



Abteilung IV
D-1149/2012

Urteil vom 22. August 2013

Besetzung

Richter Martin Zoller (Vorsitz),
Richterin Gabriela Freihofer,
Richter Gérald Bovier;
Gerichtsschreiberin Kathrin Mangold Horni.

Parteien

A._____, geboren am (...),
China (Volksrepublik),
vertreten durch Laura Rossi,
Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Familienzusammenführung zugunsten der Kinder
B._____, geboren (...) und
C._____, geboren (...);
Verfügung des BFM vom 28. Januar 2012 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügung vom 17. Januar 2011 stellte das BFM fest, der Beschwerdeführer A._____ erfülle die Flüchtlingseigenschaft wegen illegal erfolgter Ausreise. Gleichzeitig lehnte es das von ihm am 8. Dezember 2010 gestellte Asylgesuch ab, verfügte die Wegweisung aus der Schweiz, erachtete den Vollzug der Wegweizug als nicht zulässig und ordnete die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers in der Schweiz an.

B.

B.a Am 3. März 2011 liess der Beschwerdeführer durch die D._____ als damalige Rechtsvertreterin beim BFM ein Gesuch um Familienzusammenführung betreffend seine minderjährige Tochter C._____ und sinngemäss auch für den minderjährigen Sohn B._____ einreichen.

Mit Schreiben vom 16. März 2011 teilte das BFM der D._____ mit, der Beschwerdeführer habe als vorläufig aufgenommener Flüchtling das Gesuch um Familienzusammenführung gemäss Art. 74 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) bei der der kantonalen Migrationsbehörde einzureichen, und machte Angaben zum weiteren Verlauf des Verfahrens.

Die am 5. Mai 2011 neue bevollmächtigte Rechtsvertreterin ersuchte das BFM am 11. Mai 2011 um Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung und um Gewährung der vollständigen Akteneinsicht.

Das BFM gewährte der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers mit Schreiben vom 15. Juni 2011 Akteneinsicht.

B.b Mit Verfügung vom 17. Juni 2011 – eröffnet am 20. Juni 2011 – trat das BFM auf das am 3. März 2011 gestellte Familiennachzugsgesuch nicht ein.

Zur Begründung wurde ausgeführt, im Gesuch vom 3. März 2011 werde keine Gefährdung oder Schutzbedürftigkeit der nachzuziehenden Familienangehörigen geltend gemacht, weshalb nicht von einem Asylgesuch aus dem Ausland im Sinne von altArt. 20 Abs. 2 und 3 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1968 (AsylG, SR 142.31) auszugehen sei. Vielmehr sei das Gesuch als Familienzusammenführungsgesuch gestützt auf Art. 85 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) zu behandeln, für dessen Entgegennahme

aber nicht das BFM, sondern die kantonale Migrationsbehörde zuständig sei. Da der Beschwerdeführer trotz entsprechender Aufforderung den gesetzlich vorgegebenen Weg nicht eingehalten habe, sei auf das Gesuch nicht einzutreten. Indem er zudem auf der Zuständigkeit des BFM beharrt habe, sei auch die Mitwirkungspflicht verletzt worden, weswegen ein schutzwürdiges Interesse zu verneinen sei.

B.c Der Beschwerdeführer liess diese Verfügung durch seine Rechtsvertreterin mit Beschwerde vom 27. Juni 2011 beim Bundesverwaltungsgericht anfechten.

B.d Mit Verfügung vom 18. Juli 2011 hob das BFM seine Verfügung vom 17. Juni 2011 im Rahmen eines Schriftenwechsels (Art. 57 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]) wiedererwägungsweise auf und nahm das Verfahren betreffend Familienzusammenführung – unter Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-3593/2011 vom 6. Juli 2011 – wieder auf.

B.e. In der Folge schrieb das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid vom 8. August 2011 das am 27. Juni 2011 anhängig gemachte Beschwerdeverfahren infolge Gegenstandslosigkeit ab und wies das BFM an, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 600.– auszurichten.

C.

C.a Am 31. August 2011 überwies das BFM das Gesuch vom 3. März 2011 dem (...) und forderte diesen zur Einreichung einer Stellungnahme, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft gegeben seien, auf.

Das (...) der Stadt E._____, welchem das besagte Gesuch vom (...) zur Stellungnahme übermittelt worden war, schloss am 20. Oktober 2011 mit der Begründung des Nichtvorliegens der zeitlichen Voraussetzung von Art. 85 Abs. 7 AuG auf Ablehnung des Gesuchs.

Mit Schreiben vom 21. November 2011 gewährte das BFM dem Beschwerdeführer beziehungsweise dessen Rechtsvertreterin das rechtliche Gehör zur beabsichtigten Ablehnung des Gesuchs um Einbezug in die vorläufige Aufnahme.

Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers nahm mit Schreiben vom 30. November 2011 Stellung und führte aus, die Bestimmung von Art. 85

Abs. 7 AuG beschlage nur die Erteilung der Einreisebewilligung zwecks Einschlusses in die vorläufige Aufnahme. Im vorliegenden Fall werde jedoch der Einschluss in die Flüchtlingseigenschaft verlangt, weshalb die Bestimmungen von Art. 51 AsylG angewendet werden müssten. Im Übrigen sei gemäss Art. 37 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311) vorgängig das Vorliegen der originären Flüchtlingseigenschaft zu prüfen.

C.b Das BFM verweigerte den Kindern C._____ und B._____ mit Verfügung vom 28. Januar 2012 die Bewilligung zur Einreise in die Schweiz und wies gleichzeitig das Gesuch um Familiennachzug ab.

Zur Begründung führte es aus, weder aus dem Gesuch vom 3. März 2011 noch aus den weiteren Eingaben gehe hervor, dass C._____ und B._____ gefährdet wären. Die blosser Berufung auf Art. 51 AsylG rechtfertige es nicht, ein Familiennachzugsgesuch eines vorläufig aufgenommenen Flüchtlings als Asylgesuch aus dem Ausland zu verstehen. Damit bleibe die Anwendung von Art. 51 AsylG ausgeschlossen und es gelte, das Gesuch unter Art. 85 Abs. 7 AuG zu beurteilen. Andererseits seien die Bedingungen für eine Einreise gemäss Art. 85 Abs. 7 AuG vorliegend schon aus zeitlichen Gründen nicht erfüllt.

D.

Der Beschwerdeführer beantragte durch seine Rechtsvertreterin mit Eingabe vom 29. Februar 2012 die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 28. Januar 2012. Das BFM sei anzuweisen, den Kindern C._____ und B._____ die Einreise in die Schweiz zu bewilligen und sie in die Flüchtlingseigenschaft ihres Vaters A._____ einzuschliessen. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, das als Gesuch um Familienzusammenführung eingereichte Gesuch "als Asylgesuch aus dem Ausland zu prüfen" und den beiden Kindern die Einreise in die Schweiz zu bewilligen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei die unentgeltliche Prozessführung inklusive die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu bewilligen und es sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Auf die Begründung der Anträge wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 14. März 2012 verzichtete das Bundesverwaltungsgericht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und verwies das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen

Prozessführung (Art. 65 Abs. 1 VwVG) auf einen späteren Zeitpunkt. Abgewiesen wurde demgegenüber das weitere Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung (Art. 65 Abs. 2 VwVG).

F.

F.a Das BFM beantragte mit Vernehmlassung vom 14. April 2013 die Abweisung der Beschwerde vom 29. Februar 2012, da diese keine neuen Tatsachen oder Beweismittel enthalte, welche eine Änderung seines Standpunktes rechtfertigen könnten. Die dreijährige Wartefrist beim Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen verstosse nicht gegen Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101), und auch die geforderte Behandlung der Eingabe vom 3. März 2011 als Asylgesuche aus dem Ausland komme vorliegend nicht zum Tragen, weil keine konkrete Verfolgung der nachzuziehenden Personen im Heimatland geltend gemacht werde.

F.b Die Vernehmlassung des BFM wurde der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers am 17. April 2013 zur Stellungnahme überwiesen. Diese liess sich innert der dazu angesetzten Frist nicht vernehmen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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 Auslieferungsersuchens 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]).

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).

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.

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).

3.

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.

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 unzulässi-

gen 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).

4.

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 Bundesverwaltungsge-

richt 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).

4.2 Der Beschwerdeführer ist seit dem 17. Januar 2011 wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig aufgenommen. Die oben genannte 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.

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.

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.

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 Ver-

pflichtungen darauf beschränkt, die angeordnete Wegweisung vorübergehend nicht zu vollziehen.

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.

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.

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.

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.

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, nachzuziehenden 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 nachzuziehenden Familienmitglieder vorgebracht. Der allgemeine, auf Beschwerdeebene erstmals vorgebrachte 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.

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.

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)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden – in Gutheissung des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung – keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Martin Zoller

Kathrin Mangold Horni

Versand: