



Abteilung IV
D-5648/2017
lan

Urteil vom 6. Februar 2019

Besetzung

Richter Hans Schürch (Vorsitz),
Richter Daniele Cattaneo, Richter Simon Thurnheer,
Gerichtsschreiber Christoph Basler.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Ohne Nationalität,
vertreten durch Ass. iur. Christian Hoffs,
HEKS Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende SG/AI/AR,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Wegweisungsvollzug (Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid);
Verfügung des SEM vom 4. September 2017 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer suchte in der Schweiz am 15. August 2012 um Asyl nach. Das SEM führte mit ihm am 28. August 2012 die Befragung zur Person (BzP) durch und hörte ihn am 13. November 2014 zu seinen Asylgründen an. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2014 stellte das SEM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, und lehnte sein Asylgesuch ab. Zugleich verfügte es seine Wegweisung aus der Schweiz und ordnete den Vollzug an. Eine vom Beschwerdeführer eingereichte und als Totalfälschung erkannte eritreische Identitätskarte zog das SEM ein. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.

Mit Eingabe vom 27. Januar 2016 liess der Beschwerdeführer durch seine Rechtsvertretung um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Lebenspartnerin (B. _____, geb. [...], Eritrea; N [...]) ersuchen. Diese war mit Verfügung des SEM vom 14. Juli 2014 als Flüchtling anerkannt und vorläufig aufgenommen worden. Das SEM lehnte das Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft mit Verfügung vom 14. Juli 2016 ab. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

C.

Mit Eingabe vom 23. März 2017 liess der Beschwerdeführer ein Wiedererwägungsgesuch einreichen. Zur Begründung wurden im Wesentlichen ausgeführt, der Beschwerdeführer lebe seit über zwei Jahren in einer stabilen eheähnlichen Beziehung mit seiner Partnerin. Das Paar habe zwei gemeinsame Kinder, die Eltern hätten die gemeinsame elterliche Sorge vereinbart. Gemäss durchgeführter Abstammungsuntersuchung seien beide Kinder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit seine leiblichen Söhne. Die Kinder seien ebenfalls als Flüchtlinge anerkannt worden und verfügten über die vorläufige Aufnahme. Die Familie lebe in einem gemeinsamen Haushalt. Aufgrund dieser seit Erlass der Verfügung vom 3. Dezember 2014 veränderten Sachlage sei der damals angeordnete Wegweisungsvollzug unzulässig und unzumutbar geworden; denn einerseits garantiere Art. 8 Abs. 1 EMRK das Recht auf Familienleben, andererseits weise auch Art. 44 AsylG darauf hin, dass bei der Anordnung des Wegweisungsvollzugs der Grundsatz der Einheit der Familie zu berücksichtigen sei. Zum Schutz des gemeinsamen Familienlebens sei dem Beschwerdeführer daher wiedererwägungsweise die vorläufige Aufnahme zu gewähren.

D.

Das SEM wies das Wiedererwägungsgesuch mit Verfügung vom 11. April 2017 ab, erklärte seine Verfügung vom 3. Dezember 2014 für rechtskräftig und vollstreckbar und erhob eine Gebühr.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dem Beschwerdeführer stehe gestützt auf Art. 8 EMRK kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu. Er verkenne insbesondere, dass Flüchtlinge, die kein Asyl erhalten hätten, lediglich einen dauerhaften Anspruch auf Nichtrückweisung hätten. Hingegen ergebe sich daraus kein Aufenthaltstitel. Dieser beurteile sich einzig gemäss schweizerischem Aufenthaltsrecht. Demnach würden Flüchtlinge, die kein Asyl erhielten, vorläufig aufgenommen. Die vorläufige Aufnahme sei indes keine Aufenthaltsbewilligung, sondern ein vorübergehender Status für die Dauer der Nichtdurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs. Seine Partnerin sowie die Kinder verfügten nicht über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht im Sinne der Rechtsprechung. Daher könne er aus Art. 8 EMRK keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ableiten.

E.

Der Beschwerdeführer liess diese Verfügung mit Beschwerde vom 19. April 2017 beim Bundesverwaltungsgericht anfechten und beantragte, die Verfügung vom 11. April 2017 sei vollumfänglich aufzuheben, und er sei infolge Unzulässigkeit oder Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig aufzunehmen.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei bei vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen davon auszugehen, dass deren Anwesenheitsrecht in der Schweiz zumindest faktisch als gefestigt im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK bezeichnet werden müsse. Die Partnerin und die Kinder des Beschwerdeführers verfügten über den Flüchtlingsstatus und seien somit grundsätzlich berechtigt, sich dauerhaft in der Schweiz aufzuhalten. Es sei davon auszugehen, dass sie dieses Recht während längerer Zeit ausüben würden. Demnach verfügten sie über einen gefestigten Aufenthaltsanspruch in der Schweiz. Der Beschwerdeführer führe mit seinen Familienangehörigen eine tatsächlich gelebte, intensive und stabile Beziehung. Die Familie habe daher Anspruch auf Schutz ihres Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK. Der Wegweisungsvollzug sei daher unzulässig. Zudem sei der Vollzug auch unzumutbar, da enge Familienangehörige des Beschwerdeführers in der Schweiz als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen seien. Diesbezüglich sei

auf Art. 44 AsylG zu verweisen, wonach bei der Prüfung des Wegweisungsvollzugs insbesondere der Situation von Familien besondere Beachtung zu schenken sei. Das Familienleben könne nicht in einem Drittstaat gewährleistet werden. Das SEM habe indessen die Bedeutung des Grundsatzes der Einheit der Familie gemäss Art. 44 AsylG überhaupt nicht geprüft, obwohl darauf schon im Wiedererwägungsgesuch hingewiesen worden sei. Es sei somit seiner Prüfungspflicht nicht nachgekommen und habe dadurch den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt.

F.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde mit Urteil D-2279/2017 vom 18. August 2017 gut, hob die angefochtene Verfügung auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück. Begründet wurde das Urteil im Wesentlichen damit, dass das SEM sich trotz ausdrücklicher Berufung darauf nicht mit dem Grundsatz der Einheit der Familie gemäss Art. 44 AsylG befasst habe.

G.

Das SEM wies das Wiedererwägungsgesuch mit Verfügung vom 4. September 2017 ab, erklärte seine Verfügung vom 3. Dezember 2014 für rechtskräftig und vollstreckbar und stellte fest, einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu.

H.

Mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 4. Oktober 2017 beantragte der Beschwerdeführer die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Es sei festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung unzumutbar sei und ihm die vorläufige Aufnahme zu erteilen. Es sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde herzustellen und der Vollzug für die Dauer des Verfahrens auszusetzen. Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sei der Vollzug gestützt auf Art. 56 VwVG auszusetzen. Es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Der Eingabe lagen mehrere Beweismittel, eine Fürsorgebestätigung und eine Kostennote bei (vgl. S. 8 derselben).

I.

Der Instruktionsrichter setzte den Vollzug der Wegweisung am 5. Oktober 2017 gestützt auf Art. 56 VwVG aus. Mit Zwischenverfügung vom 11. Oktober 2017 bestätigte er diese Massnahme und hiess das Gesuch um Ge-

währung der unentgeltlichen Rechtspflege gut. Dementsprechend verzichtete er auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Die Akten überwies er zur Vernehmlassung an das SEM.

J.

In seiner Vernehmlassung vom 25. Oktober 2017 beantragte das SEM sinngemäss die Abweisung der Beschwerde.

K.

Der Beschwerdeführer hielt in seiner Stellungnahme vom 10. November 2017, der mehrere Beweismittel beilagen (vgl. S. 3 und 4), an seinen Anträgen fest.

L.

Mit Eingabe vom 13. Dezember 2018 teilte der Beschwerdeführer mit, sein Sohn C._____ sei als IV-Berechtigter anerkannt worden. Beigelegt wurde eine Mitteilung über eine Kostengutsprache für medizinische Massnahmen der Sozialversicherungsanstalt (SVA) des Kantons St. Gallen vom 20. November 2018.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM ist eine Behörde im Sinne von Art. 33 VGG und damit eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Nachdem gemäss Lehre und Praxis Wiedererwägungsentscheide grundsätzlich wie die ursprüngliche Verfügung auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg weitergezogen werden können, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Es entscheidet auf dem Gebiet des Asyls – in der Regel und auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

1.2 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 108 Abs. 1 AsylG;

Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist mithin einzutreten.

2.

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

3.

Das Wiedererwägungsverfahren ist im Asylrecht spezialgesetzlich geregelt (vgl. Art. 111b ff. AsylG). Ein entsprechendes Gesuch ist der Vorinstanz innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes schriftlich und begründet einzureichen. Im Übrigen richtet sich das Verfahren nach den revisionsrechtlichen Bestimmungen von Art. 66–68 VwVG (Art. 111b Abs. 1 AsylG). In seiner klassischen Konstellation bezweckt das Wiedererwägungsgesuch die Anpassung einer ursprünglich fehlerfreien Asyl- und Wegweisungsverfügung an nachträglich eingetretene Wegweisungs- und zugshindernisse (vgl. BVGE 2014/39 E. 4.5 m.w.H.). Falls die abzuändernde Verfügung unangefochten blieb – oder ein eingeleitetes Beschwerdeverfahren mit einem blossen Prozessentscheid abgeschlossen wurde – können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen (zum sogenannten «qualifizierten Wiedererwägungsgesuch» vgl. BVGE 2013/22 E. 5.4 m.w.H.). Ebenfalls im Rahmen einer Wiedererwägung zu prüfen sind Beweismittel, die erst nach einer materiellen Beschwerdeentscheid des Bundesverwaltungsgerichts entstanden sind und daher revisionsrechtlich nicht von Relevanz sein können (vgl. BVGE 2013/22 E. 12 und 13).

4.

4.1 Das SEM begründet seinen Entscheid damit, dass im Asyl- und Wegweisungsverfahren die Wegweisung nicht zu verfügen sei, wenn ein potenzieller Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bestehe und dieser gegenüber der kantonalen Migrationsbehörde geltend gemacht worden sei. Sei die asylsuchende Person nicht im Besitz einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, sei im Asyl- und Wegweisungsverfahren mit Blick auf die mögliche Zuständigkeit vorfrageweise zu prüfen, ob sich die asylsuchende Person gemäss Art. 14 Abs. 1 AsylG auf einen potenziellen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen könne. Als Anspruchsgrundlage falle Art. 8 EMRK in Betracht, wobei die bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich sei, die besage, dass Ausländer-

rinnen und Ausländer gestützt auf den Schutz des Familienlebens ein potenzieller Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz erwachse, wenn intakte und tatsächlich gelebte Familienbande zu nahen Verwandten (Kernfamilie) bestünden, die über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügten. Dies sei der Fall, wenn der sich in der Schweiz aufhaltende Angehörige das Schweizer Bürgerrecht besitze oder über eine Niederlassungsbewilligung verfüge, die auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruhe. Stütze sich ein Gesuch ausschliesslich auf Art. 8 EMRK, sei eine Ausnahme vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens nur dann anzunehmen, wenn der Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung offensichtlich bestehe.

Die Partnerin und die Kinder des Beschwerdeführers verfügten in der Schweiz faktisch über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht, es seien aber nicht alle Voraussetzungen von Art. 44 AuG erfüllt, wozu namentlich gehöre, dass die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sei. Der Beschwerdeführer werde aus der Schweiz weggewiesen.

Hinsichtlich der Frage des Vollzugs sei zu prüfen, ob der Beschwerdeführer gemäss Art. 44 AsylG i.V.m. Art. 8 EMRK einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung habe. Er habe im Asylverfahren über seine Identität und seine Herkunft getäuscht; die Staatsangehörigkeit sei aber wesentlich für die vorzunehmende Prüfung. Im Asylentscheid vom 3. Dezember 2014 sei davon ausgegangen worden, dass als Heimatstaat am ehesten Äthiopien in Frage kommen. Der Beschwerdeführer verfüge nicht über die gleiche Staatsangehörigkeit wie seine Partnerin, weshalb ein Ausnahmetatbestand gemäss Art. 44 AsylG vorliege. Bei gemischt-nationalen Partnern sei der Vollzug der Wegweisung grundsätzlich zumutbar, sofern sich die Partner gemeinsam im Heimatland des nichtgefährdeten Partners niederlassen könnten, was einer sorgfältigen Abklärung bedürfe. Die Prüfung habe vorfrageweise zu erfolgen. Die Untersuchungspflicht des SEM finde ihre Grenzen an der Mitwirkungs- und Wahrheitspflicht der Gesuchsteller. Der Beschwerdeführer verunmögliche es dem SEM vorliegend, die sorgfältige Prüfung der Zumutbarkeit des Familienlebens in einem anderen Staat zu prüfen.

5. In der Beschwerde wird ausgeführt, der Grundsatz der Einheit der Familie i.S.v. Art. 44 AsylG i.V.m. Art. 8 EMRK führe dazu, dass die vorläufige Aufnahme eines Familienmitglieds die vorläufige Aufnahme des anderen Familienmitglieds mit sich ziehe. Ein Abweichen davon sei beispielsweise möglich, wenn eine Familienvereinigung ohne weiteres im Ausland möglich

sei. Hinsichtlich der Verletzung der Mitwirkungs- und Wahrheitspflicht sei auf Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 1998 Nr. 31 zu verweisen, wo festgehalten werde, dass die Verfehlung des vom Entscheid Betroffenen, der unter falscher Identität ein Asylgesuch eingereicht hatte, eine Ausnahme vom Grundsatz der Einheit der Familie nicht rechtfertige. Demnach gehe es nicht an, bei der Prüfung des Vollzugs der Wegweisung derart einseitig auf das Kriterium der Staatsangehörigkeit abzustellen, selbst wenn von einer Verletzung der Mitwirkungs- und Wahrheitspflicht ausgegangen werde. Vorliegend könne nicht angenommen werden, dass eine Vereinigung im Ausland ohne weiteres möglich sei. Gründe, die dagegen sprächen, ergäben sich bereits aus der Flüchtlingseigenschaft der Partnerin und der Kinder sowie dem daraus abgeleiteten Schutz der Flüchtlingskonvention, die anerkannten Flüchtlingen das Recht auf Freizügigkeit gewähre. Das Bundesverwaltungsgericht führe dazu aus, dass Einschränkungen des Rechts auf Freizügigkeit von Flüchtlingen auf ein Minimum zu beschränken seien. Der Umstand der Verletzung der Mitwirkungs- und Wahrheitspflicht vermöge einen Eingriff in die Freizügigkeitsrechte der Familienangehörigen nicht zu rechtfertigen. Die Partnerin habe sich in der Schweiz gut integriert und besuche einen Deutschkurs. Eine Familienvereinigung im Ausland würde ihre Integrationsbemühungen zunichtemachen. Dies scheine nicht verhältnismässig.

Auch das Kindeswohl nach Art. 3 KRK spreche für ein Leben der Familieneinheit in der Schweiz. Vor allem der ältere Sohn des Beschwerdeführers leide stark unter dem ungesicherten Aufenthaltsstatus seines Vaters und den damit verbundenen Abwesenheiten wegen Gefängnisaufenthalten. Die Kinderärztin habe ihn an den heilpädagogischen Dienst überwiesen. Es ergebe sich, dass der Sohn auf ein beständiges Umfeld angewiesen sei, das er in der Schweiz geniesse.

Eine Familienvereinigung im Ausland sei ungeachtet der Herkunft des Beschwerdeführers nicht ohne weiteres möglich. Selbst wenn davon ausgegangen würde, er stamme aus Äthiopien, wäre eine Familienvereinigung dort nicht ohne weiteres möglich. Das gemeinsame Familienleben könne dort nicht gelebt werden, weil die Partner nicht verheiratet seien und es äusserst unwahrscheinlich sei, dass eine ledige Partnerin eines vermutlichen äthiopischen Staatsangehörigen dort mit den Kindern eine Aufenthaltsbewilligung erhalten würde.

5.1 Das SEM führt in seiner Vernehmlassung aus, die beiden Kinder des Beschwerdeführers seien in einem Alter, in dem sie noch stark an die Eltern

gebunden seien. Es könne nicht von einer Entwurzelungssituation gesprochen, sollten sie in einen anderen Staat gehen müssen. Daher wäre eine hypothetische Niederlassung der Familie in einem anderen Staat, wäre dies prüfbar, auch unter dem Aspekt des Kindeswohls zumutbar.

5.2 In der Stellungnahme wird entgegnet, das SEM lasse in seiner Argumentation das Vorbringen in der Beschwerde, ein Verbleib der gesamten Familie in der Schweiz sei wegen des Entwicklungsrückstandes des Sohnes D. _____ notwendig, ausser Acht. Dass C. _____ aufgrund seiner Beeinträchtigung auf ein beständiges Umfeld und die psychologische und pädagogische Betreuung angewiesen sei, ergebe sich aus den eingereichten Berichten. Die Kinderärztin von C. _____ halte fest, dass dieser im bestehenden therapeutischen Umfeld verbleiben solle. Gemäss Einschätzung des Heilpädagogen sei die heilpädagogische Früherziehung im Fall von C. _____ angezeigt. Auch seine Eltern würden von den Pädagogen im Alltag begleitet, um die optimale Entwicklung des Kindes zu fördern. Die Familie werde wegen der starken Auffälligkeit von C. _____ zusätzlich vom Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst begleitet. Aufgrund dieser Tatsachen sei davon auszugehen, dass eine Familienvereinigung im Ausland nicht dem Kindeswohl entsprechen würde und unverhältnismässig wäre. Im Übrigen sei auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-3175/2016 vom 17. August 2017 zu verweisen, in dem ausgeführt werde, dass der Status der Familie eines Flüchtlings einheitlich zu regeln sei, ungeachtet dessen, ob die Familie vorbestanden habe oder erst in der Schweiz gegründet worden sei. Die Erteilung der vorläufigen Aufnahme sei folglich auch aufgrund von Art. 51 AsylG geboten.

6.

6.1 Im vorliegenden Verfahren ist die Frage zu beantworten, ob Art. 8 EMRK und/oder der Grundsatz der Einheit der Familie nach Art. 44 Abs. 1 AsylG Anwendung finden. Das SEM verneinte diese Frage und hielt fest, dass sich der Beschwerdeführer weder auf den Schutz von Art. 8 EMRK berufen könne noch Art. 44 AsylG einer Wegweisung entgegenstehe.

6.2 Unter dem Begriff der „Einheit der Familie“ ist zu verstehen, dass Familienmitglieder nicht voneinander getrennt werden, sondern tatsächlich zusammenleben können, und dass der Familie nach Möglichkeit ein einheitlicher Rechtsstatus eingeräumt wird. In diesem Sinn beinhaltet Art. 44 AsylG, dass die vorläufige Aufnahme des einen Familienmitglieds in der Regel zur vorläufigen Aufnahme der ganzen Familie führt (vgl. EMARK

1995 Nr. 24 m.w.H.). Auf diesen Grundsatz kann sich allerdings nicht berufen, wer – wie der Beschwerdeführer – eine Beziehung eingeht, nachdem seinem Familienmitglied die vorläufige Aufnahme erteilt wurde, ansonsten die gesetzlichen Bestimmungen über den Familiennachzug mittels Asylgesuchstellung in der Schweiz umgangen werden könnten. Nachdem die Lebenspartnerin mit Verfügung vom 14. Juli 2014 in der Schweiz als Flüchtling vorläufig aufgenommen wurde und der Beschwerdeführer mit ihr damals noch keine stabile Beziehung hatte (er wurde am 1. September 2014 Vater eines aus einer anderen „Beziehung“ stammenden Kindes), verstösst die angefochtene Verfügung demnach nicht gegen den Grundsatz der Einheit der Familie gemäss Art. 44 AsylG.

6.3

6.3.1 Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich jemand nur dann auf den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK berufen, wenn eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung vorliegt. Diesbezüglich sind als wesentliche Faktoren das gemeinsame Wohnen respektive der gemeinsame Haushalt, die finanzielle Verflochtenheit, die Länge und Stabilität der Beziehung sowie das Interesse und die Bindung der Partner aneinander zu berücksichtigen (vgl. CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München/Basel/Wien 2016, S. 204; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 365). Weiter muss es sich beim in der Schweiz lebenden Familienmitglied um eine hier gefestigt anwesenheitsberechtigte Person handeln (vgl. BGE 139 I 330 E. 2.1). Von einem gefestigten Anwesenheitsrecht ist ohne weiteres bei schweizerischer Staatsangehörigkeit auszugehen, ebenso bei einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung, auf deren Verlängerung ein Anspruch besteht (vgl. statt vieler BGE 135 I 143; 130 II 281, je m.w.H.). Auf den Schutz des Privat- und Familienlebens können sich in Ausnahmesituationen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) auch Personen berufen, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt ist beziehungsweise die allenfalls über kein (gefestigtes) Anwesenheitsrecht verfügen, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen wird respektive aus objektiven Gründen hingenommen werden muss (vgl. BGE 138 I 246 E. 3.3.1 und 137 I 113 E. 6.1 m.w.H.; vgl. zur Rechtsprechung des EGMR die Urteile Jeunesse gegen Niederlande vom 3. Oktober 2014, 12738/10, § 103 ff. m.w.H., Agraw gegen Schweiz vom 29. Juli 2010, 3295/06, § 44 ff. und Mengesha Kimfe gegen Schweiz vom 29. Juli 2010, 24404/05, § 61 ff.).

6.3.2 Sodann kommt Art. 8 EMRK – im Sinne einer kumulativen Voraussetzung zu den in E. 5.3.1 genannten Bedingungen – nur dann zur Anwendung, wenn die privaten Interessen der betroffenen Person respektive ihrer Angehörigen an der Erteilung beziehungsweise am Erhalt des Anwesenheitsrechts dem öffentlichen Interesse an dessen Verweigerung vorgehen (vgl. BGE 139 I 330 E. 2.2 f. m.w.H.).

6.3.3 Gemäss Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts rechtfertigt es sich, beim Nachweis der gelebten Familiengemeinschaft restriktivere Kriterien vorauszusetzen, als bei einer formellen Ehegemeinschaft, da die Eheähnlichkeit durch eine gewisse Dauerhaftigkeit und Verflochtenheit noch unter Beweis zu stellen ist. Das Bundesgericht setzt in seiner Rechtsprechung zum ausländerrechtlichen Bewilligungsanspruch die Messlatte mit dem Erfordernis des Zusammenlebens von mehreren Jahren sehr hoch (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_702/2011 vom 23. Februar 2012 m.w.H.). Die partnerschaftliche Beziehung muss seit langem Bestehen oder es müssen konkrete Hinweise auf eine unmittelbar bevorstehende Eheschliessung hindeuten. Wesentlich ist das Zusammenleben im gleichen Haushalt; der Natur und der Dauer der Beziehung sowie dem Interesse und der Bindung aneinander ist Rechnung zu tragen.

6.3.4 Angesichts der Aktenlage ist davon auszugehen, dass vorliegend mittlerweile von einer dauerhaften eheähnlichen Gemeinschaft beziehungsweise einer nahen, echten und tatsächlich gelebten Beziehung auszugehen ist. Die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers brachte am (...) den gemeinsamen Sohn C._____ zur Welt. Der Beschwerdeführer wurde zwar für den Aufenthalt nach dem abgelehnten Asylgesuch einer Gemeindeunterkunft zugewiesen, es wurde ihm aber gestattet, sich während der Woche bei seiner Partnerin und dem gemeinsamen Kind aufzuhalten. Am (...) wurde der Lebenspartnerin der gemeinsame Sohn E._____ geboren. Der Beschwerdeführer anerkannte die beiden Kinder und gemäss einem Gutachten zur Abstammungsuntersuchung vom 2. März 2017 der (...) gelten die Vaterschaften nach aktueller Rechtsprechung als mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwiesen. Beide Elternteile haben eine Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge für ihre beiden Kinder abgegeben. C._____ und E._____ wurden vom SEM als Flüchtlinge anerkannt und in der Schweiz vorläufig aufgenommen. Mittlerweile lebt die Familie in einem gemeinsamen Haushalt in F._____.

6.3.5 Die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers und die gemeinsamen Söhne sind in der Schweiz vorläufig aufgenommene Flüchtlinge und verfügen somit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz (vgl. BGE 126 II 335 E. 1). Es ist demnach zu prüfen, ob eine Ausnahmesituation im vorerwähnten Sinn vorliegt, aufgrund welcher auf die Voraussetzung des gefestigten Aufenthaltsrechts zu verzichten und das Vorliegen eines faktischen Aufenthaltsrechts anzunehmen ist. In BVGE 2017 VII/4 E. 6.3 hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass es angesichts der zunehmenden Aufweichung des Begriffs des faktischen Anwesenheitsrechts durch das Bundesgericht, der ständigen Rechtsprechung des EGMR sowie aufgrund einer Analyse des Bundesrats angezeigt erscheine, bei Familiennachzugsgesuchen von (vorläufig aufgenommenen) Flüchtlingen betreffend deren Ehegatten und minderjährigen Kindern ein faktisches Aufenthaltsrecht anzunehmen und die Dauer des Aufenthalts erst in der Güterabwägung zu berücksichtigen. Auch wenn vorliegend nicht über die Beschwerde im Rahmen eines Familiennachzugsgesuchs zu befinden ist, sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, die einer analogen Anwendung des oben erwähnten Grundsatzes auf die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers und auf die gemeinsamen Kinder entgegenstehen würden. Aufgrund deren Anerkennung als (vorläufig aufgenommene) Flüchtlinge sowie angesichts der Tatsache, dass eine Aufhebung deren rechtlichen Status in absehbarer Zukunft nicht anzunehmen ist, kann sowohl im Fall der Lebenspartnerin als auch der Söhne des Beschwerdeführers ein faktisches Aufenthaltsrecht in der Schweiz angenommen werden.

6.3.6 Die EMRK verschafft keinen absoluten Anspruch auf Einreise und Aufenthalt, respektive auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts, oder auf einen besonderen Aufenthaltstitel. Vielmehr erweist sich eine im Schutz- und Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK liegende Massnahme als zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinn von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft "notwendig" erscheint (vgl. BGE 143 I 21 E. 5.1 und 135 I 153 E. 2.1). In Fällen, die sowohl das Familienleben als auch die Immigration betreffen, hängt der Umfang der Pflicht, ausländische Familienmitglieder auf dem Staatsgebiet zu dulden oder ihren Aufenthalt ermöglichen zu müssen, jeweils von den Umständen des Einzelfalls ab. Es wird eine Gesamtbetrachtung verlangt, bei welcher der Grad der konkreten Beeinträchtigung des Familienlebens, der Umstand, ob und wie weit dieses in zumutbarer Weise im Heimatstaat oder

allenfalls in einem Drittstaat gelebt werden kann sowie die Natur der Bindungen zum und im Aufenthaltsstaat ins Gewicht fallen. Von wesentlicher Bedeutung ist zudem, ob Gründe der Migrationsregulierung (z.B. illegaler Aufenthalt), andere Motive zum Schutz der öffentlichen Ordnung (z.B. Kriminalität) oder solche des wirtschaftlichen Wohlergehens des Landes (z.B. Sozialhilfeabhängigkeit) der Bewilligung entgegenstehen. Von besonderem Gewicht erscheint schliesslich, ob das Familienleben zu einer Zeit geschaffen wurde, zu der den beteiligten Personen bekannt war, dass dessen Fortbestehen im Gaststaat wegen des Einwanderungsstatus einer von ihnen von Beginn an unsicher war. Ist dies der Fall, bedarf es besonderer beziehungsweise aussergewöhnlicher Umstände ("exceptional circumstances"), damit Art. 8 EMRK den einzelnen Staat verpflichten kann, die Anwesenheit von Familienangehörigen zu dulden (vgl. zum Ganzen statt vieler BGE 139 I 330 E. 2.2 f. sowie bspw. Urteil des EGMR Jeunesse § 100 ff. m.w.H.). Soweit Kinder betroffen sind, ist dem Kindeswohl im Sinne einer Leitmaxime eine gewichtige Bedeutung zuzumessen, wobei auch wiederum die einzelfallspezifischen Umstände, namentlich das Alter, die Situation im Heimatstaat und die Abhängigkeit zu den Eltern, massgeblich sind. Der Umstand allein, dass das Kind in einem Staat eine bessere Ausgangslage hat, reicht selbstredend nicht (vgl. Urteil des EGMR Jeunesse § 73 ff. und § 109).

6.3.7 Vorliegend ist das öffentliche Interesse an der Migrationsregulierung höher zu werten als das private Interesse des Beschwerdeführers am Weiterbestand des Familienlebens in der Schweiz. In Bezug auf die privaten Interessen des Beschwerdeführers ist zu berücksichtigen, dass er mittlerweile seit Ende 2014 mit seiner Lebenspartnerin B. _____ in einer Beziehung steht. Der Beschwerdeführer hält sich seit gut sechs Jahren in der Schweiz auf, wobei seine Anwesenheit lediglich zum Zweck der Prüfung des Asylgesuchs erlaubt war – der ihm in der Verfügung vom 3. Dezember 2014 auferlegten Pflicht, die Schweiz bis zum 28. Januar 2015 zu verlassen, ist er nicht nachgekommen. Er hat seine Partnerin erst im Verlaufe des Asylverfahrens in der Schweiz kennengelernt, weshalb ihnen von Anfang an bewusst gewesen sein muss, dass ein allfällig aufgenommenes Familienleben möglicherweise (einstweilen) nur von vorübergehender Dauer ist. Der Beschwerdeführer und seine Lebenspartnerin sind fürsorgeabhängig und können weder für sich selbst noch für ihre beiden gemeinsamen Kinder aufkommen. Das SEM weist in der angefochtenen Verfügung zutreffend darauf hin, dass „besondere Umstände“ einem Einbezug in die vorläufige Aufnahme entgegenstehen, wenn im Falle einer gemischt-nationalen Familie die einzubeziehende Person Bürger eines anderen Staates

ist als die in der Schweiz als Flüchtling anerkannte Person und es der Familie an sich zumutbar wäre, statt in der Schweiz auch in diesem Land zu leben. Vorliegend steht die Identität des Beschwerdeführers (Namen, Vornamen, Staatsangehörigkeiten, Ethnie, Geburtsdatum, Geburtsort und Geschlecht [Art. 1a Bst. a der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311)]) in mehrerer Hinsicht nicht fest, da er widersprüchliche Angaben zu derselben machte und zum Beleg derselben eine gefälschte eritreische Identitätskarte einreichte (vgl. Verfügung des SEM vom 3. Dezember 2014 S. 3 ff.). Eine sinnvolle Prüfung durch die schweizerischen Asylbehörden, ob eine gemeinsame Rückkehr der gemischt-nationalen Familie in den Heimatstaat des Beschwerdeführers zumutbar und möglich wäre, kann angesichts des bisherigen Verhaltens des Beschwerdeführers somit nicht vorgenommen werden. Deshalb kann auch keine sinnvolle, sich an Fakten orientierende Prüfung des Kindeswohls vorgenommen werden.

6.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das SEM das Gesuch des Beschwerdeführers um Einbezug in die vorläufige Aufnahme seiner Lebenspartnerin zu Recht und mit zutreffender Begründung abgelehnt hat.

7.

Somit ist es dem Beschwerdeführer nicht gelungen darzutun, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig oder unvollständig feststellt oder unangemessen ist (Art. 49 VwVG), weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da ihm mit Zwischenverfügung vom 25. Oktober 2017 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde und sich an den Voraussetzungen dazu nichts geändert hat, sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

9.

9.1 Nachdem dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsverteidigung gewährt und Ass. iur. Christian Hoffs als amtlicher Rechtsbeistand eingesetzt wurde, ist jenem ein amtliches Honorar auszurichten.

9.2 Das Bundesverwaltungsgericht geht bei amtlicher Vertretung in der Regel von einem Stundenansatz von Fr. 200.– bis Fr. 220.– für Anwältinnen

und Anwälte und Fr. 100.– bis Fr. 150.– für nicht-anwaltliche Vertreterinnen und Vertreter aus (vgl. Art. 12 i.V.m Art. 10 Abs. 2 VGKE). Es wird nur der notwendige Aufwand entschädigt.

9.3 Der Rechtsvertreter hat mit der Stellungnahme zur Vernehmlassung eine Kostennote vom 10. November 2017 eingereicht, in welcher ein zeitlicher Aufwand von insgesamt 5 Stunden und eine Pauschale für Barauslagen von Fr. 15.– aufgeführt werden, was vom Bundesverwaltungsgericht als angemessen erachtet wird. Der angeführte Stundenansatz von Fr. 200.– ist entsprechend der vorstehenden Ziffer 8.2 auf Fr. 150.– zu kürzen. Dem Rechtsbeistand ist durch das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9–13 VGKE) somit ein amtliches Honorar in der Höhe von Fr. 765.– auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Ass. iur. Christian Hoffs wird zulasten des Gerichts ein amtliches Honorar von Fr. 765.– ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das SEM und die zuständige kantonale Behörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Schürch

Christoph Basler

Versand: