



## Urteil vom 5. Februar 2020

---

Besetzung

Richterin Barbara Balmelli (Vorsitz),  
Richterin Nina Spälti Giannakitsas,  
Richter William Waeber,  
Gerichtsschreiberin Nathalie Schmidlin.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Eritrea,  
vertreten durch MLaw Céline Benz-Desrochers,  
Bündner Beratungsstelle für Asylsuchende,  
(...),  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft von B. \_\_\_\_\_ und  
Wegweisung nach Italien;  
Verfügung des SEM vom 5. Juli 2018 / N (...).

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

Die Beschwerdeführerin verliess ihren Heimatstaat gemäss eigenen Angaben im April 2011. Im Dezember 2012 suchte sie in Italien um Asyl nach und wurde dort als Flüchtling anerkannt.

**B.**

Am 20. Oktober 2015 suchten der Ehemann der Beschwerdeführerin, B.\_\_\_\_\_, sowie die gemeinsamen Kinder, C.\_\_\_\_\_, und D.\_\_\_\_\_, in der Schweiz um Asyl nach. Die Vorinstanz anerkannte sie mit Verfügung vom 24. August 2017 als Flüchtlinge und gewährte ihnen die vorläufige Aufnahme.

**C.**

Am 19. Oktober 2017 reiste die Beschwerdeführerin in die Schweiz ein und suchte einen Tag später um Asyl nach. Am 30. Oktober 2017 wurde sie im Empfangs- und Verfahrenszentrum zur Person befragt (BzP). Dabei gab sie an, das Leben in Italien sei schwierig und sie wolle nicht, dass ihre Kinder auf der Strasse aufwachsen müssten.

**D.**

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2017 an die Vorinstanz ersuchte die Beschwerdeführerin um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ihres Ehemannes.

**E.**

Mit Verfügung vom 24. Januar 2018 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, sie beabsichtige auf das Asylgesuch nicht einzutreten, sie nach Italien wegzuweisen und gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme.

**F.**

Gestützt auf das bilaterale Rückübernahmeabkommen mit Italien ersuchte die Vorinstanz am 29. Januar 2018 die italienischen Behörden um Rückübernahme der Beschwerdeführerin.

**G.**

In ihrer Stellungnahme vom 6. Februar 2018 führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, ein Nichteintretensentscheid würde nicht nur dem Recht auf Familienleben gemäss Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK,

SR 0.101) widersprechen, sondern auch gegen Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107) verstossen. Die räumliche Nähe sei für die Pflege des Eltern-Kind-Verhältnisses grundlegend, dieses könne sich nicht entfalten, wenn sie von ihren Kindern getrennt würde. Sie habe das Recht, in der Schweiz vorläufig aufgenommen zu werden. Gleichzeitig ersuchte sie um Einsicht in ihre Akten sowie in diejenigen ihres Ehemannes und reichte die entsprechende Vollmacht ein.

#### **H.**

Am 16. Februar 2018 stimmten die italienischen Behörden der Rückübernahme der Beschwerdeführerin zu.

#### **I.**

Mit Verfügung vom 5. Juli 2018 trat die Vorinstanz auf das Asylgesuch nicht ein, ordnete die Wegweisung aus der Schweiz und den Vollzug an. Die Beschwerdeführerin wurde aufgefordert, die Schweiz am Tag nach Rechtskraft der Verfügung zu verlassen, ansonsten sie in Haft genommen und unter Zwang nach Italien zurückgeführt werden könne. Gleichzeitig lehnte die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft von B. \_\_\_\_\_ ab und verfügte die Aushändigung der editionspflichtigen Akten.

#### **J.**

Mit Eingabe vom 13. Juli 2018 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragt, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und sie sei in die Flüchtlingseigenschaft ihres Ehemannes einzubeziehen. Eventualiter sei sie wegen Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung vorläufig aufzunehmen. Subeventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht sei ihr die unentgeltliche Prozessführung und die amtliche Verbeiständung zu gewähren, sowie auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren und der Vollzug der Wegweisung sei mittels superprovisorischer Massnahme zu sistieren. Es sei der Rechtsvertreterin für eine eventuelle weitere Begründung Einsicht in die Akten ihres Ehemannes zu gewähren.

Als Beilage gab die Beschwerdeführerin zwei Urlaubsbewilligungen, eine Kopie ihres SwissPass, eine Mehrfahrtenkarte, eine Vorladung des Amts

E. \_\_\_\_\_ vom 10. Juli 2018, eine Fürsorgebestätigung und eine Kostennote zu den Akten.

**K.**

Mit Zwischenverfügung vom 19. Juli 2018 forderte die Instruktionsrichterin die Vorinstanz auf, das Akteneinsichtsgesuch vom 9. Februar 2018 umgehend zu behandeln und räumte der Beschwerdeführerin nach einer allfälligen Gewährung der Akteneinsicht eine Frist zur Stellungnahme ein. Gleichzeitig stellte sie fest, dass Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung in Rechtskraft erwachsen ist und der Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt, weshalb der entsprechende Antrag gegenstandslos geworden ist. Zudem verzichtete sie auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

**L.**

Mit Schreiben vom 23. Juli 2018 gewährte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Einsicht in die Akten ihres Ehemannes.

**M.**

Mit Eingabe vom 7. August 2018 reichte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme ein. Als Beweismittel gab sie diverse Urlaubsbewilligungen und einen Brief ihrer Kinder zu den Akten.

**N.**

Am 3. Mai 2019 reichte die Beschwerdeführerin eine Kopie ihres an das kantonale Migrationsamt gerichteten «Antrags auf Umplatzierung» ein.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Am 1. März 2019 ist die Teilrevision des AsylG vom 26. Juni 1998 (AS 2016 3101; SR 142.31) in Kraft getreten. Für das vorliegende Verfahren gilt das bisherige Recht (vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015).

**1.2** Am 1. Januar 2019 wurde das Ausländergesetz vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) teilrevidiert (AS 2018 3171) und in Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) umbenannt. Der vorliegend anzuwendende Ge-

setzesartikel (Art. 83 Abs. 1–4) ist unverändert vom AuG ins AIG übernommen worden, weshalb das Gericht nachfolgend die neue Gesetzesbezeichnung verwenden wird.

## **2.**

Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG). Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (aArt. 108 Abs. 2 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

## **3.**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG, im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

## **4.**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden die Frage des Einbezugs der Beschwerdeführerin in die Flüchtlingseigenschaft ihres Ehemannes und die Wegweisung nach Italien. Das Nichteintreten auf das Asylgesuch (Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung) ist – wie bereits in der Zwischenverfügung vom 19. Juli 2018 festgestellt – mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen.

## **5.**

Bezüglich der gerügten Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör respektive Verletzung des Akteneinsichtsrechts ist festzuhalten, dass die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör insofern verletzt hat, als sie ihr Akteneinsichtsgesuch nicht behandelte. Dieser Mangel wurde auf Beschwerdeebene mit der Gewährung der Einsicht in die Akten und der Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme geheilt.

## **6.**

**6.1** Gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG werden Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder als Flüchtlinge anerkannt, wenn keine besonderen Umstände dagegensprechen.

**6.2** Das Bundesverwaltungsgericht kam im Urteil E-6880/2014 vom 29. November 2017 zum Schluss, es liege ein besonderer Umstand im

Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG 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. a.a.O. E. 4.3.2 m.w.H.). Im Grundsatzurteil E-4639/2017 vom 25. September 2019 (zur Publikation vorgesehen) stellte das Gericht fest, dass sich der Familiennachzug für eine bereits in einem sicheren Drittstaat als Flüchtling anerkannte Person nicht nach der asylrechtlichen Bestimmung von Art. 51 AsylG, sondern nach den ausländerrechtlichen Regeln richtet (a.a.O. E 5.7).

**6.3** Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid in Bezug auf das Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft damit, dass die Beschwerdeführerin in Italien als Flüchtling anerkannt sei und über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge, die sie erneuern beziehungsweise verlängern lassen könne. Sie könne somit jederzeit nach Italien zurückkehren. Dieses Aufenthaltsrecht und der bereits gewährte Schutzstatus würden besondere Umstände darstellen, welche gegen einen Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft des Ehemannes sprechen würden. Die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin in Italien berechtige sodann auch zum Familiennachzug. Es stehe ihr frei, in Italien um Familienzusammenführung zu ersuchen. Die Beschwerdeführerin habe ihren internationalen Schutzstatus als Flüchtling in Italien bereits seit dem Jahr 2013 und somit mehr als vier Jahre vor der vorläufigen Aufnahme ihres Mannes und ihrer Kinder als Flüchtlinge in der Schweiz erhalten. Schliesslich würden der Ehemann der Beschwerdeführerin und ihre Kinder in der Schweiz lediglich über eine vorläufige Aufnahme als Flüchtlinge und somit über einen geringeren Schutzstatus als sie selbst in Italien verfügen. Daran vermöchte auch nichts zu ändern, dass das Leben in Italien schwer sei und sie befürchten würde, dass ihre Kinder in Italien ohne Obdach seien. Die Voraussetzungen gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG seien somit nicht erfüllt, weshalb die Beschwerdeführerin nicht in die Flüchtlingseigenschaft ihres Ehemannes einbezogen werden könne.

**6.4** In der Rechtsmitteleingabe macht die Beschwerdeführerin geltend, in ihrem Fall lägen besondere Gründe vor, die gegen das Vorliegen eines besonderen Umstandes im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG sprechen würden. Sie sei zwar in Italien als Flüchtling anerkannt, doch habe sie weder Sozialhilfe noch ein Obdach erhalten. Aus diesen Gründen habe sie auch keine Schritte für eine Familienvereinigung in Italien unternommen. Die Wegweisung widerspreche nicht nur dem Recht auf Familienleben gemäss Art. 8 EMRK, sondern verstosse auch gegen Art. 3 Abs. 1 KRK.

**6.5** Die Beschwerdeführerin wurde in Italien, mithin einem sicheren Drittstaat, als Flüchtling anerkannt und geniesst dort Schutz. Sie ist insofern nicht auf den Schutz angewiesen, welcher ihr durch Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft – die sie bereits besitzt – und Gewährung von Familienasyl gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG in der Schweiz zukommen würde. Demnach hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, es liege ein besonderer Umstand gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG vor, welcher dem Einbezug der Beschwerdeführerin in die Flüchtlingseigenschaft ihres Ehemannes entgegensteht. Wenn die Voraussetzungen von Art. 51 AsylG nicht erfüllt sind, kann die Bestimmung von Art. 8 EMRK nicht ergänzend angewendet werden, ebenso wenig vermögen die Bestimmungen der KRK etwas zu ändern.

Schliesslich hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nachvollziehbar und hinreichend differenziert aufgezeigt, von welchen Überlegungen sie sich leiten liess. Da es der Beschwerdeführerin offensichtlich ohne weiteres möglich war, die angefochtene Verfügung sachgerecht anzufechten, ist die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht unberechtigt.

## **7.**

Nachdem die Regeln des asylrechtlichen Familiennachzugs nicht zur Anwendung kommen, ist ein Gesuch der Beschwerdeführerin um Familienzusammenführung nach den Bestimmungen des Ausländerrechts zu prüfen. Von der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann kann verlangt werden, dass sie nach Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen das dafür vorgesehene Verfahren gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG und Art. 74 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) bei der zuständigen kantonalen Behörde einleiten (vgl. Urteile des BVGer D-6158/2019 vom 28. November 2019, D-4663/2017 vom 13. Juni 2018 E. 5.2 und D-2673/2017 vom 16. Mai 2017 E. 5.2.5). Bei dieser Sachlage entfällt die Zuständigkeit des SEM für die Anordnung der Wegweisung im Rahmen eines Asylverfahrens. Die angefochtene Verfügung ist demnach in Bezug auf die Wegweisung und den Wegweisungsvollzug aufzuheben.

## **8.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass das SEM die Voraussetzungen von Art. 51 AsylG zu Recht als nicht erfüllt erachtete. Diesbezüglich ist die Beschwerde abzuweisen. In Bezug auf die Anordnung der Wegweisung und des Wegweisungsvollzugs ist die Beschwerde indes gutzuheissen.

**9.**

**9.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist von einem hälftigen Unterliegen der Beschwerdeführerin auszugehen. Ihr wären daher grundsätzlich die hälftigen Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da die Beschwerde aber nicht als aussichtslos zu bezeichnen war, sind die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (Art. 65 Abs. 1 VwVG) und der amtlichen Verbeiständung (aArt. 110a AsylG) gutzuheissen. Es sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**9.2** Der Beschwerdeführerin ist angesichts ihres hälftigen Obsiegens in Anwendung von Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) eine entsprechend reduzierte Entschädigung für die ihr notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Die Rechtsvertreterin reichte eine Honorarnote ein und machte einen Aufwand von acht Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 200.– und eine Pauschale für Auslagen in der Höhe von Fr. 20.– geltend. Der zeitliche Aufwand erscheint leicht zu hoch und ist auf sieben Stunden zu kürzen. Die reduzierte Parteientschädigung ist somit vorliegend auf Fr. 710.– (inkl. die Hälfte der Auslagen) festzusetzen. Dieser Betrag ist der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz zu entrichten.

**9.3** Soweit die Beschwerdeführerin demgegenüber hälftig unterliegt, ist ihrer Rechtsvertreterin für ihre Aufwendungen im Beschwerdeverfahren ein Honorar zu Lasten der Gerichtskasse auszurichten.

Bei amtlicher Vertretung geht das Gericht in der Regel von einem Stundenansatz von Fr. 100.– bis Fr. 150.– für nicht-anwaltliche Vertreterinnen und Vertreter aus (vgl. Art. 12 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VGKE), wobei nur der notwendige Aufwand zu entschädigen ist (vgl. Art. 8 Abs. 2 VGKE). Der in der Kostennote angegebene Stundenansatz von Fr. 200.– ist entsprechend auf Fr. 150.– zu reduzieren. Der Rechtsvertreterin ist demnach ein amtliches Honorar in der Höhe von Fr. 535.– (inkl. die Hälfte der Auslagen) zu lasten der Gerichtskasse auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird, soweit die Wegweisung und den Wegweisungsvollzug betreffend, gutgeheissen. Im Übrigen wird sie abgewiesen.

**2.**

Die Dispositivziffern 2, 3 und 5 der Verfügung vom 5. Juli 2018 werden aufgehoben.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Das SEM wird angewiesen, der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 710.– auszurichten.

**5.**

Der als amtlichen Rechtsbeiständin eingesetzten MLaw Céline Benz-Desrochers wird vom Bundesverwaltungsgericht ein Honorar in der Höhe von Fr. 535.– ausgerichtet.

**6.**

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Barbara Balmelli

Nathalie Schmidlin

Versand: