

**Bundesverwaltungsgericht**  
**Tribunal administratif fédéral**  
**Tribunale amministrativo federale**  
**Tribunal administrativ federal**



---

Abteilung IV  
D-3541/2009/  
{T 0/2}

**Urteil vom 10. Juli 2009**

---

Besetzung

Richter Hans Schürch (Vorsitz),  
Richterin Christa Luterbacher, Richter Gérard Scherrer,  
Gerichtsschreiberin Anna Dürmüller.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_, geboren \_\_\_\_\_, Eritrea,  
vertreten durch Laura Rossi, Fürsprecherin,  
Berner Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende,  
\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Familienzusammenführung; Verfügung des BFM vom  
7. Mai 2009 / N \_\_\_\_\_.

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

Der Beschwerdeführer, ein eritreischer Staatsangehöriger, ersuchte am 17. Dezember 2007 in der Schweiz um Asyl. Er machte dabei unter anderem geltend, er habe sein Heimatland illegal verlassen und müsse bei einer Rückkehr nach Eritrea mit asylrelevanten Nachteilen rechnen, zumal er sich im militärdienstpflichtigen Alter befinde. Mit Verfügung vom 12. Februar 2009 stellte das BFM die Flüchtlingseigenschaft des Beschwerdeführers fest, schloss ihn indessen in Anwendung von Art. 54 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) von der Asylgewährung aus. Das BFM verfügte die Wegweisung aus der Schweiz und ordnete infolge Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs gleichzeitig die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers an. Diese Verfügung erwuchs am 16. März 2009 unangefochten in Rechtskraft.

**B.**

Mit Eingabe an das BFM vom 3. April 2009 stellte der Beschwerdeführer für seine Ehefrau (B.\_\_\_\_\_ geb. \_\_\_\_\_) sowie seine beiden Kinder (C.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_, und D.\_\_\_\_\_, geb. \_\_\_\_\_) ein Gesuch um Familienzusammenführung.

Dem Gesuch lagen eine Heiratsurkunde sowie zwei Taufbescheinigungen bei (Kopien; die Originaldokumente wurden bereits im vorgängigen Asylverfahren eingereicht).

**C.**

Mit Verfügung vom 7. Mai 2009 verweigerte das BFM 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 AuG, wonach Familienangehörige (Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren) von vorläufig aufgenommenen Personen sowie vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme nachgezogen und in diese eingeschlossen werden können. Die Voraussetzungen für einen Familiennachzug seien im vorliegenden Fall somit nicht gegeben, da die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers im Februar 2009 angeordnet worden sei.

**D.**

Der Beschwerdeführer liess diese Verfügung mit Beschwerde an das

Bundesverwaltungsgericht vom 2. Juni 2009 anfechten. Dabei wurde beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, die Vorinstanz sei anzuweisen, den Familienangehörigen des Beschwerdeführers die Einreise in die Schweiz zwecks Feststellung der Flüchtlingseigenschaft zu bewilligen, sie als Flüchtlinge anzuerkennen und vorläufig aufzunehmen. In prozessualer Hinsicht wurde um Gewährung der vollumfänglichen unentgeltlichen Rechtspflege sowie Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses ersucht.

#### **E.**

Mit Verfügung vom 8. Juni 2009 hiess der Instruktionsrichter das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) gut und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung (Art. 65 Abs. 2 VwVG) wurde hingegen abgewiesen.

#### **F.**

In seiner Vernehmlassung vom 10. Juni 2009 hielt das BFM vollumfänglich an seiner Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

#### **G.**

Die vorinstanzliche Vernehmlassung wurde dem Beschwerdeführer am 15. Juni 2009 zur Kenntnis gebracht.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen (Art. 5 VwVG) des BFM aus dem Bereich des Asylrechts; das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**1.2** Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer 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. 108 Abs. 1 AsylG sowie Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 und 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 3. April 2009 bezeichneten Familienangehörigen (seine Ehefrau sowie die beiden gemeinsamen Kinder) wird vom BFM nicht bestritten und ist angesichts der bereits im vorgängigen Asylverfahren des Beschwerdeführers eingereichten Originalbeweismittel (Taufscheine, Ehebescheinigung) 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 in Art. 85 Abs. 7 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) 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 – voranzugehen 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 nachziehenden 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. Vielmehr stützen sich die vorinstanzlichen Erwägungen einzig und allein auf die Bestimmung von Art. 85 Abs. 7 AuG. Eine vorgängige Prüfung der originären Flüchtlingseigenschaft der Familienangehörigen des Beschwerdeführers sowie der Frage der Einreisebewilligung drängt sich im vorliegenden Fall insbesondere mit Blick auf die Vorbringen des Beschwerdeführers im Rahmen seines Asylverfahrens sowie in der Beschwerdeschrift auf: Der Beschwerdeführer machte bereits anlässlich der Direktanhörung zu seinen Asylgründen vom 22. Januar 2008 geltend, seine Frau und die Kinder seien seinetwegen einmal festgenommen und mehrere Tage lang im Gefängnis festgehalten worden. Anschliessend habe man sie freigelassen, aber gleichzeitig sei seiner Frau eine Frist für die Bezahlung einer hohen Geldstrafe gesetzt worden (vgl. A7, S. 11). In der ergänzenden Anhörung vom 29. Januar 2009 brachte er vor, seine Ehefrau habe die Geldstrafe nicht bezahlt. Ende August 2008 habe sie Eritrea zusammen mit den beiden Kindern verlassen und im Sudan um Asyl ersucht (vgl. A12, S. 2 und 3). In der Beschwerde wird ausgeführt, die Ehefrau des Beschwerdeführers sei seit dessen Flucht immer wieder Opfer von Reflexverfolgung geworden; sie sei mehrmals von Behördenvertretern aufgesucht und nach dem Aufenthaltsort des Beschwerdeführers gefragt worden. Schliesslich habe sie dem Druck nicht mehr standhalten können und sei mit den Kindern in den Sudan geflohen. Seit dem 20. August 2008 lebten Ehefrau und Kinder unter äusserst schwierigen Bedingungen in Khartoum. Damit wird 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 7. Mai 2009 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. 87 Abs. 5 AuG (Verweise auf 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]). Der in der Kostennote vom 2. Juni 2009 geltend gemachte Arbeitsaufwand von acht Stunden erscheint als angemessen. Der ausgewiesene Stundenansatz von Fr. 230.-- bewegt sich im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 VGKE. Somit hat das BFM dem Beschwerdeführer in Anwendung der vorgenannten Bestimmungen sowie unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (Art. 8 ff. VGKE) eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'840.-- (nicht mehrwertsteuerpflichtig) auszurichten.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die Verfügung des BFM vom 7. Mai 2009 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. 1'840.-- zu entrichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführenden (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N \_\_\_\_\_  
(per Kurier; in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Hans Schürch

Anna Dürmüller

Versand: