



## Urteil vom 15. Juli 2016

---

Besetzung

Einzelrichterin Gabriela Freihofer,  
mit Zustimmung von Richterin Barbara Balmelli;  
Gerichtsschreiber Christoph Berger.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Afghanistan,  
vertreten durch lic. iur. Urs Ebnöther, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Zweitasyll;  
Verfügung des SEM vom 19. Mai 2016 / N (...).

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

Gemäss Aktenlage wurde der Beschwerdeführer am (...) in Italien als Flüchtling anerkannt. Seine Ehefrau und seine drei Kinder wurden am 24. September 2010 in der Schweiz vorläufig aufgenommen. Der Beschwerdeführer reiste am 30. Juni 2011 legal in die Schweiz ein und ersuchte hier am 11. Juli 2011 um Asyl. Mit Verfügung vom 17. Februar 2016 lehnte das SEM sein Asylgesuch ab und verfügte seine Wegweisung aus der Schweiz, schob den Vollzug der Wegweisung jedoch zugunsten einer vorläufigen Aufnahme in der Schweiz auf.

**B.**

Mit direkt an das SEM gerichteter Eingabe vom 21. März 2016 ersuchte der Beschwerdeführer um Gewährung von Zweitasyll. Nach Einleitung des korrekten Verfahrensweges übermittelte die zuständige kantonale Migrationsbehörde das Gesuch am 20. April 2016 an das SEM. Zur Begründung des Gesuchs brachte der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, als anerkannter Flüchtling in Italien sei ihm dort ein Aufenthaltstitel ausgestellt worden. Da er sich seit Einreichung des Asylgesuches in der Schweiz vom 30. Juni 2011 ununterbrochen in der Schweiz aufhalte, erfülle er die in Art. 50 AsylG (SR 142.31) erforderliche ordnungsgemässe Aufenthaltsdauer von zwei Jahren. Mit Schreiben vom 27. April 2016 gewährte das SEM dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör im Hinblick darauf, dass es erwäge, sein Gesuch um Gewährung von Zweitasyll in der Schweiz abzulehnen. Mit Eingabe vom 11. Mai 2016 nahm der Beschwerdeführer hierzu Stellung. Mit Verfügung vom 19. Mai 2016 lehnte das SEM das Gesuch um Zweitasyll ab.

**C.**

Mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 20. Juni 2016 liess der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter beantragen, die Verfügung der Vorinstanz sei vollumfänglich aufzuheben und es sei ihm Zweitasyll zu gewähren. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person des unterzeichnenden Rechtsvertreters. Im Weiteren ersuchte er darum, das Verfahren mit dem aktuell sistierten Beschwerdeverfahren E-1816/2016 (Beschwerde gegen die Verfügung des SEM vom 17. Februar 2016 betreffend Asyl und Wegweisung) zu koordinieren.

**D.**

Mit Zwischenverfügung vom 29. Juni 2016 wies das Bundesverwaltungsgericht die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG und um Befreiung von der Kostenvorschusspflicht ab und forderte den Beschwerdeführer auf, innert Frist einen Kostenvorschuss von Fr. 600.– zu leisten.

**E.**

Der Kostenvorschuss wurde innert Frist einbezahlt.

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

**1.1** 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).

**1.2** 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. 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 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**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.**

Über offensichtlich unbegründete Beschwerden, wie die vorliegende, wird in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters beziehungsweise einer zweiten Richterin mit summarischer Begründung entschieden (Art. 111 Bst. e AsylG, Art. 111a Abs. 2 AsylG). Die mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Juli 2016 an den Rechtsvertreter mitgeteilte Besetzung des Spruchkörpers musste aufgrund von entsprechenden Abwesenheiten neu bestimmt werden.

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

**4.**

**4.1** Das SEM führte in der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer habe sich vom 30. Juni 2011 bis zum erstinstanzlichen Asylentscheid vom 17. Februar 2016 im Rahmen eines gesetzlichen prozeduralen Aufenthaltes gestützt auf Art. 42 AsylG in der Schweiz aufgehalten, was nicht einem „ordnungsgemässen“ Aufenthalt im Sinne von Art. 50 AsylG entspreche. Nach überwiegender herrschender Lehre und schweizerischer Rechtsprechung werde der Begriff „ordnungsgemäss“ dahingehend ausgelegt, als eine ordentliche ausländerrechtliche Bewilligung des Aufenthaltes gefordert sei. Auch die seit dem 17. Februar 2016 verfügte vorläufige Aufnahme gelte nicht als ordnungsgemässer Aufenthalt im Sinne der Rechtsprechung und würde ohnehin für den Beschwerdeführer noch keine zwei Jahre bestehen. Somit seien die Bedingungen für die Gewährung von Zweitasyll nicht erfüllt.

**4.2** Der Beschwerdeführer brachte in der Beschwerdeschrift im Wesentlichen vor, der Begriff des ordnungsgemässen Aufenthaltes müsse in Übereinstimmung mit der Europäischen Vereinbarung über den Übergang der Verantwortung für Flüchtlinge vom 16. Oktober 1980 (EATRR, SR 0.142.305; nachfolgend Übergangsvereinbarung) ausgelegt werden. Danach sei die Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung nicht erforderlich. Ein legales, faktisches Aufenthaltsrecht – somit etwa auch ein N-Ausweis für Asylsuchende – müsse als ausreichend bezeichnet werden. Der Beschwerdeführer stützt sich dabei unter anderem auf die kritischen Anmerkungen zur geltenden schweizerischen Rechtsprechung von CONSTANTIN HRUSCHKA, in OFK-Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, AsylG Art. 50, N 8 und 9.

**5.**

**5.1** 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.

**5.2** Die landesrechtlichen Bestimmungen zum Zweitasyll müssen im Licht der 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 (vgl. zum Ganzen BVGE 2014/40 E. 2 mit Hinweis auf die Rechtsprechung der ARK in Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2002 Nr. 10 und Bestätigung dieser Rechtsprechung).

**5.3** 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.

**6.**

**6.1** Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer in Italien als Flüchtling anerkannt ist, dort über eine Aufenthaltsbewilligung verfügte und seit dem 30. Juni 2011 in der Schweiz lebt. Seitens des Beschwerdeführers wird bestritten, dass sein Aufenthalt in der Schweiz nicht als ordnungsgemäss im Sinne von Art. 50 AsylG gelten kann.

**6.2** 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.

**6.3** 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 des Bundesgerichts 2A.165/2000 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 Zweitasyll 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 entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers 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, 1990, S. 171; ALBERTO ACHERMANN/CHRISTINA HAUSAMMANN, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., 1991, S. 159). Dies scheint – mit Ausnahme der vom Beschwerdeführer angeführten Meinung von HRUSCHKA – in der Lehre unbestritten zu sein (siehe neben den Vorgenannten auch SAMUEL WERENFELS, Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht, 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 fremdenpolizeiliche Bewilligung verfügt.

**6.4** Dies entspricht auch dem Zweck des Instituts des Zweitasylls. 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 Aufenthaltsstaats bevorzugte Behandlung von Flüchtlingen ist hingegen nicht der Zweck des Zweitasyls.

**6.5** Die Auslegung des Begriffs "ordnungsgemäss" im Sinne von Art. 50 AsylG ergibt deshalb, dass ein solcher ordnungsgemässer Aufenthalt den Besitz einer fremdenpolizeilichen Bewilligung voraussetzt. Ein sich direkt aus dem Gesetz ergebendes, rein prozedurales Anwesenheitsrecht Asylsuchender nach Art. 42 AsylG stellt demnach keinen ordnungsgemässen Aufenthalt dar.

**6.6** 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 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 (BBI 1984 III 1014, S. 1016 und 1019) ist diese Bestimmung so auszulegen, dass der Aufenthalt auf einer fremdenpolizeilichen Bewilligung beruhen muss.

## **7.**

**7.1** Der Beschwerdeführer befand sich nach der legalen Einreise in die Schweiz vom 30. Juni 2011 ab dem 11. Juli 2011 bis zum 17. Februar 2016 als Asylsuchender in der Schweiz. In dieser Zeit hatte er nach dem Gesagten einen gesetzlichen, aber nicht einen "ordnungsgemässen" Aufenthalt nach Art. 50 AsylG in der Schweiz. Seit dem 17. Februar 2016 verfügt er über eine vorläufige Aufnahme in der Schweiz. Dieser Umstand erfüllt das

zeitliche Kriterium der Dauer von zwei Jahren nicht. Es kann demnach vorliegend offen bleiben, 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.

**7.2** Der Beschwerdeführer hat sich damit nicht zwei Jahre ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz aufgehalten, weshalb das SEM sein Gesuch um Zweitasyll zu Recht abwies. Es kann darauf verzichtet werden, auf die weiteren Einwände und Ausführungen in der Rechtsmitteleingabe einzugehen, da sie angesichts der gefestigten geltenden Rechtsprechung in entscheidwesentlicher Hinsicht nicht stichhaltig erscheinen. Insbesondere vermag die Dauer des Aufenthalts des Beschwerdeführers in der Schweiz an der formalen Qualität des Aufenthaltsstatus innerhalb dieses Zeitraumes nichts zu ändern.

**7.3** 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 – aufgrund der publizierten und konstanten Rechtsprechung als offensichtlich unbegründet – abzuweisen.

## **8.**

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 600.– dem Beschwerdeführer 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]). Der geleistete Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

## **9.**

Die vorinstanzlichen Akten N 539 332 verbleiben zur Behandlung des Beschwerdeverfahrens E-1816/2016 beim Bundesverwaltungsgericht.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 600.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

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

Die Einzelrichterin:

Der Gerichtsschreiber:

Gabriela Freihofer

Christoph Berger

Versand: