

# **BVGer E-338/2021 vom 28. Februar 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_E-338\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-338_2021)

FR: TAF E-338/2021 du 28 février 2024

IT: TAF E-338/2021 del 28 febbraio 2024

## **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 in der Regel – so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

### **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 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. 3.1**

Das SEM erklärt in seiner abweisenden Entscheidung, es habe der Lebenspartnerin und der Tochter des Beschwerdeführers die Einreise in die Schweiz am 6. Februar 2019 (recte: korrigierte Fassung am 5. März 2019) bewilligt. Entsprechend habe es die Voraussetzungen für die Familienzusammenführung zu jenem Zeitpunkt als gegeben erachtet. Heute sei

dem nicht mehr so. Es habe zwar vor der Ausreise des Beschwerdeführers aus Eritrea eine Familiengemeinschaft bestanden und die Trennung sei durch seine Flucht erfolgt. Angesichts der Prozessgeschichte sei jedoch heute

E-338/2021 Seite 11 davon auszugehen, dass die Familienbeziehung zwischenzeitlich freiwillig abgebrochen worden sei. Die Zweifel am Bestand eines ernsthaften Interesses des Beschwerdeführers an der Wiedervereinigung mit seiner Familie hätten sich etwa durch die lange Untätigkeit des Beschwerdeführers in Bezug auf das vorzunehmende DNA-Gutachten oder dadurch ergeben, dass er trotz hängigem Verfahren die Post wiederholt nicht abgeholt habe. Die Erklärung, wonach er keine Abholungseinladung der Post erhalten habe, überzeuge nicht. Überdies sei es zwar richtig, dass er sich immer wieder sporadisch beim SEM gemeldet und sich nach dem Stand des Verfahrens erkundigt beziehungsweise um Verlängerung der Einreisebewilligung ersucht habe. Zwischen diesen Handlungen seien jedoch immer mehrere Monate verstrichen. Im Übrigen wäre zu erwarten gewesen, dass er bei einem vermeintlichen Ausbleiben einer Antwort des SEM auf einem anderen Kommunikationskanal, etwa per Telefon oder E-Mail, versucht hätte, mit dem SEM in Kontakt zu treten. Es wäre ihm auch zuzumuten gewesen, bei der Peregrina Stiftung, die ihn im Zusammenhang mit seinem Gesuch um Familienzusammenführung zumindest vorübergehend begleitet habe, weiteren Rat oder zusätzliche Unterstützung einzuholen. Bis heute habe er sodann nicht überzeugend darlegen können, weshalb es seiner Lebenspartnerin und seiner Tochter trotz der bereits am 6. Februar 2019 (recte: 5. März 2019) ausgestellt und bis am 22. Dezember 2019 (mehrfach) verlängerten Einreisebewilligung nicht möglich gewesen sein sollte, sich Einreisevisa für die Schweiz ausstellen zu lassen. Die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Probleme bei der Passausstellung seien bis heute in keiner Weise belegt worden. Nicht zuletzt sei deshalb auch in Bezug auf die infrage stehenden Familienangehörigen fraglich, ob bei diesen ein ernsthaftes Interesse an der Familienzusammenführung überhaupt bejaht werden könne. Die Fotos, welche alle am selben Tag aufgenommen worden seien, vermöchten zwar einen zum Beschwerdeführer bestehenden Kontakt nachzuweisen, nicht aber den Bestand einer aufrechterhaltenen familiären Beziehung. Weitere Beweismittel zum Nachweis einer dauerhaft aufrechterhaltenen Beziehung seien nicht zu den Akten gereicht worden.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer entgegnete in seiner Beschwerde, dass er sehr wohl ein ganz zentrales Interesse an der Familienzusammenführung habe und stets gehabt habe. Er sei ausserdem nie regulär von der Peregrina Stiftung vertreten worden, diese übernehme gar keine regulären Mandate. Aus der vom SEM rekapitulierten Prozessgeschichte sowie aus der Falldokumentation durch die Peregrina Stiftung gehe hervor, dass ihm am 22. Februar 2018 vorgeschlagen worden sei, einen DNA-Test zu machen.

E-338/2021 Seite 12 Zu diesem Zeitpunkt sei es jedoch noch keinem seiner Kinder gelungen, aus Eritrea auszureisen. Da es sich bei den Kosten für den Test um eine beträchtliche Summe handle, habe er nicht riskieren können, diese voreilig und allenfalls vergeblich zu investieren. Sobald seiner Tochter die Flucht aus Eritrea gelungen sei, habe er die notwendigen Vorkehrungen in die Wege geleitet. Es sei ihm während dieser Zeit gelungen, seine Familie davon zu überzeugen, trotz sehr grosser Risiken, die sich für zwei Kinder fatalerweise verwirklicht hätten, aus Eritrea zu fliehen. Eine direkte Kontaktaufnahme mit dem SEM sei kaum möglich, entsprechend seien auf den Schreiben des SEM auch keine Direktkontakte angegeben. Abgesehen davon reichten seine Deutschkenntnisse dafür bei

weitem nicht aus. Er habe sich überdies durch die Peregrina Stiftung genügend vertreten gefühlt, weshalb er nicht mit einer Rechtsberatungsstelle Kontakt aufgenommen habe. Im Übrigen dürfte auch die Peregrina Stiftung mit dem Verfahren überfordert gewesen sein, zumal sie trotz Bedienung mit der Korrespondenz scheinbar nicht bemerkt habe, dass das Verfahren bereits mehrmals abgeschrieben worden sei. Es sei unverständlich, weshalb diese ihn nicht an eine professionelle Stelle verwiesen habe. Die Rechtsvertreterin führte darüber hinaus aus, es dränge sich die Vermutung eines gewissen depressiven Geschehens auf. Der Beschwerdeführer stehe bis heute unter grossem Druck seitens seiner Familie, mache sich grosse Sorgen um sie, habe ein schlechtes Gewissen, da er mit dem Nachzug immer noch nicht erfolgreich gewesen sei und vermisse sie konstant. Das depressive Geschehen könne seine Folgen darin zeigen, dass schwierige Aufgaben, welche zu Anfang zu gross erschienen, verdrängt würden, weshalb hierzu auch keine Hilfe gesucht werde. Er wirke verzweifelt, verunsichert und gänzlich überfordert. Weiter scheine vorliegend auch eine (...) denkbar. Eine entsprechende Abklärung sei aufgrund der stark ablehnenden Haltung des Beschwerdeführers verworfen worden. Des Weiteren legte die Rechtsvertreterin in Bezug auf die Einreise vom Sudan in die Schweiz ihre Erfahrung mit einem ähnlichen Fall dar. Es habe im betreffenden Fall zwei Jahre gedauert, bis die Familie habe einreisen können, obwohl der Betroffene von Beginn an rechtlich vertreten gewesen sei. Die unzähligen Einträge im entsprechenden Journal zeigten sehr deutlich, wie schwierig es sich gestalten könne, die nötigen Schritte durchführen zu lassen, und was für eine unermüdliche, unbeirrbar beharrliche Anstrengung an den Tag gelegt werden müsse, um ans Ziel zu gelangen. Aus dem Journal gehe überdies hervor, dass das UNHCR-Büro aufgrund der Unruhen in der Gegend tatsächlich zeitweise geschlossen gewesen sei. Als Beleg der lebendigen und dauerhaft aktuellen Beziehung dienten schliesslich die nun beiliegenden Ausdrücke der

E-338/2021 Seite 13 Kontaktprotokolle zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Lebenspartnerin. Die Einreiseprobleme der Lebenspartnerin und der Tochter seien mittlerweile gelöst, nun bestehe daher auch die tatsächliche Möglichkeit, die Familie zusammenzuführen.

### **E. 3.3**

In seiner Eingabe vom 15. März 2021 führte der Beschwerdeführer aus, er könne mit seiner Familie lediglich per Telefon und Videochats Kontakt aufnehmen. Weitere Kommunikationsmittel benütze er nicht, so habe er unter anderem keinen E-Mail-Account. Als Beleg für die Bemühungen der Angehörigen im Sudan, Reisedokumente zu beschaffen, sei einerseits auf die schriftlichen und im Video aufgezeichneten Aussagen der Lebenspartnerin zu verweisen, andererseits auf das Visitenkärtchen der Schweizer Botschaft im Sudan, welches seiner Familie im März 2018 ausgehändigt worden sei. Zur Konstanz der Beziehung fügt er an, der telefonische und videotelefonische Kontakt sei über den gesamten Zeitraum aufrechterhalten worden und könne nachgewiesen werden. Weiter seien verteilt auf die umfassende Dauer des Verfahrens immer wieder einschlägige Vorstösse vorgenommen worden, welche seine ernste Absicht zur Familienzusammenführung verdeutlichten. Die Lebenspartnerin sowie die Tochter des Beschwerdeführers bestätigten in ihren handschriftlichen Schreiben, dass sie sich sehr intensiv wünschten, zu ihrem Lebenspartner beziehungsweise Vater in die Schweiz kommen zu dürfen. Die Lebenspartnerin führt aus, sie und ihre Tochter seien im Sudan über zwei Jahre immer wieder in das UNHCR-Büro sowie die Schweizer Botschaft gegangen und hätten dort den

ganzen Tag auf einen Termin gewartet. Die beiden Stellen hätten sie jeweils an die andere verwiesen beziehungsweise für den nächsten Tag wieder aufgeboten.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG werden – unter dem Titel Familienasyl – namentlich Ehegatten und minderjährige Kinder von Flüchtlingen ihrerseits als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl in der Schweiz, wenn keine besonderen Umstände dagegensprechen. Wurden die anspruchsberechtigten Personen nach Abs. 1 durch die Flucht getrennt und befinden sie sich im Ausland, so ist ihre Einreise auf Gesuch hin zu bewilligen (Art. 51 Abs. 4 AsylG). Die Erteilung der Einreisebewilligung setzt eine vorbestandene Familiengemeinschaft, die Trennung der Familie durch die Flucht sowie die fest beabsichtigte Familienvereinigung in der Schweiz voraus. Zweck von Art. 51 Abs. 4 AsylG ist allein die Wiedervereinigung vorbestandener Familiengemeinschaften und nicht die Aufnahme neuer respektive

E-338/2021 Seite 14 vor der Flucht noch nicht gelebter familiärer Beziehungen (vgl. BVGE 2018 VI/6 E. 5, 2017 VI/4 E. 3.1 und E. 4.4.2, 2012/32 E. 5; Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 1 ff., insb. S. 68). Dem Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und der Asylgewährung entgegenstehende "besondere Umstände" sind beispielsweise anzunehmen, wenn das Familienmitglied Bürger eines anderen Staats als der Flüchtling ist und die Familie in diesem Land nicht gefährdet ist, wenn der Flüchtling seinen Status derivativ erworben hat, oder wenn das Familienleben während einer längeren Zeit nicht gelebt wurde und erkennbar ist, dass die Familienmitglieder nicht den Willen haben, als Familie zusammenzuleben (vgl. zum Ganzen BVGE 2012/32 E. 5.1).

#### **E. 4.2**

Die Asylbehörden stellen den Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig fest (Art. 12 und Art. 13 VwVG, vgl. auch KÖLZ/ HÄNER/BERTSCH, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., 2013, Rz. 1043). Die Sachverhaltsermittlung steht unter dem Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 8 AsylG). Dies gilt auch im Familiennachzugsverfahren. Wer um Erteilung einer Einreisebewilligung zwecks Familienasyls ersucht, hat die Zugehörigkeit des nachzuziehenden Angehörigen zur Familiengemeinschaft, die zum Zeitpunkt der Flucht vorbestandene Familiengemeinschaft, die Trennung der Familie durch die Flucht sowie die fest beabsichtigte Familienvereinigung beider Anspruchsberechtigten nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen (Art. 7 AsylG; Botschaft des Bundesrates vom 4. Dezember 1995 zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, BBl 1996 II 70). Die Herausforderung bei der Beurteilung eines Familiennachzugsgesuchs liegt regelmässig in einer rechtsgenügenden Sachverhaltsfeststellung, zumal sich diese einerseits auf faktenbasierte Elemente, andererseits aber auch auf innere Entscheidungsvorgänge der betroffenen Personen stützt. An die Substanziierung eines Gesuchs um Familiennachzug sind daher gewisse Anforderungen zu stellen. Auch der Vorinstanz kommt bei der Ermittlung des Sachverhalts eine wichtige Rolle zu, indem bereits bei der Anhörung vertiefte Abklärungen zu den familiären Verhältnissen und den Umständen der getrennten angetretenen Flucht getroffen werden. Im Familiennachzugsverfahren ist der Sachverhalt

sodann zu vervollständigen und es sind Abklärungen zur aktuellen Situation der Familie zu treffen, um eine Prüfung zu ermöglichen, ob allenfalls «besondere Umstände» einer Bewilligung des Familiennachzugs entgegenstehen (vgl. E-273/2018 vom 22. Juli 2020 E. 10 ff.). Es ist indessen festzuhalten, dass es grundsätzlich nicht die Aufgabe

E-338/2021 Seite 15 der Schweizer Behörden sein kann, generell in den Herkunfts- respektive Heimatstaaten der Asylsuchenden vor Ort Abklärungen durchführen zu lassen. Es ist vielmehr Sache der Beschwerdeführenden, ihre Vorbringen substantiiert darzulegen und mit entsprechenden Beweismitteln zu belegen (vgl. statt vieler das Urteil des BVGer E-2858/2022 vom 9. November 2022 E. 6.2.1).

### **E. 4.3**

Das Bundesverwaltungsgericht hielt in seinem Urteil E-447/2017 vom 22. Februar 2017 (E. 4.3 am Ende) im Zusammenhang mit Einreisebewilligungen nach Art. 51 Abs. 4 AsylG fest, dass diese zwecks Familienvereinigung in der Regel unbefristet vergeben würden. Einzig das Einreisevisum, welches die betroffene Person nach Erhalt der Einreisebewilligung direkt bei der schweizerischen Botschaft an ihrem Aufenthaltsort beantragen müsse, werde befristet erteilt. Eine Befristung der Einreisebewilligung wird auch nicht in Art. 51 Abs. 4 AsylG vorgesehen. Wohl können nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln besondere Umstände eine Befristung rechtfertigen. Eine Befristung kann nur dazu dienen, periodisch zu überprüfen, ob die materiellen Voraussetzungen von Art. 51 Abs. 4 AsylG nach wie vor erfüllt sind. Nur wenn dies nicht mehr der Fall ist, kann eine Verlängerung der Bewilligung verweigert werden. Insoweit hat sich die Vorinstanz an den Regeln für den Widerruf von Verwaltungsakten zu orientieren (vgl. BVGE 2018 VII/1 E. 5.4 betr. Familiennachzug bei vorläufiger Aufnahme). Das Asylgesetz enthält im Gegensatz zum eigentlichen Asylwiderauf nach Art. 63 AsylG keine spezialgesetzliche Regelung für den Widerruf des Familienasyls und für den Widerruf einer Einreisebewilligung zwecks Familienzusammenführung nach Art. 51 AsylG. Die Zulässigkeit eines Widerrufs der Einreisebewilligung beurteilt sich daher nach den allgemeinen Widerrufsvoraussetzungen: Rechtskräftige Verfügungen dürfen gemäss Praxis nur unter bestimmten Voraussetzungen und unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben einseitig aufgehoben oder zum Nachteil des Adressaten abgeändert werden. Es liegt nicht im Ermessen der Behörde, ob sie einen Entscheid widerrufen will oder nicht. Ein Widerruf kommt nur bei fehlerhaften Verfügungen in Betracht, wobei die Fehlerhaftigkeit ursprünglicher oder nachträglicher Natur sein kann. Die ursprünglich fehlerhafte Verfügung ist von Anfang an mit einem Rechtsfehler behaftet. Nachträgliche Fehlerhaftigkeit liegt demgegenüber vor, wenn seit dem Ergehen der Verfügung eine Änderung der Rechtsgrundlagen oder eine erhebliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse eingetreten ist (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz.

E-338/2021 Seite 16 1229). Der Widerruf ist zulässig, wenn eine allgemeine Interessenbeziehungswise Werteabwägung ergibt, dass das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige an der Wahrung der Rechtssicherheit beziehungsweise am Vertrauensschutz überwiegt. Dem Postulat der Rechtssicherheit kommt in der Regel dann der Vorrang zu, wenn durch die frühere Verfügung ein subjektives Recht begründet worden oder die Verfügung in einem Verfahren ergangen ist, in welchem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren, oder wenn der Private von einer ihm durch die fragliche Verfügung eingeräumten Befugnis

bereits Gebrauch gemacht hat. Der Widerruf bleibt vorrangig, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist (vgl. zum Ganzen BVGE 2018 VII/1 E. 5.4 und die Urteile des BVGer E-1271/2019 vom 30. Januar 2020 E. 6.1–6.3, E-730/2017 vom 4. Mai 2017 E. 4.4 sowie BGE 137 I 69 E. 2.2 f.).

### **E. 5.1**

Mit Verfügung vom 5. März 2019 wurde zugunsten von B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ ein subjektives Recht auf Einreise begründet. Mit Beschluss vom 5. März 2020 schrieb die Vorinstanz das Verfahren infolge der Nicht-einreise zwar ab, nahm es dann aber am 18. November 2020 wieder auf, um das Gesuch schliesslich am 22. Dezember 2020 mit der Begründung abzuweisen, die familiäre Beziehung sei nicht aufrechterhalten worden. Unter diesen Umständen liegt ein Widerruf einer behördlichen Verfügung vor. Demnach obliegt es dem SEM nachzuweisen, inwiefern von einer erheblichen Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse auszugehen ist, und abzuwägen, ob das subjektive Interesse der Familienmitglieder an der Einreise oder das öffentliche Interesse an der Aufhebung einer allfällig nachträglich fehlerhaften Verfügung überwiegt. Es ist daher nachfolgend zu klären, ob das SEM die Einreisebewilligungen zu Recht widerrufen hat.

### **E. 5.2**

Die von der Vorinstanz genannten Aspekte – Nichtabholung der Schreiben des SEM sowie lange Untätigkeit des Beschwerdeführers – waren zum Zeitpunkt des Entscheids über die Bewilligung der Einreise in der Tat von Relevanz für die Beurteilung des Interesses an der Familienzusammenführung. So war der Beschwerdeführer faktisch durch die Peregrina Stiftung vertreten, wenn auch diese nie formell bevollmächtigt wurde und ihre Aufgabe offenbar nicht gehörig wahrgenommen hat. Es wäre dem Beschwerdeführer jedoch durchaus zuzumuten gewesen, sich bei Zeiten eine engagiertere Rechtsvertretung zu suchen. Dass er damit ungefähr drei Jahre gewartet hat, sprach – wie auch das wiederholte Nichtabholen der Post – durchaus gegen ein ausgeprägtes Interesse des Beschwerdeführers am

E-338/2021 Seite 17 Nachzug seiner Familie. Dem Beschwerdeführer ist aber insofern zuzustimmen, als er über all die Jahre immer wieder an das SEM gelangt ist, um den Familiennachzug doch noch zu realisieren. Im Zeitpunkt der Eingabe des DNA-Gutachtens vom 31. Januar 2019 war dem SEM demnach das unzuverlässige Verhalten des Beschwerdeführers bekannt. Dennoch hat es das Verfahren am 6. Februar 2019 wiederaufgenommen und trotz ursprünglicher Zweifel am ernsthaften Interesse des Beschwerdeführers an der Familienzusammenführung die Einreise der Lebenspartnerin und der Tochter des Beschwerdeführers am 5. März 2019 bewilligt. Diese Bewilligung hat die Vorinstanz am 25. November 2019 letztmals verlängert und ist entsprechend auch zu diesem Zeitpunkt noch vom Vorliegen der Voraussetzungen für die Familienzusammenführung ausgegangen. Mit Verfügung vom 22. Dezember 2020 hat die Vorinstanz das Gesuch mit Hinweis auf die Prozessgeschichte schliesslich abgewiesen, obwohl sich aus den Akten ergibt, dass der Beschwerdeführer nach Erteilung der Einreisebewilligung vergleichsweise mehr Anstrengungen zeigte, seine Familie in die Schweiz zu holen, als vor Erteilung derselben. Die Familienmitglieder wiesen denn auch mehrmals auf ihre Probleme bei der Beschaffung der Einreisepapiere im Sudan hin. Neben der bereits bekannten Unzuverlässigkeit des Beschwerdeführers war folglich die nicht erfolgte Einreise seiner Angehörigen im Zeitraum vom 5. März bis 22. Dezember 2019

ausschlaggebend für den Widerruf der Einreisebewilligungen. Die Unzuverlässigkeit des Beschwerdeführers ist zwar im Rahmen einer Gesamtbewertung zu berücksichtigen. Dies alleine vermag aber einen Widerruf der Bewilligung nicht zu begründen, da die Gründe für die Nichteinreise der Familie von entscheidender Bedeutung sind. Dieses Moment ist daher sorgfältig abzuklären beziehungsweise ist abzuwägen, ob aufgrund der Nichteinreise durch die Angehörigen des Beschwerdeführers von einer nachträglich fehlerhaften Verfügung (Auflösung der Familieneinheit) ausgegangen werden kann und ob ein Widerruf dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhält. Die Vorinstanz hat diesbezüglich festgehalten, dass aufgrund der Nichteinreise während neuneinhalb Monaten (15. März – 22. Dezember 2019) von einer nicht mehr bestehenden Familieneinheit auszugehen sei. Dem SEM seien zahlreiche Fälle bekannt, bei denen eritreischen Staatsangehörigen Reisepapiere auch ohne heimatlichen Pass ausgestellt worden seien, weshalb die geltend gemachten Schwierigkeiten, die nötigen Einreisepapiere zu beschaffen, nicht nachvollziehbar seien. Das SEM hat zwar den Beschwerdeführer aufgefordert, die Schwierigkeiten in Bezug auf den Erhalt

E-338/2021 Seite 18 der Reisepapiere zu belegen. Weitere Abklärungen – wie etwa eine Nachfrage bei der Schweizer Vertretung im Sudan – hat es allerdings unterlassen. Da diesem Vorbringen aber eine entscheidungserhebliche Bedeutung zukommt, hätte es dem SEM obliegen, den behaupteten Einreisehinderungsgründen intensiver nachzugehen. Eine vertiefte Prüfung der geltend gemachten Schwierigkeiten drängte sich insbesondere nach der detaillierten Schilderung eines ähnlichen Falles durch die Rechtsvertretung auf Beschwerdeebene auf. Das SEM hat sich aber trotz Einladung zur Vernehmung weder zu diesem Punkt noch zu den weiteren auf Beschwerdeebene beigebrachten Beweismitteln geäussert. Ausserdem nahm es keine eigentliche Interessenabwägung im Sinne der Rechtsprechung zum Widerruf von Verfügungen vor. Die angeführte Begründung des SEM, wonach nach der versäumten Einreise der Angehörigen des Beschwerdeführers in die Schweiz endgültig nicht mehr von einem aktuellen Rechtsschutzinteresse auszugehen sei, greift dementsprechend zu kurz. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das Gesuch um Einreise beziehungsweise um Familienasyl abgewiesen hat, ohne die Voraussetzungen für einen Widerruf der behördlichen Verfügung (Einreisebewilligung) eingehend zu prüfen und eine Abwägung sämtlicher Interessen vorzunehmen. Damit hat sie Bundesrecht verletzt.

### **E. 5.3**

Massgeblich ist vorliegend die Abklärung des Sachverhalts bezüglich der Frage, ob aus dem Verhalten des Beschwerdeführers und seiner Familie geschlossen werden kann, dass die familiäre Beziehung aufgegeben wurde (nachträgliche erhebliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse) oder ob objektive, aus den Umständen resultierende Gründe für die Nichteinreise der Ehefrau sowie der Tochter des Beschwerdeführers vorliegen, die nicht als freiwillige Aufgabe der Familiengemeinschaft zu werten sind. Dazu hat das SEM die neuen – bisher unberücksichtigt gebliebenen – Elemente zu prüfen, zumal es nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts sein kann, diese Beweismittel als erste und einzige Instanz zu prüfen. Das SEM hat insbesondere in geeigneter Weise abzuklären, ob die im Vergleichsfall durch die Rechtsvertretung geltend gemachten Schwierigkeiten auch vorliegend plausibel sind. Dem Beschwerdeführer obliegt hierbei eine aktive Mitwirkungspflicht. Ausserdem muss der Frage nachgegangen werden, ob die familiäre Beziehung heute noch gelebt wird. Sollte das SEM letztlich zum Schluss gelangen, dass

dem nicht so ist, hat es zu klären, ob die bisher unterlassene Einreise primär auf die geltend gemachten Schwie- rigkeiten oder einen allfällig mangelnden Willen der Ehefrau und Tochter zurückzuführen ist. Ferner ist – wie bei einem Widerruf zwingend – eine eingehende Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen.

E-338/2021 Seite 19

### **E. 6.1**

Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsge- richt grundsätzlich in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Eine Rückweisung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn weitere Sachverhaltsfeststel- lungen getroffen werden müssen (vgl. MADELEINE CAMPRUBI, in: Auer/Mül- ler/Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 61 Abs. 1 Rz. 10; PHILLIPE WEISSENBERGER /ASTRID HIRZEL, in: Waldmann/Weissen- berger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 61 VwVG Rz. 16).

### **E. 6.2**

Das Bundesverwaltungsgericht kann die Entscheidreife vorliegend nicht herstellen, da abzuklären ist, ob vorliegend tatsächlich Schwierigkei- ten bei der Beschaffung der Einreisepapiere bestanden haben und im Üb- rigen nicht bekannt ist, wo sich die Ehefrau und die Tochter des Beschwer- deführers heute befinden beziehungsweise ob noch ein aktuelles Interesse am Familiennachzug besteht. Deshalb ist die Sache zwecks Vornahme weiterer Abklärungen und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück- zuweisen. Für eine Rückweisung an die Vorinstanz zur weiteren Abklärung spricht auch der Umstand, dass auf diese Weise der Instanzenzug erhalten bleibt, was umso bedeutender ist, als das Bundesverwaltungsgericht letzt- instanzlich entscheidet.

### **E. 7**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde insofern gutzuheissen, als die Auf- hebung der Verfügung vom 22. Dezember 2020 und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung beantragt wird. Demnach ist die Sache zur vollständigen Feststellung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen und zur neuen Entscheidung an das SEM zurückzuweisen.

### **E. 8.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltli- chen Rechtspflege wird mit diesem Urteil gegenstandslos.

### **E. 8.2**

Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts des Ausgangs des Verfahrens zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzuspre- chen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundes- verwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Rechtsvertreterin stellte in

E-338/2021 Seite 20 der am 19. Oktober 2022 eingereichten Kostennote für Honorar und Aus- lagen eine Entschädigung von insgesamt Fr. 2'932.– (inkl. Barauslagen, ohne MWST) in Rechnung. Sie weist einen zeitlichen Aufwand von 14.5 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 200.– zuzüglich Fr. 32.– Ausla- gen aus. Der geltend gemachte zeitliche Aufwand

erscheint indessen insbesondere angesichts der kurzen Eingaben, welche sich kaum mit der rechtlichen Lage auseinandersetzen, als überhöht. Der Aufwand ist auf zehn Stunden zu kürzen. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE) ist der Rechtsbeistandin zu Lasten des Bundesverwaltungsgerichts deshalb ein Honorar von insgesamt Fr. 2'032.– (inkl. Auslagen, ohne MWST) auszurichten. Mit diesen Ausführungen ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtsbeistandung hinfällig geworden.

(Dispositiv nächste Seite)

E-338/2021 Seite 21

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