

# **BVGer D-6537/2023 vom 26. Oktober 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-10-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-6537\\_2023\\_d20231026](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-6537_2023_d20231026)

FR: TAF D-6537/2023 du 26 octobre 2023

IT: TAF D-6537/2023 del 26 ottobre 2023

## **Regeste**

Verweigerung vorübergehender Schutz | Verweigerung vorübergehender Schutz;  
Verfügung des SEM vom 26. Oktober 2023

## **Erwägungen**

### **E. 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).

### **E. 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).

### **E. 1.3**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist

D-6537/2023 Seite 5 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.

## **E. 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.

### **E. 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-)Mobilisierung 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.

D-6537/2023 Seite 6

### **E. 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.

### **E. 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

D-6537/2023 Seite 7 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.

#### **E. 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 härter 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.

#### **E. 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 BVerG 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 D-6537/2023 Seite 8 der eine Person zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um Schutz vor Verfolgung ersucht, wobei diesbezüglich von einem weiten Verfolgungsbegriff

auszugehen ist.

#### **E. 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.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, soweit darin die teilweise Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung 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.

#### **E. 5**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen

D-6537/2023 Seite 9 (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)

D-6537/2023 Seite 10

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.