



Urteil vom 23. September 2014

Besetzung

Richter Walter Stöckli (Vorsitz), Richter Fulvio Haefeli,
Richter William Waeber;
Gerichtsschreiber Tobias Grasdorf.

Parteien

A. _____, geboren (...), und ihre Tochter
B. _____, geboren (...), Eritrea,
beide vertreten durch Laura Rossi, Berner Rechtsberatungs-
stelle für Menschen in Not,
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Zweitasyll;
Verfügung des BFM vom 30. Juli 2014 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführenden gelangten am 5. Mai 2012 in die Schweiz, wo sie am gleichen Tag um Asyl nachsuchten. Mit Verfügung vom 9. Januar 2014 trat das BFM auf ihr Asylgesuch nicht ein, verfügte ihre Wegweisung nach Italien und verpflichtete sie unter Vollzugsandrohung, die Schweiz bis spätestens am Tag nach Eintritt der Rechtskraft zu verlassen. Die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 16. April 2014 ab, womit die Verfügung gleichentags rechtskräftig wurde (Verfahren E-338/2014).

B.

Am 15. Mai 2014 stellten die Beschwerdeführenden, die dem Befehl, die Schweiz zu verlassen, keine Folge geleistet haben und auch noch nicht nach Italien überstellt worden sind, ein Gesuch um Gewährung von Zweitasyll. Die kantonale Migrationsbehörde leitete das Gesuch am 30. Juni 2014 an das BFM zum Entscheid weiter, welches es mit Verfügung vom 30. Juli 2014 abwies.

C.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht vom 29. August 2014 beantragten die Beschwerdeführenden, die Verfügung sei aufzuheben und das BFM sei anzuweisen, ihnen Zweitasyll zu gewähren. In prozessualer Hinsicht ersuchten sie um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und Beiordnung der mandatierten Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin. Zudem sei der Vollzug auszusetzen und ihnen zu erlauben, den Ausgang des Beschwerdeverfahrens in der Schweiz abzuwarten. Das BFM und die Vollzugsbehörden seien anzuweisen, von Vollzugshandlungen abzusehen, bis über die Beschwerde entschieden sei.

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

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das BFM 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 [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

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

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

1.4 Auf die Durchführung eines Schriftenwechsels wurde verzichtet (Art. 111a Abs. 1 AsylG).

2.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreiten des Ermessens) sowie die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

3.

3.1 Das BFM führte in der angefochtenen Verfügung aus, da sich die Beschwerdeführenden nicht mit einer ordentlichen ausländerrechtlichen Bewilligung, sondern im Rahmen ihres Asylverfahrens in der Schweiz aufgehalten hätten, seien die Bedingungen für die Gewährung von Zweitasyll nicht erfüllt.

3.2 Die Beschwerdeführenden brachten in der Beschwerdeschrift vor, der Begriff des ordnungsgemässen Aufenthaltes müsse in Übereinstimmung mit der Europäischen Vereinbarung über den Übergang der Verantwortung für Flüchtlinge ausgelegt werden. Danach sei die Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung nicht erforderlich.

Die Bedeutung des Begriffs "ordnungsgemässer Aufenthalt" im Fremdenpolizeirecht könne nicht ohne Weiteres auf den Asylbereich übertragen werden. Den Besonderheiten des Flüchtlingsstatus und den spezifischen Zielen des Asylgesetzes müsse Rechnung getragen werden. Dies rechtfertige sich umso mehr, als Flüchtlinge den Schutz des Erstasyls verlieren, sobald sie sich in ein Zweitasylland begäben.

Der Übergang des Flüchtlingsstatus und die Gewährung des Zweitasyll dürfe im Asylgesetz nicht abweichend von der genannten Vereinbarung geregelt werden. Gemäss Art. 2 der Vereinbarung gelte der Übergang der Verantwortung (unter anderem) als erfolgt, sobald sich der Flüchtling im Zweitstaat mit Zustimmung dessen Behörden aufgehalten habe. Der Zeitraum von zwei Jahren beginne mit dem Zeitpunkt, in dem der Flüchtling im Hoheitsgebiet des Zweitstaates aufgenommen worden sei oder mit dem Zeitpunkt, in dem sich der Flüchtling bei den Behörden des Zweitstaates gemeldet habe. Die Vereinbarung setze folglich keine ausländerrechtliche Regelung des Aufenthaltsrechts des Flüchtlings im Zweitstaat voraus. Vielmehr halte die Vereinbarung fest, dass sich der Flüchtling mit der Zustimmung der Behörden im Zweitstaat aufhalten müsse.

Das von den Beschwerdeführenden am 5. Mai 2012 in der Schweiz gestellte Asylgesuch sei mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. April 2014 abgewiesen worden. Bis heute hätten die Behörden jedoch deren Aufenthalt in der Schweiz faktisch toleriert, da keine Schritte zum Vollzug der Wegweisung unternommen worden seien. Dies bedeute, dass sie bis zum heutigen Datum mit der faktischen Bewilligung ihres Aufenthaltes durch die Behörden in der Schweiz lebten. Es müsse folglich von einem faktisch ordnungsgemässen Aufenthalt der Beschwerdeführenden im Zweitasylland von nunmehr über 28 Monaten ausgegangen werden.

4.

4.1 Nach Art. 50 AsylG kann Flüchtlingen, die in einem andern Staat aufgenommen worden sind, in der Schweiz Asyl gewährt werden, wenn sie sich seit mindestens zwei Jahren ordnungsgemäss und ununterbrochen in der Schweiz aufhalten. Nach Art. 36 Abs. 1 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311) ist der Aufenthalt von Flüchtlingen in der Schweiz ordnungsgemäss, wenn die Flüchtlinge die Bestimmungen einhalten, die allgemein für ausländische Personen gelten.

Die landesrechtlichen Bestimmungen zum Zweitasyll müssen im Licht der Europäischen Vereinbarung über den Übergang der Verantwortung für Flüchtlinge (SR 0.142.305; nachfolgend: Übergangsvereinbarung) ausgelegt werden. Diese ist direkt anwendbar und geht entsprechend Art. 50 AsylG vor, welcher mithin nicht im Widerspruch zur Übergangsvereinbarung und völkerrechtskonform auszulegen ist (Urteil E-843/2013 des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Juli 2014, E. 2.3; Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2002 Nr. 10 E. 4a).

Art. 2 Abs. 1 Übergangsvereinbarung sieht, soweit vorliegend relevant, vor, dass der Übergang der Verantwortung für einen Flüchtling als erfolgt gilt, sobald sich dieser während eines Zeitraums von zwei Jahren tatsächlich und ununterbrochen im Zweitstaat mit Zustimmung von dessen Behörden aufgehalten hat.

5.

5.1 Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführenden in Italien als Flüchtlinge anerkannt sind, dort über eine bis am 6. Mai 2016 gültige Aufenthaltsbewilligung verfügen und seit dem 5. Mai 2012 in der Schweiz wohnen. Seitens der Beschwerdeführenden wird in Frage gestellt, ob ihr Aufenthalt in der Schweiz als ordnungsgemäss im Sinne von Art. 50 AsylG gelten kann.

5.2 Asylsuchende dürfen sich nach Art. 42 AsylG bis zum Abschluss des (Asyl-)Verfahrens in der Schweiz aufhalten. Dies beinhaltet auch die Zeit, in der ein eventuelles Beschwerdeverfahren gegen einen abweisenden Asylentscheid des BFM andauert.

5.3 Art. 50 AsylG spricht in der deutschen Sprachfassung davon, dass der Aufenthalt "ordnungsgemäss" sein muss. Die französische und die italienische Version sprechen davon, dass die betroffene Person "séjourne légalement" respektive "se soggiorna (...) legalmente" in der Schweiz. Art. 36 Abs. 1 AsylV 1 spricht in allen drei Sprachfassungen übereinstimmend von einem Aufenthalt, der "ordnungsgemäss", "régulier" und "regolare" sein muss. Es ist davon auszugehen, dass die unterschiedlichen Formulierungen das Gleiche bedeuten (Urteil 2A.165/2000 des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2000, E. 3b; EMARK 2002 Nr. 10 E. 3c).

Die Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über den Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995 (BBl 1996 II 1, S. 68) definiert "ordnungsgemäss" im Zusammenhang mit der Bestimmung zum Zweit-asyl als: "mit einer fremdenpolizeilichen Bewilligung". Dies entspricht der in Art. 36 Abs. 1 AsylV 1 verwendeten Formulierung, wonach der Flüchtling "die Bestimmungen einhalten [muss], die allgemein für ausländische Personen gelten". Der Verweis auf die Regeln des "allgemeinen" Ausländerrechts zeigt auf, dass gerade nicht die Regeln bezüglich Asylsuchender gemeint sind. Explizit statuieren deshalb KÄLIN und ACHERMANN/HAUSAMMANN, dass der Flüchtling nicht als Asylsuchender, sondern mit einer ordentlichen fremdenpolizeilichen Bewilligung in die Schweiz

kommen muss (vgl. WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt a. M. 1990, S. 171; ALBERTO ACHERMANN/CHRISTINA HAUSAMMANN, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern/Stuttgart 1991, S. 159). Dies scheint in der Lehre unbestritten zu sein (siehe neben den Vorgenannten auch SAMUEL WERENFELS, Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht, Bern u.a. 1987, S. 332).

Sowohl die Materialien als auch die herrschende Lehre gehen demzufolge davon aus, dass ein ordnungsgemässer Aufenthalt im Sinne von Art. 50 AsylG nur besteht, wenn der Flüchtling über eine fremdenpolizeilich Bewilligung verfügt.

5.4 Dies entspricht auch dem Zweck des Instituts des Zweitasyls. Dieser besteht nicht darin, den Flüchtlingen ein Wahlrecht bezüglich des Landes, in dem Land sie sich aufhalten wollen, zu geben. Auch die Flüchtlingskonvention enthält kein Recht auf Wahl des Schutzstaates und erst recht nicht auf Wahl eines allenfalls besseren Schutzstaates nach bereits erhaltenem Schutz. Das Zweitasyll soll nur sicherstellen, dass ein Staat, der einer in einem anderen Staat als Flüchtling aufgenommenen Person den Aufenthalt auf seinem Territorium bewilligt hat, nach einer Karenzfrist auch die aus der Flüchtlingskonvention fliessende Schutzverpflichtung übernimmt. Dies ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil Flüchtlinge in den meisten Ländern nach einer gewissen Dauer ihrer Abwesenheit oder durch die Erlangung einer dauernden Aufenthaltsbewilligung in einem anderen Staat ihren Schutzstatus verlieren (siehe z.B. für die Schweiz Art. 64 Abs. 1 Bst. a und b AsylG). Das Institut des Zweitasyls soll verhindern, dass Flüchtlinge aufgrund eines bewilligten Aufenthaltes ausserhalb ihres Aufnahme- und Schutzstaates ihren Schutz verlieren, und sicherstellen, dass sie in der Wahl ihres Aufenthaltsstaates gegenüber anderen ("allgemeinen") Ausländern nicht benachteiligt sind. Eine bezüglich der Wahl des Aufenthaltsstaates bevorzugte Behandlung von Flüchtlingen ist hingegen nicht der Zweck des Zweitasyls.

5.5 Die Auslegung des Begriffs "ordnungsgemäss" im Sinne von Art. 50 AsylG ergibt deshalb, dass ein solcher ordnungsgemässer Aufenthalt den Besitz einer fremdenpolizeilichen Bewilligung voraussetzt. Ob eine vorläufige Aufnahme in der Schweiz nach Art. 83 ff. AuG [SR 142.20] als ordnungsgemäss im Sinne von Art. 50 AsylG anzusehen wäre, kann vorliegend offen bleiben. Eindeutig ist jedoch, dass das sich direkt aus dem Gesetz ergebende, rein prozedurales Anwesenheitsrecht Asylsuchender nach Art. 42 AsylG keinen ordnungsgemässen Aufenthalt darstellt.

5.6 Diese Auslegung von Art. 50 AsylG ist mit Art. 2 Übergangsvereinbarung konform. Dieser verlangt einen Aufenthalt im Zweitstaat von zwei Jahren "mit Zustimmung von dessen Behörden" ("avec l'accord des autorités de celui-ci" in der authentischen, französischen Fassung). Diese Formulierung weist darauf hin, dass eine Zustimmung der ausländerrechtlichen Behörden für den Aufenthalt vorliegen muss und ein sich direkt aus dem Gesetz ergebendes, prozedurales Aufenthaltsrecht nicht genügt. Dies lässt sich auch aus Art. 2 Abs. 2 Übergangsvereinbarung schliessen, der einen prozessualen Aufenthalt nur dann als an die Zweijahresfrist anrechenbar ansieht, wenn das entsprechende Verfahren zu einer Aufenthaltsbewilligung führt, was beim Asylverfahren nicht der Fall ist. Auch gemäss der Botschaft des Bundesrates zur Europäischen Vereinbarung über den Übergang der Verantwortung für Flüchtlinge vom 24. Oktober 1984 (BBl 1984 III 1014, S. 1016 und 1019) ist diese Bestimmung so auszulegen, dass der Aufenthalt auf einer fremdenpolizeilichen Bewilligung beruhen muss.

6.

6.1 Die Beschwerdeführenden befanden sich vom 5. Mai 2012 bis zum 16. April 2014 als Asylsuchende in der Schweiz. In dieser Zeit hatten sie nach dem Gesagten einen gesetzlichen, aber nicht einen "ordnungsgemässen" Aufenthalt nach Art. 50 AsylG in der Schweiz. Aus ihrem seit dem 18. April 2014 (Ausreisefrist: 17. April 2014, 24:00 Uhr) illegalen Aufenthalt, welcher erst die Zweijahresfrist überschreiten liess, können sie erst recht keine Rechte ableiten. Von einem faktischen Dulden der Beschwerdeführenden durch die kantonale Migrationsbehörde zu sprechen allein aufgrund des Umstandes, dass sie bislang nicht wegen illegalen Aufenthaltes strafrechtlich belangt und noch nicht ausgeschafft worden sind, ist juristisch nicht haltbar. Aber selbst ein faktisches Dulden – in casu geht es um weniger als einen Monat (18. April bis zur Einreichung des Gesuchs um Zweitasyll am 15. Mai 2014) – wäre noch lange keine behördliche Bewilligung

6.2 Die Beschwerdeführenden haben sich damit nicht zwei Jahre ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz aufgehalten, weshalb das BFM ihr Gesuch um Zweitasyll zu Recht abwies.

6.3 Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

7.

7.1 Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und 2 AsyG ist abzuweisen, da die Beschwerde als aussichtslos zu bezeichnen ist.

7.2 Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 600.– den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG; Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

7.3 Die prozessualen Anträge auf Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und Aussetzung des Vollzugs während des Verfahrens werden mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 600.– werden dem Beschwerdeführenden auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführenden, das BFM und die kantonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Walter Stöckli

Tobias Grasdorf

Versand: