

BVGer E-3971/2016 vom 22. November 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-11-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-3971_2016

FR: TAF E-3971/2016 du 22 novembre 2018

IT: TAF E-3971/2016 del 22 novembre 2018

Regeste

Asyl (ohne Wegweisungsvollzug)

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 endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungersuchens 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.

E. 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).

E. 1.3

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. 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. 105 und 108 Abs. 1 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 1.4

Nachdem das SEM mit der angefochtenen Verfügung die Flüchtlingseigenschaft des Beschwerdeführers festgestellt und ihn wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig in der Schweiz aufgenommen hat, beschränkt sich der materielle Prüfungsgegenstand vorliegend auf die Frage, ob das SEM zu Recht vom Bestehen des Asylausschlussgrundes der Asylunwürdigkeit gemäss Art. 53 AsylG ausgegangen ist und deshalb das Asylgesuch (in Ziff. 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung) abgelehnt hat. Formell erhebt der Beschwerdeführer zwar auch die Ziffern 3 bis 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung (Wegweisung und Anordnung der vorläufigen Aufnahme) zum Prozessgegenstand. Indessen handelt es sich bei der Wegweisung um eine blosser (negative) Regelfolge der Ablehnung des Asylgesuchs und bei der vorläufigen Aufnahme um eine blosser (positive) Rechtsfolge der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft. Beide Regel-

beziehungsweise Rechtsfolgen werden als solche vom Beschwerdeführer substantiell nicht bestritten und bilden daher materiellrechtlich nicht Prüfungsgegenstand. Bei einer Gutheissung der Beschwerde infolge eines festzustellenden Anspruchs auf Gewährung des Asyls fallen die Ziffern 3 bis 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ohne weiteres dahin.

E. 2

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

E. 3

Gemäss Art. 2 Abs. 1 AsylG gewährt die Schweiz Flüchtlingen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und 2 AsylG grundsätzlich Asyl. Nach Art. 53 Bst. a AsylG wird Flüchtlingen insbesondere dann kein Asyl gewährt, wenn sie wegen verwerflicher Handlungen des Asyls unwürdig sind.

E. 4.1

Zur Begründung des ablehnenden Asylentscheids stellte das SEM fest, der Beschwerdeführer erfülle den Tatbestand der Asylunwürdigkeit von Art. 53 AsylG in dessen Variante der Begehung verwerflicher Handlungen. Als verwerfliche Handlung gelte nach herrschender Praxis die Begehung eines Verbrechens im Sinne von Art. 10 Abs. 2 des schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0). Für die Annahme dieses Asylausschlussgrundes sei ferner ein individueller Tatbeitrag der betreffenden Person erforderlich und daneben sei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Diese Voraussetzungen seien beim Beschwerdeführer erfüllt. Art. 10 Abs. 2 StGB beinhalte den abstrakten Verbrechensbegriff (Strafandrohung von über drei Jahren Freiheitsstrafe); darüber hinaus verwende Art. 53 AsylG den juristisch nicht genauer definierten und moralisch besetzten Ausdruck der "verwerflichen Handlung". Bei im Ausland begangenen Straftaten sei kein strikter Nachweis erforderlich, sondern lediglich das Bestehen konkreter Anhaltspunkte für eine individuelle Verantwortlichkeit der Asylsuchenden Person. Die gegenwärtige eritreische Regierung beziehungsweise die Regierungspartei PFDJ (People's Front for Democracy and Justice) mit ihren Organen billige die Anwendung von Gewalt für die Erreichung ihrer Ziele. Die PFDJ und ihre Vorgängerorganisation EPLF (Eritrean People's Liberation Front) hätten seit der Gründung notorisch systematische Menschenrechtsverletzungen (politisch motivierte Tötungen, willkürliche Festnahmen, Entführungen, Verschwindenlassen von Personen, Folter) begangen und Grundrechte missachtet. Der individuelle Tatbeitrag des Beschwerdeführers bestehe nicht bereits in seiner Zugehörigkeit zu den Streitkräften, sondern in der Auslieferung dreier Flüchtender an seinen Kommandanten mit der Konsequenz ihrer nachfolgenden Exekution. Dabei erscheine es unwahrscheinlich und mithin unglaubhaft, dass er als Führer einer Ganta nicht mit dem weiteren Prozedere und mit der Tragweite seiner Entscheidungen (Erschiessung illegaler Grenzgänger) betraut gewesen sei, zumal der Schiessbefehl schon lange bestanden habe. Ein weiteres Indiz dafür, dass er die Tätigkeit seiner Ganta und mithin seine eigene Verantwortlichkeit nicht vollumfänglich offenzulegen bereit sei, sei die nachträgliche Einräumung von bereits früher erfolgten Festnahmen. Aufgrund der vagen Aussagen müsse unweigerlich davon ausgegangen werden, dass er aus asyltaktischen Gründen bloss selektive, verharmlosende und herunterspielende Ausführungen zu seiner Tätigkeit gemacht habe. Der Umstand, dass er in der Hierarchie des

Militärs bis zum Kommandanten einer Ganta aufgestiegen sei, zeuge davon, dass die Führung des eritreischen Militärs ihm vertraut und er die skrupellose Ideologie des Regimes jahrelang mitgetragen habe. Es sei davon auszugehen, dass es ihm im Grenzgebiet gelungen sei, die Zielerreichung des Regimes sicherzustellen; dies werde auch dadurch unterstrichen, dass ihm trotz Befehlsverweigerung keine schlimmere Bestrafung auferlegt worden sei und er nach der Haft rehabilitiert und wieder in den Militärdienst aufgenommen worden sei. Seine Aktivitäten für das eritreische Militär, insbesondere die Verhaftung und Auslieferung illegaler Grenzgänger, habe dazu beigetragen, dass zahlreiche Zivilisten unverschuldet zu Schaden gekommen beziehungsweise unverhältnismässig bestraft worden seien. Damit habe er das System menschenrechtswidriger, drakonischer und unmenschlicher Bestrafung in Eritrea mitgetragen. Seine Argumentation des Versteckens hinter der Befehlskette sei spätestens seit der Aufarbeitung des zweiten Weltkrieges rechtlich nicht mehr haltbar. Durch die Festhaltung und Übergabe der drei illegalen Grenzgänger an den Kommandanten der Haili, habe er sich der Mittäterschaft an deren Exekution und mithin an einer verwerflichen Handlung schuldig gemacht und seinen individuellen Beitrag zu diesen Verbrechen geleistet. Der geltend gemachte Befehlsnotstand entbinde ihn praxisgemäss nicht von der Verantwortung, denn eine solche Entbindung falle nur in Betracht, wenn die betreffende Person rechtlich verpflichtet gewesen sei, dem Befehl nachzukommen, von dessen Rechtswidrigkeit keine Kenntnis gehabt habe und der Befehl an sich auch nicht rechtswidrig gewesen sei. Die Anwendung von Art. 53 AsylG sei vorliegend auch verhältnismässig. Er habe sich ursprünglich freiwillig, ohne Zwangslage zur Unterstützung des eritreischen Befreiungskampfes entschieden, gemäss eigenen Angaben als Soldat stets Bereitschaft zur Befolgung von Anweisungen gezeigt und sich später in seiner Funktion als für die Grenzbewachung zuständiger Ganta-Führer nie aktiv um seine Entlassung bemüht, trotz seit langem bestehenden Erschiessungsbefehls gegenüber illegalen Grenzgängern. Seine Widersetzung gegen den Erschiessungsbefehl sei erst mit der direkten, ihn persönlich betreffenden konkreten Aufforderung zur Vollstreckung der Exekution der drei illegalen Grenzgänger erfolgt. Jedoch sei er schon zuvor für die Verhaftung solcher Personen verantwortlich zu machen und habe durch seine entsprechenden Befehlsausführungen Menschenrechtsverletzungen mitgetragen. Es ergebe sich, dass sein langjähriges Engagement als Ganta-Führer im eritreischen Militär eine verwerfliche Handlung im Sinne von Art. 53 AsylG darstelle und der Asylausschluss infolge Asylunwürdigkeit sich als gerechtfertigt und verhältnismässig erweise. Das Asylgesuch sei deshalb trotz bestehender Flüchtlingseigenschaft abzulehnen und er sei in Anwendung des Grundsatzes der Nichtrückschiebung gemäss Art. 5 Abs. 1 AsylG infolge unzulässigen Wegweisungsvollzuges vorläufig aufzunehmen. Die Wegweisung als solche sei nach Art. 44 AsylG die Regelfolge der Ablehnung des Asylgesuchs.

E. 4.2

In seiner Beschwerdeeingabe verweist der Beschwerdeführer zunächst auf den in der Praxis gebildeten und konkretisierten Begriff der verwerflichen Handlung sowie auf die für die Annahme der Asylunwürdigkeit ebenso praxisgemäss geforderten Elemente der individuellen Verantwortlichkeit mit einem individuellen Tatbeitrag für solche Handlungen und der Verhältnismässigkeit der Asylverweigerung. Das SEM stütze seine Erwägungen schwergewichtig auf die ihm zugekommene bedeutende Rolle im eritreischen Militär, verkenne indessen seine tatsächliche Rolle: Bei der Ganta handle es sich um eine Untereinheit von 20 bis 30 Soldaten, die im Gegensatz zu den grösseren Einheiten (Haili, Bataillon, Brigade, Division) keinen höherrangigen Befehlshaber kenne, sondern die

Verantwortung werde einem der Soldaten der Ganta übertragen und erschöpfe sich im Wesentlichen in Kontroll- und Berichterstattungsfunktionen. Er habe somit weder eine übergeordnete Stellung noch Führungsfunktion noch eigene Befehlskompetenz im eritreischen Militär innegehabt. Daher könnten ihm nicht pauschal menschenrechtsverletzende Aktionen an der eritreischen Grenze beziehungsweise die Mittragung der skrupellosen Ideologie des Regimes zugerechnet werden. Ein individueller Tatbeitrag liege somit nicht vor. Das vorinstanzliche Argument des Versteckens hinter der Befehlskette greife in seinem Fall nicht, weil er eben keine Befehlsbefugnis gehabt habe und ihm e contrario auch nicht Handlungen anderer Personen beziehungsweise des Regimes zugerechnet werden könnten. Aus seinen Aussagen gehe schlüssig hervor, dass er die Erschiessung von fliehenden Personen nie akzeptiert und den Schiessbefehl nie durchgesetzt, sondern sich stattdessen auf die Festnahme von Fliehenden und deren Weitergabe an die übergeordneten Einheiten und zuständigen Personen beschränkt habe. Über das Schicksal der Festgenommenen sei er nicht informiert worden. Die ihm vom SEM zur Last gelegte Mittäterschaft an der Erschiessung der drei von seiner Ganta festgenommenen Fliehenden sei nicht haltbar, weil eine solche Annahme strafrechtlich seine Tatherrschaft, das heisst ein vorsätzliches und massgebendes Zusammenwirken mit anderen Tätern bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung des Delikts voraussetzen würde. Er habe aber bei der Planung und Entschlussfassung der Tötung der Gefangenen nicht mitgewirkt und diese sich später auch nicht zu eigen gemacht. Er habe nicht einmal bei der Verhaftung der Personen durch seine Ganta-Soldaten, gegenüber denen er keine tatsächliche Befehlsmacht gehabt habe, mitgewirkt und daher diese Verhaftung und nachfolgende Überstellung an die Haili auch kaum unterbinden können. Ausserdem fehle klar der subjektive Tatbestand, zumal er die Tötung abgelehnt und die mit seiner Befehlsverweigerung einhergehenden Folgen akzeptiert habe. Mangels Erfüllung des subjektiven Tatbestandes könne im Übrigen nicht einmal seine Gehilfenschaft angenommen werden. Die Festnahmen seien denn auch aufgrund von Verstössen gegen Ein- und Ausreisebestimmungen erfolgt und stellten mithin gesetzlich erlaubte Handlungen dar. Dementsprechend liege entweder ein strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund vor oder er könne sich auf einen Befehlsnotstand berufen, denn er sei zur Festnahme verpflichtet und deren Rechtswidrigkeit ihm nicht bewusst gewesen, und der Befehl zur Festnahme sei nicht offensichtlich rechtswidrig gewesen. Unabhängig vom bisher Gesagten könne er sich neben dem Befehlsnotstand auch auf einen entschuldbaren Notstand im Sinne von Art. 18 StGB berufen: Bis zum konkreten Befehl zur Erschiessung der drei festgenommenen Fliehenden habe er Angst gehabt, sich dem Befehl zur Festnahme zu entziehen, da die Befehlsverweigerung zur Gefährdung seines Lebens geführt hätte und ihm diese Festnahmen daher nicht persönlich vorgeworfen werden könnten. Daran ändere der Umstand nichts, dass die Bestrafung angesichts des willkürlichen Bestrafungssystems in seinem Fall letztlich milder als seine Erschiessung ausgefallen sei. Insoweit hätte er sich ohnehin in einem Sachverhaltsirrtum befunden, welcher auch bei pflichtgemässer Vorsicht nicht hätte vermieden werden können. Die Voraussetzungen zur Annahme der Asylunwürdigkeit seien daher bereits aufgrund des Gesagten nicht erfüllt. Diese würde ohnehin an der weiteren Voraussetzung der Verhältnismässigkeit scheitern: Dass er freiwillig zum Militär gegangen sei, sei irrelevant, da dies nichts mit den ihm vorgeworfenen verwerflichen Handlungen zu tun habe. Auch das ihm zur Last gelegte jahrelange Befolgen von Befehlen könne nichts zur Verhältnismässigkeit beitragen, weil dies vorwiegend mit dem Vorliegen einer verwerflichen Handlung zu tun habe und

argumentativ nicht nochmals bei der Verhältnismässigkeitsprüfung gegen ihn verwendet werden könne. Es sei weiter zu berücksichtigen, dass er jahrelang Dienst geleistet und nur schwer eine aussermilitärische Perspektive habe einnehmen können, sich entsprechend mit Kritik am Regime zurückgehalten habe, dennoch aber letztlich den Schiessbefehl verweigert und seine Ganta-Soldaten zu ebensolchem Verhalten ermuntert habe. Dies müsse ihm zumindest als tätige Reue angerechnet werden. Seit den Festnahmen seien zudem einige Jahre vergangen, in denen er sich nichts zu Schulden habe kommen lassen. Auch aufgrund seines (...) Alters sei nicht davon auszugehen, dass von ihm eine für die Anwendung von Art. 53 AsylG notwendige spezifische Gefahr ausgehe. Im Übrigen habe das SEM seinen Anspruch auf rechtliches Gehör und insbesondere die Begründungspflicht dahingehend verletzt, als es insbesondere den entscheiderelevanten Umstand des dargelegten entschuldbaren Notstands unberücksichtigt belassen und zudem die Verhältnismässigkeitsprüfung dergestalt ungenügend und nicht sachgerecht durchgeführt habe, als es hierbei argumentativ erneut die Elemente der verwerflichen Handlung verwendet habe. Für den Fall einer zu bestätigenden Asylverweigerung wäre daher die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 4.3

In seiner Vernehmlassung hält das SEM an seinen Erwägungen fest und stellt klar, dass die Beschwerde keine neuen und erheblichen Tatsachen und Beweismittel enthalte, die eine Änderung des bisher eingenommenen Standpunktes bewirken könnten. Die Darstellung seiner blossen Kontroll- und Berichterstattungsfunktion als Ganta-Führer sei angesichts der Akten kaum haltbar, da aus dem Anhörungsprotokoll Anhaltspunkte für die operative Verantwortung und Befehlsbefugnis eines Ganta-Führers hervorgingen und die Aussagen des Beschwerdeführers auf eine zurückhaltende Schilderung seiner Aktivitäten als Ganta-Führer hindeuteten. Aufgrund seiner langjährigen Funktionsausübung müsse davon ausgegangen werden, er sei über die gravierenden Konsequenzen für festgenommene Flüchtende im Bilde gewesen. Die Festnahme der drei Flüchtenden sei zudem nach der allgemeinen Anweisung zur Exekution solcher Personen erfolgt, weshalb dem Beschwerdeführer die Folgen seines Handelns bewusst gewesen sein müssten. Er gelte somit als Mittäter und sei individuell verantwortlich für diese verwerfliche Handlung der Exekution der drei Personen. Die Berufung auf einen Befehlsnotstand gehe fehl und entbinde ihn nicht von seiner Verantwortung für die Tat, da die praxisgemässen Voraussetzungen (rechtliche Pflicht zur Befehlsbefolgung, keine Kenntnis über die Rechtswidrigkeit des Befehls und auch keine Offensichtlichkeit dieser Rechtswidrigkeit) nicht erfüllt seien. Gemäss eigenen Aussagen sei sich der Beschwerdeführer der Verwerflichkeit und Unverhältnismässigkeit der Erschiessungsanweisung bewusst gewesen, weshalb ihn die militärische Gehorsamspflicht nicht rechtfertige. Die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs sei nicht berechtigt, denn das SEM habe die Parteivorbringen sorgfältig und ernsthaft geprüft und sei nicht verpflichtet gewesen, zu allen vorgetragenen Elementen ausführlich Stellung zu nehmen, sondern könne sich auf die entscheidewesentlichen Punkte beschränken. Die vom Beschwerdeführer nicht in Abrede gestellte verwerfliche Handlung liege (im Zeitpunkt der Vernehmlassung) neun Jahre zurück. Im Zeitpunkt der Tat sei er (...) Jahre alt gewesen und habe bereits eine langjährige Militärkarriere absolviert gehabt. Zwar habe er die Befehle zu hinterfragen gewusst aber ein gewisses Mass an Identifikation und Gehorsam in sich getragen. Die Verhältnismässigkeit des Asylausschlusses sei schliesslich deshalb gewahrt, weil er als vorläufig aufgenommener Flüchtling in der Schweiz bleiben könne und so hinreichend Schutz vor einem Refoulement

habe.

E. 4.4

Replikweise hält der Beschwerdeführer seinerseits an seinen Anträgen und Beschwerdeargumenten vollumfänglich fest. Die vom SEM angeführten und behauptungsgemäss seine Befehlsbefugnis stützenden Beispiele aus den Akten würden im Gegenteil gerade die fehlende Befehlskompetenz belegen. Im Weiteren wiederhole das SEM im Wesentlichen seine Argumente gemäss Verfügung und verkenne die umfassenden Ausführungen in der Beschwerde. Die Vernehmlassung lasse insbesondere eine genauere Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen der Mittäterschaft vermissen und das SEM vermische darin die einzelnen Anforderungen der Verhältnismässigkeit der Asylunwürdigkeit mit jenen der rechtsgenügenden Begründung des Entscheids.

E. 5.1

Unter verwerflichen Handlungen im Sinne von Art. 53 AsylG sind praxisgemäss diejenigen Delikte zu subsumieren, welche gemäss allgemeinem Teil des schweizerischen Strafgesetzbuches als "Verbrechen" (vgl. Art. 10 Abs. 2 StGB; abstrakte Höchststrafe von mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe) gelten, wobei es irrelevant ist, ob die verwerfliche Handlung als rein gemeinrechtliches oder aber als politisches Delikt einzustufen ist (vgl. BVGE 2011/29 E. 9.2.2 S. 564; BVGE 2011/10 E. 6 S. 131). Hinsichtlich des anzuwendenden Beweismasses ist bei Straftaten, die im Ausland begangen wurden, kein strikter Nachweis erforderlich. Es genügt die aus schwerwiegenden Gründen gerechtfertigte Annahme, das heisst die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass sich die betroffene Person einer Straftat im erwähnten Sinne schuldig gemacht hat. Dabei ist von einer pauschalen Betrachtungsweise Abstand zu nehmen und der individuelle Tatbeitrag, zu welchem die Schwere der Tat und der persönliche Anteil am Tatentscheid wie auch das Motiv des Täters und allfällige Rechtfertigungs- oder Schuld minderungsgründe zu zählen sind, zu ermitteln. Ein entsprechender Tatbeitrag, der zum Ausschluss von der Asylgewährung führt, kann zum einen in unmittelbarer Täterschaft erfolgt sein. Zum anderen ist auch nach einer Tatbeteiligung und einer mittelbaren Täterschaft zu fragen, die sich aus einer Verantwortung für Handlungen Dritter aufgrund einer entsprechenden Befehlsgewalt ergeben kann (vgl. diesbezüglich Urteil des BVGer E-3306/2017 vom 21. November 2017 E. 4.1 m.w.H.). Liegt eine entsprechende Delinquenz vor, ist ausserdem zu prüfen, ob die Rechtsfolge des Asylausschlusses auch eine verhältnismässige Massnahme darstellt. Dabei ist vorab in Betracht zu ziehen, wie lange die Tat bereits zurückliegt, wobei auf die Verjährungsbestimmungen des Strafrechts verwiesen wird. Ebenso haben das Alter im Zeitpunkt der Tatbegehung sowie eine allfällige Veränderung der Lebensverhältnisse nach der Tat Einfluss auf die diesbezügliche Entscheidungsfindung (vgl. BVGE 2011/10 E. 6 S. 132, BVGE 2011/29 E. 9.2.3 f. S. 565 m.w.H.; Urteil des BVGer D-5696/2016 vom 5. Mai 2017 E. 4.1).

E. 5.2

In einem ersten Schritt sind die dem Beschwerdeführer anzulastenden Handlungen und deren Verwerflichkeit zu ermitteln: Die Vorinstanz ist in ihrer grundsätzlichen Einschätzung zu stützen, wonach die gegenwärtige eritreische Regierung beziehungsweise die Regierungspartei PFDJ (People's Front for Democracy and Justice) mit ihren Organen die Anwendung von Gewalt für die Erreichung ihrer Ziele billige, und die PFDJ und ihre Vorgängerorganisation EPLF (Eritrean People's Liberation Front) seit der Gründung

notorisch systematische Menschenrechtsverletzungen (politisch motivierte Tötungen, willkürliche Festnahmen, Entführungen, Verschwindenlassen von Personen, Folter) begangen und Grundrechte missachtet hätten. Die Missachtung fundamentaler Menschenrechte ist denn auch notorisch (vgl. dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-4505/2015 vom 7. März 2017 E. 6.4, mit Quellenhinweis insb. auf den Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen [UNHRC]). Ebenso zutreffend hält das SEM andererseits fest, dass die blossе Zugehörigkeit zu den Streitkräften - ob freiwillig oder unfreiwillig - keine solche von Art. 53 Bst. a AsylG erfasste verwerfliche Handlung darstellen kann. Konkret lastet das SEM dem Beschwerdeführer die langjährige Anordnung und Durchführung von Festnahmen illegal Ausreisender und deren Auslieferung an seine Vorgesetzten an, wobei es die Festnahme und Auslieferung dreier Flüchtender an den Haili-Kommandanten mit der Konsequenz ihrer nachfolgenden Exekution in den Vordergrund stellt. Zweifellos fällt nicht nur die Exekution illegaler Auswanderer, sondern auch die Auslieferung festgenommener illegaler Auswanderer im Hinblick auf deren Exekution unter den Begriff verwerflicher Handlungen. Insoweit werden nachfolgend (E. 5.3) die Fragen der unmittelbaren oder zumindest zurechenbaren Täterschaft des Beschwerdeführers und seines individuellen Tatbeitrags zu dieser Exekution zu klären sein. Das Bundesverwaltungsgericht ist aber ebenso der klaren Auffassung, dass die langjährige (Mit-)Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers für die blossе Durchführung von Festnahmen illegal Ausreisender und deren Auslieferung an seine Vorgesetzten vorliegend weder als Verbrechen noch als sonstwie verwerflich qualifiziert werden kann. In seiner Rechtsmitteleingabe wendet der Beschwerdeführer zurecht ein, dass aus seinen Aussagen nirgends die Akzeptanz einer Erschiessung von fliehenden Personen hergeleitet werden könne, sondern er sich stattdessen auf die Festnahme von Fliehenden und deren Weitergabe an die übergeordneten Einheiten und zuständigen Personen beschränkt habe (vgl. A20 F108-111). Zwar habe er vom langjährigen formellen Bestand eines Schiessbefehls gegen solche Personen Kenntnis gehabt, selber aber weder von der Umsetzung eines solchen Schiessbefehls gewusst noch gar selber Exekutionen durchgeführt; überhaupt sei er über das weitere Schicksal der Festgenommenen nicht informiert gewesen (vgl. a.a.O.). Vielmehr habe sich dieser Kenntnisstand erst dann geändert, als Ende 2007 beziehungsweise Anfang 2008 die Gantas vom Bataillons-Kommandanten unmissverständlich zur Erschiessung solcher Personen angewiesen worden seien, es in der Folge zu Fluchtergreifungen und Erschiessungen von Befehlsverweigerern gekommen sei und der Beschwerdeführer persönlich eine solche Exekutionsanweisung auch schriftlich erhalten habe (vgl. A20 F98-115). Vor dieser einschneidenden Änderung des Kenntnisstandes durfte er aus zureichenden Gründen davon ausgehen, die Festnahmen dienten der Ahndung von Verstössen gegen Ausreisebestimmungen. Unten (E. 5.4) wird zudem aufzuzeigen sein, dass er als Ganta-Führer darüber hinaus nicht mit der Konsequenz der Exekution solcher Personen hätte rechnen müssen; dies umso mehr, als der langjährig vorbestandene Schiessbefehl allgemein weitgehend ignoriert worden sei und er denn auch keine Kenntnis von solchen Erschiessungen gehabt habe, ebenso wenig von negativen Konsequenzen für Verweigerer des Schiessbefehls. Diese Schilderungen zur Praxishandhabung des langjährigen formellen Schiessbefehls finden auch Abstützung im als Referenzurteil publizierten Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts D-7898/2015 vom 20. Januar 2017 (vgl. die dort in E. 4.9 S. 32 f. erwähnten Quellen). Es ergibt sich als Zwischenergebnis, dass die vom Beschwerdeführer langjährig praktizierten Festnahmen illegal Ausreisender und deren Auslieferung an seine Vorgesetzten den Tatbestand eines Verbrechens

beziehungsweise einer verwerflichen Handlung objektiv nicht erfüllen und insoweit auch der subjektive Tatbestand nicht erfüllt ist.

E. 5.3

Zu prüfen ist nunmehr, ob die wie gesehen an sich als verwerfliche Handlung zu betrachtende Festnahme und Auslieferung dreier illegaler Auswanderer im Hinblick auf deren Exekution dem Beschwerdeführer mit eigener Täterschaft und individuellem Tatbeitrag auch zuzurechnen ist: Sachverhaltlich unbestritten ist dabei, dass er einerseits selber an der Festnahme der drei Personen nicht persönlich beteiligt war, andererseits jedoch deren Auslieferung an seinen vorgesetzten Haili-Kommandanten persönlich vorgenommen hat. Unbestritten ist ferner, dass er die ihm befohlene Exekution dieser Festgenommenen trotz schriftlicher Anweisung nicht vollzogen, sondern sich der Anweisung widersetzt hat. Die Diskussion über die Anwendbarkeit des Befehlsnotstandes beziehungsweise über das allfällige Verstecken hinter der Befehlskette ist deshalb in diesem Punkt obsolet, da gar keine Befehlsabgabe oder -befolgung durch den Beschwerdeführer vorliegt. Zweifellos musste er sich der möglichen Konsequenz einer Auslieferung der drei Festgenommenen für diese, nämlich deren Exekution, bewusst gewesen sein, da der Exekutionsbefehl von höherer Stelle zuvor klar kommuniziert worden war. Ein individueller Tatbeitrag scheint daher mit der Auslieferung nahe zu liegen. Aus den Ausführungen des Beschwerdeführers wird aber ebenso klar, dass vorrangig die Festnahme der illegal Ausreisenden das von der Ganta zu verfolgende Ziel sein sollte, und erst zweitrangig - falls eine Festnahme nicht möglich sein sollte - die Erschiessung (vgl. A20 F98). Gerade der Umstand, dass der Beschwerdeführer in der Folge persönlich und schriftlich zur Exekution der von ihm ausgelieferten Fluchtwilligen aufgefordert wurde, zeigt, dass er bis zu diesem Zeitpunkt keine Schiessbefehlsverweigerung begangen haben konnte, andernfalls bereits die blosser Auslieferung der drei Personen als Verweigerung des vom Bataillons-Kommandanten zuvor unmissverständlich ausgegebenen Erschiessungsbefehls hätte qualifiziert werden müssen. Die Auslieferung der drei Personen durch den Beschwerdeführer kann ihm damit nicht als vorsätzliche (Mit-)Täterschaft im Hinblick auf deren Exekution angelastet werden. Der Beschwerdeführer macht in seiner Rechtsmitteleingabe zudem zurecht geltend, ein vorsätzliches und massgebendes Zusammenwirken mit anderen Tätern bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung der Exekution liege nicht vor, und er habe nicht einmal bei der Verhaftung der drei Personen durch seine Ganta-Soldaten mitgewirkt oder eine solche befohlen. Im Übrigen vermochte er in seinen Aussagen in der BzP und der Anhörung glaubhaft sein Dilemma aufzuzeigen, dem er sich seit Erlass des vom Bataillons-Kommandanten ausgegebenen Erschiessungsbefehls ausgesetzt sah. Diesem Dilemma konnte er angesichts der zu jener Zeit praktisch unmöglich erscheinenden und lebensgefährlichen Desertion und Flucht auch nicht entgehen (vgl. A20 F94-97 und F148). Dass er in dieser ausweglos erscheinenden Situation letztlich den Mittelweg einer Auslieferung der drei von seinen Ganta-Soldaten festgenommenen Personen eingeschlagen und damit erheblich nachteilige Konsequenzen sowohl für die Festgenommenen als auch für sich in Kauf genommen hat, kann ihm nach Auffassung des Gerichts nicht angelastet werden. Die Annahme einer Notstandslage läge damit ebenfalls auf der Hand. Als weiteres Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Festnahme und Auslieferung dreier illegaler Auswanderer im Hinblick auf deren Exekution dem Beschwerdeführer nicht als verwerfliche Handlung in eigener Täterschaft mit individuellem Tatbeitrag zuzurechnen ist. Objektiver und subjektiver Tatbestand bei dieser möglichen Tötung sind somit beim Beschwerdeführer weiterhin nicht erfüllt und er könnte sich diesbezüglich ohnehin auf eine

Notstandssituation berufen.

E. 5.4

Das SEM legt dem Beschwerdeführer darüber hinaus das Begehen verwerflicher Handlungen bereits insoweit zur Last, als er freiwillig in das eritreische Militär eingetreten sei, Anweisungen stets befolgt habe, die Hierarchieleiter bis zum Kommandanten einer Ganta erklommen und in dieser Funktion und Stellung die skrupellose Ideologie des Regimes jahrelang mitgetragen habe. Seine Aktivitäten für das eritreische Militär, insbesondere die Verhaftung und Auslieferung illegaler Grenzgänger, habe dazu beigetragen, dass zahlreiche Zivilisten unverschuldet zu Schaden gekommen beziehungsweise unverhältnismässig bestraft worden seien. Damit habe er das System menschenrechtswidriger, drakonischer und unmenschlicher Bestrafung in Eritrea mitgetragen. Diese Einschätzung teilt das Bundesverwaltungsgericht nicht: Zunächst geht für das Gericht aus den Befragungs- und Anhörungsprotokollen weder ausdrücklich noch implizit hervor, dass der Beschwerdeführer im Jahre 1995 freiwillig in den Militärdienst eingetreten ist. Dass er (gemäss Vorwurf des SEM) Anweisungen stets befolgt habe, ist sodann nicht mehr als Ausdruck der ihm obliegenden militärischen Gehorsamspflicht als Soldat. Das SEM stützt sich bei seiner Einschätzung ferner hauptsächlich auf die übergeordnete Hierarchiestufe und Führungsfunktion des Beschwerdeführers als Ganta-Führer, die ihm dabei zukommende Befehlsbefugnis und -gewalt sowie die daraus sich ergebende Mitträgerschaft eines Systems menschenrechtswidriger, drakonischer und unmenschlicher Bestrafung in Eritrea. Die Quellenlage hinsichtlich der Struktur, Einheiten und Personenstärken sowie Führungsgrade im eritreischen Militärwesen präsentiert sich dünn und uneinheitlich. Weitgehende Übereinstimmung herrscht immerhin darüber, dass es sich bei einer Ganta um eine Untereinheit von wenigen Dutzend Soldaten handelt und sie damit hinsichtlich Truppengrösse unter den grösseren Einheiten Haili (umfasst mehrere Gantas), Bataillon, Brigade und Division figuriert, wobei als kleinere Einheiten mitunter Mesre und Gujile genannt werden (vgl. dazu Landinfo [Country of Origin Information Centre der norwegischen Migrationsbehörden], Eritrea: Nationaldienst, 28. Juli 2011, inoffizielle Übersetzung des SEM, S. 6 f.). Von einer Quelle (ALEXANDRA GEISER, Eritrea: Rekrutierung von Minderjährigen [Hrsg. SFH], 21. Januar 2015, S. 5) wird die Ganta als kleinste militärische Einheit erwähnt, wogegen die anderen Quellen (und ebenso der Beschwerdeführer, vgl. A20 F115) mehrheitlich zumindest die Mesre (rund zehn Soldaten) als existent erachten. Die vom Beschwerdeführer sowohl in seinen erstinstanzlichen Ausführungen (vgl. z.B. A20 F88 ff.) als auch auf Beschwerdestufe übereinstimmend wiedergegebene Auffassung, wonach eine Ganta keinen höherrangigen Befehlshaber mit Offiziersrang kenne, sondern die Verantwortung einem der Soldaten der Ganta als "Primus inter pares" mit Kontroll- und Berichterstattungsfunktionen, aber ohne Führungsfunktion und Befehlsgewalt übertragen sei, findet Abstützung in Schilderungen auch anderer Flüchtlinge beziehungsweise Asylbewerber wie auch in einer Expertenauskunft der SFH (vgl. wiederum ALEXANDRA GEISER, a.a.O.). Auch wenn diesbezüglich unterschiedliche Quellenansätze bestehen, lässt sich für die Annahme des SEM, wonach ein Ganta-Führer zwingend eine militärhierarchische Karriere aufweise, Befehlskompetenz über seine Soldaten habe, mithin aufgrund dieser Position das Vertrauen der eritreischen Militärführung genieesse und die skrupellose Ideologie des Regimes mittrage, nicht stützen und das SEM nennt denn auch hierzu weder in der Verfügung noch in der Vernehmlassung entsprechende Quellen. Eine solche Annahme wäre ab Stufe Haili-Kommandant insofern zulässig, als hier ein Offiziersrang und damit das Durchlaufen

einer militärischen Kaderleiter Vor-aussetzung ist. Der Beschwerdeführer unterscheidet sich denn auch ganz deutlich beispielsweise vom als asylunwürdig betrachteten eritreischen Bataillonskommandanten im Urteil D-4505/2015 des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. März 2017, welcher bereits aufgrund seines Ranges, seiner Funktion und seiner Befehlskompetenz Verantwortung für Folterhandlungen und Menschenrechtsverletzungen seiner Soldaten zu tragen hatte und sich nicht mit seiner Einbindung in die Befehlskette rechtfertigen durfte. Das SEM wirft dem Beschwerdeführer in der angefochtenen Verfügung und in der Vernehmlassung implizit vor, er habe gravierendere und mithin den Schweregrad der Verwerflichkeit erreichende Delikte begangen als von ihm eingeräumt. Er sei nämlich nicht bereit, die Tätigkeit seiner Ganta und seine eigene Verantwortlichkeit vollumfänglich offenzulegen, sondern aufgrund seiner vagen Aussagen müsse unweigerlich davon ausgegangen werden, dass er hierzu aus asyltaktischen Gründen bloss selektive, verharmlosende und herunterspielende Ausführungen gemacht habe. Die Darstellung seiner blossen Kontroll- und Berichterstattungsfunktion als Ganta-Führer sei angesichts der Akten kaum haltbar, da aus dem Anhörungsprotokoll Anhaltspunkte für die operative Verantwortung und Befehlsbefugnis eines Ganta-Führers hervorgingen. Die grundsätzlich bestehende Möglichkeit bloss selektiver, verharmlosender und herunterspielender Ausführungen aus asyltaktischen Gründen ist durchaus nicht von der Hand zu weisen. Bezogen auf den vorliegenden Fall ist ein solcher Rückschluss des SEM aber nicht haltbar und stützt sich auf bloss Annahmen und Mutmassungen. Der Beschwerdeführer wendet denn auch in seiner Replik zutreffend ein, die vom SEM angeführten und behauptungsgemäss seine Kommando- und Befehlsbefugnis stützenden Beispiele aus den Akten (konkret insb. A20 F103-111) würden im Gegenteil gerade die fehlende Befehlskompetenz belegen. Einzig bei der Frage 139 erscheint das (übersetzte) Wort "befohlen", ohne dass aus der gesamten Antwort oder aus dem weiteren Kontext aber seine über die bloss Verantwortung für die Ganta hinausgehende Kommandanteneigenschaft schlüssig hervorgehen würde. Die Annahme des SEM erscheint in einer Gesamtbetrachtung der vorliegenden Akten offensichtlich ungenügend fundiert. Es erkennt in der erst nachträglichen Einräumung von bereits früher erfolgten Festnahmen ein weiteres Indiz dafür, dass der Beschwerdeführer die Tätigkeit seiner Ganta und mithin seine eigene Verantwortlichkeit nicht vollumfänglich offenzulegen bereit sei. Diese Erkenntnis ist klar aktenwidrig: Konkret stützt sich die Vorinstanz auf die protokollierte Aussage zu Frage 107 in der Anhörung, in der die früheren Festnahmen nicht erwähnt, sondern erst in den beiden Folgefragen nachgeschoben seien. Abgesehen davon, dass die Antwort zu Frage 107 scheinbar auf einen anderen Sinngehalt der Frage ausgerichtet war, ist jedenfalls auf die klare Aussage des Beschwerdeführers in Ziffer 7.02 in der BzP zu verweisen, wo dieser unmissverständlich bereits von früheren Festnahmen sprach (vgl. A7 S. 8 oben). Es handelt sich dabei somit nicht um einen Nachschub. Offensichtlich unzutreffend ist ebenso die vom SEM unterstrichene Vertrauensstellung des Beschwerdeführers im Militär, die er nach Verbüssung seiner Strafe für die Befehlsverweigerung wiedererlangt habe und die somit für die Verharmlosung seiner Tätigkeiten als Ganta-Führer sprechen müsse. Der Beschwerdeführer hat vielmehr deutlich zu Protokoll gegeben, dass er nach der Rückkehr zu seiner Einheit streng bewacht, waffenlos und wieder normaler Soldat ohne Sonderfunktionen gewesen sei und auch keinen persönlichen Sold mehr erhalten habe (vgl. A20 F136-140). Mit einer Vertrauensstellung wäre dies nicht kompatibel. Es ist somit als weiteres Zwischenergebnis festzuhalten, dass dem Beschwerdeführer das Begehen verwerflicher Handlungen auch nicht bereits aufgrund seiner Funktion und Stellung als

Ganta-Führer vorgeworfen werden kann.

E. 5.5

Nach dem bisher Gesagten sind die Voraussetzungen zur Annahme einer mit Tatherrschaft und individuellem Tatbeitrag begangenen verwerflichen Handlung nach Art. 53 Bst. a AsylG beim Beschwerdeführer aus objektiven und subjektiven Gründen nicht erfüllt. Dementsprechend würde sich eine Prüfung der Verhältnismässigkeit der Rechtsfolge der Asylverweigerung erübrigen. Dennoch ist der Vollständigkeit halber summarisch festzustellen, dass auch die diesbezüglichen Erwägungen des SEM kaum überzeugen: Das SEM stützt seine Auffassung der Verhältnismässigkeit auf das langjährige Engagement des Beschwerdeführers als Ganta-Führer im eritreischen Militär und auf dessen bis zur Exekutionsverweigerung bestandene stete Bereitschaft zur Befolgung von Anweisungen. Der Beschwerdeführer wendet demgegenüber in seiner Beschwerde zutreffend ein, diese Umstände hätten mit der Prüfung des (behauptungsgemässen) Vorliegens verwerflicher Handlung zu tun und könnten argumentativ nicht nochmals bei der Verhältnismässigkeitsprüfung gegen ihn verwendet werden. Ebenso macht er zutreffend auf den Umstand aufmerksam, dass seit der Auslieferung der drei Festgenommenen (Anfang 2008) einige Jahre vergangen seien (inzwischen fast elf), in denen er sich nichts zu Schulden habe kommen lassen. Eine für die Anwendung von Art. 53 AsylG notwendige spezifische Gefahr gehe mithin von ihm - zumal im (...) Alter - nicht aus. In seiner Vernehmlassung reagiert das SEM hingegen abermals mit der Bekräftigung seines untauglichen Hinweises auf die langjährige Militärkarriere des Beschwerdeführers. Das dort zur Stützung der Verhältnismässigkeit des Asylausschlusses verwendete weitere Argument, wonach der Beschwerdeführer als vorläufig aufgenommenem Flüchtling in der Schweiz bleiben könne und so hinreichend Schutz vor einem Refoulement habe, ist ebenfalls nicht stichhaltig. Prüfungsthema ist hierbei nämlich die Frage, ob die Verweigerung des Asyls für einen anerkannten Flüchtling im konkreten Anwendungsfall verhältnismässig erscheint. Die bestehende Flüchtlingseigenschaft steckt somit den Rahmen für die Verhältnismässigkeitsprüfung ab und kann folglich nicht zugleich ein Abwägungselement für die Verhältnismässigkeitsprüfung darstellen. Als Verhältnismässigkeitsargument hypothetisch tauglich und zulässig wäre beispielsweise die (beim Beschwerdeführer nicht gegebene) Feststellung, dass ein anerkannter Flüchtling im Besitze einer schweizerischen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung ist und somit eine Asylverweigerung für ihn weniger gravierend ins Gewicht fällt als für einen anerkannten Flüchtling, der "nur" den Refoulement-Schutz und den Aufenthaltsstatus einer vorläufigen Aufnahme aufweist.

E. 6

Zusammenfassend hat SEM in Bezug auf den Beschwerdeführer die Voraussetzungen zur Annahme der Asylunwürdigkeit im Sinne von Art. 53 Bst. a AsylG zuunrecht als erfüllt betrachtet und somit das Asylgesuch in Verletzung von Bundesrecht abgewiesen. Es ergibt sich, dass die Beschwerde im Hauptantrag gutzuheissen und die Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung entsprechend aufzuheben ist. Das SEM ist anzuweisen, dem Beschwerdeführer in der Schweiz Asyl zu gewähren. Die Ziffern 3 bis 7 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung fallen dadurch ohne weiteres dahin (vgl. oben E. 1.4) und bedürfen keiner formellen Aufhebung mehr. Die zur Begründung des Beschwerdeantrags auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz erhobene Rüge einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bedarf angesichts dieses Ergebnisses keiner Prüfung mehr,

denn der Antrag wurde klar eventualiter für den Fall einer Abweisung des Hauptantrages gestellt und nicht umgekehrt.

E. 7.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem obsiegenden Beschwerdeführer keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

E. 7.2

Dem obsiegenden und vertretenen Beschwerdeführer ist zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs.1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). In der aktualisierten Kostennote vom 3. August 2016 wird ein Aufwand von 10,5 Stunden zu Fr. 200.- geltend gemacht wird, zuzüglich Barauslagen von Fr. 15.-, womit sich ein Total von Fr. 2'115.- ergibt. Der Aufwand erscheint unter Berücksichtigung der massgebenden Bemessungsfaktoren (Art. 12 i.V.m. Art. 9-11 VGKE) angemessen. Der Rechtsvertreter ist nicht mehrwertsteuerpflichtig. Die Parteientschädigung umfasst daher keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE. Aufgrund der Parteientschädigung erübrigt sich die Ausrichtung eines Honorars an den vom Gericht eingesetzten amtlichen Rechtsbeistand. (Dispositiv nächste Seite)

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