



Urteil vom 23. November 2011

Besetzung

Richter Markus König (Vorsitz),
Richter Hans Schürch, Richter François Badoud,
Gerichtsschreiberin Karin Maeder-Steiner.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
B. _____, geboren am (...),
C. _____, geboren am (...),
D. _____, geboren am (...),
E. _____, geboren am (...),
F. _____, geboren am (...),
G. _____, geboren am (...),

Eritrea,

alle vertreten durch Laura Rossi, Fürsprecherin,
(...) Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not,
(...),

Beschwerdeführende,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),

Quellenweg 6, 3003 Bern,

Vorinstanz.

Gegenstand

Gesuch um Familiennachzug / Asylgesuch aus dem
Ausland;

Verfügung des BFM vom 28. Oktober 2010 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer verliess seinen Heimatstaat eigenen Angaben zufolge im Februar 2008, gelangte am 7. Dezember 2008 in die Schweiz und suchte gleichentags um Asyl nach. Mit – unangefochten gebliebener – Verfügung vom 1. Juni 2010 nahm das BFM ihn als Flüchtling vorläufig in der Schweiz auf.

B.

Mit einer als "Gesuch um Familienzusammenführung" bezeichneten Eingabe vom 15. Oktober 2010 beantragten die Beschwerdeführenden beim BFM, der Beschwerdeführerin und Ehefrau des Beschwerdeführers sowie den fünf gemeinsamen Kindern sei die Einreise in die Schweiz zu bewilligen.

C.

Mit Verfügung vom 28. Oktober 2010 – eröffnet am 2. November 2010 – verweigerte das BFM der Beschwerdeführerin und den Kindern die Einreise in die Schweiz und lehnte das um Gesuch um Familiennachzug ab.

D.

Mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 29. November 2010 fochten die Beschwerdeführenden die Verfügung des BFM vom 28. Oktober 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie beantragten dabei die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung; das BFM sei anzuweisen, der Beschwerdeführerin und den gemeinsamen Kindern die Einreise in die Schweiz zwecks Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft zu bewilligen. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, das Gesuch um Familienzusammenführung als Asylgesuch aus dem Ausland zu prüfen und unter diesem Titel den genannten Personen die Einreise in die Schweiz zu gewähren. In prozessrechtlicher Hinsicht ersuchten die Beschwerdeführenden um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung gemäss Art. 65 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

E.

Mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2010 verzichtete der Instruktionsrichter auf die Erhebung eines

Kostenvorschusses, lehnte das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung ab, verwies für das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf einen späteren Zeitpunkt und überwies die Akten der Vorinstanz zur Einreichung einer Vernehmlassung.

F.

Mit Eingabe vom 13. Dezember 2010 reichte das BFM seine Vernehmlassung zu den Akten, hielt vollumfänglich an seinen Erwägungen fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Die Vernehmlassung wurde den Beschwerdeführenden am 15. Dezember 2010 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 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 Sinn 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; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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 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 Art. 108 Abs. 1 AsylG, Art. 48 Abs. 1

sowie Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

3.

Im vorliegenden Verfahren stellt sich vorab die Frage, ob es sich beim Gesuch vom 15. Oktober 2010, mit dem die Bewilligung der Einreise der Beschwerdeführerin und der Kinder in die Schweiz beantragt wurde, um ein Gesuch um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers handelt (auf welches in erster Linie die Bestimmung von Art. 85 Abs. 7 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20] Anwendung finden würde), oder aber um ein Asylgesuch aus dem Ausland (das primär nach Art. 20 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 3 sowie Art. 52 [Abs. 2] des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]) zu beurteilen wäre.

3.1. In ihrer Verfügung hält die Vorinstanz im Wesentlichen fest, der Beschwerdeführer sei mit Verfügung vom 1. Juni 2010 in der Schweiz als Flüchtling vorläufig aufgenommen worden. Seine Ehefrau und Kinder könnten aber gemäss Art. 85 Abs. 7 AuG frühestens drei Jahre nach dieser Anordnung nachgezogen und in seine vorläufige Aufnahme eingeschlossen werden. Deshalb sei das Gesuch um Familiennachzug abzulehnen und der Ehefrau und den Kindern die Einreise in die Schweiz nicht zu bewilligen.

3.2. In der Beschwerde wird geltend gemacht, seit dem 1. Januar 2008 unterstehe der Familiennachzug von Flüchtlingen und allen anderen vorläufig aufgenommenen Personen den gleichen Bestimmungen (Art. 85 Abs. 7 AuG). Die dreijährige Karenzfrist für den Familiennachzug vorläufig aufgenommener Flüchtlinge sei von der Verordnungsstufe auf Gesetzesstufe gehoben worden. Die neue Bestimmung sei verfassungs- und/oder völkerrechtswidrig, wobei insbesondere das Recht auf Familienleben und die Rechtsgleichheit betroffen seien. Eventuell sei die Sache zur Behandlung als Asylgesuch aus dem Ausland an die Vorinstanz zurückzuweisen, zumal die Beschwerdeführerin und die drei jüngsten Kinder seit Ende Oktober 2010 im Heimatland inhaftiert seien.

4.

4.1. Das Bundesverwaltungsgericht hat in BVGE 2007/19 festgestellt, dass das Familiennachzugsgesuch eines vorläufig aufgenommenen Flüchtlings, mit dem unter anderem eine persönliche Gefährdung der sich im Ausland befindenden, nachzuziehenden Familienangehörigen geltend gemacht wird, nach Treu und Glauben auch als Asylgesuch aus dem Ausland im Sinn von Art. 20 Abs. 2 und 3 AsylG zu verstehen ist und dass die Prüfung, ob ein Gesuchsteller die Flüchtlingseigenschaft originär, aufgrund einer eigenen persönlichen Gefährdung, erfüllt, der Prüfung eines allfälligen derivativen Anspruchs auf Anerkennung als Flüchtling vorgeht. Ein derivativer Einbezug von Familienangehörigen und eingetragenen Partnern in die vorläufige Aufnahme von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen erfolgt demnach erst, wenn zuvor festgestellt wurde, dass die einzubeziehende Person die Flüchtlingseigenschaft nicht selbstständig nach Art. 3 AsylG erfüllt.

4.2. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung kann bei geltend gemachter Gefährdung der Angehörigen im Heimatland demnach nicht zunächst das Familiennachzugsverfahren und erst eventuell (respektive nach negativen Abschluss des ersteren) das Verfahren eines Asylgesuchs aus dem Ausland durchgeführt werden. Die Reihenfolge ist vielmehr gerade umgekehrt; dies steht im Übrigen auch im Interesse der betroffenen Ausländerinnen und Ausländer, nachdem das Auslandsverfahren die Möglichkeit einer Asylgewährung (unter Anerkennung der originären Flüchtlingseigenschaft) bietet, während auf dem Weg über Art. 85 Abs. 7 AuG bestenfalls die vorläufige Aufnahme und die derivative Flüchtlingseigenschaft zu erreichen wäre. Art. 37 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1, SR 142.311) hält denn auch fest, dass der Prüfung eines allfälligen derivativen Anspruchs auf Anerkennung als Flüchtling stets die Prüfung der originären Flüchtlingseigenschaft, also einer persönlichen Gefährdung nach Art. 3 AsylG, vorzugehen hat (vgl. auch Art. 74 Abs. 5 Satz 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]).

4.3. Vorliegend war die Eingabe der Beschwerdeführenden vom 15. Oktober 2010 zwar als "Gesuch um Familienzusammenführung" und nicht explizit als "Asylgesuch" bezeichnet worden. Aus der Begründung dieses Gesuchs geht aber hervor, dass die Beschwerdeführerin mit den Kindern schon einmal in den Sudan zu fliehen versucht, aufgrund der grossen Gefahr jedoch habe umkehren müssen. Somit war bereits das

Gesuch nicht primär mit dem Umstand begründet, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um die Ehefrau des Beschwerdeführers handle.

In der Beschwerde wurde zudem ergänzend ausgeführt, bei einem weiteren Fluchtversuch seien die Beschwerdeführerin und die Kinder verhaftet und sie und die drei Jüngsten seien seither inhaftiert.

4.4. Obwohl in der Beschwerde ausdrücklich ausgeführt wurde, dass die Eingabe (eventualiter) als Asylgesuch aus dem Ausland zu prüfen sei, und die Vorinstanz in diesem Zusammenhang zur Stellungnahme eingeladen wurde, ging das BFM in der Vernehmlassung vom 13. Dezember 2010 mit keinem Wort auf diese Frage ein und beschränkte sich darauf, letztlich ohne Begründung die Abweisung der Beschwerde zu beantragen.

4.5. Art. 18 AsylG definiert, dass jede Äusserung, mit der eine Person zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um Schutz vor Verfolgung nachsucht, als Asylgesuch zu gelten hat. Vorliegend haben die Beschwerdeführenden – unabhängig von der Bezeichnung ihres Gesuchs wie auch von der Tatsache, dass dieses nicht bei einer schweizerischen Vertretung, sondern direkt beim BFM eingereicht wurde (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 1995 Nr. 15 E. 2b S. 129) – für die Beschwerdeführerin und die Kinder um Schutz vor Verfolgung in Eritrea ersucht und damit ein Asylgesuch aus dem Ausland gestellt.

4.6. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird. Die Akten sind der Vorinstanz zur Prüfung der Eingabe vom 15. Oktober 2010 als Asylgesuch aus dem Ausland zu überweisen.

Dabei wird das BFM gemäss Art. 20 Abs. 2 und 3 AsylG zu prüfen haben, ob die Asylsuchenden eine unmittelbare Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG glaubhaft machen können und ob ein weiterer Aufenthalt im Wohnsitz- oder Aufenthaltsstaat für die Dauer der näheren Abklärung des Sachverhalts zumutbar erscheint.

5.

5.1. Beim vorliegenden Verfahrensausgang sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erweist sich somit als gegenstandslos.

5.2. Den Beschwerdeführenden ist angesichts ihres prozessualen Obsiegens eine Entschädigung für die ihnen notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG und Art. 7 Abs. 1, Art. 8 und Art. 9 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Die von ihrer Rechtsvertreterin eingereichte Kostennote erscheint als den Verfahrensumständen angemessen. Die vom BFM zu entrichtende Parteientschädigung wird demnach auf Fr. 1'599.45 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festgelegt.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen als die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt worden ist.

2.

Die Verfügung des BFM vom 28. Oktober 2010 wird aufgehoben. Die Akten werden der Vorinstanz zur Prüfung der Eingabe vom 15. Oktober 2010 als Asylgesuch aus dem Ausland überwiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'599.45 zu entrichten.

5.

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Markus König

Karin Maeder-Steiner

Versand: