



## Urteil vom 22. Januar 2018

---

Besetzung

Richterin Contessina Theis (Vorsitz),  
Richter William Waeber, Richterin Daniela Brüscheiler,  
Gerichtsschreiberin Norzin-Lhamo Dotschung.

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Eritrea,  
vertreten durch MA Judith Nydegger,  
BAS Beratungsstelle für Asylsuchende der Region Basel,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Familienzusammenführung (Asyl) zugunsten von  
B.\_\_\_\_\_, geboren am (...);  
Verfügung des SEM vom 1. September 2017 / N (...).

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

Die Beschwerdeführerin wurde mit Verfügung des SEM vom 27. Januar 2014 als Flüchtling anerkannt und es wurde ihr in der Schweiz Asyl gewährt.

**B.**

Am 26. April 2016 suchte B. \_\_\_\_\_ – der religiös angetraute Ehegatte der Beschwerdeführerin und (heute) Vater der beiden Kinder C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ – im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) Basel um Asyl nach.

**C.**

Am 1. Juni 2016 ersuchte die Beschwerdeführerin um Einbezug ihres Partners, B. \_\_\_\_\_, in ihr Asyl und ihre Flüchtlingseigenschaft.

**D.**

Mit Verfügung vom 9. August 2017 trat das SEM gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG (SR 142.31) nicht auf das Asylgesuch von B. \_\_\_\_\_ ein und ordnete seine Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

**E.**

Am 22. August 2017 teilte die Beschwerdeführerin – handelnd durch ihre Rechtsvertreterin – dem SEM mit, dass sie das Gesuch um Einbezug in ihre Flüchtlingseigenschaft und ihr Asyl vom 1. Juni 2016 (vgl. Sachverhalt Bst. C) mit eingeschriebener Post ans SEM geschickt hatte und reichte den Zustellnachweis ein.

**F.**

Mit Verfügung vom 1. September 2017 – eröffnet am 4. September 2017 – lehnte das SEM das Gesuch von B. \_\_\_\_\_ um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft von A. \_\_\_\_\_ und das Asylgesuch gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG ab.

**G.**

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 15. September 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, ihr Partner sei gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG in ihre Flüchtlingseigenschaft einzuschliessen und es sei ihm Asyl zu gewähren. In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege

im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG samt Befreiung von der Kostenvorschusspflicht. Ferner sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und bis zum Urteil über die Beschwerde von Vollzugshandlungen abzusehen.

#### **H.**

Mit Telefax vom 20. September 2017 setzte die damals zuständige Instruktionsrichterin den Vollzug der Überstellung von B. \_\_\_\_\_ gestützt auf Art. 56 VwVG per sofort einstweilen aus.

#### **I.**

Mit Zwischenverfügung vom 22. September 2017 verschob die damals zuständige Instruktionsrichterin die Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege und der weiteren Anträge auf einen späteren Zeitpunkt. Gleichzeitig wurde auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet und der Vorinstanz Gelegenheit eingeräumt, eine Vernehmlassung einzureichen.

#### **J.**

In ihrer Vernehmlassung vom 16. November 2017 hielt die Vorinstanz im Ergebnis an ihrer Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

#### **K.**

Mit Eingabe vom 4. Dezember 2017 replizierte die Beschwerdeführerin.

### **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, 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 Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und 108 Abs. 1 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG).

**1.4** 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.**

**3.1** Gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG werden Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen. In der Schweiz geborene Kinder von Flüchtlingen werden gemäss Art. 51 Abs. 3 AsylG auch als Flüchtlinge anerkannt, sofern wiederum keine besonderen Umstände dagegen sprechen. Dem Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und der Asylgewährung entgegenstehende "besondere Umstände" sind beispielsweise anzunehmen, wenn das Familienmitglied Bürger eines anderen Staates als der Flüchtling ist und die Familie in diesem Staat nicht gefährdet ist, wenn der Flüchtling seinen Status derivativ erworben hat, oder wenn das Familienleben während einer längeren Zeit nicht gelebt wurde und erkennbar ist, dass die Familienmitglieder nicht den Willen haben, als Familie zusammenzuleben. Die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft bedingt zudem, dass die anspruchsberechtigte Person ihren Heimat- oder Herkunftsstaat verlassen hat (vgl. zum Ganzen BVGE 2012/32 E. 5.1). Massgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der übrigen Voraussetzungen für den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ist nicht der Zeitpunkt der Gesuchstellung, sondern derjenige des Asyl- beziehungsweise Beschwerdeentscheides (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2002 Nr. 20 E. 5a S. 167).

**3.2** Das Bundesverwaltungsgericht hat sich zuletzt im Rahmen des Entscheids BVGE 2017 VI/4 mit den Anspruchsvoraussetzungen des Familienasyls auseinandergesetzt. Dabei stellte es fest, dass sich weder aus

dem Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 AsylG ergibt, dass die anspruchsberechtigten Personen durch die Flucht getrennt worden sein müssen, noch dass es der ratio legis entspricht, die Anwendung dieser Bestimmung auf Fälle zu beschränken, in denen die Familiengemeinschaft durch die Flucht getrennt wurde (a.a.O. E. 4.2 f.). Somit ergibt sich, dass – besondere Umstände vorbehalten – die sich in der Schweiz aufhaltenden anspruchsberechtigten Angehörigen des Flüchtlings gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG auch dann als Flüchtlinge anerkannt werden und Asyl erhalten, wenn vor deren Einreise in die Schweiz keine Familiengemeinschaft bestanden hat, die durch die Flucht des Flüchtlings getrennt worden ist (a.a.O. E. 4.4.1). Die ratio legis gebietet mit anderen Worten, den Status der Familie des Flüchtlings einheitlich zu regeln, ungeachtet dessen, ob die Familiengemeinschaft vorbestanden hat oder erst in der Schweiz begründet wurde. Ehegatten von Flüchtlingen sind deshalb als Flüchtlinge anzuerkennen und es ist ihnen Asyl zu gewähren, auch wenn die Ehe erst in der Schweiz geschlossen wurde, und auch in der Schweiz geborene Kinder von Flüchtlingen sind als Flüchtlinge anzuerkennen (Art. 51 Abs. 3 AsylG).

#### **4.**

**4.1** Die Vorinstanz führte in ihrem ablehnenden Entscheid im Wesentlichen aus, dass vor einem allfälligen Einbezug in den Flüchtlingsstatus zu prüfen sei, ob die einzubeziehende Person die Flüchtlingseigenschaft nicht selbständig nach Art. 3 AsylG erfülle. Den Akten sei zu entnehmen, dass der B. \_\_\_\_\_ bereits ein Asylverfahren in der Schweiz durchlaufen habe. Mit Verfügung des SEM vom 9. August 2017 sei auf das Asylgesuch nicht eingetreten und die Wegweisung aus der Schweiz verfügt worden. Diese Verfügung sei in Rechtskraft erwachsen. Demnach sei die originäre Asylgewährung vorliegend bereits geprüft worden und es sei festgestellt worden, dass B. \_\_\_\_\_ die Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 AsylG nicht erfülle. Im Folgenden sei daher lediglich zu prüfen, ob B. \_\_\_\_\_ gestützt auf Art. 51 AsylG in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau einbezogen werden könne. Nach Art. 1a der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311) seien die in dauernder eheähnlicher Gemeinschaft (Konkubinat) zusammenlebenden Personen den Ehegatten gleichgestellt. Gemäss geltender Praxis und Rechtsprechung sei eine zentrale Bedingung für die Gewährung des Familienasyls, dass bereits vor der Flucht eine Familiengemeinschaft bestanden habe. Es sei daher erforderlich, dass der Ehe- oder Konkubinatspartner mit dem in der Schweiz anerkannten Flüchtling zum Zeitpunkt von dessen Flucht in einem gemeinsamen Haushalt gelebt habe und eine Wiederherstellung dieser Gemeinschaft gleichzeitig unentbehrlich sei sowie in der Schweiz tatsächlich auch angestrebt werde.

Aus den Asylakten der Beschwerdeführerin ergehe, dass sie bei ihrer Einreise in die Schweiz mit einem anderen Mann kirchlich verlobt gewesen sei. Diese Verlobung sei jedoch gemäss ihren eigenen Angaben nicht registriert worden. Die Beschwerdeführerin habe B.\_\_\_\_\_ während ihres Asylverfahrens nie erwähnt. Vor diesem Hintergrund könne ausgeschlossen werden, dass sie und B.\_\_\_\_\_ vor ihrer Flucht in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hätten. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die beiden sich erst hier in der Schweiz kennengelernt hätten.

**4.2** Die Beschwerdeführerin brachte in ihrer Rechtsmitteleingabe im Wesentlichen vor, die Vorinstanz beziehe sich fälschlicherweise auf Art. 51 Abs. 4 AsylG und die in diesem Zusammenhang entwickelte Rechtsprechung. Die Vorinstanz vermische hier die Rechtsfrage des Familiennachzugs respektive der Einreisebewilligung nach Art. 51 Abs. 4 AsylG mit der Rechtsfrage des Einbezugs in die Flüchtlingseigenschaft und das Asyl gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG. Das Bundesverwaltungsgericht sei in seinem zur Publikation vorgesehenen Urteil D-3175/2016 vom 17. August 2017 zum Schluss gelangt, dass die Auslegung der Vorinstanz, wonach Art. 51 Abs. 1 AsylG nur zur Anwendung komme, falls eine Familiengemeinschaft vorbestanden habe und durch die Flucht getrennt worden sei, offensichtlich nicht der ratio legis entspreche. Sie habe ihren Partner im Mai 2013 in der Schweiz getroffen, als er gemeinsam mit Freunden aus der Schweiz die gleiche Kirche wie sie besucht habe. Von da an hätten sie Kontakt gehalten und er habe sie regelmässig in der Schweiz besucht. Am (...) Juli 2014 hätten sie in E.\_\_\_\_\_ in der (...) geheiratet. Von diesem Zeitpunkt an hätten sie versucht, auf dem Zivilstandsamt F.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_ zivilrechtlich zu heiraten und hätten die Originale der italienischen Ausweisdokumente sowie eine Ledigkeitsbescheinigung eingereicht. Nachdem ihr Partner in der Schweiz sein Asylgesuch eingereicht habe, hätten sie sich um die Weiterführung des Eheschliessungsverfahrens bemüht. Am (...) und am (...) seien die gemeinsamen Kinder geboren worden. Am (...) September 2017 habe ihr Partner die Vaterschaft beider Kinder anerkannt. Seit mehr als vier Jahren würden sie eine enge, stabile und lange Liebesbeziehung führen, aus welcher zwei Kinder hervorgegangen seien. Es sei von einer dauerhaften und tatsächlich gelebten eheähnlichen Beziehung im Sinne von Art. 1a lit. e AsylV 1 auszugehen, welche in den Anwendungsbereich von Art. 51 Abs. 1 AsylG falle. Dass die Beziehung erst nach der Flucht entstanden sei, sei rechtlich nicht relevant.

**4.3** In ihrer Vernehmlassung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, dass mit Entscheid vom 9. August 2017 auf das Asylgesuch von

B.\_\_\_\_\_ nicht eingetreten worden sei. Diese Verfügung sei unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Aufgrund des sich zum Zeitpunkt des Entscheids nicht in den Akten befindenden Gesuchs um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft der Beschwerdeführerin vom 1. Juni 2016 sei dieses im Nichteintretensentscheid vom 9. August 2017 unberücksichtigt geblieben. Im zur Publikation vorgesehenen Urteil D-3175/2016 vom 17. August 2017 würden besondere Umstände, die gegen einen Einbezug sprechen, weiterhin vorbehalten bleiben. Vorliegend sei der sicherer Aufenthalt von B.\_\_\_\_\_ in einem Drittstaat, namentlich Italien, als ein derartiger besonderer Umstand zu erachten. Die Schweiz sei demnach nicht das einzige Land, in welchem ein Familienleben geführt werden könne. Des Weiteren stehe es der Beschwerdeführerin auch offen, ein Gesuch um einen ausländerrechtlichen Familiennachzug einzureichen, falls dies noch nicht geschehen sei. In diesem Zusammenhang sei auf das kürzlich ergangene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-2011/2017 vom 29. September 2017 zu verweisen, in welchem in einem vergleichbaren Fall die bereits im Nichteintretensentscheid erwähnte Rechtsumgehung als besonderer Umstand erachtet werde. Das Gesuch um Einbezug von B.\_\_\_\_\_ in die Flüchtlingseigenschaft der Beschwerdeführerin sei – wenn auch aus anderen Gründen als in der Verfügung vom 1. September 2017 erwähnt – immer noch abzulehnen.

**4.4** In ihrer Replik machte die Beschwerdeführerin in Bezug auf den Hinweis des SEM, wonach sich das Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft nicht in den Akten befunden habe, geltend, dass dies nicht auf einen Fehler der Beschwerdeführerin zurückzuführen sei und dem SEM ein Zustellungsnachweis eingereicht worden sei. Im Unterschied zum Verfahren im Fall des Urteils E-2011/2017 habe die Vorinstanz im vorliegenden Fall B.\_\_\_\_\_ nicht zur Einreichung eines Gesuchs um Aufenthaltsbewilligung beim Kanton aufgefordert, weshalb keine Prüfung von Art. 8 EMRK habe stattfinden können. Es stelle sich die Frage, wie vorliegend die besonderen Umstände, welche gegen einen Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft sprechen würden, mit Art. 8 EMRK konform ausgelegt werden könnten, zumal es sich um eine dauerhafte und tatsächlich gelebte eheähnliche Beziehung handle. Die Paarbeziehung wie auch die enge Vater-Kind-Beziehung sei unter Art. 8 EMRK geschützt. Da die Beschwerdeführerin und die Kinder in der Schweiz als Flüchtlinge anerkannt seien und in der Schweiz Asyl erhalten hätten, würden diese zudem über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügen. Es erwachse ihnen deshalb gestützt auf Art. 8 EMRK ein Anspruch auf Familienleben. Eine Ausreise

der Beschwerdeführerin mit den Kindern zwecks Familienzusammenführung sei nicht zumutbar. Er sei zudem nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin ihren stabilen Aufenthaltsstatus aufgeben solle, um die Familieneinheit mit ihrem Ehemann und Vater in Italien zu realisieren. Weiter sei es fraglich, ob die italienischen Behörden einem solchen Gesuch stattgeben würden.

## **5.**

**5.1** Dass die in der Schweiz als Flüchtling anerkannte Beschwerdeführerin und B.\_\_\_\_\_ in einer Beziehung leben und es sich bei ihm um den Vater der beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ handelt, ist aufgrund der Aktenlage unbestritten. Ob diese Beziehung als dauerhafte eheähnliche Gemeinschaft gemäss Art. 1a lit. e AsylV 1 zu qualifizieren ist, kann angesichts des Verfahrensausgangs offen gelassen werden. Selbst wenn B.\_\_\_\_\_ zum Kreise der anspruchsberechtigten Personen von Art. 51 Abs. 1 AsylG gezählt würde, sprächen in der vorliegenden Konstellation besondere Umstände gegen einen Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und das Asyl der Beschwerdeführerin.

**5.2** Bevor der Partner der Beschwerdeführerin, B.\_\_\_\_\_, in der Schweiz ein Asylgesuch einreichte, lebte er in einem sicheren Drittstaat, namentlich Italien, wo er seit der Anerkennung seiner Flüchtlingseigenschaft im Jahr 2006 über eine Aufenthaltsbewilligung verfügte (vgl. act. N [...] A19, A25). Es ist – auch angesichts der unterlassenen Anfechtung der Verfügung des SEM, soweit darin auf sein Asylgesuch nicht eingetreten wird – davon auszugehen, dass er bewusst in Umgehung der anwendbaren Gesetzesbestimmungen in die Schweiz gereist und sein Asylgesuch in der Schweiz einzig mit dem Ziel der Familienzusammenführung gestellt hat. Dieses Vorgehen ist indessen als Rechtsumgehung zu qualifizieren und kann nicht geschützt werden. Anders zu entscheiden würde bedeuten, die Umgehung der im AuG vorgesehenen gesetzlichen Bestimmungen zum Familiennachzug zu schützen (vgl. Urteil des BVGer E-2011/2017 vom 29. September 2017 E. 6.2 m.w.H.).

**5.3** Im Übrigen können im vorliegenden Verfahren weder die Bestimmungen von Art. 8 EMRK noch jene des UNO-Pakts II über bürgerliche und politische Rechte (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2) ergänzend angewendet werden, wenn die Voraussetzungen des Familienasyls im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG nicht erfüllt sind. Die Frage nach einem allfälligen Anspruch

auf Regelung des Aufenthalts von B. \_\_\_\_\_ in der Schweiz als (Konkubinat-)partner beziehungsweise Vater hier aufenthaltsberechtigter Personen ist von der zuständigen kantonalen Migrationsbehörde gestützt auf Art. 44 AuG zu beurteilen (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2002 Nr. 6 E. 5 S. 44 f.). Es bleibt der Beschwerdeführerin und ihrem Partner unbenommen, ein solches Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei der zuständigen Behörde einzureichen. Diese Behörde ist bei der Prüfung eines entsprechenden Gesuchs insbesondere an die Bestimmung von Art. 8 EMRK gebunden.

**5.4** Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zumindest im Ergebnis das Gesuch der Beschwerdeführerin um (asylrechtliche) Familienvereinigung zu Recht abgelehnt.

## **6.**

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

Mit vorliegendem Endentscheid erübrigen sich Ausführungen zum Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

## **7.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Mit der Rechtsmitteleingabe wurde jedoch ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG gestellt. Gemäss dieser Bestimmung wird von der Erhebung von Verfahrenskosten abgesehen, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihre Beschwerde nicht aussichtslos erscheint. Die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin ist durch die Fürsorgebestätigung vom 11. September 2017 belegt. Nach dem Gesagten sind die Begehren auch nicht als aussichtslos zu bewerten. Somit sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG wird gutgeheissen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Contessina Theis

Norzin-Lhamo Dotschung

Versand: