

Der vorübergehende Schutz in der Praxis: Rechtsprechung zum Schutzstatus S

Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW
School of Management and Law

Bachelorarbeit

Vorgelegt von:
Sarah Flütsch

Betreut durch:
Dr. Nina Hadorn

Abgegeben am:
30. Mai 2023

I. Management Summary

Im Zusammenhang mit dem Kriegsausbruch in der Ukraine hat der Bundesrat erstmals den Schutzstatus S i.S.v. Art. 4 AsylG aktiviert. Dieser wird Schutzsuchenden einzig aufgrund der Zugehörigkeit zu der definierten Schutzgruppe gewährt. Entsprechend entwickelt sich erstmals eine Praxis zur Anwendung und Umsetzung des vorübergehenden Schutzes.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Schutzstatus S darzulegen und die gewonnenen Erkenntnisse einzuordnen. Eine zentrale Frage ist vor allem, welchen Personen der Schutzstatus S gewährt wird und welche Folgen eine Verweigerung des Schutzstatus S haben kann. Gemäss der Allgemeinverfügung sowie den Erkenntnissen der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wurde im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine den folgenden Personen der Schutzstatus S gewährt:

Für schutzsuchende ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger sowie ihren Familienangehörigen wurde in Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung festgelegt, dass der Schutzstatus S zu gewähren ist, sofern sie vor dem 24. Februar 2022 in der Ukraine wohnhaft waren. Mit der Nennung des Stichdatums wird an ein objektives Kriterium angeknüpft, welches erfüllt sein muss, um vorübergehenden Schutz zu erhalten. Schutzsuchende, welche nicht über die ukrainische Staatsbürgerschaft verfügen, wird der Schutzstatus nur gewährt, sofern sie vor dem 24. Februar 2022 einen Schutzstatus in der Ukraine hatten oder über eine gültige Aufenthaltsberechtigung in der Ukraine verfügen und zudem nicht in Sicherheit und dauerhaft in ihre Heimatländer zurückkehren können. Letztere Voraussetzung wurde bis anhin vom Bundesverwaltungsgericht noch nie bejaht, sondern in einigen Fällen zur vollständigen Sachverhaltsabklärung oder wegen Verletzung der Begründungspflicht zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Bei binationalen Familien stellt sich die Frage, ob die ganze Familie unter die Kategorie von Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung fällt. Diesbezüglich ist die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung nicht kohärent. Es zeigt sich jedoch die Tendenz, dass das vorrangige Abstellen auf die nicht-ukrainische Staatsbürgerschaft eines Familienmitgliedes nichts am grundsätzlichen Anspruch auf Gewährung des vorübergehenden Schutzes des Familienmitgliedes mit ukrainischer Staatsangehörigkeit zu ändern vermag.

Bei Doppelbürgerinnen und -bürgern sowie Personen, welchen bereits in einem anderen Staat ein Schutzstatus gewährt wurde, wird der vorübergehenden Schutz aufgrund des Subsidiaritätsprinzips verweigert.

Beabsichtigt das SEM das Gesuch um Gewährung des vorübergehenden Schutzes abzulehnen, folgt, sofern keine Asylgründe geltend gemacht wurden, die Wegweisung. Aufgrund der aktuellen Situation ist die Wegweisung in die Ukraine unzumutbar. Inwiefern die Rückkehr ins Heimatland für nicht-ukrainische Staatsangehörige in Sicherheit und dauerhaft möglich sein kann, jedoch der Vollzug der Wegweisung nicht, ist fraglich.

Im Ergebnis stellt der Schutzstatus S ein Instrument dar, um schnell und unbürokratisch Schutz zu gewähren. Dafür ist es jedoch wesentlich, dass die Schutzgruppe anhand von objektiven Kriterien definiert wird. Andernfalls besteht die Gefahr, dass eine vertiefte Abklärung nötig ist, was zu einem Spannungsverhältnis mit der eigentlichen Konstruktion des Schutzstatus S führen kann.

II. Inhaltsverzeichnis

I. MANAGEMENT SUMMARY	II
II. INHALTSVERZEICHNIS	IV
III. LITERATURVERZEICHNIS	VI
IV. MATERIALIENVERZEICHNIS	X
V. JUDIKATURVERZEICHNIS	XI
VI. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XV
1 EINLEITUNG	1
2 RECHTLICHE GRUNDLAGEN	2
3 VERFAHREN UND SCHUTZGEWÄHRUNG	3
3.1 Gesuch um vorübergehenden Schutz.....	3
3.2 Rechtsvertretung im Verfahren.....	5
3.3 Verfahrensgrundsätze	6
4 SCHUTZBERECHTIGTE PERSONEN GEMÄSS DER ALLGEMEINVERFÜGUNG VOM 11. MÄRZ 2022	8
4.1 Auslegung Familienangehörige im Sinne der Allgemeinverfügung	9
4.1.1 Partnerschaft.....	10
4.1.2 Unterstützung	11
4.1.3 EU-konforme Auslegung	12
4.2 Ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger	12
4.3 Binationale Familienkonstellationen	13
4.3.1 Ukrainische Kinder mit nicht-ukrainischen Eltern	14
4.3.2 Weitere Konstellation	16
4.4 Doppelbürgerinnen und -bürger	17
4.5 Schutzstatus in einem anderen Staat	20

4.6	Nicht-ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger	20
5	VERWEIGERUNG DES VORÜBERGEHENDEN SCHUTZES	24
5.1	Wegweisungsverfahren	24
5.1.1	Zulässigkeit	25
5.1.1.1	Rückschiebeverbot	25
5.1.1.2	Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens	26
5.1.2	Zumutbarkeit	27
5.1.2.1	Situation im Heimat- oder Herkunftsland	28
5.1.2.2	Individuelle Gründe.....	29
5.1.3	Möglichkeit	30
5.1.4	Beweismass	30
5.1.5	Wegweisungskompetenz Schengen-Raum	31
5.2	Asylverfahren	32
6	ALTERNATIVE AUFENTHALTSSTATUS ZUM SCHUTZSTATUS S.....	36
6.1	Vorläufige Aufnahme	36
6.2	Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung	36
6.3	Aufenthaltsberechtigung gestützt auf FZA.....	37
7	BESCHWERDEVERFAHREN	38
7.1	Beschwerdelegitimation	38
7.2	Beschwerdefrist	39
8	BEENDIGUNG UND AUFHEBUNG DES VORÜBERGEHENDEN SCHUTZES.....	41
8.1	Aufhebung	41
8.2	Widerruf.....	41
8.3	Erlöschen	42
9	SCHLUSSBETRACHTUNG.....	42

III. Literaturverzeichnis

BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 4. März 2022, Bundesrat schlägt besonderen Schutzstatus für Ukrainerinnen und Ukrainer vor, www.admin.ch (Startseite/Dokumentationen/Medienmitteilungen), zuletzt besucht am: 17. Mai 2023 (zit. Medienmitteilung vom 4. März 2022).

BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 11. März 2022, Ukraine: Bundesrat aktiviert Schutzstatus S für Menschen aus der Ukraine, www.admin.ch (Startseite/Dokumentationen/Medienmitteilungen), zuletzt besucht am: 17. Mai 2023 (zit. Medienmitteilung vom 11. März 2022).

DEUTSCHER BUNDESTAG, Ausarbeitung, Das Europäische Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit, Berlin 2012.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR ASYLUM, Providing Temporary Protection to Displaced Persons from Ukraine, A Year in Review, Luxemburg 2023.

FREIPLATZAKTION ZÜRICH, Leitfaden Vorübergehende Aufenthalte – Status S und Status F, Zürich 2022.

GENERALSEKRETARIAT EJPD, Evaluationsgruppe Status S, Zwischenbericht vom 30. November 2022, www.admin.ch (Startseite/Dokumentation/Medienmitteilungen/ Ukraine: Evaluationsgruppe zum Schutzstatus S nimmt eine erste Beurteilung vor), zuletzt besucht am: 17. Mai 2023.

GRASDORF-MEYER TOBIAS/OTT LISA/VETTERLI LUZIA, Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht, St.Gallen/Basel/Luzern 2021.

HEMMI LÉA/HEFTI ANGELA, Le statut de protection S en Suisse des personnes fuyant la guerre en Ukraine, *Anwaltsrevue* 4 (2022) S. 155 ff.

HRUSCHKA CONSTANTIN, Kommentar zu Art. 4, 6, 29, 66, 69, 70 AsylG, in: Spescha Marc/Zünd Andreas/Bolzli Peter/ Hruschka Constantin/de Weck Fanny (Hrsg.), Kommentar Migrationsrecht, Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Bürgerrechtsgesetz (BüG) sowie Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen, 5. Aufl., Zürich 2019.

KÄLIN WALTER/SCHREPFER NINA, Vorübergehender Schutz in der Schweiz und der Europäischen Union, in: The UN Refugee Agency (Hrsg.), Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht, Eine Vergleichsstudie, Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés, Une étude comparative, Bern 2009, S. 439 ff.

KNEER ANNE/SONDEREGGER LINUS, Glaubhaftigkeitsprüfung im Asylverfahren - Ein Überblick über die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -praxis 2 (2015) S. 3 ff.

NUFER SERAINA/ROMER ADRIANA, Der Schutzstatus S für Geflüchtete aus der Ukraine, Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -praxis 2 (2022) S. 14 ff.

SCHÄDLER SIMON, Die Mitwirkungspflicht im Asylverfahren AJP 6 (2021) S. 788 ff.

SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE, Konsultation zur Anwendung des Schutzstatus S (Ukraine): Stellungnahme der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH, www.fluechtlingshilfe.ch (Startseite/Publicationen/Positionspapiere), zuletzt besucht am: 20. Mai 2023.

SOMMER ANDREA, Zugang zum Schutzstatus S in der Schweiz, in: Jusletter vom 17. April 2023, www.weblaw.ch (Jusletter/Chronologie/17. April 2023), zuletzt besucht am: 17. Mai 2023.

STAATSEKRETARIAT FÜR MIGRATION, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel E3, Die Wegweisung, der Vollzug der Wegweisung und die Anordnung der vorläufigen Aufnahme, www.sem.admin.ch (Startseite/Asyl/Schutz vor Verfolgung/Das Asylverfahren/Nationale Asylverfahren/Handbuch Asyl und Rückkehr), zuletzt besucht am 17. Mai 2023 (zit. Handbuch E3).

STAATSSEKRETARIAT FÜR MIGRATION, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C10, Die Schutzbedürftigkeit und Gewährung vorübergehenden Schutzes, www.sem.admin.ch (Startseite/Asyl/Schutz vor Verfolgung/Das Asylverfahren/Nationale Asylverfahren/Handbuch Asyl und Rückkehr), zuletzt besucht am: 17. Mai 2023 (zit. Handbuch C10).

STAATSSEKRETARIAT FÜR MIGRATION, Medienmitteilung vom 2. Juni 2022, Ukraine: Schutzstatus S kann bei ausgedehnten Heimatreisen widerrufen werden, www.sem.admin.ch (Startseite/Das SEM/Medien/Medienmitteilungen), zuletzt besucht am: 17. Mai 2023 (zit. Medienmitteilung vom 2. Juni 2022).

STAATSSEKRETARIAT FÜR MIGRATION, Medienmitteilung vom 9. November 2022, Schutzstatus S wird nicht aufgehoben, www.sem.admin.ch (Startseite/Das SEM/Medien/Medienmitteilungen), zuletzt besucht am: 17. Mai 2023 (zit. Medienmitteilung vom 9. November 2022).

STAATSSEKRETARIAT FÜR MIGRATION, Medienmitteilung vom 13. Februar 2023, Asylstatistik 2022, www.sem.admin.ch (Startseite/Das SEM/Medien/Medienmitteilungen), zuletzt besucht am: 17. Mai 2023 (zit. Asylstatistik 2022).

STAATSSEKRETARIAT FÜR MIGRATION, Fragen und Antworten zur Ukraine-Krise, www.sem.admin.ch (Startseite/Das SEM/Aktuelle Themen), zuletzt besucht am: 17. Mai 2023 (zit. Fragen und Antworten zur Ukraine-Krise).

STAATSSEKRETARIAT FÜR MIGRATION, Gesuche um vorübergehenden Schutz und Schutzgewährungen, www.sem.admin.ch (Startseite/Asyl/Schutz vor Verfolgung/Informationen für Geflüchtete aus der Ukraine/Statistiken), zuletzt besucht am: 20. Mai 2023 (zit. Statistik Gesuche um Schutz).

UNESCO, Die Global Education Coalition der UNESCO reagiert auf den ukrainischen Hilferuf, www.unesco.org (Startseite/Unser Erfahrungsschatz/Ausbildung/Nachrichten und Geschichten/Alle UNESCO-Nachrichten zum Thema Bildung), zuletzt besucht am: 17. Mai 2023.

UNHCR BÜRO FÜR DIE SCHWEIZ UND LICHTENSTEIN, UNHCR-Empfehlungen zur Anwendung des Schutzstatus S für Flüchtlinge aus der Ukraine, www.unhcr.org (Startseite/Länderseiten/Schweiz/Services/Stellungnahmen und Studien), zuletzt besucht am: 17. Mai 2023 (zit. Empfehlungen).

UNHCR BÜRO FÜR DIE SCHWEIZ UND LICHTENSTEIN, Weiterbestand des Schutzstatus S: UNHCR begrüsst Entscheid des Bundesrates, www.unhcr.org (Startseite/Länderseiten/Schweiz/Aktuelles/Pressemitteilungen), zuletzt besucht am: 17. Mai 2023 (zit. Weiterbestand).

IV. Materialienverzeichnis

Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 1.

Frage 22.7973 von Friedli Esther, Wie viele Personen mit Schutzstatus S haben bei Ausbruch des Krieges nicht in der Ukraine gelebt? vom 6. Dezember 2022.

Interpellation 22.3494 von Fivaz Fabien, Schluss mit der Willkür. Schutzstatus S für alle Flüchtlinge aus der Ukraine vom 11. Mai 2022.

Zusatzbericht zum Sicherheitspolitischen Bericht 2021 über die Folgen des Krieges in der Ukraine, Bericht des Bundesrates vom 7. September 2022, BBl 2022 2357.

V. *Judikaturverzeichnis*

Urteil des BVGer E-2031/2022 vom 6. Mai 2022.

Urteil des BVGer D-2161/2022 vom 25. Mai 2022.

Urteil des BVGer D-2283/2022 vom 30. Mai 2022.

Urteil des BVGer E-2140/2022 vom 15. Juni 2022.

Urteil des BVGer E-2680/2022 vom 6. Juli 2022.

Urteil des BVGer E-2877/2022 vom 6. Juli 2022.

Urteil des BVGer D-2834/2022 vom 13. Juli 2022.

Urteil des BVGer E-2614/2022 vom 19. Juli 2022.

Urteil des BVGer E-3142/2022 vom 26. Juli 2022.

Urteil des BVGer E-3071/2022 vom 28. Juli 2022.

Urteil des BVGer D-2722/2022 vom 10. August 2022.

Urteil des BVGer E-5479/2020 vom 10. August 2022.

Urteil des BVGer E-5481/2020 vom 10. August 2022.

Urteil des BVGer D-3189/2022 vom 10. August 2022.

Urteil des BVGer E-3023/2022 vom 16. August 2022.

Urteil des BVGer E-3479/2022 vom 17. August 2022.

Urteil des BVGer E-2810/2022 vom 17. August 2022.

Urteil des BVGer D-3162/2022 vom 17. August 2022.

Urteil des BVGer D-3136/2022 vom 22. August 2022.

Urteil des BVGer D-2419/2022 vom 26. August 2022.

Urteil des BVGer E-3244/2022 vom 29. August 2022.

Urteil des BVGer E-2812/2022 vom 31. August 2022.

Urteil des BVGer D-2850/2022 vom 12. September 2022.

Urteil des BVGer E-2797/2022 vom 14. September 2022.

Urteil des BVGer D-3944/2022 vom 19. September 2022.

Urteil des BVGer E-3764/2022 vom 20. September 2022.

Urteil des BVGer E-4067/2022 vom 28. September 2022.

Urteil des BVGer E-3669/2022 vom 4. Oktober 2022.

Urteil des BVGer E-3968/2022 vom 11. Oktober 2022.

Urteil des BVGer D-4049/2022 vom 12. Oktober 2022.

Urteil des BVGer D-3363/2022 vom 21. Oktober 2022.

Urteil des BVGer E-4460/2022 vom 25. Oktober 2022.

Urteil des BVGer D-4324/2022 vom 27. Oktober 2022.

Urteil des BVGer E-4145/2022 vom 3. November 2022.

Urteil des BVGer E-4152/2022 vom 8. November 2022.

Urteil des BVGer D-5003/2022 vom 24. November 2022.

Urteil des BVGer E-5383/2022 vom 1. Dezember 2022.

Urteil des BVGer E-3638/2022 vom 5. Dezember 2022.

Urteil des BVGer D-4788/2022 vom 5. Dezember 2022.

Urteil des BVGer D-5182/2022 vom 7. Dezember 2022.

Urteil des BVGer E-5041/2022 vom 8. Dezember 2022.

Urteil des BVGer E-4768/2022 vom 20. Dezember 2022.

Urteil des BVGer D-4118/2022 vom 21. Dezember 2022.

Urteil des BVGer D-2938/2022 vom 21. Dezember 2022.

Urteil des BVGer E-5403/2022 vom 22. Dezember 2022.

Urteil des BVGer D-5867/2022 vom 23. Dezember 2022.

Urteil des BVGer D-60/2023 vom 12. Januar 2023.

Urteil des BVGer D-2114/2022 vom 12. Januar 2023.

Urteil des BVGer E-5968/2022 vom 17. Januar 2023.

Urteil des BVGer E-6003/2022 vom 19. Januar 2023.

Urteil des BVGer E-181/2023 vom 27. Januar 2023.

Urteil des BVGer D-5108/2022 vom 2. Februar 2023.

Urteil des BVGer E-5631/2022 vom 14. Februar 2023.

Urteil des BVGer E-6085/2022 vom 14. Februar 2023.

Urteil des BVGer D-345/2023 vom 16. Februar 2023.

Urteil des BVGer E-5631/2022 vom 22. Februar 2023.

Urteil des BVGer D-1147/2023 vom 6. März 2023.

Urteil des BVGer D-3584/2022 vom 9. März 2023.

Urteil des BVGer D-4579/2022 vom 23. März 2023.

Urteil des BVGer D-1440/2023 vom 29. März 2023.

Urteil des BVGer E-1406/2023 vom 30. März 2023.

VI. *Abkürzungsverzeichnis*

A/RES	Resolution der UN-Generalversammlung
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948; A/RES/217 A (III)
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005; SR 142.20
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Allgemeinverfügung	Allgemeinverfügung zur Gewährung des vorübergehenden Schutzes im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine vom 11. März 2022; BBI 2022 586
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998; SR 142.31
Aufl.	Auflage
BBI	Bundesblatt
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005; SR 173.110
Bst.	Buchstabe
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; SR 101
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
E.	Erwägung
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950; SR 0.101
EU	Europäische Union
EUAA	European Union Agency for Asylum (Asylagentur der Europäischen Union)
f.	folgende
ff.	fortfolgende

FK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951; SR 0.142.30
FoK	Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984; SR 0.105
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999; SR 0.142.112.681
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989; SR 0.107
Massenzustrom- Richtlinie	Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und über Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Belastung der Mitgliedstaaten bei der Aufnahme dieser Personen und der Bewältigung ihrer Folgen; L 212/12
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927; SR 321.0
Rückführungs- Richtlinie	Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger; L 348/98
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SEM	Staatssekretariat für Migration
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937; SR 311.0
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organisation der Vereinten Nationen für Erziehung, Wissenschaft und Kultur)

UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees (Hochkommissariat für Flüchtlinge der Vereinten Nationen)
USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005; SR 173.32
vgl.	vergleiche
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968; SR 172.021
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007; SR 142.20
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

1 Einleitung

Der Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine am 24. Februar 2022 hat grosse Auswirkungen auf die Migration¹ und löste die grösste Flüchtlingsbewegung seit dem Zweiten Weltkrieg aus. In Folge der Kriegshandlungen mussten Millionen von Menschen in ukrainische Nachbarstaaten, Mitteleuropa und auch in die Schweiz flüchten.² Um auf diese humanitäre Herausforderung reagieren zu können, hat der Bundesrat am 11. März 2022 in diesem Zusammenhang erstmals entschieden, den Schutzstatus S gemäss Art. 4 AsylG und Art. 66 ff. AsylG zu aktivieren. Schutzsuchende aus der Ukraine erhalten demnach in einem vereinfachten Verfahren vorübergehenden Schutz, ohne zuvor ein aufwändiges, individuelles Asylverfahren durchlaufen zu haben. Der Schutz wird einzig aufgrund der Zugehörigkeit zu einer vom Bundesrat bestimmten Gruppe gewährt. Damit wird das Asylsystem entlastet³ und Betroffenen Schutz vor Rückschiebung und Respekt der grundlegenden Menschenrechtsgarantien geboten.⁴ Dieses besondere Verfahren soll jedoch eng mit den gesetzlichen Bestimmungen für Asylsuchende und Flüchtlinge abgestimmt sein, um so eine übersichtliche Struktur zu erhalten und eine grösstmögliche Vereinfachung des Verfahrens zu erzielen.⁵

Das Instrument des vorübergehenden Schutzes wurde bereits Ende der 1990er Jahre infolge der gewalttätigen Auseinandersetzungen im ehemaligen Jugoslawien geschaffen, um in einer Situation der Massenzuflucht angemessen und schnell reagieren zu können. Den Schutzbedürftigen kann gemäss Art. 4 AsylG für die Dauer einer schweren allgemeinen Gefährdung, insbesondere während eines Krieges oder Bürgerkrieges sowie in Situationen allgemeiner Gewalt, schnell und unbürokratisch Schutz gewährt werden.⁶

In der vorliegenden Arbeit wird die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Anwendung und Umsetzung des Schutzstatus S analysiert und systematisiert. Das Bundesverwaltungsgericht musste sich vor allem mit der Frage auseinandersetzen, welchen Personen der vorübergehende Schutz zu gewähren ist. Insbesondere dieser Fragestellung

¹ BBl 2022 2357, 9 f.

² SEM, Asylstatistik 2022, S. 9.

³ BBl 2022 2357, 9 f.

⁴ KÄLIN/SCHREPFER, S. 443.

⁵ BBl 1996 II 1, 18; Urteil des BVGer D-3584/2022 vom 9. März 2023, E. 3.6.2.

⁶ SEM, Handbuch C10; NUFER/ROMER, S. 14.

widmet sich auch diese Arbeit und legt dabei ein besonderes Augenmerk auf die vom Bundesrat definierte Schutzgruppe. Zunächst werden die rechtlichen Grundlagen sowie das Verfahren zur Gewährung des Schutzstatus S erläutert, bevor auf die schutzberechtigte Personengruppe und die Folgen der Schutzverweigerung eingegangen wird. Am Ende der Arbeit werden die gewonnen Erkenntnisse eingeordnet und bewertet. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wurde bis Ende April 2023 berücksichtigt.

2 Rechtliche Grundlagen

Seit der Totalrevision des Asylgesetzes und dessen Inkrafttreten am 1. Oktober 1999 ist der vorübergehende Schutz in Art. 4 AsylG und 66 ff. AsylG verankert.⁷ Gemäss Art. 4 AsylG kann die Schweiz schutzbedürftigen Personen für die Dauer einer schweren allgemeinen Gefährdung, insbesondere während eines Krieges oder Bürgerkrieges sowie in Situationen allgemeiner Gewalt, vorübergehend Schutz gewähren. Der vorübergehende Schutz schafft somit «eine gesetzliche Regelung für die sogenannten Gewaltflüchtlinge».⁸ Vor der Totalrevision des Asylgesetz haben jene Personen keinen völkerrechtlichen Schutz vor der Rückschiebung genossen, welche weder die Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 AsylG erfüllten noch eine konkrete Gefahr einer Verletzung von Art. 3 EMRK vorlag.⁹ Es stand jedoch in der Regel schon zu Beginn fest, dass den Gewaltflüchtlingen kein Asyl gewährt wird, aber die Wegweisung dennoch nicht vollzogen werden kann.¹⁰

Nach Art. 66 Abs. 1 AsylG obliegt dem Bundesrat zu entscheiden, ob und nach welchen Kriterien Gruppen von Schutzbedürftigen nach Art. 4 AsylG vorübergehender Schutz gewährt wird. Dabei hat der Bundesrat weitgehend freies Ermessen,¹¹ soll jedoch vorab Vertreterinnen und Vertreter der Kantone, der Hilfswerke und allenfalls weiterer nicht-staatlicher Organisationen sowie das Hochkommissariat der Vereinten Nationen für die

⁷ FREIPLATZAKTION ZÜRICH, S. 5.

⁸ BBI 1996 II 1, 10.

⁹ HRUSCHKA, Kommentar Migrationsrecht, Rz. 2 zu Art. 4 AsylG.

¹⁰ BBI 1996 II 1, 14; Urteil des BVGer D-3584/2022 vom 9. März 2023, E. 3.7.3.

¹¹ HRUSCHKA, Kommentar Migrationsrecht, Rz. 2 zu Art. 66 Abs. 1 AsylG.

Flüchtlinge konsultieren.¹² Die Anwendung des Schutzstatus S ist somit von einer politischen Grundsatzentscheidung des Bundesrates abhängig.¹³

In der Allgemeinverfügung zur Gewährung des vorübergehenden Schutzes im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine vom 11. März 2022 hat der Bundesrat, gestützt auf Art. 66 Abs. 1 AsylG die schutzberechtigte Personengruppe festgelegt, auf welche im Kapitel 4 ausführlich eingegangen wird.

Der Schutzstatus S entspricht weitgehend dem durch die EU beschlossenen vorübergehenden Schutz für Personen aus der Ukraine gemäss der sogenannten Massenzustrom-Richtlinie, welche für alle EU-Mitgliedstaaten gilt, jedoch für die Schweiz nicht direkt anwendbar ist.¹⁴

3 Verfahren und Schutzgewährung

3.1 Gesuch um vorübergehenden Schutz

Das Verfahren um Gewährung des vorübergehenden Schutzes ist in Art. 68 ff. AsylG geregelt. Ein Gesuch um vorübergehenden Schutz kann im Inland, an der Grenze, im grenznahen Raum oder am Flughafen gestellt werden und bedarf keiner besonderen Form.¹⁵ Bei der Einreise in die Schweiz wird ein gültiges Reisedokument benötigt oder es ist ein anderer Nachweis für die ukrainische Staatsangehörigkeit oder der Herkunft aus der Ukraine zu erbringen. Seit 2017 sind ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger von der Visapflicht befreit und dürfen sich somit neunzig Tage ohne Bewilligung in der Schweiz aufhalten.¹⁶

Es kann sich bei einem Gesuch nach Art. 18 AsylG um ein Asylgesuch im engeren Sinne oder um das weniger umfassende Gesuch um die Gewährung des vorübergehenden Schutzes handeln.¹⁷ Das Einreichen der diesbezüglichen Formulare sowie die Teilnahme

¹² Art. 66 Abs. 2 AsylG.

¹³ HEMMI/HEFTI, S. 156.

¹⁴ SEM, Fragen und Antworten zur Ukraine-Krise; EUAA, S. 12; Bundesrat, Medienmitteilung vom 4. März 2022.

¹⁵ HRUSCHKA, Kommentar Migrationsrecht, Rz. 1 zu Art. 69 AsylG.

¹⁶ FREIPLATZAKTION ZÜRICH, S. 9.

¹⁷ Urteil des BVGer D-3584/2022 vom 9. März 2023, E. 3.7.1.

an der entsprechenden Befragung manifestiert, welchen Schutz eine Person nachsucht.¹⁸ Wird festgestellt, dass bei der gesuchstellenden Person offensichtlich eine Verfolgung i.S.v. Art. 3 AsylG vorliegt, wird ein Asylverfahren durchgeführt. Liegt hingegen keine offensichtliche asylrechtliche Gefährdung vor, so wird geprüft, ob die gesuchstellende Person die Voraussetzungen für die Erteilung des Schutzstatus S erfüllt.¹⁹ Für die weiteren Ausführungen dazu wird auf das Kapitel 5.2 verwiesen.

Nach der Einreichung des Gesuchs wird durch das SEM geprüft, ob die Person zu der schutzberechtigten Personengruppe gehört. Wie in Art. 69 Abs. 2 AsylG definiert, findet dafür eine Befragung i.S.v. Art. 26 AsylG in den Bundesasylzentren statt. Dabei handelt es sich lediglich um eine summarische Befragung zum Gesuchsgrund. Gemäss der aktuellen Praxis des SEM findet eine schriftliche Kurzbefragung im Bundesasylzentrum statt, bei welcher Personendaten und Fingerabdrücke erhoben werden. Zudem werden Fragen zu allfälligen medizinischen Problemen, zur Nationalität oder Aufenthaltsbewilligung in der Ukraine und zu Gründen der Ausreise sowie bezüglich möglicher Ausschlussgründe gestellt. In Einzelfällen kann eine mündliche Kurzbefragung folgen, um offene Fragen zu klären. Die Praxis hat gezeigt, dass vor allem bei nicht-ukrainischen Staatsangehörigen weitere Information benötigt werden, um über das Gesuch entscheiden zu können. Wenn sich jedoch bereits aus der schriftlichen Kurzbefragung ergibt, dass die Voraussetzungen der Schutzgewährung erfüllt sind, wird der Schutzstatus S ohne eine mündliche Anhörung gewährt.²⁰ Die Gewährung des vorübergehenden Schutzes ist gemäss Art. 69 Abs. 2 AsylG nicht anfechtbar, es sei denn, es liegt eine Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Familie vor.²¹ Damit soll verhindert werden, dass Familien bei internationalen Aufnahmeaktionen getrennt und in verschiedenen Ländern untergebracht werden.²²

¹⁸ Urteil des BVGer E-2877/2022 vom 6. Juli 2022, S. 6; SOMMER, S. 9.

¹⁹ FREIPLATZAKTION Zürich, S. 9.

²⁰ SOMMER, S. 11 f.; SEM, Fragen und Antworten zur Ukraine-Krise.

²¹ Art. 68 Abs. 2 AsylG

²² SEM, Handbuch C10, S. 5.

3.2 Rechtsvertretung im Verfahren

Die Befragungen, ob eine Person zur Gruppe der Schutzberechtigten gehört, werden im Beisein einer zugewiesenen Rechtsvertretung im Bundesasylzentrum durchgeführt. Gemäss Art. 69 AsylG i.V.m. Art. 72 AsylG kommen die Bestimmungen über den Rechtsschutz in den Zentren des Bundes gemäss Art. 102f ff. AsylG sinngemäss zur Anwendung. Bei dem Verfahren um die Gewährung des vorübergehenden Schutzes wird die gesuchstellende Person im Vergleich zum Asylverfahren weniger engmaschig von der zugewiesenen Rechtsvertretung begleitet. Dies ist der Situation geschuldet, dass sich die schutzsuchenden Personen nur für kurze Zeit oder gar nicht in den Bundesasylzentren aufhalten und somit nur in einem sehr eingeschränkten Masse in den Genuss des Rechtsschutzes kommen. Dass die Rolle der Rechtsvertretung im Verfahren zur Gewährung des vorübergehenden Schutzes im Vergleich zum Asylverfahren wenig umfassend ausgestaltet ist, ist gemäss dem Bundesverwaltungsgericht nicht zu beanstanden. Das Bundesverwaltungsgericht begründet dies damit, dass der überwiegende Teil der Verfahren um den Schutzstatus S unproblematische Fälle betrifft. Dieses pragmatische Vorgehen entspricht der Konzeption des Schutzstatus S, um schnell auf die Situation reagieren zu können, in der innerhalb kurzer Zeit viele Personen in die Schweiz kommen, welche offensichtlich Schutz benötigen. Indem den schutzberechtigten Personen zeitnah der Schutzstatus S gewährt wird, können aufwendige individuelle Asylverfahren vermieden werden. Eine umfassende Rechtsvertretung, wie es bei regulären Asylanträgen vorgesehen ist, erscheint daher nicht erforderlich.²³

Zudem hat die Partei auf jeder Verfahrensstufe gemäss Art. 11 Abs. 1 VwVG die Möglichkeit, sich vertreten zu lassen, sofern sie nicht persönlich zu handeln hat. Solange die Partei vertreten wird, macht die Behörde gemäss Art. 11 Abs. 3 VwVG die Mitteilungen an den Vertreter. Das Bundesverwaltungsgericht hält fest, dass gemäss Art. 12a Abs. 2 AsylG die Eröffnung von Verfügungen sowie die Zustellung von Mitteilungen in den Bundesasylzentren bei Asylsuchenden mit zugewiesener Rechtsvertretung an den mit der Rechtsvertretung beauftragten Leistungserbringer zu erfolgen hat, welcher der zugewiesenen Rechtsvertretung die Eröffnung oder Zustellung am gleichen Tag bekannt gibt. Bei Asylsuchenden ohne zugewiesene Rechtsvertretung erfolgen die Eröffnung und die Zustellung direkt an die asylsuchende Person. Allfälligen bevollmächtigten

²³ Urteil des BVerger D-3584/2022 vom 9. März 2023, E. 3.8.

Personen ist die Eröffnung bzw. Zustellung unverzüglich bekannt zu geben. Wenn die Verfügung trotz Rechtsvertreter direkt an den Beschwerdeführenden zugestellt wird, erweist sich die Eröffnung der Verfügung als rechtswidrig.²⁴

3.3 Verfahrensgrundsätze

Die Verfahren nach dem Asylgesetz richten sich nach dem VwVG und BGG, sofern dem Asylgesetz keine abweichenden Regelungen zu entnehmen sind.²⁵ Entsprechend gilt die Untersuchungsmaxime, wonach die Behörden von Amtes wegen den Sachverhalt korrekt und umfassend feststellen,²⁶ die notwendigen Unterlagen beschaffen, rechtlich relevante Umstände abklären und darüber Beweis führen. Die Grenze des Untersuchungsgrundsatzes findet sich in der Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Person.²⁷

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 ff. VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör, wonach ihr Vorbringen tatsächlich angehört und geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden muss.²⁸ Daraus leitet sich auch die in Art. 35 Abs. 1 VwVG festgelegte Pflicht der Behörden ab, ihren Entscheid zu begründen.²⁹ Ein weiterer Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör stellt die Aktenführungspflicht dar, welche aus einer geordneten Ablage, der Paginierung und der Registrierung der vollständigen Akten im Aktenverzeichnis sowie dem Akteneinsichtsrecht besteht.³⁰

Bezüglich der Verfahrenssprache gilt festzuhalten, dass Verfügungen gemäss Art. 16 Abs. 2 AsylG grundsätzlich in der Sprache zu erlassen sind, die am Wohnsitz der gesuchstellenden Person Amtssprache ist. Ausnahmsweise kann die Verfügung in einer anderen Amtssprache erlassen werden, wenn gleichzeitig eine geeignete Korrektivmassnahme getroffen wird, die das Recht auf eine wirksame Beschwerde und einen fairen Prozess i.S.v. Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 13 EMRK gewährleistet.³¹ Zudem müssen die

²⁴ Urteil des BVGer D-4324/2022 vom 27. Oktober 2022, E. 8.1 f.

²⁵ Art. 6 AsylG

²⁶ HRUSCHKA, Kommentar Migrationsrecht, Rz. 1 zu Art. 6 AsylG; SCHÄDLER, S. 788.

²⁷ Urteil des BVGer E-5631/2022 vom 14. Februar 2023, E. 5.1.

²⁸ Urteil des BVGer D-2722/2022 vom 10. August 2022, S. 6.

²⁹ Urteil des BVGer D-3189/2022 vom 10. August 2022, S. 6.

³⁰ Urteil des BVGer E-5631/2022 vom 14. Februar 2023, E. 5.1.

³¹ Urteil des BVGer D-4579/2022 vom 23. März 2023, E. 4.3.3.1 f.

Anhörungen durch das SEM in der jeweiligen Muttersprache bzw. in einer für die schutzsuchende Person geläufigen Sprache unter Beizug von Dolmetschenden erfolgen. Dabei ist auf die analoge Anwendung von Art. 29 Abs. 1^{bis} AsylG abzustützen,³² welche das Recht auf eine Anhörung in einer der asylsuchenden Person geläufigen Sprache sichert.³³

Die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat gezeigt, dass in zahlreichen Fällen gerügt wird, das SEM habe den Sachverhalt nur mangelhaft abgeklärt, sei seiner Begründungspflicht nicht gehörig nachgekommen oder habe das rechtliche Gehör verletzt.³⁴ Dies war beispielsweise bei einem sudanesischen Staatsbürger der Fall, bei welchem in der Verfügung betreffend der Verweigerung des vorübergehenden Schutzes nicht auf die derzeitige Situation im Sudan, dem Heimatstaat des Beschwerdeführers, eingegangen wurde, obwohl von einer wesentlichen Veränderung der politischen und menschenrechtlichen Lage auszugehen war. Nach Angaben des Beschwerdeführers sei es seit dem Militärputsch im Sudan fast täglich zu Massendemonstration gekommen, welche gewalttätig unterdrückt wurden. Zudem drohe der Bevölkerung laut den Vereinten Nationen Hungersnot. So wurde während der Kurzbefragung «weder die ethnische, religiöse und sprachliche Zugehörigkeit des Beschwerdeführers im Sudan, noch seinen letzten heimatstaatlichen Aufenthaltsort, noch die konkreten Lebensumstände seiner im Sudan wohnhaften Familienangehörigen (Mutter, Geschwister, allfällige weitere Angehörige), noch irgendwelche sonstige im Zusammenhang mit der Durchführbarkeit des Vollzugs der Wegweisung möglicherweise relevante Gesichtspunkte erhoben.»³⁵

Eine unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung bildet einen Beschwerdeggrund und es obliegt folglich dem Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 49 Bst. b VwVG bzw. Art. 106 Abs. 1 Bst. b AsylG, eine umfassende Sachverhaltskontrolle durchzuführen.³⁶ Stellt das Bundesverwaltungsgericht verfahrensrechtliche Mängel fest, kann dies die Kassation der angefochtenen Verfügung zur Folge haben und die Sache ist zur Neuurteilung an das SEM zurückzuweisen. Dies ist insbesondere dann angezeigt, wenn weitere Tatsachen festgestellt werden müssen und ein Beweisverfahren

³² Urteil des BVGer D-3189/2022 vom 10. August 2022, S. 5 ff.

³³ HRUSCHKA, Kommentar Migrationsrecht, Rz. 3 zu Art. 29 AsylG.

³⁴ vgl. bspw. Urteil des BVGer E-4460/2022 vom 25. Oktober 2022, E. 7; Urteil des BVGer D-1147/2023 vom 6. März 2023, S. 6.

³⁵ Urteil des BVGer D-3189/2022 vom 10. August 2022, S. 5; FREIPLATZAKTION ZÜRICH, S. 12 f.

³⁶ Urteil des BVGer E-5631/2022 vom 14. Februar 2023, E. 5.1.

durchzuführen ist.³⁷ Eine Heilung der Verfahrensmängel auf Beschwerdeebene ist gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Praxis nur unter restriktiven Voraussetzungen möglich.³⁸

In diesem Zusammenhang gilt es kritisch zu hinterfragen, inwiefern die summarische Befragung nach Art. 26 AsylG den Anforderungen der Abklärungstiefe gerecht wird. Besonders die Frage, ob die Rückkehr nicht-ukrainischer Staatsangehöriger in das Heimatland in Sicherheit und dauerhaft möglich ist, bringt einen erhöhten Abklärungsbedarf mit sich. Dies führt zu einem Spannungsverhältnis mit dem eigentlichen Sinn und Zweck der Konstruktion des vorübergehenden Schutzes, welcher möglichst schnell und unbürokratisch einer Gruppe von Schutzsuchenden nach objektivierbaren Kriterien Schutz gewähren soll.³⁹

4 Schutzberechtigte Personen gemäss der Allgemeinverfügung vom 11. März 2022

Wie in Kapitel 2 erwähnt, kann der Bundesrat entscheiden, ob und nach welchen Kriterien einer Gruppe von Schutzbedürftigen vorübergehender Schutz gewährt wird. Im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine hat der Bundesrat in der Allgemeinverfügung vom 11. März 2022 den schutzberechtigten Personenkreis wie nachfolgend definiert:

- a) Schutzsuchende ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger und ihre Familienangehörige (Partnerinnen und Partner, minderjährige Kinder und andere enge Verwandte, welche zum Zeitpunkt der Flucht ganz oder teilweise unterstützt wurden), welche vor dem 24. Februar 2022 in der Ukraine wohnhaft waren;*

- b) Schutzsuchende Personen anderer Nationalität und Staatenlose sowie ihre Familienangehörige gemäss Definition in Buchstabe a, welche vor dem 24. Februar 2022 einen internationalen oder nationalen Schutzstatus in der Ukraine hatten;*

- c) Schutzsuchende anderer Nationalität und Staatenlose sowie ihre Familienangehörige gemäss Definition in Buchstabe a, welche mit einer gültigen Kurzaufenthalts- oder*

³⁷ Urteil des BVerG D-3363/2022 vom 21. Oktober 2022, E. 6 ff.

³⁸ Urteil des BVerG E-5631/2022 vom 14. Februar 2023, E. 5.3.

³⁹ SOMMER, S. 24.

Aufenthaltsbewilligung belegen können, dass sie über eine gültige Aufenthaltsberechtigung in der Ukraine verfügen und nicht in Sicherheit und dauerhaft in ihre Heimatländer zurückkehren können.

In den diesem Kapitel wird mit Blick auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufgezeigt, wie die Allgemeinverfügung bezüglich der Schutzgewährung auszulegen ist und welche Schwierigkeiten sich dabei bisher ergeben haben. Auf die in Ziff. I Bst. b der Allgemeinverfügung definierten Personengruppe wird nicht weiter eingegangen, da sich aus der bisherigen bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung keine relevanten Fragen ergeben haben. Ungeachtet dessen erscheint es fraglich, ob in diesem Zusammenhang die in der Ukraine anerkannten Flüchtlinge nicht eher unter den Flüchtlingsbegriff gemäss Art. 3 AsylG fallen müssten. Dies hätte zur Folge, dass gemäss Art. 69 Abs. 2 AsylG direkt ein Asylverfahren durchzuführen wäre. Es gilt allerdings zu beachten, dass Asylverfahren nach Massgabe des jeweiligen nationalen Rechts durchgeführt werden, was zu verschiedenen Verfahrensausgängen führen kann.⁴⁰

4.1 Auslegung Familienangehörige im Sinne der Allgemeinverfügung

Der Allgemeinverfügung lässt sich entnehmen, dass neben den Schutzsuchenden auch deren Familienangehörigen der vorübergehende Schutz zu gewähren ist. Als Familienangehörige werden namentlich Partnerinnen und Partner, minderjährige Kinder und andere enge Verwandte, welche zum Zeitpunkt der Flucht ganz oder teilweise unterstützt wurden, genannt. Dabei wird dem Umstand Rechnung getragen, dass in der Regel die gesamte Familie von den gewaltsamen Ereignissen betroffen ist. Es ist somit aus humanitären Überlegungen angebracht, der ganzen Familie vorübergehenden Schutz zu gewähren.⁴¹

Dem Wortlaut nach wurde die Allgemeinverfügung dem Art. 71 Abs. 1 AsylG nachgebildet, in welchem festgelegt wird, dass Ehegatten von Schutzbedürftigen und ihren minderjährigen Kindern vorübergehender Schutz gewährt wird, wenn sie gemeinsam um Schutz in der Schweiz nachsuchen, sofern keine Ausschlussgründe nach Art. 73 AsylG vorliegen.⁴² Zudem ist der vorübergehende Schutz zu gewähren, falls die Familie durch

⁴⁰ SOMMER, S. 13.

⁴¹ SOMMER, S. 14; BBI 1996 II 1, 81 f.

⁴² Art. 71 Abs. 1 Bst. a AsylG

Ereignisse nach Art. 4 AsylG getrennt wurde, in den vorliegenden Fällen durch den Krieg in der Ukraine,⁴³ sich in der Schweiz vereinigen will und keine besonderen Umstände dagegen sprechen.⁴⁴ Indem neben den Ehegatten und den minderjährigen Kindern auch Partnerinnen und Partner sowie andere enge Verwandte, die zum Zeitpunkt der Flucht unterstützt wurden, als Familienangehörige gemäss der Allgemeinverfügung gelten, wurde die schutzberechtigte Personengruppe über die gesetzlichen Bestimmungen hinaus ausgeweitet.⁴⁵

Aus der Allgemeinverfügung geht jedoch nicht hervor, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, dass eine Partnerschaft vorliegt oder wie das Kriterium der Unterstützung verstanden werden muss. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, konnte die Rechtsprechung diesbezüglich Klarheit schaffen.

4.1.1 Partnerschaft

Bei der Beziehung im Sinne der Allgemeinverfügung muss es sich um eine ernste und auf Dauer ausgelegte Partnerschaft handeln. Kriterien dafür sind beispielsweise eine wirtschaftliche Verflechtung, gegenseitige Übernahme von Verantwortung sowie Bindung durch gemeinsame Interessen. Diese Schwelle der Partnerschaft i.S.v. Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung ist gemäss dem Bundesverwaltungsgericht nicht erreicht, wenn diese erst seit einem Jahr besteht und nicht gemeinsam gewohnt wurde.⁴⁶ Mit Verweis auf die ausländerrechtliche Gesetzgebung der Anforderung an eine Partnerschaft schliesst ein fehlendes Zusammenwohnen die Annahme einer intakten Familiengemeinschaft zwar nicht per se aus, es wird jedoch gemäss Art. 49 AIG vorausgesetzt, dass wichtige Gründe für die getrennten Wohnorte geltend gemacht werden und die Familiengemeinschaft weiter besteht. Es obliegt den schutzsuchenden Personen somit glaubhaft zu machen, dass die familiäre Gemeinschaft trotz räumlicher Trennung aufrechterhalten wird.⁴⁷

Zusätzlich muss die Beziehung als eheähnlich gelten, wovon praxisgemäss nur dann auszugehen ist, wenn die Beziehung der Art und Stabilität nach einer Ehe gleichkommt. Für die Bewertung, ob eine stabile und gefestigte Beziehung besteht, stellt insbesondere das

⁴³ Urteil des BVGer D-4324/2022 vom 27. Oktober 2022, E. 5.1.

⁴⁴ Art. 71 Abs. 1 Bst. b AsylG

⁴⁵ SOMMER, S. 14.

⁴⁶ Urteil des BVGer D-3136/2022 vom 22. August 2022, E. 6.2.

⁴⁷ Urteil des BVGer E-4152/2022 vom 8. November 2022, S. 6.

Zusammenleben ein objektives Kriterium dar. Andere wesentliche Indizien sind die Natur und Länge der Beziehung sowie gegenseitiges Interesse und Bindung, etwa durch Kinder oder wechselseitige Verantwortung.⁴⁸ Das Bundesverwaltungsgericht verneint die eheähnliche Beziehung, wenn die Beziehung noch nicht lange besteht, keine konkreten Heiratspläne bestehen oder weder der eine Partner noch der andere Angaben zu der jeweils anderen Familie machen kann.⁴⁹ In einem weiteren Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht die eheähnliche Beziehung verneint, obwohl diese Beziehung zwar seit fünf Jahren bestand, die Partner jedoch nie zusammengelebt haben, da ihre Religion ein voreheliches Zusammenleben verbietet.⁵⁰

Eine eheähnliche Beziehung darf ferner die Strafbestimmung für das Führen mehrerer gleichzeitiger Ehen⁵¹ nicht umgehen. Wenn also eine Person einen Antrag auf vorübergehenden Schutz stellt, jedoch in einer noch bestehenden Ehe ist und gleichzeitig eine Beziehung mit einer bzw. einem ukrainischen Staatsangehörigen geltend machen möchte, muss das SEM prüfen, ob es sich hierbei nicht um zwei gleichwertige Beziehungen handeln könnte. Gemäss der bundesverwaltungsrechtlichen Rechtsprechung ist für ein Konkubinat bzw. eine eheähnliche Beziehung definitionsgemäss Ausschliesslichkeit erforderlich. Zudem hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass das Führen mehrerer Beziehungen asylrechtlich nicht geschützt wird und somit von der zweiten Beziehung keine Rechte abgeleitet werden können.⁵²

4.1.2 Unterstützung

Bezüglich der Voraussetzung der finanziellen Unterstützung hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass es sich gemäss dem unzweideutigen Wortlaut der Allgemeinverfügung um Unterstützung ad personam handeln muss. Ausgeschlossen davon ist eine Unterstützung an Unternehmen, an der die schutzsuchende Person beteiligt ist, da die Allgemeinverfügung nicht auf betriebliche Wirtschaftshilfe, sondern auf schutzbedürftige Personen ausgerichtet ist.⁵³

⁴⁸ Urteil des BVGer D-345/2023 vom 16. Februar 2023, E. 6.1.

⁴⁹ Urteil des BVGer D-4788/2022 vom 5. Dezember 2022, S. 6.

⁵⁰ Urteil des BVGer D-345/2023 vom 16. Februar 2023, E. 6.1.

⁵¹ Art. 215 StGB

⁵² Urteil des BVGer E-5041/2022 vom 8. Dezember 2022, E. 5.1 und E. 6.3.3.

⁵³ Urteil des BVGer E-5403/2022 vom 22. Dezember 2022, E. 6.1.

4.1.3 EU-konforme Auslegung

Inwieweit sich das Bundesverwaltungsgericht bei der Auslegung der Definition der schutzberechtigten Personengruppe an den Regelungen der EU orientiert, erschliesst sich aus der Rechtsprechung nicht schlüssig. Wird in einem Entscheid festgehalten, dass sich die Schweiz bei der Definition der schutzberechtigten Personengruppe an der EU orientiert und sich bei der Schutzgewährung mit den in der EU geltenden Regelungen auseinandersetzen muss,⁵⁴ wird hingegen in einem anderen Entscheid vorab klar festgehalten, dass die Schweiz nicht EU-Recht untersteht und eine analoge Anwendung auf die EU-Regelung fehlgeht.⁵⁵

4.2 Ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger

Ukrainischen Staatsbürgerinnen und -bürgern sowie ihren Familienangehörigen wird gemäss Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung vorübergehender Schutz gewährt, sofern sie vor dem Kriegsausbruch am 24. Februar 2022 in der Ukraine wohnhaft waren. Ziff. I Bst. b und c der Allgemeinverfügung sind für ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger nicht anwendbar, handelt es sich dabei doch um Anwendungsfälle für schutzsuchende Personen anderer Nationalitäten oder Staatenlose.

Gemäss der Allgemeinverfügung ist das Kriterium des Wohnsitzes am 24. Februar 2022 von besonderer Relevanz. Es obliegt folglich dem SEM zu prüfen, wo der rechtmässige Wohnsitz der schutzsuchenden Person zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs war. Dies wird im Rahmen einer schriftlichen und gegebenenfalls mündlichen Befragung sowie gestützt auf die eingereichten Beweismittel ermittelt, wobei das SEM auf die Mitwirkung der gesuchstellenden Person angewiesen ist.⁵⁶ Stellt das SEM nachträglich fest, dass sich der Lebensmittelpunkt einer Person am 24. Februar 2022 ausserhalb der Ukraine befunden hat, prüft es den Widerruf des Schutzstatus.⁵⁷

Das Bundesverwaltungsgericht musste sich in seinem Entscheid vom 31. August 2022 mit der Frage auseinandersetzen, ob einer ukrainischen Staatsangehörigen der vorübergehende Schutz zu gewähren ist, obwohl sie am 24. Februar 2022 ihren Wohnsitz in

⁵⁴ Urteil des BVGer D-3363/2022 vom 21. Oktober 2022, E. 5.2.

⁵⁵ Urteil des BVGer E-5403/2022 vom 22. Dezember 2022, E. 6.1.

⁵⁶ vgl. Kapitel 3.1.

⁵⁷ vgl. Kapitel 8.2; Antwort des Bundesrates vom 12. Dezember 2022 zu Friedli, Frage.

Russland hatte, jedoch beabsichtigte im Frühling 2022 wieder in die Ukraine zurückzukehren. Das Bundesverwaltungsgericht hält fest, dass mit der expliziten Nennung des Stichdatums in Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung, dem 24. Februar 2022, an ein objektives Kriterium angeknüpft wird. Es entspricht dem Willen des Bundesrates, ukrainische Staatsangehörige, welche sich zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs nicht in der Ukraine aufhielten, vom Anwendungsbereich des vorübergehenden Schutzes auszuschliessen. Die Beschwerdeführerin fiel somit nicht unter den Anwendungsbereich von Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung, zumal auch keine objektiven Gründe geltend gemacht wurden, weshalb sie sich nicht in Russland aufhalten kann.⁵⁸ Mit Verweis auf das genannte Urteil bestätigt das Bundesverwaltungsgericht seine Rechtsprechung im Entscheid vom 9. März 2023.⁵⁹

Gemäss dem Bundesrat kann in Einzelfällen der Lebensmittelpunkt in der Ukraine bejaht werden, obwohl die ukrainische Staatsbürgerin oder der ukrainische Staatsbürger zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs im Ausland gewohnt hat. Dies kann beispielsweise der Fall sein bei Internatsschülerinnen und -schüler, deren Kernfamilie in der Ukraine lebt.⁶⁰

Aufgrund der konstanten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann festgehalten werden, dass für die Gewährung des vorübergehenden Schutzes nicht die ukrainische Staatsbürgerschaft massgebend ist, sondern vielmehr wo die schutzsuchende Person zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs am 24. Februar 2022 ihren Lebensmittelpunkt hatte.⁶¹

4.3 Binationale Familienkonstellationen

Im Rahmen der Anwendungspraxis zum Schutzstatus S haben sich einige wichtige Fragen bezüglich binationaler Familienkonstellationen ergeben. Das Bundesverwaltungsgericht musste sich bereits mehrfach mit der Frage befassen, ob ukrainische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen, welche nicht-ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger sind, unter die Personenkategorie von Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung fallen. Das nachfolgende Kapitel ist dieser Fragestellung gewidmet.

⁵⁸ Urteil des BVGer E-2812/2022 vom 31. August 2022, S. 6.

⁵⁹ Urteil des BVGer D-3584/2022 vom 9. März 2023, E. 6.2.

⁶⁰ Antwort des Bundesrates vom 12. Dezember 2022 zu Friedli, Frage.

⁶¹ FREIPLATZAKTION ZÜRICH, S. 8.

Vorweg gilt es klarzustellen, dass die Anwendung von Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung für nicht-ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger voraussetzt, dass das Familienmitglied mit ukrainischer Staatsangehörigkeit ein Gesuch um Gewährung vorübergehenden Schutzes gestellt hat. Sonst fällt die Anwendung ausser Betracht,⁶² womit auch Art. 71 Abs. 1 AsylG nicht anwendbar ist.⁶³ Daran ändert sich auch nichts, wenn der Beschwerdeführer eine baldige Einreise seiner Partnerin bzw. seines Partners in Aussicht stellt. Zudem lehnte das Bundesverwaltungsgericht den Antrag ab, das Verfahren bis zu der Einreichung des Gesuchs der Partnerin bzw. des Partners zu sistieren.⁶⁴

4.3.1 Ukrainische Kinder mit nicht-ukrainischen Eltern

Das in der Ukraine geltende Ius-soli-Prinzip führt dazu, dass Kinder, die in der Ukraine geboren wurden, Anspruch auf die ukrainische Staatsbürgerschaft haben.⁶⁵ Dies kann zur Folge haben, dass binationale Familienkonstellationen entstehen, die sich in den meisten Fällen dadurch auszeichnen, dass die Kinder eine ukrainische, deren Eltern aber teilweise eine andere, nicht-ukrainische Staatsbürgerschaft besitzen. Folglich musste sich das Bundesverwaltungsgericht bereits mehrfach mit der Frage auseinandersetzen, ob der ganzen Familie gemäss Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung der vorübergehende Schutz zu gewähren ist, wenn jedoch nur die Kinder ukrainische Staatsbürger sind, nicht aber deren Eltern.

Das Bundesverwaltungsgericht hält fest, dass diese Auffassung offensichtlich unzutreffend ist. Wenn es sich bei der bzw. dem schutzsuchenden ukrainischen Staatsangehörigen um eine minderjährige Person handelt und bei den Familienangehörigen um die Eltern, so ist diese Konstellation von Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung nicht erfasst. Aus dem Wortlaut der Allgemeinverfügung geht hervor, dass als Familienangehörige ausdrücklich nur Partnerinnen und Partner sowie minderjährige Kinder von ukrainischen Staatsbürgerinnen und -bürgern genannt werden. Dies geht ebenso aus der gesetzlichen Regelung gemäss Art. 71 Abs. 1 AsylG sowie Art. 51 Abs. 1 AsylG hervor. Aus der Allgemeinverfügung geht weiter hervor, dass «andere enge Verwandte, welche zum Zeitpunkt der Flucht ganz oder teilweise unterstützt wurden» ebenfalls schutzberechtigt sind.

⁶² vgl. bspw. Urteil des BVGer E-2797/2022 vom 14. September 2022, E. 6.2; Urteil des BVGer E-2614/2022 vom 19. Juli 2022, E. 7.1.

⁶³ Urteil des BVGer E-2810/2022 vom 17. August 2022, S. 6.

⁶⁴ Urteil des BVGer E-4067/2022 vom 28. September 2022, E. 10.

⁶⁵ Deutscher Bundestag, S. 14 f.; Urteil des BVGer D-3363/2022 vom 21. Oktober 2022, E. 4.2.

Die nicht-ukrainischen Eltern der ukrainischen Kinder sind jedoch weder Partnerin bzw. Partner noch werden sie von ihren Kindern unterstützt. Die Unterstützung erfolgt vielmehr in umgekehrter Richtung. Die Familie fällt ungeachtet der ukrainischen Staatsbürgerschaft des Kindes nicht unter den Personenkreis von Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung des Bundesrates.⁶⁶ Kurz und prägnant hielt das Bundesverwaltungsgericht in einem weiteren Entscheid fest, dass «nicht über die ukrainische Staatsangehörigkeit verfügende Eltern von minderjährigen ukrainischen Kindern nicht unter die Personengruppe von Buchstabe a der bundesrätlichen Allgemeinverfügung fallen».⁶⁷ Subsidiär muss geprüft werden, ob die Familie unter Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung fällt oder in Sicherheit und dauerhaft in ein Heimatland der Eltern zurückkehren kann.⁶⁸ Diesbezüglich wird auf die Ausführungen im Kapitel 4.6 der verwiesen.

Entgegen dieser Ansicht ging das Bundesverwaltungsgericht in einem anderen Fall davon aus, dass das vorrangige Abstellen auf die nicht-ukrainische Staatsbürgerschaft der Eltern nichts am grundsätzlichen Anspruch auf Gewährung des vorübergehenden Schutzes der Kinder mit ukrainischer Staatsangehörigkeit zu ändern vermag. Weiter führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass sich die Schweiz bei der Definition der schutzberechtigten Personengruppen an der EU orientiere, wie die schweizerische Justizministerin dies bei der Pressekonferenz vom 11. März 2022 angekündigt und es im Faktenblatt des SEM zum Schutzstatus S Niederschlag gefunden hat. Indem das SEM nicht begründet hat, inwiefern die Familie nicht unter die definierte Personenkategorien fällt und weshalb es sich nicht mit den in der EU geltenden Regelungen auseinandergesetzt hat, wurde die Begründungspflicht verletzt. Folglich wurde die Sache zur Neuurteilung an das SEM zurückgewiesen.⁶⁹ Wie in Kapitel 4.1.3 ausgeführt, ist die Haltung des Bundesverwaltungsgerichts bezüglich der Auslegung der Allgemeinverfügung und der Orientierung an der EU nicht stringent.

⁶⁶ Urteil des BVGer D-4049/2022 vom 12. Oktober 2022, E. 7.1; SOMMER, S. 14.

⁶⁷ Urteil des BVGer E-5041/2022 vom 8. Dezember 2022, E. 6.3.5.

⁶⁸ Urteil des BVGer D-4049/2022 vom 12. Oktober 2022, E. 7.2.

⁶⁹ Urteil des BVGer D-3363/2022 vom 21. Oktober 2022, E. 5 ff.

4.3.2 Weitere Konstellation

Zu dem Schluss, dass das vorrangige Abstellen auf die nicht-ukrainische Staatsangehörigkeit eines Familienmitgliedes nichts am grundsätzlichen Anspruch der restlichen ukrainischen Familienmitglieder zu ändern vermag, geht aus weiteren Entscheiden hervor. Beispielsweise ersuchte eine ukrainische Staatsbürgerin mit ihrem Ehemann und dem gemeinsamen Sohn, beide lettische Staatsangehörige, um vorübergehenden Schutz in der Schweiz. Das Gesuch wurde vom SEM abgelehnt und der Vollzug der Wegweisung nach Lettland angeordnet. Dabei äusserte sich das SEM in seiner Verfügung nicht zu der Frage, weshalb die Beschwerdeführenden nicht unter die Personenkategorie von Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung fallen. Das Bundesverwaltungsgericht hält fest, dass das vorrangige Abstellen auf die lettische Staatsangehörigkeit des Ehemanns und des Sohnes grundsätzlich nichts am Anspruch der ukrainischen Staatsbürgerin auf Gewährung des vorübergehenden Schutzes zu ändern vermag. Soweit das SEM weiter ausführt, den Beschwerdeführenden könne zugemutet werden sich nach Lettland zu begeben, ist nicht ersichtlich, ob das SEM sich dabei auf das Vorliegen besonderer Umstände gemäss Art. 71 Abs. 1 Bst. b AsylG beruft oder ob es das SEM als rechtsmissbräuchlich erachtet, wenn die Familie vorübergehenden Schutz in der Schweiz beansprucht, obwohl diese eine mögliche Schutzalternative in Lettland hätte. Bezüglich Art. 71 Abs. 1 Bst. b AsylG hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass es dem gesetzgeberischen Willen entspricht, diese Bestimmung nur anzuwenden, wenn die Familie durch Ereignisse nach Art. 4 AsylG getrennt wurde, jedoch wird dem Bundesrat bei der Festlegung der Aufnahmekriterien weitgehend freies Ermessen eingeräumt. Weiter wurde vom Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass aus der Allgemeinverfügung gemäss Ziff. I Bst. a, im Vergleich zu Ziff. I Bst. c, keine Einschränkung für binationale Paare hervorgeht. Bei der Personenkategorie von Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung wird ausdrücklich die Einschränkung festgehalten, dass nicht-ukrainischen Staatsbürgerinnen und -bürgern oder Staatenlosen kein vorübergehender Schutz zu gewähren ist, sofern sie in Sicherheit und dauerhaft in ihre Heimatländer zurückkehren können. Da weiter vom SEM auch nicht ausgeführt wurde, ob ein Ausschlussgrund i.S.v. Art. 71 Abs. 1 Bst. a AsylG i.V.m. Art. 73 AsylG vorgelegen haben könnte, ist das SEM seiner Begründungspflicht nicht gehörig nachgekommen.⁷⁰ Die Sache wurde zur Neuurteilung an das SEM zurückgewiesen.⁷¹ Dabei wurde die entscheidende Frage, ob die gesamte Familie unter Ziff. I Bst. a der

⁷⁰ Urteil des BVGer D-2161/2022 vom 25. Mai 2022, E. 7.2.

⁷¹ Urteil des BVGer D-2161/2022 vom 25. Mai 2022, E. 7.3.

Allgemeinverfügung fällt, vom Bundesverwaltungsgericht offengelassen. Mit derselben Argumentation wurden weitere Beschwerden zur Neubeurteilung an das SEM zurückgewiesen.⁷² Letztlich gilt es anzumerken, dass jene Familien, welche einen Antrag um vorübergehenden Schutz stellen, jedoch nicht um Schutz, sondern ein Zusammenleben mit der Familie an dem für sie günstigsten Ort anstreben, nicht vom Zweck der Bestimmung erfasst sind. Das Zusammenleben ist ohne Weiteres im Heimatstaat des Familienangehörigen ohne ukrainische Staatsbürgerschaft möglich.⁷³

4.4 Doppelbürgerinnen und -bürger

Wie in Kapitel 4.2 dargelegt, haben ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger sowie ihre Familienangehörigen, welche vor Kriegsausbruch in der Ukraine wohnhaft waren, Anspruch auf Gewährung des vorübergehenden Schutzes gemäss Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung. Ob dieser Kategorie nur ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger zuzuordnen sind, die keine weitere Staatsangehörigkeit besitzen, lässt sich dem Wortlaut der Bestimmung nicht entnehmen. Die Praxis des SEM hat gezeigt, dass Staatsangehörige aus EU- und EFTA-Staaten sowie Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs, Kanadas, Neuseelands, Australiens und der USA sowie deren Familienangehörige grundsätzlich keinen vorübergehenden Schutz in der Schweiz erhalten. Das SEM geht davon aus, dass diese Personen in den genannten Staaten wirksamen Schutz erhalten und somit nicht auf den Schutz der Schweiz angewiesen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat in dem Urteil E-3638/2022 vom 5. Dezember 2022 geprüft, ob diese Auslegung dem Bundesrecht standhält.⁷⁴ Vorweg gilt es anzumerken, dass das ukrainische Recht von einer einzigen Staatsangehörigkeit ausgeht, was jedoch, wie in den nachfolgenden Fallkonstellationen ersichtlich wird, nicht der Fall ist und Doppelbürgerschaften in der Praxis vorkommen.⁷⁵

Da dem Wortlaut der Allgemeinverfügung nichts bezüglich des Umgangs mit Doppelbürgerinnen und -bürgern zu entnehmen ist, gilt es, die Norm nach Sinn und Zweck sowie einer teleologischen Verständnismethode auszulegen. Dabei sind die Regelungsabsichten

⁷² vgl. bspw. Urteil des BVGer E-2140/2022 vom 15. Juni 2022, E. 6.2.1 f.; Urteil des BVGer D-2283/2022 vom 30. Mai 2022, E. 7.2.

⁷³ Urteil des BVGer E-5041/2022 vom 8. Dezember 2022, E. 6.3.4.

⁷⁴ Urteil des BVGer E-3638/2022 vom 5. Dezember 2022, E. 6.1.

⁷⁵ SOMMER, S. 17 f.

des Gesetzgebers und die damit getroffenen Wertentscheidungen zu berücksichtigen. Wenn sich eine Regelung auch nach der Auslegung als unvollständig erweist, weil sie keine Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage gibt oder aber die Antwort als sachlich unhaltbar angesehen wird, handelt es sich um eine Gesetzeslücke. Dabei werden folgende Lückenarten unterschieden: qualifiziertes Schweigen, echte Lücken und unechte Lücken. Wenn der Gesetzgeber eine Rechtsfrage stillschweigend im negativen Sinn mitentschieden hat, so handelt es sich um ein qualifiziertes Schweigen. Dabei bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Kann der Inhalt einer Norm weder dem Wortlaut nach noch nach der Auslegung ermittelt werden, so handelt es sich um eine echte Gesetzeslücke. Bei echten Gesetzeslücken ist aufgrund des Rechtverweigerungsverbots eine richterliche Lückenfüllung geboten. Ist der Norm eine Antwort zu entnehmen, die jedoch unbefriedigend ist, so handelt es sich um eine unechte Lücke. Diese ist nicht zu korrigieren, ausser die Berufung auf den massgeblichen Wortsinn der Norm stellt einen Rechtsmissbrauch dar. Keine Korrektur einer unechten Lücke stellt hingegen die teleologische Reduktion dar. Dies ist ein zulässiger Vorgang richterlicher Rechtsfindung, bei welchem ein zu weit gefasster Wortlaut einer Norm auf den Anwendungsbereich reduziert wird, welcher der *ratio legis* entspricht.⁷⁶

Weder im Asylgesetz noch in den Gesetzesmaterialien finden sich ausdrückliche Hinweise zur Rechtslage von Doppelbürgerinnen und -bürgern bei der Gewährung des vorübergehenden Schutzes. Beim asylrechtlichen Schutz gilt es jedoch den Grundsatz der Subsidiarität zu beachten. Dieser besagt, dass Asylsuchende, die mehrere Staatsangehörigkeiten besitzen, in einem der Staaten, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, Schutz vor Verfolgung finden können. Nur falls dies nicht möglich ist, sind sie auf den Schutz eines Drittstaates angewiesen. Dies gilt auch für die Gewährung des vorübergehenden Schutzes. Sonst würden Doppelbürgerinnen und -bürger, welche die ukrainische Staatsangehörigkeit und die Staatsangehörigkeit eines weiteren, verfolgungssicheren Staates besitzen, bessergestellt werden als jene Personen, welche die gleichen Staatsbürgerschaften besitzen und in der Schweiz um Schutz vor Verfolgung suchen. Letzteren würde der Schutz in der Schweiz verweigert werden, da sie gegen die Verfolgung durch den einen Heimatstaat den Schutz des anderen Heimatstaates beanspruchen können. Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht wäre es stossend und nicht im Sinne des Gesetzgebers, Schutzsuchende i.S.v. Art. 4 AsylG besserzustellen. Mittels teleologischer Reduktion ist

⁷⁶ Urteil des BVer E-3638/2022 vom 5. Dezember 2022, E. 6.2.

der Wortlaut von Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung so auszulegen, dass dieser dem Sinn und Zweck des vorübergehenden Schutzes und dem Subsidiaritätsprinzip entspricht. Daher ergibt sich im Verfahren um vorübergehenden Schutz, dass ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger, welche vor dem 24. Februar 2022 in der Ukraine wohnhaft war, in der Regel nicht auf den Schutz der Schweiz angewiesen sind und demnach nicht als schutzbedürftig i.S.v. Art. 4 AsylG betrachtet werden, wenn eine valable Schutzalternative ausserhalb der Ukraine besteht.⁷⁷

Das Bundesverwaltungsgericht musste sich zudem mit der Frage auseinandersetzen, ob ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger allenfalls unter die Personengruppe gemäss Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung fallen könnten. Aus dem Wortlaut geht hervor, dass sich diese Bestimmung nicht an Drittstaatsangehörige richtet, die über eine zusätzliche ukrainische Staatsangehörigkeit verfügen, sondern an Personen, die mit einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung belegen können, dass sie über eine gültige Aufenthaltsberechtigung in der Ukraine verfügen. Ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger bedürfen offensichtlich keiner solcher Bewilligung. Das Bundesverwaltungsgericht kommt zu dem Schluss, dass eine teleologische Auslegung der Buchstaben a – c der Allgemeinverfügung zum gleichen Ergebnis führt. Der Schutzstatus S wurde eingeführt, um Schutzsuchenden, welche aufgrund des Krieges die Ukraine verlassen mussten, vorübergehenden Schutz zu gewähren. Dabei wird in allen drei Personengruppen auf die Flucht aus der Ukraine abgestellt und für die Gewährung des vorübergehenden Schutzes vorausgesetzt. Wie sich daraus eine Schlechterstellung von Doppelbürgerinnen und -bürgern ergeben könnte, wie von einem Beschwerdeführer geltend gemacht wurde, ist dem Bundesverwaltungsgericht nicht ersichtlich.⁷⁸

Wie soeben ausgeführt, fallen Doppelbürgerinnen und -bürger nicht unter Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung. Folglich bleibt die Frage offen, ob die jeweilige Person «in Sicherheit und dauerhaft» in das nicht-ukrainische Heimatland zurückkehren kann. Eine allfällige persönliche Gefährdung wäre im ordentlichen Asylverfahren zu prüfen.⁷⁹ Die Ausführungen diesbezüglich sind dem Kapitel 5.2 zu entnehmen.

⁷⁷ Urteil des BVGer E-3638/2022 vom 5. Dezember 2022, E. 6.3.

⁷⁸ Urteil des BVGer D-2938/2022 vom 21. Dezember 2022, E. 5.3.

⁷⁹ Urteil des BVGer D-2938/2022 vom 21. Dezember 2022, E. 5.5.2.

4.5 Schutzstatus in einem anderen Staat

Für ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger ist unbestrittenermassen nur Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung anwendbar. Es entspricht dem unmissverständlichen Willen des Bundesrates, dass von der Gewährung des Schutzstatus S jene Personen ausgeschlossen werden sollen, denen bereits in einem anderen EU-Staat der vorübergehende Schutz nach der Massenzustrom-Richtlinie zugesprochen wurde.⁸⁰ Dabei wird auf das Subsidiaritätsprinzip abgestellt, welches besagt, dass eine Schutzalternative in einem anderen Staat besteht.⁸¹ Dies geht auch aus der Medienmitteilung des Bundesrates sowie des SEM hervor.⁸² Die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat gezeigt, dass dies auch auf Staaten ausserhalb des EU/Schengen-Raums, wie beispielsweise Montenegro ausgeweitet wird.⁸³

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde einer ukrainischen Staatsbürgerin ab, welche zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs ihren Wohnsitz in Montenegro hatte und dort einen Schutzstatus erhalten hat. Obwohl die Beschwerdeführerin geltend machte, dass der Schutzstatus erloschen sei, hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass ungeachtet dessen davon ausgegangen werden kann, dass die Beschwerdeführerin entweder ohne Schutzstatus erneut im Montenegro Wohnsitz nehmen oder den Schutzstatus wieder beantragen könne. Zudem wurden keine Gründe geltend gemacht, weshalb es ihr verwehrt wäre, nach Montenegro zurückzukehren.⁸⁴

4.6 Nicht-ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger

Wie der Allgemeinverfügung zu entnehmen ist, wird der vorübergehende Schutz nicht nur ukrainischen Staatsbürgerinnen und -bürgern gewährt, sondern gemäss Ziff. I Bst. b und c der Allgemeinverfügung auch schutzsuchenden Personen anderer Nationalität und Staatenlosen sowie deren Familienangehörigen. Gemäss Ziff. I Bst. b der Allgemeinverfügung sind jene Personen schutzberechtigt, die vor dem 24. Februar 2022 einen internationalen oder nationalen Schutzstatus in der Ukraine hatten. Wie bereits erwähnt wurde, wird mangels der Relevanz und Rechtsprechung zu Ziff. I Bst. b der

⁸⁰ Urteil des BVGer E-5383/2022 vom 1. Dezember 2022, E. 6.2.

⁸¹ Urteil des BVGer E-5631/2022 vom 14. Februar 2023, E. 4.1.

⁸² SEM, Medienmitteilung vom 2. Juni 2022; BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 11. März 2022.

⁸³ Urteil des BVGer D-3584/2022 vom 9. März 2023.

⁸⁴ Urteil des BVGer D-3584/2022 vom 9. März 2023, E. 8.

Allgemeinverfügung in diesem Kapitel nur auf Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung eingegangen.

Schutzsuchende Personen ohne ukrainische Staatsbürgerschaft müssen gemäss Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung zwei Voraussetzungen erfüllen, damit ihnen der Schutzstatus S gewährt wird. Zum einen müssen sie zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs am 24. Februar 2022 mit einer gültigen Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung belegen können, dass sie über eine gültige Aufenthaltsberechtigung in der Ukraine verfügen. Zum andern müssen sie nachweisen, dass sie nicht dauerhaft und in Sicherheit in ihre Heimatländer zurückkehren können. Die bundesverwaltungsrechtliche Rechtsprechung hat gezeigt, dass letztere Voraussetzung zu einigen Beschwerden führte. Dabei wird an die Subsidiarität der Schutzgewährung angeknüpft, das heisst der vorübergehende Schutz wird in der Schweiz nur dann gewährt, wenn auch eine tatsächliche Schutzbedürftigkeit in der Schweiz besteht.⁸⁵

Ob die Rückkehr ins Heimatland dauerhaft und in Sicherheit möglich ist, erfolgt in einer Einzelfallprüfung. Fraglich ist jeweils, ob die allgemeine Sicherheitslage oder individuelle Gründe gegen eine Rückkehr ins Heimatland sprechen.⁸⁶ Es obliegt der gesuchstellenden Person darzulegen, ob sie sich jemals in einer konkreten Situation der Gefahr befunden hat oder künftig begründete Furcht vor einer entsprechen Gefahr haben müsste.⁸⁷ Wenn die gesuchstellende Person ihr Heimatland wegen fehlender Zukunftsperspektiven verlassen hat und in der Ukraine nicht um Schutz ersuchte, lehnt das SEM das Gesuch um Gewährung des vorübergehenden Schutzes zu Recht ab.⁸⁸ Aus der konstanten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geht hervor, dass das unbehelligte Ein- und Ausreisen in das Heimatland ein wichtiges Indiz dafür ist, ob die Rückkehr unter dem Aspekt der Sicherheit möglich ist.⁸⁹

Die Voraussetzung, dass die Rückkehr ins Heimatland nicht dauerhaft und in Sicherheit möglich ist, stellt in der Regel eine hohe Hürde der Schutzgewährung dar. Soweit ersichtlich wurde noch nie vom Bundesverwaltungsgericht angeordnet, dass eine Rückkehr ins

⁸⁵ Urteil des BVGer E-3244/2022 vom 29. August 2022, S. 8.

⁸⁶ vgl. bspw. Urteil des BVGer D-3944/2022 vom 19. September 2022, E. 6.2.

⁸⁷ Urteil des BVGer D-5182/2022 vom 7. Dezember 2022, E. 9.2.

⁸⁸ Urteil des BVGer D-2834/2022 vom 13. Juli 2022, S. 6.

⁸⁹ vgl. bspw. Urteil des BVGer E-2614/2022 vom 19. Juli 2022, E. 7.3.

Heimatland nicht in Sicherheit und dauerhaft möglich ist. Vielmehr wurde in einigen wenigen Fällen die Beschwerde gutgeheissen und an das SEM zurückgewiesen, da der Sachverhalt nicht genügend abgeklärt wurde oder die Begründungspflicht verletzt wurde.⁹⁰

Von dem Kriegsausbruch sind besonders auch ausländische Studenten betroffen, vor allem aus Marokko, Aserbaidshan, Turkmenistan, Indien und Nigeria, da die Ukraine ein beliebter Ort zum Studieren war.⁹¹ Für einige Studenten ist es nun weder in der Ukraine möglich ihr Studium fortzuführen noch in ihrem Heimatland. Sie beantragen deshalb in der Schweiz den Schutzstatus S, um da ihr Studium weiterzuführen. Dabei berufen sie sich auf Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung. Gemäss der bundesverwaltungsrechtlichen Rechtsprechung ist in den meisten Fällen eine dauerhafte und sichere Rückkehr ins Heimatland möglich,⁹² oftmals jedoch mit schlechten Arbeitsmarktchancen verbunden. Für das Bundesverwaltungsgericht ist der Wunsch nach guten Arbeitsmarktchancen zwar verständlich, für die Beurteilung des Gesuchs um vorläufigen Schutz jedoch irrelevant.⁹³ Zudem stellt die Finanzierung des Studiums im Ausland gemäss der Rechtsprechung ein Indiz dafür dar, dass genügend finanzielle Mittel vorhanden sind.⁹⁴

Einigen Studenten droht bei der Rückkehr in ihr Heimatland, vor allem in die Türkei,⁹⁵ die Militärdienstpflicht. Dies stellt jedoch kein Wegweisungsvollzugshindernis dar, sondern eine staatsbürgerliche Pflicht.⁹⁶ Die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung kommt auch bei türkischen Staatsbürgern mit kurdischer Ethnie zu keiner anderen Schlussfolgerung. So gibt es keine flüchtlingsrechtlich relevanten Anzeichen, dass Kurden im Militärdienst in grundsätzlicher Art und Weise anders als andere Ethnien behandelt werden würden.⁹⁷

⁹⁰ FREIPLATZAKTION ZÜRICH, S. 12.

⁹¹ UNESCO.

⁹² vgl. bspw. Urteil des BVGer E-3142/2022 vom 26. Juli 2022, S. 7 f.

⁹³ vgl. bspw. Urteil des BVGer E-3764/2022 vom 20. September 2022, E. 8.3; Urteil des BVGer E-3023/2022 vom 16. August 2022, S. 6.

⁹⁴ SOMMER, S. 20.

⁹⁵ vgl. bspw. Urteil des BVGer E-3142/2022 vom 26. Juli 2022, S. 7; Urteil des BVGer E-3479/2022 vom 17. August 2022, S. 5.

⁹⁶ vgl. bspw. Urteil des BVGer D-5003/2022 vom 24. November 2022, S. 5; Urteil des BVGer E-2680/2022 vom 6. Juli 2022, S. 5.

⁹⁷ Urteil des BVGer E-3479/2022 vom 17. August 2022, S. 6.

Die Frage, ob die Rückkehr ins Heimatland dauerhaft und in Sicherheit möglich ist, betrifft sowohl die Erfüllung der Schutzvoraussetzung für die Gewährung des Schutzstatus S an sich, als auch den Vollzug der Wegweisung. Wäre der Wegweisungsvollzug unzulässig oder unzumutbar, so würde dies wohl bereits die Voraussetzungen von Ziff. I Bst. b und c der Allgemeinverfügung erfüllen und der Schutzstatus S würde gewährt werden. Sollte hingegen die Möglichkeit der sicheren und dauerhaften Rückkehr ins Heimatland bejaht werden, sollte demnach auch ein Wegweisungsvollzug zulässig, zumutbar und möglich sein.⁹⁸ Dies zeigt sich im Übrigen auch dadurch, dass zur Begründung jeweils auf die gegenseitigen Ausführungen Bezug genommen oder denselben Umständen Rechnung getragen wird. So wurde beispielsweise bei einem indischen Staatsbürger sowohl die Prüfung der Schutzvoraussetzungen sowie die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs darauf gestützt, dass Indien als «Safe Country» i.S.v. Art. 83 Abs. 5 AIG gilt.⁹⁹ Bezüglich des Elements der Rückkehr in Sicherheit ist fraglich, ob lediglich ein Verweis auf die Ausführungen zur Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs ausreichend ist. Dies wurde zwar bereits in einem Fall bejaht,¹⁰⁰ kann jedoch, wie aus einem anderen Entscheid ersichtlich wird, die Begründungspflicht verletzen.¹⁰¹

Die Voraussetzung, dass nicht-ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger mit einer gültigen Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung belegen müssen, dass sie über eine gültige Aufenthaltsberechtigung in der Ukraine verfügen, stellt gemäss der Rechtsprechung beispielsweise für jene Personen ein Problem dar, welche sich zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs zwar legal in der Ukraine aufgehalten haben, es sich dabei aber um eine bewilligungsfreie Aufenthaltsberechtigung gehandelt hat. Dabei handelt es sich nicht um eine mit einer Aufenthaltsbewilligung belegbare gültige Aufenthaltsberechtigung. Folglich wird der Schutzstatus S verweigert, da die Voraussetzungen von Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung nicht erfüllt sind.¹⁰²

⁹⁸ SOMMER, S. 19.

⁹⁹ Urteil des BVGer E-2614/2022 vom 19. Juli 2022, E. 7.2 und 9.3.2; SOMMER, S. 19.

¹⁰⁰ Urteil des BVGer D-2419/2022 vom 26. August 2022, E. 4.3.

¹⁰¹ Urteil des BVGer D-1440/2023 vom 29. März 2023, E. 6.4.

¹⁰² Urteil des BVGer E-5968/2022 vom 17. Januar 2023, S. 6.

5 Verweigerung des vorübergehenden Schutzes

Der vorübergehende Schutz kann auch dann verweigert werden, wenn zwar die Voraussetzungen gemäss der Allgemeinverfügung erfüllt sind, jedoch ein Ausschlussgrund gemäss Art. 73 AsylG vorliegt. Der Schutzstatus S bleibt demnach Personen verwehrt, wenn sie nach Art. 53 AsylG asylunwürdig sind, die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzt oder in schwerwiegender Weise gefährdet haben oder mit einer rechtskräftigen Landesverweisung nach Art. 66a oder 66abis StGB188 oder Artikel 49a oder 49a^{bis} MStG belegt sind.¹⁰³

Erfüllt die gesuchstellende Person die Voraussetzungen für die Gewährung des vorübergehenden Schutzes nicht oder liegt einer der genannten Ausschlussgründe¹⁰⁴ vor, kann das Verfahren gemäss Art. 69 Abs. 4 AsylG entweder als Wegweisungsverfahren oder als Asylverfahren, sofern ein Asylgesuch i.S.v. Art. 18 AsylG vorliegt, fortgesetzt werden.¹⁰⁵

5.1 Wegweisungsverfahren

Wenn das Gesuch um Gewährung des vorübergehenden Schutzes abgelehnt wurde und die Person weder ein Asylgesuch eingereicht noch während des Verfahrens um vorübergehenden Schutz asylrelevante Verfolgung geltend machte, folgt in der Regel direkt das Wegweisungsverfahren unter Berücksichtigung allfälliger Wegweisungs Vollzugshindernisse. Diese Regelfolge greift insbesondere dann, wenn weder ein Kanton eine Aufenthaltsbewilligung erteilt hat, noch ein Anspruch auf die Erteilung einer solchen besteht.¹⁰⁶ Ob der Vollzug der Wegweisung durchgeführt werden kann, wird unter den drei Kriterien der Zulässigkeit, Zumutbarkeit und Möglichkeit geprüft. Sofern eines dieser Kriterien nicht erfüllt ist, wird die vorläufige Aufnahme angeordnet.¹⁰⁷

Die Frage nach der Zulässigkeit, Zumutbarkeit und Möglichkeit des Wegweisungs Vollzugs ist besonders bei nicht-ukrainischen Staatsangehörigen relevant. Wie bereits in Kapitel 4.6 ausgeführt wurde, ist nicht ersichtlich, wie einer schutzsuchenden Person der

¹⁰³ FREIPLATZAKTION ZÜRICH, S. 9.

¹⁰⁴ Art. 73 AsylG

¹⁰⁵ SEM, Handbuch C10, S. 5.

¹⁰⁶ vgl. bspw. Urteil des BVGer E-5631/2022 vom 22. Februar 2023, E. 5.2.2.

¹⁰⁷ SEM, Handbuch E3, S. 9.

Schutzstatus S verweigert werden kann, da die Rückkehr ins Heimatland unter dem Aspekt der Sicherheit möglich, aber der Wegweisungsvollzug unzulässig oder unzumutbar wäre.¹⁰⁸

Bei ukrainischen Staatsbürgerinnen und -bürgern kann die Ablehnung des Gesuchs um vorübergehenden Schutz zur Folge haben, dass die Person vorläufig aufgenommen wird, da der Vollzug der Wegweisung in das Heimatland aufgrund der aktuellen Situation unzumutbar ist.¹⁰⁹ Wurde jedoch der vorübergehende Schutz verweigert, da die Person den Wohnsitz zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs ausserhalb der Ukraine hatte, wird geprüft, ob die Person dorthin weggewiesen werden kann.¹¹⁰

5.1.1 Zulässigkeit

Die völkerrechtliche Vollzugsschranke i.S.v. Art. 83 Abs. 3 AIG besagt, dass der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig ist, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der ausländischen Person in den Heimat-, den Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen.¹¹¹ Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist dabei der Grundsatz des Non-Refoulement sowie das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens zu beachten.

5.1.1.1 Rückschiebeverbot

Das Rückschiebeverbot, auch Non-Refoulement-Gebot, besagt, dass keine Person zur Ausreise in ein Land gezwungen werden kann, in dem ihr Leib, Leben oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem die Gefahr besteht, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden.¹¹² Gestützt auf Art. 25 Abs. 3 BV, Art. 3 FoK und Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden. Es obliegt der beschwerdeführenden Person eine konkrete Gefahr, ein «real risk», nachzuweisen oder glaubhaft zu machen, dass sie im Fall einer Ausschaffung dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wäre.¹¹³

¹⁰⁸ SOMMER, S. 19.

¹⁰⁹ Urteil des BVGer D-1147/2023 vom 6. März 2023, S. 2.

¹¹⁰ Urteil des BVGer E-6085/2022 vom 14. Februar 2023, E. 5 ff.

¹¹¹ SEM, Handbuch E3, S. 1.

¹¹² Art. 5 Abs. 1 AsylG; Art. 33 FK

¹¹³ Urteil des BVGer D-3944/2022 vom 19. September 2022, E. 8.2.2 ff.

5.1.1.2 Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Die Schweiz ist gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK völkerrechtlich verpflichtet, bei ausländerrechtlichen Sachverhalten das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens zu garantieren.¹¹⁴ Fraglich ist jedoch, welche Personen sich auf Art. 8 EMRK berufen können.

Gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung muss ein naher Familienangehöriger über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz, namentlich die Schweizer Staatsangehörigkeit, eine Niederlassungsbewilligung oder Aufenthaltsbewilligung mit Anspruch auf Verlängerung, verfügen, um sich auf Art. 8 EMRK berufen zu können.¹¹⁵ Fraglich ist zudem, wer als «naher Familienangehöriger» zu verstehen ist. Dies wird nachfolgend, mit Blick auf die Rechtsprechung, ausgeführt.

Bereits mehrfach lag die Fallkonstellation vor, dass ukrainischen Familienangehörigen bereits der Schutzstatus S in der Schweiz gewährt wurde, jedoch der beschwerdeführenden ukrainischen Staatsbürgerin bzw. dem beschwerdeführenden ukrainischen Staatsbürger nicht, weil der Wohnsitz per Stichdatum ausserhalb der Ukraine lag. Dabei wurde geltend gemacht, dass die Wegweisung ein Verstoß gegen Art. 8 EMRK, das Recht auf Achtung des Familienlebens, darstellt.

Eine ukrainische Staatsbürgerin, welche zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs in den Niederlanden wohnte, machte in der Beschwerde geltend, dass die Verweigerung des Schutzstatus S gegen die *ratio legis* der Allgemeinverfügung verstosse, da ihrer Mutter und Schwester bereits der vorübergehende Schutz in der Schweiz gewährt wurde. Die Beschwerdeführerin war der Ansicht, dass die Gewährung des vorübergehenden Schutzes zum Ziel hat, die Zusammenführung der Kernfamilie zu erleichtern. Mit Referenz die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs machte die Beschwerdeführerin geltend, dass der Begriff der Familie nach Art. 8 ERMK nicht nur minderjährige, sondern auch volljährige Kinder umfasst, wenn, wie in ihrem Fall, ein Unterstützungs- oder ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Familienangehörigen besteht. Die Argumentation der Beschwerdeführerin wurde vom Bundesverwaltungsgericht widerlegt, da das referenzierte Urteil den Bedarf an medizinischer Hilfe zwischen Familienmitgliedern betrifft und somit kein Bezug zu ihrer Situation hatte. Das Bundesverwaltungsgericht führte weiter

¹¹⁴ SEM, Handbuch E3, S. 13.

¹¹⁵ SEM, Handbuch E3, S. 13; Urteil des BVGer E-5403/2022 vom 22. Dezember 2022, E. 6.3.

aus, dass die Beschwerdeführerin sich nicht auf eine Verletzung von Art. 8 EMRK berufen könne, da sie kein Abhängigkeitsverhältnis geltend machen konnte, zumal sie volljährig ist und in den Niederlanden Anspruch auf ein Stipendium hatte.¹¹⁶

Zum selben Schluss kam das Bundesverwaltungsgericht in einer anderen Entscheidung, als die Beschwerdeführerin geltend machte, dass der Wegweisungsvollzug das Recht auf Achtung des Familienlebens verletze. Durch die Wegweisung würde die Beschwerdeführerin von ihrer Schwester getrennt werden, welcher in der Schweiz der Schutzstatus S gewährt wurde. Gemäss der Rechtsprechung muss eine enge und tatsächliche Beziehung zu einem Familienangehörigen mit festem Wohnsitz in der Schweiz nachgewiesen werden, damit Art. 8 EMRK anwendbar ist. Dabei wird diese Beziehung zwischen den Mitgliedern der Kernfamilie, insbesondere zwischen Ehegatten oder Eltern und minderjährigen Kindern, die in einem gemeinsamen Haushalt leben, vermutet. Bei allen anderen Angehörigen ist das Vorhandensein eines besonderen Abhängigkeitsverhältnisses, das über die gewöhnlichen emotionalen Bindungen hinausgeht, unerlässlich.¹¹⁷ Die allfällige Berufung auf den in Art. 44 AsylG verankerten Grundsatz der Einheit der Familie wäre nur anwendbar, sofern es sich um ein Asylgesuch handelt.¹¹⁸

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK nur vorliegt, wenn die Kernfamilie betroffen ist oder ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Familienangehörigen besteht und diese Personen zudem über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügen.

5.1.2 Zumutbarkeit

Gemäss der humanitären Vollzugschranke ist der Vollzug der Wegweisung nicht zumutbar, wenn die ausländische Person durch Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt oder eine medizinische Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet ist, wie dies beispielsweise momentan in der Ukraine der Fall ist.¹¹⁹ Wird ein Staat als «Safe Country» i.S.v. Art. 83 Abs. 5 AIG eingestuft, so gilt die Rückkehr dahin in der

¹¹⁶ Urteil des BVGer E-4768/2022 vom 20. Dezember 2022, S. 4 ff.

¹¹⁷ Urteil des BVGer E-181/2023 vom 27. Januar 2023, S. 7 f.

¹¹⁸ Urteil des BVGer E-6003/2022 vom 19. Januar 2023, E. 6.3.

¹¹⁹ Urteil des BVGer D-1147/2023 vom 6. März 2023, S. 2 ff; Urteil des BVGer D-3944/2022 vom 19. September 2022, E. 8.3.2.

Regel als zumutbar und ferner greift die Regelvermutung.¹²⁰ Diese besagt, dass keine asylrelevante staatliche Verfolgung stattfindet und zudem der Schutz vor nichtstaatlicher Verfolgung gewährleistet wird. Dabei handelt es sich jedoch um eine relative Verfolgungssicherheit, welche im Einzelfall durch konkrete und substantiierte Hinweise umgestossen werden kann.¹²¹

Bei der Zumutbarkeitsprüfung ist eine konkrete Gefahr für den Fall einer Rückkehr in das Heimatland ausschlaggebend, nicht das Bestehen positiver Integrationsaussichten in der Schweiz. Die Trennung von den Familienangehörigen in der Schweiz stellt offensichtlich keine konkrete Gefahr dar, noch gilt sie als besonderer Härtefall, da sie von absehbarer Dauer ist und der Kontakt aufrechterhalten werden kann.¹²² Zu keinem anderen Schluss kommt das Bundesverwaltungsgericht, wenn die Wegweisung die Trennung von Vater und Kind zur Folge hat, die Mutter aber die Hauptbezugsperson des Kindes ist. Das Kindeswohl nach Art. 3 KRK steht dem Wegweisungsvollzug nicht entgegen, zumal die Beziehung zum Vater grenzüberschreitend in digitaler oder telefonischer Form gepflegt werden kann.¹²³

5.1.2.1 Situation im Heimat- oder Herkunftsland

Der Vollzug der Wegweisung ist auch dann zumutbar, wenn die Sicherheits- und Menschenrechtssituation im Heimat- oder Herkunftsstaat volatil sind. Dies ist beispielsweise der Fall bei einer Wegweisung in die autonome Region Kurdistan im Irak. Gemäss der Wegweisungspraxis des Bundesverwaltungsgerichts sowie verschiedener EU-Staaten ist der Wegweisungsvollzug in die autonome Region Kurdistan zumutbar, wenn die betreffenden Personen aus der Region stammen oder eine beträchtliche Zeit dort gelebt haben. Zudem wird ein soziales Netz aus Familie, Verwandtschaft oder Bekanntenkreis sowie Beziehungen zu den herrschenden Parteien vorausgesetzt. Daran ändert sich auch nichts bei der Wegweisung von Familien mit Kindern. Bei der Einschätzung, ob der Wegweisungsvollzug in den Irak zumutbar ist, ist einem tragfähigen familiären Beziehungsnetz besonderes Gewicht beizumessen.¹²⁴ Bezüglich des Wegweisungsvollzugs nach Libyen hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Menschenrechtssituation desolat und die

¹²⁰ Urteil des BVGer D-3944/2022 vom 19. September 2022, E. 8.3.2.

¹²¹ Urteil des BVGer E-2614/2022 vom 19. Juli 2022, E. 7.2.

¹²² Urteil des BVGer E-5403/2022 vom 22. Dezember 2022, E. 6.3.

¹²³ Urteil des BVGer E-4152/2022 vom 8. November 2022, E. 8.3.5.

¹²⁴ Urteil des BVGer E-3244/2022 vom 29. August 2022, S. 9 ff.

allgemeine humanitäre Situation als schwierig einzustufen sei. Da in weiten Teilen des Landes eine Situation allgemeiner Gewalt herrsche, sei der Vollzug der Wegweisung in weite Teile des Landes unzumutbar, ausser es würden begünstigende Faktoren vorliegen.¹²⁵ Da das SEM nicht darlegte, inwiefern der Vollzug der Wegweisung für den Beschwerdeführenden zumutbar sei, dabei auf die Ausführungen zu der Verweigerung des vorübergehenden Schutzes verwies, welcher damit begründet wurde, dass eine Rückkehr in den Heimatstaat in Sicherheit und dauerhaft möglich wäre, wurde die Begründungspflicht verletzt.¹²⁶

5.1.2.2 Individuelle Gründe

Unter dem Kriterium der Zumutbarkeit gilt es ebenso zu berücksichtigen, ob persönliche Gründe zu einer Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs führen können,¹²⁷ wie beispielsweise die gesundheitliche Situation einer Person oder die Fähigkeit sich im Heimatstaat wirtschaftlich wieder zu integrieren.¹²⁸ Bei jungen, gesunden und arbeitsfähigen Personen wird davon ausgegangen. Vor allem, wenn zudem ein tragfähiges Familiennetz vorhanden ist, wobei dies jedoch nicht immer vorausgesetzt wird.¹²⁹

Bezüglich der Rückweisung von Personen mit gesundheitlichen Problemen geht aus der bundesverwaltungsrechtlichen Rechtsprechung und der Rechtsprechung des EGMR hervor, dass diese nur ausnahmsweise ein Verstoss gegen Art. 3 EMRK darstellt. Dies gilt insbesondere in Situationen, in denen die betroffene Person sich in einem fortgeschrittenen oder terminalen Stadium der Krankheit und bereits in Todesnähe befindet, was bei einer Überstellung zum sicheren Tod führen würde, ohne dass dabei eine soziale Unterstützung zu erwarten ist. Ebenso gilt dies, wenn eine schwer kranke Person aufgrund fehlender medizinischer Versorgung im Zielstaat einem realen Risiko ausgesetzt wäre, dass sich der Gesundheitszustand ernsthaft, schnell und unwiderruflich verschlechtern würde, was mit einem starken Leiden oder erheblichen Verkürzung der Lebenserwartung verbunden wäre.¹³⁰ Es gilt im Einzelfall zu prüfen, ob im Heimatland eine medizinische Grundversorgung als gewährleistet gilt. Diese gilt aber auch dann als gewährleistet, wenn

¹²⁵ Urteil des BVerfG D-1440/2023 vom 29. März 2023, E. 6.3.1.

¹²⁶ Urteil des BVerfG D-1440/2023 vom 29. März 2023, E. 6.3.2 und 6.4.

¹²⁷ SEM, Handbuch E3, S. 16.

¹²⁸ Stellungnahme des Bundesrates vom 29. Juni 2022 zu Fivaz, Interpellation.

¹²⁹ SOMMER, S. 20.

¹³⁰ Urteil des BVerfG D-5867/2022 vom 23. Dezember 2022, S. 7 f.

sie technisch, apparativ oder hygienisch unzureichend ist und somit nicht mit dem europäischen Standard vergleichbar.¹³¹

5.1.3 Möglichkeit

Gemäss der technischen Vollzugsschranke ist der Vollzug nicht möglich, wenn die ausländische Person nicht in den Heimat-, den Herkunfts- oder in einen Drittstaat ausreisen oder nicht dorthin gebracht werden kann.¹³² Der Vollzug der Wegweisung ist somit weder technisch noch praktisch durchführbar.¹³³ Temporäre Hindernisse wie etwa Massnahmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie sind nicht geeignet den Vollzug der Wegweisung zu verhindern. Es obliegt den kantonalen Behörden, zu prüfen, inwiefern im Rahmen der Vollzugsmodalitäten diesem Hindernis Rechnung zu tragen ist.¹³⁴

5.1.4 Beweismass

In einigen Fällen wurden die Beschwerden abgewiesen, da die Wegweisungsvollzugshindernisse oder die Voraussetzungen der Schutzgewährung nicht bewiesen werden konnten. Wenn möglich, gilt der strikte Beweis, andernfalls sind die Wegweisungsvollzugshindernisse wenigstens glaubhaft zu machen.¹³⁵ Wie aus der gerichtlichen Praxis hervorgeht, bedeutet Glaubhaftmachung ein reduziertes Beweismass, was im Gegensatz zum strikten Beweis Raum für gewisse Zweifel und Einwände lässt.¹³⁶

So wurde beispielsweise einem pakistanischen Staatsbürger der Schutzstatus S verweigert, da er erstmals in der Beschwerdeeingabe vorgetragen hat, er sei zwei Mal von einer Privatperson angeschossen worden. Als Beweismittel wurden eine übersetzte Polizeianzeige sowie ein Internetauszug einer Nachrichtenagentur beigelegt. Das Bundesverwaltungsgericht qualifiziert die Übergriffe als unglaubhaft, da die Angaben in der Rechtsmitteleingabe wenig substantiiert waren. Ungeachtet der Unglaubhaftigkeit der Vorbringen hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Sicherheit im Heimatstaat des Beschwerdeführers, Pakistan, nicht im gesamten Land in relevantem Ausmass gefährdet ist. Zudem würden die Angriffe durch die pakistanischen Behörden geahndet. Die zwei

¹³¹ Urteil des BVGer D-5108/2022 vom 2. Februar 2023, E. 10.3.3.

¹³² SEM, Handbuch E3, S. 1.

¹³³ SEM, Handbuch E3, S. 18.

¹³⁴ Urteil des BVGer E-2031/2022 vom 6. Mai 2022, S. 5.

¹³⁵ Urteil des BVGer E-3968/2022 vom 11. Oktober 2022, S. 8.

¹³⁶ KNEER/SONDEREGGER, S. 3f.

eingereichten Beweismittel seien nicht geeignet, diese Einschätzung in Zweifel zu ziehen, da ihnen keine konkreten Hinweise zu entnehmen seien, dass die Vorfälle einen flüchtlingsrechtlich relevanten Zusammenhang aufweisen. Somit sei der Vollzug der Wegweisung zulässig und verletze kein Bundesrecht.¹³⁷

Aus der Rechtsprechung geht hervor, dass es ein wichtiges Indiz für die Glaubhaftigkeit der Vorbringen ist, ob die Beschwerdeführerin bzw. der Beschwerdeführer diese erstmals auf Beschwerdeebene nennt. Falls dies der Fall ist, werden die Vorbringen vom Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich als nachgeschoben und unglaubhaft qualifiziert.¹³⁸

5.1.5 Wegweisungskompetenz Schengen-Raum

Im Zusammenhang mit dem Vollzug der Wegweisung musste das Bundesverwaltungsgericht die Frage beantworten, ob das SEM die Kompetenz besitzt, die Wegweisung aus dem gesamten Schengen-Raum zu verfügen. Dabei wird vom Bundesverwaltungsgericht in einem Entscheid auf die Rückführungsrichtlinie der EU verwiesen. Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten des Schengen-Abkommens, somit auch die Schweiz, in Wegweisungsverfügungen die betreffenden Personen zum Verlassen des gesamten Schengen-Raums und zur Weiterreise in das Herkunftsland aufzufordern oder in ein Land außerhalb des Schengen-Raums. Das Gericht kommt zum Schluss, dass das SEM die Beschwerdeführenden zu Recht aus der Schweiz und dem Schengen-Raum weggewiesen hat.¹³⁹ Mit derselben Begründung wurde eine weitere Beschwerde vom Bundesverwaltungsgericht abgewiesen. Der Einwand des Beschwerdeführers, er könne nicht in einem anderen Schengen-Staat um Schutz ersuchen, sei unbehilflich, zumal es sich bei der Wegweisung lediglich um eine Entfernung- und nicht eine Fernhaltmassnahme handelt.¹⁴⁰

In einem anderen Entscheid kommt das Bundesverwaltungsgericht hingegen zu einem ganz anderen Schluss und hält fest, «dass der Vorinstanz mangels staatsvertraglicher Regelung keine Kompetenz zur Wegweisung aus dem Schengen-Raum zukommt».¹⁴¹ Begründet wird dies vom Bundesverwaltungsgericht aufgrund des Territorialprinzips.

¹³⁷ Urteil des BVGer E- 3968/2022 vom 11. Oktober 2022, S. 3 ff.

¹³⁸ vgl. bspw. Urteil des BVGer E-3142/2022 vom 26. Juli 2022, S. 8; Urteil des BVGer E-3669/2022 vom 4. Oktober 2022, S. 6.

¹³⁹ Urteil des BVGer D-2114/2022 vom 12. Januar 2023, E. 7.3.

¹⁴⁰ Urteil des BVGer D-4049/2022 vom 12. Oktober 2022, E. 8.3.

¹⁴¹ Urteil des BVGer E-4067/2022 vom 28. September 2022, E. 2.

Dieses besagt, dass öffentliches Recht grundsätzlich nur in dem Staat gilt, der es erlässt. Ausnahmsweise kann das Recht ausserhalb seiner Grenzen gelten, sofern dies beispielsweise durch einen Staatsvertrag vereinbart wurde oder im Völkergewohnheitsrecht begründet liegt. Bezüglich des Verfahrens um Gewährung vorübergehenden Schutzes handelt es sich jedoch um ein nationales Verfahren, welchem mangels staatsvertraglicher Regelung lediglich eine Rechtswirkung auf schweizerischem Staatsgebiet zukommt. Somit entfaltet die Verfügung bezüglich der Verweigerung des vorübergehenden Schutzes und der Wegweisung in andere Staaten, auch Schengen-Staaten, keine Rechtswirkung. Der Beschwerdeführer machte geltend, dass ihm mit der Wegweisung aus dem gesamten Schengen-Raum die Möglichkeit genommen werde, in einem anderen Schengen-Staat aufgrund günstigerer nationaler Bestimmungen einen vorübergehenden Schutzstatus zu erhalten. Mangels der Rechtswirkung ausserhalb der Schweiz ist fraglich, ob der Beschwerdeführer für die Anfechtung der Wegweisung aus dem Schengen-Raum überhaupt legitimiert ist. Gemäss den Legitimationsregeln von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG muss ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Verfügung geltend gemacht werden. Da dem Beschwerdeführenden in anderen Staaten keine Nachteile erwachsen, da wie soeben ausgeführt wurde, der Verfügung nur auf schweizerischem Staatsgebiet Rechtswirkung zukommt, fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse. Auf dieses Rechtsbegehren wurde nicht eingetreten.¹⁴²

5.2 Asylverfahren

Wie zu Beginn des Kapitels erwähnt, kann die Ablehnung des Gesuchs um vorübergehenden Schutz zur Folge haben, dass das SEM das Verfahren über die Anerkennung als Flüchtling fortzusetzen hat.¹⁴³ Nachfolgend wird erläutert, in welchen Fällen ein Asylverfahren durchzuführen und wie das Verhältnis zwischen dem Schutzstatus S und dem Asylverfahren zu verstehen ist.

In Art. 69 Abs. 4 AsylG ist festgelegt, dass das SEM das Asylverfahren oder Wegweisungsverfahren unverzüglich fortzusetzen hat, wenn es beabsichtigt, den vorübergehenden Schutz zu verweigern. Die Durchführung eines ordentlichen Asylverfahrens setzt jedoch voraus, dass während des Verfahrens um Gewährung des vorübergehenden

¹⁴² Urteil des BVer E-4067/2022 vom 28. September 2022, E. 2.

¹⁴³ Art. 69 Abs. 4 AsylG

Schutzes Anhaltspunkte für eine asylrelevante Verfolgungsgefahr dargelegt werden.¹⁴⁴ Ein Automatismus, wonach bei der Ablehnung des Gesuchs um vorübergehenden Schutz von Amtes wegen ein Asylverfahren zu eröffnen wäre, ist gemäss dem Bundesverwaltungsgericht widersinnig. Zum einen führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass dies doch zu einer faktischen Regelvermutung führen würde, dass bei jedem Drittstaatsangehörige von einer wahrscheinlichen Verfolgung durch die heimatlichen Behörden auszugehen wäre. Dies ist offenkundig unzutreffend. Zum anderen sei es einem Drittstaatsangehörigen ohnehin unbenommen, jederzeit ein Asylgesuch einzureichen.¹⁴⁵ Zudem würde ein Automatismus im Sinne einer unmittelbaren Einleitung eines Asylverfahrens unter Umständen gar nicht dem Willen der betroffenen Person entsprechen und sei daher zu vermeiden.¹⁴⁶

Sofern weder im erstinstanzlichen Verfahren, wenn auch nur implizit, ein Asylgesuch noch auf Beschwerdeebene Rechtsbegehren betreffend der Feststellung der Flüchtlings-eigenschaft und Asylgewährung gestellt wurden, besteht kein Grund, dass das SEM ein Asylverfahren durchführen muss.¹⁴⁷ Wenn die schutzsuchende Person hingegen während des Verfahrens Asylgründe geltend gemacht hat, folgt eine Anhörung zu den Asylgründen nach Art. 29 AsylG. Als Asylgesuch ist jede Äusserung zu verstehen, mit welcher eine Person zu erkennen gibt, dass sie Schutz vor Verfolgung sucht.¹⁴⁸ Dabei gilt ein weiter Verfolgungsbegriff, der über die ernsthaften Nachteile nach Art. 3 AsylG hinausreicht.¹⁴⁹ Unzweifelhaft um Asylgründe i.S.v. Art. 18 AsylG handelt es sich bei der nachfolgenden Formulierung «I am risking my freedom (might get in jail) if I go back to Morocco. [...] the harassments I got because of my brother who defends journalists in prison and other political activists against the regime in Morocco.»¹⁵⁰ Wenn das SEM nach diesem klar formulierten Asylantrag, nach Ablehnung des vorübergehenden Schutzes, kein Asylverfahren aufnimmt, ist dies als Rechtsverweigerung zu qualifizieren.¹⁵¹ Gemäss Art. 69 Abs. 4 AsylG ist das Asylverfahren unverzüglich nach der Verweigerung

¹⁴⁴ Urteil des BVerG D-5182/2022 vom 7. Dezember 2022, E. 5.

¹⁴⁵ Urteil des BVerG D-2419/2022 vom 26. August 2022, S. 6.

¹⁴⁶ Urteil des BVerG E-1406/2023 vom 30. März 2023, E. 7.2.

¹⁴⁷ Urteil des BVerG E-2797/2022 vom 14. September 2022, E. 7.

¹⁴⁸ Urteil des BVerG E-5968/2022 vom 17. Januar 2023, S. 6.

¹⁴⁹ Urteil des BVerG E-5968/2022 vom 17. Januar 2023, S. 6.

¹⁵⁰ Urteil des BVerG E-4460/2022 vom 25. Oktober 2022, E. 6.3.1.

¹⁵¹ Urteil des BVerG E-1406/2023 vom 30. März 2023, E. 7.3.

des vorübergehenden Schutzes durchzuführen. Dies ist auch dann der Fall, wenn sich beim Verfahren um Schutzgewährung nach Art. 66 ff. AsylG und dem eigentlichen Asylverfahren ähnliche Fragen stellen, weil Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung einschlägig ist. Dies ist der Konzeption der beiden Rechtsinstitute geschuldet.¹⁵²

Im Asylverfahren wird durch das SEM geprüft, ob die Flüchtlingseigenschaft erfüllt ist. Flüchtlinge i.S.v. Art. 3 Abs. 1 AsylG sind Personen, die in ihrem Heimat- oder Herkunftsland, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauung ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden.¹⁵³ Bis zum Abschluss des Verfahrens hat die gesuchstellende Person das Recht, sich in der Schweiz aufzuhalten.¹⁵⁴ Wenn die Flüchtlingseigenschaft bejaht wird, wird der schutzsuchenden Person Asyl gewährt oder beim Vorliegen von Asylausschlussgründen wird die vorläufige Aufnahme angeordnet. Wenn aufgrund der Anhörung offenkundig wird, dass Asylsuchende die Flüchtlingseigenschaft weder beweisen noch glaubhaft machen können, so wird das Asylgesuch ohne weitere Abklärung gemäss Art. 40 Abs. 1 AsylG abgelehnt.¹⁵⁵

Im Vergleich zum Schutzstatus S ist der Asylstatus insofern vorteilhafter, als dabei ein dauerhaftes und nicht an Bedingungen geknüpftes Aufenthaltsrecht in der Schweiz erworben wird, wobei es sich beim Schutzstatus S um eine rückkehrorientierte und befristete Aufenthaltsbewilligung handelt. Im Zusammenhang mit den schutzsuchenden Personen aus der Ukraine ist dies jedoch nicht von grosser Bedeutung, da es sich hauptsächlich um Personen handelt, die nicht individuell verfolgt werden und somit die Flüchtlingseigenschaft eben gerade nicht erfüllen.¹⁵⁶

Als Gegenstück zu Art. 69 Abs. 4 AsylG kann Art. 39 AsylG betrachtet werden.¹⁵⁷ In Art. 39 AsylG wird definiert, dass der vorübergehende Schutz gewährt wird, wenn im Rahmen des Asylverfahrens offenkundig wird, dass die asylsuchende Person zu der

¹⁵² Urteil des BVGer E-1406/2023 vom 30. März 2023, E. 7.4.

¹⁵³ Urteil des BVGer E-5479/2020 und Urteil des BVGer E-5481/2020 vom 10. August 2022, E. 5.

¹⁵⁴ Urteil des BVGer E-5968/2022 vom 17. Januar 2023, S. 7.

¹⁵⁵ Urteil des BVGer D-3584/2022 vom 9. März 2023, E. 3.5.2.

¹⁵⁶ HEMMI/HEFTI, S. 158.

¹⁵⁷ SOMMER, S. 9.

schutzberechtigten Personengruppe nach Art. 66 AsylG gehört. Dies hat jedoch zur Folge, dass mit der Gewährung des vorübergehenden Schutzes das Asylverfahren für die Dauer des vorübergehenden Schutzes ex officio sistiert und gemäss Art. 70 AsylG frühestens nach fünf Jahren wieder aufgenommen werden kann.¹⁵⁸ Diese Regelung hält wohl den justiziellen Garantien aus Verfassungs- und Völkerrecht nicht stand, da sie mit dem Recht auf eine wirksame Beschwerde kollidiert. Die Person, welcher vorübergehender Schutz gewährt wurde, kann weder mittels Beschwerde gegen den Entscheid über die Gewährung des vorübergehenden Schutzes vorgehen, da dieser gemäss Art. 68 Abs. 2 AsylG nur infolge einer Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Familie angefochten werden kann, noch mittels Einleitung eines Asylverfahrens die Gewährung einer ihr potenziell zustehenden besseren Rechtsstellung verlangen.¹⁵⁹ Durch die Gewährung des Schutzstatus S wird somit sämtlichen Person die Möglichkeit genommen, ein Asylgesuch zu stellen, womit das übergeordnete Völkerrecht, das Recht auf Asyl,¹⁶⁰ ausgehebelt wird. Ob diese Regelung dem Willen des Gesetzgebers entspricht, erscheint fraglich, zumal in der Botschaft festgehalten wurde, dass die Gewährung des vorübergehenden Schutzes das Recht eines Flüchtlings, seine Anerkennung als Konventionsflüchtling zu verlangen, grundsätzlich nicht beschränken kann.¹⁶¹

Somit geht der vorübergehende Schutz gemäss Art. 69 Abs. 2 AsylG grundsätzlich der Asylgewährung vor, es sei denn, es liegt ausnahmsweise eine offensichtliche Verfolgung i.S.v. Art. 3 AsylG vor. Sofern nachgewiesenermassen eine offensichtliche Verfolgung vorliegt, ist es trotz des grundsätzlichen Anspruchs auf vorübergehenden Schutz möglich, das Asylverfahren durchzuführen. Es erscheint jedoch fraglich, ob aufgrund der unübersichtlichen Situation in der Ukraine die Verfolgung als «offensichtlich» eingestuft werden kann.¹⁶²

¹⁵⁸ HRUSCHKA, Kommentar Migrationsrecht, Rz. 3 zu Art. 69 Abs. 3 AsylG.

¹⁵⁹ HRUSCHKA, Kommentar Migrationsrecht, Rz. 2 zu Art. 70 AsylG.

¹⁶⁰ Art. 14 AEMR

¹⁶¹ SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE, S. 2.

¹⁶² SOMMER, S. 9; BBI 1996 II 1, 81; ROMER/NUFER, S. 16.

6 Alternative Aufenthaltsstatus zum Schutzstatus S

Personen, die infolge des Krieges aus der Ukraine flüchten, haben neben dem Schutzstatus S und dem Asylverfahren auch die Möglichkeit einen anderen Aufenthaltsstatus in der Schweiz zu beantragen.¹⁶³ Im nachfolgenden Kapitel wird aufgezeigt, welche alternative Aufenthaltsstatus neben dem Schutzstatus S unter Umständen beantragt werden können.

6.1 Vorläufige Aufnahme

Wie bereits ausgeführt kann die Verweigerung des Schutzstatus S oder der negative Asylentscheid die Wegweisung aus der Schweiz zur Folge haben. Ist der Vollzug unmöglich, unzumutbar oder unzulässig, erteilt das SEM eine vorläufige Aufnahme als Ersatzmassnahme zum Vollzug der Wegweisung.¹⁶⁴ Der Schutzstatus S und die vorläufige Aufnahme sind sich ähnlich, haben aber unterschiedliche Auswirkungen. Dabei ist der Schutzstatus S bezüglich des Zugangs zum Arbeitsmarkt, Familienzusammenführung und Bewegungsfreiheit vorteilhafter.¹⁶⁵ Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diese Ansicht und hält fest, dass ein Interesse an der Gewährung des Schutzstatus besteht, da dieser eine bevorzugte Rechtsstellung gegenüber der vorläufigen Aufnahme einräumt.¹⁶⁶ Dass diese bevorzugte Rechtsstellung des Schutzstatus S zu einer Ungleichbehandlung mit jenen Personen führt, welche aus denselben Gefahren wie die Personen aus der Ukraine flüchten, jedoch keinen Anspruch auf die Gewährung des Schutzstatus S haben, gilt es kritisch zu hinterfragen.¹⁶⁷

6.2 Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung

Der gesuchstellenden Person steht es frei, ungeachtet der Verweigerung des vorübergehenden Schutzes durch das SEM, die kantonalen Migrationsbehörden um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung zu ersuchen.¹⁶⁸ Es gilt anzumerken, dass die

¹⁶³ HEMMI/HEFTI, S. 157 ff.

¹⁶⁴ FREIPLATZAKTION ZÜRICH, S. 10 f.

¹⁶⁵ HEMMI/HEFTI, S. 158.

¹⁶⁶ Urteil des BVGer D-1147/2023 vom 6. März 2023, S. 5.

¹⁶⁷ UNHCR, Empfehlungen, S. 7 f.

¹⁶⁸ Urteil des BVGer D-3944/2022 vom 19. September 2022, E. 9.

Erteilung dieser Bewilligung nach Art. 18 ff. AIG für Drittstaatsangehörige, somit auch für Staatsangehörige der Ukraine, sehr restriktiv erfolgt.¹⁶⁹

Wie im Kapitel 4.6 aufgezeigt wurde, sind besonders auch ausländische Studenten von dem Krieg in der Ukraine betroffen, welche in der Schweiz den Schutzstatus S beantragen. Wird ihnen dieser verweigert, kann die Fortführung des Studiums in der Schweiz bewilligt werden, falls die Bedingungen gemäss Art. 27 AIG und Art. 23 f. VZAE erfüllt sind. Es handelt sich dabei um persönliche Voraussetzungen, eine Bestätigung der Schulleitung, eine bedarfsgerechte Unterkunft sowie ausreichende finanzielle Mittel.¹⁷⁰

6.3 Aufenthaltsberechtigung gestützt auf FZA

Staatsbürgerinnen und -bürger der EU verfügen grundsätzlich über das Recht auf Einreise und Aufenthalt in der Schweiz wie auch über eine Anspruchsgrundlage für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach den Bestimmungen des FZA. Wird jedoch während des bewilligungsfreien Aufenthalts von drei Monaten kein ausländerrechtliches Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung eingereicht, kann die Person weggewiesen werden, wenn der vorübergehende Schutz abgelehnt wird.¹⁷¹ Vor Ablauf des bewilligungsfreien Aufenthalts hat das SEM, gestützt auf die Rechtsprechung in der Vergangenheit, zu Recht auf die Prüfung des Wegweisungsvollzugs verzichtet.¹⁷² Dabei gilt es anzumerken, dass der Vollzug der Wegweisung in EU-Mitgliedstaaten in der Regel zumutbar ist.¹⁷³ Hingegen verletzt es Bundesrecht, wenn der Wegweisungsvollzug angeordnet wird, obwohl sich die betroffene Person aus einem der im Freizügigkeitsabkommen genannten Gründe in der Schweiz aufhält, wie beispielsweise aus Gründen der Erwerbstätigkeit. Mithin hat die Person einen grundsätzlichen und wegweisungshinderlichen Anspruch auf eine Aufenthaltsregelung nach den Bestimmungen des FZA.¹⁷⁴

¹⁶⁹ HEMMI/HEFTI, S. 159.

¹⁷⁰ Stellungnahme des Bundesrates vom 29. Juni 2022 zu Fivaz, Interpellation.

¹⁷¹ Urteil des BVGer D-3162/2022 vom 17. August 2022, E. 5.2.

¹⁷² SOMMER, S. 8.

¹⁷³ Urteil des BVGer D-3162/2022 vom 17. August 2022, E. 6.3.

¹⁷⁴ Urteil des BVGer E-3071/2022 vom 28. Juli 2022, E. 5.1.

7 Beschwerdeverfahren

Die Verweigerung des vorübergehenden Schutzes, die Ablehnung des Asylgesuchs, die Anordnung der Wegweisung und der Vollzug der Wegweisung werden vom SEM in einer Verfügung erlassen. Aus Art. 68 Abs. 2 Asyl G ist *e contrario* abzuleiten, dass die Ablehnung des vorübergehenden Schutzes beim Bundesverwaltungsgericht mittels Beschwerde anfechtbar ist.¹⁷⁵

Das SEM gilt gemäss Art. 33 VGG als Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts und somit ist dieses zuständig für die Beurteilung der Entscheide des SEM.¹⁷⁶ Als Kontrollinstanz legt das Bundesverwaltungsgericht das Asylrecht aus und stellt die erste und grundsätzlich auch die letzte gerichtliche Kontrollinstanz des SEM dar, welche abschliessend über asylrechtliche Fragen befindet.¹⁷⁷ Das Beschwerdeverfahren sichert der schutzsuchenden Person zudem die Möglichkeit, bis zum Ausgang des Verfahrens in der Schweiz zu bleiben.¹⁷⁸

7.1 Beschwerdelegitimation

Zur Einreichung der Beschwerde ist jede Person legitimiert, die durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung hat.¹⁷⁹ Das schutzwürdige Interesse kann geltend gemacht werden, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der beschwerdeführenden Person durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst wird und somit ein materieller oder ideeller Nachteil vermieden werden kann. Ein tatsächliches, wirtschaftliches, ideelles oder auch anderes Interesse kann ein schutzwürdiges Interesse darstellen.¹⁸⁰

¹⁷⁵ FREIPLATZAKTION ZÜRICH, S. 11.

¹⁷⁶ vgl. bspw. Urteil des BVGer D-3189/2022 vom 10. August 2022, S. 2.

¹⁷⁷ GRASDORF-MEYER/OTT/VETTERLI, S. 29.

¹⁷⁸ Urteil des BVGer E-4145/2022 vom 3. November 2022, S. 4.

¹⁷⁹ Art. 105 AsylG; Art. 37 VGG i.V.m Art. 48 Abs. 1 VwVG

¹⁸⁰ Urteil des BVGer E-4067/2022 vom 28. September 2022, E. 2.

7.2 Beschwerdefrist

Gegen die Ablehnung des vorübergehenden Schutzes ist gemäss Art. 108 Abs. 6 AsylG innert dreissig Tage Beschwerde zu erheben.¹⁸¹ Die ordentliche Zustellung gilt als erfolgt, wenn die Sendung in den Machtbereich des Empfängers gelangt und ihr Inhalt wahrgenommen werden kann. Die Frist beginnt gemäss Art. 20 Abs. 1 VwVG an dem auf ihre Mitteilung folgenden Tag zu laufen.¹⁸²

Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geht klar hervor, dass das SEM in zahlreichen Verfügungen eine falsche, fünftägige statt dreissigtägige, Rechtsmittelbelehrung angebracht hat.¹⁸³ Das Bundesverwaltungsgericht hält dies deutlich fest: «Es ist nicht ersichtlich und wird vom SEM einmal mehr nicht begründet, weshalb die Beschwerdefrist - wie in der angefochtenen Verfügung angegeben - in Anwendung von Art. 108 Abs. 3 AsylG fünf Arbeitstage betragen soll. Das Bundesverwaltungsgericht hat mehrfach befunden, dass hinsichtlich der Beschwerdefrist bei Verfügungen, mit denen die Gewährung vorübergehenden Schutzes verweigert wird, sinngemäss auf Art. 108 Abs. 6 AsylG abzustellen ist.»¹⁸⁴ Die anfängliche Befürchtung des Bundesverwaltungsgerichts, dass es sich dabei nicht bloss um ein einmaliges Versehen handeln könnte, hat sich bewahrheitet. Entsprechend fordert das Bundesverwaltungsgericht das SEM mit Nachdruck auf, künftig die gesetzlichen Bestimmungen zu beachten und seine Verfügungen mit gesetzeskonformen Rechtsmittelbelehrungen zu versehen.¹⁸⁵ Eine fünftägige Frist ist gemäss Art. 108 Abs. 3 AsylG nur in folgenden Fallkonstellationen anwendbar: Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, Entscheide am Flughafen¹⁸⁶ sowie Ablehnungen ohne weitere Abklärungen bei Asylgesuchen aus sicheren Heimat- oder Herkunftsstaaten. Die dreissigtägige Frist entspricht dem «klar eruierbaren historischen Willens des Gesetzgebers».¹⁸⁷ Das Bundesverwaltungsgericht begründet dies damit, dass im vierten Kapitel des Asylgesetzes über die Gewährung des vorübergehenden Schutzes

¹⁸¹ vgl. bspw. Urteil des BVGer D-4324/2022 vom 27. Oktober 2022, E. 7.2; Urteil des BVGer E-2140/2022 vom 15. Juni 2022, E. 6.3.

¹⁸² Urteil des BVGer D-3584/2022 vom 9. März 2023, E. 3.2.

¹⁸³ vgl. bspw. Urteile des BVGer D-2850/2022 vom 12. September 2022, E. 1.3; Urteil des BVGer D-2161/2022 vom 25. Mai 2022, E. 7.4.

¹⁸⁴ Urteil des BVGer D-4324/2022 vom 27. Oktober 2022, E. 7.1.

¹⁸⁵ Urteil des BVGer D-4324/2022 vom 27. Oktober 2022, E. 7.2.

¹⁸⁶ Art. 23 Abs. 1 AsylG

¹⁸⁷ Urteil des BVGer D-2161/2022 vom 25. Mai 2022, E. 7.4.

keine spezifische Frist vorgesehen ist, in welcher die Beschwerde gegen die Verweigerung des vorübergehenden Schutzes zu erheben ist. Wenn Art. 66 ff. AsylG keine besonderen Bestimmungen zu entnehmen sind, finden gemäss Art. 72 AsylG auf die Verfahren nach Art. 68, 69 und 71 AsylG die Bestimmungen der Abschnitte 1, 2a und 3 des zweiten Kapitels sinngemäss Anwendung. Weiter finden gemäss Art. 72 AsylG auf die Verfahren nach den Art. 69 und 71 AsylG ebenfalls die Bestimmungen des achten Kapitels sinngemäss Anwendung. Zu der sinngemässen Anwendung von Verfahrensvorschriften wurde vom Bundesrat in der Botschaft vom 4. Dezember 1995 ausgeführt, dass die allgemeinen Regeln des Asylverfahrens für die Gewährung vorübergehenden Schutzes gelten sollen. Zu dem Zeitpunkt, als die Regelungen über die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Asylverfahren eingeführt wurden, galt für sämtliche Beschwerden im Asylbereich eine dreissigtägige Beschwerdefrist. Obwohl heute gemäss Art. 108 Abs. 1 – 3 AsylG unterschiedliche Beschwerdefristen vorgesehen sind, kommt, sofern keine spezifische Beschwerdefrist vorgesehen ist, auch heute noch bei materiellen Verfahren die dreissigtägige Beschwerdefrist des Auffangtatbestands von Art. 108 Abs. 6 AsylG zur Anwendung.¹⁸⁸

Die falsche Beschwerdefrist stellt einen verfahrensrechtlichen Mangel dar und die Sache ist daher an das SEM zurückzuweisen.¹⁸⁹ Erwächst dem Beschwerdeführer jedoch kein Nachteil aus der falschen Rechtsmittelbelehrung, besteht hingegen keine Veranlassung den Entscheid aus formellen Gründen aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn eine unzulässige Eingabe gemacht wurde und die Instruktionsrichterin bzw. der Instruktionsrichter mittels einer Zwischenverfügung dem Beschwerdeführer Gelegenheit gegeben hat, die Beschwerde zu ergänzen und somit die Rechtsmittelfrist von dreissig Tagen ab Eröffnung des vorinstanzlichen Entscheids zur Verfügung stand.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Urteil des BVGer D-2161/2022 vom 25. Mai 2022, E. 7.4.

¹⁸⁹ Urteil des BVGer D-2161/2022 vom 25. Mai 2022, E. 8.2.

¹⁹⁰ Urteil des BVGer E-2614/2022 vom 19. Juli 2022, E. 4.3 und 4.4.

8 Beendigung und Aufhebung des vorübergehenden Schutzes

8.1 Aufhebung

Die Konzeption des vorübergehenden Schutzes ist rückkehrorientiert. Deshalb wird der Schutzstatus aufgehoben, sobald die schwere allgemeine Gefährdung nicht mehr vorliegt und eine nachhaltige Stabilisierung der Lage in der Ukraine gegeben ist. Erst wenn die Rückkehr wieder zumutbar ist, ist es sinnvoll den Schutzstatus S aufzuheben. Andernfalls würde die Beendigung des Schutzstatus S dazu führen, dass die Betroffenen vorläufig aufgenommen werden müssen. Gemäss Art. 76 Abs. 1 AsylG obliegt es dem Bundesrat über die Aufhebung zu entscheiden, jedoch ist dies faktisch nur in Abstimmung mit der EU möglich. Da jedoch eine Stabilisierung der Lage in der Ukraine gemäss dem Bundesrat zurzeit nicht absehbar ist, hat er am 9. November 2022 entschieden, den Schutzstatus bis zum 4. März 2024 nicht aufzuheben, sofern sich die Situation in der Ukraine bis dahin nicht grundlegend ändert.¹⁹¹

8.2 Widerruf

Der vorübergehende Schutz kann widerrufen werden, wenn einer der Widerrufsgründe gemäss Art. 78 AsylG vorliegt. Dies kann der Fall sein, wenn der Schutz durch wissentliche und willentliche falsche Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen erschlichen worden ist,¹⁹² wie beispielsweise das Verheimlichen einer weiteren Staatsangehörigkeit.¹⁹³ Ebenfalls wird der Schutzstatus S widerrufen, wenn die schutzsuchende Person die Sicherheit der Schweiz gefährdet oder verwerfliche Handlungen begangen hat.¹⁹⁴

Auch der wiederholte oder längere Aufenthalt im Heimat- oder Herkunftsstaat führt dazu, dass der Schutzstatus S widerrufen wird.¹⁹⁵ Dadurch wird widerlegt, dass die Person Schutz in der Schweiz benötigt. Im Fall der Ukraine wird der Schutzstatus S widerrufen, wenn die Person sich mehr als fünfzehn Tage pro Quartal in der Ukraine oder mehr als zwei Monate in einem Drittstaat aufhält.¹⁹⁶ Dasselbe gilt, wenn das SEM nachträglich erfährt, dass der Wohnsitz zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs nicht in der Ukraine war

¹⁹¹ SEM, Medienmitteilung vom 9. November 2022; GENERALSEKRETARIAT EJPD, S. 16.

¹⁹² Art. 78 Abs. 1 Bst. a AsylG

¹⁹³ Urteil des BVGer D-60/2023 vom 12. Januar 2023, S. 6.

¹⁹⁴ Art. 78 Abs. 1 Bst. b AsylG

¹⁹⁵ Art. 78 Abs. 1 Bst. c AsylG

¹⁹⁶ SEM, Medienmitteilung vom 2. Juni 2022.

und die schutzbedürftige Person in einem Drittstaat ein ordentliches Aufenthaltsrecht hat. Der Widerruf wird auf Art. 78 Abs. 1 Bst. d AsylG gestützt.¹⁹⁷ Dies war beispielsweise bei einer ukrainischen Staatsbürgerin der Fall, welche gemäss Sachverhalt eine gültige polnische Aufenthaltsbewilligung hatte. Zudem hat sich Polen zur Rückübernahme bereit erklärt. Falls bei der Rückkehr nach Polen keine mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit verbotene Strafe oder Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK droht, sind die Voraussetzungen für den Widerruf gemäss Art. 78 Abs. 1 Bst. d AsylG erfüllt.¹⁹⁸

8.3 Erlöschen

Neben der Beendigung und dem Widerruf des Schutzstatus S kann dieser erlöschen, wenn die Person ihren Lebensmittelpunkt ins Ausland verlegt,¹⁹⁹ auf den Schutz verzichtet,²⁰⁰ gestützt auf das AIG eine Niederlassungsbewilligung erhalten hat²⁰¹ oder mit einer rechtskräftigen Landesverweisung belegt ist.²⁰²

9 Schlussbetrachtung

Bei der Auseinandersetzung mit der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Schutzstatus S konnten wichtige Erkenntnisse gewonnen werden, welche nun eingeordnet und bewertet werden.

Die vorliegende Arbeit hat ergeben, dass ukrainischen Staatsbürgerinnen und -bürgern der vorübergehende Schutz gewährt wird, sofern der Wohnsitz bei Kriegsausbruch in der Ukraine lag. Mit der Nennung des Stichdatums, dem 24. Februar 2022, wird an ein objektives Kriterium angeknüpft. Sofern der Wohnsitz am genannten Datum ausserhalb der Ukraine war, muss die gesuchstellende Person folglich Gründe geltend machen, weshalb sie nicht in das Herkunftsland zurückkehren kann. Objektive Kriterien sind geeignet, um zu prüfen, ob eine Person unter die definierte Schutzgruppe fällt. Damit wird der Sinn und Zweck des Schutzstatus S, schnell und unbürokratisch Schutz zu gewähren, erfüllt.

¹⁹⁷ Urteil des BVerfG D-4118/2022 vom 21. Dezember 2022, E. 4.3.

¹⁹⁸ Urteil des BVerfG D-4118/2022 vom 21. Dezember 2022, S. 2 ff.

¹⁹⁹ Art. 79 Bst. a AsylG

²⁰⁰ Art. 79 Bst. b AsylG

²⁰¹ Art. 79 Bst. c AsylG

²⁰² Art. 79 Bst. c AsylG; KÄLIN/SCHREPPFER, S. 455 f.

Ohne dass in der Allgemeinverfügung ausgeführt wird, wie die rechtliche Stellung von Doppelbürgerinnen und -bürgern ist, konnte die Rechtsprechung Klarheit schaffen. Besitzt eine schutzsuchende Person neben der ukrainischen eine weitere Staatsangehörigkeit, ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten. Gilt einer der Staaten, deren Staatsangehörigkeit die schutzsuchende Person besitzt, als verfolgungssicherer Staat, wird der vorübergehende Schutz nicht gewährt. Wie vom Bundesverwaltungsgericht schlüssig ausgeführt, würde dies ansonsten zu einer Besserstellung von Doppelbürgerinnen und -bürgern führen, da für diese Personen eine Schutzalternative in einem anderen Staat besteht. Dasselbe gilt für jene Personen, welchen bereits in einem anderen Staat ein Schutzstatus gewährt wurde. Eine entsprechende Präzisierung der Allgemeinverfügung wäre sinnvoll.²⁰³

Eine Präzisierung der Allgemeinverfügung wäre auch betreffend der Situation von binationalen Familien angebracht.²⁰⁴ Die Frage, ob der gesamten Familie der vorübergehende Schutz gemäss Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung zu gewähren ist, obwohl beispielsweise nur die Kinder die ukrainische Staatsangehörigkeit besitzen, bleibt offen. Die Rechtsprechung ist diesbezüglich nicht kohärent, was im Lichte der Rechtssicherheit kritisch zu betrachten ist. Es zeigt sich jedoch eine Tendenz, dass Familien, bei welchen nur die Kinder die ukrainische Staatsbürgerschaft besitzen, wohl nicht von dem geschützten Personenkreis von Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung erfasst sind. Es wäre folglich zu prüfen, ob die Familie unter den Schutzbereich von Ziff. I Bst. c der Allgemeinverfügung fällt.

Die Schutzgewährung für nicht-ukrainische Staatsangehörige ist restriktiv. Ob eine Rückkehr ins Heimatland in Sicherheit und dauerhaft möglich ist, stellt eine hohe Anforderung für die Schutzgewährung dar. Folglich wurde der Grossteil der Beschwerden abgewiesen. In einigen Fällen wurde die Beschwerde gutgeheissen, da der Sachverhalt nicht ausreichend abgeklärt wurde oder die Begründungspflicht durch das SEM verletzt wurde. Im Allgemeinen scheint es fraglich, ob die Befragung i.S.v. Art. 26 AsylG ausreichend tief ist, um festzustellen, ob die Rückkehr möglich ist. Dasselbe gilt für die Prüfung, ob Wegweisungsvollzugshindernisse vorliegen. Im Übrigen konnte die Rechtsprechung nicht

²⁰³ UNHCR, Weiterbestand.

²⁰⁴ UNHCR, Weiterbestand.

klar aufzeigen, inwieweit sich die Frage nach der dauerhaften und sicheren Rückkehr ins Heimatland von jener abgrenzt, ob die Wegweisung vollzogen werden kann.²⁰⁵

Bezüglich der Definition der Schutzgruppe kann abschliessend festgehalten werden, dass nur eine klar definierte Schutzgruppe geeignet ist, einer Gruppe von Personen schnell und unbürokratisch Schutz zu gewähren. Objektive Kriterien sind wesentlich, um die Zugehörigkeit zu der definierten Gruppe festzustellen. Unklar definierte Schutzgruppen bringen einen vertieften Abklärungsbedarf mit sich, was dem Instrument des vorübergehenden Schutzes widerspricht, da der Schutzstatus S in einem vereinfachten Verfahren gewährt werden soll. In der Praxis lässt es sich nicht vermeiden, dass auch im Verfahren um die Gewährung des vorübergehenden Schutzes individualrechtliche Verfahren durchzuführen sind.²⁰⁶

Wird der vorübergehende Schutz verweigert, muss subsidiär geprüft werden, ob der Vollzug der Wegweisung zulässig, zumutbar und möglich ist, sofern keine Asylgründe geltend gemacht wurden. Aufgrund der aktuellen Situation ist eine Wegweisung in die Ukraine unzumutbar. Ob das SEM über die Kompetenz verfügt, Personen aus dem gesamten Schengen-Raum wegzuweisen, wurde vom Bundesverwaltungsgericht nicht einheitlich beantwortet. Trotz der uneinheitlichen Rechtsprechung führt es für die Beschwerdeführenden zu demselben Ergebnis. In einem anderen Schengen-Staat kann vorübergehenden Schutz beantragt werden, da die Verfügung entweder keine Rechtswirkung ausserhalb der Schweiz erzeugt oder es sich dabei lediglich um eine Entfernungsmassnahme handelt.

Wie den gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen ist, geht der Schutzstatus S dem Asylverfahren vor, sofern gemäss Art. 69 Abs. 2 AsylG nicht eine offensichtliche Verfolgung i.S.v. Art. 3 AsylG vorliegt. Wann dies der Fall ist, konnte der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht entnommen werden.²⁰⁷ Die Regelung, dass mit der Gewährung des vorübergehenden Schutzes ein allfälliges Asylverfahren sistiert wird und die Schutzgewährung nicht anfechtbar ist, bleibt kritisch zu hinterfragen, da es die Garantien aus Verfassungs- und Völkerrecht verletzt. Zudem gilt es auch die Ungleichbehandlung zwischen Schutzsuchenden aus der Ukraine und den Schutzsuchenden aus anderen

²⁰⁵ SOMMER, S. 24.

²⁰⁶ SOMMER, S. 24.

²⁰⁷ SOMMER, S. 24.

Staaten kritisch zu hinterfragen, da letztere keinen Anspruch auf den Schutzstatus S haben und ihnen somit eine bessere Rechtsstellung verwehrt bleibt.²⁰⁸

Unbeantwortet bleibt die Frage, weshalb das SEM trotz mehrmaliger deutlicher Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts, eine fünftägige statt die gemäss Art. 108 Abs. 6 AsylG anwendbare dreissigtägige Beschwerdefrist in den Rechtsmittelbelehrungen angebracht hat.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass der Schutzstatus S über 79'000 Personen²⁰⁹ in der Schweiz gewährt wurde und somit die Möglichkeit auf ein sicheres Zuhause während der Dauer eines allgemeinen Gewaltzustandes in ihrem Heimat- oder Herkunftsland, der Ukraine, sicherstellt. Ob dies auch im Rahmen des regulären Asylverfahrens zu bewältigen gewesen wäre, kann nur spekuliert werden. Sicher ist, dass mit der erstmaligen Aktivierung des Schutzstatus S wertvolle Erfahrungen bezüglich dessen Anwendung und Umsetzung gewonnen werden konnten. Es wird sich in Zukunft zeigen, welche Auswirkungen die erstmalige Aktivierung des Schutzstatus S auf das schweizerische Asylsystem haben wird.

²⁰⁸ UNHCR, Empfehlungen, S. 7.

²⁰⁹ SEM, Statistik Gesuche um Schutz (Stand 02.05.2023).

Eigenständigkeitserklärung

Ich, Sarah Flütsch, erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Benutzung der angegebenen Quellen verfasst habe.

Gleichzeitig nehme ich zur Kenntnis, dass die ausschliesslichen Verwendungsbefugnisse dieser Arbeit bei der ZHAW liegen. Das Recht auf Nennung der Urheberschaft bleibt davon unberührt.

Würenlos, 30. Mai 2023

Sarah Flütsch