treffen. Damit liege ein asylrelevantes Motiv vor. Es könne erst recht nicht legitim sein, jemanden mit staatlichen Sanktionen zu Kriegsverbrechen wie dem Schiessen auf Zivilisten anzuhalten. Dies dürfe durch die schweizerische Rechtsordnung keineswegs indirekt gebilligt werden.

#### **4.**

**4.1** Gemäss Art. 2 Abs. 1 AsylG gewährt die Schweiz Flüchtlingen grundsätzlich Asyl. Flüchtlinge sind Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden (Art. 3 Abs. 1 AsylG). Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken; den frauenspezifischen Fluchtgründen ist Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 2 AsylG).

Keine Flüchtlinge sind Personen, die wegen Wehrdienstverweigerung oder Desertion ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden, wobei die Einhaltung des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) vorbehalten bleibt (Art. 3 Abs. 3 AsylG).

**4.2** Wer um Asyl nachsucht, muss die Flüchtlingseigenschaft nachweisen oder zumindest glaubhaft machen. Diese ist glaubhaft gemacht, wenn die

Behörde ihr Vorhandensein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für gegeben hält. Unglaublich sind insbesondere Vorbringen, die in wesentlichen Punkten zu wenig begründet oder in sich widersprüchlich sind, den Tatsachen nicht entsprechen oder massgeblich auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abgestützt werden (Art. 7 AsylG).

## **5.**

**5.1** Vorab teilt das Gericht die Auffassung der Vorinstanz, dass der von den Beschwerdeführenden zunächst verschwiegene Umstand, dass sie mit G.\_\_\_\_\_ Schengen-Visa kontrolliert und legal auf dem Luftweg aus ihrem Heimatstaat in die Schweiz reisten, erhebliche Zweifel an der Glaubhaftigkeit ihrer Asylvorbringen rechtfertigt. Den sichergestellten Reisepapieren ist zu entnehmen, dass die Schengen-Visa der Beschwerdeführenden am (...) 2014 in H.\_\_\_\_\_ ausgestellt wurden. Dies lässt darauf schliessen, dass sie bereits vor dem Zeitpunkt der von ihnen geltend gemachten Drohungen beabsichtigten, ihren Heimatstaat zu verlassen, und ihre Ausreise in die Wege leiteten. Zudem lässt sich die gewählte Ausreisart auf dem Luftweg kaum mit der behaupteten Furcht vor Verfolgung durch staatliche Organe vereinbaren.

**5.2** Darüber hinaus hat die Vorinstanz zu Recht die behauptete Drohung seitens der Verantwortlichen des (...), die Beschwerdeführenden an die Separatisten in der DNR zu verkaufen, wo sie von diesen umgebracht würden, als realitätsfremd und damit unglaubhaft erachtet. Es liegen zwar Berichte über Gefangenenaustausche zwischen den Regierungskräften und den Separatisten in den Regionen Donezk und Luhansk beziehungsweise über das Festhalten von Gefangenen zwecks Austauschs im Zeitraum der von den Beschwerdeführenden geltend gemachten Verfolgung vor (vgl. OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, Report on the Human Rights Situation in Ukraine, 1 December 2014 to 15 February 2015, S. 11, N 41; AMNESTY INTERNATIONAL, Breaking Bodies, Torture and Summary Killings in Eastern Ukraine, Mai 2015). Dass die DNR-Verantwortlichen aber bereit gewesen wären, eine hohe Geldsumme für die Auslieferung des Beschwerdeführers und seiner Familie zu bezahlen, muss als unplausibel bezeichnet werden, ebenso wie das beschriebene Vorgehen der Militärbehörden. Auch das Vorbringen, diese hätten die Beschwerdeführenden wiederholt persönlich und telefonisch bedroht, jedoch – obwohl sie ihren Aufenthaltsort gekannt hätten – keine weitergehenden Massnahmen gegen sie ergriffen, erscheint nicht mit den angeblichen Absichten der Regierungskräfte vereinbar. Schliesslich erscheint es angesichts der angeblichen Gefährdung nicht als

nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführenden ihren Wohnsitz lediglich in einen Vorort von D. \_\_\_\_\_ verlegten und nicht in einen weiter entfernten Ort innerhalb ihres Heimatstaats.

**5.3** In Anbetracht der sich aus den Ausreiseumständen der Beschwerdeführenden ergebenden grundsätzlichen Zweifel an ihren Asylvorbringen (vgl. oben E. 5.1) muss auch die vom Beschwerdeführer behaupteten Desertion aus dem (...) und damit die vorgebrachte Furcht vor einer strafrechtlichen Verfolgung aus diesem Grund durch die ukrainischen Behörden bezweifelt werden.

Diese Frage kann aber letztlich offengelassen werden, da es diesem Vorbringen jedenfalls an der asylrechtlichen Relevanz fehlt:

**5.3.1** Die Flucht vor einer rechtsstaatlich legitimen Strafverfolgung im Heimatland bildet grundsätzlich keinen Grund für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft und für die Asylgewährung. Dies gilt auch für die staatliche Ahndung von militärstrafrechtlichen Delikten (vgl. BVGE 2015/3). Ausnahmsweise kann aber die Durchführung eines Strafverfahrens wegen eines gemein- oder militärstrafrechtlichen Delikts eine Verfolgung im asylrechtlichen Sinn darstellen. Dies trifft unter anderem dann zu, wenn einer Person eine solche Tat untergeschoben wird, um sie wegen ihrer äusseren oder inneren Merkmale, namentlich ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder ihrer politischen Anschauungen, zu verfolgen, oder wenn die Situation eines Täters, der ein Delikt tatsächlich begangen hat, aus einem solchen Motiv in bedeutender Weise erschwert wird.

**5.3.2** Eine solche Erschwerung der Lage aus einem äusseren oder inneren Merkmal (sog. Politmalus) ist insbesondere in drei Fällen anzunehmen: Erstens wenn das Strafverfahren rechtsstaatlichen Ansprüchen klarerweise nicht zu genügen vermag; zweitens, wenn der asylsuchenden Person in Form der Strafe oder im Rahmen der Strafverbüsung eine Verletzung fundamentaler Menschenrechte, insbesondere Folter oder unmenschliche Behandlung, droht; und drittens, wenn die Strafe der betroffenen Person gegenüber anderen Straftätern erhöht wird (Malus im relativen Sinn) beziehungsweise wenn die Strafe im Verhältnis zur Ernsthaftigkeit der konkreten Tat per se unverhältnismässig hoch ausfällt und damit als exzessiv erscheint (Malus im absoluten Sinn). Auch in den letztgenannten Fällen liegt jedoch nur dann eine für die Entstehung der Flüchtlingseigenschaft ausschlaggebende Verfolgung vor, wenn die unverhältnismässige

Bestrafung auf einer flüchtlingsrechtlich relevanten Motivation beruht. Bei gewissen Delikten kann die exzessive Bestrafung allerdings ein Indiz dafür darstellen, dass der Verfolger neben der Ahndung der Straftat auch oder besonders die vermutete oppositionelle Einstellung des Täters treffen wollte (vgl. etwa BVGE 2014/28 E. 8.3.1 und 2015/3 E. 5, je m.w.H.).

**5.3.3** Für die Annahme einer flüchtlingsrechtlich relevanten Verfolgung aufgrund einer Strafverfolgung sind in jedem Fall zwei Elemente notwendig: Erstens muss die Strafverfolgung illegitim erscheinen, weil die Tatbegehung untergeschoben worden ist, weil die Strafe nicht verhältnismässig ist oder weil das Strafverfahren klarerweise rechtsstaatlichen Ansprüchen nicht zu genügen vermag beziehungsweise im Rahmen der Strafverbüsung eine Verletzung fundamentaler Menschenrechte droht. Zweitens muss diese Illegitimität auf einer flüchtlingsrechtlich relevanten Motivation beruhen (vgl. BVGE 2014/28 E. 8.3.1 m.w.H.; vgl. zum Ganzen auch das Urteil des BVGer E-5197/2015 vom 23. August 2016 E. 5.3.3 f.).

**5.3.4** Anhaltspunkte für einen solchen Politmalus sind vorliegend nicht erkennbar. Der in Art. 408 Abs. 3 des ukrainischen Strafgesetzbuchs für Desertion vorgesehene Strafrahmen ist entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht als unverhältnismässig hoch zu bezeichnen. Das Argument, dass mit der Höhe der gesetzlich vorgesehenen Strafe eine vermutete staatsfeindliche Gesinnung bestraft werden solle, ist nicht stichhaltig, zumal die genannte Strafbestimmung schon vor dem bewaffneten Konflikt in den Oblasten Donezk und Luhansk im ukrainischen Strafgesetzbuch enthalten war. Eine zu erwartende Strafverfolgung wegen Desertion in der Ukraine kann demnach nicht per se als asylrelevante Verfolgung qualifiziert werden,

Ferner ergeben sich aus der Aktenlage keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer im Rahmen eines militärstrafrechtlichen Verfahrens wegen seiner Desertion aus einem asylrechtlich relevanten Verfolgungsmotiv eine menschenrechtswidrige oder – gegenüber anderen Straftätern – diskriminierende Behandlung zu erwarten hätte.

Mangels eines asylrechtlich relevanten Motivs ist schliesslich auch die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft aufgrund der vorgebrachten schlechten Haftbedingungen in der Ukraine ausgeschlossen.

**5.3.5** Aus den Akten ergeben sich nach dem Gesagten keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer begründete Furcht hat, in

absehbarer Zukunft mit erheblicher Wahrscheinlichkeit flüchtlingsrechtlich relevante Nachteile zu erleiden.

**5.4** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es den Beschwerdeführenden nicht gelungen ist, eine im Sinne von Art. 3 AsylG relevante Verfolgungsgefahr nachzuweisen oder glaubhaft darzutun. Die Vorinstanz hat ihre Asylgesuche demzufolge zu Recht abgelehnt.

## **6.**

**6.1** Lehnt das SEM das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 44 AsylG).

**6.2** Die Beschwerdeführenden verfügen weder über eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung noch über einen Anspruch auf Erteilung einer solchen. Die Wegweisung wurde demnach zu Recht angeordnet (Art. 44 AsylG; vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4; 2009/50 E. 9, je m.w.H.).

## **7.**

**7.1** Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das SEM das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme (Art. 44 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AIG [SR 142.20]).

Beim Geltendmachen von Wegweisungsvollzugshindernissen gilt gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts der gleiche Beweisstandard wie bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft; das heisst, sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (vgl. BVGE 2011/24 E. 10.2 m.w.H.).

**7.2** Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AIG).

**7.2.1** So darf keine Person in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib, ihr Leben oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (Art. 5 Abs. 1 AsylG; vgl. ebenso Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]).

Gemäss Art. 25 Abs. 3 BV, Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und der Praxis zu Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

**7.2.2** Die Vorinstanz wies in ihrer angefochtenen Verfügung zutreffend darauf hin, dass das Prinzip des flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement nur Personen schützt, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Da es den Beschwerdeführenden nicht gelungen ist, eine asylrechtlich erhebliche Gefährdung nachzuweisen oder glaubhaft zu machen, kann der in Art. 5 AsylG verankerte Grundsatz der Nichtrückschiebung im vorliegenden Verfahren keine Anwendung finden. Eine Rückkehr der Beschwerdeführenden in den Heimatstaat ist demnach unter dem Aspekt von Art. 5 AsylG rechtmässig.

**7.2.3** Sodann ergeben sich weder aus den Aussagen der Beschwerdeführenden noch aus den Akten konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sie für den Fall einer Ausschaffung in den Heimatstaat dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 EMRK oder Art. 1 FoK verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wären. Gemäss Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) sowie jener des UN-Anti-Folterausschusses müssten die Beschwerdeführenden eine konkrete Gefahr ("real risk") nachweisen oder glaubhaft machen, dass ihnen im Fall einer Rückschiebung Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde (vgl. Urteil des EGMR Saadi gegen Italien 28. Februar 2008, Grosse Kammer 37201/06, §§ 124–127 m.w.H.). In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass allein eine allfällige Bestrafung des Beschwerdeführers aufgrund einer Dienstverweigerung keine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen würde. Auch die allgemeine Menschenrechtssituation im Heimatstaat lässt den Wegweisungsvollzug zum heutigen Zeitpunkt nicht als unzulässig erscheinen. Es kommt in der Ukraine zwar immer wieder zu Misshandlungen durch Sicherheitskräfte und es wird Kritik an den Haftbedingungen geübt; es weisen aber mehrere Berichte darauf hin, dass die Zahl derartiger Übergriffe in den letzten Jahren abgenommen hat (vgl. OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, Report on the Human Rights Situation in Ukraine 16 February to 15 May 2019, S. 12 N 46; COUNCIL OF EUROPE, Report to the Ukrainian Government on the Visit to Ukraine carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)

from 8 to 21 December 2017, 6. September 2018 S. 20 N 28). Es rechtfertigt sich demnach nicht, davon auszugehen, dass inhaftierten Personen in der Ukraine generell eine konventionswidrige Behandlung droht.

**7.2.4** Nach dem Gesagten ist der Vollzug der Wegweisung sowohl im Sinne der asyl- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen zulässig.

**7.3** Gemäss Art. 83 Abs. 4 AIG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat aufgrund von Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage konkret gefährdet sind. Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, ist – unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AIG – die vorläufige Aufnahme zu gewähren.

**7.3.1** Das Bundesverwaltungsgericht geht in zahlreichen Urteilen – auch neueren Datums – davon aus, dass die allgemeine Lage in der Ukraine trotz des immer noch andauernden bewaffneten Konflikts in einem Teil des Staatsgebiets nicht landesweit durch Krieg oder eine Situation allgemeiner Gewalt gekennzeichnet ist, aufgrund derer die Zivilbevölkerung als generell konkret gefährdet bezeichnet werden müsste (vgl. beispielsweise die Urteile BVGer D-7729/2015 vom 6. März 2018 E. 9.4.1 oder E-3685/2017 vom 5. Oktober 2017 E. 8.2).

**7.3.2** Nach Auffassung des Gerichts hat die Vorinstanz vorliegend zu Recht auch das Bestehen individueller Wegweisungshindernisse unter Verweis auf die beruflichen Qualifikationen der Beschwerdeführenden und das Bestehen eines sozialen Beziehungsnetzes verneint. Dies wurde denn auch in der Beschwerdeeingabe nicht bestritten. Es dürfte den Beschwerdeführenden möglich sein, in einer anderen Region der Ukraine ausserhalb der Oblasten Donezk und Luhansk innerhalb eines absehbaren Zeitraums wieder einen Einstieg in die Berufstätigkeit zu finden, mit welcher sie selbständig für den Lebensunterhalt der Familie sorgen können. Diesbezüglich ist zudem auf die Rückkehrhilfe der Schweiz gemäss Art. 93 Abs. 1 Bst. d AsylG hinzuweisen. Als sogenannte intern Vertriebene haben sie in ihrem Heimatstaat überdies Zugang zu garantierten staatlichen Sozialleistungen.

**7.3.3** Im Weiteren besteht – namentlich unter Berücksichtigung des Alters der Kinder der Beschwerdeführenden und ihrer Aufenthaltsdauer in der Schweiz – kein Grund zur Annahme, dass das Kindeswohl im Falle einer Rückkehr in die Ukraine gefährdet sein könnte. Dies wird von den Beschwerdeführenden denn auch nicht geltend gemacht. Der Vollzug der Wegweisung ist daher auch unter diesem Aspekt als zumutbar zu erachten.

**7.3.4** Nach dem Gesagten erweist sich der Vollzug der Wegweisung insgesamt als zumutbar.

**7.4** Schliesslich obliegt es den Beschwerdeführenden, sich bei der zuständigen Vertretung des Heimatstaates die für eine Rückkehr allenfalls zusätzlich erforderlichen Reisedokumente zu beschaffen (vgl. Art. 8 Abs. 4 AsylG und dazu auch BVGE 2008/34 E. 12), weshalb der Vollzug der Wegweisung auch als möglich zu bezeichnen ist (Art. 83 Abs. 2 AIG).

**7.5** Zusammenfassend hat die Vorinstanz den Wegweisungsvollzug zu Recht als zulässig, zumutbar und möglich bezeichnet. Eine Anordnung der vorläufigen Aufnahme fällt somit ausser Betracht (Art. 83 Abs. 1–4 AIG).

## **8.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG) und – soweit diesbezüglich überprüfbar – angemessen ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

## **9.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da indessen mit Instruktionsverfügung vom 8. März 2018 ihr Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gutgeheissen wurde und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich ihre finanzielle Lage seither entscheidungsrelevant verändert hätte, ist von der Auflage von Verfahrenskosten abzusehen.

## **10.**

Mit der Instruktionsverfügung vom 8. März 2018 wurde auch das Gesuch der Beschwerdeführenden um amtliche Verbeiständung gutgeheissen (aArt. 110a Abs. 1 VwVG) und ihr Rechtsvertreter als Rechtsbeistand eingesetzt. Demnach ist diesem ein amtliches Honorar für seine notwendigen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren auszurichten. Nachdem keine Kostennote zu den Akten gereicht worden ist, muss das Honorar gestützt

auf die Akten festgelegt werden (vgl. Art. 14 Abs. 2 Satz 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9–13 VGKE) und den in der Zwischenverfügung kommunizierten Stundenansatz ist das Honorar auf insgesamt Fr. 1'300.– (inkl. aller Auslagen) festzulegen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**3.**

Das Honorar des amtlichen Rechtsbeistands wird auf Fr. 1'300.– bestimmt und durch die Gerichtskasse vergütet.

**4.**

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Markus König

Nicholas Swain

Versand: