



Urteil vom 22. November 2019

Besetzung

Richterin Esther Marti (Vorsitz),
Richterin Emilia Antonioni Luftensteiner,
Richter David R. Wenger,
Gerichtsschreiberin Sibylle Dischler.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Eritrea,
vertreten durch Ass. iur. Christian Hoffs, HEKS Rechtsbera-
tungsstelle für Asylsuchende SG/AI/AR, (...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und Asyl;
Verfügung des SEM vom 30. März 2017 / N (...).

Sachverhalt:

I.

A.

A.a B._____ und ihr Kind (N [...]) suchten am 24. September 2012 in der Schweiz um Asyl nach.

A.b B._____ führte in der Befragung zur Person (BzP) vom 15. Oktober 2012 und ihrer Anhörung zu den Asylgründen vom 21. März 2014 aus, seit Oktober 2008 mit dem Beschwerdeführer verheiratet und seit der zweiten Woche nach der Heirat unfreiwillig von ihm getrennt worden zu sein. Sie sei 2010 illegal aus Eritrea ausgereist, nachdem sie in Sawa ausgebildet und polizeilich vorgeladen worden sei. Dabei habe man sie nach dem Verbleib ihres Ehemanns befragt, worüber sie nicht habe Auskunft geben können. In der Anhörung gab sie an, sie wisse bis heute nicht, wo sich dieser aufhalte (vgl. Protokoll in den SEM-Akten N [...]: A4/13 Ziff. 1.14, Ziff. 7.02; A14/18 F10, F33 ff., F44).

A.c Mit Verfügung vom 28. November 2014 anerkannte das SEM die Flüchtlingseigenschaft von B._____ und gewährte ihr Asyl. Die Tochter C._____ wurde in die Flüchtlingseigenschaft und das Asyl der Mutter einbezogen.

II.

B.

B.a Der Beschwerdeführer stellte am 20. Dezember 2015 in der Schweiz ein Asylgesuch.

B.b In seiner BzP vom 28. Dezember 2015 (Protokoll in den SEM-Akten: A5/13) gab er übereinstimmend mit B._____ zu Protokoll, mit ihr seit Oktober 2008 religiös verheiratet zu sein. Er habe während den Flitterwochen (...) 2008 Eritrea verlassen müssen. Er sei nach seiner Flucht über verschiedene Länder 2009 nach Italien gereist, wo er als Flüchtling anerkannt sei und über eine Aufenthaltsbewilligung mit Gültigkeitsdauer bis 2020 verfüge. Aufgrund seiner Flucht habe er den Kontakt zu seiner Ehefrau verloren. Mitte 2014 habe er über einen Freund erfahren, dass seine Ehefrau in der Schweiz lebe, weshalb er hierhergekommen sei.

B.c Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs liess der Beschwerdeführer in einer präzisierenden Stellungnahme vom 22. Februar 2016 festhalten,

er sei in die Schweiz eingereist, um die Familienbeziehung zu seiner Ehefrau wieder leben zu können und beantrage deshalb den Einbezug in ihre Flüchtlingseigenschaft.

B.d Im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens reichte der Beschwerdeführer seine italienische Aufenthaltsbewilligung und seinen italienischen Flüchtlingspass ein.

C.

Am (...) kam die gemeinsame Tochter des Beschwerdeführers und B. _____, D. _____, zur Welt.

D.

D.a Mit Schreiben vom 6. März 2017 informierte das SEM den Beschwerdeführer darüber, dass er gemäss Art. 8 EMRK einen potenziellen Anspruch auf Erteilung einer kantonalen Aufenthaltsbewilligung habe, da B. _____ ihrerseits über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge, die auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruhe. Da Art. 8 EMRK bereits bei der Verfügung der Wegweisung einer Person aus der Schweiz greife, sei diese – sofern ein potenzieller Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bestehe – vom SEM gar nicht mehr zu prüfen, da die entsprechende Kompetenz den kantonalen Behörden zukomme. Vor diesem Hintergrund forderte das SEM den Beschwerdeführer auf, bei den zuständigen kantonalen Migrationsbehörden ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung einzureichen und das SEM über die Einleitung des Bewilligungsverfahrens in Kenntnis zu setzen, ansonsten es davon ausgehe, dass der Beschwerdeführer kein Interesse an der Wahrnehmung seines aus Art. 8 EMRK potenziell erwachsenden Rechts habe.

D.b Mit Eingabe vom 10. März 2017 stellte der Beschwerdeführer beim kantonalen Migrationsamt ein Gesuch um Familiennachzug und ersuchte um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Dieses Gesuch ist nach wie vor anhängig.

E.

E.a Mit Verfügung vom 30. März 2017 trat die Vorinstanz gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG (SR 142.31) auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein. Gleichzeitig stellte sie fest, dass der Entscheid über den weiteren Aufenthalt oder eine allfällige Wegweisung in die Zuständigkeit der kantonalen Migrationsbehörden falle.

E.b Mit Urteil E-2153/2017 vom 18. April 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht eine gegen diesen Nichteintretensentscheid geführte Beschwerde vom 11. April 2017 ab.

F.

Mit separater Verfügung vom selben 30. März 2017 lehnte das SEM das Gesuch des Beschwerdeführers um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und das Asyl seiner Ehefrau ebenfalls ab.

G.

Mit Eingabe vom 27. April 2017 erhob der Beschwerdeführer auch gegen diese Verfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, sie sei aufzuheben, und er sei in die Flüchtlingseigenschaft und das Asyl seiner Ehefrau, B._____, einzubeziehen.

In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und um Beiordnung einer amtlichen Rechtsvertretung.

Der Beschwerde legte er eine Fürsorgebestätigung sowie eine Kostennote der Rechtsvertretung bei.

H.

Mit Verfügung des SEM vom 31. März 2017 wurde die Tochter D._____ gestützt auf den damaligen Art. 51 Abs. 3 AsylG in die Flüchtlingseigenschaft von B._____ einbezogen und es wurde ihr Asyl gewährt.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 18. Mai 2017 teilte das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer insbesondere mit, dass die rechtliche Beurteilung der Beschwerdevorbringen betreffend Einbezug in das Familienasyl Gegenstand eines Koordinationsverfahrens bilde. Gleichzeitig verschob es den Entscheid über die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um die Beiordnung einer amtlichen Rechtsvertretung auf einen späteren Zeitpunkt. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtete es.

J.

Mit Eingabe vom 29. August 2018 reichte der Beschwerdeführer einen Auszug aus dem Geburtsregister von D._____, geboren am (...), ein. Weiter legte er eine Verfügung vom 29. Mai 2017 betreffend Bewilligung des Gesuchs um Kantonswechsel bei.

K.

Mit Eingabe vom 30. August 2018 reichte er ein handschriftlich ausgefülltes Formular betreffend Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge ein.

L.

Unter Beilegung des Geburtsregisterauszugs vom 25. September 2018 wies der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 10. Oktober 2018 darauf hin, dass seine Tochter D. _____ neu seinen Nachnamen trage.

M.

Am 6. Mai 2019 beantwortete das Bundesverwaltungsgericht Anfrage des Beschwerdeführers nach dem Verfahrensstand.

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

1.1 Für das vorliegende Verfahren gilt das bisherige Recht (vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015 [SR 142.31]).

1.2 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 in der Regel – so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

1.3 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG und das AsylG nichts anderes bestimmen (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

1.4 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. 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.

3.

Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wurde vorliegend auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet.

4.

4.1 Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder werden als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen (Art. 51 Abs. 1 AsylG).

4.2 Das SEM führt zur Begründung der Abweisung des Familienasyls aus, für den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft sei es zentrale Bedingung, dass bereits vor der Flucht eine Familiengemeinschaft bestanden habe. Eine solche sei vorliegend nicht gegeben. Der Beschwerdeführer habe nach der Trauung bloss zwei Wochen mit seiner Ehegattin zusammengelebt, bevor er erneut in den Militärdienst eingerückt sei. Während dieser Zeit hätten sie nicht in einem gemeinsamen Haushalt gelebt, was für die Annahme einer Familiengemeinschaft aber Voraussetzung wäre. Der Umstand, dass die beiden – soweit aus den Akten hervorgehe – unterdessen ein intaktes, tatsächlich gelebtes Familienleben in der Schweiz pflegen würden und gemeinsame Kinder gezeugt hätten, vermöge daran nichts zu ändern. Für Familienbeziehungen, die erst im Ausland gegründet respektive erst ab diesem Zeitpunkt intakt gelebt würden, sei Art. 8 EMRK als allfällige Anspruchsgrundlage für einen Aufenthaltstitel gestützt auf das Recht auf Schutz des Familienlebens heranzuziehen. Beim Beschwerdeführer sei dies gemäss vorfrageweiser Prüfung des SEM ein Anspruch gegeben, was es ihm mit einem entsprechenden Brief bereits mitgeteilt habe. Er könne sich auf dem ausländerrechtlichen Weg um einen Familiennachzug bemühen. Er habe dem SEM eine Kopie des beim Kanton eingereichten Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zugestellt. Damit sei die Prüfungskompetenz betreffend die Wegweisung und den Vollzug der Wegweisung auf die kantonalen Behörden übergegangen.

4.3 Der Beschwerdeführer hielt dem in seiner Rechtsmitteingabe entgegen, die Voraussetzungen von Art. 51 Abs. 1 AsylG seien sehr wohl erfüllt. Er und seine Ehefrau hätten nach ihrer Hochzeit während zwei Wochen gemeinsam im Haushalt der Eltern gelebt. Dies sei ein üblicher Brauch in Eritrea und sei nicht mit den Flitterwochen, wie wir sie hier kennen würden,

vergleichbar, auch wenn es entsprechend übersetzt worden sei. Dass die Familiengemeinschaft in Eritrea nicht länger Bestand gehabt habe, sei einzig dem Umstand geschuldet, dass der Beschwerdeführer kurz nach der Hochzeit vom Militär abgeholt worden sei und daraufhin habe flüchten müssen. Es liege mithin eine Trennung durch die Flucht vor. Die Gründe, weshalb die Familiengemeinschaft in der Folge erst Jahre später wiederaufgenommen worden sei, seien bereits hinreichend beschrieben worden und nachvollziehbar. Da das tatsächlich gelebte, intakte Familienleben in der Schweiz nicht bestritten werde, sei die Wiederherstellung der bereits in Eritrea existierenden Familiengemeinschaft unentbehrlich. Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei das Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft aber ohnehin unabhängig von der Frage, ob die eheliche Gemeinschaft vor der Flucht aus dem Heimatland bestanden habe, gutzuheissen.

5.

5.1 Im vorliegenden Verfahren stellen sich Fragen, welche vom Bundesverwaltungsgericht in zwei Koordinationsentscheiden zu Art. 51 Abs. 1 AsylG beantwortet wurden.

5.2

5.2.1 Bei der ersten handelt es sich um die von den Beschwerdeparteien aufgeworfene Frage, ob im Zeitpunkt der Flucht aus dem Heimatland bereits eine Familiengemeinschaft bestanden haben muss beziehungsweise ob ein allfälliger Abbruch der Beziehung nach der Flucht einen besonderen Umstand darstellt, welcher gegen den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und die Erteilung von Asyl nach Art. 51 Abs. 1 AsylG spricht. Das SEM bejaht diese Frage in der angefochtenen Verfügung. Das Bundesverwaltungsgericht kam diesbezüglich in BVGE 2017 VI/4 aber zum Schluss, dass eine vorbestandene Familiengemeinschaft im Zeitpunkt der Flucht keine Voraussetzung von Art. 51 Abs. 1 AsylG ist in Konstellationen, in welchen sich im Zeitpunkt der Gesuchstellung die Familienmitglieder in der Schweiz befinden. Vielmehr reicht es in solchen Fällen für die Anspruchsberechtigung aus, dass die Familie in der Schweiz besteht und die Einheit gelebt wird, unabhängig von der Frage, ob die Familie durch die Flucht getrennt worden war. Da die Familie gar erst hier gegründet worden sein kann, würde selbst ein allfälliger früherer Abbruch einer in der Schweiz wiederaufgenommenen Beziehung keinen besonderen Umstand nach Art. 51 Abs. 1 AsylG darstellen, sofern das Bestehen einer aktuell gelebten Familiengemeinschaft in der Schweiz bejaht werden kann.

5.2.2 Nach dem Gesagten ist im vorliegenden Fall, wo sich der Beschwerdeführer bereits in der Schweiz befindet, einzig erheblich, ob aktuell von einer bestehenden Familiengemeinschaft zwischen ihm und seiner Ehefrau sowie den gemeinsamen Kindern auszugehen ist. Dies ist zu bejahen. Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer und B._____ ein Ehepaar sind. Beide gaben in ihren jeweiligen Verfahren vor dem SEM zu Protokoll, seit Oktober 2008 verheiratet zu sein (vgl. Sachverhaltserwägung Bst. A.b., B.b.). Am (...) ist ihr gemeinsames Kind D._____ geboren. Das SEM bewilligte am 29. Mai 2017 einen Kantonswechsel des Beschwerdeführers an die Adresse von B._____ aufgrund der Einheit der Familie. Seither leben sie an derselben Adresse und sorgen sich gemäss Rechtsmitteleingabe gemeinsam um die beiden Kinder (vgl. Beschwerde S. 4). Auch das SEM zweifelt nicht daran, dass das Paar – seit sich der Beschwerdeführer in der Schweiz befindet – ein intaktes, tatsächlich gelebtes Familienleben pflegt (vgl. Verfügung S. 2). Dies brachte es auch mit der vorfrageweisen Bejahung eines Anspruchs aus Art. 8 EMRK auf eine Aufenthaltsbewilligung zum Ausdruck (vgl. Verfügung S. 2; Schreiben vom 6. März 2017 [vgl. Sachverhalt Bst. D.a).

5.3 Der Beschwerdeführer, seine Frau und die Kinder sind nach dem Gesagten eine Familie im Sinne der massgeblichen Bestimmungen; die Familienbeziehung wird in der Schweiz gelebt und es ist unter diesem Aspekt unwesentlich, ob eine solchermassen geschützte Familienbeziehung bereits in Eritrea, also vor der Flucht, bestanden hatte.

5.4

5.4.1 Die Begründung des SEM für seinen abweisenden Entscheid kann nach dem Gesagten nicht gestützt werden. Das Gericht ist allerdings daran nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG) und der Gewährung von Familienasyl steht vorliegend ein besonderer Umstand entgegen. Das ergibt sich daraus, dass der Beschwerdeführer in Italien bereits als Flüchtling anerkannt wurde, dort über eine Aufenthaltsbewilligung, welche gemäss seinen eigenen Aussagen noch bis 2020 gültig ist (vgl. Ziff. 2.06), verfügt und damit bereits Schutz gefunden hat.

5.4.2 Bereits im Urteil E-6880/2014 vom 29. November 2017 kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, es liege ein besonderer Umstand vor, der einem Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und einer Gewährung von Familienasyl entgegenstehe, wenn die Person, die einbezogen werden möchte, in einem anderen Staat bereits Schutz vor Verfolgung gefunden habe (vgl. ebd. E. 4.3.2 m.w.H.). Diese Rechtauffassung wurde jüngst im

zur Publikation vorgesehenen Grundsatzurteil E-4639/2017 vom 25. September 2019 bestätigt. Dementsprechend ist der Anspruch auf Familieneinheit in einer Konstellation, wie der vorliegenden, in welcher der in die Flüchtlingseigenschaft und in der Folge das Asyl einzubeziehende Ehegatte bereits in einem anderen Staat Schutz erhalten hat, nach den Regeln des Ausländerrechts gemäss Art. 44 AIG und nicht im Rahmen des Asylrechts, mithin gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG, zu gewährleisten (vgl. Urteil des BVGer E-4639/2017 E. 6.1).

6.

Das SEM hat das Gesuch um Einbezug des Beschwerdeführers in die Flüchtlingseigenschaft und in das Asyl von B. _____ daher im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Der vom Beschwerdeführer begehrte Familiennachzug richtet sich nach den ausländerrechtlichen Regelungen und ist im Rahmen des offenbar nach wie vor bei den zuständigen Migrationsbehörden anhängigen entsprechenden Verfahrens zu entscheiden. Die Beschwerde ist abzuweisen.

7.

7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerde kann für den massgeblichen Zeitpunkt ihrer Erhebung nicht als aussichtslos bezeichnet werden und es ist nach wie vor von der Bedürftigkeit des Beschwerdeführers auszugehen, weshalb sein Gesuch um Erlass der Verfahrenskosten gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gutzuheissen ist. Auf das Erheben der Verfahrenskosten ist demnach zu verzichten.

7.2 Ausschlaggebend für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG ist das Kriterium, ob die beschwerdeführende Partei zur Wahrung ihrer Rechte notwendigerweise der professionellen juristischen Hilfe eines Anwaltes bedarf (vgl. dazu BGE 128 I 225 E. 2.5.2 S. 232 f.; 122 I 49 E. 2c S. 51 ff.; 120 Ia 43 E. 2a S. 44 ff.). In Verfahren, welche – wie das vorliegende – vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht sind, werden strenge Massstäbe an die Gewährung der unentgeltlichen Verteidigung angesetzt (vgl. EMARK [Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission] 2000 Nr. 6 sowie BGE 122 I 8 E. 2c S. 10). Diese dürften vorliegend nicht erfüllt sein. Unabhängig davon sind zur amtlichen Vertretung gestützt auf Art. 65 Abs. 2 VwVG (anders als in Verfahren, in denen aArt. 110a AsylG zur Anwen-

dung gelangt) nur Anwältinnen und Anwälte zugelassen, weshalb das Gesuch um Einsetzung des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers als amtliche Rechtsvertretung abzuweisen ist.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um Erlass der Verfahrenskosten wird gutgeheissen. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Das Gesuch um Beiordnung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung wird abgewiesen.

4.

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Esther Marti

Sibylle Dischler

Versand: