



## Urteil vom 29. September 2017

---

Besetzung

Richter Markus König (Vorsitz),  
Richterin Jeannine Scherrer-Bänziger,  
Richter François Badoud,  
Gerichtsschreiber Nicholas Swain.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Eritrea,  
vertreten durch lic. iur. Johan Göttl,  
(...),  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Familienzusammenführung (Asyl);  
Verfügung des SEM vom 28. März 2017 / N (...).

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

Der Beschwerdeführer verliess seinen Heimatstaat im Juli 2008 und suchte am 10. September 2008 in Italien um Asyl nach. Im Dezember 2008 wurde ihm durch die italienischen Behörden der Flüchtlingsstatus zuerkannt.

**B.**

Am 14. November 2013 stellten die Ehefrau des Beschwerdeführers, B.\_\_\_\_\_, sowie ihr gemeinsamer Sohn C.\_\_\_\_\_ in der Schweiz ein Asylgesuch. Das SEM erkannte sie mit Verfügung vom 22. Oktober 2014 gemäss Art. 3 AsylG (SR 142.31) beziehungsweise Art. 51 Abs. 1 AsylG als Flüchtlinge an und gewährte ihnen Asyl.

**C.**

Am 19. Dezember 2014 reiste der Beschwerdeführer in die Schweiz ein und am 22. Dezember 2014 stellte er beim Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) Basel ein Asylgesuch.

**D.**

Mit Verfügung vom 11. Februar 2015 teilte das SEM dem Beschwerdeführer mit, dass beabsichtigt werde, auf sein Asylgesuch gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG nicht einzutreten und ihn nach Italien wegzuweisen, und räumte ihm Gelegenheit zur diesbezüglichen Stellungnahme ein.

**E.**

Mit Schreiben vom 20. Februar 2015 machte der Beschwerdeführer geltend, gestützt auf Art. 51 AsylG sowie Art. 8 EMRK einen Anspruch auf Anerkennung als Flüchtling in der Schweiz zu haben, da seine Ehefrau und sein Kind als anerkannte Flüchtlinge hier leben würden. In der Beilage reichte er Kopien einer Heiratsurkunde vom (...) sowie die schweizerischen Aufenthaltstitel seiner Ehefrau und seines Sohnes ein.

**F.**

**F.a** Mit Verfügung vom 26. September 2016 hiess das SEM das von der Ehefrau des Beschwerdeführers zugunsten ihrer sich im Sudan aufhaltenden Kinder D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ gestellte Gesuch um Familienzusammenführung vom 25. September 2015 gut und bewilligte ihnen die Einreise in die Schweiz zwecks Familienvereinigung.

**F.b** Am 21. Juni 2017 reisten D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ in die Schweiz ein und stellten gleichentags Asylgesuche, über die bisher noch nicht entschieden worden ist.

**G.**

Am 23. Februar 2017 fand eine vertiefte Anhörung des Beschwerdeführers zu seinen Asylgründen statt.

**H.**

Mit Schreiben vom 2. März 2017 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, er habe einen potenziellen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK und Art. 44 AuG (SR 142.20) und forderte ihn auf, innert Frist ein entsprechendes Bewilligungsverfahren bei der zuständigen kantonalen Behörde einzuleiten.

**I.**

Mit Eingabe seiner Rechtsvertretung vom 22. März 2017 reichte der Beschwerdeführer die Kopie eines an das Amt für Migration des Kantons G.\_\_\_\_\_ gerichteten Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gleichen Datums ein.

**J.**

Mit Verfügung vom 28. März 2017 (eröffnet am 29. März 2017) wies das SEM das Asylgesuch des Beschwerdeführers ab, soweit es darauf eintrat und stellte fest, der Entscheid über den weiteren Aufenthalt oder eine allfällige Wegweisung falle in die Zuständigkeit der kantonalen Migrationsbehörde.

**K.**

Mit Eingabe vom 5. April 2017 an das Bundesverwaltungsgericht reichte der Beschwerdeführer Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung ein und beantragte, diese sei aufzuheben, er sei in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau einzubeziehen und es sei ihm in der Schweiz Asyl zu gewähren. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um Beiordnung seines Rechtsvertreters als unentgeltlicher Rechtsbeistand.

**L.**

Mit Zwischenverfügung vom 12. April 2017 hiess der Instruktionsrichter das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG gut und verzichtet auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung gemäss

Art. 65 Abs. 2 VwVG wurde abgewiesen. Schliesslich wurde die Vorinstanz zur Einreichung einer Vernehmlassung eingeladen.

#### **M.**

In ihrer Vernehmlassung vom 21. April 2017 hielt die Vorinstanz an ihrer Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

#### **N.**

Mit Eingabe vom 23. Mai 2017 machte der Beschwerdeführer innert erstreckter Frist von dem ihm mit Instruktionsverfügung vom 24. April 2017 gewährten Recht zur Replik Gebrauch und hielt an den Begehren in seiner Beschwerde fest. In der Beilage wurde der Ausdruck einer E-Mail Korrespondenz zwischen der Rechtsvertretung und dem in H.\_\_\_\_\_ wohnhaften Bruder des Beschwerdeführers sowie eine Kopie des Reisepasses des Bruders zu den Akten gereicht.

### **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 endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

**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. 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).

**1.4** Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**2.**

Die Beschwerdeeingabe des Beschwerdeführers richtet sich ausschliesslich gegen die Abweisung seines Gesuchs um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG. Demnach ist die angefochtene Verfügung des SEM, soweit sie das Nichteintreten auf das originäre Asylgesuch des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. c AsylG betrifft, unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

**3.**

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

**4.**

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).

**5.**

**5.1** Die Vorinstanz begründete ihren ablehnenden Entscheid in Bezug auf das Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft der Ehefrau des Beschwerdeführers damit, der Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft gestützt auf Art. 51 AsylG setze voraus, dass der Flüchtling vor der Ausreise in einem gemeinsamen Haushalt mit dem Familienmitglied gelebt habe, für welches der Einbezug verlangt werde, sowie dass die Personen durch die Flucht getrennt worden seien. Der Beschwerdeführer habe gemäss seinen Angaben nach der Flucht aus der Gefangenschaft in Eritrea im Jahre 2008 noch mehrere Tage bei seiner Ehefrau verbracht, bevor er aus seinem Heimatstaat ausgereist sei. Indessen habe er seine Ehefrau und die gemeinsamen Kinder nicht über seinen Weggang in Kenntnis gesetzt und – was seine Ehefrau bestätige – nach der Ausreise während etwa sechs Jahren keinen Kontakt mehr zu seiner Familie aufgenommen. Er habe angegeben, erst etwa im November 2014 von seinem in H. \_\_\_\_\_ lebenden Bruder erfahren zu haben, dass seine Ehefrau und eines ihrer gemeinsamen Kinder sich in der Schweiz aufhalten würden. Diese Aktenlage lasse darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer sich nach seiner Ausreise aus Eritrea nicht um eine Weiterführung seiner ehelichen Beziehung bemüht habe. Seine Erklärungen, er habe seine Ehefrau nicht durch eine direkte Kontaktaufnahme gefährden und seinen Aufenthaltsort nicht preisgeben wollen, sowie Eritreer seien damit vertraut, lange nichts voneinander zu hören, vermöchten nicht zu überzeugen und den Kontaktabbruch nicht plausibel zu erklären. Es sei nicht erkennbar, dass er sich darum bemüht hätte, während der sechsjährigen Trennung den Kontakt zu seiner Familie wiederherzustellen, und es sei daher von einer abgebrochenen Beziehung auszugehen. Demnach sei eine zwingende Voraussetzung für das Familienasyl gemäss Art. 51 AsylG, das Bestehen einer dauerhaft gelebten Beziehung, nicht gegeben.

**5.2** Der Beschwerdeführer brachte zur Begründung seiner Beschwerde vor, er sei als hochrangiger (...) unter anderem in der (...)abteilung tätig gewesen und wegen seiner oppositionellen Aktivitäten zu einer Gefängnisstrafe verurteilt worden. Er gehe davon aus, dass das eritreische Regime nach wie vor nach ihm suche, um ihn umzubringen. Er habe in Italien Drohbriefe erhalten und habe aus diesem Grund speziellen polizeilichen Schutz erhalten. Auch seine Ehefrau sei für die Opposition in Eritrea tätig gewesen. Es handle sich bei ihnen somit um sehr exponierte Personen, die weit mehr als die meisten eritreischen Flüchtlinge gefährdet seien. Die Vorinstanz habe diesem Aspekt keine Rechnung getragen. Er habe seiner Ehefrau angekündigt, aus Eritrea fliehen zu wollen, sobald sich dazu eine

Gelegenheit ergebe. Es habe aber gute Gründe dafür gegeben, dass er sie nicht informiert habe, als er tatsächlich die Möglichkeit zur Flucht gehabt habe, hätte dies doch mit grosser Wahrscheinlichkeit zu Komplikationen und Verzögerungen geführt, welche ihn und seine Familie zusätzlich gefährdet hätten. Dass er seine Ausreise nicht mit seiner Ehefrau besprochen habe, sei demnach sehr wohl nachvollziehbar und habe auch dem Schutz der Angehörigen gedient. Aufgrund seiner früheren Tätigkeit kenne er die Überwachungsmethoden der eritreischen Behörden und habe deshalb gewusst, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit Telefonate an seine Ehefrau abgehört und Briefe geöffnet worden wären. Es sei daher naheliegend, dass er aus Sorge um das Wohl seiner Familie jede direkte Kontaktaufnahme unterlassen habe. Überdies hätten Telefonate oder Briefe den eritreischen Behörden Anhaltspunkte zu seinem Aufenthaltsort liefern können. Er habe begründete Angst gehabt, auch im Ausland vom Regime verfolgt zu werden. Mit einer direkten Kontaktaufnahme hätte er sowohl seine Ehefrau als auch sich selber einer grossen Gefahr ausgesetzt. Trotzdem sei ihr Kontakt während der sechsjährigen Trennung nie abgebrochen. Er habe während dieser Zeit einen intensiven indirekten Kontakt zur Ehefrau über seinen Bruder in H.\_\_\_\_\_ aufrechterhalten. Auch der Bruder habe es vermieden, direkt mit seiner Ehefrau Kontakt aufzunehmen, und jeweils mit seiner Mutter telefoniert, die wiederum regelmässigen Kontakt zur Ehefrau gepflegt habe. Auf diese Weise seien Informationen über das Wohlergehen seiner Ehefrau jeweils an ihn weitergeleitet worden und er habe dieser so auch Nachrichten über seine Situation zukommen lassen. Die Vorinstanz sei unverständlicherweise auf den indirekt gepflegten Kontakt nicht eingegangen und habe auch hiermit die Begründungspflicht verletzt. Es gehe nicht an, dass zugunsten des Beschwerdeführers sprechende Aspekte einfach weggelassen würden. Es sei stets ihr Ziel gewesen, die Familie baldmöglichst wieder zu vereinigen. Aus diesen Gründen habe trotz der mehrjährigen Trennung stets eine dauerhaft gelebte Beziehung im Sinne von Art. 51 AsylG bestanden, und er sei daher in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau einzubeziehen.

**5.3** Die Vorinstanz stellte sich in ihrer Vernehmlassung auf den Standpunkt, es sei nicht nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer seine Familie nach deren Ausreise im Jahr 2013 und ihrer Einreise in die Schweiz im November 2013 weiterhin nicht kontaktiert habe. Er habe erst rund ein Jahr später, kurz nachdem seiner Ehefrau Asyl gewährt worden sei, Kontakt aufgenommen und sei in die Schweiz eingereist. Es sei daher zu bezweifeln, dass er sich darum bemüht habe, die Ehebeziehung unmittelbar wieder aufzunehmen. Vielmehr erscheine plausibel, dass er sich aufgrund

veränderter Opportunitäten entschlossen habe, die abgebrochene Beziehung wieder aufzunehmen.

**5.4** Der Beschwerdeführer stellte in seiner Replik fest, das SEM habe mit seiner Argumentation in der Vernehmlassung zumindest indirekt anerkannt, dass er gute Gründe gehabt habe, seine Ehefrau nicht direkt zu kontaktieren, solange sie sich noch in Eritrea aufgehalten habe. Der in H. \_\_\_\_\_ lebende Bruder habe bestätigt, dass er der Ehefrau nur spärliche Informationen über seine (des Beschwerdeführers) Situation übermittelt habe, einerseits aus Sicherheitsgründen und andererseits um sie nicht zu belasten sowie um sie von einer überstürzten Ausreise abzuhalten. Er habe seiner Ehefrau auch immer wieder mithilfe seines Bruders Geldbeträge zukommen lassen. Sein Bruder habe sich entschieden, ihn erst über die Flucht seiner Ehefrau zu informieren, als diese einigermassen in Sicherheit gewesen sei und Aussichten darauf bestanden hätten, die in Eritrea verbliebenen Kinder nachholen zu können. Der Bruder habe damit verhindern wollen, dass er sich Sorgen mache wegen der Situation seiner Ehefrau auf der gefährlichen Flucht sowie wegen des Schicksals der in Eritrea verbliebenen Kinder. Im Zeitpunkt der Asylgesuchseinreichung sei seine Ehefrau noch nicht in Sicherheit gewesen. Erst als ihr eine Aufenthaltsberechtigung gewährt worden sei, habe sein Bruder die Voraussetzungen als gegeben erachtet, ihn über die Ausreise seiner Ehefrau in Kenntnis zu setzen. Sobald er davon erfahren habe, sei er in die Schweiz gereist, um die Ehe-Beziehung weiterzuführen. Sie hätten ihre Beziehung auch während der Trennung im Rahmen der gegebenen Möglichkeiten aufrechterhalten, mit dem Ziel einer baldmöglichsten Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft. Dafür, dass während über sechs Jahren kein direkter Kontakt stattgefunden habe, gebe es objektiv nachvollziehbar Gründe.

## **6.**

**6.1** Dass es sich bei der in der Schweiz als Flüchtling anerkannten B. \_\_\_\_\_ um die Ehefrau des Beschwerdeführers handelt, ist unbestritten. Im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens wurde zum Beleg der Eheschliessung eine Heiratsurkunde in Kopie eingereicht. Demnach wäre eine Grundvoraussetzung für die Gewährung des Familienasyls erfüllt.

**6.2** Indessen gelangt das Gericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zum Schluss, dass vorliegend besondere Umstände gegeben sind, welche einem Einbezug des Beschwerdeführers in das seiner Ehefrau gewährte

Asyl entgegenstehen. Die besonderen Umstände des Falls sprechen vorliegend gegen einen solchen Einbezug. Der Beschwerdeführer verfügt seinerseits seit dem Jahr 2008 in einem sicheren Drittstaat über den Asylstatus nach Anerkennung seiner Flüchtlingseigenschaft. 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. hierzu etwa das Urteil des BVGer D-4916/2014 vom 5. Dezember 2014 E. 6.4).

**6.3** Bei diesem Ergebnis kann die Frage offengelassen werden, ob darin, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau während mehr als sechs Jahren getrennt waren und in dieser Zeit nur indirekten Kontakt pflegten, ein besonderer Umstand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG zu erblicken ist. Nachdem sich die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Stützung seines Gesuchs um Familienasyl als nicht ausschlaggebend erweisen, ist auch der Vorwurf haltlos, die Vorinstanz habe die Begründungspflicht verletzt, indem sie diese nicht hinreichend berücksichtigt habe.

**6.4** 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 des Beschwerdeführers auf Aufenthalt in der Schweiz als Ehemann beziehungsweise Vater hier aufenthaltsberechtigter Personen wird von der zuständigen kantonalen Migrationsbehörde im Rahmen der Beurteilung des vom Beschwerdeführer gestützt auf Art. 44 AuG anhängig gemachten Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu prüfen sein (vgl. EMARK 2002 Nr. 6 E. 5 S. 44 f.). Diese Behörde ist bei der Prüfung eines entsprechenden Gesuchs ebenfalls insbesondere an die Bestimmung von Art. 8 EMRK gebunden.

**6.5** Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zumindest im Ergebnis das Gesuch des Beschwerdeführers um (asylrechtliche) Familienvereinigung zu Recht abgelehnt.

**7.**

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.

**8.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Nachdem der Instruktionsrichter sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG mit Zwischenverfügung vom 12. April 2017 gut hiess und den Akten keine Hinweise auf eine Veränderung seiner finanziellen Verhältnisse zu entnehmen sind, ist von einer Kostenaufgabe abzusehen.

(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.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Markus König

Nicholas Swain

Versand: