

# **BVGer BVGE 2019 VI/3 vom 25. September 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-09-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_BVGE\\_2019\\_VI\\_3](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2019_VI_3)

FR: TAF BVGE 2019 VI/3 du 25 septembre 2019

IT: TAF BVGE 2019 VI/3 del 25 settembre 2019

## **Regeste**

Familienzusammenführung (Asyl)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Hat eine Person bereits in einem anderen Dublin-Mitgliedstaat Schutz als Flüchtling und Asyl erhalten, so steht dies als " besonderer Umstand " im Sinne des Art. 51 Abs. 1 AsylG dem Einbezug in das Familienasyl entgegen (E. 5).

### **E. 2**

Per le persone che possiedono già uno statuto di protezione previsto dal diritto d'asilo (qualità di rifugiato e asilo) in uno Stato membro di Dublino, il ricongiungimento con i membri della famiglia aventi diritto all'asilo in Svizzera è di competenza delle autorità di polizia degli stranieri e non di quelle in materia d'asilo ed è quindi retto dal diritto applicabile in materia di stranieri (LStrI e art. 8 CEDU) (consid. 6). B. und ihre vier Kinder suchten am 2. Juli 2012 in der Schweiz um Asyl nach. Mit Verfügung vom 21. Januar 2015 anerkannte das Staatssekretariat für Migration (SEM) ihre Flüchtlingseigenschaft und gewährte ihnen Asyl. Der Beschwerdeführer, gemäss seinen Angaben der Ehemann von B. und der Vater ihrer vier Kinder, stellte am 17. August 2015 in der Schweiz ein Asylgesuch. Er gab an, im Jahr 2006 aus Eritrea geflohen zu sein. Seither habe er keinen Kontakt mehr zu seiner Ehefrau und seinen Kindern gehabt, habe aber von einem Bekannten erfahren, dass diese Eritrea ebenfalls verlassen hätten und sich nun in der Schweiz befänden. Im Jahr 2009 sei er nach Italien gelangt, wo er Asyl erhalten habe. Am 10. September 2015 teilte das SEM dem Beschwerdeführer mit, Abklärungen hätten ergeben, dass er in Italien als Flüchtling anerkannt sei, weshalb das SEM beabsichtige, in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG (SR 142.31) nicht auf sein Asylgesuch einzutreten und ihn nach Italien wegzuweisen. Es gewährte ihm dazu das rechtliche Gehör. In seiner Stellungnahme vom 14. September 2015 erklärte der Beschwerdeführer, er und B. hätten im Jahr 1996 nach Brauch geheiratet, er sei der Vater ihrer vier Kinder. Dies gehe aus den beigelegten Kopien der Taufurkunden der Kinder und seines Ehescheins hervor. Er habe den Kontakt zu seiner Familie verloren, weil er im Jahr 2006 aus Eritrea habe fliehen müssen. Im Sudan habe er Probleme gehabt, weshalb ein telefonischer Kontakt unmöglich gewesen sei. Sporadisch habe er mit seinem Bruder in den USA telefonieren können. Dieser habe ihm versichert, dass es seiner Familie gut gehe. Erst im Jahr 2015 habe er von einem Verwandten im Sudan erfahren, dass seine Ehefrau ebenfalls aus Eritrea ausgereist sei und sich wahrscheinlich in Europa aufhalte. Daraufhin habe er sich sofort auf die Suche nach seiner Familie gemacht, weil er mit dieser habe zusammenleben wollen. Da die Situation in Italien für Flüchtlinge prekär sei, habe er sie aber nicht dorthin holen wollen. Seit er und seine Ehefrau wieder miteinander in Kontakt stünden, führten sie eine sehr enge Beziehung. Angesichts dieser

Umstände müsse auf sein Asylgesuch eingetreten und geprüft werden, ob er gestützt auf Art. 3 AsylG als Flüchtling anerkannt oder gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau einbezogen werden könne. Mit Eingabe vom 11. September 2015 erklärte B., sie habe anlässlich der Befragung beim SEM angegeben, dass sie ihren Ehemann respektive den Vater ihrer vier Kinder seit dessen Flucht aus Eritrea nicht mehr gesehen habe. Sie habe damals aber das Original ihrer Heiratsurkunde eingereicht. Mit Schreiben vom 17. September 2015 ersuchte B. darum, dass der Beschwerdeführer mit ihr und den Kindern zusammenleben könne. Auf Nachfrage teilten die italienischen Behörden mit, dass der Beschwerdeführer in Italien als Flüchtling anerkannt wurde und dort über einen bis am 16. Dezember 2019 gültigen Aufenthaltstitel verfüge. Italien stimmte einer Rückübernahme des Beschwerdeführers zu. Mit Schreiben vom 22. März 2016 informierte das SEM den Beschwerdeführer, dass er gemäss Art. 8 EMRK einen potenziellen Anspruch auf Erteilung einer kantonalen Aufenthaltsbewilligung habe, da B. über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge, die auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruhe. Da Art. 8 EMRK bereits bei der Verfügung der Wegweisung einer Person aus der Schweiz greife, sei diese - sofern ein potenzieller Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bestehe - vom SEM gar nicht mehr zu prüfen; diese Prüfung falle in die Kompetenz der kantonalen Behörden. Vor diesem Hintergrund forderte das SEM den Beschwerdeführer auf, bei den zuständigen kantonalen Migrationsbehörden ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung einzureichen und das SEM über die Einleitung des Bewilligungsverfahrens in Kenntnis zu setzen, ansonsten es davon ausgehe, dass der Beschwerdeführer kein Interesse an der Wahrnehmung seines aus Art. 8 EMRK potenziell erwachsenden Rechts habe. Der Beschwerdeführer beantragte beim zuständigen Migrationsamt am 12. April 2017 die Erteilung einer kantonalen Aufenthaltsbewilligung. Mit Verfügung vom 18. Mai 2017 teilte das zuständige Migrationsamt dem Beschwerdeführer mit, sein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung werde gestützt auf Art. 14 Abs. 1 AsylG nicht anhand genommen. Während eines laufenden Asylverfahrens könne grundsätzlich kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung eingeleitet werden, ausser es bestehe ein Anspruch. Da seine Frau und die Kinder lediglich über Aufenthaltsbewilligungen als Flüchtlinge verfügten, bestehe vorliegend kein offensichtlicher gesetzlicher Anspruch auf Erteilung einer Härtefallbewilligung nach Art. 8 EMRK, zumal er keine wirtschaftliche Beziehung zu den Kindern geltend machen könne (Sozialhilfeabhängigkeit). Mit Verfügung vom 31. Juli 2017 trat das SEM gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein (Dispositiv-Ziffer 1), lehnte sein Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau ab (Dispositiv-Ziffer 2), ordnete seine Wegweisung aus der Schweiz an (Dispositiv-Ziffer 3), nahm ihn jedoch wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig in der Schweiz auf (Dispositiv-Ziffern 4-7). Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer sei in Italien bereits als Flüchtling anerkannt, weshalb ihm in der Schweiz nicht erneut die originäre Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen sei. Betreffend das Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau komme das SEM zum Schluss, dass er die Beziehung zu ihr mit der Flucht aus Eritrea im Jahr 2006 abgebrochen und bis 2015 nicht wiederaufgenommen habe. Folglich sprächen besondere Umstände im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG gegen einen Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Ehefrau. Gestützt auf Art. 44 AsylG und unter Berücksichtigung der Einheit der Familie sei jedoch von seiner Wegweisung nach Italien abzusehen. Am 17. August 2017 erhob der Beschwerdeführer

gegen diesen Entscheid des SEM Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die Ziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und das SEM sei anzuweisen, ihn in die Flüchtlingseigenschaft und ins Asyl seiner Ehefrau einzuschliessen. Er erklärte, dass er, seine Ehefrau und seine Kinder seit Oktober 2015 endlich wieder als Familie zusammenleben dürften. Er sei sehr dankbar, dass er seine Rolle als Vater und Ehemann wieder wahrnehmen könne. Die langjährige Trennung und die fehlgeschlagenen Kontaktversuche seien alleine durch die Flucht und andere äussere Umstände verursacht worden. Ein Leben als Familie in Italien sei nicht zumutbar. Seine Ehefrau und die Kinder lebten bereits seit 2012 in der Schweiz. Die Kinder seien gut integriert, sie hätten hier Freunde und absolvierten alle eine Ausbildung. In Italien wäre dies nicht möglich. Ohnehin wäre es fraglich, ob Italien einen Familiennachzug erlauben würde. In seiner Vernehmlassung vom 22. September 2017 zweifelte das SEM (nachfolgend auch: Vorinstanz) die Darstellung des Beschwerdeführers an. Es sei davon auszugehen, dass er die Beziehung nach der Flucht abgebrochen habe und erst aufgrund seines Interesses, in der Schweiz Asyl zu erhalten, Anstrengungen unternommen habe, um die Beziehung wiederaufzunehmen. Im vorliegenden Fall seien ferner nicht die Schlussfolgerungen in BVGE 2017 VI/4, sondern die Argumentation in BVGE 2012/32 (E. 5.2 und 5.4, insb. 5.4.2) einschlägig. Darin werde massgeblich festgehalten, dass das Institut des Familienasyls nach der Konzeption des Gesetzes und ständiger Praxis alleine auf die Bewahrung bestehender Familiengemeinschaften und nicht auf die Aufnahme von neuen oder die Wiederaufnahme von beendeten Beziehungen abziele. Somit stelle der Umstand, dass der Beschwerdeführer über einen Zeitraum von rund neun Jahren keinen Kontakt zu seiner Familie aufgenommen habe, ungeachtet dessen, wie eng die Beziehung zwischen ihm und seiner Ehefrau sowie den gemeinsamen Kindern wieder sein möge, einen besonderen Umstand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG dar, der einem Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und damit der Gewährung von Asyl entgegenstehe. Das Urteil erging in Besetzung mit fünf Richterinnen und Richtern und bildete Gegenstand eines von der Vereinigung der Abteilungen IV und V im Sinne von Art. 25 Abs. 2 und Abs. 3 VGG getroffenen Entscheids. Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde ab. Aus den Erwägungen:

#### **E. 4.1**

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

#### **E. 4.2**

Nach Art. 51 Abs. 1 AsylG werden - unter dem Titel Familienasyl - namentlich die Ehegatten und die minderjährigen Kinder von Flüchtlingen ihrerseits als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl in der Schweiz, wenn keine besonderen Umstände dagegensprechen und sie nicht bereits in eigener Person die Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 AsylG erfüllen (dies ist als Erstes zu prüfen; vgl. Art. 37 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsylV 1, SR 142.311]). Ein auf die Abs. 1 und 3 gestützter Anspruch auf Einbezug beschlägt die Situation von Familienangehörigen eines in der Schweiz

anerkannten Flüchtlings, welche sich zum Zeitpunkt des Gesuchs um Einbezug bereits in der Schweiz befinden. Für solche Angehörige ist gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG auch der Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft eines Ehepartners oder Elternteils möglich, der in der Schweiz lediglich als Flüchtling vorläufig aufgenommen wurde (vgl. Urteil des BVGer E-5669/2016 vom 18. Januar 2019 E. 4.1 sowie die Hinweise bei Minh Son Nguyen, in: Code annoté de droit des migrations, Bd. IV, Loi sur l'asile, 2015, Art. 51 AsylG Ziff. 30-32; Constantin Hruschka, in: Kommentar Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 51 AsylG N. 2; Peter Bolzli, in: Kommentar Migrationsrecht, a.a.O., Art. 85 AuG N. 17 und 19; Angela Stettler, Der Einbezug von Familienangehörigen in die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 51 AsylG - Aktuelle Entwicklungen, in: Asyl 2018/1 S. 6 f.). Demgegenüber muss die in der Schweiz als Flüchtling anerkannte Person ihrerseits über den Asylstatus verfügen, um Familienangehörige aus dem Ausland nachziehen zu können; zusätzliches Erfordernis ist, dass die Familie durch die Flucht getrennt worden ist (vgl. Art. 51 Abs. 4 AsylG; vgl. BVGE 2018 VI/6).

#### **E. 4.3**

Der Anspruch auf Familienasyl nach Art. 51 AsylG knüpft an den Bestand der Familiengemeinschaft an. Anspruchsberechtigt sind Ehegatten und minderjährige Kinder von Flüchtlingen (BVGE 2012/5 E. 4.1). Gleichermassen anspruchsberechtigt sind eingetragene Partnerinnen und Partner und in dauernder eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebende Personen (Art. 1a Bst. e AsylV 1). Voraussetzung des Einbezugs eines Ehegatten oder einer Ehegattin in das Familienasyl nach Art. 51 AsylG ist das Bestehen einer gültigen Ehe, entweder nach schweizerischem Recht oder nach dem Recht des Staats, in dem die Eheschliessung erfolgte (vgl. Art. 43 ff. IPRG [SR 291]). Auch eine im Ausland geschlossene Ehe wird demnach in der Schweiz grundsätzlich anerkannt, sofern sie anerkennungsfähig ist (vgl. Art. 1 Abs. 2 IPRG) und nicht gegen den schweizerischen Ordre public (vgl. Art. 27 Abs. 1 IPRG) verstösst (vgl. BVGE 2012/5 E. 4.5 betreffend die Nichtanerkennung einer polygamen Ehe).

#### **E. 4.4**

Die Ehe muss ausserdem aktuell tatsächlich gelebt werden. Sofern eine früher bestehende Ehe in der Zwischenzeit aufgrund der eingetretenen Ereignisse und des nachträglichen Verhaltens der Beteiligten als aufgelöst und nicht mehr aktuell bestehend betrachtet werden muss, stellt dies einen besonderen Umstand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG dar. Hingegen ist - anders als für den Familiennachzug von noch im Ausland befindlichen Personen - keine Trennung durch die Flucht erforderlich. Art. 51 Abs. 1 AsylG ist auch auf Familien anwendbar, die erst in der Schweiz gegründet wurden. So hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Grundsatzentscheid BVGE 2017 VI/4 zu Art. 51 Abs. 1 AsylG festgehalten, dass Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder, die sich bereits in der Schweiz befinden, vorbehältlich besonderer Umstände ebenfalls die Flüchtlingseigenschaft und Asyl erhalten, selbst wenn die Familiengemeinschaft erst in der Schweiz begründet wurde. Bereits in den Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission (EMARK) 1994 Nr. 11, konkretisiert in EMARK 1995 Nr. 15, wurde festgehalten, dass es für den Einbezug in das Familienasyl nach Art. 3 Abs. 3 aAsylG (Vorgängerbestimmung zu Art. 51 Abs. 1 AsylG) unerheblich sei, ob der Familienangehörige vor, mit oder nach der als Flüchtling anerkannten Person in die Schweiz eingereist sei. Ebenso spiele der Zeitpunkt der Eheschliessung für den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft des Ehegatten keine Rolle. Die eheliche oder eheähnliche

Gemeinschaft müsse mithin nicht - wie dies bei der Konstellation nach Art. 7 Abs. 1 aAsylG (der heutige Art. 51 Abs. 4 AsylG) der Fall sei - durch die Flucht getrennt worden sein.

#### **E. 4.5**

Das SEM lehnte das Gesuch um Familienasyl und Einbezug ab. Gemäss seiner Einschätzung lagen im Fall des Beschwerdeführers besondere Umstände vor im Sinne von Art. 51 AsylG, weil die Familie während vieler Jahre getrennt gewesen sei. Es ging davon aus, der Beschwerdeführer habe die Beziehung zu seiner Ehefrau nach seiner Flucht aus Eritrea im Jahr 2006 abgebrochen und erst neun Jahre später in der Schweiz wieder aufgenommen. Dies stelle einen besonderen Umstand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG dar, der gegen einen Einbezug in ihre Flüchtlingseigenschaft spreche. Die Vorinstanz berief sich dazu auf BVGE 2012/32 und vertrat die Auffassung, die Grundsätze aus BVGE 2017 VI/4 seien im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Dieser Argumentation kann sich das Bundesverwaltungsgericht nicht anschliessen.

#### **E. 4.5.1**

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

#### **E. 4.5.2**

Für einen allfälligen Einbezug des Beschwerdeführers, der sich bereits in der Schweiz aufhält, in die Flüchtlingseigenschaft seiner in der Schweiz asylberechtigten Ehefrau sind die Schlussfolgerungen aus BVGE 2012/32 nicht einschlägig. Nachdem es, wie oben erläutert, bei den Anwendungsfällen des Art. 51 Abs. 1 AsylG ausreicht, dass die Familie in der Schweiz besteht und gelebt wird und sie sogar erst hier gegründet worden sein kann, würde selbst ein allfälliger früherer Abbruch einer in der Schweiz wieder aufgenommenen Beziehung keinen besonderen Umstand nach Art. 51 Abs. 1 AsylG darstellen, sofern das Bestehen einer aktuell gelebten Familiengemeinschaft in der Schweiz bejaht werden kann. Im Zusammenhang mit Art. 51 Abs. 1 AsylG ist demnach einzig erheblich, ob aktuell von einer bestehenden Familiengemeinschaft zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau sowie den vier gemeinsamen Kindern auszugehen ist. Dies ist aus den folgenden Gründen zu bejahen:

#### **E. 4.5.3**

Der Beschwerdeführer und B. sind ein Ehepaar. Beide gaben in ihren jeweiligen Verfahren vor dem SEM zu Protokoll, im Jahr 1996 in einem Ort namens H., Eritrea, religiös getraut worden und seither miteinander verheiratet zu sein ([...]). Der Eheschluss ist durch Kopien ihrer Heiratsurkunde belegt. Am Eheschluss zwischen dem Beschwerdeführer und B. ist nicht zu zweifeln, auch das SEM hat dies nicht infrage gestellt. Laut Sachverhalt ([...]) lebt

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

#### **E. 4.5.4**

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

#### **E. 4.6**

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

#### **E. 5.1**

Wie unter E. 4.6 festgestellt, bilden der Beschwerdeführer und seine Frau sowie die Kinder eine Familie und haben als solche ein berechtigtes Interesse, zusammenzuleben. Zu klären ist, auf welchem Weg die Einheit der Familie realisiert werden kann, ob im Rahmen des asylrechtlichen Familiennachzugs nach Art. 51 AsylG oder nach den Regeln des Ausländerrechts gemäss Art. 44 AIG (SR 142.20), da die Ehefrau und die Kinder als Asylberechtigte eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz erhalten haben. Gegen die Anwendung der asylrechtlichen Regelung gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG könnte vorliegend der Einwand bestehen, dass die Flüchtlingsanerkennung des Beschwerdeführers in Italien und das ihm dort gewährte Asyl als besonderer Umstand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG seinem Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und das Asyl seiner Ehefrau entgegenstehen.

#### **E. 5.2**

Bei den in Art. 51 Abs. 1 AsylG erwähnten " besonderen Umständen " handelt es sich um einen unbestimmten, durch die Praxis konkretisierten Rechtsbegriff, dessen Zweck darin besteht, Missbrauchstatbestände zu unterbinden und den Behörden die Möglichkeit einzuräumen, Personen kein Asyl zu gewähren, die in objektiver Hinsicht des spezifischen Schutzes des Asyls nicht bedürfen (vgl. Botschaft vom 4. Dezember 1995 zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, BBl 1996 II 69 f. zum damaligen Art. 48 aAsylG, Familienasyl; vgl. auch BVGE 2015/40 E. 3.4.4.3). Zu klären ist demnach, ob besondere

Umstände im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG anzunehmen sind, falls die einzubeziehende Person in einem sicheren Drittstaat bereits als Flüchtling im Sinne des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) anerkannt worden ist und daher dort Schutz genießt. Die Bejahung dieser Frage würde dazu führen, dass kein Anspruch auf Familienasyl bestünde und die Familieneinheit ausländerrechtlich zu beantragen wäre. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist in dieser Frage bisher nicht einheitlich. Im Urteil des BVGer D-3955/2015 vom 19. Juli 2016 E. 4.5-4.10 wurde das Vorliegen eines besonderen Umstands verneint, das Urteil des BVGer E-6880/2014 vom 29. November 2017 bejaht dies in E. 4.3 ausdrücklich. Es drängt sich deshalb eine Klärung auf. Dabei erscheint es hilfreich, zu beleuchten, welchen Zweck die Bestimmung des Familienasyls gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG verfolgt.

### **E. 5.3**

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

2017 VI/4 E. 4.3.2 m.H. auf die Rechtsprechung der Schweizerischen Asylrekurskommission; sowie auch BVGE 2015/29 E. 4.2.1; statt vieler: Urteile des BVGer D-2150/2016 vom 12. Oktober 2017 E. 3.1; D-2268/2016 vom 7. September 2017 E. 5.5; D-2506/2014 vom 18. September 2015 E. 6.1; E-1834/2014 vom 24. März 2015 E. 4.1). Allerdings erfolgt dieser Status-Transfer nicht automatisch in jedem Fall, sondern nur, sofern ihm keine besonderen Umstände entgegenstehen (vgl. BVGE 2015/40 E. 3.4.4.3).

#### **E. 5.4**

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

#### **E. 5.5**

Das Bundesverwaltungsgericht geht in seiner ständigen Rechtsprechung davon aus, dass das italienische Asylsystem zwar im Hinblick auf die Unterbringungssituation teils Defizite aufweist (vgl. statt vieler das Urteil des BVGer D-1689/2019 vom 15. April 2019), die jedoch in ihrer Schwere nicht die Schwelle von systemischen Mängeln überschreiten. Weder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) noch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften/Union (EuGH) konnten das Vorliegen von systemischen Schwachstellen im italienischen Asylsystem erkennen. In Bezug auf die Durchführung des Asylverfahrens in Italien hält es das Bundesverwaltungsgericht deshalb für sichergestellt, dass Italien als Signatarstaat der EMRK, des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und der FK sowie des Zusatzprotokolls zur FK vom 31. Januar 1967 (SR 0.142.301) seinen diesbezüglichen völkerrechtlichen Verpflichtungen weiterhin nachkommt. Es darf davon ausgegangen werden, dieser Staat anerkenne und schütze die Rechte, die sich für Schutzsuchende aus den Richtlinien 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABl. 180/60 vom 29.6.2013 (sog. Verfahrensrichtlinie) sowie 2013/33/EU vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz

beantragen (Neufassung), ABl. L 180/96 vom 29.6.2013 (sog. Aufnahme richtlinie) ergeben (vgl. statt vieler das Urteil des BVGer E-1448/2019 vom 2. April 2019 E. 5.2). Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die italienischen Asylbehörden das Gesuch des Beschwerdeführers gewissenhaft und sorgfältig nach europäischen Standards geprüft und darüber entschieden haben. Angesichts der Überlegung, dass der Schengen-Raum gemäss seiner Konzeption einen einheitlichen " europäischen Asylraum " darstellt - auf dieser Prämisse fusst letztendlich auch das System der Dublin-Zuständigkeitsbestimmung -, ist die Auffassung vertretbar, dass die Flüchtlingserkennung in einem europäischen Staat des Schengen-Raums auch in der Schweiz dazu führen muss, dass die betreffende Person als jemand gilt, der bereits ein Asylverfahren zur Feststellung seiner originären Flüchtlingseigenschaft durchlaufen hat. Aus diesem Grund kann eine solche Person - in analoger Anwendung der Regelungen zur Subsidiarität des Familienasyls nach Art. 51 AsylG gegenüber der ordentlichen, individuellen Asylgesuchsprüfung - nicht noch einmal in den Genuss einer erneuten Gesuchsprüfung kommen.

#### **E. 5.6**

Der Schutzgedanke, der Art. 51 Abs. 1 AsylG zumindest auch zugrunde liegt (vgl. E. 5.3), liefe auch ins Leere, wenn einer schutzsuchenden Person Familienasyl gewährt würde, obwohl sie bereits in einem sicheren Drittstaat als Flüchtling anerkannt ist und dort Schutz genießt. Genau so präsentiert sich aber der Sachverhalt im vorliegenden Fall: Der Beschwerdeführer verfügt in Italien bereits seit einigen Jahren über internationalen Schutz. Er ist insofern nicht auf den Schutz angewiesen, welcher ihm durch Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft - die er bereits besitzt - und Gewährung von Familienasyl gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG in der Schweiz zuteilwürde. Art. 51 AsylG verfolgt in erster Linie die Zielsetzung, den Einschluss in die Flüchtlingseigenschaft zu ermöglichen, die Gewährung von Asyl verhält sich dazu lediglich akzessorisch. Das vorrangige Ziel - die Gewährung desselben Rechtsstatus an alle Familienmitglieder - kann nicht gänzlich vom Schutzgedanken abgekoppelt werden. Auch das Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (UNHCR) definiert in seinem Handbuch das Familienasyl in erster Linie als Weitergabe des Flüchtlingsstatus, da die Flüchtlingskonvention die Anerkennung des Flüchtlingsstatus regelt, indessen keinen Asylstatus kennt (vgl. u.a. UNHCR-Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, Kap. VI - Der Grundsatz der Familieneinheit, Ziff. 184). Die Verleihung des privilegierten Status des Asyls ist ein souveräner Akt der Schweizer Behörden (BVGE 2015/40 E. 3.6.1 mit Verweis auf BVGE 2014/40 E. 3.4.1; 2012/20 E. 6.2).

#### **E. 5.7**

Vorliegend präsentiert sich die Ausgangslage wie folgt: Der Beschwerdeführer wurde am 16. November 2009 in Italien als asylberechtigter Flüchtling anerkannt, wo er bis zu seiner Einreise in die Schweiz am 17. August 2015 gelebt hat. Bereits im Rahmen des beratenden Vorgesprächs gab er an, in der Schweiz mit seinen Kindern zusammenleben zu wollen ([...]). Im Rahmen des rechtlichen Gehörs zur beabsichtigten Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG respektive der Stellungnahme zum Entscheidentwurf vom 14. September 2015 wurde bekräftigt, dass er einzig deshalb in die Schweiz gereist sei, weil er erfahren habe, dass seine Ehefrau mit den vier gemeinsamen Kindern hier lebe. Selbst wenn er in Italien als Flüchtling anerkannt sei, ziehe er es vor, mit seiner Familie in der Schweiz zu leben, da die Situation in Italien prekär sei. Auch in der Anhörung beschränkte sich sein Vorbringen darauf, in die Schweiz gereist zu sein, um seine Familie zu suchen und mit ihr

zu leben ([...]). Vorliegend kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer überhaupt ein Gesuch um Schutz an die schweizerischen Behörden gerichtet hat. Ein solches kam für ihn auch nicht infrage, da er bereits in Italien schutzberechtigt ist. Sein Gesuch ist daher nicht als Asylgesuch im eigentlichen Sinne zu betrachten, sondern es handelt sich vielmehr um ein reines Gesuch um Familienzusammenführung einer Person, die kein Schutzbedürfnis mehr hat, weil sie bereits Schutz genießt. Dieser Umstand schliesst als ein besonderer Umstand die Anwendung von Art. 51 Abs. 1 AsylG aus. Der Familiennachzug ist gemäss den ausländerrechtlichen Regelungen zu behandeln. Das SEM hat das Gesuch um Einbezug daher zwar mit unzutreffender Begründung (vgl. E. 4), jedoch im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

### **E. 6.1**

Nachdem die Regeln des asylrechtlichen Familiennachzugs aus den obigen Erwägungen nicht zur Anwendung kommen, wäre das Gesuch um Familieneinheit nach den Bestimmungen des Ausländerrechts, insbesondere Art. 44 AIG, zu prüfen gewesen. Beim Familiennachzug durch Personen mit Aufenthaltsbewilligung muss die Familie über genügend finanzielle Mittel verfügen, die gewährleisten, dass der Familiennachzug nicht zu einer Sozialhilfeabhängigkeit führt (Art. 44 Abs. 1 Bst. c AIG). Zudem muss die Familie in einer genügend grossen, bedarfsgerechten Wohnung zusammenleben. Als zusätzliches Kriterium müssen sich nachzuziehende Ehegatten seit dem 1. Januar 2019 in der am Wohnort gesprochenen Landessprache verständigen können. Dabei muss die mündliche Sprachkompetenz der am Wohnort gesprochenen Landessprache mindestens auf dem Referenzniveau A1 liegen (Art. 44 Abs. 1 Bst. d AIG i.V.m. Art. 73a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]).

### **E. 6.2.1**

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

### **E. 6.2.2**

Die entsprechenden Weisungen des SEM zum Familiennachzug für anerkannte Flüchtlinge mit Asyl und mit einer Aufenthaltsbewilligung (bei denen nicht Art. 51 AsylG greift) halten unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung fest, dass bei Vorliegen einer nahen, echten und tatsächlich gelebten familiären Beziehung, ohne dass es möglich oder zumutbar wäre, das entsprechende Familienleben andernorts zu pflegen (Schutzbereich von

Art. 8 EMRK), ein Familiennachzug nur dann verweigert werden kann, wenn die Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 44 AIG in Verbindung mit Art. 73 VZAE nicht erfüllt sind oder Erlöschensgründe im Sinne von Art. 51 Abs. 2 AIG bestehen (wie zum Beispiel Rechtsmissbrauch, Vorspiegelung falscher Tatsachen, strafrechtliche Verurteilung, wiederholte Verstösse gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung; vgl. SEM, Weisungen Ausländerbereich AIG, Stand 1. Januar 2019, Ziff. 6.6, S. 116 f., Familienangehörige von anerkannten Flüchtlingen mit Asyl, mit Verweis auf BGE 139 I 330 E. 3.3, < [www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-d.pdf](http://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-d.pdf) >, abgerufen am 30.08.2019).

### **E. 6.3**

Einschränkungen für den Familiennachzug können sich für Flüchtlinge mit Asyl allerdings aus dem Erfordernis der Unabhängigkeit von Sozialhilfeleistungen ergeben, das sowohl eine Voraussetzung für die Gewährung nach Art. 44 AIG darstellt als auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine legitime Schranke für den Anspruch aus Art. 8 EMRK, obwohl dem asylberechtigten Flüchtling selbst die eigene Sozialhilfeabhängigkeit nicht vorgeworfen werden kann (vgl. BGE 139 I 330 E. 3). Bringt der Nachzug weiterer Familienangehöriger jedoch die Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit der nachzuziehenden Person oder eine Erhöhung der finanziellen Abhängigkeit des anwesenden Flüchtlings mit sich, kann es sich im öffentlichen Interesse rechtfertigen, die Aufenthaltsbewilligung zu verweigern. Das Vorhandensein hinreichender finanzieller Mittel und damit die Entlastung der Sozialhilfe und der öffentlichen Finanzen ist als Voraussetzung des Familiennachzugs auch nach der Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK anerkannt (vgl. BGE 139 I 330 E. 3.2; sowie das Urteil des BGer 2C\_1018/2012 vom 6. Dezember 2013 E. 3.2; ähnlich auch die Argumentation im Urteil des BVer F-2043/2015 vom 26. Juli 2017 [auszugsweise publiziert als BVGE 2017 VII/4] E. 7; sowie die Ausführungen im Urteil des BVer F-7893/2016 vom 16. Juli 2018, wo in E. 7.5 - ebenfalls unter Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts - dargelegt wurde, weshalb das persönliche Interesse der als Flüchtling vorläufig aufgenommenen Beschwerdeführerin an der Familieneinheit mit ihrem Ehemann " hinter dem gewichtigeren öffentlichen Interesse zurückzustehen [hat], solange nicht sichergestellt ist, dass der Familiennachzug die Belastung der Sozialhilfe vermindert oder zumindest nicht erhöht. "). Das Bundesgericht hat bezüglich der drohenden Sozialhilfeabhängigkeit festgehalten, dass eine solche den Eheleuten nicht mehr entgegengehalten werden darf, wenn der Flüchtling mit Asyl alles ihm Zumutbare unternommen habe, um auf dem (primären) Arbeitsmarkt seinen eigenen und den Unterhalt der (sich noch im Ausland befindenden, nach der Flucht begründeten) Familie möglichst autonom zu bestreiten, beziehungsweise er oder sie in vertretbarer Weise dartut, dass sich der sozialhilferechtliche Fehlbetrag unter Einbezug der zu erwartenden Einkünfte der Gemeinschaft in absehbarer Zeit ausgleichen wird (Urteil des BGer 2C\_660/2015 vom 26. August 2015 E. 2.2). Nach der bundesgerichtlichen Praxis stehen finanzielle Gründe der Familienzusammenführung allerdings dann entgegen, wenn die Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit besteht. Dabei ist von den aktuellen Verhältnissen auszugehen, die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung aber auf längere Sicht mit zu berücksichtigen (Urteil des BGer 2C\_320/2013 vom 11. Dezember 2013 E. 4.1 sowie die oben zitierten Urteile). Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Interesse, die öffentliche Fürsorge vor dem Risiko zusätzlicher Belastung zu bewahren, nur dann eine massive Erschwerung oder gar ein Verunmöglichen des Familienlebens von anerkannten Flüchtlingen mit Asyl rechtfertigt, wenn die entsprechende Gefahr in zeitlicher und

umfangmässiger Hinsicht als erheblich zu gewichten ist; die Schweiz hat diesbezüglich gewisse Konsequenzen aus der Asylgewährung, der Ehefreiheit der Betroffenen (Art. 14 BV) und der damit verbundenen allfälligen künftigen Familienbildung zu tragen (BGE 139 I 330 E. 4.2).

#### **E. 6.4**

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

#### **E. 6.5**

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

#### **E. 6.6**

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

#### **E. 6.7**

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

reformatio in peius gleich).

### **E. 6.8**

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.