

# **BVGer D-2604/2019 vom 19. Dezember 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-12-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-2604\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-2604_2019)

FR: TAF D-2604/2019 du 19 décembre 2019

IT: TAF D-2604/2019 del 19 dicembre 2019

## **Regeste**

Familienzusammenführung (Asyl)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM 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 auf dem Gebiet des Asyls endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

### **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**

Am 1. März 2019 ist eine Teilrevision des AsylG in Kraft getreten (AS 2016 3101); für das vorliegende Verfahren gilt das bisherige Recht (vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015).

### **E. 1.4**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. 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 aArt. 108 Abs. 1 und 2 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG, im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

### **E. 3**

Verfahrensgegenstand ist der Nichteintretensentscheid des SEM gemäss Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG sowie die Ablehnung des Einbezugs in die Flüchtlingseigenschaft und das

Asyl gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG.

#### **E. 4.1**

Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das SEM ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen, ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist (vgl. BVGE 2011/9 E. 5).

#### **E. 4.2**

Demnach enthält sich die Beschwerdeinstanz - sofern sie den Nichteintretensentscheid als unrechtmässig erachtet - einer selbstständigen materiellen Prüfung, hebt die angefochtene Verfügung auf und weist die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (vgl. BVGE 2007/8 E. 2.1 m.w.H.). Da die Vorinstanz die Frage der Wegweisung und des Vollzugs materiell prüft, kommt dem Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich volle Kognition zu.

#### **E. 4.3**

Gemäss Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG tritt das SEM auf ein Asylgesuch nicht ein, wenn die asylsuchende Person in einen nach Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG als sicher bezeichneten Drittstaat zurückkehren kann, in welchem sie sich vorher aufgehalten hat. Das SEM hat seinen Nichteintretensentscheid zutreffend damit begründet, dass der Beschwerdeführer nach Italien und damit in einen sicheren Drittstaat zurückkehren kann, wo er sich vorher aufgehalten hat und als Flüchtling anerkannt worden ist. Mit der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft und der Erteilung einer (verlängerbaren) Aufenthaltsbewilligung haben die italienischen Behörden dem Beschwerdeführer Schutz vor Verfolgung gewährt, so dass er nach Italien zurückkehren kann, ohne eine Rückschiebung in Verletzung des Non-Refoulement-Gebotes befürchten zu müssen. Die italienischen Behörden haben sich am 31. Januar 2019 bereit erklärt, den Beschwerdeführer zurückzunehmen. Das SEM hat demzufolge zu Recht ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft in der Schweiz verneint und ist gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG auf das Asylgesuch nicht eingetreten.

#### **E. 5**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG werden Ehegatten von Flüchtlingen als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen. Der Umstand, dass eine Person bereits in einem anderen Schengen-Staat einen Schutzstatus erhalten hat, stellt einen solchen besonderen Umstand dar, welcher dem Einbezug in das Familienasyl entgegensteht. Solche Personen haben bereits Schutz erhalten und können daher - nachdem die derivative Flüchtlingseigenschaft im Sinne von Art. 51 AsylG subsidiär ist - nicht nach asylrechtlichen Regeln in das Familienasyl einbezogen werden. In solchen Fällen ist der Familiennachzug gemäss den ausländerrechtlichen Regelungen zu behandeln. (vgl. Urteil des BVGer E-4639/2017 vom 25. September 2019 E. 5 [zur Publikation vorgesehen]). Folglich hat das SEM das Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft zu Recht abgelehnt.

#### **E. 6.1**

Lehnt das SEM das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 44 AsylG).

## **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Wegweisung aus der Schweiz sein Recht auf Familienleben verletze. Seine Ehefrau habe im Jahre 2007 in der Schweiz Asyl erhalten und verfüge - wie auch das gemeinsame Kind, welches in die Flüchtlingseigenschaft und das Asyl seiner Mutter einbezogen worden sei - über eine Aufenthaltsbewilligung "B".

## **E. 6.3**

In Art. 14 Abs. 1 AsylG wird der sogenannte Grundsatz des Vorrangs des Asylverfahrens (gegenüber ausländerrechtlichen Verfahren) festgesetzt. Demnach kann eine asylsuchende Person ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung. Ist dies der Fall, geht die Zuständigkeit, die Wegweisung aus der Schweiz zu verfügen, von den Asylbehörden auf die kantonale Ausländerbehörde über, welche über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu befinden hat (vgl. zum Ganzen BVGE 2013/37 E. 4.4 S. 579 f. und EMARK 2001 Nr. 21 E. 8d S. 175 f.).

## **E. 6.4**

Im Asyl- und Wegweisungsverfahren ist keine Wegweisung zu verfügen, falls ein grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, über den konkret zu befinden die kantonale Ausländerbehörde zuständig ist (vgl. auch EMARK 2006 Nr. 23 E. 3.2 S. 231 f., EMARK 2001 Nr. 21 E. 9 S. 176 f.). Ist die asylsuchende Person nicht im Besitze einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, ist im Asyl- und Wegweisungsverfahren mit Blick auf die mögliche Zuständigkeit der kantonalen Ausländerbehörde daher vorfrageweise zu prüfen (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 10 S. 177), ob die asylsuchende Person sich im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann. Als Anspruchsgrundlage fällt dabei unter anderem Art. 8 EMRK in Betracht, wobei diesbezüglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich ist (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 8a und b S. 173 f. sowie E. 9 S. 176 f.). Diese besagt, dass Ausländerinnen und Ausländer gestützt auf den in Art. 8 EMRK und Art. 13 BV gewährleisteten Schutz des Familienlebens ein potenzieller Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz erwächst, wenn intakte und tatsächlich gelebte Familienbande zu nahen Verwandten (sogenannte Kernfamilie) bestehen, die über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügen. Letzteres ist der Fall, wenn der sich in der Schweiz aufhaltende Angehörige das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145 f., BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f., EMARK 2005 Nr. 3 E. 3.1 S. 31 f.). Über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht verfügen insbesondere anerkannte Flüchtlinge, welchen in der Schweiz Asyl gewährt wurde (vgl. BGE 139 I 330 E. 1.2). Der Begriff Familienleben umfasst unter anderem die Beziehungen zwischen Partnern, ob ehelich oder nicht, also auch die Beziehungen zwischen Personen, die eine De-facto-Familie bilden, d.h. bei denen eine enge persönliche und tatsächlich gelebte Beziehung besteht (vgl. BVGE 2013/49 m.w.H.).

## **E. 6.5**

Ergibt die vorfrageweise Prüfung, dass sich die asylsuchende Person auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann, ist sie im Asyl- und Wegweisungsverfahren darauf hinzuweisen, dass sie ein entsprechendes Bewilligungsgesuch bei der zuständigen kantonalen Ausländerbehörde einzureichen hat. Ist bei der kantonalen Ausländerbehörde bereits ein Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hängig, so hat das SEM - weist es das Asylgesuch ab oder tritt es auf dieses nicht ein - die Wegweisung nicht zu verfügen. Das Bundesverwaltungsgericht hebt diesfalls eine vom SEM verfügte Wegweisung auf (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 9a S. 177). Demgegenüber haben sich die Asylbehörden bei der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nicht mehr mit Art. 8 EMRK zu befassen, wenn die kantonale Ausländerbehörde es bereits abgelehnt hat, gestützt auf diese Norm eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 12b S. 178 f. und c sowie E. 14a S. 179).

#### **E. 6.6**

Die Ehefrau des Beschwerdeführers und das gemeinsame Kind verfügen über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz. Es bestehen zudem Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Beziehung um eine enge persönliche und tatsächlich gelebte Beziehung handelt, welche unter den Schutzbereich des Familienlebens fällt. Der Beschwerdeführer hat daher grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Die Prüfung dieses Anspruchs fällt jedoch in die Zuständigkeit der kantonalen Behörden. Ein entsprechendes Gesuch wurde vom Beschwerdeführer am 26. November 2019 beim Migrationsamt des Kantons B. \_\_\_\_\_ eingereicht. Die angefochtene Verfügung ist folglich hinsichtlich der Wegweisung und des Vollzugs (Dispositivziffern 3 bis 5) aufzuheben.

#### **E. 7**

Gemäss Art. 111d Abs. 1 AsylG erhebt das SEM eine Gebühr, sofern auf ein Mehrfachgesuch nicht eingetreten oder dieses abgelehnt wird. Entgegen der in der Beschwerdeschrift vertretenen Ansicht findet die Bestimmung gemäss dem klaren Wortlaut nicht nur auf Wiedererwägungsgesuche, sondern auch auf Mehrfachgesuche Anwendung. Auf ein erstes Asylgesuch des Beschwerdeführers trat das damalige BFM mit Verfügung vom 11. Juli 2013 nicht ein. Das vorliegende Gesuch wurde vom Beschwerdeführer am 14. Juni 2018 und somit innerhalb von fünf Jahren seit Rechtskraft des ersten Asylentscheids eingereicht, weshalb es vom SEM zu Recht als Mehrfachgesuch nach Art. 111c Abs. 1 AsylG qualifiziert worden ist. Mangels Gesuch auf Erlass der Verfahrenskosten nach Art. 111d Abs. 2 AsylG war das SEM auch nicht gehalten, den Beschwerdeführer von der Gebührenpflicht zu befreien. Die Gebührenerhebung ist somit rechtmässig, weshalb die Beschwerde betreffend die Aufhebung der Dispositivziffer sieben abzuweisen ist.

#### **E. 8**

Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit die Aufhebung der Dispositivziffern drei bis fünf der angefochtenen Verfügung beantragt wurde. Im Übrigen ist sie abzuweisen.

#### **E. 9.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die reduzierten Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gutgeheissen wurde und sich seine finanzielle Situation seither nicht entscheidungswesentlich verändert hat, erfolgt keine

Kostenauflage.

### **E. 9.2**

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 37 VGG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zusprechen (vgl. für die Grundsätze der Bemessung der Parteientschädigung ausserdem Art. 7 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Der in der Beschwerdeschrift und der Kostennote ausgewiesene Aufwand von Fr. 1'734.05 erweist sich als angemessen. Er ist aufgrund der weiteren Beschwerdeeingaben auf Fr. 2'000.- zu erhöhen. Die um die Hälfte reduzierte Parteienschädigung beläuft sich somit auf Fr. 1'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE). (Dispositiv nächste Seite)

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