

# **BVGer D-6600/2016 vom 26. August 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-08-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-6600\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-6600_2016)

FR: TAF D-6600/2016 du 26 août 2020

IT: TAF D-6600/2016 del 26 agosto 2020

## **Regeste**

Asyl (ohne Wegweisungsvollzug)

## **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 und dem VGG 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. 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 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.5**

Das Urteil ergeht in Anwendung von Art. 21 und Art. 24 VGG i.V.m. Art. 32 Abs. 2 und 3 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht (VGR, SR 173.320.1) in Besetzung mit fünf Richtern beziehungsweise Richterinnen. Die Erwägungen 4-6 bildeten Gegenstand eines von der Vereinigung der Abteilungen IV und V im Sinne von Art. 25 Abs. 2 und 3 VGG getroffenen Entscheids.

### **E. 2**

Die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 9. Januar 2018 wurde dem Beschwerdeführer bisher nicht zur Kenntnis gebracht. Auf eine vorgängige Stellungnahme in diesem Zusammenhang kann gestützt auf Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG angesichts des vorliegenden Verfahrensausgangs jedoch verzichtet werden. Die Vernehmlassung wird dem Beschwerdeführer zusammen mit dem Urteil zur Kenntnis zugeschickt.

### **E. 3**

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreiten des Ermessens) sowie die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 50 AsylG der unter der Sachüberschrift «Zweitasyll» steht kann Flüchtlingen, die in einem anderen Staat aufgenommen worden sind, Asyl gewährt werden, wenn sie sich seit mindestens zwei Jahren ordnungsgemäss und ununterbrochen in der Schweiz aufhalten.

#### **E. 4.2**

Art. 36 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311) konkretisiert diese Bestimmung dahingehend, dass der Aufenthalt von Flüchtlingen in der Schweiz ordnungsgemäss ist, wenn die Flüchtlinge die Bestimmungen einhalten, die allgemein für ausländische Personen gelten (Abs. 1). Der Aufenthalt gilt als ununterbrochen, wenn die Flüchtlinge in den letzten zwei Jahren insgesamt nicht länger als sechs Monate im Ausland weilten. Bei längerer Abwesenheit gilt der Aufenthalt nur dann als ununterbrochen, wenn zwingende Gründe für die Abwesenheit vorliegen (Abs. 2).

#### **E. 4.3**

Das SEM erachtet die Bedingungen für die Gewährung von Zweitasyll nicht als erfüllt, da sich der Beschwerdeführer nicht mit einer ordentlichen ausländerrechtlichen (Aufenthalts-)Bewilligung, sondern nur im Rahmen einer vorläufigen Aufnahme in der Schweiz aufhalte.

#### **E. 4.4**

Der Beschwerdeführer erklärte, zwar sei das damalige Bundesamt für Migration (BFM) mit Verfügung vom 26. Mai 2014 auf sein Asylgesuch nicht eingetreten und habe die Wegweisung aus der Schweiz verfügt, jedoch sei der Wegweisungsvollzug von der Asylbehörde zu Gunsten einer vorläufigen Aufnahme wegen Unzumutbarkeit des Vollzugs ausgesetzt worden. Das zuständige kantonale Migrationsamt habe ihm in der Folge einen Ausweis F ausgestellt. Seither halte er sich seit inzwischen mehr als zwei Jahren ordnungsgemäss in der Schweiz auf. Die Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 50 AsylG seien damit erfüllt. Die Vorinstanz habe sich zur Begründung für die Ablehnung seines Gesuchs und ihrer Einschätzung, dass es sich bei der vorläufigen Aufnahme nicht um einen ordnungsgemässen Aufenthalt handle, auf Literatur aus den 1980er und 1990er Jahren sowie auf Rechtsprechung zu gänzlich anders gelagerten Fällen bezogen. Tatsächlich schliesse eine vorläufige Aufnahme das Asylverfahren ab, weshalb sich die Regelungen betreffend die vorläufige Aufnahme nicht auf das Asylgesetz abstützen. Zudem hielten sich vorläufig Aufgenommene oft jahrelang in der Schweiz auf, der Aufenthalt sei nicht nur vorübergehend. Auch werde der den vorläufig Aufgenommenen erteilte Ausweis F durch das Migrationsamt erteilt, weshalb es sich um eine fremdenpolizeiliche Regelung des Aufenthalts handle.

### **E. 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.

### **E. 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 E-4852/2015 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-4852/2015 vom 23. September 2014) und der Aufenthalt legitimierte sich lediglich durch eine wiederholte Verlängerung des N-Ausweises (vgl. Urteil D-4742/2014 vom 17. November 2014), oder die zeitlichen Voraussetzungen waren nicht erfüllt (vgl. Urteil E-3831/2016 vom 15. Juli 2016 E. 7.1). Ausdrücklich verneint wurde die Massgeblichkeit einer vorläufigen Aufnahme bei Art. 50 AsylG im bereits erwähnten Urteil D-1206/2017 vom 3. August 2018. Im Urteil vom 2. Oktober 2012 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 (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, E-5435/2010 auf die Leitsätze des publizierten Entscheids der damaligen Asylrekurskommission (ARK), EMARK 2002/10 ab, wonach beim ordnungsgemässen Aufenthalt «nicht ohne Weiteres auf die Begrifflichkeiten des (damaligen) Fremdenpolizeirechts abgestellt werden könne» (E. 3 d). 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 2002/10 E. 3c, siehe dazu auch Minh Son Nguyen, in: Amarelle/Nguyen [Hrsg.] Code annoté de droit des migrations - Volume IV, Loi sur l'asile (LAsi), 2015, Art. 50, Ziff. 17, S. 396).

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz erachtete in ihrer Stellungnahme vom 9. Januar 2018 die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil E-5250/2010, E-5435/2010 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 (vgl. Stellungnahme SEM, S. 2, inzwischen auch das Urteil des BVGer D-1206/2017 vom 3. August 2018).

### **E. 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 AsylV1 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 Bundesgericht, Urteil 2A.165/2000 vom 20. Dezember 2000, E. 3b; EMARK 2002 Nr. 10 E. 3c, statt vieler: Bundesverwaltungsgericht Urteil E-4852/2015 vom 23. September 2014 E 5.3).

### **E. 5.5**

Die landesrechtlichen Bestimmungen zum Zweitasyl sind im Licht der Europäischen Vereinbarung 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 E-843/2013 des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Juli 2014, E. 2.3; Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [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 Zweitasyls dürfe im Asylgesetz nicht abweichend von der genannten Vereinbarung geregelt werden. Gemäss Art. 2 der Vereinbarung gelte der Übergang der Verantwortung (unter anderem) 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 Übergangsvereinbarung 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 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, 15), 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 Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG, SR 142.20, seit 1. Januar 2019 das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [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 OFK-Migrationsrecht, 5. aktualisierte und erweiterte Aufl. 2019, Vorbemerkung zu Art. 85-88 AIG, Rn. 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. Bundesgericht, Urteil 2A.165/2000 vom 20. Dezember 2000 E. 2e mit Ausführungen zu den Rechten, welche die vorläufige Aufnahme schon damals gewährte).

#### **E. 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 in Frage, 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 über die Internierung von Ausländern vom 14. August 1968 [VIA; SR 142.281] (vgl. BGE 110 Ib 1, E. 2c aa). Vor diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, dass der Bundesrat in seiner Botschaft zur Europäischen Vereinbarung über den Übergang der Verantwortung für Flüchtlinge vom 24. Oktober 1984 (BBl. 1014 1984-791, S. 1018) auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts (zu diesem Zeitpunkt das Asylgesetz von 1979, der damalige Art. 5 Asylgesetz in Verbindung mit Art. 1 der Asylverordnung) 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, S. 1019). Erst ab dem 1. Januar 1988 hielt Art. 14a Abs. 1 ANAG 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, 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, vom 14. Oktober 2016, Ziff. 2.1, S. 15 ff.). Auch Kälin vertrat im Jahr 1990 die Auffassung, dass gemäss der in Art. 36 Abs. 1 AsylV1 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, Basel/Frankfurt a. M. 1990, S. 171; ebenso Alberto Achermann/Christina Hausammann, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern/Stuttgart 1991, S. 159). In der Folge definierte die Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über den Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995 «ordnungsgemäss» im Zusammenhang mit der Bestimmung zum Zweitasyll als «mit einer fremdenpolizeilichen Bewilligung» (BBl 1996 II 1, S. 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 sie wird ausdrücklich unter den «Aufenthaltstiteln» geführt, welche bei der Aufenthaltsdauer zu berücksichtigen sind (vgl. dazu Art. 33 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über das Schweizer Bürgerrecht [Bürgerrechtsgesetz, BüG, SR. 141.0]).

## **E. 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).

### **E. 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 (siehe 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 des

Bundesverwaltungsgerichts E-4852/2015 vom 23. September 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 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 mit Hinweis auf BVGE 2014/40 E. 2.3.1 f., der wiederum auf EMARK 2002 Nr. 10 verweist).

### **E. 5.6.2**

Unbestritten wurde der Beschwerdeführer in Italien als Flüchtling anerkannt und verfügte über eine bis am 16. Mai 2016 gültige Aufenthaltsbewilligung. 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.

### **E. 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 des Bundesverwaltungsgerichts D-1206/2017 vom 3. August 2018 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 vom 3. August 2018 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.

#### **E. 5.7**

Als materielle Prüfung, welche die Gewährung des Zweitasyls 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.

#### **E. 5.8**

Vorliegend hat der Beschwerdeführer in der BzP vom 16. Juli 2013 sofort zu Protokoll gegeben, in einem anderen Land Asyl beantragt zu haben (vgl. act. A4 F. 2.06), 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 (ebenda, F. 4.03, F. 5.02, F. 7.01). Auch seine Beweggründe, in die Schweiz zu kommen, legte er umgehend offen (vgl. F. 4.03: «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 (vgl. act. A22). 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 in 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 (vgl. act. A28). 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 (vgl. act. A29). Am 26. Mai 2014 erging der Nichteintretensentscheid gestützt auf die Drittstaatenregelung des seit dem 1. Januar 2014 gültigen aArt. 31a Abs. 3 AsylG. Da im Rahmen der Gesetzesänderungen, welche zum 1. Januar 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.

#### **E. 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.

### **E. 5.10**

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

#### **E. 5.10.1**

Es war ihm, als in Italien anerkanntem Flüchtling, aufgrund der Regelungen des Freizügigkeitsabkommens zwischen dem EU-Mitgliedstaat Italien und der Schweiz erlaubt, ohne Visum in die Schweiz einzureisen und sich hier bis zu drei Monate aufzuhalten (vgl. dazu Art. 3 und der 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 [32001R0539], Amtsblatt Nr. L 081 vom 21/03/2001 S. 0001 - 0007, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R-0539:DE:HTML> und das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, abgeschlossen am 21. Juni 1999 [SR 0.142.112.681]). Der Umstand, dass er seinen italienischen Flüchtlingsspass 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 über die Aufhebung des Sichtvermerkszwangs für Flüchtlinge vom 20. April 1959 (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168006-56fa>) spricht davon, dass der Flüchtling «in Besitz eines gültigen Reiseausweises gemäss der FK 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.

#### **E. 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, bzw. 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.

#### **E. 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 Bundesgericht im Urteil 2A.165/2000 vom 20. Dezember 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 Zweitasyls 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. BBl 1984 III S. 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 und E-5435/2010, E. 6.2 mit Hinweis auf EMARK 2002/10 E. 5a).

#### **E. 5.12**

Inzwischen ist der Flüchtlingspass des Beschwerdeführers seit dem 16. Mai 2016 abgelaufen, so dass 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.

#### **E. 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.

#### **E. 7**

Der Umstand, dass dem Beschwerdeführer inzwischen eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde, vermag am vorliegenden Entscheid nichts zu ändern, da er diese Bewilligung erst im Dezember 2019 erhalten hat und damit kein zweijähriger Aufenthalt mit einer Aufenthaltsbewilligung vorliegt.

#### **E. 8**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

#### **E. 9**

Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Es wurde keine Kostennote eingereicht, weshalb die notwendigen Parteikosten aufgrund der Akten zu bestimmen sind (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE) ist dem Beschwerdeführer zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 900.- (inkl. Auslagen) zuzusprechen. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung ist damit gegenstandslos geworden. (Dispositiv nächste Seite)

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