



Abteilung IV
D-3739/2021
law/bah

Urteil vom 12. Januar 2022

Besetzung

Richter Walter Lang (Vorsitz),
Richterin Nina Spälti Giannakitsas, Richter Gérard Scherrer,
Gerichtsschreiber Christoph Basler.

Parteien

A._____, geboren am (...),
und ihre Kinder
B._____, geboren am (...),
C._____, geboren am (...),
Kongo (Kinshasa),
alle vertreten durch lic. iur. Peter Bolzli, Rechtsanwalt,
(...)
Beschwerdeführende,

gegen

Staatssekretariat für Migration (SEM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 15. Juli 2021 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin und ihre Kinder – Staatsangehörige von Kongo (Kinshasa) mit letztem Aufenthalt in D. _____ (Südafrika) – kamen am 15. Januar 2020 am Flughafen Zürich Kloten an und ersuchten am 17. Januar 2020 um die Gewährung von Asyl. Das SEM trat auf ihre Asylgesuche mit Verfügung vom 5. März 2020 nicht ein, verfügte ihre Wegweisung aus der Schweiz und ordnete den Vollzug derselben an. Zur Begründung führte es an, dass die Beschwerdeführerin seit 2011 als anerkannter Flüchtling in Südafrika gelebt und gemäss der südafrikanischen Gesetzgebung Anrecht auf einen Aufenthaltsstatus als Flüchtling habe, weshalb die Beschwerdeführerin und ihre Kinder dorthin zurückkehren könnten. Das Bundesverwaltungsgericht wies eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde vom 12. März 2020 mit Urteil D-1491/2020 vom 25. März 2020 ab.

B.

Mit Eingabe ihres damaligen Rechtsvertreters an das Bundesverwaltungsgericht vom 6. November 2020 ersuchte die Beschwerdeführerin um Revision des Urteils D-1491/2020 vom 25. März 2020 hinsichtlich des Wegweisungsvollzugs, der unentgeltlichen Prozessführung und der Kostenauflegung. Sie beantragten unter anderem die Anordnung der vorläufigen Aufnahme. Das Bundesverwaltungsgericht wies das Revisionsgesuch mit Urteil D-5560/2020 vom 25. November 2020 ab, soweit es auf dieses eintrat.

C.

C.a Am 5. November 2020 beantragte das Migrationsamt des Kantons E. _____ beim SEM gestützt auf Art. 83 Abs. 2 i.V.m. Art. 83 Abs. 6 AIG die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin und ihrer Kinder. Es begründete seinen Antrag damit, dass der Vollzug der Wegweisung nach Südafrika unmöglich sei und ein Vollzug der Wegweisung nach Kongo (Kinshasa) als unzulässig erscheine. Die Beschwerdeführerin sei in Südafrika als Flüchtling anerkannt worden. Sie verfüge über einen südafrikanischen Flüchtlingsausweis und eine bis zum (...) 2022 gültige Aufenthaltbewilligung in Südafrika. Gemäss einer (internen) E-Mail des SEM vom 27. Februar 2020 verliessen anerkannte Flüchtlinge, die Südafrika ohne Einholung einer Bewilligung verlassen hätten, den Flüchtlingsstatus. Der Fachspezialist Rückkehr des SEM sei der Ansicht, es könne ausgeschlossen werden, dass die südafrikanische Botschaft (nachfolgend Botschaft) ein Laissez-Passer ausstellen werde.

C.b Das SEM teilte der kantonalen Behörde am 18. Dezember 2020 mit, es würden Abklärungen bei den südafrikanischen Behörden getätigt. Das Gesuch um Anordnung der vorläufigen Aufnahme werde bis zum Abschluss derselben pendent gehalten.

C.c Der damalige Rechtsvertreter teilte dem SEM am 12. Februar 2021 mit, der Beschwerdeführerin und ihren Kindern sei es weder freiwillig noch selbständig möglich, nach Südafrika zurückzukehren. Sie verfügten dort über keine Aufenthaltsbewilligung und hätten keine Möglichkeit, eine zu erhalten. Die Beschwerdeführerin sei ihrer Mitwirkungspflicht nachgekommen und habe sich selbständig bei den südafrikanischen Behörden informiert. Der Rechtsvertreter setzte dem SEM Frist bis zum 10. März 2021 um Erlass einer anfechtbaren Feststellungsverfügung, sollte dem Ersuchen um Anordnung einer vorläufigen Aufnahme nicht nachgekommen werden. Zudem wurde die Ausrichtung einer Parteientschädigung beantragt. Der Eingabe lagen Kopien einer E-Mail der Botschaft an die Beschwerdeführerin vom 2. Juni 2020 und des E-Mail-Verkehrs des Rechtsvertreters mit den südafrikanischen Behörden vom 30. Juli bis zum 13. August 2020 bei.

C.d Mit Schreiben vom 18. März 2021 teilte das SEM der Beschwerdeführerin mit, aufgrund ihrer mangelnden Aktivlegitimation werde erwogen, auf die am 12. Februar 2021 gestellten Anträge nicht einzutreten. Zur Einreichung einer Stellungnahme wurde Frist angesetzt.

C.e Der am 24. März 2021 von der Beschwerdeführerin neu mandatierte Rechtsvertreter wandte sich am 26. März 2021 an das SEM und ersuchte um die Gewährung von Akteneinsicht sowie um die Neuansetzung einer Frist zur Stellungnahme.

C.f Mit Schreiben vom 7. April 2021 beantwortete das SEM die Eingabe vom 26. März 2021.

C.g Die Beschwerdeführerin liess in ihrer Stellungnahme vom 21. Mai 2021 ausführen, sie wäre nicht legitimiert, einen Antrag auf Anordnung der vorläufigen Aufnahme zu stellen. Ab Einleitung des Verfahrens durch die kantonale Behörde müsse sie als Partei auftreten können. Dies folge daraus, dass sie eine ablehnende Verfügung des SEM anfechten könnte. Aus der unbestrittenen Parteistellung nach Vorliegen der Verfügung des SEM lasse sich aus allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundsätzen ableiten, dass sie auch im Verfahren im Hinblick auf den Erlass der

Verfügung Partei sei. Am Antrag auf Erlass einer Feststellungsverfügung betreffend erfolgte oder unterlassene Ausreisebemühungen werde nicht festgehalten. Das SEM habe die Vorbringen der vormaligen Rechtsvertretung im Rahmen der Untersuchungspflicht zu berücksichtigen. Da der kantonale Antrag seit über einem halben Jahr hängig sei, schein fraglich, ob dem Beschleunigungsgebot nachgekommen werde. Es werde darum ersucht, die Verfügung bis im Juni 2021 zu erlassen beziehungsweise bis dahin das rechtliche Gehör zu gewähren.

C.h Das SEM teilte der Beschwerdeführerin am 2. Juni 2021 mit, weshalb es im vorliegenden Verfahren weiterhin von ihrer fehlenden Aktivlegitimation ausgehe, und gewährte ihr die Möglichkeit zur Stellungnahme, weshalb die Ausreisepflicht nicht erfüllt worden sei.

C.i Mit Eingabe vom 30. Juni 2021 ersuchte die Beschwerdeführerin um unverzüglichen Erlass einer Verfügung. Sie teilte mit, es werde bezüglich der Frage ihrer Parteistellung an der im Schreiben vom 21. Mai 2021 vertretenen Auffassung festgehalten. Betreffend die Unmöglichkeit, dass sie freiwillig oder zwangsweise ausreisen könne, werde auf ihre Eingabe an das kantonale Migrationsamt vom 16. Oktober 2020 verwiesen.

D.

Mit Verfügung vom 15. Juli 2021 – eröffnet am 22. Juli 2021 – lehnte das SEM den Antrag auf vorläufige Aufnahme ab. Die Anträge des vormaligen Rechtsvertreters vom 12. Februar 2021 um Anordnung einer vorläufigen Aufnahme und Erlass einer anfechtbaren Verfügung sowie um Ausrichtung einer Parteientschädigung schrieb es aufgrund Gegenstandslosigkeit ab.

E.

Die Beschwerdeführerin erhob mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 23. August 2021 Beschwerde gegen den Entscheid vom 15. Juli 2021 und beantragten, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, das SEM sei anzuweisen, den Antrag des Migrationsamtes des Kantons E. _____ vom 5. November 2020 gutzuheissen und der Beschwerdeführerin und ihren Kindern infolge Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs die vorläufige Aufnahme zu erteilen. Es sei ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person des unterzeichnenden Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

F.

Der Instruktionsrichter hiess das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung mit Zwischenverfügung vom 2. September 2021 gut und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung wies er ab. Er wies das SEM an, der Beschwerdeführerin Einsicht in die gesamten Akten (auch die bereits bekannten bzw. die von ihr oder ihrem vormaligen Rechtsvertreter eingereichten) zu gewähren. Der Beschwerdeführerin setzte er eine Frist von 15 Tagen ab Erhalt der vorinstanzlichen Akten, um eine Beschwerdeergänzung einreichen zu können.

G.

Mit Verfügung vom 7. September 2021 erteilte das SEM der Beschwerdeführerin die beantragte Akteneinsicht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

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 [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor.

1.2 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht (Art. 108 Abs. 2 AsylG; Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin hat 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 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin hat von der ihr mit Zwischenverfügung vom 2. September 2021 eingeräumten Möglichkeit zur Einreichung einer Beschwerdeergänzung keinen Gebrauch gemacht, weshalb aufgrund der bestehenden Aktenlage zu entscheiden ist.

3.2 Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG ist vorliegend auf die Durchführung eines Schriftenwechsels zu verzichten.

4.

4.1 Das SEM begründet seinen Entscheid damit, dass der Vollzug der Wegweisung dann unmöglich sei, wenn die ausländische Person weder in den Herkunfts- oder in den Heimatstaat noch in einen Drittstaat reisen oder dorthin gebracht werden könne. Die Feststellung der Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs setze voraus, dass sowohl seitens der betroffenen Person, als auch seitens der zuständigen Behörden alle Anstrengungen hinsichtlich einer freiwilligen Ausreise respektive der zwangsweisen Rückführung unternommen worden seien. Die freiwillige Ausreise oder ein zwangsweiser Vollzug müssten bereits während mehr als einem Jahr nicht möglich gewesen und auf längere absehbare Zeit nicht möglich sein.

Der Tatbestand von Art. 83 Abs. 2 AIG ziele auf Fälle der technischen Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs ab. Die Unmöglichkeit müsse durch Umstände bedingt sein, die ausserhalb der Einflussmöglichkeiten der zur Mitwirkung verpflichteten ausländischen Person lägen. Dies sei beispielsweise dann der Fall, wenn sich die Behörden des Heimat- oder Herkunftsstaats weigerten, die notwendigen Reisedokumente auszustellen oder einen ihrer Landsleute trotz gültigen Reisepapieren zurückzunehmen. Der Gesetzgeber mache den Unmöglichkeitstatbestand abhängig vom Verhalten der weggewiesenen Person (Art. 83 Abs. 7 Bst. c AIG). Verunmögliche die weggewiesene Person den Wegweisungsvollzug durch ihr eigenes Verhalten, solle keine vorläufige Aufnahme angeordnet werden (Art. 83 Abs. 7 Bst. c AIG). Die Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs müsse objektiv vorliegen. Von der betroffenen ausländischen Person selber nicht ausgeschöpfte Möglichkeiten schlossen die Annahme einer objektiven Unmöglichkeit aus.

Die Abklärungen des SEM in Bezug auf eine Rückübernahme der Beschwerdeführerin und ihre Kinder durch die südafrikanischen Behörden seien noch nicht abgeschlossen. Diese müssten für das vorliegende Verfahren nicht abgewartet werden. Die Beschwerdeführerin habe sich betreffend Organisation der Rückreise nach Südafrika am 26. Mai 2020 per E-Mail bei der südafrikanischen Vertretung gemeldet und angefragt, ob diese ihr Dokumente zwecks Rückreise nach Südafrika ausstellen könne. Sie wolle nicht nach Südafrika zurückkehren. Mit E-Mail vom 2. Juni 2020 habe sich die südafrikanische Vertretung bei ihr nach ihrer Staatsbürgerschaft vor Erhalt des Flüchtlingsstatus in Südafrika sowie dem Kanton, in welchem sie das Asylgesuch in der Schweiz gestellt habe, erkundigt. Gleichtags habe die Beschwerdeführerin die gewünschten Informationen per E-Mail übermittelt. Die südafrikanische Vertretung habe ihr ebenfalls am gleichen Tag per E-Mail mitgeteilt, der Fall werde mit dem Department of Home Affairs (Innenministerium) besprochen und die schweizerischen Behörden würden informiert, falls diese die Botschaft kontaktierten. Die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin habe sich am 30. Juli 2020 an die südafrikanische Vertretung in Bern gewendet.

Die genannten Anfragen könnten nicht als ernsthafte Bemühungen qualifiziert werden, da in diesen teilweise falsche Angaben gemacht würden («Mrs. F._____ and her children do not have any valid papers/documents concerning their Status in South Africa» [E-Mail Rechtsvertretung vom 13. August 2020 an die südafrikanische Vertretung]) und angegeben werde, dass die Beschwerdeführerin nicht nach Südafrika zurückkehren wolle. Aufgrund der gegenüber den südafrikanischen Behörden geäusserten Willenserklärung vom 27. Mai 2020 durch die Beschwerdeführerin («I don't want to go back») sowie der ähnlich gelagerten Formulierung durch die damalige Rechtsvertretung in der E-Mail an die südafrikanische Vertretung vom 13. August 2020 («person is not willing to get resettled to South Africa») erscheine die Verzögerung bei der Bearbeitung der Angelegenheit durch die südafrikanische Vertretung verständlich. Am 11. August 2020 sei der Rechtsvertretung durch die südafrikanische Vertretung aufgezeigt worden, wie die Beschwerdeführerin vorzugehen habe («Mrs. F._____ appeals to the Minister of Home Affairs directly»). Die Rechtsvertretung habe ihre Anfrage am 13. August 2020 versandt. Diese sei gemäss Aktenlage nicht beantwortet worden. Ob sich die Rechtsvertretung oder die Beschwerdeführerin erneut bei der Botschaft gemeldet hätten, sei nicht ersichtlich. Somit seien keine nennenswerten Bemühungen um Organisation der Rückreise nach Südafrika getätigt worden.

Auf der am 4. Juli 2011 ausgestellt und am 28. August 2018 erneuerten, dem SEM im Original zugestellten Flüchtlingsbestätigung der Beschwerdeführerin sei vermerkt, dass diese ungültig werde, falls sie Südafrika dauerhaft verlasse. Aufgrund dieser Informationen müsse es der Beschwerdeführerin bewusst gewesen sein, dass ihr Status in Südafrika bei einer definitiven Ausreise nicht weiterbestehen würde. Die Angabe in der Eingabe vom 16. Oktober 2020, ihr sei nicht bewusst gewesen, dass ihr Status in Südafrika nach einer dauerhaften Ausreise nicht weiterbestehe, sei als unhaltbar zu bezeichnen. Sie habe sich die vorliegende Situation selbst zuzuschreiben. Gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. c AIG werde keine vorläufige Aufnahme verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verursacht habe.

Da noch unklar sei, ob die südafrikanischen Behörden eine Zusicherung für die Rückübernahme im Einzelfall abgaben, sei die definitive Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzuges bisher nicht belegt (Urteil des BVGer D-5560/2020 vom 25. November 2020 E. 2.3.4). Diese Situation sei durch das Verhalten der Beschwerdeführerin hervorgerufen worden, weshalb das Gesuch um Anordnung der vorläufigen Aufnahme auch aus diesem Grund abzuweisen sei.

4.2 In der Beschwerde wird einleitend der Sachverhalt geschildert und geltend gemacht, das SEM führe nicht aus, inwiefern die Abklärungen in Bezug auf eine Rückübernahme der Beschwerdeführerin und ihrer beiden Kinder durch die südafrikanischen Behörden noch nicht abgeschlossen seien. Tatsache sei, dass das SEM selbst – vor eineinhalb Jahren durch seinen Fachspezialisten in einer internen E-Mail vom 27. März 2020 – festgehalten habe, die Unmöglichkeit einer Ausreise nach Südafrika sei «de facto» erwiesen. Gegenüber der Behauptung, die Abklärungen seien noch nicht abgeschlossen, sei Skepsis angebracht, jedenfalls, was erfolgversprechende Abklärungen betreffe. Selbst wenn das SEM noch im Kontakt mit den südafrikanischen Behörden stünde und auf deren Auskünfte wartete, könne es nicht angehen, dass die Beschwerdeführerin und ihre Kinder auf unabsehbare Zeit im Nothilferegime für abgelehnte Asylsuchende festgehalten würden. Gemäss Rechtsprechung zu Art. 83 Abs. 2 AIG habe das SEM für die Vollzugsbemühungen ein Jahr lang Zeit, danach greife bei «Schuldlosigkeit» der Betroffenen der Unmöglichkeitstatbestand. Die Vollzugsbehörde könne ihre Bemühungen auch über die Dauer von einem Jahr hinaus weiterführen, doch dürfe die von der Vollzugsunmöglichkeit be-

treffene ausländische Person deren weiteres Vorgehen als vorläufig Aufgenommene abwarten. Seien die Vollzugsbemühungen erfolgreich, könne die vorläufige Aufnahme aufgehoben werden.

Der Vorwurf, die Beschwerdeführerin habe gänzlich falsche Angaben zur Möglichkeit des Nachweises ihrer Flüchtlingseigenschaft gemacht, sei angesichts der E-Mail vom 13. August 2020 angehängten «formal recognition of refugee status» nicht nachvollziehbar. Betreffend ihren Rückkehrwillen habe sie sich in ihrer E-Mail vom 26. Mai 2020 an die Botschaft zwar widersprüchlich geäußert, Ambivalenzen im Aussageverhalten seien bei abgewiesenen Asylbewerbern aber nachvollziehbar und dürften nicht dazu führen, den Rückkehrwillen absolut auszuschliessen. Mehr als auf die Aussage sei bei der Beurteilung der Möglichkeit einer freiwilligen Rückkehr auf die effektiven Handlungen einer weggewiesenen Person abzustellen. Die Beschwerdeführerin habe bei der Papierbeschaffung mitgewirkt. Sie habe mit den südafrikanischen Behörden Kontakt aufgenommen und ihre Situation durch ihre Rechtsvertretung detailliert schildern lassen. Dass sie bisher keine Antwort erhalten habe, sei nicht ihrem Verhalten anzurechnen. Das SEM führe nicht an, welche konkreten Bemühungen von ihr noch gefordert würden. Es könne ohnehin vorkommen, dass selbst bei fehlendem Rückkehrwillen und passivem Verhalten eine vorläufige Aufnahme angeordnet werden müsse. Könne jemand selbst mit stärkstem Rückkehrwillen einen Rückführungsprozess nicht beeinflussen, sei das Kriterium des Rückkehrwillens und -verhaltens irrelevant, weil die Ursachen der Vollzugsunmöglichkeit nicht im Einflussbereich der betroffenen Person lägen. Der Vollzug der Wegweisung nach Südafrika sei unmöglich, da die Beschwerdeführerin den Flüchtlingsstatus und das damit einhergehende Aufenthaltsrecht in Südafrika durch die nicht bewilligte Ausreise verloren habe. Dies sehe im Grunde auch das SEM so. Der von ihm angerufene Art. 83 Abs. 7 Bst. c AIG beziehe sich auf das Verhalten einer Person nach der rechtskräftig gewordenen Wegweisungsverfügung. Die Bestimmung ziele auf das aktuell steuerbare Verhalten einer rechtskräftig weggewiesenen Person ab und sei eine Art Druckmittel im Hinblick auf ihre Mitwirkung bei der Papierbeschaffung. Hingegen stelle die Bestimmung kein Instrument der Bestrafung von vergangenem Verhalten anlässlich der Ausreise dar.

5.

5.1 Das SEM regelt das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme von Ausländern, sofern der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich ist (Art. 44 AsylG i.V.m. Art. 83 Abs. 1 AIG). Der Vollzug ist nicht möglich,

wenn die ausländische Person weder in den Heimat- oder in den Herkunftsstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann (Art. 83 Abs. 2 AIG).

5.2 Ist der Vollzug der Wegweisung aufgrund fehlender Transportmöglichkeiten oder weil keine Reisedokumente beschafft werden können, nicht möglich, kann die kantonale Migrationsbehörde die vorläufige Aufnahme beantragen (Art. 17 der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung sowie der Landesverweisung von ausländischen Personen [VWAL]; SR 142.281). Die vorläufige Aufnahme wird indessen nicht verfügt, wenn der Vollzug der Wegweisung aufgrund des Verhaltens der weggewiesenen Person nicht möglich ist (Art. 83 Abs. 7 Bst. c AIG). Falls eine Person bei der Beschaffung von Reisedokumenten nicht mitwirkt oder sich weigert, selbständig bei der heimatlichen Vertretung oder einem Drittstaat um gültige Reisedokumente zu ersuchen, wird sie von der vorläufigen Aufnahme ausgeschlossen, da sie die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verursacht hat.

5.3 Diese Sichtweise entspricht der verwaltungsrechtlichen Praxis, wonach der Adressat oder die Adressatin einer rechtskräftigen Verfügung primär verpflichtet ist, selbst dieser Verfügung nachzukommen. Die behördliche Vollstreckung (vgl. Art. 39 ff. VwVG) gilt als „Ultima ratio“, falls die betroffene Person ihrer Verpflichtung nicht nachkommt. Unterbleibt aus irgendwelchen Gründen die behördliche Vollstreckung oder ist sie nicht möglich, so entbindet das die Verfügungsadressaten nicht von ihrer Rechtspflicht, die Verfügung zu befolgen. Dies gilt auch betreffend das Wegweisungsverfahren. Eine begünstigende Rechtsfolge kann gemäss Bundesgericht (vgl. BGE 138 I 246 E. 3.3.4) nur dann eintreten, wenn sowohl die behördliche Ausschaffung, als auch ihre selbständige Rückkehr aus nicht von ihnen zu vertretenden Gründen unmöglich sind. Eine solche Unmöglichkeit wird in der Regel angenommen, wenn der Vollzug auch bei gesicherter Kenntnis der Identität oder der Nationalität der betroffenen Person beziehungsweise trotz ihres Mitwirkens bei der Papierbeschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit als ausgeschlossen erscheint (vgl. die Beispiele in den Urteilen 2C_252/2008 vom 10. Juni 2008 E. 2.2; 6B_85/2007 vom 3. Juli 2007 E. 2.2). Solange eine selbständige Rückkehr möglich ist, kann nicht davon gesprochen werden, die faktische Anwesenheit müsse im Sinne von BGE 138 I 246 E. 3.3.1 «aus objektiven Gründen hingenommen werden». Anders zu entscheiden, würde bedeuten, dass eine Person, die bewusst ihre gesetzlichen Pflichten missachtet, bessergestellt wird als eine Person, die sich rechtsgetreu verhalten hat. Eine solche Konsequenz

wäre mit dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) unvereinbar (vgl. BGE 141 I 78 E. 9.4 und 9.5).

6.

6.1 Mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. März 2020 wurde der Nichteintretensentscheid des SEM vom 5. März 2020 rechtskräftig. Damit war die Beschwerdeführerin verpflichtet, bei der Beschaffung von Reisepapieren, die ihr und ihren Kindern eine Rückkehr nach Südafrika ermöglichten, mitzuwirken.

6.2 Der bei den Akten liegenden «Formal Recognition of Refugee Status in the RSA» (vgl. SEM-act. (...)19 Beilage 5) ist zu entnehmen, dass der von den südafrikanischen Behörden anerkannte Flüchtlingsstatus hinfällig wird, falls die begünstigte Person Südafrika dauerhaft verlässt. Gemäss einer internen E-Mail des Fachspezialisten Rückkehr des SEM vom 27. Februar 2020 (vgl. SEM-act. (...)1/19 Beilage 2) käme es hin und wieder vor, dass Personen, die in Südafrika als Flüchtlinge anerkannt worden seien, in die Schweiz reisten. Diese Konstellation sei mit der Botschafterin Südafrikas besprochen worden. Sie habe klargemacht, dass anerkannte Flüchtlinge, die Südafrika verliessen, ohne vorher um eine Bewilligung ersucht zu haben, ihren Flüchtlingsstatus verlören. Der Fachspezialist schloss deshalb aus, dass die Botschaft ein Laissez-Passer ausstellen werde. Einschränkend wies er darauf hin, die südafrikanischen Behörden könnten allenfalls in einem Einzelfall bei Vorliegen von besonderen Umständen eine Person «zurücknehmen»; bisher sei dies seines Wissens noch nie geschehen. In einer weiteren internen E-Mail vom 27. März 2020 (vgl. SEM-act. 1082411-1/19 Beilage 2) ging der Fachspezialist Rückkehr davon aus, dass die Unmöglichkeit einer Ausreise nach Südafrika «de facto» bereits erwiesen sei.

6.3 Die Fachspezialistin Vollzug des Migrationsamts des Kantons E._____ teilte dem SEM in ihrem Bericht über das Ausreisegespräch vom 15. Oktober 2020 mit, die Beschwerdeführerin sei nicht gewillt, die Schweiz freiwillig zu verlassen. Sie habe sich indessen im April 2020 an die Botschaft gewandt, um zu erfahren, ob sie Ausweispapiere erhalten würde. Eine Antwort habe sie bisher nicht erhalten. Die Fachspezialistin forderte die Beschwerdeführerin auf, die Unterlagen bezüglich der Bemühungen im Zusammenhang mit der Beschaffung von Reisepapieren nachzureichen.

6.4 In der Folge reichte die Beschwerdeführerin den E-Mail-Verkehr mit der konsularischen Sektion der Botschaft ein. Sie teilte derselben am 26. Mai

2020 mit, dass sie in Südafrika als Flüchtling anerkannt worden sei. Sie habe in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt, das abgelehnt worden sei. Sie wolle nicht nach Südafrika zurück. Sie erkundigte sich, ob man ihr Dokumente ausstellen könne, mit denen sie und ihre Kinder nach Südafrika zurückkehren könnten. Sie sei nicht im Besitz von Reisepapieren. Die Beschwerdeführerin wurde daraufhin von der konsularischen Sektion der Botschaft gebeten, ihre Staatsangehörigkeit und den Kanton, in dem sie um Asyl nachgesucht habe, mitzuteilen. Der damalige Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin gelangte am 30. Juli 2020 an die südafrikanische Botschaft und teilte dieser mit, die Beschwerdeführerin und ihre Kinder seien Staatsangehörige von Kongo (Kinshasa). Sie habe acht Jahre lang in Südafrika gelebt, ihre Kinder seien dort geboren worden. Am 17. Januar 2020 hätten sie in der Schweiz um Asyl nachgesucht. Das Asylgesuch sei abgelehnt und die Beschwerdeführerin sei verpflichtet worden, zusammen mit ihren Kindern nach Südafrika zurückzukehren. Der Rechtsvertreter erkundigte sich, ob die südafrikanischen Behörden willens seien, Personen, die als Flüchtlinge anerkannt worden seien und in Südafrika gelebt hätten, Reisepapiere auszustellen, selbst wenn die Betroffenen nicht nach Südafrika zurückkehren wollten. Er stellte die Frage, wie es sich im vorliegenden Fall verhalte, und welchen Einfluss die Tatsache habe, dass die Beschwerdeführerin und ihre Kinder keine gültigen Papiere hätten, die ihren Flüchtlingsstatus betreffen. Am 11. August 2020 empfahl die Botschaft der Beschwerdeführerin, sich direkt an den Minister of Home Affairs zu wenden. Die Beschwerdeführerin sei dieser Empfehlung gefolgt, indem sie ihre an die Botschaft gerichtete E-Mail am 13. August 2020 an den Minister of Home Affairs übermittelte.

6.5 Das SEM ersuchte die südafrikanische Botschaft am 20. Januar 2021 um die Ausstellung von Reisepapieren, mit denen die Beschwerdeführerin und ihre Kinder nach Südafrika zurückkehren könnten. Die Botschaft bat das SEM mit Schreiben vom 2. März 2021 (Poststempel) um weitere Angaben zum Gesuch vom 20. Januar 2021. Am 10. März 2021 erteilte das SEM der Botschaft die gewünschten Auskünfte. Die Botschaft informierte das SEM mit Schreiben vom 18. August 2021 dahingehend, dass das Büro des Minister of Home Affairs nicht bereit sei, der Beschwerdeführerin ein Reisedokument auszustellen.

6.6 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen steht fest, dass die südafrikanischen Behörden sich mittlerweile explizit geweigert haben, der Beschwerdeführerin (Ersatz)Reisepapiere auszustellen, die ihr und ihren Kin-

dern eine legale Rückkehr nach Südafrika ermöglichen würden. Die Abklärungen des SEM in Bezug auf eine Rückübernahme durch die südafrikanischen Behörden sind damit abgeschlossen. Die definitive Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs nach Südafrika ist belegt, zumal nicht davon auszugehen ist, dass die südafrikanischen Behörden weitergehenden persönlichen Bemühungen der Beschwerdeführerin um Erteilung der für eine Rückkehr nach Südafrika benötigten Reisepapiere stattgeben würden. Bei dieser Sachlage ergibt sich, dass sowohl eine freiwillige Rückkehr nach Südafrika, als auch der zwangsweise Vollzug der Wegweisung in dieses Land mangels Möglichkeit der Papierbeschaffung technisch nicht möglich war und ist. Praxisgemäss ist eine vorläufige Aufnahme dann anzuordnen, wenn die Ausschaffung einer ausreisepflichtigen Person bisher mindestens während eines Jahres unmöglich geblieben ist, was vorliegend offensichtlich erfüllt ist. Zudem muss im Urteilszeitpunkt klar erkennbar sein, dass sie dies auf unabsehbare Zeit – mindestens ein Jahr – weiterhin sein wird (vgl. BVGE 2008/34 E. 12 sowie Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 15 E. 2.4 und E. 3.1, 2002 Nr. 17 E. 6b). Da das Büro des Ministers of Home Affairs im vorliegenden Fall das Ersuchen um Ausstellung von (Ersatz)Reisepapieren abgelehnt hat, kann heute nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, der Vollzug der Wegweisung werde innerhalb eines Jahres möglich sein. Der Vollzug erweist sich demnach als unmöglich im Sinne von Art. 83 Abs. 2 AIG.

6.7 Ergänzend ist festzuhalten, dass der Argumentation des SEM, die Beschwerdeführerin habe die Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs selbst verursacht, weil ihr zum Zeitpunkt ihrer Ausreise aus Südafrika bewusst gewesen sein müsse, dass sie den Flüchtlingsstatus verlieren würde, nicht gefolgt werden kann. In der Beschwerde wird diesbezüglich zu Recht festgehalten, dass sich Art. 83 Abs. 7 Bst. c AIG auf das Verhalten abgewiesener Asylsuchender nach der in Rechtskraft erwachsenen Wegweisungsverfügung bezieht.

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Die angefochtene Verfügung vom 15. Juli 2021 ist demnach aufzuheben und das SEM ist anzuweisen, die Beschwerdeführerin und ihre Kinder zufolge Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung im Sinne von Art. 83 Abs. 2 AIG in der Schweiz vorläufig aufzunehmen.

8.

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

9.

Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen ist. Die notwendigen Parteikosten sind daher aufgrund der Akten zu bestimmen (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Unter Berücksichtigung der massgebenden Berechnungsfaktoren (Art. 8, 9 und 11 VGKE) ist die Parteientschädigung auf Fr. 1600.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) festzusetzen. Das SEM ist anzuweisen, den Beschwerdeführerin diesen Betrag als Parteientschädigung zu entrichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung des SEM vom 15. Juli 2021 wird aufgehoben. Das SEM wird angewiesen, die Beschwerdeführerin und ihre Kinder vorläufig aufzunehmen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das SEM wird angewiesen, der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1600.– auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, das SEM und die kantonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Walter Lang

Christoph Basler

Versand: