

19

Auszug aus dem Urteil der Abteilung V i. S.
X. und Y., Volksrepublik China, gegen Bundesamt für Migration (BFM)
E-2079/2007 vom 6. Juli 2007

Gesuch um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme als Flüchtling beziehungsweise Asylgesuch aus dem Ausland. Auslegung des Gesuchs nach Treu und Glauben. Vorrang der Prüfung der originären Flüchtlingseigenschaft, bevor allfällige derivative Ansprüche auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft geprüft werden.

Art. 20 Abs. 2 und 3 und Art. 52 Abs. 2 AsylG. Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG. Art. 37 AsylV 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 3 VVWA.

1. Ein Familiennachzugsgesuch eines vorläufig aufgenommenen Flüchtlings, mit dem unter anderem eine persönliche Gefährdung der sich im Ausland befindenden, nachziehenden Familienangehörigen geltend gemacht wird, ist nach Treu und Glauben gegebenenfalls auch als Asylgesuch aus dem Ausland im Sinne von Art. 20 Abs. 2 und 3 AsylG zu verstehen.
2. Die Prüfung, ob ein Gesuchsteller die Flüchtlingseigenschaft originär, aufgrund einer eigenen persönlichen Gefährdung, erfüllt, geht der Prüfung eines allfälligen derivativen Anspruchs auf Anerkennung als Flüchtling vor. Ein derivativer Einbezug von Familienangehörigen und eingetragenen Partnern in die vorläufige Aufnahme von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen erfolgt erst, wenn zuvor festgestellt wurde, dass die einzubeziehende Person die Flüchtlingseigenschaft nicht selbstständig nach Art. 3 AsylG erfüllt.

Demande de regroupement familial et inclusion dans l'admission provisoire accordée à un réfugié, respectivement demande d'asile présentée à l'étranger. Interprétation de la demande selon les règles de la bonne foi. Priorité de l'examen de la qualité de réfugié originaire, avant que d'éventuelles prétentions à la reconnaissance de la qualité de réfugié dérivée ne soient examinés.

Art. 20 al. 2 et 3 et art. 52 al. 2 LAsi. Art. 14c al. 3^{bis} LSEE. Art. 37 OA 1 en relation avec l'art. 24 al. 3 OERE.

1. Une demande de regroupement familial émanant d'un réfugié admis à titre provisoire, qui fait notamment valoir une exposition personnelle des membres de sa famille (se trouvant à l'étranger) à une persécution doit être interprétée suivant les règles de la bonne foi comme formant aussi, le cas échéant, une demande d'asile présentée à l'étranger au sens de l'art. 20 al. 2 et 3 LAsi.
2. La question de savoir si un requérant a la qualité de réfugié originaire, en raison d'une persécution dirigée contre lui personnellement, l'emporte sur l'examen d'une éventuelle prétention à la reconnaissance de sa qualité de réfugié dérivée. L'inclusion dérivée de membres de la famille et de partenaires enregistrés dans l'admission provisoire de réfugiés admis provisoirement intervient seulement lorsqu'il a été établi auparavant que la personne à inclure n'avait pas elle-même la qualité de réfugié originaire, conformément aux conditions de l'art. 3 Lasi.

Domanda di ricongiungimento familiare e d'inclusione nell'ammissione provvisoria accordata a un rifugiato rispettivamente domanda d'asilo presentata all'estero. Interpretazione della domanda secondo il principio della buona fede. Priorità dell'esame della qualità di rifugiato a titolo originario rispetto a quello riguardante eventuali pretese al riconoscimento della qualità di rifugiato a titolo derivato.

Art. 20 cpv. 2 e 3 e art. 52 cpv. 2 LAsi. Art. 14c cpv. 3^{bis} LDDS. Art. 37 OAsi 1 in relazione all'art. 24 cpv. 3 OEAE.

1. Una domanda di ricongiungimento familiare da parte di un rifugiato ammesso provvisoriamente, nella quale è fatta valere un'esposizione a una persecuzione personale dei membri della famiglia che si trovano all'estero, deve essere intesa, se del caso e in applicazione del principio della buona fede, anche come domanda d'asilo presentata all'estero ai sensi dell'art. 20 cpv. 2 e 3 LAsi.
2. La questione di sapere se un richiedente l'asilo adempie i presupposti per l'ottenimento della qualità di rifugiato a titolo originario, in quanto esposto personalmente a persecuzioni, va esaminata prioritariamente rispetto a quella di un'eventuale pretesa al riconoscimento della qualità di rifugiato a titolo derivato. L'inclusione a titolo derivato dei membri della famiglia, compresi i partner registrati, nell'ammissione provvisoria di un

rifugiato ammesso provvisoriamente può intervenire soltanto se è stato stabilito che il membro della famiglia che si trova all'estero non può ottenere la qualità di rifugiato a titolo originario giusta l'art. 3 LAsi.

Mit einer als « Asylgesuch/Gesuch um Familienvereinigung von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen gemäss Art. 20 AsylG und Art. 51 Abs. 1 und 4 AsylG, Art. 10 und Art. 39 AsylV 1 » bezeichneten Eingabe vom 20. Oktober 2006 beantragte X. (hiernach: die Beschwerdeführerin) beim Bundesamt für Migration (BFM), ihrem Kind Y. (hiernach: der Beschwerdeführer) sei zwecks Feststellung der Flüchtlingseigenschaft die Einreise in die Schweiz zu bewilligen; es sei dessen Flüchtlingseigenschaft festzustellen und ihm Asyl, eventualiter eine vorläufige Aufnahme als Flüchtling zu gewähren. Zur Begründung des Gesuchs wurde im Wesentlichen Folgendes vorgebracht: Das Kind der Beschwerdeführerin – inzwischen zwölfjährig – sei aus China ausgereist und halte sich seit etwa einem Monat illegal bei einer Betreuungsperson in Nepal auf, wobei es ihm dort psychisch sehr schlecht gehe. Ihm drohe eine Rückschiebung nach China, und es sei damit gemäss Praxis der Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) selbst in flüchtlingsrechtlich relevanter Weise gefährdet. Falls es nicht bereits aufgrund der eigenen Gefährdung (« des eigenen Asylgesuchs ») als Flüchtling anerkannt werde, sei es aufgrund der Flüchtlingseigenschaft der Beschwerdeführerin als Flüchtling anzuerkennen und in deren vorläufige Aufnahme einzubeziehen, wobei ihm im Hinblick auf die Anerkennung als Flüchtling die Einreise in die Schweiz zu bewilligen sei.

Mit Verfügung vom 15. Februar 2007 verweigerte das BFM dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 14c Abs. 3^{bis} des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20, eingefügt durch Anhang Ziff. 1 der Asylgesetzänderung vom 16. Dezember 2005 [AS 2006 4745], in Kraft seit 1. Januar 2007 [AS 2006 4767]) die Einreise in die Schweiz sowie den Einbezug in die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin. Begründet wurde dieser Entscheid im Wesentlichen mit dem Hinweis darauf, dass gemäss der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen und gemäss Übergangsrecht auch auf hängige « Gesuche um Familiennachzug » anwendbaren Bestimmung von Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG in formeller Hinsicht erforderlich sei, dass seit der Anordnung der vorläufigen Aufnahme drei Jahre vergangen seien, was bei der Beschwerdeführerin nicht der Fall sei.

Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 19. März 2007 fochten die Beschwerdeführer die Verfügung des BFM vom 15. Februar 2007 beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) an. Die Beschwerdeführer beantragen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung; dem Beschwerdeführer sei die Einreise in die Schweiz zwecks Familiennachzugs und Feststellung der Flüchtlingseigenschaft zu bewilligen, beziehungsweise dieser sei im Rahmen des Familiennachzugs in die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin einzubeziehen.

Am 5. April 2007 richtete die Beschwerdeführerin eine weitere, als « Asylgesuch gemäss Art. 19 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 AsylG und Art. 10 AsylV 1 für das Kind Y. » bezeichnete Eingabe an das BFM, mit welcher erneut beantragt wurde, es sei die Flüchtlingseigenschaft des Beschwerdeführers festzustellen und ihm Asyl, eventualiter die vorläufige Aufnahme in der Schweiz zu gewähren.

Mit Zwischenverfügung vom 17. April 2007 stellte die zuständige Instruktionsrichterin des BVGer mit Blick auf die Eingabe der Beschwerdeführer beim BFM vom 5. April 2007 vorab fest, dass das Gesuch vom 20. Oktober 2006 unter anderem auch nach den Regeln für Asylgesuche aus dem Ausland (Art. 20 Abs. 2 und 3 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]) zu beurteilen sei, weshalb für ein weiteres, beim BFM hängiges Asylgesuch aus dem Ausland kein Raum mehr bleibe und die Ausführungen im « Asylgesuch » vom 5. April 2007 vielmehr im Rahmen des hängigen Beschwerdeverfahrens zu würdigen seien, soweit sie als Beschwerdeergänzung erheblich erschienen.

In ihrer Vernehmlassung vom 2. Mai 2007 hielt die Vorinstanz an der angefochtenen Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Sie rechtfertigte ihr Vorgehen, das Gesuch vom 20. Oktober 2006 « als Familienzusammenführungsgesuch und nicht als Asylgesuch » behandelt zu haben, hielt fest, dass aber auch eine Prüfung des Gesuchs unter dem Aspekt von Art. 20 Abs. 2 und 3 AsylG « zu einem negativen Ergebnis » führen würde.

Das BVGer heisst die Beschwerde insoweit gut, als das BFM angewiesen wird, dem Beschwerdeführer die Einreise in die Schweiz zu bewilligen.

Aus den Erwägungen:

3. Weiter stellt sich die Frage, ob es sich beim Gesuch vom 20. Oktober 2006, mit welchem hauptsächlich die Bewilligung der Einreise des Beschwerdeführers in die Schweiz beantragt wurde, um ein Gesuch um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme der Beschwerde-

führerin handelt, auf das in erster Linie die neuen, am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Bestimmungen von Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG Anwendung finden würden, oder aber um ein Asylgesuch aus dem Ausland, das primär nach Art. 20 Abs. 2 und 3 i. V. m. Art. 3 sowie Art. 52 Abs. 2 AsylG zu beurteilen wäre.

3.1 Gemäss Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG können Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von vorläufig aufgenommenen Personen und vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme nachgezogen und in diese eingeschlossen werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Bst. a), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (Bst. b) und die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist (Bst. c).

3.2 Nach Art. 20 Abs. 2 und 3 AsylG ist die Einreise in die Schweiz zu bewilligen, wenn eine unmittelbare Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG glaubhaft gemacht wird, das heisst im Hinblick auf die Anerkennung als Flüchtling und Asylgewährung, oder aber wenn für die Dauer einer näheren Abklärung des Sachverhalts ein weiterer Aufenthalt im Wohnsitz- oder Aufenthaltsstaat oder die Ausreise in einen Drittstaat nicht zumutbar erscheint.

3.3 Das Prinzip von Treu und Glauben, das gemäss Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) als allgemeiner Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns gilt und dem darüber hinaus nach Art. 9 BV Grundrechtscharakter zukommt, gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr (vgl. ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. II, 2. Aufl., Bern 2006, N 1159 ff.; YVO HANGARTNER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Zürich u.a. 2002, N 39 zu Art. 5 BV; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Zürich 2006, N 622; ELISABETH CHIARIELLO, *Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung*, Bern 2004, S. 224 ff.; RENÉ RHINOW, *Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts*, Basel u.a. 2003, N 1788 ff. und 2397 ff.). In Konkretisierung dieses allgemeinen Verhaltensgebots sind schriftliche Eingaben von Privaten an die Behörden so auszulegen, wie sie nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 126 II 97 E. 4b S. 104 f. mit weiteren Hinweisen; RHINOW, a.a.O., N 2399; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Bd. I, 2. Aufl., Bern 1994, S. 435 f.). Auch wenn es daher für die Auslegung eines Gesuchs nicht allein auf dessen Bezeichnung ankommen kann, so bildet diese doch immerhin ein Interpretationselement unter anderen, das es zu würdigen gilt. Entsprechendes lässt

sich zur allfälligen Erwähnung von Gesetzesbestimmungen in einem Gesuch sagen, woran mit Blick auf dessen Auslegung auch der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 62 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] i. V. m. Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]) nichts ändert.

Im vorliegenden Zusammenhang ist überdies zu beachten, dass Art. 24 Abs. 3 der Verordnung vom 11. August 1999 über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (VVWA, SR 142.281, Fassung gemäss Ziff. I 2 der Verordnung vom 8. November 2006 über die Änderung von Verordnungen im Zusammenhang mit der teilweisen Inkraftsetzung der Änderung vom 16. Dezember 2005 des Asylgesetzes sowie des Krankenversicherungs- und des AHV-Gesetzes, in Kraft seit 1. Januar 2007) mit Blick auf Gesuche um Einbezug in die vorläufige Aufnahme von Familienangehörigen und eingetragenen Partnern von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen im Sinne von Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG ausdrücklich die sinngemässe Geltung von Art. 37 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311) vorbehält, der besagt, dass ein Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft eines Ehegatten, einer eingetragenen Partnerin oder eines eingetragenen Partners oder eines Elternteils nach Art. 51 Abs. 1 AsylG erst erfolgt, wenn in Anwendung von Art. 5 AsylV 1 festgestellt wurde, dass die einzubeziehende Person die Flüchtlingseigenschaft nicht selbstständig nach Art. 3 AsylG erfüllt. Art. 24 Abs. 3 VVWA trägt dem Umstand Rechnung, dass die engsten Familienangehörigen eines Flüchtlings oftmals selbst unter derselben Verfolgung gelitten haben beziehungsweise selbst der Gefahr einer Verfolgung ausgesetzt sind (so bereits die Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 68; ähnlich Ziff. 27 der einleitenden Erwägungen der Richtlinie 2004/83/EG vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes [«Qualifikationsrichtlinie»]; grundlegend zu dieser sogenannten Reflexverfolgung Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 1994 Nr. 5). Daraus lässt sich im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes ableiten, dass einer Prüfung eines allfälligen derivativen Anspruchs auf Anerkennung als Flüchtling stets die Prüfung der originären Flüchtlingseigenschaft, das heisst einer persönlichen Gefährdung nach Art. 3 AsylG vorzugehen hat. Mit anderen Worten wird ein Familiennachzugsgesuch eines vorläufig aufgenommenen Flüchtlings, mit dem unter anderem eine persönliche

Gefährdung der sich im Ausland befindenden, nachzuziehenden Familienangehörigen geltend gemacht wird, nach Treu und Glauben gegebenenfalls auch als Asylgesuch aus dem Ausland im Sinne von Art. 20 Abs. 2 und 3 AsylG zu verstehen sein, wofür nicht allein entscheidend sein kann, ob das betreffende Gesuch bei einer schweizerischen Vertretung im Ausland oder aber unmittelbar beim BFM eingereicht wurde (vgl. für die in dieser Hinsicht weiterhin Geltung beanspruchende Praxis der ARK die Feststellungen in EMARK 1997 Nr. 15 E. 2b S. 129, die sich zwar auf Art. 13a aAsylG beziehen, jedoch auch nach geltendem Asylgesetz weiterhin massgeblich bleiben).

Im Falle der Beschwerdeführer ist nicht zu übersehen, dass das Gesuch vom 20. Oktober 2006 ausdrücklich auch als « Asylgesuch (...) gemäss Art. 20 AsylG » bezeichnet worden ist. Aus der Begründung des Gesuchs, so insbesondere aus den Seiten 4 f., geht überdies klar hervor, dass die Einreisebewilligung in erster Linie unter Hinweis auf eine persönliche Gefährdung des sich zurzeit in Nepal aufhaltenden Beschwerdeführers beantragt wurde und die Ausführungen zur Frage des Familiennachzugs nur für den Fall gemacht wurden, dass das Vorliegen einer persönlichen Gefährdung des Beschwerdeführers durch die Asylbehörden verneint würde. Dies übersieht die Vorinstanz offensichtlich, wenn sie in der Vernehmlassung ausführt, im Gesuch vom 20. Oktober 2006 sei « vor allem von einem möglichen Familiennachzug die Rede » gewesen, und dabei lediglich auf dessen Seiten 5 ff. verweist.

Unter besonderer Berücksichtigung von Art. 37 AsylV 1 i. V. m. Art. 24 Abs. 3 VVWA kommt das BVGer damit – wie bereits in der Zwischenverfügung vom 17. April 2007 von der Instruktionsrichterin angedeutet – zum Schluss, dass die Vorinstanz das Gesuch vom 20. Oktober 2006 – allenfalls im Anschluss an eine bei der Schweizer Vertretung zu veranlassende Befragung (vgl. Art. 10 AsylV 1) – gestützt auf Art. 20 Abs. 2 und 3 i. V. m. Art. 3 AsylG sowie gegebenenfalls Art. 52 Abs. 2 AsylG in erster Linie unter dem Gesichtswinkel einer persönlichen Gefährdung des Beschwerdeführers hätte prüfen müssen, was indessen zunächst unterblieben ist und erst im Rahmen des Schriftenwechsels nachgeholt wurde. Im Folgenden jedenfalls wird das Hauptaugenmerk auf diese Frage zu richten und nur subsidiär auf die Frage eines allfälligen Familiennachzugs nach Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG einzugehen sein.