



## **Urteil vom 25. September 2019**

---

Besetzung

Richterin Christa Luterbacher (Vorsitz),  
Richterin Esther Marti, Richterin Muriel Beck Kadima,  
Richter Daniele Cattaneo, Richter William Waeber,  
Gerichtsschreiberin Susanne Bolz.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Eritrea,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch (sicherer Drittstaat), ohne  
Wegweisungsvollzug; Familienzusammenführung (Asyl);  
Verfügung des SEM vom 31. Juli 2017 / N (...).

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

B.\_\_\_\_\_ und ihre vier Kinder (N [...]) suchten am 2. Juli 2012 in der Schweiz um Asyl nach. Mit Verfügung vom 21. Januar 2015 anerkannte das SEM ihre Flüchtlingseigenschaft und gewährte ihnen Asyl.

**B.**

**B.a** Der Beschwerdeführer, gemäss seinen Angaben der Ehemann von B.\_\_\_\_\_ und der Vater ihrer vier Kinder, stellte am 17. August 2015 in der Schweiz ein Asylgesuch. Am 18. August 2015 wurde ihm mitgeteilt, dass er per Zufallsprinzip der Testphase des Verfahrenszentrums Zürich (VZ) zugewiesen wurde. Ihm wurde die Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende im VZ Zürich als Rechtsvertretung zugewiesen. Am 27. August 2015 unterzeichnete er eine entsprechende Vollmacht.

In der MIDES Personalienaufnahme vom 21. August 2015 und dem beratenden Vorgespräch vom 27. August 2015 gab er zu Protokoll, er sei im Jahr 2006 aus Eritrea geflohen. Seither habe er keinen Kontakt mehr zu seiner Ehefrau und seinen Kindern gehabt, habe aber von einem Bekannten im Sudan erfahren, dass diese Eritrea ebenfalls verlassen hätten und sich nun in der Schweiz befänden. Im Jahr 2009 sei er nach Italien gelangt, wo er Asyl erhalten habe.

Zur Untermauerung dieser Vorbringen reichte der Beschwerdeführer eine Kopie eines Diploms der (...) School sowie einen eritreischen Passierschein im Original ein.

**B.b** Mit Schreiben vom 10. September 2015 teilte das SEM dem Beschwerdeführer mit, Abklärungen hätten ergeben, dass er in Italien als Flüchtling anerkannt sei, weshalb das SEM beabsichtige, in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG (SR 142.31) nicht auf sein Asylgesuch einzutreten und ihn nach Italien wegzuweisen. Es gewährte ihm Gelegenheit, sich dazu zu äussern.

In seiner Stellungnahme vom 14. September 2015 führte der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, dass er und B.\_\_\_\_\_ im Jahr 1996 nach Brauch geheiratet hätten und er der Vater ihrer vier Kinder sei. Dies gehe aus den beigelegten Kopien der Taufurkunden der Kinder und seines Ehescheins hervor. Er habe den Kontakt zu seiner Familie verloren, weil er im Jahr 2006 aus Eritrea habe fliehen müssen. Im Sudan habe er Probleme

gehabt, weshalb ein telefonischer Kontakt unmöglich gewesen sei. Ohnehin habe es in Eritrea zu jenem Zeitpunkt noch keine Mobiltelefone gegeben und das Telefonieren sei nur in Regierungsgebäuden möglich gewesen. Sporadisch habe er mit seinem Bruder in den USA telefonieren können. Dieser habe ihm versichert, dass es seiner Familie gutgehe. In Italien angekommen, sei es ihm gesundheitlich sehr schlecht gegangen. Als es ihm endlich wieder gelungen sei, mit seinem Bruder zu telefonieren, habe er herausgefunden, dass ihn dieser während Jahren belogen und wegen eines Familienstreits gar keinen Kontakt mehr zu seiner Ehefrau in Eritrea gehabt habe. Erst im Jahr 2015 habe er von einem Verwandten im Sudan erfahren, dass seine Ehefrau ebenfalls aus Eritrea ausgereist sei und sich wahrscheinlich in Europa aufhalte. Daraufhin habe er sich sofort auf die Suche nach seiner Familie gemacht, weil er mit dieser habe zusammenleben wollen. Da die Situation in Italien für Flüchtlinge prekär sei, habe er sie aber nicht dorthin holen wollen. Seit er und seine Ehefrau wieder miteinander in Kontakt stünden, führten sie eine sehr enge Beziehung. Angesichts dieser Umstände müsse auf sein Asylgesuch eingetreten und geprüft werden, ob er gestützt auf Art. 3 AsylG als Flüchtling anerkannt oder gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau einbezogen werden könne.

**B.c** Mit Eingabe vom 11. September 2015 liess B. \_\_\_\_\_ im Wesentlichen ausführen, sie habe anlässlich der Befragung beim SEM angegeben, dass sie ihren Ehemann respektive den Vater ihrer vier Kinder seit dessen Flucht aus Eritrea nicht mehr gesehen habe. Sie habe damals aber das Original ihrer Heiratsurkunde eingereicht. Zusammen mit dieser Eingabe wurden erneut Kopien der Taufurkunden der Kinder und der Eheschein von B. \_\_\_\_\_ und des Beschwerdeführers ins Recht gelegt.

**B.d** Mit Eingabe vom 21. September 2015 legte der Beschwerdeführer eine Kopie der Schweizer Aufenthaltsbewilligung von B. \_\_\_\_\_ sowie ein Schreiben von ihr vom 17. September 2015, in dem sie darum ersucht, dass der Beschwerdeführer, der ihr Ehemann und der Vater ihrer vier Kinder sei, mit ihr und den Kindern zusammenleben könne, ins Recht.

**B.e** Mit Schreiben vom 6. Oktober 2015 teilte das SEM dem Beschwerdeführer mit, dass sein Verfahren ausserhalb der Testphase weitergeführt werde. Noch gleichentags informierte die Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende im VZ Zürich das SEM über die Beendigung des Mandatsverhältnisses.

**B.f** Auf Nachfrage teilten die italienischen Behörden dem SEM am 16. November 2015 mit, dass der Beschwerdeführer in Italien als Flüchtling anerkannt ist und dort über einen Aufenthaltstitel verfügt, der bis am 16. Dezember 2019 gültig ist. Angesichts dessen stimmte Italien einer Rückübernahme des Beschwerdeführers zu.

**B.g** Am 13. März 2017 wurde der Beschwerdeführer vertieft zu seinem Familienleben angehört. Dabei machte er im Wesentlichen geltend, dass er in sehr schlechter gesundheitlicher Verfassung gewesen sei, als er im Jahr 2009 in Italien angekommen sei, und es ungefähr ein Jahr gedauert habe, bis er wieder gesund geworden sei. Nachdem ihn die italienischen Behörden als Flüchtling anerkannt hätten, habe er zunächst während zwei Jahren in einem Flüchtlingslager gelebt. Danach habe er in Italien Arbeit gesucht, jedoch erst im Jahr 2014 etwas gefunden. Nachdem er ein wenig Geld verdient habe, habe er sich auf die Suche nach seiner Familie gemacht. Er habe zunächst seinen in den USA lebenden Bruder, der ihn auf der ganzen Reise von Eritrea nach Europa unterstützt habe, darum gebeten, ihm eine Telefonnummer zu geben, damit er mit seiner Ehefrau in Kontakt treten könne. Dieser habe ihn aber bis im Juni 2014 damit getröstet, dass es der Familie gut gehe und er sich zunächst um sein eigenes Leben kümmern solle. Über einen Bekannten im Sudan, den er um Hilfe in dieser Sache gebeten habe, habe er schliesslich in Erfahrung bringen können, dass seine Ehefrau ebenfalls aus Eritrea ausgereist sei und sich nach Europa begeben habe. Damit konfrontiert, habe sein Bruder ihm gestanden, dass er eigentlich gar keinen Kontakt mehr zur Ehefrau des Beschwerdeführers gehabt habe, da sie und die Geschwister des Beschwerdeführers zerstritten gewesen seien, und er ihn bezüglich des Wohlergehens seiner Familie stets angelogen habe, weil er ihn nicht zusätzlich habe belasten wollen. Auf Ratschlag eines Freundes habe er sich, nachdem er erfahren habe, dass seine Familie in Europa sein müsse, zunächst in die Schweiz begeben. Er habe damals noch nicht gewusst, dass seine Ehefrau und seine Kinder tatsächlich hierzulande lebten. Nun seien sie wieder vereint und wohnten gemeinsam in einer Wohnung in C.\_\_\_\_\_ im Kanton D.\_\_\_\_\_.

**B.h** Mit Schreiben vom 22. März 2016 informierte das SEM den Beschwerdeführer darüber, dass er gemäss Art. 8 EMRK einen potenziellen Anspruch auf Erteilung einer kantonalen Aufenthaltsbewilligung habe, da B.\_\_\_\_\_ über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge, die auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruhe. Da Art. 8 EMRK bereits bei der Verfügung der Wegweisung einer Person aus der Schweiz greife, sei diese – sofern

ein potentieller Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bestehe – vom SEM gar nicht mehr zu prüfen, da diese Prüfung in die Kompetenz der kantonalen Behörden falle. Vor diesem Hintergrund forderte das SEM den Beschwerdeführer auf, bei den zuständigen kantonalen Migrationsbehörden ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung einzureichen und das SEM über die Einleitung des Bewilligungsverfahrens in Kenntnis zu setzen, ansonsten es davon ausgehe, dass der Beschwerdeführer kein Interesse an der Wahrnehmung seines aus Art. 8 EMRK potentiell erwachsenden Rechts habe.

Mit Eingabe vom 13. April 2017 stellte der Beschwerdeführer dem SEM eine Kopie seines Gesuchs an das zuständige Migrationsamt vom 12. April 2017 um Erteilung einer kantonalen Aufenthaltsbewilligung zu und ersuchte das SEM, ihm eine Kopie des Protokolls seiner Anhörung vom 13. März 2017 zukommen zu lassen.

Mit Verfügung vom 18. Mai 2017 teilte das zuständige Migrationsamt dem Beschwerdeführer mit, sein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung werde gestützt auf Art. 14 Abs. 1 AsylG nicht anhand genommen; es bestehe kein Anspruch auf Prüfung. Während laufendem Asylverfahren könne grundsätzlich kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung eingeleitet werden, ausser es bestehe ein Anspruch. Da seine Frau und die Kinder lediglich über Aufenthaltsbewilligungen als Flüchtlinge verfügten, bestehe vorliegend kein offensichtlicher gesetzlicher Anspruch auf Erteilung einer Härtefallbewilligung nach Art. 8 EMRK, zumal er keine wirtschaftliche Beziehung zu den Kindern geltend machen könne (Sozialhilfeabhängigkeit).

**B.i** Im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens reichte der Beschwerdeführer seine italienische Aufenthaltsbewilligung und seinen italienischen Flüchtlingspass ein.

**C.**

Mit Verfügung vom 31. Juli 2017 – eröffnet am 2. August 2017 – trat das SEM gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein (Dispositiv-Ziffer 1), lehnte sein Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau ab (Dispositiv-Ziffer 2), ordnete seine Wegweisung aus der Schweiz an (Dispositiv-Ziffer 3), nahm ihn jedoch wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig in der Schweiz auf (Dispositiv-Ziffern 4-7).

Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer sei in Italien bereits als Flüchtling anerkannt, weshalb ihm in der Schweiz nicht erneut die originäre Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen sei. Mit Blick auf sein Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau komme das SEM zum Schluss, dass er die Beziehung zu ihr mit der Flucht aus Eritrea im Jahr 2006 abgebrochen und bis 2015 nicht wieder aufgenommen habe. Folglich sprächen besondere Umstände im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG gegen einen Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau. Gestützt auf Art. 44 AsylG und unter Berücksichtigung der Einheit der Familie sei jedoch von seiner Wegweisung nach Italien abzu-sehen.

#### **D.**

Mit Eingabe vom 17. August 2017 (Poststempel) erhob der Beschwerdeführer gegen diesen Entscheid des SEM beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, die Ziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und das SEM sei anzuweisen, ihn in die Flüchtlingseigenschaft und ins Asyl seiner Ehefrau einzuschliessen. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

Zur Begründung führte er – mit Verweis auf die Ausführungen im Gesuch an das zuständige Migrationsamt vom 12. April 2017 (vgl. Bst. B.h, 2. Absatz) – im Wesentlichen aus, dass er, seine Ehefrau und seine Kinder seit Oktober 2015 endlich wieder als Familie zusammenleben dürften und er sehr dankbar dafür sei, dass er seine Rolle als Vater und Ehemann wieder wahrnehmen könne. Er und seine Ehefrau hätten im Jahr 1996 geheiratet und während drei Jahren in einer gemeinsamen Wohnung in E. \_\_\_\_\_ gelebt. Aufgrund des Grenzkrieges mit Äthiopien sei er dann aber versetzt worden und habe seine Familie bis zu seiner Flucht aus Eritrea nur noch anlässlich des jährlichen Urlaubs besuchen können. Seine Familie habe aber seinen Sold ausbezahlt erhalten. Auch hätten sich seine Ehefrau und er während dieser Zeit regelmässig Briefe geschrieben und seien so stets in Kontakt miteinander gestanden. Nach seiner Flucht habe er den Kontakt zu seiner Familie nicht mehr herstellen können. Trotz der langjährigen Trennung hätten aber weder er noch seine Ehefrau ihre Beziehung je aufgegeben und hätten bei ihrer Wiedervereinigung im Oktober 2015 sofort an ihr altes Ehe- und Familienleben anknüpfen können. Die langjährige Trennung und die fehlgeschlagenen Kontaktversuche seien alleine durch die Flucht und andere äussere Umstände verursacht worden. Ein Leben als Familie in Italien sei zudem nicht zumutbar. Seine Ehefrau und Kinder

lebten bereits seit 2012 in der Schweiz und die Kinder seien hierzulande integriert. Sie hätten hier Freunde und absolvierten alle eine Ausbildung. In Italien wäre dies nicht möglich. Ohnehin wäre es fraglich, ob Italien einen Familiennachzug erlauben würde.

**E.**

Mit Zwischenverfügung vom 31. August 2017 hielt die Instruktionsrichterin fest, der Beschwerdeführer verfüge gestützt auf die vom SEM angeordnete vorläufige Aufnahme über einen gültigen Aufenthaltstitel zum Verbleib in der Schweiz. Ferner hiess sie das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gut, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und lud das SEM mit Verweis auf BVGE 2017 VI/4 ein, zur Beschwerde Stellung zu nehmen.

**F.**

In seiner Vernehmlassung vom 22. September 2017 führte das SEM aus, dass es trotz der neuerlichen Bekräftigung in der Beschwerdeschrift, der Beschwerdeführer habe über einen Zeitraum von rund neun Jahren vergeblich versucht, seine Ehefrau zu kontaktieren, weiterhin den Standpunkt vertrete, dass diese Darstellung unglaubhaft sei. Es gehe davon aus, dass er die Beziehung nach der Flucht abgebrochen habe und erst aufgrund seines Interesses, in der Schweiz Asyl zu erhalten, Anstrengungen unternommen habe, um die Beziehung wieder aufzunehmen. Im vorliegenden Fall seien ferner nicht die Schlussfolgerungen in BVGE 2017 VI/4, sondern die Argumentation in BVGE 2012/32 (E. 5.2 und 5.4, insbes. 5.4.2) einschlägig. Darin werde massgeblich festgehalten, dass das Institut des Familienasyls nach der Konzeption des Gesetzes und ständiger Praxis alleine auf die Bewahrung bestehender Familiengemeinschaften und nicht auf die Aufnahme von neuen oder die Wiederaufnahme von beendeten Beziehungen abziele. Somit stelle der Umstand, dass der Beschwerdeführer über einen Zeitraum von rund neun Jahren keinen Kontakt zu seiner Familie aufgenommen habe, ungeachtet dessen, wie eng die Beziehung zwischen ihm und seiner Ehefrau sowie den gemeinsamen Kindern wieder sein möge, einen besonderen Umstand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG dar, der einem Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und damit der Gewährung von Asyl entgegenstehe.

**G.**

Mit Zwischenverfügung vom 26. September 2017 gewährte die Instruktionsrichterin dem Beschwerdeführer Gelegenheit, zur Vernehmlassung des

SEM vom 22. September 2017 Stellung zu nehmen. Die dazu angesetzte Frist ist ungenutzt verstrichen.

## **H.**

**H.a** Mit Schreiben vom 9. August 2017 wies der für den Beschwerdeführer und seine Familie zuständige Sozialdienst der Region F. \_\_\_\_\_ das SEM darauf hin, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau im Zentralen Migrationsinformationssystem (ZEMIS) als „ledig“ statt als „verheiratet“ verzeichnet seien.

**H.b** Daraufhin änderte das SEM den Zivilstand des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau auf „religiös getraut“, was dem Bundesverwaltungsgericht seitens der Asylkoordination der Stadt G. \_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 9. November 2017 mitgeteilt wurde.

## **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** Am 1. März 2019 ist die Teilrevision (AS 2016 3101) des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; 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).

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. Die vorliegend anzuwendenden Gesetzesartikel (Art. 83 Abs. 17 und Art. 84) sind unverändert vom AuG ins AIG

übernommen worden, weshalb das Gericht nachfolgend die neue Gesetzesbezeichnung verwendet.

**1.4** 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 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG).

**1.5** Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**1.6** Der zuständige Kammerpräsident der Abteilung V des Bundesverwaltungsgerichts ordnete vorliegend die Fünferbesetzung des Spruchkörpers an (vgl. Art. 21 und Art. 25 VGG i.V.m. Art. 32 Abs. 2 und 3 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht [VRG, SR 173.320.1]). Die Erwägung 5 bildete Gegenstand eines von der Vereinigung der Abteilungen IV und V im Sinne von Art. 25 Abs. 2 und 3 VGG getroffenen Entscheids.

## **2.**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG.

## **3.**

Die Beschwerde richtet sich ausschliesslich gegen die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung, welche die Frage des Einbezugs des Beschwerdeführers in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau und die Frage seiner Wegweisung betreffen. Die Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung, wonach auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG nicht eingetreten wird, ist mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen und bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

## **4.**

**4.1** Der Beschwerdeführer begehrt den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau, welche in der Schweiz asylberechtigt ist. Zur Begründung brachte er vor, zwar sei ihm in Italien der Flüchtlingsstatus zuerkannt und Asyl gewährt worden, jedoch lebten seine Ehefrau und die gemeinsamen Kinder als asylberechtigte anerkannte Flüchtlinge in der Schweiz; mit diesen wolle er als Familie zusammenleben.

Zu klären ist, ob der Beschwerdeführer in deren Flüchtlingseigenschaft einbezogen werden und ebenfalls Asyl erhalten kann.

**4.2** Nach Art. 51 Abs. 1 AsylG werden – unter dem Titel Familienasyl – namentlich die Ehegatten und die minderjährigen Kinder von Flüchtlingen ihrerseits als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl in der Schweiz, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen und sie nicht bereits in eigener Person die Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 AsylG erfüllen (dies ist als erstes zu prüfen; vgl. Art. 37 AsylV1). Ein auf die Absätze 1 und 3 gestützter Anspruch auf Einbezug beschlägt die Situation von Familienangehörigen eines in der Schweiz anerkannten Flüchtlings, welche sich zum Zeitpunkt des Gesuchs um Einbezug bereits in der Schweiz befinden. Für solche Angehörige ist gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG auch der Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft eines Ehepartners oder Elternteils möglich, der in der Schweiz lediglich als Flüchtling vorläufig aufgenommen wurde (vgl. das zur Publikation bestimmte Urteil des BVGer E-5669/2016 vom 18. Januar 2019; E. 4.1, sowie die Hinweise bei MINH SON NGUYEN, in Amarelle / Nguyen [ed.], Code annoté de droit des migrations Vol IV, Loi sur l'aile, 2015; Kommentar zu Art. 51 AsylG N 30-32; CONSTANTIN HRUSCHKA, in Spescha et al, Kommentar Migrationsrecht, 4. Aufl., 2015, Kommentar zu Art. 51 AsylG N 2, PETER BOLZLI, in Spescha et al, Kommentar Migrationsrecht, a.a.O., Kommentar zu Art. 85 AuG N 17 und 19, ANGELA STETTLER, Der Einbezug von Familienangehörigen in die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 51 AsylG – Aktuelle Entwicklungen, in: Asyl 2018/1, S. 5 f. (S. 6 f.).

Demgegenüber muss die in der Schweiz als Flüchtling anerkannte Person ihrerseits über den Asylstatus verfügen, um Familienangehörige aus dem Ausland nachziehen zu können; zusätzliches Erfordernis ist, dass die Familie durch die Flucht getrennt worden ist (vgl. Art. 51 Abs. 4 AsylG; vgl. BVGE 2018 VI/6 E. 5).

**4.3** Der Anspruch auf Familienasyl nach Art. 51 AsylG knüpft an den Bestand der Familiengemeinschaft an. Anspruchsberechtigt sind Ehegatten und minderjährige Kinder von Flüchtlingen (BVGE 2012/5 E 4.1). Gleichermassen anspruchsberechtigt sind eingetragene Partnerinnen und Partner und in dauernder eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebende Personen (Art. 1a Bst. e der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsylV1, SR 142.311]). Voraussetzung des Einbezugs eines Ehegatten oder einer Ehegattin in das Familienasyl nach Art. 51 AsylG ist das Bestehen einer gültigen Ehe, entweder nach schweizerischem Recht oder nach dem Recht

des Staates, in dem die Eheschliessung erfolgte (vgl. Art. 43 ff. IPRG [SR 291]). Auch eine im Ausland geschlossene Ehe wird demnach in der Schweiz grundsätzlich anerkannt, sofern sie anerkennungsfähig ist (vgl. Art. 1 Abs. 2 IPRG) und nicht gegen den schweizerischen Ordre Public (vgl. Art. 27 Abs. 1 IPRG) verstösst (vgl. BVGE 2012/5 E. 4.5 betreffend die Nichtanerkennung einer polygamen Ehe).

**4.4** Die Ehe muss ausserdem aktuell tatsächlich gelebt werden. Sofern eine früher bestehende Ehe in der Zwischenzeit aufgrund der eingetretenen Ereignisse und des nachträglichen Verhaltens der Beteiligten als aufgelöst und nicht mehr aktuell bestehend betrachtet werden muss, stellt dies einen besonderen Umstand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG dar.

Hingegen ist – anders als für den Familiennachzug von noch im Ausland befindlichen Personen – keine Trennung durch die Flucht erforderlich. Art. 51 Abs. 1 AsylG ist auch auf Familien anwendbar, die erst in der Schweiz gegründet wurden. So hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Grundsatzentscheid BVGE 2017 VI/4 zu Art. 51 Abs. 1 AsylG festgehalten, dass Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder, die sich bereits in der Schweiz befinden, vorbehältlich besonderer Umstände ebenfalls die Flüchtlingseigenschaft und Asyl erhalten, selbst wenn die Familiengemeinschaft erst in der Schweiz begründet wurde. Bereits in EMARK 1994 Nr. 11, konkretisiert in EMARK 1995 Nr. 15, wurde festgehalten, dass es für den Einbezug in das Familienasyl nach Art. 3 Abs. 3 aAsylG (Vorgängerbestimmung zu Art. 51 Abs. 1 AsylG) unerheblich sei, ob der Familienangehörige vor, mit oder nach der als Flüchtling anerkannten Person in die Schweiz eingereist sei. Ebenso spiele der Zeitpunkt der Eheschliessung für den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft des Ehegatten keine Rolle. Die eheliche oder eheähnliche Gemeinschaft müsse mithin nicht – wie dies bei der Konstellation nach Art. 7 Abs. 1 aAsylG (der heutige Art. 51 Abs. 4 AsylG) der Fall sei – durch die Flucht getrennt worden sein.

**4.5** Das SEM lehnte das Gesuch um Familienasyl und Einbezug ab. Gemäss seiner Einschätzung lagen im Fall des Beschwerdeführers besondere Umstände vor im Sinne von Art. 51 AsylG, weil die Familie während vieler Jahre getrennt gewesen sei. Es ging davon aus, der Beschwerdeführer habe die Beziehung zu seiner Ehefrau nach seiner Flucht aus Eritrea im Jahr 2006 abgebrochen und erst neun Jahre später in der Schweiz wieder aufgenommen. Dies stelle einen besonderen Umstand im Sinne von

Art. 51 Abs. 1 AsylG dar, der gegen einen Einbezug in ihre Flüchtlingseigenschaft spreche. Die Vorinstanz berief sich dazu auf BVGE 2012/32 und vertrat die Auffassung, die Grundsätze aus BVGE 2017 VI/4 seien im vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Dieser Argumentation kann sich das Gericht nicht anschliessen.

**4.5.1** Das Urteil BVGE 2012/32 war ein Entscheid im Hinblick auf Art. 51 Abs. 4 AsylG: Es handelte sich um ein Gesuch um Familiennachzug aus dem Ausland; es war mithin auch die Frage der Trennung durch die Flucht zu prüfen. In jenem Verfahren verneinte das SEM die Frage, ob der im Ausland weilenden Ehefrau und den beiden Kindern jenes Beschwerdeführers gestützt auf Art. 51 Abs. 4 AsylG die Einreise in die Schweiz zu bewilligen sei. Ausschlaggebendes Argument war, dass jener Beschwerdeführer nach seiner Flucht eine Beziehung mit einer anderen Frau eingegangen sei und sich gegenüber den Asylbehörden ausdrücklich auf diese neue Beziehung berufen habe, um in der Schweiz bleiben zu können. Diese Tatsache wurde als besonderer Umstand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG gewürdigt, der einer Einreisebewilligung gemäss Art. 51 Abs. 4 AsylG entgegenstehe (BVGE 2012/32 E. 5.4.2). Das Gesuch wurde abgelehnt.

**4.5.2** Für einen allfälligen Einbezug des Beschwerdeführers, der sich bereits in der Schweiz aufhält, in die Flüchtlingseigenschaft seiner in der Schweiz asylberechtigten Ehefrau sind die Schlussfolgerungen aus BVGE 2012/32 nicht einschlägig.

Nachdem es, wie oben erläutert, bei den Anwendungsfällen des Art. 51 Abs. 1 AsylG ausreicht, dass die Familie in der Schweiz besteht und gelebt wird, und sie sogar erst hier gegründet worden sein kann, würde selbst ein allfälliger früherer Abbruch einer in der Schweiz wiederaufgenommenen Beziehung keinen besonderen Umstand nach Art. 51 Abs. 1 AsylG darstellen, sofern das Bestehen einer aktuell gelebten Familiengemeinschaft in der Schweiz bejaht werden kann.

Im Zusammenhang mit Art. 51 Abs. 1 AsylG ist demnach einzig erheblich, ob aktuell von einer bestehenden Familiengemeinschaft zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau sowie den vier gemeinsamen Kindern auszugehen ist. Dies ist aus den folgenden Gründen zu bejahen:

**4.5.3** Der Beschwerdeführer und B. \_\_\_\_\_ sind ein Ehepaar. Beide gaben in ihren jeweiligen Verfahren vor dem SEM zu Protokoll, im Jahr 1996

in einem Ort namens H.\_\_\_\_\_, Eritrea, religiös getraut worden und seither miteinander verheiratet zu sein (vgl. A7/8, Rz. 1.14 sowie N [...], A4/12, Rz. 1.14). Der Eheschluss ist durch Kopien ihrer Heiratsurkunde belegt. Am Eheschluss zwischen dem Beschwerdeführer und B.\_\_\_\_\_ ist nicht zu zweifeln, auch das SEM hat dies nicht in Frage gestellt.

Laut Sachverhalt (Bst. Bb – Bd) lebt der Beschwerdeführer gemäss seinen Angaben und dem Eintrag im ZEMIS seit Oktober 2015 mit seiner Ehefrau und seinen Kindern am (...) in C.\_\_\_\_\_. Beide Ehegatten bekräftigten mehrfach ausdrücklich ihren Willen zur Weiterführung der Familiengemeinschaft. In diesem Zusammenhang bedeutsam ist auch, dass der Beschwerdeführer und B.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 9. August 2017 erfolgreich um eine Änderung ihres Zivilstands im ZEMIS von „ledig“ auf „religiös getraut“ ersuchten. Dieses Ersuchen ist ein weiterer Ausdruck ihres Willens, auch weiterhin als Ehepaar wahrgenommen zu werden.

**4.5.4** Der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienbegriff folgend, ist festzustellen, dass sich eine gelebte Familiengemeinschaft nach aussen am ehesten durch ein Leben der Ehepartner in einen gemeinsamen Haushalt manifestiert (vgl. BGE 135 I 143 E. 3.1, BGE 136 II 113 E. 3.3.4). In seiner Eingabe an das zuständige Migrationsamt vom 12. April 2017, auf die er in seiner Rechtsmitteleingabe verweist (vgl. Bst. D), schilderte der Beschwerdeführer detailliert das Zusammenleben mit seiner Frau und den gemeinsamen Kindern. Auch die kantonale Migrationsbehörde zweifelte in der Folge nicht am Bestehen einer Familiengemeinschaft zwischen dem Beschwerdeführer und B.\_\_\_\_\_ respektive den vier Kindern. Das Migrationsamt nahm das Gesuch vielmehr aus rechtlichen Gründen nicht anhand, zu denen das Bundesverwaltungsgericht mangels Zuständigkeit nicht Stellung nehmen kann.

**4.6** Der Beschwerdeführer und seine Frau und die Kinder sind eine Familie, die Familienbeziehung wird in der Schweiz gelebt. Die vom SEM in seiner Verfügung vorgebrachten besonderen Umstände, welche dem Einbezug gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG entgegenstehen könnten, können demnach nicht bejaht werden.

## **5.**

**5.1** Wie unter E. 4.6 festgestellt, bilden der Beschwerdeführer und seine Frau sowie die Kinder eine Familie und haben als solche ein berechtigtes Interesse, zusammen zu leben. Zu klären ist, auf welchem Weg die Einheit der Familie realisiert werden kann, ob im Rahmen des asylrechtlichen Familiennachzugs nach Art. 51 AsylG oder nach den Regeln des Ausländerrechts gemäss Art. 44 AIG, da die Ehefrau und die Kinder als Asylberechtigte eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz erhalten haben. Gegen die Anwendung der asylrechtlichen Regelung gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG könnte vorliegend der Einwand bestehen, dass die Flüchtlingsanerkennung des Beschwerdeführers in Italien und das ihm dort gewährte Asyl als besonderer Umstand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG seinem Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und das Asyl seiner Ehefrau entgegenstehen.

**5.2** Bei den in Artikel 51 Absatz 1 AsylG erwähnten „besonderen Umständen“ handelt es sich um einen unbestimmten, durch die Praxis konkretisierten Rechtsbegriff, dessen Zweck darin besteht, Missbrauchstatbestände zu unterbinden und den Behörden die Möglichkeit einzuräumen, Personen kein Asyl zu gewähren, die in objektiver Hinsicht des spezifischen Schutzes des Asyls nicht bedürfen (vgl. Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBI 1996 II S. 69 zum damaligen Art. 48 aAsylG, Familienasyl, S. 69 f., vgl. auch BVGE 2015/40 E. 3.4.4.3). Zu klären ist demnach, ob besondere Umstände im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG anzunehmen sind, falls die einzubeziehende Person in einem sicheren Drittstaat bereits als Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention (FK, SR 0.142.30) anerkannt worden ist und daher dort Schutz genießt. Die Bejahung dieser Frage würde dazu führen, dass kein Anspruch auf Familienasyl bestünde und die Familieneinheit ausländerrechtlich zu beantragen wäre. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist in dieser Frage bisher nicht einheitlich. Im Urteil des BVGer D-3955/2015 vom 19. Juli 2016 E. 4.5-4.10 wurde das Vorliegen eines besonderen Umstands verneint, das Urteil des BVGer E-6880/2014 vom 29. November 2017 bejaht dies in E. 4.3 ausdrücklich.

Es drängt sich deshalb eine Klärung auf. Dabei erscheint es hilfreich, zu beleuchten, welchen Zweck die Bestimmung des Familienasyls gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG verfolgt.

**5.3** Das Institut des Familienasyls bezweckt, Angehörigen der Kernfamilie die gleiche Rechtsstellung und damit auch denselben flüchtlingsrechtlichen

Schutz, wie ihn der nachziehende anerkannte Flüchtling innehat, zu gewähren (vgl. BVGE 2017 VI/4 E. 3.1). Die Bestimmung dient in erster Linie dem Schutz von Familienmitgliedern eines Flüchtlings, weil sie im Sinne einer Reflexverfolgung selber ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sein könnten (vgl. CARONI, SCHEIBER, PREISIG ZOETEWELJ, Migrationsrecht, 4. Aufl. 2018, S. 485; sowie MINH SON NGUYEN, a.a.O., Ziff. 5-11 zu Art. 51 AsylG). Aufgrund der Rechtsfiktion des Schutzbedürfnisses vor Reflexverfolgung von Familienangehörigen von Flüchtlingen unterscheidet die schweizerische Asylpraxis lediglich im Hinblick auf die Entstehung des Flüchtlingsstatus zwischen originärer und derivativer Flüchtlingseigenschaft, nicht jedoch in Bezug auf die Rechtsstellung (vgl. EMARK 2003 Nr. 11 E. 8c, BVGE 2017 VI/11 E. 4.4). Der Schutzgedanke, respektive die Feststellung eines fehlenden Schutzbedürfnisses, alleine rechtfertigt den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft jedoch nicht (so bereits EMARK 1996 Nr. 14 E. 8a zur Vorgängerbestimmung des Art. 3 Abs. 3 aAsylG). Tatsächlich wird in der Praxis der Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und das Familienasyl – wie bereits unter E. 4.2 erwähnt – nur subsidiär geprüft, da nach Art. 5 AsylV1 bei Asylgesuchen von Ehepaaren oder Familien „jede urteilsfähige asylsuchende Person einen Anspruch auf Prüfung ihrer eigenen Asylvorbringen“ hat. Für das Verfahren bedeutet dies, dass gestützt auf Art. 37 AsylV1 der Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft eines Ehegatten oder Familienmitglieds nach Artikel 51 Absatz 1 AsylG überhaupt erst dann zu prüfen ist, wenn zunächst in Anwendung von Artikel 5 AsylV1 festgestellt wurde, dass die einzubeziehende Person die Flüchtlingseigenschaft nicht selbständig nach Artikel 3 AsylG erfüllt. Art. 51 AsylG setzt daher voraus, dass die betroffenen Personen selbst keine eigene Verfolgung geltend machen oder allenfalls vorgängig in einem Asylverfahren nach Artikel 3 vergeblich geltend gemacht haben (vgl. BBI 1996 II S. 69; so auch BVGE 2012/5 E. 4.5.5). Deshalb kommt Art. 51 AsylG in der Praxis nur noch beim Einbezug von Familienmitgliedern ohne eigene Verfolgungsgründe zur Anwendung. Indem das zum Nachzug berechnigte Familienmitglied seinen Status an die Mitglieder seiner Kernfamilie weitergeben kann, garantiert Art. 51 Abs. 1 AsylG für den Flüchtling auch die Achtung seines Familienlebens. Das Bundesverwaltungsgericht anerkennt dies in gefestigter Rechtsprechung; der Grundsatzentscheid BVGE 2017 VI/4 hält fest, dass es in der Rechtsprechung zum Familienasyl gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG (respektive gemäss der Vorgängerregelung in Art. 3 Abs. 3 des am 1. Oktober 1999 aufgehobenen [AS 1999 2297] Asylgesetzes vom 5. Oktober 1979) stets als vorrangig erachtet wurde, der gesamten Kernfamilie eines Flüchtlings einen einheitlichen Rechtsstatus zu verschaffen (vgl. BVGE 2017 VI/4 E. 4.3.2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung der

ARK; sowie auch BVGE 2015/29 E. 4.2.1; statt vieler Urteile des BVGer D-2150/2016 vom 12. Oktober 2017 E. 3.1, D- 2268/2016 vom 7. September 2017 E. 5.5, D-2506/2014 vom 18. September 2015 E. 6.1, E-1834/2014 vom 24. März 2015 E. 4.1). Allerdings erfolgt dieser Status-Transfer nicht automatisch in jedem Fall, sondern nur, sofern ihm keine besonderen Umstände entgegenstehen (vgl. BVGE 2015/40 E. 3.4.4.3).

**5.4** Eine Person, die selbst nach Durchführung eines ordentlichen Asylverfahrens den Flüchtlingsstatus und das Asyl erhalten hat, kann diesen Status gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG an die Mitglieder ihrer Kernfamilie weitergeben. Sie selbst kann dagegen aber nicht in das Familienasyl einbezogen werden, weil der Einbezug nach Art. 51 AsylG zur Anerkennung der originären Flüchtlingseigenschaft subsidiär ist – und sie den Flüchtlingsschutz bereits selbst erworben hat (vgl. BVGE 2015/40 E. 3.4.4.1). BVGE 2015/40 behandelte die Frage, ob ein Ehegatte – der selbst Flüchtling war, bei dem jedoch Asylausschlussgründe vorlagen – im Wege des Familienasyls in das Asyl seiner Ehefrau, bei der keine Ausschlussgründe festgestellt worden waren, einbezogen werden konnte. Der Grundsatzentscheid verneinte dies mit dem Argument, das Familienasyl sei subsidiär und müsse hinter der originär festgestellten Flüchtlingseigenschaft zurückstehen. Zudem bedeute die Feststellung, eine Person sei Flüchtling, auch nicht automatisch, dass ihr Asyl zu gewähren sei; dies sei gemäss Art. 49 AsylG nur der Fall sofern keine Ausschlussgründe vorlägen. Die Grundregel des Art. 49 AsylG sei auch im Zusammenhang mit dem Familienasyl nach Art. 51 AsylG zu berücksichtigen. In BVGE 2015/40 hatte der dortige Beschwerdeführer vor der Antragstellung auf Familienasyl und Einbezug ein Asylverfahren in der Schweiz durchlaufen. Es ist zu klären, ob die in BVGE 2015/40 entwickelte Argumentation analog auch dann greift, wenn die Schutzgewährung beziehungsweise die Flüchtlingsanerkennung nicht durch die Schweiz, sondern durch die Behörden eines sicheren europäischen Drittstaats erfolgt ist.

**5.5** Das Bundesverwaltungsgericht geht in seiner ständigen Rechtsprechung davon aus, dass das italienische Asylsystem zwar im Hinblick auf die Unterbringungssituation teils Defizite aufweist (vgl. statt vieler das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-1689/2019 vom 15. April 2019), die jedoch in ihrer Schwere nicht die Schwelle von systemischen Mängeln überschreiten. Weder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) noch der Europäische Gerichtshof (EuGH) konnten das Vorliegen von systemischen Schwachstellen im italienischen Asylsystem erkennen. In Bezug auf die Durchführung des Asylverfahrens in Italien hält es das

Bundesverwaltungsgericht deshalb für sichergestellt, dass Italien als Signatarstaat der EMRK, der UN-Folterkonvention (SR 0.105) und der FK sowie des Zusatzprotokolls zur FK vom 31. Januar 1967 (SR 0.142.301) seinen diesbezüglichen völkerrechtlichen Verpflichtungen weiterhin nachkommt. Es darf davon ausgegangen werden, dieser Staat anerkenne und schütze die Rechte, die sich für Schutzsuchende aus den Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates 2013/32/EU vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (sog. Verfahrensrichtlinie) sowie 2013/33/EU vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (sog. Aufnahme richtlinie) ergeben (vgl. statt vieler das Urteil E-1448/2019 vom 2. April 2019 E. 5.2). Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die italienischen Asylbehörden das Gesuch des Beschwerdeführers gewissenhaft und sorgfältig nach europäischen Standards geprüft und darüber entschieden haben. Angesichts der Überlegung, dass der Schengen-Raum gemäss seiner Konzeption einen einheitlichen „europäischen Asylraum“ darstellt – auf dieser Prämisse fusst letztendlich auch das System der Dublin-Zuständigkeitsbestimmung – ist die Auffassung vertretbar, dass die Flüchtlingsanerkennung in einem europäischen Staat des Schengen-Raumes auch in der Schweiz dazu führen muss, dass die betreffende Person als jemand gilt, der bereits ein Asylverfahren zur Feststellung seiner originären Flüchtlingseigenschaft durchlaufen hat. Aus diesem Grund kann eine solche Person – in analoger Anwendung der Regelungen zur Subsidiarität des Familienasyls nach Art. 51 AsylG gegenüber der ordentlichen, individuellen Asylgesuchsprüfung –, nicht noch einmal in den Genuss einer erneuten Gesuchsprüfung kommen.

**5.6** Der Schutzgedanke, der Art. 51 Abs. 1 AsylG zumindest auch zugrunde liegt (vgl. oben E. 5.3), liefe auch ins Leere, wenn einer schutzsuchenden Person Familienasyl gewährt würde, obwohl sie bereits in einem sicheren Drittstaat als Flüchtling anerkannt ist und dort Schutz genießt. Genau so präsentiert sich aber der Sachverhalt im vorliegenden Fall: Der Beschwerdeführer verfügt in Italien bereits seit einigen Jahren über internationalen Schutz. Er ist insofern nicht auf den Schutz angewiesen, welcher ihm durch Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft – die er bereits besitzt – und Gewährung von Familienasyl gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG in der Schweiz zuteil würde. Art. 51 AsylG verfolgt in erster Linie die Zielsetzung, den Einschluss in die Flüchtlingseigenschaft zu ermöglichen, die Gewährung von Asyl verhält sich dazu lediglich akzessorisch. Das vorrangige Ziel – die Gewährung desselben Rechtsstatus an alle Familienmitglieder – kann nicht gänzlich vom Schutzgedanken abgekoppelt werden. Auch

das UNHCR definiert in seinem Handbuch das Familienasyl in erster Linie als Weitergabe des Flüchtlingsstatus, da die Flüchtlingskonvention die Anerkennung des Flüchtlingsstatus regelt, indessen keinen Asylstatus kennt (vgl. u.a. UNHCR-Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, Kapitel VI – Der Grundsatz der Familieneinheit, Ziffer 184). Die Verleihung des privilegierten Status des Asyls ist ein souveräner Akt der Schweizer Behörden (BVGE 2015/40 E. 3.6.1 mit Verweis auf BVGE 2014/40 E. 3.4.1; BVGE 2012/20 E. 6.2).

**5.7** Vorliegend präsentiert sich die Ausgangslage wie folgt: Der Beschwerdeführer wurde am 16. November 2009 in Italien als asylberechtigter Flüchtling anerkannt, wo er bis zu seiner Einreise in die Schweiz am 17. August 2015 gelebt hat. Bereits im Rahmen des beratenden Vorgesprächs gab er an, in der Schweiz mit seinen Kindern zusammenleben zu wollen (vgl. act. A16/6). Im Rahmen des rechtlichen Gehörs zur beabsichtigten Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG respektive der Stellungnahme zum Entscheidentwurf vom 14. September 2015, wurde bekräftigt, dass er einzig deshalb in die Schweiz gereist sei, weil er erfahren habe, dass seine Ehefrau mit den vier gemeinsamen Kindern hier lebe. Selbst wenn er in Italien als Flüchtling anerkannt sei, ziehe er es vor, mit seiner Familie in der Schweiz leben, da die Situation in Italien prekär sei. Auch in der Anhörung beschränkte sich sein Vorbringen darauf, in die Schweiz gereist zu sein, um seine Familie zu suchen und mit ihr zu leben (vgl. act. A43/13 u.a. F15, F24). Vorliegend kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer überhaupt ein Gesuch um Schutz an die Schweizerischen Behörden gerichtet hat. Ein solches kam für ihn auch nicht in Frage, da er bereits in Italien schutzberechtigt ist. Sein Gesuch ist daher nicht als Asylgesuch im eigentlichen Sinne zu betrachten, sondern es handelt sich vielmehr um ein reines Gesuch um Familienzusammenführung einer Person, die kein Schutzbedürfnis mehr hat, weil sie bereits Schutz geniesst. Dieser Umstand schliesst als ein besonderer Umstand die Anwendung von Art. 51 Abs. 1 AsylG aus. Der Familiennachzug ist gemäss den ausländerrechtlichen Regelungen zu behandeln. Das SEM hat das Gesuch um Einbezug daher zwar mit unzutreffender Begründung (vgl. E. 4), jedoch im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

## **6.**

**6.1** Nachdem die Regeln des asylrechtlichen Familiennachzugs aus den obigen Erwägungen nicht zur Anwendung kommen, wäre das Gesuch um Familieneinheit nach den Bestimmungen des Ausländerrechts, insbeson-

dere Art. 44 AIG, zu prüfen gewesen. Beim Familiennachzug durch Personen mit Aufenthaltsbewilligung muss die Familie über genügend finanzielle Mittel verfügen, die gewährleisten, dass der Familiennachzug nicht zu einer Sozialhilfeabhängigkeit führt (Art. 44 Abs. 1 Bst. c AIG). Zudem muss die Familie in einer genügend grossen, bedarfsgerechten Wohnung zusammenleben. Als zusätzliches Kriterium müssen sich nachzuziehende Ehegatten seit dem 1. Januar 2019 in der am Wohnort gesprochenen Landessprache verständigen können. Dabei muss die mündliche Sprachkompetenz der am Wohnort gesprochenen Landessprache mindestens auf dem Referenzniveau A1 liegen (Art. 44 Abs. 1 Bst. d AIG i.V.m. Art. 73a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]).

## **6.2**

**6.2.1** Die Nachzugsregelung nach Art. 44 AIG räumt der nachzugsberechtigten Person keinen Rechtsanspruch auf Familiennachzug ein. Im Fall der asylberechtigten Flüchtlinge hat das Bundesgericht jedoch festgehalten, dass diese aufgrund ihrer flüchtlings- und asylrechtlichen Situation über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen (vgl. insbesondere Art. 60 AsylG), welches ihnen erlaubt, sich auf den konventions- bzw. verfassungsrechtlich garantierten Schutz ihres Familienlebens zu berufen (gestützt auf Art. 8 EMRK und Art. 13 BV; in BGE 139 I 330 E. 1.2, mit Verweis auf BGE 137 I 284 E. 1.3, S. 287; BGE 122 II 1 E. 1e, S. 5 [altrechtlich]; vgl. auch BGE 139 II 65 E. 4.1; UEBERSAX/REFAEL/BREITENMOSER, Die Familienvereinigung im internationalen und schweizerischen Flüchtlingsrecht, in: Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht, UNHCR/SFH [Hrsg.], 2009, S. 471 ff., dort 518). Gestützt auf diesen Anspruch gesteht das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung den nachzugsberechtigten Flüchtlingen einen Rechtsweg bis zum Bundesgericht zu, dem Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG – anders bei Art. 44 AIG – nicht entgegensteht (vgl. BGE 139 I 330 E. 1.2).

**6.2.2** Die entsprechenden Weisungen des SEM zum Familiennachzug für anerkannte Flüchtlinge mit Asyl und mit einer Aufenthaltsbewilligung (bei denen nicht Art. 51 AsylG greift) halten unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung fest, dass bei Vorliegen einer nahen, echten und tatsächlich gelebten familiären Beziehung, ohne dass es möglich oder zumutbar wäre, das entsprechende Familienleben andernorts zu pflegen (Schutzbereich von Art. 8 EMRK), ein Familiennachzug nur dann verweigert werden kann, wenn die Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 44 AIG i. V. m. Art. 73 VZAE nicht erfüllt sind oder Erlöschensgründe im Sinne von

Art. 51 Abs. 2 AIG bestehen (wie zum Beispiel Rechtsmissbrauch, Vorspiegelung falscher Tatsachen, strafrechtliche Verurteilung, wiederholte Verstösse gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung; vgl. SEM, Weisungen Ausländerbereich AIG, Stand 1. Januar 2019, Ziff. 6.6 Familienangehörige von anerkannten Flüchtlingen mit Asyl, S. 114 f., mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 139 I 330 E. 2.1, [www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/-auslaender/weisungen-aug-d.pdf](http://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/-auslaender/weisungen-aug-d.pdf)).

**6.3** Einschränkungen für den Familiennachzug können sich für Flüchtlinge mit Asyl allerdings aus dem Erfordernis der Unabhängigkeit von Sozialhilfeleistungen ergeben, das sowohl eine Voraussetzung für die Gewährung nach Art. 44 AIG darstellt, als auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine legitime Schranke für den Anspruch aus Art. 8 EMRK, obzwar dem asylberechtigten Flüchtling selbst die eigene Sozialhilfeabhängigkeit nicht vorgeworfen werden kann (vgl. BGE 139 I 330 E. 3). Bringt der Nachzug weiterer Familienangehörigen jedoch die Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit der nachzuziehenden Person oder eine Erhöhung der finanziellen Abhängigkeit des anwesenden Flüchtlings mit sich, kann es sich im öffentlichen Interesse rechtfertigen, die Aufenthaltsbewilligung zu verweigern. Das Vorhandensein hinreichender finanzieller Mittel und damit die Entlastung der Sozialhilfe und der öffentlichen Finanzen ist als Voraussetzung des Familiennachzugs auch nach der Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK anerkannt (vgl. BGE 139 I 330 E. 3.2; sowie das Urteil des BGer 2C\_1018/2012 E. 3.2; ähnlich auch die Argumentation im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-2043/2015 vom 26. Juli 2017 [auszugsweise publiziert als BVGE 2017 VII/4], E. 7; sowie die Ausführungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-7893/2016 vom 16. Juli 2018, wo in E. 7 – ebenfalls unter Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts – dargelegt wurde, weshalb das persönliche Interesse der als Flüchtling vorläufig aufgenommenen Beschwerdeführerin an der Familieneinheit mit ihrem Ehemann „*hinter dem gewichtigeren öffentlichen Interesse zurückzustehen [hat], solange nicht sichergestellt ist, dass der Familiennachzug die Belastung der Sozialhilfe vermindert oder zumindest nicht erhöht.*“). Das Bundesgericht hat bezüglich der drohenden Sozialhilfeabhängigkeit festgehalten, dass eine solche den Eheleuten nicht mehr entgegengehalten werden darf, wenn der Flüchtling mit Asyl alles ihm Zumutbare unternommen habe, um auf dem (primären) Arbeitsmarkt seinen eigenen und den Unterhalt der (sich noch im Ausland befindenden, nach der Flucht begründeten) Familie möglichst autonom zu bestreiten beziehungsweise er oder sie in vertretba-

rer Weise dartut, dass sich der sozialhilferechtliche Fehlbetrag unter Einbezug der zu erwartenden Einkünfte der Gemeinschaft in absehbarer Zeit ausgleichen wird (Urteil BGer 2C\_660/2015 vom 26 August 2015 E. 2.2). Nach der bundesgerichtlichen Praxis stehen finanzielle Gründe der Familienzusammenführung allerdings dann entgegen, wenn die Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit besteht. Dabei ist von den aktuellen Verhältnissen auszugehen, die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung aber auf längere Sicht mit zu berücksichtigen (2C\_320/2013 E.4.1, sowie die oben zitierten Urteile). Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Interesse, die öffentliche Fürsorge vor dem Risiko zusätzlicher Belastung zu bewahren, nur dann eine massive Erschwerung oder gar ein Verunmöglichen des Familienlebens von anerkannten Flüchtlingen mit Asyl rechtfertigt, wenn die entsprechende Gefahr in zeitlicher und umfangmässiger Hinsicht als erheblich zu gewichten ist; die Schweiz hat diesbezüglich gewisse Konsequenzen aus der Asylgewährung, der Ehefreiheit der Betroffenen (Art. 14 BV) und der damit verbundenen allfälligen künftigen Familienbildung zu tragen (BGE 139 I 330 E. 4.2).

**6.4** Vorliegend hat die zuständige kantonale Behörde das Gesuch des Beschwerdeführers auf ausländerrechtlichen Einbezug nicht nur deshalb nicht behandelt, weil noch ein Asylgesuch hängig war, sondern auch weil es das Vorliegen eines Anspruchs auf Erteilung einer „Härtefallbewilligung nach Art. 8 EMRK“ verneinte, da B.\_\_\_\_\_ und ihre Kinder „lediglich im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung als anerkannte Flüchtlinge“ seien und der Beschwerdeführer „keine wirtschaftliche Beziehung zu [seinen] Kindern geltend machen [könne] (Sozialhilfeabhängigkeit)“. Offenkundig hat das Migrationsamt die möglicherweise drohende Sozialhilfeabhängigkeit der Familie höher gewichtet, als den Anspruch auf Schutz des Familienlebens. Das Bundesverwaltungsgericht kann sich mangels Zuständigkeit nicht zur Rechtmässigkeit dieses Entscheids äussern. Festzuhalten ist an dieser Stelle aber, dass das SEM durch die Anordnung der vorläufigen Aufnahme die Trennung der Familie verhinderte, da die zuständige Behörde das Gesuch um Einbezug im Rahmen des Ausländerrechts bisher nicht anhand genommen hat, weil sie das Vorliegen eines Anspruchs auf Achtung des Familienlebens aus Art. 8 EMRK prima facie verneinte.

**6.5** Nach dem oben Gesagten hat der Beschwerdeführer für sein Rechtsbegehren, die Vereinigung mit seinen in der Schweiz asylberechtigten Familienmitgliedern zu realisieren, den falschen Rechtsweg beschritten, selbst wenn ihm dabei keine verwerfliche Absicht unterstellt werden soll.

**6.6** Das SEM hätte mit seinem Gesuch anders umgehen müssen. Die Vorinstanz hätte den Beschwerdeführer schon bei Einreichung des Gesuchs darauf hinweisen müssen, dass er sich mit seinem Anliegen – Familieneinheit mit seinen in der Schweiz asylberechtigten Familienmitgliedern – an die kantonale Behörde wenden müsse.

**6.7** Verfahrensrechtlich hätte das SEM in dieser Konstellation richtigerweise nicht über die Wegweisung des Beschwerdeführers zu befinden gehabt. Dieser Entscheid hätte im Rahmen der Prüfung des Familiennachzugsgesuchs von der zuständigen kantonalen Migrationsbehörde getroffen werden müssen, im Fall der Wegweisungsvollzugsanordnung mit einem Rechtsweg bis hin zum Bundesgericht (siehe E. 6.2 sowie das Urteil des BVGer vom 3. Mai 2016 E-8358/2015 E. 4.2; so auch BVGE 2015/29 E. 4.2.4; BVGE 2013/37 E. 4.4 mit Verweis auf EMARK 2001 Nr. 21, EMARK 2005 Nr. 3). Das SEM hat den Beschwerdeführer jedoch, nachdem das Migrationsamt den Anspruch auf ausländerrechtlichen Einbezug nicht anerkannt hatte, gestützt auf Art. 44 AsylG vorläufig aufgenommen. Diese vorläufige Aufnahme war insofern systemwidrig, als der Entscheid über eine mögliche Aufenthaltsgestattung in der Schweiz durch die kantonale Behörde hätte getroffen werden müssen.

Der vorliegende Entscheid ändert an der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers nichts; insbesondere verzichtet das Bundesverwaltungsgericht auf die Aufhebung der durch die Vorinstanz verfügten Wegweisung, womit auch die vorläufige Aufnahme als Ersatz des Wegweisungsvollzugs wegfallen müsste (dies käme einer *reformatio in peius* gleich).

**6.8** Im Ergebnis ist das SEM auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers zu Recht nicht eingetreten und hat ferner das Gesuch um Einbezug in das Familienasyl zu Recht abgewiesen. In Vermeidung einer *reformatio in peius* ist die angeordnete vorläufige Aufnahme zu schützen. Der Entscheid der Vorinstanz ist demnach im Ergebnis nicht zu beanstanden und zu Recht ergangen. Die Beschwerde ist abzuweisen.

## **7.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Allerdings wurde mit Zwischenverfügung vom 31. August 2017 sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gutgeheissen, weshalb er keine Kosten tragen muss.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Christa Luterbacher

Susanne Bolz

Versand: