



## Urteil vom 15. Februar 2019

---

Besetzung

Richterin Contessina Theis (Vorsitz),  
Richter Markus König, Richterin Daniela Brüscheiler,  
Gerichtsschreiberin Anna Wildt.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
China (Volksrepublik),  
vertreten durch MLaw Vanessa Koenig,  
Freiplatzaktion Zürich, Rechtshilfe Asyl und Migration,  
(...),  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Staatssekretariat für Migration (SEM),**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Familienzusammenführung (Asyl);  
Verfügung des SEM vom 6. Juli 2016 / N (...).

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

Mit Verfügung vom 5. Dezember 2014 lehnte das damalige Bundesamt für Migration (BFM) das Asylgesuch der Beschwerdeführerin ab und ordnete den Vollzug ihrer Wegweisung aus der Schweiz an. Die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil D-86/2015 vom 5. März 2015 abgewiesen.

**B.**

Mit Eingabe vom 23. Juni 2016 ersuchte die Beschwerdeführerin um Wiedererwägung der Verfügung vom 5. Dezember 2014, mit der Begründung, sie habe am (...) eine Tochter zur Welt gebracht, beim Vater des Kindes handle es sich gemäss dem Gutachten zur Abstammungsuntersuchung um B.\_\_\_\_\_, einen in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Flüchtling. Aufgrund dieses veränderten Sachverhaltes beantragte sie die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft für sich und ihre Tochter im Rahmen des Familienasyls gemäss Art. 51 Abs. 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31), eventualiter die vorläufige Aufnahme.

**C.**

In seiner Verfügung vom 6. Juli 2016 wies das SEM das Gesuch der Beschwerdeführerin auf Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ihres Partners ab. Sie habe diesen erst in der Schweiz kennengelernt, das Familienasyl gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG setze aber ein Zusammenleben bereits vor der Flucht voraus. Mit Entscheid vom gleichen Tag wurde die Tochter in die Flüchtlingseigenschaft des Vaters einbezogen und ihre vorläufige Aufnahme angeordnet. Bei dieser Ausgangslage stellte das SEM weiter fest, habe sich die Sachlage für die Beschwerdeführerin insoweit wesentlich verändert, als dass auch sie, aufgrund der Bestimmungen betreffend die Einheit der Familie, vorläufig aufzunehmen sei.

**D.**

Am 4. September 2014 ersuchte das zuständige Zivilstandsamt um Akteneinsicht zwecks Durchführung des Ehevorbereitungsverfahrens.

**E.**

Am 29. Juli 2016 erhob die Beschwerdeführerin durch ihre Rechtsvertreterin (Vollmacht vom 23. Juni 2016) Beschwerde und beantragte die Rückweisung des Entscheids an die Vorinstanz zur Neu Beurteilung, eventualiter beantragte sie die Aufhebung der Ziff. 1 der Verfügung und den Einbezug

in die Flüchtlingseigenschaft ihres Partners und die Feststellung der Unzulässigkeit des Vollzugs ihrer Wegweisung. In prozessualer Hinsicht beantragte sie die unentgeltliche Prozessführung. Zur Begründung wurde vorgebracht, die Beschwerdeführerin lebe in einer engen Beziehung zu ihrem Partner und die Vorinstanz habe versäumt, dieses Familienleben zu prüfen, was einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gleichkomme.

**F.**

In ihrer Zwischenverfügung vom 12. August 2016 hiess die Instruktionsrichterin das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung unter der Bedingung des Nachreichens einer Sozialhilfebestätigung gut. Die Bestätigung traf am 23. August 2016 beim Bundesverwaltungsgericht ein.

**G.**

Am 24. August 2016 wurde das SEM zur Stellungnahme eingeladen.

**H.**

In seiner Stellungnahme vom 29. August 2016 entgegnete das SEM, man habe sehr wohl begründet, weshalb die Beschwerdeführerin nicht in die Flüchtlingseigenschaft des Partners einbezogen werden könne. Darüber hinaus könne die Tochter ihre derivativ erhaltene Flüchtlingseigenschaft nicht weitergeben. Am Entscheid sei festzuhalten.

**I.**

Mit Verfügung vom 4. Oktober 2017 lud das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz unter Hinweis auf das Koordinationsurteil D-3175/2016 vom 17. August 2017 zu einer erneuten Vernehmlassung ein.

**J.**

In der Stellungnahme vom 10. Oktober 2017 hielt das SEM an seinem Entscheid fest und vertrat den Standpunkt, vorliegend sei die Herkunft der Beschwerdeführerin umstritten. Das Bundesverwaltungsgericht habe in seinem Grundsatzurteil BVGE 2014/2012 festgehalten, dass bei Personen tibetischer Ethnie, welche ihre wahre Herkunft verschleierten oder verheimlichten, vermutungsweise davon auszugehen sei, dass keine flüchtlings- oder wegweisungsbeachtlichen Gründe gegen eine Rückkehr an ihren bisherigen Aufenthaltsort bestünden. Da die Staatsangehörigkeit oder ein allfälliger Aufenthaltsstatus der Beschwerdeführerin nicht bekannt seien, könne das SEM nicht prüfen, ob sie mit ihrer Familie an den bisherigen Aufenthaltsort zurückkehren könne. Die Verunmöglichung dieser Prüfung

sei den Falschangaben der Beschwerdeführerin geschuldet. Es könne daher nicht zu ihren Gunsten davon ausgegangen werden, dass keine besonderen Umstände vorlägen, welche ihrem Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ihres Partners entgegenstehen könnten. Es stehe der Beschwerdeführerin selbstverständlich offen, ihre Herkunft in überprüfbarer Weise offenzulegen und gegebenenfalls erneut um den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ihres Ehemannes zu ersuchen. Das SEM halte an der angefochtenen Verfügung insofern fest, als es das Dispositiv betreffe. Hinsichtlich der Begründung (Motivsubstitution) beantrage es, der Beschwerdeführerin entsprechend Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

#### **K.**

Am 2. November 2017 liess die Beschwerdeführerin durch ihre Rechtsvertreterin entgegen, das SEM sei im Asylentscheid davon ausgegangen, sie sei tibetischer Ethnie, jedoch in einer exiltibetischen Gemeinschaft ausserhalb der VR China sozialisiert worden. Gemäss Praxis der vormaligen Asylrekurskommission könne die Tatsache, dass in die Flüchtlingseigenschaft einzubeziehende Personen eine andere Staatsangehörigkeit besässen als der Flüchtling, einen besonderen Umstand im Sinne des Art. 51 Abs. 1 AsylG darstellen. Bei der Beurteilung dieser Frage seien die Kriterien der Drittstaatsklausel beachtlich, insbesondere die betreffend Zulässigkeit, Zumutbarkeit und Möglichkeit eines Wegweisungsvollzugs. Vergleichend sei auch die „Reneja“-Praxis des Bundesgerichts heranzuziehen. Vorliegend sei gar nicht abschliessend geklärt, ob es sich bei der Beschwerdeführerin und ihrem Lebenspartner überhaupt um ein gemischtnationales Paar handle. Die Beschwerdeführerin bleibt dabei, chinesische Staatsangehörige zu sein. Betreffend eine mögliche Wegweisung der Familie nach Indien oder Nepal, führt die Rechtsvertreterin des Weiteren mit Hinweisen auf die Situation für ethnische Tibeter in beiden Ländern aus, dass es der Familie kaum möglich sein dürfte, sich dort einzugliedern, da beide Länder sich gegenüber Angehörigen der tibetischen Ethnie restriktiv verhalten würden. Deshalb sei die Rückkehr der Beschwerdeführerin als unzumutbar zu erachten. Dies gelte aber umso mehr für ihren Lebenspartner und das gemeinsame Kind, denen beiden die Flüchtlingseigenschaft zugesprochen worden sei, und die über keine Anknüpfungspunkte in einem der in Frage kommenden Drittstaaten verfügten. Da die Situation bereits für in Indien oder Nepal sozialisierte Tibeter schwierig sei, könne davon ausgegangen werden, dass sie für Tibeter mit Herkunft aus der VR China noch schwerer sein dürfte. Zudem sei die Integration des Lebenspartners in der Schweiz zu berücksichtigen, der bereits seit 2011 als Flüchtling in der Schweiz lebe und im Sommer 2018 eine Ausbildung abschliesse.

Das Bundesverwaltungsgericht habe in D-3175/2017 festgehalten, die Voraussetzung einer vorbestandenen Familiengemeinschaft entspreche nicht der ratio legis des Art. 51 Abs. 1 AsylG (E. 4.4.1), vielmehr gebiete die ratio legis, dass Flüchtlingsfamilien einen einheitlichen Status erhalten sollten, ungeachtet ihres Vorbestehens oder ihrer Gründung in der Schweiz. Die Argumentation der Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 6. Juli 2016 sei demnach nicht länger aufrechtzuerhalten. Es sei zudem widersprüchlich und stossend, wenn die Vorinstanz im Entscheid vom 6. Juli 2016 die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin wegen Unzumutbarkeit angeordnet habe [sic] und nun im Nachhinein auf diesen Entscheid zurückkommen wolle und vorbringe, es sei unklar, ob sich die Familie andernorts niederlassen könne. Dieses Argument hätte sie bereits im Zeitpunkt der Prüfung des Wiedererwägungsgesuchs vorbringen können, habe aber aus gutem Grund darauf verzichtet.

#### **L.**

Am (...) wurde die zweite Tochter des Paares, C.\_\_\_\_\_, geboren. Das SEM teilte der Beschwerdeführerin am 28. August 2018 mit, dass die Verfügung vom 6. Juli 2016 auch für ihre Tochter gelte.

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

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

**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. Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die

angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und 108 Abs. 1 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

## **2.**

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

## **3.**

Im vorliegenden Fall wurde mit der Beschwerdeschrift vorgebracht, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden. Wie die nachfolgenden Erwägungen ergeben, ist allerdings ohnehin auf die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung zu schliessen, und angesichts der damit verbundenen Gutheissung der Beschwerde erübrigt es sich, die geltend gemachte Gehörsverletzung zu beurteilen.

## **4.**

**4.1** Das SEM ist zu Recht in der ergänzenden Vernehmlassung vom 10. Oktober 2017 von der Auffassung abgerückt, die Anerkennung der Beschwerdeführerin als Flüchtling und die Asylgewährung gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG bleibe ausgeschlossen, weil die Familiengemeinschaft erst in der Schweiz begründet und somit auch nicht durch die Flucht getrennt wurde. Das Bundesverwaltungsgericht stellte im Urteil D-3175/2016 vom 17. August 2017 fest, dass diesbezüglich bisher keine kohärente Rechtsprechung bestanden habe. Im Rahmen einer eingehenden Auslegung von Art. 51 Abs. 1 AsylG führte das Gericht aus, es lasse sich aus dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht ableiten, dass deren Anwendung auf Fälle zu beschränken sei, in denen die Familiengemeinschaft durch die Flucht getrennt wurde. Zudem zeige auch die Entstehungsgeschichte von Art. 51 Abs. 1 AsylG, dass dies nicht der ratio legis entspreche. Unter dem Vorbehalt von besonderen Umständen sei folglich den sich in der Schweiz aufhaltenden Angehörigen eines Flüchtlings gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG die Flüchtlingseigenschaft auch dann zuzuerkennen, wenn vor deren Einreise in die Schweiz keine Familiengemeinschaft bestanden habe, die durch die Flucht getrennt worden sei (Urteil des BVGer D-3175/2016 vom 17. August 2017, E. 3 und 4).

**4.2** Die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 51 Abs. 1 AsylG auf Konkubinatspaare ist unbestritten und im vorliegenden Fall nicht zu beanstanden. Im Folgenden ist zu beurteilen, ob die Auffassung des SEM, die Beschwerdeführerin sei nicht in die Flüchtlingseigenschaft ihres Partners einzubeziehen, da besondere Umstände im Sinn von Art. 51 Abs. 1 AsylG vorliegen würden, zutreffend ist.

**4.3** Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin mit dem anerkannten Flüchtling B.\_\_\_\_\_ und ihren gemeinsamen Kindern – wobei das ältere in die Flüchtlingseigenschaft des Vaters einbezogen wurde und das jüngere nicht – zusammenlebt. Im Urteil D-86/2015 vom 5. März 2015 hielt das Bundesverwaltungsgericht unter Bezug auf die in BVGE 2014/12 entwickelte Rechtsprechung fest, die Beschwerdeführerin habe ihre Herkunft verheimlicht, weshalb davon auszugehen sei, dass sie an ihren bisherigen Aufenthaltsort zurückkehren könne. Da es als Angehörige der tibetischen Ethnie möglich sei, dass sie die chinesische Staatsangehörigkeit besitze, sei aufgrund der drohenden Verletzung des Refoulementverbots der Wegweisungsvollzug nach China ausgeschlossen (vgl. BVGE 2014/12 E. 5.11). Im Zentralen Migrationsinformationssystem (ZEMIS) wurde die chinesische Staatsangehörigkeit der Beschwerdeführerin eingetragen.

Aufgrund der bereits entschiedenen Sache besteht kein Grund, davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin nun die chinesische Staatsangehörigkeit vermutungsweise doch nicht besitzen könne. Daher ist hier auch nicht ohne Weiteres anzunehmen, dass es sich vorliegend um den Anwendungsfall eines gemischt-nationalen Konkubinatspaares handelt. Darüber hinaus überzeugt die vom SEM erwogene Anwendung von Art. 51 Abs. 1 AsylG im Analogieschluss zu BVGE 2014/12 nicht ohne Weiteres. Gemäss EMARK 1997 Nr. 22 E. 4 geht es bei der Prüfung im Falle einer gemischt-nationalen Familie darum, ob es der Familie an sich zumutbar und möglich wäre, statt in der Schweiz auch in einem anderen Land zu leben. Da im vorliegenden Fall ohnehin nicht beantragt wurde, revisionsweise auf die im Urteil D-86/2015 vom 5. März 2015 und im ZEMIS festgehaltene Vermutung der möglichen chinesischen Staatsangehörigkeit der Beschwerdeführerin zurückzukommen, erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu.

**4.4** Nach dem Gesagten liegen überwiegende Gründe vor, von der chinesischen Staatsangehörigkeit dieser Familie auszugehen, wobei es ihnen verunmöglicht ist, ein gemeinsames Leben im Heimatstaat zu führen, da zumindest der als Flüchtling anerkannte Konkubinatspartner der Beschwerdeführerin befürchten muss, dort verfolgt zu werden. Die Familie

kann deshalb nur in der Schweiz zusammenleben. Die Beschwerdeführerin ist folglich in die Flüchtlingseigenschaft ihres Partners einzubeziehen. Der Vernehmlassungsantrag auf Beschwerdeabweisung unter Motivsubstitution dringt nicht durch, auf die übrigen Beschwerdeanträge ist nicht mehr weiter einzugehen.

**4.5** Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die angefochtene Verfügung vom 6. Juli 2016 aufzuheben. Das SEM ist anzuweisen, die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG als Flüchtling anzuerkennen.

## **5.**

**5.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

**5.2** Der vertretenen Beschwerdeführerin ist angesichts ihres Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine durch das SEM auszurichtende Entschädigung für die ihr notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Die Rechtsvertreterin hat keine Kostennote eingereicht. Auf die Nachforderung einer solchen wird verzichtet, da sich der Gesamtaufwand abschätzen lässt (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE) ist der Beschwerdeführerin zu Lasten des SEM eine pauschale Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'000.– (inkl. Auslagen) zuzusprechen

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die Verfügung vom 6. Juli 2016 wird aufgehoben. Die Vorinstanz wird angewiesen, die Beschwerdeführerin in die Flüchtlingseigenschaft von B.\_\_\_\_\_ einzubeziehen und ihre vorläufige Aufnahme als Flüchtling anzuordnen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Das SEM wird angewiesen, der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'000.– auszurichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, das SEM und die kantonale Migrationsbehörde.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Contessina Theis

Anna Wildt

Versand: