

BVGer E-5555/2021 vom 16. Februar 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-02-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-5555_2021

FR: TAF E-5555/2021 du 16 février 2022

IT: TAF E-5555/2021 del 16 febbraio 2022

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

Am 1. März 2019 ist eine Teilrevision des AsylG in Kraft getreten (AS 2016 3101). Für das vorliegende Verfahren gilt – im Gegensatz zum Verfahren E-2831/2018 – das neue Recht, zumal die Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015 keine altrechtliche Gesetzesanwendung betreffend den Widerruf des Familienasyls und der Einreisebewilligung vorsehen.

E. 1.3

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Die Beschwerdeführerin hat als Direktbetroffene, die gesetzlich durch ihren Vater A.H. und gewillkürt durch den rubrizieren Rechtsanwalt vertreten ist, am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 6 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 und im Übrigen nach Art. 49 VwVG.

E. 3

Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wurde auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet

E. 4

Das Asylgesetz enthält im Gegensatz zum eigentlichen Asylwiderruf nach

E-5555/2021 Seite 7 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 solchen Widerrufs 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. Der Widerruf ist zulässig, wenn eine allgemeine Interessenbeziehungswise Wertabwägung 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. Diese Regel gilt allerdings nicht absolut; ein Widerruf kann auch in einem der drei genannten Fälle in Frage kommen, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist (vgl. dazu die Urteile des BVerfG E-1271/2019 vom 30. Januar 2020 E. 6.1-6.3 und E-730/2017 vom 4. Mai 2017 E. 4.4 sowie BGE 137 I 69 E. 2.2 f. und 94 I 336 E. 4).

E. 5.1

Das SEM begründet den verfügten Widerruf des Familienasyls und der Einreisebewilligung in der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen wie folgt: Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil E-730/2017 vom 4. Mai 2017) dürfe das SEM auf eine Verfügung, die es nach Eintritt der formellen Rechtskraft für fehlerhaft halte, unter den allgemeinen Voraussetzungen für den Widerruf zurückkommen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 137 I 69 vom 16. Dezember 2010) könne eine Verfügung dann grundsätzlich nicht widerrufen werden, wenn nach einer Abwägung das Interesse am Vertrauensschutz dem Interesse an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts vorgehe. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) überwiege in der Regel unter anderem dann, wenn von einer durch die Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht worden sei. Ein Widerruf könne aber dennoch

E-5555/2021 Seite 8 in Frage kommen, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten sei. Dabei seien alle Aspekte des Einzelfalls einzubeziehen. Die Berufung auf den Vertrauensschutz setze das Vorhandensein eines Vertrauenstatbestandes beziehungsweise einer Vertrauensgrundlage voraus. Auf den Vertrauensschutz könne sich überdies nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis gehabt und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht gekannt habe und auch nicht hätte kennen sollen. Schliesslich könne den Vertrauensschutz nur geltend machen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt habe, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden könne. Vorliegend habe die Beschwerdeführerin Eritrea nie verlassen und sei bei ihrer Mutter zurückgeblieben. Im Gesuch vom 30. April 2015 um Einbezug der eingereisten Personen in den Flüchtlingsstatus des Vaters sei sie nicht aufgeführt. In der vom SEM vorbereiteten Erklärung vom 24. Juni 2015 hinsichtlich eines Verzehrs auf ein eigenständiges Asylverfahren wie auch in der anschliessenden Verfügung

bezüglich des Familienasyls vom 17. Juli 2015 sei sie in der Folge aufgrund eines Kanzleifehlers irrtümlich aufgeführt worden. Der Irrtum scheine auch dem Vater der Beschwerdeführerin und dessen Lebensgefährtin nicht aufgefallen zu sein, hätten doch beide die Verzichtserklärung unterschrieben. Art. 51 Abs. 1 AsylG beziehe sich auf Familienangehörige, welche sich bereits in der Schweiz befänden. Die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft bedinge, dass die anspruchsberechtigte Person ihren Heimat- oder Herkunftsstaat verlassen habe (BVG 2012/32 E. 5.1). Dies sei vorliegend nicht der Fall und die Beschwerdeführerin falle daher entgegen der in der Stellungnahme vom 22. September 2021 vertretenen Ansicht offensichtlich nicht in den persönlichen Geltungsbereich von Art. 51 Abs. 1 AsylG. Dementsprechend sei die Verfügung des SEM vom 17. Juli 2015 in Bezug auf sie offensichtlich ur-sprünglich fehlerhaft und nicht rechtskonform. Im Übrigen sei die Lebensgefährtin von B. _____ fälschlicherweise als Mutter aller Kinder aufgeführt worden. Indessen sei zu bezweifeln, dass die Lebensgefährtin das Sorgerecht für die Beschwerdeführerin innehatte und damit anstelle der Beschwerdeführerin die Verzichtserklärung vom 24. Juni 2015 hätte unterschreiben dürfen. Zudem sei die fälschlicherweise zugunsten der Beschwerdeführerin erfolgte Gewährung des Familienasyls weder von den Familienangehörigen noch von der Rechtsvertretung noch vom SEM bemerkt und offensichtlich auch der Beschwerdeführerin nicht zur Kenntnis gebracht worden, zumal darauf in der gesamten Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Widerruf der Einreisebewilligung nie Bezug genommen

E-5555/2021 Seite 9 worden sei. Da keine Einreise der Beschwerdeführerin erfolgt sei und folglich ein Familienasyl aus technischen Gründen gar nicht möglich sei, habe die Beschwerdeführerin im Gegensatz zu ihren übrigen Familienangehörigen auch nie eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung erhalten. Weder von Seiten der Beschwerdeführerin noch seitens des Vaters seien jemals Ansprüche aus Art. 51 Abs. 1 AsylG geltend gemacht worden, weshalb die Durchsetzung des objektiven Rechts im vorliegenden Einzelfall auch in dieser Hinsicht höher zu gewichten sei als die gegenüberstehenden privaten Interessen. Die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes seien daher vorliegend nicht erfüllt, da über Jahre hinweg der irrtümlich erfolgte Einbezug von niemandem bemerkt worden sei. Die Verfügung vom 17. Juli 2015 sei daher in Bezug auf das der Beschwerdeführerin gewährte Familienasyl zu widerrufen. Betreffend den Widerruf der Einreisebewilligung sei vorweg darauf hinzuweisen, dass B. _____ während vier Jahren nach Erteilung der Einreisebewilligung keine erkennbaren und belegten Schritte unternommen habe, um die Beschwerdeführerin in die Schweiz nachzuziehen; es sei keinerlei Eingabe mehr an die schweizerischen Behörden gerichtet worden. Erst im Hinblick auf einen Widerruf der Einreisebewilligung habe B. _____ im Dezember 2017 im Rahmen des gewährten rechtlichen Gehörs reagiert und erklärt, dass die Beschwerdeführerin noch zu jung für eine Reise in die Schweiz gewesen sei. Die passive Haltung des Vaters lasse kein ernsthaftes Interesse an der Einreise der Tochter erkennen, auch wenn die in der Beschwerde vom 9. Februar 2018 und in der Stellungnahme vom 4. April 2018 dargelegten Argumente bezüglich Rücksichtnahme auf das Alter des Kindes nachvollziehbar seien. Aufgrund der Akten müsse ferner davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin den Vater wohl kaum je persönlich gesehen habe respektive sich an eine solche Begegnung erinnern dürfte, zumal dieser mit seiner Lebensgefährtin ansonsten nicht in derselben Ortschaft gewohnt und Militärdienst geleistet habe. Auch wenn Letzteres dem Vater nicht nachteilig auszulegen sei, könne nicht von

einem tatsächlich bestehenden Familienleben – einer unabdingbaren Voraussetzung für die asylrechtliche Familienzusammenführung – gesprochen werden. Selbst bei Bejahung einer sich seit der Ausreise des Vaters im Aufbau befindlichen Vater-Tochter-Beziehung wäre davon auszugehen, dass diese während sehr langer Zeit nicht im Sinne einer effektiven Familiengemeinschaft geführt worden sei. Bei der Ausreise des Vaters aus Eritrea im Jahre 2010 sei die Beschwerdeführerin knapp (...) alt gewesen, womit sie kaum Erinnerungen an ihren Vater wie auch an ihre Brüder habe. Mittlerweile sei

E-5555/2021 Seite 10 sie (...) Jahre alt und habe ihren Vater während dieser Kindheit nie persönlich gesehen. Aufgrund der Aktenlage und der Tatsache, dass abgesehen von angeblichen Telefonaten kein anderweitiger Kontakt oder eine sub-stanzielle Unterstützung erfolgt sei, könne der Vater offensichtlich nicht die hauptsächliche Bezugsperson der Beschwerdeführerin sein. Diese habe bislang stets bei ihrer Mutter gelebt, wo sie sich immer noch in ihrem gewohnten kulturellen Umfeld aufhalte. Die Mutter sei die zentrale Bezugsperson. Im Übrigen könne es die Beschwerdeführerin vor wesentliche Integrationsprobleme stellen, wenn sie nun als (...)jähriges Mädchen fern von ihrem gewohnten Umfeld in die Schweiz zu ihrem Vater und ihren Brüdern, an die sie keine persönlichen Erinnerungen haben dürfte, und zu denen sie erst eine Beziehung aufbauen müsste, geholt würde. Selbst bei Annahme einer vor der Flucht bestehenden Familiengemeinschaft lägen somit besondere Umstände nach Art. 51 Abs. 1 AsylG vor, die gegen eine Familienzusammenführung in der Schweiz sprächen. Sodann müsse vorliegend gestützt auf die Akten davon ausgegangen werden, dass der Vater im Zusammenhang mit seinem Asylgesuch zumindest unpräzise Angaben bezüglich der tatsächlichen Familienverhältnisse gemacht habe. Darauf sei indessen nicht vertieft einzugehen, da aufgrund der Angaben der nachgereisten Personen bei der Befragung zur Person und aus verschiedenen Stellungnahmen hervorgehe, dass die Beschwerdeführerin aus einer polygamen Beziehung ihres Vaters stamme. Dies stelle einen weiteren besonderen Umstand im Sinn von Art. 51 Abs. 1 und 3 AsylG dar, der gemäss Praxis (insb. BVGE 2012/5 E.5) einem Einbezug in den Flüchtlingsstatus eines Elternteils und der Gewährung von Familienasyl entgegenstehe. Gemäss der Stellungnahme vom 4. April 2018 habe der Vater jeweils seine Militäurlaube hälftig bei den beiden Familien verbracht. Der Ansicht in der Stellungnahme vom 22. September 2021, wonach es sich vorliegend nicht um Polygamie handle, da der Vater nicht mit beiden Müttern gleichzeitig verheiratet gewesen sei, könne nicht gefolgt werden, zumal sich gestützt auf die Ausführungen und anhand der Geburtsdaten der Kinder leicht erkennen lasse, dass der Vater über Jahre hinweg mit beiden Frauen eine polygame Beziehung gepflegt habe; eine Heirat sei für eine polygame Beziehung gemäss Praxis (vgl. E-222/2015 vom 14. April 2015 E. 4) nicht zwingend. Dass die leibliche Mutter ihr Einverständnis für die Ausreise der Beschwerdeführerin gegeben habe und den beiden Brüdern möglicherweise zu Unrecht die Einreise in die Schweiz bewilligt und sie ins Familienasyl des Vaters einbezogen worden seien, ändere an diesen Erkenntnissen nichts. Da sich die Beschwerdeführerin gemäss der Stellungnahme vom 22. September 2021 noch immer in Eritrea aufhalte, könne ein Anspruch auf Vertrauensschutz nicht geltend gemacht werden. Auf die betreffende

E-5555/2021 Seite 11 fehlerhafte Verfügung vom 4. Dezember 2013 sei daher zurückzukommen. Die KRK vermöge an dieser Einschätzung nichts zu ändern, da dieses Übereinkommen weder dem Kind noch einem Elternteil ein Recht zur Einreise und zum Aufenthalt in der Schweiz im Sinne einer Familienzusammenführung gewähre. Im

Übrigen seien im Verfahren vor den Asylbehörden gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts weder Art. 8 EMRK noch die Bestimmungen des UNO-Pakts II über bürgerliche und politische Rechte ergänzend anwendbar, wenn die Voraussetzungen des Familienasyls gemäss Art. 51 AsylG nicht erfüllt seien. Die Frage nach einem allfälligen Anspruch auf einen Aufenthalt der Beschwerdeführerin in der Schweiz wäre im Rahmen eines ausländerrechtlichen Familiennachzugsverfahrens zu beurteilen, in dem wiederum Art. 8 EMRK Rechnung zu tragen wäre. Somit seien angesichts des Bestehens eines gewichtigen öffentlichen Interesses sowohl das Familienasyl vom 17. Juli 2015 als auch die Einreisebewilligung vom 4. Dezember 2013 zu widerrufen.

E. 5.2

In der Rechtsmitteleingabe wird zunächst festgehalten, dass B._____ nie mit C._____ verheiratet gewesen sei. Als dessen Ehefrau im Oktober 2014 aus Eritrea nach Äthiopien ausgewandert sei, sei die in Eritrea bei ihrer Mutter zurückgebliebene Beschwerdeführerin erst (...) Jahre alt gewesen. Ihre Reise ohne Begleitung eines leiblichen Elternteils sei als zu gefährlich und nicht zumutbar eingestuft worden und sie sei auch nie in einer engen Beziehung zur Ehefrau von B._____ gestanden, weshalb ihre leiblichen Eltern die Migration in die Schweiz zu einem späteren Zeitpunkt beabsichtigt hätten. Bereits mit Schreiben vom 5. März 2012 habe sich ihre Mutter damit einverstanden erklärt und dies mit Schreiben vom 11. Dezember 2017 bestätigt. Die Beschwerdeführerin sei nun anfangs Oktober in Begleitung ihrer Mutter nach G._____ ausgewandert und befinde sich aktuell in E._____ (F._____). Der rubrizierte Rechtsanwalt habe in der Folge per Mail mit der zuständigen Schweizer Vertretung in E._____ betreffend das weitere Vorgehen Kontakt aufgenommen; dies könne dem beiliegenden Ausdruck der Mail-Korrespondenz entnommen werden. Der Widerruf einer ursprünglich oder nachträglich fehlerhaften Verfügung nach Art. 51 AsylG sei zwar praxisgemäss nach den allgemeinen Voraussetzungen des Widerrufs möglich. Art. 51 Abs. 1 AsylG schliesse jedoch nicht aus, dass das Familienasyl bereits gewährt wird, wenn sich eine an-

E-5555/2021 Seite 12 tragsstellende Person noch im Ausland befindet. Selbst wenn von der Fehlerhaftigkeit dieser Verfügung auszugehen sei, liesse sich deren Widerruf vor dem Hintergrund der vorliegend relevanten Interessen nicht rechtfertigen. Das Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts wäre hier gering, da die Einreise der Beschwerdeführerin weiterhin zulässig bleiben müsse und das Familienasyl anschliessend erneut gutzuheissen wäre. Sollte das Bundesverwaltungsgericht die Voraussetzungen für den Widerruf des Familienasyls als gegeben qualifizieren, folge daraus nicht zwingend der Widerruf der Einreisebewilligung. Auch letzterer sei nicht zulässig. Es sei der Beschwerdeführerin entgegen der Auffassung des SEM nicht anzulasten, dass sie während mehreren Jahren keinen Gebrauch von der Einreisebewilligung gemacht habe. Der Familienverband sei dadurch nicht freiwillig aufgegeben worden. Gerade Eltern-Kind-Beziehungen endeten gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-730/2017 vom 4. Mai 2017 (E. 4.3) durch räumliche Distanz nicht ohne weiteres. Die risikohafte Ausreise habe der Beschwerdeführerin damals nicht zugemutet werden können. Während des hängigen Beschwerdeverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht (Mai 2018 bis Juni 2021) habe zudem Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Möglichkeit der Einreise in die Schweiz bestanden und die Mutter habe das Risiko der Ausreise erst nach Ergehen des Urteils E-2831/2018 vom 4. Juni 2021 auf sich nehmen können. Im besagten Urteil E-730/2017 (E. 4.3) werde denn auch erwogen, dass es verständlich und

nachvollziehbar erscheine, dass ein um das Wohl des Kindes besorgter Vater die illegale Ausreise des minderjährigen Kindes vorsichtig plane und nur dann umsetze, wenn ihm das Risiko als vertretbar erscheine. Die mittlerweile erfolgte gemeinsame Reise nach E. _____ mit der Mutter bestätige erneut deren Einverständnis mit der Einreise der Beschwerdeführerin in die Schweiz. Darüber hinaus habe die Beschwerdeführerin damit auch Vertrauensdispositionen getroffen, dies bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung. Entgegen der Auffassung des SEM sei sodann durchaus von einem tatsächlich bestehenden Familienleben auszugehen. B. _____ habe die Geburt seiner Tochter zwar miterleben können, die Möglichkeit zur Führung eines engen Familienlebens sei ihm aber aufgrund des damaligen Militärdienstes verwehrt geblieben. Dennoch habe er C. _____ und D. _____ mit ihren jeweiligen gemeinsamen Kindern besucht, soweit dies im Militärrurlaub möglich gewesen sei. Ein weitergehendes Zusammenleben sei durch den zwangsweisen Militärdienst verunmöglicht worden. Seit seiner Flucht habe B. _____ auch regelmässigen telefonischen Kontakt mit der Beschwerdeführerin und deren Mutter gepflegt. Nach der Rechtsprechung

E-5555/2021 Seite 13 des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil E-4585/2011 vom 5. Februar 2013 E. 6.2) sei es zudem nicht im Sinn des Asylgesetzes, eine Trennung infolge asylrelevanter politischer Repressalien zu sanktionieren. Sodann sei die Dauer der vorbestehenden Familiengemeinschaft nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil E-3154/2016 vom 31. Mai 2016 E. 7) nicht erheblich, wenn diese wie vorliegend durch asylbeachtliche Verfolgung unterbrochen worden sei. Ferner gehe die Vorinstanz fälschlicherweise von der Qualifikation einer Polygamie im Sinne von BVGE 2012/5 (E. 5.3) aus. Der zitierte Entscheid E-222/2015 führe gerade zum gegenteiligen Schluss und darüber hinaus seien minderjährige Kinder gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG auch dann anspruchsberechtigt, wenn sie nicht aus einer ehelichen Beziehung hervorgingen. Die Einreisebewilligung vom 4. Dezember 2013 erweise sich damit weder als ursprünglich noch als nachträglich fehlerhaft und der Widerruf sei somit nicht statthaft. Sollte das Bundesverwaltungsgericht dennoch von einer Fehlerhaftigkeit der Einreisebewilligung vom 4. Dezember 2013 ausgehen, müsse die vorliegende Beschwerde aufgrund des Gebotes von Treu und Glauben dennoch gutgeheissen werden. In E. 4.4 des Urteils des E-730/2017 habe sich das Bundesverwaltungsgericht mit einer seit acht Jahren ungenutzten unbefristeten Einreisebewilligung befasst, die durch das SEM widerrufen worden sei. Selbst nach dieser noch längeren Dauer habe das Gericht das Vertrauen des damaligen Beschwerdeführers und seines Sohnes geschützt. Dies müsse umso mehr auch hier gelten, wo kein Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts ersichtlich sei, welches das Rechtssicherheitsinteresse von B. _____ und der Beschwerdeführerin überwiegen könnte. Zudem gehe gemäss Bundesgerichtspraxis die Rechtssicherheit allgemein dann vor, wenn durch die frühere Verfügung ein subjektives Recht begründet worden sei. Der Beschwerdeführerin sei mit der Einreisebewilligung ein solches subjektives Recht zugesprochen worden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung könne eine entsprechende Verfügung nur bei Vorliegen eines besonders gewichtigen öffentlichen Interesses, neuer Tatsachen, einer Gesetzesänderung oder Revisionsgründen widerrufen werden (BGE 100 Ib 299 E. 2). Vorliegend sei keiner der genannten Gründe ersichtlich. Ferner liege mit der Einreisebewilligung eine qualifizierte Vertrauensgrundlage vor, weshalb der Private nicht zwingend Dispositionen getroffen haben müsse, um sich gegen den Widerruf der begünstigenden Verfügung zur Wehr zu setzen (Urteil E-730/2017 vom 4. Mai 2017 E. 4.4.2). B. _____ und die Beschwerdeführerin hätten denn auch

tatsächlich auf den Bestand der Einreisebewilligung

E-5555/2021 Seite 14 vertraut und dies auch dürfen. Im Vertrauen auf die unbefristete Einreisebewilligung hätten sich B._____ und die Mutter der Beschwerdeführerin primär vom Kindeswohl leiten lassen, das einer sofortigen Ausreise entgegengestanden hätte. Durch die Ausreise der beiden (...) seien somit auch Dispositionen getroffen worden. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass Art. 51 AsylG im Lichte der Grund- und Menschenrechte auszulegen sei, wobei namentlich das Recht auf Familienleben gemäss Art. 14 BV sowie Art. 8 EMRK zu beachten seien. Durch die angefochtene Verfügung werde das Recht auf Familienleben von B._____, der Beschwerdeführerin sowie der weiteren Kinder eingeschränkt, da ein gemeinsames Leben in der Schweiz verunmöglicht würde.

E. 6

Die Dispositivziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung sind aus folgenden Gründen von Amtes wegen ersatzlos aufzuheben: In seinem Kassationsurteil E-2831/2018 vom 4. Juni 2021 hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass es sich zum einen bei dem zugunsten der Beschwerdeführerin am 17. Juli 2015 erteilten Familienasyl um eine sogenannte «res iudicata» handle, mit der Konsequenz, dass nicht noch einmal über die gleiche Sache entschieden werden könne. Zum andern hat es erkannt, dass eine nach Art. 51 Abs. 4 AsylG auszustellende Einreisebewilligung akzessorischen Charakter habe und somit mit dem Familienasyl untrennbar verbunden sei. Ein Widerruf des Familienasyls und der Einreisebewilligung führt nun selbstredend nicht zum Wiederaufleben eines früheren und rechtskräftig beurteilten Gesuchs um Erteilung des Familienasyls und der Einreisebewilligung. Über ein solches ist daher nicht noch einmal zu entscheiden. Die sich mit dem (Nicht-)Bestehen eines Anspruchs auf Erteilung des Familienasyls und einer darauf gestützten Einreisebewilligung befassenden, weiträumigen Ausführungen sowohl in der angefochtenen Verfügung als auch in der vorliegenden Beschwerde sind daher vom Bundesverwaltungsgericht nicht weiter zu würdigen. Nachfolgend ist einzig zu prüfen, ob der angefochtene Widerruf des Familienasyls und der Einreisebewilligung vom SEM zu Recht verfügt wurde. Die Erwägungen der angefochtenen Verfügung befassen sich denn auch zutreffend einzig mit diesem Widerrufsthema. Auch deshalb erstaunt es, dass sich das SEM veranlasst sah, darüber hinaus im Dispositiv noch die Ziffern 3 und 4 zu verfugen.

E-5555/2021 Seite 15

E. 7.1

Beim Asyl handelt es sich um einen in Art. 2 AsylG geregelten Schutzstatus, den die Schweiz als souveräner Staat – ohne völkerrechtliche Verpflichtung – in der Schweiz für anspruchsberechtigte ausländische Personen gewährt und der mit der Erteilung eines Anwesenheitsrechts in der Schweiz verbunden ist. Die Anspruchsgrundlage des Asyls ist dabei zwingend die Flüchtlingseigenschaft, die entweder originär (aufgrund einer Verfolgungslage nach Art. 3 AsylG) oder derivativ (aufgrund einer familiären Verbindung nach Art. 51 AsylG) bestehen kann. Daraus ergibt sich zum einen, dass die Flüchtlingseigenschaft, ob originär oder derivativ, das Verlassen des Heimatstaates voraussetzt (vgl. dazu Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission EMARK 1997 Nr. 15 und BVGE 2012/32 E. 5.1). Zum andern ergibt sich, dass die Erteilung des Asyls und mithin auch des Familienasyls nur in der

Schweiz erfolgen kann und mithin den Aufenthalt der anspruchsberechtigten Person in der Schweiz voraussetzt. Demgegenüber kann die Schweiz eine Einreise im Hinblick auf die Erteilung der originären oder derivativen Flüchtlingseigenschaft und mithin im Hinblick auf die Gewährung des Asyls erteilen, wenn sich die potenziell anspruchsberechtigte Person im Ausland (Heimatstaat oder Drittstaat) befindet. Im Vordergrund steht dabei der hier relevante Art. 51 Abs. 4 AsylG. Analoge Konstellationen kennt das schweizerische Asylrecht aber auch im Flughafenverfahren (vgl. Art. 22 AsylG) und beim Asylgesuch aus dem Ausland nach dem altrechtlichen, im Jahre 2012 aufgehobenen Art. 20 AsylG. In all diesen Fällen ist (bzw. war) die Einreisebewilligung mit dem Zweck verbunden, nach erfolgter Einreise in die Schweiz einen Anspruch auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft und Gewährung des Asyls zu prüfen und gegebenenfalls zu bejahen. Dieses Vorgehen wurde seitens des SEM denn auch bei allen Begünstigten der Verfügung vom 17. Juli 2015 praxisgemäss eingehalten, ausser eben bei der Beschwerdeführerin.

E. 7.2

Nach dem Gesagten wird deutlich, dass das vom SEM mit Verfügung vom 17. Juli 2015 zugunsten der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer gleichzeitig festgestellten derivativen Flüchtlingseigenschaft nach Art. 51 Abs. 1 AsylG gewährte Familienasyl rechtswidrig erteilt wurde, da sie sich im fraglichen Zeitpunkt unbestrittenermassen im Heimatstaat befand; sie konnte dort weder die Anforderungen an die Flüchtlingseigenschaft noch an das Familienasyl erfüllen. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Kassationsurteil E-2831/2018 (dort S. 10 oben) zuhanden des SEM für den Fall eines dereinstigen Widerrufs des Familienasyls bereits einen entspre-

E-5555/2021 Seite 16 chenden Hinweis auf die tatsächliche Sachverhaltslage deponiert. Die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit der Verfügung vom 17. Juli 2015 betreffend die Beschwerdeführerin wird denn auch seitens des SEM in der vorliegend angefochtenen Verfügung eingeräumt und die Umstände hierzu nachvollziehbar erklärt. Eine vertiefere Diskussion darüber, ob der Widerruf des Familienasyls vor dem Grundsatz von Treu und Glauben standhält, erübrigt sich schon aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin über Jahre hinweg keinerlei Anstalten machte, den ihr (rechtswidrig zugesprochen) Schutz in Form des Familienasyls in der Schweiz zu beanspruchen, denn bis zum heutigen Zeitpunkt hat sie nie schweizerisches Territorium betreten. Ein Vertrauen auf Inanspruchnahme ihres (fehlerhaft gewährten) Asylstatus wäre bestenfalls erst dann bedeutsam geworden, wenn sie die ihr erteilte Einreisebewilligung umgesetzt hätte, in die Schweiz eingereist wäre und ihr hier das bereits erteilte Familienasyl mit der Begründung einer ursprünglichen Fehlerhaftigkeit verweigert oder widerrufen worden wäre. Selbst dann aber müsste sich die (professionell vertretene) Beschwerdeführerin entgegenhalten lassen, dass die Unmöglichkeit der Erlangung der Flüchtlingseigenschaft während ihres Aufenthalts im Heimatstaat und die Unmöglichkeit der Erlangung des Familienasyls während ihres Aufenthalts noch ausserhalb der Schweiz aus der publizierten Rechtsprechung der ARK und des Bundesverwaltungsgerichts (EMARK 1997 Nr. 15 und BVGE 2012/32 E. 5.1) sowie der konstanten Praxis der Asylbehörden erkennbar ist. Selbst unter Annahme eines (angeblichen) zwischenzeitlichen Aufenthalts im F. _____ würde somit nichts daran ändern, dass das Familienasyl nach wie vor auf einer fehlerhaften Grundlage steht und der Widerruf rechtmässig wäre. Die von der Beschwerdeführerin mehrfach herangezogenen Vergleichsfälle (insb. auch das Urteil E-730/2017 vom 4. Mai

2017) unterscheiden sich von der vorliegenden Konstellation denn auch gerade dadurch, dass dort einzig die Erteilung oder der Widerruf der Einreisebewilligung und nicht auch der Widerruf des Familienasyls Prozessgegenstand war beziehungsweise sein konnte. Der Widerruf des fehlerhaft erteilten Familienasyls erfolgte somit vorliegend zu Recht.

E. 7.3

Betreffend die mit der angefochtenen Verfügung widerrufenen Einreisebewilligung ist vorab auf die Ausführungen im Kassationsurteil E-2831/2018 (dort E. 6.3) zu verweisen, wonach eine nach Art. 51 Abs. 4 AsylG auszustellende Einreisebewilligung akzessorischen Charakter hat und nur im direkten Zusammenhang mit dem Familienasyl beziehungsweise im Hinblick auf dessen Prüfung in der Schweiz erteilt werden kann.

E-5555/2021 Seite 17 Art. 51 Abs. 4 AsylG spricht denn auch von «anspruchsberechtigten Personen nach Absatz 1» und im Urteil BVGE 2020 VI/1 vom 22. Juli 2020 wird dieser Zusammenhang durch die systematische Auslegung bestätigt (vgl. dort E. 8.3.2). Die Erteilung der Einreisebewilligung setzt mithin (u.a.) voraus, dass eine Person einen tatsächlichen oder potenziellen Anspruch auf das Familienasyl hat. Nach dem zuvor in E. 7.2 Erwogenen ist dies vorliegend nicht der Fall, denn die Erteilung des Familienasyls an die Beschwerdeführerin erfolgte in Verletzung geltenden Rechts und ist daher wie gesehen zu widerrufen. Damit fällt ohne Weiteres auch die Rechtsgrundlage der erteilten Einreisebewilligung weg, da letztere akzessorisch und untrennbar mit dem Familienasyl verbunden ist, welches jedoch im Jahre 2015 irrtümlich gewährt wurde. Rechtslogisch ist es denn auch unvorstellbar, die Rechtsgültigkeit einer Einreisebewilligung im Hinblick auf die Prüfung und potenzielle Erteilung des Familienasyls aufrecht zu erhalten, wenn über dieses Familienasyl bereits definitiv befunden wurde und darüber hinaus dieses Familienasyl nach E. 7.2 gar nicht rechtmässig erteilt werden konnte und somit zu widerrufen ist. Der Zweck der im Jahre 2013 zugunsten der Beschwerdeführerin erteilten Einreisebewilligung ist daher vorliegend gar nicht mehr erfüllbar und deren Daseinsberechtigung ist somit dahingefallen. Die Einreisebewilligung wurde von der Beschwerdeführerin denn auch nie beansprucht. Der Widerruf der Einreisebewilligung erfolgte somit ebenfalls zu Recht.

E. 7.4

Es ergibt sich zusammenfassend, dass das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts beziehungsweise an der Rückgängigmachung einer im vorliegenden Einzelfall offensichtlich bestehenden Rechtswidrigkeit den Vertrauensschutz der Beschwerdeführerin klar überwiegt, der Widerruf des Familienasyls und der Einreisebewilligung vom SEM rechtskonform verfügt wurde und sich eine weitergehende Auseinandersetzung mit der erwähnten Interessenabwägung in casu erübrigt.

E. 7.5

Unter Bezugnahme auf die geltend gemachte zwischenzeitliche Ausreise der Beschwerdeführerin (...) bleibt ergänzend anzumerken, dass diese auch nicht ansatzweise erstellt ist oder auf die Akten abgestützt werden kann. Zum einen ist nicht ersichtlich, weshalb dieses angeblich im Oktober 2021 verwirklichte Sachverhaltselement den Asylbehörden erst und ausgerechnet nach dem (für sie absehbar gewesenen) Ergehen der angefochtenen Verfügung und nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren deponiert wurde. Zum andern ist auf die der Beschwerde beigelegte E-Mail-Korrespondenz des Rechtsvertreters mit der Schweizer Botschaft

E-5555/2021 Seite 18 in E._____ zu verweisen. Gemäss dieser ist für die Botschaft weder klar, wo sich die Beschwerdeführerin befindet, noch habe die Botschaft zu diesem Fall irgendwelche Unterlagen, Instruktionen und Identitätsdokumente erhalten und es habe auch nie jemand persönlich vorgesprochen. Unbese- hen dessen wäre ein allfällig bestehender Migrationswunsch der Be- schwerdeführerin vom F._____ in die Schweiz ohnehin mittels Beschrei- tung der hierfür zur Verfügung stehenden ausländerrechtlichen Verfahrens- wege oder mittels eines neuen auf Art. 51 AsylG gestützten Gesuchs um Erteilung einer Einreisebewilligung zwecks Erlangung des Familienasyls zu realisieren, nicht aber im vorliegenden Widerrufsverfahren. Im Sinne einer Randbemerkung ist für das Bundesverwaltungsgericht im Übrigen nicht einmal ersichtlich, ob die Beschwerdeführerin persönlich überhaupt mit einer Migration in die Schweiz einverstanden wäre. Eine ent- sprechende persönliche Willensbekundung ihrerseits liegt bis heute nicht vor, obwohl ein Kind im Alter von (...) Jahren durchaus die Urteilsfähigkeit zur Beurteilung der Frage besitzt, ob es die gänzliche Neugestaltung ihres Lebens in einem ihr unbekanntem Umfeld einem Verbleib bei der leiblichen Mutter und in einer vertrauten Umgebung vorziehe. Aus objektiver Betrach- tung wäre in diesem Zusammenhang unter dem Aspekt des Kindeswohls von Bedeutung, dass die Beschwerdeführerin am Anfang ihres Eintritts in eine für sie persönlichkeitsprägende Lebensphase steht. Abgesehen da- von stützt das Bundesverwaltungsgericht die vom SEM angetönte Zweifel- haftigkeit oder zumindest Unklarheit über die Inhaberschaft des Sorge- rechts über die Beschwerdeführerin.

E. 8

Aus diesen Erwägungen ergibt sich zusammenfassend, dass die ange- fochtene Verfügung in ihren Dispositivziffern 3 und 4 von Amtes wegen und ersatzlos aufzuheben und die Beschwerde insoweit gutzuheissen ist. Wei- ter ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung, soweit sie den Widerruf des Familienasyls und der Einreisebewilligung (Dispositivziffern 1 und 2) betrifft, Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt rich- tig sowie vollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG) und – soweit diesbe- züglich überprüfbar – angemessen ist. Die Beschwerde ist insoweit abzu- weisen.

E. 9.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als teilweise – soweit nicht die von Amtes wegen erfolgte Aufhebung der Dis-

E-5555/2021 Seite 19 positivziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung betreffend – unterle- gen, weshalb die Kosten insoweit ihr aufzuerlegen wären (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Auf deren Erhebung ist jedoch zu verzichten, da sie selbst bei hy- pothetischer Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nach Art. 65 Abs. 1 VwVG Anspruch auf Kostenerlass ge- stützt auf Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kos- ten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) hätte. Grund hierfür ist die Tatsache, dass der Ursprung des Widerrufs des Familienasyls und der Einreisebewilligung vorliegend in ei- ner Fehlerhaftigkeit bei der Einräumung dieser Rechte durch das SEM liegt und eine Kostenauflegung zulasten der Beschwerdeführerin daher un- verhältnismässig erschiene.

E. 9.2

Die vertretene Beschwerdeführerin hätte angesichts ihres Obsiegens betreffend den Antrag auf Aufhebung der Dispositivziffern 3 und 4 der an- gefochtenen Verfügung in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 2 und 2 VGKE Anspruch auf eine Entschädigung für

die ihr notwendigerweise erwachsenen und verhältnismässig hohen Parteikosten. Auf die Ausrichtung einer Parteientschädigung ist jedoch vorliegend zu verzichten, weil die Aufhebung der betreffenden Dispositivziffern einzig in der Rechtsanwendung von Amtes wegen gründet und nicht durch die Beschwerdeargumentation ausgelöst wurde. Das Stellen des Aufhebungsantrags hat für sich alleine besehen offensichtlich keine verhältnismässig hohen Parteikosten ausgelöst (vgl. Art. 7 Abs. 4 VGKE).

E. 9.3

Der nach Art. 65 Abs. 2 VwVG zu beurteilende Antrag auf Beiordnung des rubrizierten Rechtsanwalts als unentgeltlichen amtlichen Rechtsbeistand ist abzuweisen. Selbst bei hypothetischer Gutheissung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nach Art. 65 Abs. 1 VwVG erscheint nämlich die erforderliche Notwendigkeit, ob die Beschwerde führende Partei zur Wahrung ihrer Rechte notwendigerweise der professionellen juristischen Hilfe eines Anwaltes bedarf (vgl. dazu BGE 128 I 225 E. 2.5.2 S. 232 f.; 122 I 49 E. 2c S. 51 ff.; 120 Ia 43 E. 2a S. 44 ff.), nicht gegeben. In Verfahren, welche – wie das vorliegende – vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht sind, sind strenge Massstäbe an die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung anzusetzen (vgl. EMARK 2000 Nr. 6 sowie BGE 122 I 8 E. 2c S. 10). Im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren sind besondere Rechtskenntnisse zur wirksamen Beschwerdeführung im Regelfall nicht unbedingt erforderlich. Aus diesen Gründen wird die unentgeltliche Verbeiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG praxisgemäss nur in den besonderen Fällen gewährt, in welchen in rechtlicher

E-5555/2021 Seite 20 oder tatsächlicher Hinsicht erhöhte Schwierigkeiten bestehen. Das vorliegende Verfahren erscheint jedoch weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht besonders komplex. Der gesetzliche Vertreter der Beschwerdeführerin verfügt zudem über gute Deutschkenntnisse (vgl. Beschwerde S. 9). Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin (a.a.O.) kann auch nicht von einem besonders starken Eingriff in ihre Rechtsstellung gesprochen werden, wenn sie von einem ihr (fehlerhaft) eingeräumten und nun widerrufenen Recht über Jahre hinweg keinen Gebrauch zu machen beabsichtigt hat.

(Dispositiv nächste Seite)

E-5555/2021 Seite 21

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