

2020 VI/2

Auszug aus dem Urteil der Abteilung IV
i. S. A. gegen Staatssekretariat für Migration
D-6600/2016 vom 26. August 2020

Zweit asyl. Berücksichtigung der vorläufigen Aufnahme. Grundsatzurteil.

Art. 50 AsylG. Art. 83 AIG. Art. 36 AsylV 1.

1. Der Aufenthalt im Rahmen einer vorläufigen Aufnahme gilt als « ordnungsgemäss » im Sinne des Art. 50 AsylG und ist bei der Aufenthaltsdauer im Rahmen des Zweit asyls zu berücksichtigen (E. 5.6).
2. Im Rahmen des Zweit asyl-Verfahrens findet keine erneute einlässliche und individuelle Prüfung des Asylgesuchs durch die Schweizer Asylbehörden statt. Dem Gesuch um Zweit asyl darf kein ordentliches Asylverfahren in der Schweiz vorangegangen sein (E. 5.6.3).
3. Eine vorherige materielle Überprüfung der Asyl- und Fluchtgründe schliesst die Gewährung des Zweit asyls aus. In den Fällen, in denen das SEM auf ein Gesuch nicht eintritt, weil feststeht, dass die Person bereits in einem sicheren europäischen Drittstaat Schutz erhalten hat (Art. 31a Abs. 1 AsylG), kann nicht von einer materiellen Überprüfung ausgegangen werden (E. 5.7).

Second asile. Prise en compte de l'admission provisoire. Arrêt de principe.

Art. 50 LAsi. Art. 83 LEI. Art. 36 OA 1.

1. Le séjour au bénéfice d'une admission provisoire doit être considéré comme « légal » au sens de l'art. 50 LAsi et pris en compte dans le calcul de la durée du séjour pour l'octroi du second asile (consid. 5.6).
2. Dans le cadre de la procédure de second asile, les autorités suisses ne procèdent pas à un nouvel examen approfondi et individuel de la demande d'asile initiale. Une demande de second asile ne doit pas être précédée d'une procédure d'asile ordinaire en Suisse (consid. 5.6.3).

3. **Un examen matériel antérieur des motifs d'asile et de fuite exclut l'octroi du second asile. On ne peut pas considérer qu'il y a eu un examen matériel lorsque le SEM refuse d'entrer en matière sur une demande d'asile au motif que la personne a déjà obtenu protection dans un État tiers européen sûr (art. 31a al. 1 LAsi; consid. 5.7).**

Secondo asilo. Presa in considerazione dell'ammissione provvisoria. Sentenza di principio.

Art. 50 LAsi. Art. 83 LStrI. Art. 36 OAsi 1.

1. **Il soggiorno basato su un'ammissione provvisoria è considerato « legale » ai sensi dell'art. 50 LAsi e deve essere preso in considerazione nel calcolo della durata del soggiorno per il secondo asilo (consid. 5.6).**
2. **Nell'ambito della procedura di secondo asilo le autorità svizzere competenti in materia d'asilo non effettuano un nuovo esame approfondito e individuale della domanda d'asilo originaria. Una domanda di secondo asilo non può essere preceduta da una domanda d'asilo ordinaria presentata in Svizzera (consid. 5.6.3).**
3. **Una pregressa valutazione materiale dei motivi d'asilo e di fuga preclude la concessione del secondo asilo. Tale esame materiale non è però dato allorquando la SEM non entra nel merito di una domanda d'asilo poiché è stabilito che il richiedente ha ottenuto protezione in uno Stato terzo europeo sicuro (art. 31a cpv. 1 LAsi; consid. 5.7).**

Der Beschwerdeführer wurde im Mai 2011 in Italien als Flüchtling anerkannt. Gemäss seinen Angaben erfuhr er im Juni 2013, dass sich seine Mutter im Rahmen einer vorläufigen Aufnahme in der Schweiz aufhalte. Weil sie HIV-positiv und lungenkrank sei, habe er sich daraufhin in die Schweiz begeben, um sie zu pflegen. Am 2. Juli 2013 ersuchte er um Asyl. Mit Verfügung vom 26. Mai 2014 trat das Bundesamt für Migration (BFM, heute Staatssekretariat für Migration [SEM]) auf das Asylgesuch nicht ein und verfügte die Wegweisung aus der Schweiz. Der Wegweisungsvollzug wurde zugunsten einer vorläufigen Aufnahme wegen Unzumutbarkeit des Vollzugs ausgesetzt.

Am 9. Mai 2016 beantragte der Beschwerdeführer das Zweitasyll gemäss Art. 50 AsylG (SR 142.31) und die Anerkennung als Flüchtling. Zwar sei er in Italien als Flüchtling anerkannt, jedoch halte er sich inzwischen seit mehr als zwei Jahren ordnungsgemäss und ununterbrochen in der Schweiz auf. Er legte Kopien des italienischen Asylentscheids, des Reiseausweises für Flüchtlinge und des italienischen Aufenthaltsausweises vor.

Das SEM gewährte am 14. Juni 2016 das rechtliche Gehör zur beabsichtigten Abweisung des Gesuchs. Zur Begründung führte es aus, Art. 50 AsylG setze auch gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts einen fremdenpolizeilich geregelten Aufenthalt voraus. Der Beschwerdeführer habe jedoch zunächst – während des laufenden Asylverfahrens – nur ein prozedurales Aufenthaltsrecht gehabt. Auch die vorläufige Aufnahme stelle nur eine Ersatzmassnahme für den momentan nicht durchführbaren Vollzug dar. Die Voraussetzungen des Art. 50 AsylG seien daher nicht erfüllt.

In seiner Stellungnahme vom 6. Juli 2016 erklärte der Beschwerdeführer, das Urteil, auf welches sich die Vorinstanz berufe, handle einen anders gelagerten Sachverhalt. In einem weiteren Urteil habe das Bundesverwaltungsgericht die Frage, ob es sich bei der Anwesenheit im Rahmen einer vorläufigen Aufnahme um einen ordnungsgemässen Aufenthalt handle, offengelassen. Der ihm ausgestellte Ausweis F sei ein fremdenpolizeiliches Aufenthaltspapier. Da seine Mutter weiterhin pflegebedürftig sei, sei die Gewährung des Zweitasylls mehr als angebracht, zumal er sich inzwischen gut integriert habe und arbeite.

Am 23. September 2016 lehnte das SEM das Gesuch um Zweitasyll mit der Begründung ab, der Beschwerdeführer erfülle die Voraussetzungen an einen ordnungsgemässen Aufenthalt im Sinne des Art. 50 AsylG nicht, da ihm keine fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligung erteilt worden sei. Die vorläufige Aufnahme sei diesbezüglich nicht genügend.

Am 26. Oktober 2016 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde gegen diesen Entscheid und begehrte dessen Aufhebung sowie die Gewährung von Zweitasyll. Die vorläufige Aufnahme habe den Charakter eines Aufenthaltsrechts und stelle – da von den kantonalen Behörden erteilt – auch eine ausländerrechtliche Bewilligung dar. Dies habe das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil E-5250/2010 vom 2. Oktober 2012 bereits zutreffend festgehalten.

Am 20. Dezember 2017 lud die Instruktionsrichterin die Vorinstanz zur Vernehmlassung innert Frist ein.

In seiner Stellungnahme vom 9. Januar 2018 hielt das SEM an seinem Entscheid fest. Den Beschwerdevorbringen hielt es entgegen, auch das Bundesverwaltungsgericht sei bisher der Argumentation gefolgt, wonach eine vorläufige Aufnahme keinen ordnungsgemässen Aufenthalt darstelle. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde handle es sich beim F-Ausweis nicht um eine ausländerrechtliche Bewilligung. Das in der Beschwerdeschrift zitierte Urteil stehe mit seinen Aussagen im Widerspruch zur gefestigten Rechtsprechung des Gerichts betreffend die vorläufige Aufnahme.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen

5.

5.1 Zu klären ist, ob der Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz im Rahmen der am 26. Mai 2014 angeordneten vorläufigen Aufnahme, die bis zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im November 2019 Bestand hatte, als ordnungsgemäss im Sinne von Art. 50 AsylG gelten kann.

5.2 Ob eine vorläufige Aufnahme in der Schweiz nach Art. 83 ff. AIG (SR 142.20) als ordnungsgemäss im Sinne von Art. 50 AsylG anzusehen ist, hat das Bundesverwaltungsgericht bisher in vielen Urteilen offengelassen (vgl. Urteil des BVGer E-4852/2014 vom 23. September 2014 E. 5.5). Entweder fehlte es bereits an der Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft durch einen Drittstaat (so der Fall im Grundsatzurteil BVGE 2014/40) oder es war gar keine vorläufige Aufnahme angeordnet worden (so im Urteil E-4852/2014) und der Aufenthalt legitimierte sich lediglich durch eine wiederholte Verlängerung des N-Ausweises (vgl. Urteil des BVGer D-4742/2014 vom 17. November 2014) oder die zeitlichen Voraussetzungen waren nicht erfüllt (vgl. Urteil des BVGer E-3831/2016 vom 15. Juli 2016 E. 7.1). Ausdrücklich verneint wurde die Massgeblichkeit einer vorläufigen Aufnahme bei Art. 50 AsylG im (...) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-1206/2017 vom 3. August 2018. Im Urteil in den vereinigten Verfahren E-5250/2010 und E-5435/2010 kam das Bundesverwaltungsgericht dagegen zum Schluss, es handle sich bei der vorläufigen Aufnahme zwar nicht um einen Aufenthaltstitel im engeren ausländerrechtlichen Sinne, dennoch sei es eine Bewilligung, welche der ausländischen Person einen rechtmässigen Aufenthalt und ein Anwesenheitsrecht in der Schweiz ermögliche (Urteil E-5250/2010 E. 5.3 und 6.3).

Wie der Beschwerdeführer hielten sich auch die Beschwerdeführenden in diesem Verfahren seit mehr als zwei Jahren als vorläufig Aufgenommene in der Schweiz auf. Ausdrücklich stellte das Urteil E-5250/2010 auf die Leitsätze des publizierten Entscheids der damaligen Asylrekurskommission (ARK), EMARK 2002 Nr. 10 ab, wonach beim ordnungsgemässen Aufenthalt « nicht ohne Weiteres auf die Begrifflichkeiten des (damaligen) Fremdenpolizeirechts abgestellt werden könne » (E. 3d). Die ARK ging damals von einem ordnungsgemässen Aufenthalt aus, sofern der Aufenthalt rechtlich geregelt und damit legal sei und seine Grundlage in einer behördlichen Entscheidung finde (EMARK 2002 Nr. 10 E. 3c; siehe dazu auch MINH SON NGUYEN, in: Code annoté de droit des migrations, Bd. IV, Loi sur l'asile [LAsi], 2015, Art. 50 Ziff. 17 S. 396).

5.3 Die Vorinstanz erachtete in ihrer Stellungnahme vom 9. Januar 2018 die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil E-5250/2010 unter Hinweis auf andere Urteile als im Widerspruch zur gefestigten Rechtsprechung des Gerichts zum Wesen der vorläufigen Aufnahme stehend, wonach es sich bei der vorläufigen Aufnahme gerade nicht um eine fremdenpolizeiliche beziehungsweise ausländerrechtliche Bewilligung handle ([...], inzwischen auch das Urteil D-1206/2017).

5.4 Art. 50 AsylG spricht in der deutschen Sprachfassung davon, dass der Aufenthalt « ordnungsgemäss » sein muss. Die französische und die italienische Version sprechen davon, dass die betroffene Person « séjourne légalement » respektive « se soggiorna (...) legalmente » in der Schweiz. Art. 36 Abs. 1 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311) spricht in allen drei Sprachfassungen übereinstimmend von einem Aufenthalt, der « ordnungsgemäss », « régulier » und « regolare » sein muss. Es ist davon auszugehen, dass die unterschiedlichen Formulierungen das Gleiche bedeuten (so auch das Urteil des BGer 2A.165/2000 vom 20. Dezember 2000 E. 3b; EMARK 2002 Nr. 10 E. 3c; statt vieler: Urteil E-4852/2014 E. 5.3).

5.5 Die landesrechtlichen Bestimmungen zum Zweitasyll sind im Licht der Europäischen Vereinbarung vom 16. Oktober 1980 über den Übergang der Verantwortung für Flüchtlinge (SR 0.142.305, nachfolgend: Übergangsvereinbarung) auszulegen, sofern diese anwendbar ist. Dies ist bei Italien der Fall. Die Übergangsvereinbarung ist direkt anwendbar und geht entsprechend Art. 50 AsylG vor, welcher mithin nicht im Widerspruch zur Übergangsvereinbarung und völkerrechtskonform auszulegen ist (vgl. Urteil des BVerfG E-843/2013 vom 29. Juli 2014 E. 2.3; EMARK 2002 Nr. 10 E. 4a). Art. 2 Abs. 1 Übergangsvereinbarung sieht vor, dass

der Übergang der Verantwortung für einen Flüchtling als erfolgt gilt, sobald sich dieser während eines Zeitraumes von zwei Jahren « tatsächlich und ununterbrochen im Zweitstaat mit Zustimmung von dessen Behörden aufgehalten hat » (« avec l'accord des autorités de celui-ci » in der authentischen französischen Fassung), oder zu einem früheren Zeitpunkt, wenn der Zweitstaat dem Flüchtling gestattet hat, ständig oder über die Gültigkeitsdauer des Reiseausweises hinaus, in seinem Hoheitsgebiet zu bleiben.

Danach ist die Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung nicht erforderlich. Die Bedeutung des Begriffs « ordnungsgemässer Aufenthalt » im Fremdenpolizeirecht könne nicht ohne Weiteres auf den Asylbereich übertragen werden. Den Besonderheiten des Flüchtlingsstatus und den spezifischen Zielen des Asylgesetzes müsse Rechnung getragen werden. Dies rechtfertige sich umso mehr, als Flüchtlinge den Schutz des Erstasyllandes verlören, sobald sie sich in ein Zweitasylland begäben. Der Übergang des Flüchtlingsstatus und die Gewährung des Zweitasylls dürfe im Asylgesetz nicht abweichend von der genannten Vereinbarung geregelt werden. Gemäss Art. 2 der Vereinbarung gelte der Übergang der Verantwortung (u.a.) als erfolgt, sobald sich der Flüchtling im Zweitstaat mit Zustimmung von dessen Behörden aufgehalten habe. Der Zeitraum von zwei Jahren beginne mit dem Zeitpunkt, in dem der Flüchtling im Hoheitsgebiet des Zweitstaates aufgenommen worden sei, oder mit dem Zeitpunkt, in dem sich der Flüchtling bei den Behörden des Zweitstaates gemeldet habe. Die Vereinbarung setze folglich keine ausländerrechtliche Regelung des Aufenthaltsrechts des Flüchtlings im Zweitstaat voraus. Vielmehr halte die Vereinbarung fest, dass sich der Flüchtling mit der Zustimmung der Behörden im Zweitstaat aufhalten müsse.

Es spricht einiges dafür, den Aufenthalt, der im Rahmen einer vorläufigen Aufnahme gestattet wird, als rechtmässig im Sinne der Übergangvereinbarung zu bezeichnen. Zwar ist die vorläufige Aufnahme – wie von der Vorinstanz zutreffend festgestellt – bis heute kein formeller ausländerrechtlicher Status, sondern nur eine Ersatzmassnahme für einen blockierten Wegweisungsvollzug. Dennoch kann, jedenfalls in ihrer aktuellen und vom Gesetzgeber so gewollten Ausprägung, argumentiert werden, dass sich vorläufig aufgenommene Personen rechtmässig im Sinne von Art. 50 AsylG in der Schweiz aufhalten. Obwohl sich der Bundesrat mit seinem Vorschlag aus dem Jahr 2002, die vorläufige Aufnahme durch einen Status der humanitären Aufnahme zu ersetzen (vgl. Botschaft vom 2. Dezember 1985 zur Änderung des Asylgesetzes, des Bundesgesetzes über Aufenthalt

und Niederlassung der Ausländer und des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushalts, BBl 1986 I 1, 14), nicht durchsetzen konnte, erfuhr die vorläufige Aufnahme in der Folge gleichwohl eine Aufwertung, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich viele vorläufig Aufgenommene langfristig in der Schweiz aufhalten. Diese Anpassungen fanden Eingang in das neue Ausländergesetz vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20), seit 1. Januar 2019: Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), und gelten bis heute. Die Förderung der Integration wurde gesetzlich verankert und die vorläufige Aufnahme wurde hinsichtlich der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, des Zugangs zum Arbeitsmarkt sowie des Familiennachzugs ausgebaut (vgl. dazu auch PETER BOLZLI, in: Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu Art. 85–88 AIG N. 1 S. 455). Auch das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Frist für die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gemäss dem damals geltenden aArt. 60 Abs. 2 AsylG festgehalten, dass es keinen ersichtlichen Grund gebe, dass der Aufenthalt im Rahmen einer vorläufigen Aufnahme, deren Anordnung das Gesetz ausdrücklich vorsehe, sofern der Wegweisungsvollzug unzulässig, unzumutbar oder unmöglich sei, nicht als Aufenthalt mit der ausdrücklichen formellen Zustimmung der zuständigen Behörde gelte (vgl. Urteil 2A.165/2000 E. 2e mit Ausführungen zu den Rechten, welche die vorläufige Aufnahme schon damals gewährte).

5.5.1 Zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Übergangsabkommens des Europarates am 13. Januar 1986 (Inkrafttreten am 1. März 1986) war diese Entwicklung nicht absehbar. Asylsuchende, deren Asylgesuch zwar abgelehnt worden war, bei denen jedoch Wegweisungsvollzugshindernisse bestanden, wurden interniert. Das Bundesgericht hielt dazu in seinem Urteil vom 13. Januar 1984 fest: « *Ist aber die Ausschaffung eines über keine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz verfügenden Ausländers nicht möglich, so kann nach Art. 14 Abs. 2 ANAG an deren Stelle die Internierung treten, welche unter dem Vorbehalt von Art. 27 ANAG nicht länger als zwei Jahre dauern darf* » (vgl. BGE 110 Ib 1 E. 2a). Die freie Unterbringung der Internierten kam dabei nur infrage, wenn die Internierungsverfügung einzig den Zweck hatte, das Anwesenheitsverhältnis eines Ausländers, der keine ordentliche kantonale Bewilligung erhalten hatte, aber auch nicht ausgeschafft werden konnte, gesetzmässig zu regeln (Art. 4 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 14. August 1968 über die Internierung von Ausländern [AS 1968 1013]; vgl. BGE 110 Ib 1 E. 2c aa). Vor diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, dass der Bundesrat in seiner Botschaft vom 24. Okto-

ber 1984 zur Europäischen Vereinbarung über den Übergang der Verantwortung für Flüchtlinge (BBl 1984 III 1014, 1018, nachfolgend: Botschaft Übergangsabkommen) auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts (zu diesem Zeitpunkt das Asylgesetz vom 5. Oktober 1979 [aAsylG, AS 1980 1718], der damalige Art. 5 AsylG i.V.m. Art. 1 der Asylverordnung vom 12. November 1980 [AS 1980 1730]) den Übergang nur unter der Voraussetzung vorsah, dass ein Flüchtling sich während mindestens zweier Jahre rechtmässig, das heisst mit einer fremdenpolizeilichen Bewilligung in unserem Land aufgehalten hat (vgl. Botschaft Übergangsabkommen, BBl 1984 III 1014, 1019). Erst ab dem 1. Januar 1988 hielt Art. 14a Abs. 1 ANAG (BS 1 121) fest, dass das damalige Bundesamt für Polizeiwesen eine vorläufige Aufnahme oder (geschlossene) Internierung zu verfügen habe, wenn die Weg- oder Ausweisung weder möglich noch zumutbar sei (zur historischen Entwicklung der vorläufigen Aufnahme siehe den Bericht des Bundesrats vom 14. Oktober 2016, Vorläufige Aufnahme und Schutzbedürftigkeit: Analyse und Handlungsoptionen – Bericht in Erfüllung der Postulate: 11.3954 Hodgers «Einschränkungen der vorläufigen Aufnahme» vom 29. September 2011; 13.3844 Romano «Vorläufige Aufnahme. Neue Regelung für mehr Transparenz und Gerechtigkeit» vom 26. September 2013; 14.3008 Staatspolitische Kommission des Nationalrates «Überprüfung des Status der vorläufigen Aufnahme und der Schutzbedürftigkeit» vom 14. Februar 2014, Ziff. 2.1, S. 15 ff.). Auch KÄLIN vertrat im Jahr 1990 die Auffassung, dass gemäss der in Art. 36 Abs. 1 AsylV 1 verwendeten Formulierung der Flüchtling «*die Bestimmungen einhalten [müsse], die allgemein für ausländische Personen gelten*». Der Verweis auf die Regeln des «allgemeinen» Ausländerrechts zeige auf, dass gerade nicht die Regeln bezüglich Asylsuchender gemeint seien, sondern dass Flüchtlinge nicht als Asylsuchende, sondern mit einer ordentlichen fremdenpolizeilichen Bewilligung in die Schweiz kommen müssten (vgl. WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, 1990, S. 171; ebenso ACHERMANN/HAUSAMMANN, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl. 1991, S. 159). In der Folge definierte die Botschaft vom 4. Dezember 1995 zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über den Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer «ordnungsgemäss» im Zusammenhang mit der Bestimmung zum Zweitasyll als «mit einer fremdenpolizeilichen Bewilligung» (BBl 1996 II 1, 68).

Diese damals wohl zutreffende Einschätzung erscheint jedoch überholt. Immerhin wird die Anwesenheit im Rahmen einer vorläufigen Aufnahme

beispielsweise im Rahmen des ordentlichen Einbürgerungsverfahrens zumindest hälftig angerechnet und ausdrücklich unter den « Aufenthaltstiteln » geführt, welche bei der Aufenthaltsdauer zu berücksichtigen sind (vgl. dazu Art. 33 Abs. 1 Bst. b des Bürgerrechtsgesetzes [BüG, SR 141.0]).

5.6 Wie im Folgenden aufgezeigt wird, kann eine vorläufige Aufnahme – wenn zudem bestimmte prozedurale Voraussetzungen erfüllt sind – jedenfalls im Sinn von Art. 50 AsylG als ordnungsgemässer Aufenthalt gelten, zumal der französische und der italienische Gesetzestext lediglich einen rechtmässigen Aufenthalt voraussetzen, was auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts steht (vgl. BVGE 2014/40 E. 2.3.2).

5.6.1 Das Institut des Zweitasylls stellt sicher, dass ein Staat, der einer in einem anderen Staat als Flüchtling aufgenommenen Person den Aufenthalt auf seinem Territorium bewilligt hat, nach einer Karenzfrist auch die aus der Flüchtlingskonvention fliessende Schutzverpflichtung übernimmt. Dies ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil Flüchtlinge in den meisten Ländern nach einer gewissen Dauer ihrer Abwesenheit oder durch die Erlangung einer dauernden Aufenthaltsbewilligung in einem anderen Staat ihren Schutzstatus verlieren (s. z.B. für die Schweiz Art. 64 Abs. 1 Bst. a und b AsylG). Das Institut des Zweitasylls soll verhindern, dass Flüchtlinge aufgrund eines bewilligten Aufenthaltes ausserhalb ihres Aufnahme- und Schutzstaates ihren Schutz verlieren, und sicherstellen, dass sie in der Wahl ihres Aufenthaltsstaates gegenüber anderen (« allgemeinen ») ausländischen Personen nicht benachteiligt sind. Mit der Einführung des Zweitasylls war in erster Linie die Absicht verbunden, die rechtliche Lage von Flüchtlingen – welche die entsprechenden Kriterien erfüllen – zu verbessern (vgl. BVGE 2019 VI 1 E. 5.5.2). Eine bezüglich der Wahl des Aufenthaltsstaates bevorzugte Behandlung von Flüchtlingen ist hingegen nicht der Zweck des Zweitasylls (vgl. Urteil E–4852/2014 E. 5.4).

Die Gewährung von Zweitasyll nach Art. 50 AsylG, beziehungsweise der Übernahme der Verantwortung für einen von einem anderen Staat anerkannten Flüchtling durch die Schweiz, setzt die Gewährung eines durch einen Drittstaat zuerkannten Schutzstatus voraus (vgl. BVGE 2014/40 sowie zuletzt grundlegend auch BVGE 2019 VI 1 E. 5.5). Nach der Konzeption der Bestimmung soll die Verantwortung für den Flüchtling ohne erneute Prüfung seiner Asylgründe auf die Schweiz übergehen. Gemäss BVGE 2014/40 setzt die Bedingung der Aufnahme in einem anderen Staat

(dem der Erstaufnahme) zunächst die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft voraus, wobei eine Anerkennung durch das Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (UNHCR) im Auftrag der Behörden dieses Staates genügen kann (E. 3.4.4–3.4.6). Das Bundesverwaltungsgericht hat in BVGE 2014/40 festgehalten, dass Art. 50 AsylG zwar als « kann »-Bestimmung formuliert wurde und damit der anwendenden Behörde einen weiten Ermessensspielraum zugesteht. Jedoch seien die landesrechtlichen Bestimmungen zum Zweitasyll im Licht des Europäischen Übergangsabkommens auszulegen. Dieses ist direkt anwendbar und geht entsprechend Art. 50 AsylG vor, welcher mithin nicht im Widerspruch zum Europäischen Übergangsabkommen und völkerrechtskonform auszulegen ist. Der Ermessensspielraum ist somit insofern eingeschränkt, als die anwendende Behörde das Zweitasyll nicht verweigern kann, indem sie sich ausschliesslich auf landesrechtliche Bestimmungen stützt. Von den Vorgaben der Übergangsvereinbarung darf die Behörde nicht ohne ernsthafte Gründe abweichen, will sie sich nicht dem Vorwurf der Willkür ausgesetzt sehen. Sie darf einen Antrag auf das Zweitasyll – wie auch die Flüchtlingseigenschaft – nur insofern ablehnen, als sie sich nicht nur auf Art. 50 AsylG stützt, sondern auch auf eine Praxis, welche die Gesamtheit des Flüchtlingsrechts berücksichtigt (BVGE 2019 VI 1 E. 5.3 m.H. auf BVGE 2014/40 E. 2.3.1 f., der wiederum auf EMARK 2002 Nr. 10 verweist).

5.6.2 Unbestritten wurde der Beschwerdeführer in Italien als Flüchtling anerkannt und verfügte über eine bis am 16. Mai 2016 gültige Aufenthaltserlaubnis. Damit erfüllt er die Voraussetzung des Art. 50 AsylG, er hat in einem europäischen Schengen-Mitgliedstaat ein ordentliches Asylverfahren durchlaufen. Auch hält er sich seit mehr als zwei Jahren ununterbrochen in der Schweiz auf und dies, wie unter E. 5.5 dargelegt, auch rechtmässig.

5.6.3 Prozedural darf im Rahmen des Zweitasyll-Verfahrens keine erneute einlässliche und individuelle Prüfung des Asylgesuchs durch die Schweizer Behörden stattfinden. Eine solche würde dem Zweck des Zweitasylls zuwiderlaufen (vgl. das Urteil D–1206/2017 E. 7.6). Bei der Anwendung von Art. 50 AsylG verzichten die Schweizer Asylbehörden auf eine eigenständige materielle Prüfung der Asylgründe; so wird eine Vereinfachung des Asylverfahrens in diesem spezifischen Fall erreicht. Einem Antrag nach Art. 50 AsylG kann daher nur stattgegeben werden, wenn dem Gesuch kein ordentliches Asylverfahren in der Schweiz vorangegangen ist. Es ist nicht möglich, einen ablehnenden rechtskräftigen Asylentscheid der Schweizer Behörden durch eine erneute Prüfung im

Rahmen des Zweitasylls nach Art. 50 AsylG umzukehren. Unzulässig und missbräuchlich wäre es demnach, wenn ein Flüchtling zunächst ein Asylgesuch in der Schweiz stellen würde und erst nach dem für ihn negativen Ausgang des Asylverfahrens – und allenfalls sogar über den Umweg einer erneuten Prüfung in einem Drittland – geltend machen wollte, nun über die Regelungen des Zweitasylls nach Art. 50 AsylG doch noch zu einem Status in der Schweiz zu gelangen (vgl. auch dazu das Urteil D-1206/2017 E. 7.6). Sinn und Zweck des Art. 50 AsylG beschränken sich vielmehr auf die Fälle, in denen ein in einem Drittstaat anerkannter Flüchtling – aus welchen Gründen auch immer – seinen Wohnort dauerhaft in die Schweiz verlegen und dabei seinen Status nicht verlieren will.

5.7 Als materielle Prüfung, welche die Gewährung des Zweitasylls ausschliesst, gilt dabei die tatsächliche Befassung mit den Asyl- und Fluchtgründen. In den Fällen, in denen das SEM auf ein Gesuch nicht eintritt, weil feststeht, dass die Person bereits in einem sicheren europäischen Drittstaat Schutz erhalten hat (vgl. Art. 31a Abs. 1 AsylG), kann nicht von einer materiellen Überprüfung ausgegangen werden. In diesen Fällen – und so liegt auch der vorliegende Fall – findet nach der Systematik des Nichteintretens gerade keine materielle Auseinandersetzung mit den Flucht- und Verfolgungsgründen statt.

5.8 Vorliegend hat der Beschwerdeführer in der summarischen Befragung vom 16. Juli 2013 sofort zu Protokoll gegeben, in einem anderen Land Asyl beantragt zu haben ([...]), er machte auch von sich aus geltend, er sei im Juni 2011 in Italien als Flüchtling anerkannt worden und habe einen Reiseausweis für Flüchtlinge erhalten ([...]). Auch seine Beweggründe, in die Schweiz zu kommen, legte er umgehend offen ([...] « *Meine Mutter ist hier. Weil sie krank ist, kam ich hierher, um ihr zu helfen.* »). An gleicher Stelle erklärte er auch, warum er nicht in der Lage gewesen sei, seine Mutter nach Italien zu bringen, um sich dort um sie zu kümmern.

Das damalige BFM hatte sein Gesuch aufgrund dieser Angaben nicht materiell überprüft, da von Anfang an offenkundig war, dass er bereits in Italien den Flüchtlingsstatus erhalten hatte. Den Vorakten ist zu entnehmen, dass die bereits terminierte Anhörung des Beschwerdeführers abgesagt wurde ([...]). Wohl ersuchte das BFM aber die italienischen Behörden um seine Rücknahme und prüfte das Gesuch unter dem Blickwinkel der Wegweisung im Rahmen der Drittstaatenregelung gemäss des im Jahr 2013 noch gültigen aArt. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG. Die weitere Prüfung beschlug nur noch die Frage der Wegweisung, insbesondere auch im Hinblick auf einen Tatbestand im Sinne des aArt. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG, weil sich mit

der Mutter des Beschwerdeführers eine nahe Angehörige in der Schweiz befand. Als letzte Verfahrenshandlung vor dem Ergehen des Entscheids gewährte das BFM dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 21. März 2014 das rechtliche Gehör zur geplanten Wegweisung nach Italien ([...]). In seiner Antwort vom 4. April 2014 brachte der Beschwerdeführer denn auch lediglich Gründe für den Verbleib in der Schweiz vor, welche im Zusammenhang mit der Betreuung und Unterstützung seiner Mutter standen ([...]). Am 26. Mai 2014 erging der Nichteintretensentscheid gestützt auf die Drittstaatenregelung des seit dem 1. Februar 2014 gültigen Art. 31a Abs. 3 AsylG. Da im Rahmen der Gesetzesänderungen, welche zum 1. Februar 2014 in Kraft traten, die Ausnahmeklausel des aArt. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG gestrichen worden war, wurde der Vollzug der Wegweisung « in Würdigung sämtlicher Umstände » als unzumutbar erachtet und der Beschwerdeführer vorläufig aufgenommen. Er lebte mit dieser vorläufigen Aufnahme in der Schweiz, bis er im November 2019 eine Aufenthaltsbewilligung erhalten hat.

5.9 Fest steht nach den obigen Ausführungen, dass das damalige BFM das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht materiell geprüft hat und auch keinen Asylentscheid getroffen hat; für die Behörde war von vornherein klar, dass er einzig in die Schweiz gekommen war, um mit seiner Mutter zusammenzuleben, was er auch der Vorinstanz gegenüber transparent offenlegte.

5.10 Der Beschwerdeführer hat sich mit seiner Antragstellung bei der Asylbehörde auch nicht missbräuchlich verhalten.

5.10.1 Es war ihm, als in Italien anerkanntem Flüchtling, aufgrund der Regelungen des Freizügigkeitsabkommens zwischen dem EU-Mitgliedsstaat Italien und der Schweiz erlaubt, ohne Visum in die Schweiz einzureisen und sich hier bis zu drei Monate aufzuhalten (vgl. dazu Art. 3 und den 7. Erwägungsgrund der Verordnung [EG] Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind, ABI L 81/1 vom 21.03.2001 und das FZA [SR 0.142.112.681]). Der Umstand, dass er seinen italienischen Flüchtlingspass nachreichen musste, steht dieser Annahme nicht entgegen. Gemäss dem Wortlaut der Präambel der Übergangsvereinbarung bezieht sich die Rechtmässigkeit des Aufenthalts auf die Niederlassung und nicht auf die Einreise (vgl. Übergangsvereinbarung, Präambel 3. Halbsatz). Der Übergang der Verantwortung setzt demnach nicht zwingend eine legale

Einreise voraus. Auch in Art. 2 Abs. 2 Bst. a Übergangsvereinbarung wird nur der Verbleib im Aufnahmestaat thematisiert. Art. 1 Abs. 1 Bst. a des Europäischen Übereinkommens vom 20. April 1959 über die Aufhebung des Sichtvermerkszwangs für Flüchtlinge spricht davon, dass der Flüchtling im Besitz eines gültigen Reiseausweises gemäss dem Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) sein müsse, was auf den Beschwerdeführer zutrifft; er hat sein Reisedokument umgehend nachgereicht.

Beachtlich ist ferner, dass nach damaliger Rechtslage der Ausnahmetatbestand des aArt. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG ausdrücklich eine Ausnahme für die Drittstaatenwegweisung vorsah, für den Fall, dass sich nahe Angehörige des in einem anderen Staat Schutzberechtigten in der Schweiz befanden; der Entscheid darüber lag in der Zuständigkeit des BFM. Es war daher nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdeführer sich an die Asylbehörde wandte.

5.10.2 Auch nach aktueller Rechtslage kann sein Verhalten nicht als missbräuchlich bezeichnet werden. Es ist vielmehr nachvollziehbar, dass sich der Beschwerdeführer, ein Flüchtling, an die für Asyl- und Flüchtlingsfragen zuständige Behörde wandte und dieser seine Absicht mitteilte, sich in der Schweiz längerfristig aufhalten zu wollen. Das BFM beziehungsweise SEM hätte ihn seinerseits zur Prüfung eines Anspruchs auf ein Aufenthaltsrecht an die zuständige kantonale Behörde weiterverweisen können, der Beschwerdeführer hätte kein Wahlrecht gehabt, welche Behörde sein Gesuch behandeln soll, er hätte diesen Entscheid akzeptieren müssen. Die Vorinstanz hat aber auf die Verweisung der Sache an die kantonalen Migrationsbehörden verzichtet und selbst über die Wegweisung entschieden. Der Beschwerdeführer hat sich gesetzeskonform verhalten. Er hat kein materiell begründetes Asylgesuch gestellt, weshalb die Vorinstanz auch zu Recht nicht auf sein Gesuch eingetreten ist. Die vorläufige Aufnahme hatte das BFM selbst angeordnet, im Wissen, dass der Beschwerdeführer bereits ein Aufenthaltsrecht als asylberechtigter Flüchtling in Italien hatte. Es hätte den Beschwerdeführer – gerade nach Streichung des aArt. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG – auch nach Italien wegweisen können. Darauf verzichtete es jedoch in Anbetracht der Umstände seines Einzelfalls. Diese Entscheidung kann dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden.

5.11 Der Umstand, dass der Beschwerdeführer sich an die Asylbehörde wandte und diese ihn vorläufig aufnahm, ist im Zusammenhang mit der Annahme, sein Aufenthalt müsse als rechtmässig gelten, bedeutsam:

Selbst wenn eine vorläufige Aufnahme grundsätzlich als Ersatzmassnahme im Fall des Vorliegens von Wegweisungsvollzugshindernissen gilt und damit nicht als ordentliche ausländerrechtliche Bewilligung im engen Sinne, so muss jedenfalls in Konstellationen wie dem vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass der Aufenthalt nicht nur mit Wissen und Billigung der Behörde, sondern auch durch behördliche Anordnung geregelt wurde (so auch das BGer im Urteil 2A.165/2000 E. 2e), zumal der französische und auch der italienische Gesetzestext einen rechtmässigen Aufenthalt voraussetzen, dem die vorläufige Aufnahme zweifellos entspricht. Es erscheint daher sachgerecht, die Dauer einer vorläufigen Aufnahme gemäss Art. 83 AIG auch im Rahmen der Prüfung des Zweitasylls nach Art. 50 AsylG dann zu berücksichtigen, wenn das SEM, ohne vorgängig ein ordentliches Asylverfahren durchzuführen, auf die mögliche Wegweisung der Betroffenen in den Erstasylstaat verzichtet und den Aufenthalt in eigener Verantwortung in der Schweiz regelt. Dies steht im Einklang mit den Vorgaben des Art. 2 Übergangsvereinbarung, wonach – im Ergebnis unabhängig von der Bestimmung von Art. 50 AsylG – zwingend der Übergang der Verantwortung für einen Flüchtling beziehungsweise die Pflicht der Schweiz zur Gewährung von Zweitasyll besteht, sobald die in Art. 2 Abs. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Botschaft Übergangsabkommen, BBl 1984 III 1014, 1026). Die Bestimmung verlangt einen Aufenthalt im Zweitstaat von zwei Jahren « mit Zustimmung von dessen Behörden » (« avec l'accord des autorités de celui-ci »). Diese Formulierung weist darauf hin, dass eine Zustimmung der Behörden für den Aufenthalt vorliegen muss, was vorliegend der Fall ist (vgl. Urteil E-5250/2010 E. 6.2 m.H. auf EMARK 2002 Nr. 10 E. 5a).

5.12 Inzwischen ist der Flüchtlingspass des Beschwerdeführers seit dem 16. Mai 2016 abgelaufen, sodass die italienischen Behörden einer Aufnahme des Beschwerdeführers angesichts der Regelungen in Art. 4 Abs. 1 Übergangsvereinbarung wohl nicht länger zustimmen würden. Auch Italien hat die Übergangsvereinbarung des Europarates ratifiziert und kann sich auf die entsprechenden Bestimmungen berufen.

6. Die Voraussetzungen für den Übergang der Verantwortung für den Flüchtlingsstatus des Beschwerdeführers von Italien auf die Schweiz sind damit erfüllt. Da keine Hinweise auf das Vorliegen von Ausschlussgründen ersichtlich sind, ist der Entscheid des SEM vom 23. September 2016 aufzuheben und dem Beschwerdeführer ist das Asyl in der Schweiz

zu gewähren. Die Vorinstanz ist auch gehalten, die italienischen Asylbehörden über den Übergang der Verantwortung für den Flüchtlingsschutz des Beschwerdeführers auf die Schweiz zu informieren.