



Urteil vom 31. August 2015

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richter François Badoud,
Richterin Muriel Beck Kadima,
Gerichtsschreiberin Barbara Balmelli.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Eritrea,
vertreten durch Christian Hoffs,
(...),
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Migration (SEM;
zuvor Bundesamt für Migration, BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Familienzusammenführung;
Verfügung des BFM vom 4. Dezember 2014 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügung vom 10. Januar 2014 anerkannte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin als Flüchtling und gewährte ihr Asyl.

B.

Am 16. September 2014 reichte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz ein Gesuch um Familienzusammenführung mit ihren Ehegatten, B._____, geboren am (...), Eritrea, ein.

C.

Mit Verfügung vom 4. November 2014 lehnte die Vorinstanz das Gesuch um Familienzusammenführung ab.

D.

Mit Eingabe vom 3. Dezember 2014 reichte die Beschwerdeführerin gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte, die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben. Ihrem Ehemann sei die Einreise in die Schweiz zwecks Familienvereinigung zu bewilligen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ein amtlicher Beistand zu bestellen. Von der Erhebung eines Kostenvorschusses sei abzusehen.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 22. Dezember 2014 wurde die Vorinstanz zur Vernehmlassung eingeladen. Sie beantragte in ihrer Stellungnahme vom 29. Dezember 2014 die Abweisung der Beschwerde. Am 5. Januar 2015 wurde die vorinstanzliche Vernehmlassung der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt.

F.

Mit Eingabe vom 19. März 2015 teilte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht mit, ihr Ehemann lebe nicht mehr im Südsudan, sondern in einem Flüchtlingslager des UNHCR in Äthiopien.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG [SR 142.31]). Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 108 Abs. 1 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung in Asylsachen auf Verletzung von Bundesrecht sowie unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts hin (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

3.

3.1 Gemäss Art. 51 AsylG, mit der Marginalie "Familienasyl", werden Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen (Abs. 1; Abs. 1^{bis} betrifft Anhaltspunkte für einen Eheungültigkeitsgrund; Abs. 2 ist aufgehoben). In der Schweiz geborene Kinder von Flüchtlingen werden auch als Flüchtlinge anerkannt, sofern keine besonderen Umstände dagegen sprechen (Abs. 3). Wurden die anspruchsberechtigten Personen nach Absatz 1 durch die Flucht getrennt und befinden sie sich im Ausland, so ist ihre Einreise auf Gesuch hin zu bewilligen (Abs. 4).

3.2 Die Beschwerdeführerin ersucht die Vorinstanz und nunmehr das Bundesverwaltungsgericht, die Einreise ihres Ehemannes zwecks Familienzusammenführung zu bewilligen. Sie stammt aus Eritrea. Seit dem 20. August 2012 hat sie ihren Aufenthalt in der Schweiz. Am 10. Januar 2014 haben die Asylbehörden sie als Flüchtling anerkannt und ihr Asyl gewährt. Das Gesuch um Familienzusammenführung vom 16. September 2014 begründete die Beschwerdeführerin damit, der Ehemann habe den Heimatsstaat ebenfalls verlassen und halte sich im Südsudan auf. Als Beweismittel legte sie dem Gesuch eine Identitätskarte ihres Ehemannes in Kopie bei. Dokumente, welche die Eheschliessung belegen könnten, seien nicht auffindbar (Akten SEM, Z1/6).

3.3

3.3.1 Die Vorinstanz stellt den Sachverhalt gestützt auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin fest. Anlässlich der Anhörung gab diese unter anderem folgende Aussagen zu Protokoll: Beide – sie und ihr Ehemann – seien (...). Das von ihnen erzielte Einkommen habe zum Leben nicht gereicht. Deshalb hätten sie vereinbart, dass der Ehemann sich zunächst im Sudan um Arbeitsmöglichkeiten bemühe und die Beschwerdeführerin ihm später folgen werde. Entgegen den gehegten Absichten sei es nicht zur Wiedervereinigung gekommen, weil der Sudan sich zu jener Zeit in zwei Staaten getrennt habe (Akten SEM, B19/16 S. 5 und S. 13). Gestützt auf diese Aussagen stellt die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht fest, die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann hätten sich freiwillig in Eritrea getrennt, in der Absicht, sich im Sudan wieder zu treffen. Nach der Flucht der Beschwerdeführerin aus Eritrea sei sie zwar in den Sudan gereist, hätte aber ihren Ehemann nicht getroffen, da die Umstände im Sudan dies nicht zugelassen hätten (angefochtene Verfügung, S. 2).

3.3.2 Die Vorinstanz erwägt in rechtlicher Hinsicht, eine Familienzusammenführung sei nur möglich, wenn die Flüchtlingseigenschaft der hier lebenden Person anerkannt sei, die Familiengemeinschaft vor der Trennung bestanden habe, die Familie durch die Flucht getrennt worden sei und die feste Absicht bestehe, den getrennten Familienverband wieder aufzubauen, und der Wiederaufbau nur in der Schweiz möglich sei. Vorliegend sei die Flucht aus Eritrea aber nicht der Grund dafür, dass die Beschwerdeführerin von ihrem Ehemann getrennt lebe. Die Voraussetzungen einer Familienzusammenführung seien somit nicht erfüllt (angefochtene Verfügung, S. 2).

3.4 Die Beschwerdeführerin wendet gegen die vorinstanzliche Begründung ein, die Ehegemeinschaft sei durch die (frühere) Flucht des Ehemannes getrennt worden. Die Vorinstanz anerkenne, dass die eritreischen Behörden sie wegen der Flucht als Deserteurin ansehe und dass sie bei einer Rückkehr nach Eritrea bestraft würde. Gleiches müsse für ihren Ehemann gelten. Durch das Verlassen des Arbeitsplatzes und seiner Heimat habe er sich der Pflicht entzogen, für den eritreischen Staat zu arbeiten; damit werde er als Deserteur angesehen. Der Ehemann habe die Heimat nicht freiwillig verlassen.

3.5 Unter den Parteien ist die grundsätzliche Tragweite des Familienasyls umstritten. Da die Streitfrage den Kern der gesetzlichen Konzeption be-

trifft, ist sie nachfolgend grundlegend unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien und ergangener Gesetzesrevisionen zu klären.

4.

4.1 Das Familienasyl ist ein Rechtsinstitut, das die Familienvereinigung anerkannter Flüchtlingen mit Familienangehörigen in der Schweiz regelt. Die Regelung bestimmt zunächst das Anspruchsrecht. Art. 51 Abs. 1 AsylG Ingress umschreibt den begünstigten Personenkreis ("Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährige Kinder").

4.1.1 Als Anspruchsberechtigte gelten folgende Personen: Anerkannter Flüchtling mit Asylstatus ("Flüchtling"), Ehegatte des Flüchtlings ("Ehegatten"), Flüchtling und Ehegatte in der Eigenschaft als Eltern von minderjährigen Kinder sowie – umgekehrt – minderjährige Kinder des Flüchtlings und seines Ehegatten ("ihre minderjährigen Kinder"). Der Begriff des Ehegatten richtet sich nach dem IPRG (SR 291). Erforderlich ist, dass eine gültige Ehe nach schweizerischem Recht oder nach dem Recht des Staates, in dem die Eheschliessung erfolgte, besteht (Art. 45 IPRG; Botschaft des Bundesrates vom 4. Dezember 1995 zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, BBI 1996 II 69). Unter den Begriff der minderjährigen Kinder fallen nicht nur gemeinsame minderjährige Kinder eines Ehepaars, sondern auch Kinder jedes einzelnen Ehegatten wie etwa Stiefkinder oder Adoptivkinder (Botschaft, a.a.O., BBI 1996 II 69). Minderjährig ist, wer das 18. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat (Art. 14 ZGB). Die Minderjährigkeit beurteilt sich ausschliesslich nach schweizerischem Recht (Art. 1a Bst. d der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 [AsylV 1, SR 142.311]; Botschaft, a.a.O., BBI 1996 II 69).

4.1.2 Die Anspruchsberechtigung für Ehegatten gilt für die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare sinngemäss (Art. 79a AsylG). Die in dauernder eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebenden Personen werden den Ehegatten gleichgestellt (Art. 1a Bst. AsylV 1), sofern die Beziehung den Anforderungen an eine nahe, echte und tatsächlich gelebte Familiengemeinschaft im Sinne von Art. 8 EMRK (BVGE 2008/47) genügt (Botschaft, a.a.O., BBI 1996 II 69). Andere nahe Angehörige gehören nicht mehr zum anspruchsberechtigten Personenkreis. Die Bestimmung unter altem Recht (Art. 51 Abs. 2 aAsylG) wurde im Rahmen der letzten Revision des Asylgesetzes ersatzlos gestrichen (aufgehoben durch Ziff. 1

des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 2012, mit Wirkung seit 1. Februar 2014; AS 2013 4381).

4.1.3 Das Anspruchsrecht wird am Bestand der "Familiengemeinschaft" angeknüpft, mithin an einem Rechtsverhältnis, aus dem familienrechtliche Rechte und Pflichten fliessen (unter schweizerischem Recht: Art. 159 ff., 270 ff., 328 ZGB sowie Art. 12 ff. des Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare [Partnerschaftsgesetz, PartG; SR 211.231]). Eine im Ausland begründete Familiengemeinschaft muss in der Schweiz nach dem IPRG und den dort vorbehaltenen Staatsverträgen (Art. 1 Abs. 2 IPRG) anerkennungsfähig sein. Die Anerkennung beurteilt sich nach den einschlägigen IPRG-Bestimmungen (Art. 45: Anerkennung der Eheschliessung; Art. 65d: Anerkennung der eingetragenen Partnerschaft; Art. 70, 73, 78: Anerkennung des Kindesverhältnisses durch ausländischen Entscheid sowie Art. 25 ff. für die allgemeinen Anerkennungsvoraussetzungen). Die Asylbehörden haben über die Voraussetzungen zur Anerkennung der Familiengemeinschaft vorfrageweise – ohne selbständiges Anerkennungsverfahren (Art. 29 Abs. 3 IPRG; DÄPPEN/MABILLARD, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 2013, Art. 29 N 14 ff.; PAUL VOLKEN, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. ergänzte und verbesserte Aufl. 2004, Art. 29 N 18 ff.) – zu befinden. Für die Anerkennung ausländischer Entscheidungen (Eheschliessung, Eintragung der Partnerschaft, Begründung des Kindeverhältnisses durch Entscheid) sind die Anerkennungsbehörden auf die erforderlichen Nachweise im Original angewiesen (Art. 29 Abs. 1 IPRG; DÄPPEN/MABILLARD, a.a.O., Art. 29 N 16). Nach schweizerischer Rechtsauffassung sind Gerichte und Behörden befugt, Vorfragen aus einem anderen Zuständigkeitsbereich zu beurteilen, solange darüber die hierfür zuständigen Behörden und Gerichte im konkreten Fall noch keinen rechtskräftigen Entscheid getroffen haben (BGE 137 III 8 E. 3.3.1 S. 13 mit Hinweisen).

4.1.4 Der Ansprecher hat die Familiengemeinschaft sowie die Zugehörigkeit des Angehörigen für die ersuchte Familienvereinigung nachzuweisen oder glaubhaft zu machen (vgl. E. 4.3.5 nachstehend). Ein Anspruchsrecht wird im jeweiligen Familienverhältnis (Flüchtling/Ehegatte bzw. Partner; Eltern/Kinder) beidseitig vermittelt. Ungeachtet der Verfahrensstellung steht das Anspruchsrecht gegenüber den Asylbehörden daher beiden Personen zu. Allerdings hängt die Ausübung davon ab, in welcher Konstellation das Anspruchsrecht geltend gemacht wird.

4.2 Das Familienasyl kennt zwei Anspruchskonstellationen, die unterschiedlich geregelt sind. Die gesetzliche Regelung unterscheidet danach, ob sich beide anspruchsberechtigten Personen in der Schweiz aufhalten (Art. 51 Abs. 1–3 AsylG) oder ob nur eine Person hier weilt, während die andere seinen Aufenthalt im Ausland hat (Art. 51 Abs. 4 AsylG).

4.2.1 Bei der ersten Konstellation geht es um den Anspruch auf Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft für den Fall, dass sich beide anspruchsberechtigte Personen in der Schweiz aufhalten. Ehegatten sowie minderjährige Kinder werden in die Flüchtlingseigenschaft eines anerkannten Flüchtlings mit Asylstatus einbezogen, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen (Art. 51 Abs. 1 AsylG). Umstände besonderer Art, die gegen den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft sprechen, liegen namentlich vor, wenn die Familiengemeinschaft nicht gelebt wird, ein Elternteil sich nicht ernstlich um das Kind kümmert oder eine Einbeziehung in die Flüchtlingseigenschaft dem Kindeswohl abträglich wäre (BVGE 2012/32 E. 5. mit Verweisen). Da das Erfordernis der vorbestandene Familiengemeinschaft für Kinder von anerkannten Flüchtlingen, die in der Schweiz geboren werden, nicht gilt (Botschaft, a.a.O., BBI 1996 II 70), liegt die gleiche Konstellation vor. Solche Kinder werden ebenfalls als Flüchtlinge anerkannt – recte: in die Flüchtlingseigenschaft einbezogen –, sofern keine besonderen Umstände dagegen sprechen (Art. 51 Abs. 3 AsylG; Urteil des BVGer E-1549/2008 vom 28. März 2008, Entscheide und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2002/20 E. 4b).

4.2.2 Bei der zweiten Konstellation ist der Anspruch auf Einreise zwecks Familienvereinigung zu prüfen. Die Frage ist vorgelagert und betrifft den Fall, dass sich eine der beiden anspruchsberechtigten Personen im Ausland befindet. Wurden die anspruchsberechtigten Personen durch die Flucht getrennt und befinden sie sich im Ausland, so ist ihre Einreise auf Gesuch hin zu bewilligen (Art. 51 Abs. 4 AsylG). Anspruchsberechtigt in der Sache sind zwar auch bei dieser Konstellation sowohl der nachziehende Teil als auch der Teil, der nachgezogen werden soll. Das Gesuch um Familienzusammenführung kann indessen nur in der Schweiz eingereicht werden, weil es um den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft eines anerkannten Flüchtlings mit Asyl geht und das Asylgesuch aus dem Ausland abgeschafft wurde (Bundesgesetz vom 28. September 2012 [AS 2012 5359]; Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010 [BBI 2010 4467]).

4.3 Das Familienasyl nach Art. 51 Abs. 4 AsylG verschafft unter den gesetzlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf Einreise und Einbeziehung in die Flüchtlingseigenschaft. Die Anspruchsvoraussetzungen haben Rechtsprechung und Lehre näher konkretisiert (BVGE 2012/32 E. 5; WALTER STÖCKLI, Asyl, in: Ausländerrecht, 2. Aufl. 2009, Rz. 11.153). Die Einreisebewilligung ist unter folgenden fünf Voraussetzungen zu erteilen:

4.3.1 Flüchtlingseigenschaft mit Asyl: Der Anspruchsberechtigte, der eine andere Person nachziehen will, muss nach schweizerischem Recht als Flüchtling anerkannt worden sein (EMARK 1994/7 E. 2). Dem anerkannten Flüchtling muss ausserdem Asyl in der Schweiz gewährt worden sein. Wenn die Person die Flüchtlingseigenschaft zwar erfüllt, ihr aber wegen eines Asylausschlussgrundes kein Asyl gewährt wurde, fehlt es am erforderlichen Flüchtlingsstatus mit Asyl. Die Familienzusammenführung richtet sich in einem solchen Fall nicht nach der asylrechtlichen Bestimmung, weil andere Bestimmungen die Familienzusammenführung von Flüchtlingen ohne Asyl regelt (nachfolgend E. 5).

4.3.2 Familienbestand vor Trennung: Als „*conditio sine qua non*“ der Konzeption des Familienasyls gilt die Voraussetzung, dass zum Zeitpunkt der Flucht eine Familiengemeinschaft bestanden haben muss (Urteil des BVGer D-6842/2011 vom 22. Mai 2012 E. 4.1; Botschaft, a.a.O., BBl 1996 II 68). Die Ehegemeinschaft, die Eltern/Kind-Gemeinschaft (mit Ausnahme der in der Schweiz geborenen Kindern; Art. 51 Abs. 3 AsylG), die Gemeinschaft eingetragener Partner gleichen Geschlechts oder die eheähnlichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 8 EMRK (E. 4.1.2) muss bereits vor der Trennung durch die Flucht bestanden haben. Entsprechend ist die Voraussetzung einer vorbestandenen Familiengemeinschaft nicht erfüllt, wenn der Bestand der Gemeinschaft erst nach der Trennung eingegangen wird. Die Voraussetzung fehlt aber auch dann, wenn die Gemeinschaft zwar schon vor der Trennung bestand, sie aber tatsächlich nicht (mehr) gelebt wurde. Verlangt wird vielmehr, dass die Familienbeziehung vor der Trennung bereits bestand und tatsächlich gelebt wurde.

4.3.3 Familientrennung durch Flucht: Die Familiengemeinschaft muss nach dem Wortlaut der Bestimmung – in allen drei Amtssprachen – durch die Flucht getrennt worden sein (französisch: „*séparés par la fuite*“; italienisch: „*separati in seguito alla fuga*“). Die Trennung der Gemeinschaft muss dabei allein aufgrund der Fluchtumstände und somit unfreiwillig erfolgt sein (BVGE 2012/32 E. 5.4.2 mit Verweisen). Die Voraussetzung, dass es zur Trennung durch Flucht gekommen ist, grenzt das Familien-

asyl von der Familienzusammenführung nach dem Ausländerrecht ab (WALTER STÖCKLI, a.a.O., Rz. 11.153).

4.3.4 Familienvereinigung in der Schweiz: Die Anspruchsberechtigten müssen beabsichtigen, die durch Flucht getrennte Familiengemeinschaft wieder aufzunehmen und in der Schweiz für einander zu sorgen. Auf beiden Seiten – anerkannter Flüchtling und Familienangehöriger – muss ein Vereinigungswille vorhanden sein. Das vorinstanzlich verlangte Erfordernis, die Einreise zwecks Familienzusammenführung sei nur dann zu bewilligen, wenn der Familienverband einzig in der Schweiz wieder aufgebaut werden könne, findet sich nicht im Gesetz. Die Formulierung ist den Ausführungen des Bundesrates zur Zusammenführungen von nahen Angehörigen nach Art. 51 Abs. 2 aAsylG entnommen (Botschaft, a.a.O., BBl 1996 II 70: "keine zumutbare Alternative als die Aufnahme in der Schweiz"; vgl. dazu EMARK 1994/8). Die Einreisbewilligung unter geltendem Recht nach Art. 51 Abs. 4 AsylG untersteht dieser Einschränkung nicht.

4.3.5 Glaubhaftmachen der gesetzlichen Voraussetzungen: Wer um die Erteilung einer Einreisebewilligung zwecks Familienasyl ersucht, trägt die Beweislast (Art. 7 AsylG) und die Mitwirkungslast durch substantiiertes Behaupten im Verfahren (Art. 8 AsylG). Das entspricht einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der im Verwaltungsrecht analog zur Anwendung kommt (Art. 8 ZGB). Ein Ansprecher, der über die Flüchtlingseigenschaft mit Asylstatus verfügt, hat zusammenfassend die Zugehörigkeit des nachzuziehenden Angehörigen zur Familiengemeinschaft, die im Zeitpunkt der Flucht vorbestandene Familiengemeinschaft, die Familientrennung durch die Flucht sowie die fest beabsichtigte Familienvereinigung beider Anspruchsberechtigten nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen (Botschaft, a.a.O., BBl 1996 II 70).

Sind die Voraussetzungen im Verfahren vor den schweizerischen Asylbehörden dargetan, besteht ein asylrechtlicher Anspruch auf Familienvereinigung. Die Einreise ist zu bewilligen und der Familienangehörige in die Flüchtlingseigenschaft des anerkannten Flüchtlings in der Schweiz einzu beziehen. Die Einreise zwecks Familienzusammenführung (Art. 51 Abs. 4 AsylG) und die Einbeziehung in die Flüchtlingseigenschaft (Art. 51 Abs. 1 AsylG) teilen sich einen gemeinsamen Normzweck.

4.4 Das Familienasyl bezweckt, die Familieneinheit anerkannter Flüchtlingen in der Schweiz zu wahren. Ausserdem soll der Aufenthaltsstatus

ausländischer Personen, die sich berechtigterweise in der Schweiz aufhalten und durch eine bestehende Familiengemeinschaft verbunden sind, nach Möglichkeit einheitlich geregelt werden. Die Bestimmung zum Familienasyl finden sich unter dem 3. Kapitel mit der Überschrift: "Asylgewährung und Rechtsstellung der Flüchtlinge". Die Systematik stellt klar, dass es beim Familienasyl letztlich um den Status anerkannter Flüchtlingen und ihrer Familienangehörigen geht (zum Begriff Status und Statusrecht: EVA SCHULEV-STEINDL, *Subjektive Rechte*, 2008, S. 125 ff. und passim).

4.5 Das Rechtsinstitut des Familienasyls macht die Einreisebewilligung zwecks Zusammenführung von Familienangehörigen seit jeher davon abhängig, dass die Familiengemeinschaft durch die Flucht getrennt wurde (EMARK 2000/11). An diesem Tatbestandselement hat der Gesetzgeber schon vor der letzten Revision des Asylgesetzes ausdrücklich festgehalten, wie ein Urteil der Schweizerischen Asylrekurskommission entstellungsgeschichtlich aufzeigt (EMARK 2006/7 E. 6.1). Das Bundesverwaltungsgericht und seine Vorgängerorganisation entwickelten die Grundsätze zum Familienasyl zu einer Zeit, als die Familienzusammenführung teilweise noch auf Verordnungsstufe geregelt war (Art. 38 aAsylV1 in der Fassung vom 1. April 2006). Mit dem Erlass des Ausländergesetzes (AuG; SR 142.20) wurden dem Familienasyl jedoch ausländerrechtliche Bestimmungen zur Seite gestellt. Das Familienasyl ist daher in den Zusammenhang der Gesamtordnung zu stellen, um zu ermitteln, welche Tragweite der asylrechtlichen Familienzusammenführung im Sinne von Art. 51 Abs. 4 AsylG heute zukommt.

5.

5.1 Der Grundsatz der Einheit der Familie hat Grundrechtscharakter. Die Familieneinheit wird sowohl verfassungsrechtlich (Art. 14 BV) als auch konventionsrechtlich durch das Recht auf Achtung der Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) geschützt. Auf den Schutz von Art. 8 EMRK kann sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung berufen, wer ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz hat. Praxisgemäss ist das der Fall, wenn die sich hier aufhaltende Person über eine Niederlassungsbewilligung, eine Aufenthaltsbewilligung oder einen Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung einer solchen Bewilligung verfügt. Unter Schutz steht die Familieneinheit. Art. 8 EMRK verschafft weder einen Anspruch auf Einreise oder Aufenthaltsbewilligung noch einen Anspruch auf Aufenthalt an einem für die Ehegatten günstigen Ort (BGE 137 I 247 E. 4.1.1, BGE 126 II 335 E. 3a). Die Konvention hindert die Konventionsstaaten auch nicht da-

ran, die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet binnenstaatlich zu regeln (BGE 139 I 330 E. 2.1). Die schweizerische Rechtsordnung kennt eine differenzierte Regelung und unterscheidet grundlegend zwischen asylrechtlicher und ausländerrechtlicher Familienzusammenführung, was sich in verschiedenen Voraussetzungen, Verfahren und Zuständigkeiten niederschlägt.

5.2

5.2.1 Der Familiennachzug im asylrechtlichen Sinn hat seine Grundlage ausschliesslich in Art. 51 Abs. 4 AsylG. Alle Voraussetzungen werden letztlich an den Status des asylrechtlich anerkannten Flüchtlings in seiner Beziehung zum Familienangehörigen, der nachgezogen werden soll, gebunden; weitere Einschränkungen sieht das Gesetz für die Familienzusammenführung nicht vor (E. 4.3). Das Verfahren betreffend Familienasyl richtet sich nach dem Asylgesetz. Das Gesuch mit dem Begehren, die Einreise zwecks Einbeziehung in die Flüchtlingseigenschaft zu bewilligen, ist beim SEM einzureichen. Für die Prüfung und den Entscheid sind allein die Bundesbehörden zuständig.

5.2.2 Der Familiennachzug im ausländerrechtlichen Sinn ist allgemein im 7. Kapitel des AuG geregelt. Der Kreis der Anspruchsberechtigten ist – soweit hier von Interesse – weitgehend deckungsgleich. Namentlich fallen darunter auch Ausländer, denen Asyl gewährt wurde und die in der Folge eine Aufenthaltsbewilligung erhalten haben. Hingegen gelten besondere Voraussetzungen für den Familiennachzug, die an die Sozialverhältnisse der Ansprecher anknüpfen. So kann ausländischen Ehegatten von Personen mit Aufenthaltsbewilligung nach Art. 44 AuG eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn sie mit dieser zusammenwohnt (Bst. a), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (Bst. b) und sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind (Bst. c). Das Verfahren betreffend Familiennachzug des Ausländerrechts richtet sich vorbehältlich bundesrechtlicher Bestimmungen nach dem kantonalen Verfahrensrechtspflegegesetz. Für die Prüfung und den Entscheid über das Gesuch um Familiennachzug von Ausländern sind die kantonalen Behörden zuständig.

5.2.3 Der Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Personen wird im Ausländerrecht separat geregelt. Personen werden nach einem negativen Asylentscheid vorläufig aufgenommen, wenn der Vollzug der Wegweisung unzulässig, unzumutbar oder unmöglich ist (Art. 83 Abs. 1 bis 5^{bis} AuG). Der Personenkreis umfasst alle vorläufig aufgenommene Aus-

länder in der Schweiz, die einen Familienangehörigen nachziehen wollen. Einmal handelt es sich um Ausländer, welche die Flüchtlingseigenschaft weder im Sinne des Asylrechts (Art. 3 AslyG) noch der Flüchtlingskonvention (Art. 1 FK) erfüllen. Dazu gehören aber auch Flüchtlinge, denen das Asyl aufgrund eines Ausschlussgrundes verweigert wurde, sei es, weil sie die Flüchtlingseigenschaft erst infolge subjektiver Nachfluchtgründe erfüllten (Art. 53 AslyG), sei es wegen Asylunwürdigkeit (Art. 54 AslyG).

Die Voraussetzungen des Familiennachzuges solcher Personen werden – ausserhalb des allgemeinen ausländerrechtlichen Familiennachzuges (7. Kapitel) – im Rahmen der Ausgestaltung der vorläufigen Aufnahme in Art. 85 Abs. 7 AuG geregelt (11. Kapitel). Wie für die Ausländer im Allgemeinen wird der Familiennachzug zunächst von den Sozialverhältnissen abhängig gemacht. Nach Art. 85 Abs. 7 AuG können Ehegatten und Kinder unter 18 Jahren nachgezogen werden können, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Bst. a), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (Bst. b) und die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist (Bst. c). Zusätzlich zu den Voraussetzungen, die an die sozialen Verhältnisse anknüpfen, statuiert das Gesetz für vorläufig aufgenommene Personen und vorläufig aufgenommene Flüchtlinge eine Karenzfrist. Der Familiennachzug ist frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme möglich (Art. 85 Abs. 7 Ingress AuG).

Die Verfahren- und Zuständigkeitsordnung nehmen Rücksicht auf beide Komponenten des Familiennachzuges von vorläufig aufgenommene Personen (ausländerrechtliche und asylrechtliche Komponente). Das Verfahren betreffend Einbezug von Familienangehörigen richtet sich nach dem kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetz. Das Gesuch ist in Konkretisierung von Art. 85 Abs. 7 AuG bei der kantonalen Behörden einzureichen (Art. 74 Abs.1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR, 142.201]). Die Ausländerbehörde des Kantons hat abzuklären, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für den Familiennachzug gegeben sind, und daraufhin das Gesuch mit einer Stellungnahme an das SEM weiterzuleiten (Art. 74 Abs. 2 VZAE). Wohl liegt das Entscheidungsrecht letztlich beim SEM und es ist davon auszugehen, dass die Bundesbehörden an den Antrag der kantonalen Behörden nicht gebunden sind (PETER BOLZLI, Migrationsrecht [Kommentar], Spescha/Thür/Zünd/Bolzli [Hrsg.], 3. Aufl. 2012, Art. 85 AuG, Rz. 16). Das SEM darf ohne einen entsprechenden Antrag der kantonalen Behörden aber nicht entscheiden. Die Zuständigkeit für die Abklärung der ge-

setzlichen Voraussetzungen, die an die Sozialverhältnisse anknüpfen, liegt nämlich beim Kanton, weshalb der Bund dafür nicht zuständig ist.

5.3 Die Familienzusammenführung im schweizerischen Recht wird, zusammenfassend, differenziert umgesetzt. Der Grundsatz der Einheit der Familie ist nach Massgabe des Gesetzesrechtes gewahrt und es wird ihm durch verschiedene Regelungen Rechnung getragen. Ausgangspunkt ist jeweils der Aufenthaltsstatus der Person, die sich in der Schweiz aufhält und einen Familienangehörigen nachziehen will. Der Familiennachzug wird durch die einschlägigen Ordnungen aber sowohl in Bezug auf die Voraussetzungen (Status, Sozialverhältnisse, Karenzfrist) als auch in Bezug auf die zuständigen Behörden und deren Beurteilungskompetenzen anders ausgestaltet. Die Sicht auf die Gesamtordnung bestätigt damit, dass das Tatbestandsmerkmal "durch die Flucht getrennt" entscheidend ist für die Gewährung von Familienasyl nach Art. 51 Abs. 4 AsylG. Einerseits wird das Rechtsinstitut über dieses Kriterium vom ausländerrechtlichen Familiennachzug abgegrenzt. Andererseits wird es zum eigentlichen Kompetenzkriterium, weil den Bundesbehörden kein weitergehendes Entscheidungsrecht zukommt, wenn das Element fehlt. Das ist durchaus sachgerecht, sind doch die kantonalen Ausländerbehörden vor Ort besser in der Lage, die sozialen Verhältnisse abzuklären, und soll der ausländerrechtliche Familiennachzug nicht unterlaufen werden durch das Rechtsinstitut des Familienasyls.

6.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen, die ein Gesuch um Einreise und Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft gestützt auf Art. 51 Abs. 4 AsylG ablehnen, nach den vorstehend genannten Grundsätzen.

Die Vorinstanz stellt im hier zu beurteilenden Fall fest, dass der Ehemann aufgrund der Vereinbarung mit der Beschwerdeführerin den Heimatstaat Eritrea verliess, um sich im Sudan um Arbeit zu bemühen. Die Trennung erfolgte demnach bewusst, freiwillig und aus wirtschaftlichen Gründen. Die vorinstanzlichen Feststellungen beruhen auf den eigenen Aussagen der Beschwerdeführerin und werden in der Beschwerde zu Recht nicht beanstandet (E. 3.3).

Die Beschwerdeführerin dringt mit dem Argument, das Vorausschicken des Ehemannes sei als Flucht zu interpretieren, nicht durch. Selbst wenn man die Ausreise des Ehemannes vor dem Länderhintergrund Eritreas

als Flucht und damit als illegale Ausreise interpretieren wollte (Urteil des BVGer E-2038/2014 vom 1. Mai 2014 mit Verweis auf das Urteil des BVGer D-3892/2008 vom 6. April 2010), so wären jedenfalls die Ehegatten nicht durch die Flucht getrennt worden. Die Trennung ist vielmehr auf die Vereinbarung der Ehegatten zurückzuführen, die Heimat bewusst und freiwillig zu verlassen, um im Ausland Arbeit zu suchen. Weder geschah die Trennung auf dem Fluchtweg noch erfolgte sie aus einem Grund nach Art. 3 AsylG, sondern sie war ausschliesslich durch wirtschaftliche Gründe motiviert. Der gesetzlichen Ordnung Nachachtung verschaffend, kann eine solche Trennung den Tatbestand von Art. 51 Abs. 4 AsylG nicht erfüllen. Über eine Familienzusammenführung haben deshalb die Behörden des zuständigen Kantons zu entscheiden. Der Beschwerdeführerin steht es entsprechend frei, bei der zuständigen Behörde ein Gesuch um eine ausländerrechtliche Familienzusammenführung einzureichen. Den Bundesbehörden steht darüber kein Entscheidungsrecht zu.

Das Gericht kommt deshalb mit der Vorinstanz zum Schluss, dass die Voraussetzungen der asylrechtlichen Familienzusammenführung vorliegend nicht erfüllt sind. Die Frage, ob der Nachweis einer anerkennungsfähigen Eheschliessung erbracht ist, kann offen bleiben. Sie beansprucht im hier zu beurteilenden Fall keine Rechtserheblichkeit, weil der Anspruch zumindest am Tatbestandselement der Flucht gebricht. Soweit rechtserheblich stellt die Vorinstanz den Sachverhalt demnach rechtsfehlerfrei fest und verletzt kein Bundesrecht, wenn sie die Erteilung einer Einreisebewilligung verweigert und das Gesuch um Einbeziehung in die Flüchtlingseigenschaft ablehnt.

7.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die angefochtenen Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

8.

8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Verbeiständung. Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG befreit die Beschwerdeinstanz eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint. Aufgrund der Akten ist von der Mittellosigkeit der nicht

erwerbstätigen Beschwerdeführerin auszugehen. Sodann können ihre Begehren aufgrund der vorstehenden Erwägungen nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist daher gutzuheissen. Der Beschwerdeführerin sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

8.2 Die Beschwerdeführerin beantragt weiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung. Gemäss Art. 65 Abs. 2 VwVG kann einer bedürftigen Partei in einem nicht aussichtslosen Verfahren ein Anwalt beigegeben werden, wenn sie nicht imstand ist, ihr Sache selber zu vertreten. Ungeachtet einer allfälligen Bedürftigkeit ist für die Gewährung der unentgeltlichen Verteidigung ausschlaggebend, ob die gesuchstellende Partei in der Lage ist, ihre Sache im Verfahren selber wirksam zu vertreten, oder ob sie dazu notwendigerweise professioneller Hilfe bedarf (BGE 122 I 49 E. 2c). Verfahren wie das vorliegende sind vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, weshalb strenge Massstäbe gelten für die Gewährung der unentgeltlichen Verteidigung. Im Regelfall sind besondere Rechtskenntnisse zur wirksamen Beschwerdeerhebung nicht erforderlich. Die unentgeltliche Verteidigung ist nur in besonderen Fällen mit erhöhter Schwierigkeiten in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht zu gewähren. Das vorliegende Verfahren erfüllt diese Kriterien nicht. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Verteidigung ist deshalb abzuweisen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung wird abgewiesen.

4.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer und das SEM.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Barbara Balmelli