

2020 VI/4

Auszug aus dem Urteil der Abteilung V
i. S. A. gegen Staatssekretariat für Migration
E-2188/2019 vom 30. Juni 2020

Dienstverweigerung im syrischen Bürgerkrieg. Abgrenzung legitimer Strafverfolgung von illegitimer Verfolgung bei Bestrafung von Dienstverweigerung. Politmalus. Darstellung und Bestätigung der Praxis.

Art. 3 Abs. 2 und 3 AsylG. Art. 3 EMRK. Art. 3 Abs. 1 FoK.

1. Einem syrischen Dienstverweigerer, der sich in der Vergangenheit politisch exponiert hat, droht aus politischen Gründen eine unverhältnismässig strenge Bestrafung. Diese führt zur Anerkennung als Flüchtling; Bestätigung der Praxis seit BVGE 2015/3 (E. 5.1.1 und 5.1.2).
2. Bestehen keine zusätzlichen exponierenden Faktoren, droht einem Dienstverweigerer keine Strafe, die mit genügender Wahrscheinlichkeit die Schwelle der Asylrelevanz erreicht (E. 6.2.4).
3. Sofern der Betroffene in Syrien wegen seiner glaubhaft gemachten Dienstverweigerung mit erheblicher Wahrscheinlichkeit (im Sinne eines « real risk ») eine Behandlung gewärtigen müsste, die der Folter gleichkommt, ist diese Strafe mit einem Politmalus behaftet. Es liegt dann eine asylrelevante Verfolgung vor und nicht nur ein völkerrechtliches Vollzugshindernis im Sinne des Art. 3 EMRK oder des Art. 3 Abs. 1 FoK; Bestätigung der Praxis von BVGE 2014/28 und 2015/3 (E. 6).

Refus de servir dans la guerre civile syrienne. Délimitation entre la poursuite pénale légitime et la persécution illégitime en cas de sanction du refus de servir. Malus politique. Exposé et confirmation de la pratique.

Art. 3 al. 2 et 3 LAsi. Art. 3 CEDH. Art. 3 al. 1 Convention contre la torture.

1. Un objecteur de conscience syrien qui s'est déjà exposé politiquement par le passé risque une peine d'une sévérité disproportionnée.

tionnée, pour des raisons politiques, ce qui conduit à la reconnaissance de la qualité de réfugié. Confirmation de la pratique depuis l'ATAF 2015/3 (consid. 5.1.1 et 5.1.2).

2. En l'absence de facteurs d'exposition autres que le refus de servir, l'objecteur de conscience ne risque pas une peine qui atteigne, avec une vraisemblance suffisante, le seuil de pertinence pour l'octroi de l'asile (consid. 6.2.4).
3. Si l'intéressé a rendu crédible son refus de servir et doit s'attendre selon une haute probabilité (au sens d'un « real risk ») à subir pour cette raison en Syrie un traitement qui s'apparente à de la torture, cette peine est affectée d'un malus politique. Il s'agit alors d'une persécution déterminante en matière d'asile et non pas uniquement d'un obstacle à l'exécution du renvoi relevant du droit international au sens de l'art. 3 CEDH ou de l'art. 3 al. 1 Convention contre la torture; confirmation de la pratique des ATAF 2014/28 et 2015/3 (consid. 6).

Rifiuto del servizio nella guerra civile siriana. Distinzione tra perseguimento penale legittimo e persecuzione illegittima in caso di sanzione del rifiuto di servire. Malus politico. Illustrazione e conferma della prassi.

Art. 3 cpv. 2 e 3 LAsi. Art. 3 CEDU. Art. 3 cpv. 1 Convenzione contro la tortura.

1. Un obiettore di coscienza siriano, già esposti politicamente nel passato, rischia una pena sproporzionata motivata politicamente, ciò che giustifica il riconoscimento della qualità di rifugiato; conferma della prassi applicata a partire dalla DTAF 2015/3 (consid. 5.1.1 e 5.1.2).
2. In assenza di elementi di rischio supplementari un obiettore di coscienza non rischia una pena tale da rendere sufficientemente verosimile il raggiungimento della soglia di rilevanza prevista per la concessione dell'asilo (consid. 6.2.4).
3. Se l'interessato a causa della sua renitenza resa verosimile deve aspettarsi con notevole probabilità (nel senso di un « real risk ») di subire un trattamento equiparabile a una tortura in Siria, v'è da considerare che la pena sia assortita da un malus politico. Essa configura così una persecuzione rilevante in materia d'asilo e non

solo una violazione dell'art. 3 CEDU o dell'art. 3 cpv. 1 Convenzione contro la tortura ostativa all'esecuzione dell'allontanamento; conferma della prassi definita nelle DTAF 2014/28 e 2015/3 (consid. 6).

Der syrische Beschwerdeführer ersuchte am 13. Juni 2018 in der Schweiz um Asyl. Zur Begründung seines Gesuchs brachte er vor, er sei ethnischer Kurde und stamme aus einem Dorf in der Region Qamishli. Syrien habe er verlassen, weil er als Reservist ein Aufgebot für die Syrische Armee erhalten habe, dem er nicht habe Folge leisten wollen.

Bereits während des ordentlichen Militärdienstes von 2004–2006 sei er den Behörden aufgefallen. Während des Grundwehrdienstes 2004 habe man einen Rapport erstellt, weil er einen Vorgesetzten wegen dessen einseitiger Schuldzuweisung gegen die Kurden hinterfragt habe. Im Jahr 2005 habe er während des Fastenmonats einen arabischen Soldaten geschlagen, weil dieser vorher einen anderen Kurden geschlagen habe. Dieser Vorfall habe zu einem Verfahren vor dem Militärgericht in Damaskus geführt. Vor der Verhandlung habe er zwei Monate in Untersuchungshaft gesessen. Der Richter habe den Vorfall nicht als gravierend erachtet und ihn nach zehn Tagen aus der Haft entlassen. Bei der Entlassung aus dem Militärdienst habe man ihm jedoch mitgeteilt, dass er nur vorläufig entlassen werde und noch drei Monate nachdienen müsse. In der Folge habe er jeglichen Behördenkontakt zu vermeiden versucht und danach keine weiteren Probleme mit den syrischen Behörden gehabt.

Im Jahr 2014 habe er ein Aufgebot für den Militär-Reservedienst in der Syrischen Armee erhalten, dem er nicht habe Folge leisten wollen. Daraufhin habe er Damaskus verlassen und sich in seinem Heimatdorf versteckt. Nach rund einem Jahr habe er Syrien endgültig verlassen, im Januar 2016 sei er über Irak, die Türkei und Griechenland in die Schweiz gereist.

Am 8. April 2019 lehnte das Staatssekretariat für Migration (SEM) das Asylgesuch des Beschwerdeführers ab und verfügte die Wegweisung. Da es die Rückkehr in den Heimatstaat Syrien jedoch nicht für zulässig erachtete, ordnete es eine vorläufige Aufnahme an. Unter Verweis auf BVGE 2015/3 argumentierte das SEM, dass eine Wehrdienstverweigerung oder Desertion die Flüchtlingseigenschaft nicht per se begründe, sondern nur, wenn damit eine Verfolgung im Sinne des Art. 3 AsylG (SR 142.31) einhergehe. Laut Länderinformationen zur Situation in Syrien unterstelle

das Regime nicht allen Deserteuren oder Wehrdienstverweigerern eine regierungsfeindliche Haltung, sondern nur solchen, die zusätzlich noch ein politisches Profil aufwiesen. Eine Bestrafung der Desertion oder Wehrdienstverweigerung erfolge demnach nur dann aus Gründen im Sinne des Art. 3 AsylG, wenn zusätzliche einzelfallspezifische Faktoren vorlägen. Im Fall des Beschwerdeführers seien keine einzelfallspezifischen Risikofaktoren ersichtlich, welche ein politisches Profil zu begründen vermöchten. Die von einem Gericht damals als unerheblich eingestuften Vorfälle während des Militärdienstes vermöchten kein politisches Profil zu begründen, zumal der Beschwerdeführer selbst geltend gemacht habe, nie weitere Probleme mit den syrischen Behörden gehabt zu haben. Auch aus dem eingereichten Haftbefehl gehe lediglich hervor, dass man ihn habe festnehmen wollen, um sicherzustellen, dass er den Reservedienst antrete. Aufgrund der Sicherheitslage in Syrien sei der Vollzug aber als unzulässig zu erachten. Es sei nicht auszuschliessen, dass dem Beschwerdeführer Strafmassnahmen drohen könnten, die gegen Art. 3 EMRK verstossen würden.

Am 6. Mai 2019 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde und ersuchte um die Aufhebung des angefochtenen Entscheids; es sei ihm Asyl zu gewähren, eventualiter sei seine Flüchtlingseigenschaft festzustellen. Die heimischen Behörden hätten ihn als politischen Gegner und Dienstverweigerer registriert.

In seiner Stellungnahme vom 20. Mai 2019 beantragte das SEM die Abweisung der Beschwerde. Das Regime unterstelle Wehrdienstverweigerern oder Deserteuren nur dann eine regierungsfeindliche Haltung, wenn zusätzliche einzelfallspezifische Faktoren vorlägen. Der dem Beschwerdeführer möglicherweise drohenden Bestrafung aufgrund der Wehrdienstverweigerung sei bereits durch die Feststellung der Unzulässigkeit des Vollzugs Rechnung getragen worden.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Die Vorinstanz verweigerte die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft des Beschwerdeführers im Wesentlichen mit dem Argument, dass nicht allen wehrdienstfähigen syrischen Männern, die den Reservedienst verweigerten, im Fall einer Rückkehr nach Syrien eine asylrelevante Verfolgung durch das Regime drohe, sondern nur jenen, bei denen davon

ausgegangen werden müsse, dass ihnen aufgrund zusätzlicher, einzelfall-spezifischer Faktoren vom syrischen Regime eine regierungsfeindliche Haltung unterstellt werde. Diese Einschätzung entspreche der in BVGE 2015/3 formulierten Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und decke sich auch mit den Ländererkenntnissen des SEM aus dem Oktober 2018. Der Beschwerdeführer falle nicht in diese Kategorie, in seinem Fall seien keine Anhaltspunkte für das Vorliegen von besonderen Faktoren ersichtlich. Der ihm möglicherweise drohenden Bestrafung aufgrund der Wehrdienstverweigerung, bei der ein « real risk » bestehe, wonach die vom syrischen Regime gegen Refraktäre angewandten Massnahmen gegen Art. 3 EMRK und Art. 25 Abs. 3 BV verstossen könnten, werde vorliegend durch die Feststellung der Unzulässigkeit des Vollzugs Rechnung getragen.

In seiner Vernehmlassung unterstreicht das SEM noch einmal, es könne im syrischen Kontext nicht geschlossen werden, dass die syrischen Behörden allen Wehrdienstverweigerern oder Deserteuren eine regierungsfeindliche Haltung unterstellen würden. Dies lasse sich erst dann bejahen, wenn neben der Wehrdienstverweigerung oder Desertion zusätzliche einzelfall-spezifische Risikofaktoren gegeben seien. Beim Beschwerdeführer sei dies nicht zu bejahen und es sei nicht davon auszugehen, die syrischen Behörden würden ihm eine regierungsfeindliche Haltung unterstellen. Hingegen bestehe das « real risk », dass ihm eine gegen Art. 3 EMRK verstossende, mithin foltergleiche Strafe drohe.

4.2 Der Beschwerdeführer warf der Vorinstanz vor, sie stütze ihren Entscheid nicht auf konkrete Tatsachen ab, sondern auf Mutmassungen und Spekulationen. Er habe glaubhaft machen können, in Syrien bereits während seines regulären Militärdienstes im Gefängnis gewesen zu sein, da er einen Kurden verteidigt habe. Deshalb sei er in der Folge nur provisorisch vom Dienst entlassen worden und habe nach Ausbruch des Bürgerkriegs einen Einberufungsbefehl erhalten. Diese Vorgänge seien dokumentiert, in seinem Militärbüchlein sei die provisorische Entlassung vermerkt. Aufgrund seiner Wehrdienstverweigerung werde er in Syrien bis heute gesucht; in den Augen des Regimes sei er ein politischer Gegner und Dienstverweigerer. Es sei bekannt, mit welcher Härte das Regime gegen Dienstverweigerer, politische Gegner und andere als Verräter eingestufte Personen vorgehe, in Haft komme es zu Folterungen und Exekutionen. Zudem begehe das syrische Militär im Bürgerkrieg schwerste Menschenrechtsverletzungen. Aus Sicht des Hochkommissariats der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (UNHCR) gälten Wehrdienstverweigerer und

Deserteure im syrischen Konflikt deshalb als relevante Risikogruppe. Er sei daher unmittelbar, ernsthaft und konkret an Leib und Leben gefährdet.

5. Der Beschwerdeführer macht zur Hauptsache eine drohende Verfolgung aufgrund seiner Weigerung, dem Einberufungsbefehl in den Reservedienst Folge zu leisten, geltend. Ausserdem bringt er vor, bereits während des regulären Militärdienstes in Konflikt mit den Vorgesetzten geraten zu sein und dadurch als oppositionell eingestellt aufgefallen zu sein.

Das Bundesverwaltungsgericht erachtet dieses Vorbringen aus den folgenden Erwägungen für begründet.

5.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich mit der Frage der flüchtlingsrechtlichen Relevanz der Bestrafung von Wehrdienstverweigerern und Refraktären im syrischen Kontext in BVGE 2015/3 befasst.

5.1.1 Mit den dringlichen Änderungen des Asylgesetzes vom 28. September 2012 wurde die Bestimmung zum Flüchtlingsbegriff (Art. 3 AsylG) um einen Abs. 3 ergänzt, mit dem die Praxis betreffend die Flüchtlingsanerkennung im Fall von Wehrdienstverweigerung und Desertion präzisiert werden sollte. Gemäss dieser Bestimmung sind keine Flüchtlinge Personen, die wegen Wehrdienstverweigerung oder Desertion ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden; vorbehalten bleibt die Einhaltung des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30). Die Tragweite und Bedeutung dieser Bestimmung hielt das Bundesverwaltungsgericht in seinem Grundsatzurteil BVGE 2015/3 fest (vgl. dazu auch CONSTANTIN HRUSCHKA, in: Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, N. 23 ff. zu Art. 3 AsylG; POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, in: Code annoté de droit des migrations, Bd. IV, 2015, N. 115 ff. zu Art. 3 AsylG). Das Urteil BVGE 2015/3 äussert sich in grundsätzlicher Weise zur Asylrelevanz von Wehrdienstverweigerung und Desertion im Lichte der neuen Gesetzesbestimmung. Nach ausführlicher Darstellung der Entstehungsgeschichte der Norm, der parlamentarischen Debatte um Art. 3 Abs. 3 AsylG sowie der Erörterung der massgeblichen Rechtsprechung der Asylrekurskommission (ARK) und unter Berücksichtigung der auch für das Bundesverwaltungsgericht gültigen höchstrichterlichen Auslegungsmethodik (vgl. BVGE 2009/8 E. 7.1; BVGE 2012/2 E. 3.1) wurden in BVGE 2015/3 folgende grundsätzliche Feststellungen getroffen:

Die bestehende Praxis des Bundesamtes für Migration (BFM, heute SEM) und des Bundesverwaltungsgerichts gibt keinen Anlass zu inhaltlichen Korrekturen, mit der Einführung der neuen Bestimmung wird lediglich eine Verdeutlichung der geltenden Rechtslage angestrebt. Art. 3 Abs. 3 AsylG verdeutlicht demnach die geltende Praxis, die insbesondere im publizierten Entscheid der ARK (Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 3) niedergelegt wurde. Dieser Praxis zufolge stellt eine Bestrafung von Dienstverweigerung und Desertion zur Durchsetzung grundsätzlich legitimer Dienstpflichten eine legitime Strafverfolgung, nicht eine flüchtlingsrelevante Verfolgung dar. Asylrelevanz ergibt sich dann, wenn die wegen Verletzung der Dienstpflicht drohende Strafe entweder aus Gründen nach Art. 3 AsylG diskriminierend höher ausfällt (relativer Malus) oder an sich unverhältnismässig hoch ist, sodass auf eine politische Verfolgungsmotivation geschlossen werden muss (absoluter Malus; vgl. BVGE 2015/3 E. 5.7.2).

Die in E. 5.8 des Urteils vorgenommene Auslegung kommt zum Ergebnis, dass auch nach der Einführung von Art. 3 Abs. 3 AsylG die bisherige Rechtspraxis in Bezug auf Personen, die ihr Asylgesuch mit einer Wehrdienstverweigerung oder Desertion im Heimatstaat begründen, weiterhin gültig ist. Demnach vermag eine Wehrdienstverweigerung oder Desertion nicht allein die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, sondern nur dann, wenn damit eine Verfolgung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 AsylG verbunden ist, mit anderen Worten die betroffene Person aus den in dieser Norm genannten Gründen (Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politische Anschauungen) wegen ihrer Wehrdienstverweigerung oder Desertion eine Behandlung zu gewärtigen hat, die ernsthaften Nachteilen gemäss Art. 3 Abs. 2 AsylG gleichkommt (vgl. BVGE 2015/3 E. 5.9).

5.1.2 In Bezug auf die spezifische Situation in Syrien kam das Bundesverwaltungsgericht vor dem Hintergrund der analysierten Lageberichte in BVGE 2015/3 zum Schluss, dass eine drohende asylbeachtliche Verfolgung dann anzunehmen sei, wenn die Dienstverweigerung als Ausdruck der Regimefeindlichkeit aufgefasst werde, wenn also die drohende Strafe nicht allein der Sicherstellung der Wehrpflicht dienen würde, sondern damit zu rechnen sei, dass der Beschwerdeführer als politischer Gegner qualifiziert und als solcher unverhältnismässig schwer bestraft würde

(BVGE 2015/3 E. 6.7.3). Das Gericht erachtete die genannten Voraussetzungen im Falle eines syrischen Refraktärs als erfüllt, der der kurdischen Ethnie angehörte, einer oppositionell aktiven Familie entstammte und bereits in der Vergangenheit die Aufmerksamkeit der staatlichen syrischen Sicherheitskräfte auf sich gezogen hatte, indem er sich politisch exponiert hatte (BVGE 2015/3 E. 6.7.3).

Das Gericht geht demnach davon aus, dass bei Wehrdienstverweigerung im syrischen Kontext jedenfalls dann eine asylrelevante Strafe in begründeter Weise zu befürchten ist, wenn zusätzliche exponierende Faktoren gegeben sind, welche darauf schliessen lassen, dass eine Person als Regimegegner angesehen wird und somit aus politischen Gründen eine unverhältnismässige Strafe zu befürchten hätte. Hingegen geht das Gericht in ständiger Praxis nicht davon aus, dass « herkömmlichen Wehrdienstverweigerern », das heisst solchen, die nicht zusätzlich politisch exponiert sind, mit genügender Wahrscheinlichkeit eine die Schwelle der Asylrelevanz erreichende Strafe droht.

In zahlreichen, in der Folge des Entscheids BVGE 2015/3 ergangenen, nicht publizierten Urteilen hat das Bundesverwaltungsgericht diese Praxis betreffend Dienstverweigerer und Deserteure aus Syrien gefestigt (vgl. statt vieler die Urteile des BVGer E-5262/2018 vom 19. Dezember 2018 E. 6.1; E-3366/2018 vom 4. Juni 2019 E. 6.3.1; D-3914/2018 vom 19. August 2019 E. 4.2.4; D-2391/2019 vom 9. März 2020 E. 7.1).

5.2 Im vorliegend zu beurteilenden Fall geht das Bundesverwaltungsgericht – anders als die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid – davon aus, dass der Beschwerdeführer neben der glaubhaft gemachten Refraktion mit seinen Vorbringen betreffend die Ereignisse während seines regulären Militärdienstes in den Jahren 2004–2006 weitere einzelfallspezifische Risikofaktoren aufzuzeigen vermochte. Zusätzlich zur blossen Weigerung, der Aufforderung zum Einrücken in den Reservedienst nachzukommen, konnte er glaubhaft darlegen, den syrischen Behörden bereits früher und in anderem Kontext als kritische Person mit allenfalls oppositioneller Haltung gegenüber dem Regime aufgefallen zu sein. Das Gericht teilt die Einschätzung des SEM nicht, wonach der Umstand, dass sein Vergehen während des ordentlichen Militärdienstes im Jahr 2005 als geringfügig eingeschätzt und das Verfahren damals eingestellt worden sei, darauf hinweise, dass er den syrischen Behörden keine Anhaltspunkte für eine oppositionelle Haltung geliefert habe. Unter den aktuellen Vorzeichen des andauernden Bürgerkriegs erscheint vielmehr ausschlaggebend, dass der

Beschwerdeführer schon einmal als Verfechter der kurdischen Sache auffällig geworden ist. Die damaligen Probleme resultierten in einem formellen Verfahren vor dem Militärgericht und in einer zweimonatigen Untersuchungshaft; sie fanden Niederschlag im Militärbüchlein des Beschwerdeführers. Es ist somit davon auszugehen, dass die damaligen Vorfälle weiterhin aktenkundig sind und dass der Beschwerdeführer in den Augen des syrischen Geheimdienstes im Fall der Rückkehr als politischer Gegner gelten würde.

5.3 Zwar ist die allgemeine Konfliktlage in Syrien nach wie vor sehr dynamisch und kann sich je nach Region innert kurzer Zeit grundlegend verändern, dennoch ist die in BVGE 2015/3 getroffene Einschätzung betreffend die Gefährdung von Wehrdienstverweigerern und Deserteuren nach Konsultation der aktuellen Berichterstattung über den Konflikt in Syrien weiterhin zutreffend. Militärdienstverweigerer und Deserteure werden durch die syrischen Behörden gesucht und zum Teil gezielt verfolgt (vgl. die vertraulichen Quellen des niederländischen Aussenministeriums, Ministerie van Buitenlandse Zaken, Thematisch ambtsbericht dienstplicht in Syrië, 23.12.2016, < www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/ambtsbericht-en-/2016/12/23/-thematischambtsbericht-dienstplicht-in-syrie/Syri%C3-%AB+-dienstplicht+-2016+-+definitief.pdf >, abgerufen am 13.12.2019; Schweizerische Flüchtlingshilfe [SFH] Syrien: Vorgehen der syrischen Armee bei der Rekrutierung, 18.01.2018, Ziff. 4, S. 7 f., < www.fluechtlingshilfe.ch/assets/herkunftslander/mittlererosten-zentral-asien/syrien/-180118-syr-rekrutierung.pdf >, abgerufen am 12.12.2019).

Gemäss der unter E. 5.1.2 skizzierten Praxis des Gerichts liegen damit beim Beschwerdeführer genügend zusätzliche exponierende Faktoren vor, die den Schluss zulassen, dass er in den Augen des syrischen Regimes nicht als einfacher Dienstverweigerer, sondern vielmehr als politischer Gegner gilt.

Aus diesen Gründen erfüllt der Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft. Sein Vorbringen ist daher nicht nur im Rahmen eines völkerrechtlichen Vollzugshindernisses zu berücksichtigen, sondern es ist asylrelevant, da es eine begründete Furcht vor zukünftiger Verfolgung und ernsthaften Nachteilen aufgrund eines asylrelevanten Verfolgungsmotivs im Sinne von Art. 3 AsylG zu begründen vermag. Da der Beschwerdeführer nach heutiger Konfliktlage auch in keinem anderen Landesteil

Syriens vor der Verfolgung durch das Regime sicher wäre und sein Vorbringen keine Hinweise auf einen Sachverhalt gemäss Art. 53 AsylG aufweist, ist er als Flüchtling anzuerkennen und es ist ihm Asyl zu gewähren.

6.

Das Bundesverwaltungsgericht kann sich auch aus den folgenden Erwägungen, die über den Einzelfall des Beschwerdeführers hinausgehen, der Argumentation der Vorinstanz nicht anschliessen.

6.1 Wie aus der im vorliegenden Verfahren getroffenen Verfügung hervorgeht, folgt das SEM der Auffassung, dass eine Bestrafung wegen « einfacher » Dienstverweigerung im syrischen Kontext nicht asylrelevant sei, wenn sie nicht auch auf einem der in Art. 3 AsylG genannten Verfolgungsmotive beruhe, was nur bejaht werden könne, wenn darüber hinaus zusätzliche weitere Risikofaktoren vorliegen. Dies entspricht soweit der unter E. 5.1.2 dargestellten Praxis des Bundesverwaltungsgerichts.

Des Weiteren argumentiert das SEM im angefochtenen Entscheid, es drohe Wehrdienstverweigerern und Deserteuren ein « real risk », menschenrechtswidrig bestraft und im Rahmen ihrer Bestrafung gefoltert zu werden. Aus diesem Grund erachtet die Vorinstanz den Wegweisungsvollzug angesichts der drohenden Strafe und des hohen Folterrisikos als unzulässig im Sinne von Art. 3 EMRK. Gestützt auf diese Argumentation lehnte sie das Asylgesuch des Beschwerdeführers ab, stellte jedoch die Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs fest.

Diese Einschätzung des SEM basiert auf der Annahme, dass im Fall einer Rückkehr die einem Dienstverweigerer drohende Strafe nur dann asylrechtlich relevant ist, wenn zusätzliche Risikofaktoren vorhanden sind. Ohne zusätzliche Risikofaktoren fehle es der drohenden Strafe an einem flüchtlingsrechtlich relevanten Verfolgungsmotiv. Gleichzeitig geht das SEM davon aus, dass für einen rückkehrenden Wehrdienstverweigerer, auch wenn er keine weiteren Anknüpfungspunkte in Hinblick auf Asyl und Flüchtlingseigenschaft glaubhaft gemacht hat, eine hohe Wahrscheinlichkeit im Sinne eines « real risk » bestehe, einer Strafe ausgesetzt zu werden, die als Folter und unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK, Art. 25 Abs. 3 BV oder Art. 1 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105, FoK) zu charakterisieren wäre.

Diese Sichtweise vermag dogmatisch nicht zu überzeugen, und sie ist auch nicht kohärent mit der rechtlichen Würdigung der Dienstverweigerung im

syrischen Kontext, wie sie das Bundesverwaltungsgericht im Urteil BVGE 2015/3 niedergelegt hat und wie sie unter E. 5.1.2 erläutert wird.

6.2 Lehre und Rechtsprechung anerkennen, dass eine grundsätzlich legitime Strafverfolgung für ein gemeinrechtliches Delikt unter gewissen Bedingungen flüchtlingsrelevante Verfolgung darstellt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Strafe malusbehaftet ist (vgl. grundsätzlich zur Abgrenzung rechtsstaatlich legitimer Strafverfolgung von Verfolgung im asylrechtlichen Sinn BVGE 2014/28 E. 8.3.1 m.w.H.).

6.2.1 Ein Malus im relativen Sinn ist gegeben, wenn eine Person mit bestimmten politischen Anschauungen oder rassischen, religiösen oder sozialen Merkmalen strenger und mit einem höheren Strafmass bestraft wird als Straffällige ohne dieses spezielle Merkmal. Der auf einem asylrelevanten Motiv beruhende Malus bei der Bestrafung stellt den Anknüpfungspunkt für eine asylbeachtliche Verfolgung dar (so bereits WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, 1990, S. 114 f., sowie auch ACHERMANN/HAUSAMMANN, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl. 1991, Ziff. 5.7.2, S. 102 f.). Im absoluten Sinn ist ein Malus in der Strafverfolgung zu bejahen, wenn die Sanktionierung gänzlich unverhältnismässig ausfällt und in ihrer exzessiven Strenge dem zu bestrafenden kriminellen Unrecht in keiner Weise mehr angemessen ist oder einen krassen Verstoss gegen die Menschenrechte darstellt (vgl. NULA FREI, in: Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 2. Aufl. 2015, S. 197 f.). Die mit einem absoluten Malus behaftete Strafe begründet dann die Flüchtlingseigenschaft, wenn sie auf einer relevanten Verfolgungsmotivation beruht; die Praxis geht davon aus, dass bei gewissen Delikten – zu denen insbesondere Desertion und Refraktion zählen, die sich in ihrem Kern gegen eine staatliche Verpflichtung zur Wehrdienstleistung richten – in der exzessiven Bestrafung ein Indiz dafür zu erkennen ist, dass der Verfolger neben der Ahndung der Straftat auch oder besonders die vermutete oppositionelle Einstellung des Täters treffen will. Die krasse Unverhältnismässigkeit der Strafe lässt hier darauf schliessen, dass neben der Sanktionierung der Straftat auch eine vermutete oppositionelle Gesinnung bestraft werden soll (vgl. BVGE 2014/28 E. 8.3.1 mit Verweis auf BVGE 2013/25 E. 5.1 und EMARK 2006 Nr. 3 E. 4; CHRISTA LUTERBACHER, Die flüchtlingsrechtliche Behandlung von Dienstverweigerung und Desertion, 2004, S. 44 ff.; ZIMMERMANN/MAHLER, in: The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, Oxford 2011, Art. 1 A Par. 2 N. 536 ff.).

6.2.2 Im Zusammenhang mit Desertion und Wehrdienstverweigerung entspricht es der gefestigten Praxis der Schweizer Asylbehörden, dass eine Bestrafung wegen Militärdienstverweigerung dann nicht zum Asyl führt, wenn sie eine direkte Folge der Verletzung einer staatsbürgerlichen Pflicht ist und daher grundsätzlich legitim erfolgt (vgl. LUTERBACHER, a.a.O., S. 36 ff.; KÄLIN, a.a.O., S. 115 ff.; EMARK 2006 Nr. 3 E. 4.2 m.w.H.).

Es gelten jedoch Ausnahmen. Nach denselben Kriterien wie bei der Beurteilung von gemeinrechtlichen Straftätern geht die Schweizer Praxis auch bei der Bestrafung von Wehrdienstverweigerern oder Deserteuren dann vom Vorliegen einer asylrelevanten Verfolgung aus, wenn der geflohene Wehrdienstverweigerer oder Deserteur aus asylrelevanten Motiven (i.S.v. Art. 3 Abs. 1 AsylG) mit einer unverhältnismässig schweren Bestrafung im Sinne eines absoluten Malus zu rechnen hat oder wenn das Strafmass für ihn im Sinne eines relativen Malus aufgrund eines asylrelevanten Motivs höher ausfällt als für Deserteure oder Dienstverweigerer ohne diesen spezifischen Hintergrund. Ebenfalls als illegitim und daher flüchtlingsrechtlich relevant gilt eine Einberufung zum Wehrdienst, wenn sie darauf abzielt, einen Wehrpflichtigen in völkerrechtlich verpönte Handlungen zu verstricken (vgl. EMARK 2006 Nr. 3 E. 4.2; 2004 Nr. 2 E. 6b.aa; LUTERBACHER, a.a.O., S. 173 ff.). Das Bundesverwaltungsgericht hat sich dieser von der vormaligen ARK und der Lehre entwickelten Doktrin angeschlossen und folgt ihr in seiner Rechtsprechung (vgl. BVGE 2015/3, der in E. 5.7.1 auf die Rechtsprechung der ARK verweist).

Wie bereits unter E 5.1.1 dargelegt, kam das Gericht in BVGE 2015/3 zum Schluss, dass auch durch den mit Beschluss vom 28. September 2012 in Art. 3 AsylG eingefügten Abs. 3 keine Abweichung vom Flüchtlingsbegriff der FK beabsichtigt wurde und auch keine Änderung der Praxis hinsichtlich der Rolle, die eine Wehrdienstverweigerung oder Desertion für die Flüchtlingseigenschaft spielt, erfolgte (vgl. BVGE 2015/3 E. 5.3; HRUSCHKA, a.a.O., N. 23 zu Art. 3 Abs. 3 AsylG).

6.2.3 Bei der Prüfung der asylrechtlichen Relevanz der Bestrafung von Refraktion und Desertion ist demnach zu unterscheiden, ob die drohende Strafe als malusbehaftet im absoluten Sinn gelten muss oder nicht. Wird ein Dienstverweigerer oder Deserteur in einer unverhältnismässig strengen und exzessiven Art bestraft, die weit darüber hinausgeht, das Unrecht einer Missachtung militärrechtlicher Pflichten zu ahnden, so muss davon ausgegangen werden, mit der Bestrafung der Dienstverweigerung oder Deser-

tion solle zusätzlich auch der Ausdruck einer staatsfeindlichen und oppositionellen Haltung getroffen und bekämpft werden; damit liegt einer solchen Bestrafung ein asylrelevantes Motiv, die Verfolgung einer (zumindest unterstellten) politischen Gesinnung, zugrunde.

Sofern das SEM davon ausgeht, dass für eine Person aufgrund der Desertion oder Dienstverweigerung ein hohes Risiko besteht, deshalb gefoltert zu werden oder in anderer Weise grausam bestraft zu werden, so muss dies im oben skizzierten Rahmen ausreichen, um das Vorliegen einer absolut malusbehafteten Bestrafung bejahen zu können. Die Argumentation, wonach eine solche Bestrafung « nur » im Rahmen der Unzulässigkeit des Vollzugs der Wegweisung zu berücksichtigen sei, vernachlässigt den Aspekt, dass die einem Dienstverweigerer drohende Folterstrafe dem Unrecht, die Dienstpflicht zu verletzen, offenkundig nicht angemessen ist, sondern krass unverhältnismässig erscheinen muss. Von einer legitimen Bestrafung der Verletzung militärrechtlicher Verpflichtungen kann in einem solchen Fall nicht mehr die Rede sein.

6.2.4 Es ist ausserdem mit der vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Praxis zur Asylbeachtlichkeit von Desertion und Dienstverweigerung im syrischen Kontext nicht zu vereinbaren, wenn das SEM davon ausgeht, dass Dienstverweigerern, für die nicht zusätzliche einzelfallspezifische Risikofaktoren gegeben sind, keine flüchtlingsrechtlich relevanten Strafen drohen, obwohl es gleichzeitig feststellt, diese Personen hätten drohende Folterstrafen im Sinne eines « real risk » begründet zu befürchten.

Das Bundesverwaltungsgericht geht – wie in E. 5.1.2 dargelegt – vielmehr davon aus, dass « einfachen », « herkömmlichen » syrischen Wehrdienstverweigerern, also solchen, bei denen keine Anknüpfungspunkte für die Annahme des Vorliegens eines Verfolgungsmotivs im Sinne des Art. 3 AsylG ausgemacht werden können, keine derart schwere Bestrafung im Fall der Rückkehr droht, als dass die Schwelle des Art. 3 Abs. 2 AsylG – beziehungsweise des Art. 3 EMRK oder des Art. 1 FoK – überschritten wäre. Derartige niedrigere Strafen sind also nicht als mit einem Malus behaftet zu erachten, sondern gelten als Ahndung des gemeinrechtlichen Delikts der Refraktion; die Bestrafung beruht dann nicht auf einer zusätzlichen Verfolgungsmotivation. Demnach geht das Gericht in seiner Praxis für die « nicht weiter exponierten Wehrdienstverweigerer » davon aus, dass diesen nicht mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit eine zur Bejahung der Asylrelevanz genügend intensive Strafe drohe. Diese Einschätzung

lässt jedoch die Schlussfolgerung, wonach einer den Wehrdienst verweigernden Person zwar Folter und grausame Bestrafung drohe, diese aber nicht asylrelevant sei, nicht zu. Vielmehr besagt die länderspezifische Einschätzung des Gerichts, dass bei « einfachen Wehrdienstverweigerern » eine die Schwelle der Asylrelevanz erreichende Strafe nicht mit genügender Wahrscheinlichkeit drohe.

Wird dagegen festgestellt, dass für den Betroffenen das « real risk » einer überproportional grausamen Bestrafung und drohender Folter tatsächlich besteht, so muss dieser Umstand – die besonders grausame Bestrafung – richtigerweise unter dem Gesichtspunkt eines « absoluten Malus » auch weiterhin als asylrelevant gewürdigt werden. Eine solch grausame Bestrafung beruht dann nicht nur auf der Ahndung des « Unrechts » der Wehrdienstverweigerung, sondern sie drückt in ihrer Grausamkeit vielmehr aus, dass der Bestrafte vom syrischen Regime auch als politischer Feind betrachtet wird (vgl. E. 5.1.2). Die unverhältnismässige Strenge der Sanktion, die dem Unrecht der Dienstverweigerung in keiner Weise mehr angemessen ist, kann nicht mehr einzig dem Zweck dienen, eine legitimerweise bestehende Dienstpflicht durchzusetzen, sondern muss vielmehr darüber hinaus auf einer Absicht des Verfolgerstaats gründen, im Dienstverweigerer auch den politisch Oppositionellen auszuschalten.

6.2.5 Abgesehen davon, dass beim Beschwerdeführer, wie unter E. 5.2 dargelegt, ohnehin zusätzliche Anknüpfungspunkte vorliegen, weshalb er in den Augen des Regimes als oppositionell eingestellt gelten muss, müsste ihn das SEM als Flüchtling anerkennen, sofern es davon ausgeht, dass er im Fall einer Rückkehr nach Syrien mit hoher Wahrscheinlichkeit von den dortigen Behörden behelligt, inhaftiert und bestraft werden würde und dabei ein hohes Risiko bestehe, dass er Opfer von Verfolgungshandlungen im Sinne des Art. 3 EMRK werde. Falls der Beschwerdeführer im Fall der Rückkehr von einer solch exzessiven Strafe (Folter) bedroht wäre, würde dies bedeuten, dass er nicht bloss als eine Person wahrgenommen und sanktioniert würde, die ihrer Dienstpflicht nicht nachkommt, sondern dass er von den syrischen Behörden als oppositionell eingestellter Gegner des Assad-Regimes und als Verräter wahrgenommen würde. Damit liegt der drohenden Folterstrafe die Verdächtigung der politischen Opposition und damit das Verfolgungsmotiv der (unterstellten) politischen Überzeugung zugrunde.

Wäre es andererseits – was vorliegend nach Auffassung des Gerichts nicht der Fall ist – zutreffend, dass der Beschwerdeführer nur ein « einfacher

Wehrdienstverweigerer » ohne weitere einzelfallspezifischen Risikofaktoren sei, so würde ihm gemäss Einschätzung, die der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde liegt, nicht eine derart drakonische Strafe drohen, als dass die Schwelle des Art. 3 EMRK erreicht würde. Seine Wehrdienstverweigerung wäre dann nur im Rahmen der Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung aufgrund der derzeitigen allgemeinen Situation in Syrien zu berücksichtigen.

7.

Abschliessend ist festzustellen, dass die Vorinstanz zu Unrecht die Flüchtlingseigenschaft des Beschwerdeführers verneint und sein Asylgesuch abgewiesen hat. Sie hat damit Bundesrecht verletzt. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Der Entscheid der Vorinstanz ist aufzuheben und das SEM ist anzuweisen, den Beschwerdeführer als Flüchtling anzuerkennen und ihm Asyl zu gewähren.