



Abteilung IV
D-2296/2007
{T 0/2}

Urteil vom 12. März 2008

Mitwirkung: Richter Fulvio Haefeli, Bendicht Tellenbach, Gérald Bovier, Richterin
Claudia Cotting-Schalch, Richter Daniel Schmid,
Gerichtsschreiberin Gabriela Freihofer

A._____, Volksrepublik China,
vertreten durch Fürsprecherin Katerina Baumann,

Beschwerdeführerin

gegen

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

Vorinstanz

betreffend

**Verfügung vom 2. März 2007 i.S. Einreisebewilligung und vorläufige Aufnahme als
Flüchtlinge zu Gunsten von B._____, C._____ und D._____ / N**

Sachverhalt:

- A. Die Beschwerdeführerin, tibetischer Ethnie, reichte am 3. März 2004 in der Schweiz ein Asylgesuch ein. Mit Verfügung vom 5. Mai 2006 stellte das BFM die Flüchtlingseigenschaft der Beschwerdeführerin fest, lehnte das Asylgesuch ab und nahm sie wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig auf.
- B. Am 7. Juli 2006 stellte die Beschwerdeführerin für ihren Ehemann und ihre zwei Kinder ein Gesuch um Familiennachzug.
- C. Mit Verfügung vom 2. März 2007 bewilligte das BFM die Einreise für den Ehemann und die zwei Kinder der Beschwerdeführerin nicht und verweigerte den Einbezug in die vorläufige Aufnahme.
- D. Mit Beschwerde vom 27. März 2007 beantragte die Beschwerdeführerin, die Verfügung vom 2. März 2007 sei aufzuheben. Die Vorinstanz sei anzuweisen, dem Ehemann und den Kindern der Beschwerdeführerin die Einreise in die Schweiz zwecks Feststellung der Flüchtlingseigenschaft zu bewilligen. Im Falle, dass keine eigenen Fluchtgründe geltend gemacht würden, sei die Vorinstanz anzuweisen, sie vorläufig aufzunehmen.
- E. Mit Zwischenverfügung vom 3. April 2007 setzte der zuständige Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 600.--, welcher am 17. April 2007 einbezahlt wurde.
- F. Mit Eingabe vom 2. Mai 2007 liess die Beschwerdeführerin eine Gesprächsnotiz der zuständigen Sozialarbeiterin zu den Akten reichen.
- G. Das BFM schloss in seiner Vernehmlassung vom 3. Mai 2007 auf Abweisung der Beschwerde.
- H. Mit Eingabe vom 9. November 2007 reichte die Rechtsvertreterin auf entsprechende Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts eine Kostennote zu den Akten.

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 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig (Art. 105 Abs. 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

- 1.2 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).
2. Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingereicht; die Beschwerdeführerin ist legitimiert (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 und 50 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist mithin einzutreten.
- 3.
- 3.1 Das BFM begründete die Verweigerung des Einbezugs in die vorläufige Aufnahme damit, dass vorliegend die formelle Voraussetzung der in Art. 14c Abs. 3^{bis} des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20) verankerten Wartefrist von drei Jahren nicht erfüllt sei, zumal der Beschwerdeführerin die vorläufige Aufnahme als Flüchtling am 5. Mai 2006 gewährt worden sei.
- 3.2 In der Beschwerde wird demgegenüber ausgeführt, vor der Asylgesetzrevision, in Kraft seit 1. Januar 2007, sei der Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen in Art. 51 Abs. 5 AsylG sowie in Art. 39 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1, SR 142.311) geregelt gewesen. Die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) habe entschieden, die Verordnungsbestimmung sei so auszulegen, dass bei zwei möglichen Auslegungen jene zu wählen sei, welche den geringeren Eingriff in das von der Verfassung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) geschützte Grundrecht auf Ehe- und Familienleben bedeute (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der ARK [EMARK] 2006 Nr. 7). Das Gesetz habe bis zum 31. Dezember 2006 keine allgemein gültige dreijährige Wartefrist für die Familienvereinigung vorgesehen. Seit dem 1. Januar 2007 unterstehe der Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen und allen anderen vorläufig aufgenommenen Personen Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG. In Anschluss an die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) bejahe das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung einen Anspruch auf die Erteilung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung zugunsten der noch im Ausland befindlichen Angehörigen direkt gestützt auf Art. 8 EMRK (BGE 120 Ib 183 E. 2) dann, wenn die Betroffenen über intakte und tatsächlich gelebte Familienbande zu nahen Verwandten verfügten, die ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz hätten. Auch ein völkerrechtlich begründeter Anspruch auf Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung könne eine Berufung auf die Verfassungsrechte und Art. 8 EMRK zulassen. Die Anwesenheit von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen sei auf Dauer angelegt. Sie hätten einen Anspruch auf Aufenthalt, der im Völkerrecht begründet sei, welcher zum Anspruch auf Familiennachzug führe.

Vorläufig aufgenommene Flüchtlinge könnten zudem gemäss neuer Regelung ihre Familie erst nach drei Jahren nachziehen. Der Ehegatte und die minderjährigen Kinder eines Flüchtlings, der Asyl erhalten habe, würden gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG umgehend Asyl erhalten. Wenn sich die Familie im Ausland befinde, müsse ihre Einreise gemäss Art. 51 Abs. 4 AsylG bewilligt werden. Das Gebot der

Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sei durch diese unterschiedliche Regelung vergleichbarer Sachverhalte verletzt. Das Unterscheidungskriterium von Flüchtlingen mit und ohne Asyl sei das Vorliegen von Asylausschlussgründen. Eine Schlechterbehandlung der Kategorie "vorläufig aufgenommene Flüchtlinge" bezüglich Familiennachzug sei durch die Asylausschlussgründe aber nicht gerechtfertigt, weil zwischen den Asylausschlussgründen und dem Familiennachzug kein sachlicher Zusammenhang bestehe. Ein externes Ziel der unterschiedlichen Regelung des Familiennachzugs bei Flüchtlingen mit und ohne Asylrecht sei nicht ersichtlich. Ob es legitim sei, Flüchtlinge dafür zu sanktionieren, dass sie – wie vorliegend – subjektive Nachfluchtgründe verwirklicht hätten, dürfe mit Fug bezweifelt werden.

Das Völkerrecht und das Verfassungsrecht würden somit einen direkten Anspruch auf die erforderlichen Bewilligungen begründen. Zwischen der neuen gesetzlichen Regelung des Familiennachzugs und dem Verfassungs- und Völkerrecht bestehe ein offensichtlicher Konflikt, der sich auf dem Wege der Auslegung beseitigen lasse. Das Völkerrecht gehe aber dem Landesrecht vor, was sich aus dem Prinzip "pacta sunt servanda" sowie aus Art. 5 Abs. 4 BV ergebe und was das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung anerkannt habe.

Die Völker- und Verfassungsrechtswidrigkeit von Art. 14c Abs. 3 ANAG habe zur Folge, dass diese Bestimmung im Einzelfall nicht angewandt werden dürfe. Als Alternative biete sich die analoge Anwendung der Bestimmungen über das Familienasyl (Art. 51 Abs. 4 AsylG) an.

3.3

- 3.3.1 Gemäss der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Bestimmung von Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG konnten 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. Am 1. Januar 2008 trat zudem mit der gleichzeitigen Aufhebung des ANAG das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG; SR 142.20] in Kraft, welches jedoch in dessen Art. 126 Abs. 1 festhält, dass auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingereicht worden sind, das bisherige Recht anwendbar bleibt. Der Vollständigkeit halber bleibt allerdings anzumerken, dass der seit dem 1. Januar 2008 geltende Art. 85 Abs. 7 AuG inhaltlich übereinstimmt mit Art. 14c Abs. 3^{bis} aANAG, mithin auch hier eine dreijährige Wartefrist nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme vorgesehen ist.

Art. 39 AsylV 1 wurde am 1. Januar 2007 mit der Inkraftsetzung von Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG aufgehoben. Folglich wäre die bisherige Praxis der ARK, welche die Verbindlichkeit einer auf Verordnungsstufe angesetzten Wartefrist verneinte (vgl. EMARK 2006 Nr. 7 E. 7.5. S. 88 f.), nicht mehr anwendbar.

In den Übergangsbestimmungen der Änderung vom 16. Dezember 2005 wurde die Frage, welches Recht für den vorliegenden, spezifischen Fall Anwendung findet,

nicht klar geregelt respektive es ist jedenfalls nicht eindeutig, ob unter altem Recht gestellte Gesuche noch nach altem oder nach neuem Recht zu beurteilen sind. Aufgrund des – wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt - zur Anwendung kommenden Vertrauensschutzes (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2006, Rz 328, wonach mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts die Anwendung des neuen Rechts auf jeden Fall im Grundsatz von Treu und Glauben ihre Grenze findet) kann diese Frage jedoch letztlich offen bleiben.

- 3.3.2 Die Beschwerdeführerin wurde am 5. Mai 2006 vom BFM als Flüchtling vorläufig aufgenommen und stellte am 7. Juli 2006 ein Gesuch um Familiennachzug, mithin in einer Zeit als die Bestimmung von Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG noch nicht in Kraft gesetzt worden war und die oben zitierte Praxis der ARK noch Gültigkeit hatte.

In einem an die Beschwerdeführerin gerichteten Schreiben vom 22. September 2006 hielt das BFM unter anderem fest: "Wir stellen sodann immer wieder fest, dass Familienangehörige – teilweise bereits vor dem Entscheid des BFM über das Familiennachzugsgesuch – aus dem Tibet direkt nach Indien reisen. Ohne Präjudiz für den noch ausstehenden Entscheid über Ihr Familiennachzugsgesuch teilen wir Ihnen deshalb mit, dass Ihren Familienangehörigen nur in Kathmandu die notwendigen Einreisebewilligungen (Special Entry Permit) nach Indien ausgestellt werden können. Die Schweizerische Vertretung in New Dehli wiederum braucht dieses Dokument im Fall einer Einreisebewilligung, damit im Zusammenhang mit der Ausstellung eines Laisser-Passer die Ausreise Ihrer Angehörigen aus Indien erfolgen kann. Wir empfehlen Ihnen deshalb, Ihre Familienangehörigen gegebenenfalls dazu anzuhalten, über Nepal nach Indien zu reisen."

In der auf Beschwerdeebene eingereichten Eingabe einer Gesprächsnotiz der Sozialarbeiterin der Beschwerdeführerin vom 4. und 18. April 2007 wurde sodann ausgeführt, die Kinder der Beschwerdeführerin hätten von zu Hause (Tibet) nach Nepal reisen müssen, um auch die mit ihnen gebrachten Dokumente (Familienbüchlein) in die Schweiz senden zu können. Gestützt auf das damals noch gültige AsylG seien die Kinder Anfang Herbst 2007 (recte: 2006) von Tibet nach Nepal gereist. Sie würden seitdem bei einer Händlerfamilie sehr unbehütet, in einer kinderunfreundlichen Umgebung ohne jeglichen Schutz leben. Die Mutter befürchte, dass ihren Kindern etwas widerfahren könnte.

Am 24. September 2006, mithin zwei Tage nach dem besagten Schreiben des BFM, fand die Abstimmung über das revidierte AsylG respektive über den ebenfalls revidierten Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG statt, wobei aber schon lange klar war, dass bei Annahme der Gesetzesänderung in dieser Bestimmung eine dreijährige Wartefrist vorgesehen war, zumal bereits in der Frühjahrssession 2005 die nunmehr geltende Bestimmung zur Debatte lag.

Seit dem 8. November 2006 war öffentlich bekannt, dass die Bestimmung von Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG am 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt würde. Einen Tag später forderte das BFM den zuständigen Kanton - mit Kopie an die

Beschwerdeführerin - erstmals auf, einen Bericht im Sinne des damals noch geltenden Art. 39 Abs. 2 Bst. a bis c AsylV1 einzureichen. Am 14. Dezember 2006 forderte das BFM den Kanton nochmals auf, diesen einzureichen und setzte Frist an bis zum 14. Januar 2007, mithin auf einen Zeitpunkt, da das neue Recht in Kraft gesetzt worden wäre, obwohl sich die Beschwerdeführerin damals noch nicht einmal ein Jahr im Status des vorläufig aufgenommenen Flüchtlings befand, mithin die formelle Voraussetzung der dreijährigen Wartefrist der neuen Bestimmung noch lange nicht erfüllt war.

Bereits aus dem Schreiben vom 22. September 2006 muss geschlossen werden, dass das BFM den vorliegenden Fall im Hinblick auf eine unmittelbar bevorstehende Einreiseerlaubnis instruierte. Die Beschwerdeführerin durfte die oben zitierte Passage aus dem genannten Schreiben durchaus so verstehen, dass ihr seitens des BFM empfohlen wurde, bereits zu diesem Zeitpunkt, mithin vor dem Entscheid des BFM über das Familiennachzugsgesuch, die Reise der Kinder von Tibet nach Nepal zu organisieren. Trotz Bedenken der Beschwerdeführerin, welche in ihrer Eingabe vom 3. Oktober 2006 ihre Befürchtung darüber äusserte, dass ihre Kinder in Kathmandu angekommen, nicht mehr weiterreisen könnten, organisierte sie in der Folge – wohl im guten Glauben der kurz bevorstehenden Einreisebewilligung - die Reise ihrer Kinder nach Nepal, welche anfangs November dort eintrafen. Auch im weiteren Verlauf des Verfahrens durfte die Beschwerdeführerin aus dem Verhalten des BFM darauf vertrauen, dass ihr Gesuch noch vor Inkrafttreten der verschärften Bestimmung von Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG am 1. Januar 2007 – mit grosser Wahrscheinlichkeit positiv – entschieden würde. Gerade die auf "Empfehlung" des BFM organisierte Ausreise der Kinder aus dem Tibet nach Nepal stellt im Übrigen eine kaum wiedergutzumachende Disposition dar, welche die Beschwerdeführerin gestützt auf das in ihr erweckte, berechnete Vertrauen in die Aussagen des BFM im Hinblick auf einen für sie und ihre Familienangehörigen baldigen positiven Bescheid getätigt hat (vgl. dazu BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt am Main 1983, insbesondere S. 14, S. 16 ff., S. 130, S. 195, S. 211 f.).

3.4

- 3.4.1 Gemäss Art. 39 aAsylV 1 bewilligt das Bundesamt unter Vorbehalt von Absatz 2 die Einreise in die Schweiz, wenn die vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge nicht innert dreier Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme in einen Drittstaat weiterreisen können. Diese Möglichkeit ist indes zu verneinen, da – als einzig denkbare Möglichkeit – weder Nepal noch Indien als zumutbare und realisierbare Schutzalternativen betrachtet werden können.

Dem Ehemann und den Kindern der Beschwerdeführerin kann nicht zugemutet werden, sich bei den Behörden Nepals um Aufnahme zu bemühen. So sind nach 1989 in Nepal eingereiste Tibeter und Tibeterinnen generell von einer behördlichen Regularisierung ihres als illegal geltenden Aufenthalts ausgeschlossen und müssen nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass Nepal das Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) nicht ratifiziert hat, bei einem Verbleib im Lande mit einer Ausschaffung in die Volksrepublik rechnen (vgl. dazu ausführlich EMARK 2005 Nr. 1 E. 4.1 S. 7 ff.). Ob daran ein längerer (illegaler) Aufenthalt in Nepal etwas

zu ändern vermöchte, braucht nicht im Einzelnen beurteilt zu werden, weil es angesichts des vierjährigen Aufenthalts der Beschwerdeführerin in der Schweiz, die hier - wie erwähnt - als Flüchtling anerkannt worden ist, nicht geboten scheint, ihren Ehemann und die beiden Kinder gestützt auf Art. 52 Abs. 2 AsylG auf einen höchst unwahrscheinlichen Schutz durch die nepalesischen Behörden zu verweisen, zumal das BFM im Asylverfahren der Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für eine Wegweisung nach Nepal oder in einen anderen Drittstaat als nicht erfüllt erachtet hatte (vgl. Verfügung des BFM vom 5. Mai 2006 E. 2). Angesichts dieser engen Beziehung des Ehemannes und der Kinder der Beschwerdeführerin zur Schweiz braucht auch nicht weiter auf die Möglichkeit eines - allenfalls durch das UNHCR vermittelten - Schutzes in Indien eingegangen zu werden. Vielmehr ist festzuhalten, dass es insgesamt angezeigt erscheint, dass der benötigte Schutz vor Verfolgung durch die Schweiz gewährt wird.

- 3.4.2 Sodann sind auch die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 2 aAsylV 1 klarerweise als gegeben zu erachten. Dies ergibt sich aus dem von der Vorinstanz eingeholten Bericht des E._____ vom 12. Januar 2007, worin ausgeführt wird, dass die Beschwerdeführerin nach wie vor erwerbstätig und finanziell selbständig und somit gegen den Nachzug der Familie nichts einzuwenden sei.
- 3.5 Es kann bei dieser Sachlage offen gelassen werden, ob die in der Bestimmung von Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG aufgeführte dreijährige Wartefrist mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar ist, wie sie sich insbesondere aus der Flüchtlingskonvention, Art. 8 EMRK, Art. 17 und 23 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über die bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2) sowie Art. 3, 9 und 10 des Übereinkommens vom 20. Dezember 1989 über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107) ergeben.
4. Somit ist die Beschwerde gutzuheissen, und die Verfügung des BFM vom 2. März 2007 ist aufzuheben. Die Vorinstanz ist anzuweisen, B._____, C._____ und D._____ die Einreise in die Schweiz zu bewilligen und nach deren Einreise das Verfahren im Hinblick auf deren vorläufige Aufnahme als Flüchtlinge fortzusetzen.
- 4.1
- 5.
- 5.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Der am 17. April 2007 geleistete Kostenvorschuss in derselben Höhe wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
- 5.2 Der rechtlich vertretenen Beschwerdeführerin ist angesichts ihres Obsiegens eine Parteientschädigung für die ihr notwendigerweise erwachsenen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG i.V.m. Art. 7 Abs. 1, Art 8 und 9 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]. In der am 9. November 2007 eingereichten Kostennote wird ein Arbeitsaufwand von insgesamt neun Stunden ausgewiesen, der unter Berücksichtigung von Umfang und Schwierigkeit des vorliegenden Verfahrens nicht vollumfänglich angemessen erscheint. Ausgehend von einem notwendigen Arbeitsaufwand von fünf Stunden

ist der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'100.-- (inkl. der geltend gemachten Auslagen von Fr. 100.-- und MwSt) auszurichten (vgl. Art. 10 Abs. 1 und 2 und Art. 14 Abs. 2 VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Die Verfügung des BFM vom 2. März 2007 wird aufgehoben. Das BFM wird angewiesen, B._____ C._____ und D._____ die Einreise in die Schweiz zu bewilligen und nach deren Einreise das Asylverfahren fortzusetzen.
3. Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
4. Das BFM wird angewiesen, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'100.-- auszurichten.
5. Dieses Urteil geht an:
 - die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin (eingeschrieben)
 - die Vorinstanz, Abteilung Aufenthalt und Rückkehrförderung, mit den Akten (Ref.-Nr. N)
 - den E._____

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Fulvio Haefeli

Gabriela Freihofer

Versand am: