



---

Abteilung IV  
D-2746/2011

## Urteil vom 13. September 2011

---

Besetzung

Richter Hans Schürch (Vorsitz),  
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro, Richter Thomas Wespi,  
Gerichtsschreiberin Anna Dürmüller Leibundgut.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am \_\_\_\_\_,  
Eritrea,  
vertreten durch Laura Rossi, Fürsprecherin,  
Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not,  
\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Bundesamt für Migration (BFM),**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Familienzusammenführung;  
Verfügung des BFM vom 13. April 2011 / N \_\_\_\_\_.

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

**A.a.** Der Beschwerdeführer suchte am 4. Dezember 2007 in der Schweiz um Asyl nach. Er machte dabei im Wesentlichen geltend, er sei im Anschluss an seine militärische Grundausbildung von 1995 bis 1996 im Jahr 1998 erneut in den Militärdienst einberufen worden. Im Jahr 2007 sei ihm vorgeworfen worden, anderen Soldaten bei der Desertion geholfen zu haben, und er sei inhaftiert worden. Nach einigen Monaten sei ihm jedoch die Flucht aus dem Gefängnis gelungen, und in der Folge sei er aus dem Heimatland ausgereist.

**A.b.** Das BFM lehnte das Asylgesuch des Beschwerdeführers mit Verfügung vom 19. Juli 2009 ab und verfügte die Wegweisung, nahm ihn indessen wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig in der Schweiz auf. Der Beschwerdeführer liess diese Verfügung mit Beschwerde vom 20. Juli 2009 beim Bundesverwaltungsgericht anfechten und beantragte dabei insbesondere die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung sowie die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft und die Asylgewährung. Mit Urteil vom 16. Dezember 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gut, soweit die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft beantragt wurde. In der Folge teilte das BFM dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 29. Dezember 2010 mit, er werde rückwirkend per 21. Dezember 2010 wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs als Flüchtling vorläufig aufgenommen.

**B.**

Mit Eingabe an das BFM vom 6. April 2011 stellte der Beschwerdeführer für seine Ehefrau (B.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_) sowie seine vier Kinder (C.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_) ein Gesuch um Familienzusammenführung.

Dem Gesuch lagen die Geburtszertifikate der Kinder, die Identitätskarte der Ehefrau sowie ein Foto bei (alles Farbkopien).

**C.**

Mit Verfügung vom 13. April 2011 – eröffnet am 15. April 2011 – verweigerte das BFM den Familienangehörigen des Beschwerdeführers die Einreise in die Schweiz und lehnte das Gesuch um Familiennachzug ab. Zur Begründung verwies das BFM auf die Bestimmung von Art. 85

Abs. 7 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20), wonach Familienangehörige (Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren) von vorläufig aufgenommenen Personen und vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme nachgezogen und in diese eingeschlossen werden können. Im vorliegenden Fall sei somit bereits die genannte Grundvoraussetzung für einen Familiennachzug nicht gegeben, da die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers erst im Dezember 2010 angeordnet worden sei.

#### **D.**

Der Beschwerdeführer liess diese Verfügung mit Beschwerde vom 12. Mai 2011 anfechten. Dabei wurde beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, die Vorinstanz sei anzuweisen, den Familienangehörigen (Ehefrau und Kinder) des Beschwerdeführers die Einreise in die Schweiz zwecks Feststellung der Flüchtlingseigenschaft zu bewilligen. Die Vorinstanz sei ausserdem anzuweisen, die Familienangehörigen des Beschwerdeführers als Flüchtlinge anzuerkennen und vorläufig aufzunehmen. Eventuell sei die Vorinstanz anzuweisen, das eingereichte Gesuch um Familienzusammenführung als Asylgesuch aus dem Ausland zu prüfen und den genannten Personen unter diesem Titel die Einreise in die Schweiz zu bewilligen. In prozessualer Hinsicht wurde um Gewährung der vollumfänglichen unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) sowie um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses ersucht.

Der Beschwerde lagen folgende Unterlagen bei: eine Vollmacht vom 5. Mai 2011, ein Schreiben des Beschwerdeführers an die Rechtsvertreterin vom 7. Mai 2011 (Kopie, inkl. Übersetzung), eine Bestätigung betreffend Sozialhilfeunterstützung vom 12. Mai 2011 sowie eine Honorarnote vom 12. Mai 2011.

#### **E.**

Mit Verfügung vom 19. Mai 2011 hiess der Instruktionsrichter das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG gut und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Das Gesuch um amtliche Verbeiständung (Art. 65 Abs. 2 VwVG) wurde hingegen abgewiesen.

**F.**

In seiner Vernehmlassung vom 30. Mai 2011 hielt das BFM vollumfänglich an seiner Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

**G.**

Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers replizierte darauf mit Eingabe vom 8. Juni 2011 und bestätigte dabei die Beschwerdebegehren.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1.** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gestützt auf Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, welche von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG erlassen wurden, sofern keine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide des BFM, welche in Anwendung des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) ergangen sind, und entscheidet in diesem Bereich endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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

**1.3.** Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung; er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 1 AsylG, Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**2.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht können die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

**3.**

Das geltend gemachte Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und den im Gesuch vom 6. April 2011 bezeichneten Familienangehörigen (seine Ehefrau sowie die vier gemeinsamen Kinder) wird vom BFM nicht bestritten und ist aufgrund der Aktenlage als erstellt zu erachten.

**4.**

**4.1.** Beim Beschwerdeführer handelt es sich um einen vorläufig aufgenommenen Flüchtling. Der Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen wird primär durch Art. 85 Abs. 7 AuG geregelt. Demnach können Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von vorläufig aufgenommenen Personen und vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme nachgezogen und in diese eingeschlossen werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen, eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist und die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist. Neben Art. 85 Abs. 7 AuG sind ferner die folgenden Verordnungsbestimmungen zu beachten (vgl. dazu auch BVGE 2007/19 E. 3.3 S. 225 f.): Art. 37 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1, SR 142.311), Art. 24 der Verordnung vom 11. August 1999 über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (VVWA, SR 142.281) und Art. 74 Abs. 5 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

**4.2.** Gemäss Art. 24 VVWA richtet sich das Verfahren über die Vereinigung von Familienangehörigen im Sinne von Art. 85 Abs. 7 AuG nach Art. 74 VZAE. Art. 74 VZAE seinerseits statuiert in seinem Abs. 5, dass beim Entscheid über die Gewährung des Familiennachzugs der besonderen Situation von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen Rechnung zu tragen sei; für Familienangehörige vorläufig aufgenommener Flüchtlinge gelte Art. 37 AsylV 1 sinngemäss. Dieser Artikel besagt, dass ein Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft eines Ehegatten, einer eingetragenen Partnerin oder eines eingetragenen Partners oder eines Elternteils nach Art. 51 Abs. 1 AsylG erst erfolgt,

wenn in Anwendung von Art. 5 AsylV 1 (wonach bei Asylgesuchen von Ehepaaren, eingetragenen Partnerinnen oder Partnern oder Familien jede urteilsfähige asylsuchende Person Anspruch auf Prüfung ihrer eigenen Asylvorbringen hat) festgestellt wurde, dass die einzubeziehende Person die Flüchtlingseigenschaft nicht selbständig nach Art. 3 AsylG erfüllt.

**4.3.** Die beschriebene Verweisungskaskade trägt dem Umstand Rechnung, dass die engsten Familienangehörigen eines Flüchtlings oftmals selbst unter Verfolgung gelitten haben beziehungsweise selbst der Gefahr einer Verfolgung ausgesetzt sind (so bereits die Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 68; ähnlich auch Ziff. 27 der einleitenden Erwägungen der Richtlinie 2004/83/EG vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes [sog. Qualifikationsrichtlinie]).

**4.4.** Aus dem Gesagten lässt sich im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes ableiten, dass der Prüfung eines allfälligen derivativen Anspruchs auf Anerkennung als Flüchtling stets die Prüfung der originären Flüchtlingseigenschaft – das heisst einer persönlichen Gefährdung nach Art. 3 AsylG – vorauszugehen hat. Da sich die Personen, auf welche sich Familiennachzugsgesuche beziehen, im Ausland aufhalten, ist ausserdem Art. 20 AsylG (Asylgesuche aus dem Ausland und Einreisebewilligung) zu beachten: Das Familiennachzugsgesuch eines vorläufig aufgenommenen Flüchtlings ist demzufolge auch gemäss den für ein Asylgesuch aus dem Ausland im Sinne von Art. 20 Abs. 2 und 3 AsylG geltenden Kriterien zu überprüfen. Danach ist die Einreise in die Schweiz zu bewilligen, wenn eine unmittelbare Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG glaubhaft gemacht wird oder wenn es den Familienangehörigen nicht zuzumuten ist, für die Dauer der Sachverhaltsabklärung im Wohnsitz- oder Aufenthaltsstaat zu bleiben oder in einen Drittstaat auszureisen.

**4.5.** Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass ein Gesuch um Familiennachzug vorläufig in der Schweiz aufgenommener Flüchtlinge in erster Linie zur Prüfung der Frage führen muss, ob die

nachzuziehenden Personen die Flüchtlingseigenschaft selbständig erfüllen. Des Weiteren ist ebenfalls zu prüfen, ob den im Ausland befindlichen Familienangehörigen gemäss den Kriterien von Art. 20 Abs. 2 und 3 AsylG die Einreise in die Schweiz zu bewilligen ist. Zu diesen beiden Fragestellungen äusserte sich das BFM indessen mit keinem Wort, und zwar weder in der angefochtenen Verfügung noch in der Vernehmlassung, wo das BFM in diesem Zusammenhang ausführt, im Gesuch um Familienzusammenführung vom 6. April 2011 seien weder eigene noch abgeleitete Gefährdungsgründe vorgebracht worden, weshalb das Gesuch (nur) unter den Voraussetzungen von Art. 85 Abs. 7 AuG zu prüfen sei. Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Vielmehr ist festzustellen, dass eine vorgängige Prüfung der originären Flüchtlingseigenschaft der Familienangehörigen des Beschwerdeführers sowie der Frage der Einreisebewilligung im vorliegenden Fall durchaus angezeigt erscheint, dies insbesondere mit Blick auf die Vorbringen des Beschwerdeführers im Rahmen seines Asylverfahrens sowie in der Beschwerdeschrift: Der Beschwerdeführer machte nämlich bereits anlässlich der Erstbefragung in der Empfangsstelle geltend, seine Ehefrau sei nach seiner Flucht aus dem Heimatland vorübergehend inhaftiert worden (vgl. A1 S. 5). In der Direktanhörung vom 12. Februar 2009 führte er aus, seine Frau, welche damals schwanger gewesen sei, habe seinetwegen drei Monate in Haft verbracht. Sie sei nur aufgrund der fortgeschrittenen Schwangerschaft freigelassen worden, nachdem jemand für sie gebürgt und eine Kaution hinterlegt habe. Später sei sie nochmals für drei Tage inhaftiert worden. Die Behörden hätten so mittelbaren Druck auf ihn auszuüben versucht (vgl. A9 S. 5 und 6). Der Beschwerdeführer brachte zudem vor, die Behörden hätten nach seiner Ausreise sein Land konfisziert, worauf seine Frau nicht mehr in der Lage gewesen sei, die Kinder zu ernähren, weshalb diese nun teilweise bei den Schwiegereltern lebten (vgl. A9 S. 5 und 14). Das Gesuch um Familienzusammenführung vom 6. April 2011 enthält sodann tatsächlich keine Hinweise auf eine allfällige Gefährdung der Familienangehörigen, was sich indessen dadurch erklärt, dass es sich um ein Formulargesuch handelt. In der Beschwerde wird schliesslich ausgeführt, die Ehefrau des Beschwerdeführers sei festgenommen worden, weil die Behörden den Beschwerdeführer nicht zuhause angetroffen hätten. Erst als Verwandte für sie gebürgt hätten, sei sie freigelassen worden, und zwar mit den Auflagen, das Wohngebiet nicht zu verlassen und sich wöchentlich bei der Polizei zu melden. Sie sei ausserdem unter Androhung einer Geldstrafe gezwungen worden, den Aufenthaltsort des Beschwerdeführers zu melden. Da die Ehefrau des Beschwerdeführers

diese Bedingungen nicht habe erfüllen können, sei sie bei jedem Vorsprechen auf dem Polizeiposten geschlagen, körperlich belästigt und bedroht worden. Sie habe sich deshalb gezwungen gesehen, das Land zu verlassen. Beim ersten Fluchtversuch sei sie allerdings erwischt worden und habe in der Folge erneut längere Zeit im Gefängnis verbringen müssen. Nach ihrer Freilassung habe sie sich erneut auf die Flucht in Richtung Äthiopien begeben. Dem Beschwerdeführer sei nicht bekannt, wo sie sich zurzeit aufhalte. Er wisse nur, dass sich seine Ehefrau mit dem jüngsten Kind auf der Flucht befinde, während die drei älteren Kinder bei Verwandten untergebracht seien. Insgesamt wird damit zumindest implizit eine persönliche Gefährdung der Familienangehörigen des Beschwerdeführers geltend gemacht, welche durch das BFM bisher nicht gewürdigt wurde.

**4.6.** Die angefochtene Verfügung vom 13. April 2011 stützt sich somit auf einen unvollständig festgestellten Sachverhalt; überdies bleiben im vorinstanzlichen Entscheid die vorstehend erwähnten, primär zu prüfenden Rechtsfragen unberücksichtigt. Die Beschwerde ist daher insofern gutzuheissen, als damit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird, und die Sache ist zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Da die angefochtene Verfügung bereits aus den vorgenannten Gründen aufzuheben ist, kann die in der Beschwerde aufgeworfene Frage nach der Völker- und Verfassungskonformität von Art. 85 Abs. 7 AuG (Verweise auf das Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30], Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK, SR 0.101] sowie Art. 8 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) vorliegend offenbleiben.

## **5.**

**5.1.** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

**5.2.** Dem obsiegenden und vertretenen Beschwerdeführer ist sodann zulasten der Vorinstanz eine Entschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem

Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hat zusammen mit der Beschwerde eine Honorarnote vom 12. Mai 2010 eingereicht und darin Aufwendungen von total Fr. 1'767.20 geltend gemacht, was – namentlich mit Blick auf Art. 10 Abs. 2 VGKE – als angemessen erscheint. Der danach noch (im Rahmen des Schriftenwechsels) entstandene Vertretungsaufwand lässt sich aufgrund der Aktenlage zuverlässig abschätzen, weshalb auf die Einholung einer aktualisierten Kostennote verzichtet werden kann (vgl. Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). In Anwendung der genannten Bestimmungen und unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 8 ff. VGKE) ist die von der Vorinstanz auszurichtende Parteientschädigung demnach auf pauschal Fr. 2'020.– festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die Verfügung des BFM vom 13. April 2011 wird aufgehoben.

**2.**

Die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Das BFM hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2'020.– zu entrichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer und das BFM.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Hans Schürch

Anna Dürmüller Leibundgut

Versand: