

# **BVGer D-1149/2012 vom 22. August 2013**

Bundesverwaltungsgericht, 2013-08-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-1149\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-1149_2012)

FR: TAF D-1149/2012 du 22 août 2013

IT: TAF D-1149/2012 del 22 agosto 2013

## **Regeste**

Familienzusammenführung (Asyl)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet im Bereich des Asylrechts endgültig, ausser - was in casu nicht zutrifft - bei Vorliegen eines Auslieferungersuchens eines Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

### **E. 1.2**

Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

### **E. 1.3**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 1 AsylG, Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

### **E. 3.1**

Das BFM führte zur Begründung seiner Verfügung vom 28. Januar 2012 aus, gemäss Art. 85 Abs. 7 AuG könnten 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. Im Falle des Beschwerdeführers sei die vorläufige Aufnahme am 17. Januar 2011 angeordnet worden. Damit sei besagte Grundvoraussetzung nicht erfüllt. Das Gesuch um

Familiennachzug sei daher abzuweisen und die Einreise der beiden minderjährigen Kinder in die Schweiz sei nicht zu bewilligen.

### **E. 3.2**

Dem hielt der Beschwerdeführer durch seine Rechtsvertreterin in der Beschwerde vom 29. Februar 2012 entgegen, das Gesetz habe bis zum 31. Dezember 2006 keine allgemein gültige dreijährige Wartefrist für die Familienvereinigung vorgesehen. Die vormalige Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) habe eine Regelung, welche die Familienvereinigung regelmässig um drei Jahre verzögere, als einen schwerwiegenden Eingriff in das Familienleben bezeichnet. Seit dem 1. Januar 2008 unterstehe der Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen und allen anderen vorläufig aufgenommenen Personen den gleichen Bestimmungen (Art. 85 Abs. 7 AuG). Es stelle sich jedoch die Frage, ob die Anwendung dieser neuen Bestimmung verfassungs- und völkerrechtliche Rechtspositionen verletze, wobei insbesondere das Recht auf Familienleben und die Rechtsgleichheit berührt seien (vgl. Beschwerde S. 4 ff.). Das Bundesgericht bejahe in konstanter Rechtsprechung einen Anspruch auf die Erteilung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung zugunsten der noch im Ausland befindlichen Angehörigen unmittelbar gestützt auf Art. 8 EMRK dann, wenn die Betroffenen über intakte und tatsächlich gelebte Familienbande zu nahen Verwandten verfügten, die ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz hätten. Das Bundesgericht lasse gemäss seiner Reneja-Praxis eine Berufung auf Art. 8 EMRK zu, wenn die anwesende Person einen gefestigten Aufenthalt habe. Auch ein völkerrechtlich begründeter Anspruch auf Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung (wie der Grundsatz des Non-refoulement) könne eine Berufung auf die Verfassungsrechte und auf Art. 8 EMRK zulassen. Vorläufig aufgenommene Flüchtlinge verfügten über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht, da ihnen aufgrund ihrer Flüchtlingseigenschaft ein hinreichend stabiler Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz erwachse. Für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge stelle die Familienzusammenführung in der Schweiz in der Regel die einzige Möglichkeit dar, überhaupt ein Familienleben mit den Familienangehörigen, von denen sie durch die Flucht getrennt worden seien, zu führen. Der Gesetzgeber missachte, dass vorläufig aufgenommene Flüchtlinge, anders als Aufenthalter und Aufenthalterinnen (Ausweis B), unfreiwillig von ihren Familienangehörigen getrennt worden seien und aufgrund der Gefährdungssituation nicht in ihr Heimatland zu ihren Familien zurückkehren könnten. Ausserdem hätten vorläufig aufgenommene Flüchtlinge einen auf Art. 8 EMRK gestützten direkten Anspruch auf die für den Familiennachzug erforderlichen fremdenpolizeilichen Bewilligungen (vgl. Beschwerde S. 6). Sodann würden vorläufig aufgenommene Flüchtlinge gegenüber Personen mit Asylstatus (Art. 51 AsylG) erheblich benachteiligt. Das Unterscheidungskriterium sei das Vorliegen von Asylausschlussgründen oder subjektiver Nachfluchtgründe. Die Nichtgewährung des Asyls rechtfertige jedoch eine Schlechterbehandlung der Kategorie "vorläufig aufgenommene Flüchtlinge" nicht, weil zwischen den Asylausschlussgründen und dem Familiennachzug kein sachlicher Zusammenhang bestehe (vgl. Beschwerde S. 6 unten). Zusammenfassend müsse festgehalten werden, dass mit der unterschiedlichen Regelung des Familiennachzugs für Flüchtlinge mit und ohne Asyl vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt würden. Diese Differenzierung könne nicht mit tatsächlichen Unterschieden begründet werden. Externe Ziele der Differenzierung könnten - soweit überhaupt ersichtlich - nicht als legitim bezeichnet werden (vgl. Beschwerde S. 7, unter Hinweis auf Jörg Paul Müller und Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, S. 654 ff.). Umgekehrt werde mit der

unzulässigen Gleichbehandlung von vorläufig aufgenommenen (anerkannten) Flüchtlingen und vorläufig aufgenommenen Ausländern betreffend die Familienzusammenführung das Differenzierungsgebot verletzt. Die Völkerrechtswidrigkeit (und Verfassungswidrigkeit) von Art. 85 Abs. 7 AuG habe zur Folge, dass diese Bestimmung im Einzelfall nicht angewendet werden dürfe. Als völkerrechtskonforme (und verfassungskonforme) Alternative biete sich die analoge Anwendung der Bestimmungen über das Familienasyl (Art. 51 Abs. 4 AsylG) an. Bis heute habe das angerufene Gericht die Frage nach der Völkerrechts- und Verfassungskonformität von Art. 85 Abs. 7 AuG für den Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen nicht beantwortet, sondern habe die Familienzusammenführungsgesuche von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen als Asylgesuche aus dem Ausland verstanden. Sollte das angerufene Gericht sich ein weiteres Mal nicht zur Völkerrechtskonformität der Regelung des Familiennachzugs für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge äussern wollen, sei es in Anwendung der bisherigen Rechtsprechung zumindest gehalten, gestützt auf Art. 37 AsylV1 i.V.m. Art. 20 AsylG die Verfahrenssache zur Behandlung als Asylgesuch aus dem Ausland an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese Rückweisung dränge sich umso mehr auf, als die beiden Kinder des Beschwerdeführers als Halbwaisen bei ihren Grosseltern in Tibet lebten. Sie seien als Kinder eines Flüchtlings schutzlos den chinesischen Behörden ausgeliefert. Da die Grosseltern schon betagt seien, sei es nur noch eine Frage der Zeit, bis die Kinder als Waisen alleine in Tibet lebten. Diese hätten daher ein grosses Schutzbedürfnis, welches von den Schweizer Behörden abgeklärt werden müsse (vgl. Beschwerde S. 7).

#### **E. 4.1**

Beim Beschwerdeführer handelt es sich um einen vorläufig aufgenommenen Flüchtling. Der Nachzug von Familienmitgliedern vorläufig aufgenommener Flüchtlinge wird primär in den Art. 85 Abs. 7 AuG und Art. 51 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 und 2 AsylG geregelt. Demnach 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, eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist und die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist. Das asylrechtliche Erfordernis der Trennung durch die Flucht ist gemäss der grundsätzlich vom Bundesverwaltungsgericht weitergeführten Praxis der ARK einzig im Falle von missbräuchlicher Eheschliessung zum Zweck der Erlangung einer Einreisebewilligung in analoger Weise anwendbar (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 7 E. 6).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer ist seit dem 17. Januar 2011 wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig aufgenommen. Die obengenannte dreijährige Wartefrist ist somit noch nicht verstrichen. In der Beschwerde wird nun geltend gemacht, auch vor Ablauf dieser Frist ergebe sich ein Anspruch auf Familiennachzug aus Art. 8 EMRK (Achtung des Familienlebens), weshalb die Anwendung dieser Bestimmung nicht völkerrechtskonform sei.

#### **E. 4.3**

Anders als asylberechtigte Flüchtlinge, welche Anspruch auf Familiennachzug für im Ausland verbliebene Ehegatten und minderjährige Kinder haben, sofern die Familie durch

die Flucht getrennt wurde (Art. 51 Abs. 4 AsylG), ist der Anspruch auf Familiennachzug bloss vorläufig aufgenommener Flüchtlinge, deren Flüchtlingseigenschaft zwar anerkannt worden ist, die aber aufgrund eines Ausschlussgrundes kein Asyl erhalten (vgl. Art. 84 Abs. 4 AuG), von der Erfüllung zusätzlicher Bedingungen wie gesicherter Unterhalt und geeigneter Wohnsituation abhängig. Es bleibt zu prüfen, ob - wie in der Beschwerde zwar nicht ausdrücklich, so doch implizit geltend gemacht - die Ungleichbehandlung von asylberechtigten Flüchtlingen und bloss vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen in Bezug auf die Kriterien der Fürsorgeabhängigkeit und der bedarfsgerechten Wohnung mit der EMRK und dem Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) vereinbar ist.

#### **E. 4.3.1**

Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits in seinem Urteil D-8553/2010 vom 20. Februar 2013 auf einen Entscheid des Bundesgerichts vom 9. August 2010 (BGE 126 II 335) hingewiesen. Darin wurde zum Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen (unter altem Asylrecht) ausgeführt, dass gestützt auf Art. 8 EMRK kein absolutes Recht auf Einreise bestehe. Habe der Betroffene selber die Entscheidung getroffen, zumindest vorübergehend von seiner Familie getrennt zu leben (Nachfluchtgründe), so verstosse es nicht ohne Weiteres gegen das Recht auf Schutz seines Familienlebens, wenn ihm die Einreise von Angehörigen untersagt oder diese an gewisse Bedingungen geknüpft werde. Die meisten europäischen Staaten würden ein Recht auf Nachzug der engeren Familie erst nach einer gewissen Zeit, wenn der Unterhalt gesichert erscheine und eine geeignete Wohnung vorhanden sei, gewähren. Entsprechende Einschränkungen seien umso berechtigter, wenn der Staat wegen Asylunwürdigkeit oder subjektiver Nachfluchtgründe davon absehe, dem nachzugswilligen Ausländer ein Anwesenheitsrecht zu gewähren, und sich in Respektierung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen darauf beschränke, die angeordnete Wegweisung vorübergehend nicht zu vollziehen. Diese Praxis sei mit Blick auf Art. 8 EMRK von der Literatur als zu streng empfunden und entsprechend kritisiert worden (vgl. E.3b S. 345, mit Hinweis auf die Literatur). Den entsprechenden Einwänden habe der Gesetzgeber inzwischen aber in Art. 51 Abs. 5 AsylG Rechnung getragen, indem er dem Bundesrat die Kompetenz eingeräumt habe, für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge die Voraussetzungen für eine Vereinigung der Familie in der Schweiz zu regeln. Gestützt hierauf sei Art. 39 AsylV1 ergangen. Den Einwand, Art. 39 AsylV1 sei als solcher mit Art. 8 EMRK unvereinbar, habe ferner gegebenenfalls die Schweizerische Asylrekurskommission (heute Bundesverwaltungsgericht) zu prüfen, nachdem der Gesetzgeber die Familienvereinigung von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen nunmehr spezialgesetzlich im Asylbereich geregelt habe.

#### **E. 4.3.2**

Aus dem erwähnten BGE 126 II 335 ist somit zu folgern, dass Kriterien wie gesicherter Unterhalt und geeignete Wohnsituation als völkerrechtskonform zu erachten sind. Der Status der vorläufigen Aufnahme ist, seiner Ausgestaltung als blosser Ersatzmassnahme für die undurchführbare Wegweisung ausländischer, in der Schweiz unerwünschter Personen zufolge, ein schwacher. Er zeichnet sich aus durch die Limitierung der Rechte auf diejenigen, die Asylsuchenden zukommen, verbunden mit diejenigen Rechtsansprüchen, die den vorläufig Aufgenommenen ohnehin nach zwingendem Völkerrecht zukommen (vgl. Urteil BVGE 2012/26, E. 7.1; Walter Stöckli, Asyl, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser,

Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 11.76). Die EMRK verschafft grundsätzlich weder ein Recht auf Asyl noch ein solches auf Aufenthaltsbewilligung. Der vorläufig aufgenommene Flüchtling ist von der Asylgewährung ausgeschlossen, da er entweder asylunwürdig ist (Art. 53 AsylG) oder die Flüchtlingseigenschaft allein wegen subjektiver Nachfluchtgründe erfüllt (Art. 54 AsylG), d.h. sein Land ohne verfolgt zu sein verlassen hat und erst danach infolge seines eigenen Verhaltens zum Flüchtling geworden ist. Eine Verletzung des Rechtes auf Schutz seines Familienlebens ist nicht ersichtlich, wenn die Einreise von Angehörigen an gewisse Bedingungen wie gesicherter Unterhalt und geeignete Wohnsituation geknüpft wird, zumal sich der Staat in Respektierung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen darauf beschränkt, die angeordnete Wegweisung vorübergehend nicht zu vollziehen.

#### **E. 4.3.3**

In der FK wurde der Grundsatz der "Familieneinheit" beziehungsweise das Recht des Flüchtlings auf "Wiedervereinigung mit seiner Familie" nicht Bestandteil der Definition des Flüchtlingsbegriffs. Indessen wurde in der Schlussakte der Konferenz, die zur Annahme der FK führte, das "Recht der Familieneinheit" von den Teilnehmern der Konferenz als ein essentielles Recht des Flüchtlings anerkannt. Weiter wurden die Regierungen - in Form einer Empfehlung - aufgefordert, "die notwendigen Massnahmen zum Schutz der Familie des Flüchtlings durchzuführen, besonders im Hinblick darauf sicherzustellen, dass die Einheit der Familie des Flüchtlings aufrechterhalten bleibt, besonders in Fällen, in denen der Familienvorstand die für die Aufnahme in einem bestimmten Land erforderlichen Voraussetzungen erfüllt." Daraus ist zu ersehen, dass sich auch aus den Empfehlungen der Schlussakte der FK kein absolutes Recht auf Einreise ergibt und das Recht auf Familieneinheit nicht tangiert wird, wenn die Einreise von Angehörigen an gewisse Bedingungen geknüpft wird.

#### **E. 4.4**

Aus den obenstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Ungleichbehandlung von asylberechtigten Flüchtlingen und bloss vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen in Bezug auf die Kriterien der Fürsorgeabhängigkeit und der bedarfsgerechten Wohnung mit der EMRK und der FK vereinbar ist.

#### **E. 4.5**

Der Beschwerdeführer ist aufgrund der Aktenlage auch im heutigen Zeitpunkt auf Sozialhilfe angewiesen. Die Verweigerung des Familiennachzugs gemäss Art. 85 Abs. 7 AuG erweist sich damit im vorliegenden Fall als rechtmässig, da zumindest eines der kumulativen Kriterien dieser Bestimmung ohne Verletzung von Völkerrecht als nicht erfüllt zu betrachten ist. Die Frage, ob der Beschwerdeführer unter Berufung auf Völkerrecht geltend machen kann, die Wartefrist sei auf sein Gesuch um Familiennachzug nicht anwendbar (vgl. Beschwerde S. 7 f.), stellt sich somit im vorliegenden Fall nicht.

#### **E. 5**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Frage, ob die in Art. 85 Abs. 7 AuG statuierte Wartefrist verfassungs- und völkerrechtskonform ist, vorliegend offengelassen werden kann, weil der Beschwerdeführer gemäss Aktenlage auch im heutigen Zeitpunkt auf Sozialhilfe angewiesen ist und somit zumindest eine der insgesamt drei kumulativen Voraussetzungen gemäss Art. 85 Abs. 7 Bst. a-c AuG nicht erfüllt ist. Im Weiteren ist, wie obenstehend erörtert, die Ungleichbehandlung von asylberechtigten Flüchtlingen und bloss

vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen in Bezug auf die Kriterien der Fürsorgeabhängigkeit und der bedarfsgerechten Wohnung als mit der EMRK und der FK vereinbar zu erachten. Das BFM hat somit im Ergebnis zu Recht den beiden minderjährigen Kindern des Beschwerdeführers die Einreise in die Schweiz verweigert und das Gesuch um Familiennachzug abgewiesen.

#### **E. 6**

Das Bundesverwaltungsgericht hat in BVGE 2007/19 befunden, dass in Anwendung der einschlägigen Bestimmungen bei einem Familiennachzugsgesuch vorab zu prüfen sei, ob der sich im Ausland befindende Familienangehörige eigene Asylgründe geltend mache. Daher sei ein Familiennachzugsgesuch eines vorläufig aufgenommenen Flüchtlings, mit dem unter anderem eine persönliche Gefährdung der sich im Ausland befindenden, nachziehenden Familienangehörigen geltend gemacht werde, nach Treu und Glauben gegebenenfalls auch als Asylgesuch aus dem Ausland im Sinne von Art. 20 Abs. 2 und 3 AsylG zu verstehen. Weder im Gesuch um Familienzusammenführung vom 3. März 2011 noch in der Eingabe vom 27. Juni 2011, in der Stellungnahme vom 30. November 2011 oder in der Beschwerde vom 29. Februar 2012 werden indessen Gründe für eine konkrete Gefährdung der nachziehenden Familienmitglieder vorgebracht. Der allgemeine, auf Beschwerdeebene erstmals vorbrachte Hinweis, C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ seien als Kinder eines Flüchtlings schutzlos den chinesischen Behörden ausgeliefert, ausserdem seien die Grosseltern, in deren Obhut sie sich in Tibet befänden, schon betagt (vgl. Beschwerde S. 7), vermag daran nichts zu ändern. Im Übrigen hat es der Beschwerdeführer beziehungsweise dessen Rechtsvertreterin unterlassen, zur Vernehmlassung des BFM vom 14. April 2013 eine Stellungnahme einzureichen. Nach dem Gesagten liegen keine Gründe vor, die Verfahrenssache - wie in der Beschwerde als Eventualbegehren beantragt - zur Behandlung als Asylgesuch aus dem Ausland an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 7**

Somit ist es dem Beschwerdeführer nicht gelungen darzutun, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig oder unvollständig feststellt oder unangemessen ist (Art. 106 Abs. 1 AsylG), weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

#### **E. 8**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten desselben dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 5 VwVG und Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Nachdem das vorliegende Beschwerdeverfahren nicht als aussichtslos bezeichnet werden konnte und der Beschwerdeführer nach wie vor keiner bezahlten Tätigkeit nachgeht (so dass von seiner Bedürftigkeit ausgegangen werden kann), sind in Gutheissung des in der Beschwerde vom 29. Februar 2012 gestellten, bis anhin noch nicht behandelten Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (Art. 65 Abs. 1 VwVG) keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. (Dispositiv nächste Seite)

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