Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung V
E-3088/2021

Urteil vom 21. November 2023

Besetzung

Richterin Barbara Balmelli (Vorsitz),
Richterin Susanne Bolz, Richterin Muriel Beck Kadima,
Gerichtsschreiberin Emine Zaimi-Husejni.

Parteien

A._____, geboren am (…),
B._____, geboren am (…),
Eritrea,
vertreten durch lic. iur. Monika Böckle,
HEKS Rechtsberatungsstelle für Asylrecht Ostschweiz,
(…),
Beschwerdeführende,

gegen

Staatssekretariat für Migration (SEM, vormals Bundesamt für Migration, BFM**)**,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Familienzusammenführung (Asyl) zugunsten von
C._____, geboren am (…),
D._____, geboren am (…);
Verfügung des SEM vom 3. Juni 2021.

Sachverhalt:

A.

A.a Der Beschwerdeführer reiste am 26. September 2008 in die Schweiz ein. Dabei gab er an, seine Ehefrau und die beiden Kinder C._____ und D._____ hielten sich bei seinen Eltern in Eritrea auf. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 11. Februar 2010 wurde der Beschwerdeführer als Flüchtling anerkannt und ihm Asyl gewährt.

A.b Am 17. März 2010 reichte der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz für seine Ehefrau und die beiden Kinder C._____ und D._____ ein Gesuch um Familiennachzug ein. Mit Verfügung vom 30. September 2010 wurde ihnen die Einreise in die Schweiz bewilligt, mit dem Hinweis, die schweizerische Botschaft in E._____ sei befugt, Einreisevisa für die Ehefrau und die beiden Kinder auszustellen, sofern sich diese ausgewiesen hätten.

A.c Die Beschwerdeführerin reiste am 15. Februar 2012 mit einer entsprechenden Einreisebewilligung in die Schweiz ein. Sie gab an, ihre beiden Kinder würden bei ihren Eltern in Eritrea leben. Mit Verfügung vom 3. Mai 2013 stellte die Vorinstanz fest, die Beschwerdeführerin erfülle die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 Abs. 1 und 2 AsylG nicht, werde aber gemäss Art. 51 Abs.1 AsylG (derivativ) als Flüchtling anerkannt und es werde ihr Asyl gewährt.

A.d Die Vorinstanz schrieb mit internem Abschreibungsbeschluss vom 12. Januar 2017 die Einreisebewilligung vom 30. September 2010 zu Gunsten von C._____ und D._____ als gegenstandslos geworden ab. Dazu führte sie aus, die beiden Kinder der Beschwerdeführenden hätten während mehr als fünf Jahren keinen Gebrauch von der Einreisebewilligung gemacht, weshalb davon auszugehen sei, dass sie kein Interesse mehr daran hätten. Auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs werde verzichtet.

B.

B.a Mit Eingabe vom 30. April 2018 ersuchte der Beschwerdeführer um «Verlängerung der Einreisebewilligung» für die beiden Kinder. Zur Begründung führte er aus, die Kinder hätten keine Ausreiseerlaubnis erhalten, weshalb C._____ bei den Grosseltern mütterlicherseits und D._____ bei seinen Eltern in Obhut geblieben sei. C._____ habe später versucht, illegal in F._____ zu gelangen. Er sei beide Male inhaftiert worden, das

erste Mal für fünf und das zweite Mal für neun Monate. Mittlerweile lebe er F._____. Sie hätten regelmässig Kontakt per Telefon oder Internet.

Weiter führte er aus, er gehe davon aus, dass die auf unbestimmte Zeit ausgestellte Einreisebewilligung für die Tochter weiterhin gültig sei und ersuchte um eine entsprechende Bestätigung, sodass die Einreise für C._____ möglichst rasch organisiert werden könne.

B.b Die Vorinstanz stellte mit Schreiben vom 28. Mai 2018 an den Beschwerdeführer fest, von den Einreisebewilligungen sei während siebeneinhalb Jahren kein Gebrauch gemacht worden, weshalb sich die Frage stelle, ob sie nicht als gegenstandslos abzuschreiben wären. Bis zur Klärung dieser Frage sei die schweizerische Vertretung in E._____ angewiesen worden, die Ausstellung von Visa zu sistieren. Sodann setzte sie Frist zur Beantwortung ergänzender Fragen betreffend den Sohn C._____.

B.c Der Beschwerdeführer antwortete mit Eingabe vom 8. Juni 2018 und führte namentlich aus, seine Ehefrau habe erfolglos versucht, Visa für die Kinder zu erhalten. Was den Sohn anbelange, habe er beim dritten Versuch im April 2018 das Land illegal verlassen können und halte sich jetzt F._____ auf.

B.d Die Beschwerdeführenden erkundigten sich bei der Vorinstanz mit Eingabe vom 12. Dezember 2021 nach dem Verfahrensstand.

B.e Mit Eingabe vom 21. Februar 2021 – unter Vorlage einer entsprechenden Vollmacht – erkundigte sich sodann Stadträtin G._____ bei der Vorinstanz nach dem Stand des Verfahrens.

C.

C.a Mit Schreiben vom 17. März 2021 gewährte die Vorinstanz den Beschwerdeführenden das rechtliche Gehör zu einem allfälligen Widerruf der Einreisebewilligungen für den Sohn und die Tochter.

C.b Die Beschwerdeführenden nahmen mit Eingabe vom 28. März 2021 Stellung. Insbesondere führten sie aus, die Beschwerdeführerin habe die Kinder damals im Jahr 2012 zu Hause gelassen, in der Hoffnung, zu einem späteren Zeitpunkt eine sicherere Ausreisemöglichkeit organisieren zu können. Sohn C._____ habe am (…) 2016 den ersten illegalen Ausreiseversuch vorgenommen, wobei er festgenommen und inhaftiert worden sei. Ein zweiter Ausreiseversuch sei ebenfalls gescheitert, welchem ein

weiterer Gefängnisaufenthalt gefolgt sei. Der Kontakt zwischen ihnen sei nie abgebrochen.

D.
Mit Verfügung vom 3. Juni 2021 widerrief die Vorinstanz die Einreisebewilligungen für C._____ und D._____, verweigerte die Einreise in die Schweiz und lehnte das Gesuch um Familienzusammenführung ab.

E.
Mit Eingabe vom 5. Juli 2021 erhoben die Beschwerdeführenden beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. Das SEM sei anzuweisen, auf den Widerruf der Einreisebewilligung für C._____ und D._____ zu verzichten und ihnen die Einreise zu bewilligen. Das SEM sei vorsorglich anzuweisen, die Sistierung in Bezug auf die Ausstellung von Visa gegenüber der Schweizer Vertretung in E._____ aufzugeben. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuwiesen. Es sei ihnen die unentgeltliche Rechtspflege sowie amtliche Verbeiständung ihrer Rechtsvertretung zu bewilligen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten.

Als Beweismittel gaben die Beschwerdeführenden Fotos von Identitätspapieren (inkl. Übersetzung) und eine aktuelle Aufnahme von C._____ zu den Akten.

F.
F.a Mit Zwischenverfügung vom 16. Juli 2021 hiess die Instruktionsrichterin das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gut, wies hingegen das Gesuch um amtliche Verbeiständung ab und lud die Vorinstanz zur Vernehmlassung ein.

F.b Die Vorinstanz schloss in der Vernehmlassung vom 2. August 2021 auf Abweisung der Beschwerde.

F.c Die Instruktionsrichterin unterbreitete den Beschwerdeführenden am 4. August 2021 die Vernehmlassung zur Stellungnahme.

F.d Innert Frist reichten die Beschwerdeführenden die Replik vom 19. August 2021 ein sowie besser lesbare Kopien der mit der Beschwerde eingereichten Beweismittel.

F.e Mit Schreiben vom 20. Oktober 2022, welches vom Gericht am 31. Oktober 2022 beantwortet wurde, und 27. April 2023 erkundigten sich die Beschwerdeführenden nach dem Verfahrensstand.

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 Auslieferungsersuchens 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, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

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

1.4 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Die Beschwerdeführenden haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie sind 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.

2.

Mit internem Abschreibungsbeschluss schrieb die Vorinstanz am 12. Januar 2017, unter Verzicht auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Beschwerdeführerenden, die Einreisebewilligung vom 30. September

2010 betreffend C._____ und D._____ als gegenstandslos geworden ab. Mit der hier angefochtenen Verfügung vom 3. Juni 2021 widerrief die Vorinstanz die Einreisebewilligungen, bewilligte die Einreise in die Schweiz nicht und lehnte das Gesuch um Familienzusammenführung ab. Demnach hat die Vorinstanz mit dem Erlass dieser Verfügung – korrekt oder nicht – jedenfalls das zuvor intern abgeschriebene Verfahren stillschweigend wieder aufgenommen, mithin kann der Abschreibungsbeschluss vom 12. Januar 2017 als unwirksam erachtet werden.

3.
Mit Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreiten des Ermessens) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

4.
Das Asylgesetz enthält im Gegensatz zum eigentlichen Asylwiderruf nach Art. 63 AsylG keine spezialgesetzliche Regelung für den Widerruf einer Einreisebewilligung zwecks Familienzusammenführung nach Art. 51 Abs. 4 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. 1227 ff.). Der Widerruf ist zulässig, wenn eine allgemeine Interessen- beziehungsweise Werteabwägung ergibt, dass das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige an der Wahrung der Rechtssicherheit beziehungsweise am Vertrauensschutz überwiegt. Dem Gebot 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

eine private Person von einer ihr 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 die Urteile des BVGer E-6485/2019 vom 31. Januar 2023 E. 4; E-1271/2019 vom 30. Januar 2020 E. 6.3, E-730/2017 vom 4. Mai 2017 E. 4.4 und E-8455/2015 vom 10. Oktober 2016 E. 4.1 sowie BGE 137 I 69 E. 2.2 f. und 94 I 336 E. 4). Eine Disposition von Privaten, die ohne Nachteile nicht rückgängig gemacht werden kann, wird zwar nicht vorausgesetzt, eine solche hat aber einen erheblichen Einfluss auf die Interessenabwägung. Dabei ist jedoch die Kausalität sowie das tatsächliche Vertrauen in den Bestand der Verfügung für die Beurteilung der Zulässigkeit des Widerrufs einschlägig (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1228).

5.

5.1 Die Vorinstanz begründet den Widerruf der Einreisebewilligung in der angefochtenen Verfügung unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts im Wesentlichen damit, aus den Akten würden sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass gestützt auf die Einreisebewilligung und im Vertrauen auf deren Beständigkeit jemals konkrete Dispositionen getroffen worden wären, um die beiden Kinder in die Schweiz nachzuziehen. Vielmehr hätten sich die Beschwerdeführenden erst wieder mit den Behörden in Kontakt gesetzt, als der Sohn die Volljährigkeit erreicht habe. Sodann hätten sie in der Stellungnahme vom 8. Juni 2018 vorgebracht, C._____ habe im Jahr 2016 zwei Ausreiseversuche unternommen, wobei er jeweils verhaftet worden sei. Zu diesem Zeitpunkt sei er bereits volljährig gewesen und habe nicht mehr der elterlichen Sorge unterstanden. Zudem sei ihrer Eingabe zu entnehmen, dass familiäre Spannungen und die Befürchtung, in den Militärdienst eingezogen zu werden, ihn zur Ausreise veranlasst hätten. Es erscheine daher nicht plausibel, dass das Ziel die schnellstmögliche Familienvereinigung mit den Eltern gewesen sei, von denen er zu diesem Zeitpunkt schon Jahre getrennt gelebt habe. Es sei daher nicht von einem schützenswerten Interesse an der Einheit der Familie auszugehen. Das Vorbringen bezüglich der Ausreiseversuche des Sohnes C._____ sei zudem als Nachschub zu werten, da sich in den früheren Eingaben der Beschwerdeführenden keine Hinweise befinden würden, dass sie eine illegale Ausreise ihres Sohnes jemals unterstützt hätten. Eine solche Unterstützung sei denn auch weder ausgeführt noch belegt. Überdies erscheine wenig nachvollziehbar, dass C._____ als Volljähriger lediglich eine Gefängnisstrafe habe verbüssen müssen und nicht direkt im Anschluss in den Militärdienst

eingezogen worden sei. Die Tochter D._____ befinde sich nach wie vor in Eritrea und es lägen keine Hinweise dafür vor, dass in den letzten zehneinhalb Jahren vor Erlass der Verfügung konkrete Schritte in Bezug auf eine Ausreise unternommen worden wären.

Auf die Rechtssicherheit und den Vertrauensschutz könnten sich die Beschwerdeführenden nur bedingt berufen. Dass sie um die Bestätigung der Gültigkeit der Einreisebewilligung für ihre Kinder ersucht hätten, weise darauf hin, dass ihnen bewusst gewesen sei, dass sie sich nicht ohne Weiteres auf die Einreisebewilligung des SEM berufen könnten. Es dürfe zudem als bekannt vorausgesetzt werden, dass Einreisebewilligungen, selbst wenn sie formal nicht befristet ausgestellt seien, bei mehrjährigem Nichtgebrauch zu verfallen drohen würden.

Ferner führte die Vorinstanz aus, dass verschiedene Unterlagen und Angaben fehlen würden – namentlich Passfotos und rechtsgenügliche Identitätspapiere – die einer schweizerischen Vertretung die Identifizierung der Kinder der Beschwerdeführenden ermöglichen würden und vor deren Eingang die Ausstellung von Einreisevisa nicht hätte erfolgen können.

5.2 In der Rechtsmitteleingabe führen die Beschwerdeführenden aus, der Sohn sei aus Eritrea ausgereist und halte sich F._____ auf. Dies werde mit den eingereichten Fotografien und seinem Flüchtlingsausweis rechtsgenüglich glaubhaft gemacht. Es handle sich dabei um eine Disposition im geforderten Sinne, welche zumindest sehr schwierig rückgängig zu machen sei. Auch wenn die Schweiz die Ausreise aus Eritrea praxisgemäss nicht mehr als subjektiven Nachfluchtgrund qualifiziere, bedeute dies nicht, dass es problemlos sei, zwischen Eritrea und F._____ hin- und herzureisen. Die Tatsache, dass C._____ volljährig sei und damit nicht mehr der elterlichen Sorge unterstehe, sei bereits der Konstellation des Widerrufs der fehlerhaft gewordenen Verfügung inhärent und könne in der Interessenabwägung nicht erneut gewichtet werden. Des Weiteren schliesse das Vorliegen weiterer Motive für die Ausreise dasjenige der Familienvereinigung nicht aus. Eine jahrelange Trennung von der Familie könne nicht zum Verlust des schützenswerten Interesses an der Wiedervereinigung führen. Sie hätten glaubhaft beschrieben, dass sie in ständigem Kontakt mit ihrem Sohn gewesen seien. Mit dem Hinweis auf die zwei gescheiterten Ausreiseversuche hätten sie zudem die Gründe für die verzögerte Ausreise dargelegt. Dies sei im Kontext von Verfolgung, Not und Flucht zu sehen, der nur selten wohlgeplante und kalkulierbare Schritte zulasse. Dass C._____ entgegen den Gepflogenheiten der eritreischen Behörden nach

dessen Freilassung nicht direkt in den Militärdienst eingezogen worden sei, zeige lediglich eine willkürliche Milde des dortigen Amtshandelns. Weiter sei ihnen als anerkannte Flüchtlinge nicht zuzumuten, sich mit den heimatlichen Behörden in Verbindung zu setzen, um die Ausreise ihrer Kinder zu organisieren.

Ausserdem machen die Beschwerdeführenden geltend, die Vorinstanz habe eine einlässliche Interessenabwägung nicht vorgenommen. Gemäss ihrer Auffassung überwiege ihr individuelles Interesse und dasjenige ihres Sohnes, in der Schweiz ihr Familienleben zu führen, jenes der Öffentlichkeit an der Durchsetzung der richtigen Anwendung des objektiven Rechts. Zum Stellen des Gesuchs um Verlängerung der Einreisebewilligung im Jahr 2018 hätten ihnen Dritte geraten. Sie selbst seien immer davon ausgegangen, dass die Bewilligung Bestand habe.

Das Ausgeführte gelte, soweit zutreffend, auch für die Tochter. Die Organisation einer legalen Ausreise aus Eritrea übersteige ihre Möglichkeiten bis heute.

Es erscheine beinahe treuwidrig, dass die Vorinstanz während sechs Jahren untätig geblieben sei und die Sistierung der Ausstellung der Visa durch die Schweizerische Vertretung in E._____ just zu dem Zeitpunkt angeordnet habe, als sich die Beschwerdeführenden am 30. April 2018 zwecks Verlängerung der Einreisebewilligung gemeldet hätten. Die Einreisebewilligung sei im Jahr 2017 lediglich intern abgeschrieben worden, ohne dass die Beschwerdeführenden darüber in Kenntnis gesetzt worden seien oder ihnen das rechtliche Gehör gewährt worden wäre. Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei die Sistierung nur während eines laufenden Verfahrens möglich und stelle einen reinen Vollzugsakt dar. Die Rechtswirkungen einer formell in Rechtskraft erwachsenen Verfügung bestünden unverändert fort und könnten nicht formlos ausgesetzt werden. Es habe zumindest eine anfechtbare vorläufige Verweigerung der Einreise erlassen werden müssen. Die angeordnete Sistierung sei damit nicht korrekt und aufzuheben.

5.3 In der Vernehmlassung führt die Vorinstanz in Bezug auf die von den Beschwerdeführenden eingereichten Fotografien der Flüchtlingsausweise ihres Sohnes aus, es gehe weder aus der Beschwerdeschrift noch aus den Akten hervor, gestützt auf welche heimatstaatlichen Dokumente diese ausgestellt worden seien. Die kirchliche Taufurkunde und das unleserliche Geburtszertifikat hätten einen reduzierten Beweiswert, da diese leicht käuflich

erworben werden könnten. Im Übrigen halte sie an ihren Erwägungen gemäss angefochtener Verfügung fest.

5.4 In der Replik bringen die Beschwerdeführenden vor, es erscheine nicht korrekt, dass die Vorinstanz für die Ausstellung der Einreisebewilligung vom 30. September 2021 (recte 2010) die eingereichten Dokumente für ausreichend gehalten habe, sie diese zum aktuellen Zeitpunkt jedoch für ungültig halte. Dies hätte von der Vorinstanz vor Erlass der abweisenden Verfügung klar dargelegt werden müssen. Es sei aus der Verfügung auch nicht hervorgegangen, dass das SEM Informationen darüber gewünscht habe, aufgrund welcher heimatstaatlicher Dokumente oder Angaben die Flüchtlingsausweise ausgestellt worden seien. Schliesslich seien sie bereit, sich aufklärenden DNA-Tests zu unterziehen.

6.
Zu Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung (Verweigerung der Einreisebewilligung für C._____ und D._____) ist folgendes festzuhalten:

Das SEM hat am 30. September 2010 die Einreise der sich zu jenem Zeitpunkt in Eritrea befindenden Kinder der Beschwerdeführenden in die Schweiz bewilligt. Der Entscheid hat Verfügungscharakter, zumal nach ständiger Praxis des SEM und des Bundesverwaltungsgerichts auch die Verweigerung der Einreisebewilligung zwecks Familienvereinigung Verfügungscharakter hat und weil – wie vorliegend – der Widerruf der Einreisebewilligung seitens des SEM konsequenterweise ebenso in Verfügungsform erfolgt ist. Es handelt sich beim Entscheid vom 30. September 2010 um eine rechtskräftige und rechtsbeständige Verfügung, mit der definitiv und verbindlich über die Einreisebewilligung befunden wurde. Diese «res iudicata» bewirkt, dass nicht noch einmal über die gleiche Sache entschieden werden kann. Das SEM hätte daher mit der angefochtenen Verfügung vom 3. Juni 2021 über die Erteilung der Einreisebewilligung gar nicht mehr (weder gutheissend noch abweisend) materiell befinden dürfen (vgl. dazu Urteile des BVGer E-6485/2019 vom 31. Januar 2023 E. 5; E-5555/2021 vom 16. Februar 2022 E. 6 sowie E-2831/2018 vom 4. Juni 2021 E. 6.2). Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob der angefochtene Widerruf der Einreisebewilligung und darauf basierend die Ablehnung des Familienasyls nach Art. 51 Abs. 1 AsylG vom SEM zu Recht verfügt wurde. Die «res iudicata» der Einreisebewilligung vom 30. September 2010 steht diesen beiden Anordnungen (vorliegend Dispositiv Ziffern 1 und 3 der angefochtenen Verfügung) selbstredend nicht entgegen. Über das Familienasyl wurde in der Verfügung vom 30. September 2010 denn auch noch nicht befunden. Ziffer

2 der angefochtenen Verfügung ist demnach von Amtes wegen aufzuheben.

7.
7.1 Eine nach Art. 51 Abs. 4 AsylG auszustellende Einreisebewilligung und das Familienasyl nach Art. 51 Abs. 1 AsylG stehen in direktem Zusammenhang miteinander und haben gegenseitig akzessorischen Charakter. Art. 51 Abs. 4 AsylG spricht denn auch von «anspruchsberechtigten Personen nach Absatz 1» (BVGE 2020 VI/1 vom 22. Juli 2020 E. 8.3.2). Die Erteilung einer Einreisebewilligung nach Art. 51 Abs. 4 AsylG kann mithin nur im Hinblick auf eine künftige Gewährung des Familienasyls erfolgen. Der Einbezug von Kindern in die Flüchtlingseigenschaft setzt nach Art. 51 AsylG insbesondere voraus, dass die Kinder minderjährig sind sowie den Willen der Familie, die durch die Flucht getrennten Familienmitglieder möglichst zeitnah wieder zu vereinigen und das Familienleben wieder aufzunehmen.

7.2 Wie bereits ausgeführt, setzt der Widerruf voraus, dass eine Verfügung eine ursprüngliche oder nachträgliche Fehlerhaftigkeit aufweist. Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass die am 30. September 2010 erteilte Einreisebewilligung für die damals minderjährigen Kinder C._____ und D._____ zu diesem Zeitpunkt fehlerfrei war. Es ist demnach nachfolgend zu prüfen, ob eine nachträgliche Fehlerhaftigkeit festzustellen ist. Aufgrund der unterschiedlichen Ausgangslagen der beiden Kinder erfolgt die diesbezügliche Prüfung getrennt.

7.3
7.3.1 Der Sohn C._____ war zum Widerrufszeitpunkt bereits (…) Jahre alt, mithin war er als Volljähriger nicht mehr im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG anspruchsberechtigt. Folglich bestand auch kein Anspruch mehr auf eine Einreisebewilligung. Sodann haben die Beschwerdeführenden nach der Erteilung der Einreisebewilligung im Jahr 2010 von dieser nicht Gebrauch gemacht, sondern sind offensichtlich während mehrerer Jahre in Bezug auf den Nachzug des in Eritrea zurückgelassenen, damals noch minderjährigen Sohnes untätig geblieben. Sie haben aktenkundig nichts unternommen, um seine Ausreise aus Eritrea voranzutreiben. Den ersten Fluchtversuch soll C._____ im (…) 2016 und den zweiten im (…) 2016 – also bereits im Erwachsenenalter – unternommen haben. Erst im Jahr 2018, beim dritten Versuch, soll er die Grenze F._____ überquert haben können. Gemäss den Angaben der Beschwerdeführenden seien diese Fluchtversuche zu jenen Zeitpunkten erfolgt, als die Einberufung in den

Militärdienst immer bedrohlicher geworden sei sowie aufgrund der konfliktträchtig gewordenen Wohnsituation bei den Verwandten der Beschwerdeführerin (Akten SEM C13/2). Mit diesen Aussagen wird der fehlende Wille der Zusammenführung der Familie manifest, welcher jedoch Voraussetzung für das Familienasyl nach Art. 51 AsylG und damit einhergehend auch die Einreisebewilligung nach Art. 51 Abs. 4 AsylG darstellt. In Bezug auf die Aufrechterhaltung der Einreisebewilligung betreffend den Sohn C._____ fehlt somit auch das Rechtsschutzinteresse. Der Verlust dieses Interesses führt – nebst der eingetretenen Volljährigkeit – zur nachträglichen Fehlerhaftigkeit der Einreisebewilligung. Weitergehend kann – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

Damit hat die Vorinstanz in Bezug auf den Sohn C._____ aufgrund einer relevanten Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse zu Recht auf nachträgliche Fehlerhaftigkeit der ursprünglich fehlerfreien Einreisebewilligung geschlossen und den Widerruf der betreffenden Verfügung zu Recht geprüft.

7.3.2 Die Vorinstanz stellt den Wahrheitsgehalt des Vorbringens der Beschwerdeführenden betreffend die Fluchtversuche von C._____ in Frage und erachtet dieses als nachgeschoben. Diese Frage kann aufgrund der nachstehenden Erwägungen (bei Wahrunterstellung) indes offen bleiben.

7.3.3 Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Ausreise von C._____ aus Eritrea und die Einreise in F._____ stelle eine Disposition dar, welche nicht rückgängig zu machen sei und daher für das Überwiegen des Vertrauensschutzes spreche. Wie sie aber zu Recht selbst ausführen, stellt die illegale Ausreise aus Eritrea keinen subjektiven Nachfluchtgrund dar. Zur Frage, ob die vorliegend fragliche Disposition rückgängig gemacht werden kann, ist auf das Grundsatzurteil BVGE 2018 VI/4 zu verweisen, wonach eine Rückkehr nach Eritrea bei drohendem Einzug in den Militärdienst nicht als unzulässig beziehungsweise unzumutbar zu erachten ist. Wird diese Rechtsprechung zur Beurteilung der Frage nach einer rückgängig zu machender, nachteiliger Disposition herangezogen, so ergibt sich, dass eine Rückkehr nach Eritrea für C._____ zulässig und zumutbar ist, weshalb keine Disposition anzunehmen ist, welche zu Gunsten der Beschwerdeführenden in die Interessenabwägung einfliessen kann. Dafür spricht auch der Umstand, dass C._____ im Jahr 2016 als damals (…)-Jähriger die Fluchtversuche unternommen habe und im

Anschluss an die Freilassung aus dem Gefängnis nicht in den Militärdienst eingezogen worden sein soll.

7.3.4 Überdies bestehen für das Gericht erhebliche Zweifel an der Kausalität zwischen dem Vertrauen auf die Beständigkeit der Einreisebewilligung und der vorgebrachten Disposition. Die Beschwerdeführenden haben in ihrer Eingabe bei der Vorinstanz vom 8. Juni 2021 selbst vorgebracht, die Ausreise des Sohnes sei aufgrund der bedrohlich erscheinenden Einberufung in den Militärdienst sowie aufgrund von familiären Spannungen in Eritrea zu diesem Zeitpunkt erfolgt (vgl. Akten SEM C13/2). Das Vorliegen der Einreisebewilligung war demnach nicht kausal für die Ausreise. Vielmehr waren es die genannten Gründe, die C._____ zur hier interessierten Disposition veranlasst haben. Insofern kann der Einwand der Beschwerdeführenden nicht gehört werden, die Vorinstanz habe die Interessenabwägung mit den Gründen vermischt, die zur nachträglichen Fehlerhaftigkeit der Verfügung geführt haben. Unter den konkreten Umständen ist eine gewisse Überlappung nicht vermeidbar und es sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen.

7.3.5 Schliesslich müsste die betreffende Disposition im Vertrauen auf die Beständigkeit der Verfügung getroffen worden sein. Aus der Tatsache, dass die Beschwerdeführenden am 30. April 2018 ein Gesuch um «Verlängerung Einreisebewilligung» gestellt haben, kann geschlossen werden, dass ihnen bewusst war, dass die Einreisebewilligung zwecks Familienvereinigung nicht ein Einreiserecht auf unbestimmte Dauer ist, auch wenn die Verfügung formal nicht befristet erlassen wurde. In der Rechtsmitteleingabe machen sie geltend, das genannte Gesuch sei von Dritten initiiert worden, sie selbst hätten auf die Beständigkeit der Einreisebewilligung vertraut. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass ein allfälliges Tätigwerden von Dritten den Beschwerdeführenden anzurechnen ist. Auch wenn offensichtlich ist, dass die Beschwerdeführenden im vorliegenden Verfahren von Dritten unterstützt wurden, ist dennoch nicht davon auszugehen, dass sie tatsächlich auf die Beständigkeit der Verfügung vertraut haben. In den Akten sind denn auch keine Hinweise zu finden, die darauf schliessen lassen würden, dass die Beschwerdeführenden jemals irgendetwas unternommen hätten, um die in Eritrea zurückgelassenen Kinder nachzuziehen. Dies wäre jedoch zu erwarten gewesen, wenn ein Vertrauen in die Verfügung und damit ein Vertrauen auf den Umstand, dass eine Einreise möglich sei, bestanden hätte. Auch wenn dem Bundesverwaltungsgericht bewusst ist, dass die Ausreise aus Eritrea nicht einfach ist, ist das Verhalten der Beschwerdeführenden insoweit nicht nachvollziehbar.

7.3.6 Nach dem Gesagten liegt keine Disposition im Vertrauen auf die Beständigkeit der Einreisebewilligung vor, welche für das Überwiegen der Interessen der Beschwerdeführenden spricht. Da eine Disposition aber nicht zwingend erfolgt sein muss, ist weiter zu prüfen, ob das private Interesse der Beschwerdeführenden an der Aufrechterhaltung der Einreisebewilligung aus anderen Gründen gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Anwendung des objektiven Rechts überwiegt. Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerenden über Jahre hinweg untätig geblieben sind und der Sohn nun seit mehr als einem Jahrzehnt ohne die Eltern lebt, ist nicht davon auszugehen, dass noch ein tatsächliches schutzwürdiges privates Interesse an der Familienvereinigung besteht. C._____ war zum Zeitpunkt des Widerrufs (…) Jahre alt. Angesichts dessen rückt das Interesse an der Familienvereinigung noch weiter in den Hintergrund. Es ist gesamthaft kein privates Interesse an der Aufrechterhaltung seiner Einreisebewilligung ersichtlich, welches dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts entgegenstehen könnte.

7.4

7.4.1 Betreffend die Tochter D._____ ist festzuhalten, dass sie zum Widerrufszeitpunkt am 3. Juni 2021 noch minderjährig war und damit grundsätzlich noch zum anspruchsberechtigten Kreis nach Art. 51 Abs. 1 AsylG gehörte. Gemäss dieser Bestimmung werden minderjährige Kinder von Flüchtlingen als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen. Zu prüfen ist deshalb, ob zum Zeitpunkt des Widerrufs besondere Umstände vorgelegen haben, die zum Verlust des Anspruchs und damit zur nachträglichen Fehlerhaftigkeit der Einreisebewilligung geführt haben.

7.4.2 Ein besonderer Umstand kann gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts dann vorliegen, wenn das Familienleben längere Zeit nicht gelebt wurde und erkennbar ist, dass die Familie nicht den Willen hat, zusammen zu leben (BVGE 2012/32 E. 5.1). Eine längere fluchtbedingte Trennung stellt aber per se keinen Hinweis auf einen Bruch einer Eltern-Kind-Beziehung dar (vgl. Urteil des BVGer D-7566/2015 vom 18. Mai 2016 E. 3.2). Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2012 zunächst alleine aus Eritrea ausgereist ist, und ihre damals minderjährigen Kinder bei Verwandten zurückgelassen hat, ist – auch mit Rücksicht auf den Länderkontext Eritrea und die Schwierigkeiten, die sich für Ausreisewillige dort ergeben – für sich genommen noch kein stichhaltiger Hinweis für einen gewollten Bruch mit den eigenen Kindern. Vielmehr kann dieses Verhalten

noch als nicht gewollt, sondern im Zusammenhang mit der Flucht stehend qualifiziert werden.

7.4.3 Die Tatsache, dass seit der Erteilung der Bewilligung im Jahr 2010 und der Einreise der Beschwerdeführerin in die Schweiz im Jahr 2012 inzwischen zehn Jahre vergangen sind, ohne dass die Beschwerdeführenden aktenkundig Bestrebungen unternommen haben, D._____ in die Schweiz zu holen und mit der Familie zu vereinigen, sondern sie vielmehr untätig geblieben sind und sich bis zur Aufnahme des Widerrufsverfahren zwecks Information oder Orientierung nicht an die Behörden (beispielsweise SEM) gewandt haben, lässt jedoch Zweifel daran aufkommen, dass die Wiedervereinigung mit D._____ überhaupt gewollt war. Es gibt keine Hinweise, dass Bestrebungen im Gange waren oder zumindest der tatsächliche Wunsch nach einer Familienvereinigung vorhanden war. Es dürfte zwar zutreffen, dass die Reise aus Eritrea in die Schweiz für ein (…)jähriges Mädchen schwierig ist. Dennoch hätten die Eltern (Beschwerdeführenden) zumindest im Verlaufe der Zeit Ausreisevorbereitungen treffen müssen, um ihren Vereinigungswillen zu bezeugen. Solche liegen aktenkundig nicht vor, selbst bis kurz vor Erreichen der Volljährigkeit wurden nicht die geringsten Vorkehrungen getroffen, um die Tochter in die Schweiz zu holen. Ferner ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb D._____ die Ausreise nicht gemeinsam mit ihrem Bruder versucht hat, mithin hätte sie so zumindest in Begleitung einer älteren, männlichen und ihr nahestehenden Person reisen können. Dies lässt vermuten, dass C._____ aufgrund der genannten Gründe (familiäre Spannungen, Befürchtung in den Militärdienst einberufen zu werden) ausgereist ist, während D._____ ihre Ausreise nicht alleine hat vorantreiben können und seitens der Beschwerdeführenden auch keine Unterstützung erhalten hat.

7.4.4 Bei dieser Ausgangslage wäre ein Familiennachzugsgesuch, gestellt zum Widerrufszeitpunkt am 3. Juni 2021, nicht zu bewilligen gewesen, da besondere Umstände gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG vorgelegen hätten, nämlich der fehlende erkennbare Wille an einer möglichst schnellen Familienvereinigung der Beschwerdeführenden mit ihrer Tochter. Zwar ist über die erteilte Einreisebewilligung nicht noch einmal zu befinden (vgl. E. 6), doch sind die oben dargelegten Argumente bei der Beurteilung der nachträglichen Fehlerhaftigkeit der Verfügung zu beachten. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt – wie bereits die Vorinstanz – zur Einschätzung, dass bei den Beschwerdeführenden zum Zeitpunkt des Widerrufes kein echtes Interesse an der Wiedervereinigung mit der noch minderjährigen Tochter D._____ bestand, weshalb vorliegend das öffentliche Interesse am

Widerruf der Einreisebewilligung das private Interesse der Beschwerdeführenden an der Herbeiführung der Familieneinheit überwiegt.

7.5 Insgesamt ist demnach festzustellen, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass das Interesse der Beschwerdeführenden am Nachzug ihrer Kinder, angesichts ihres Verhaltens und ihrer Untätigkeit über Jahre hinweg, nicht länger existent war, weshalb die Interessenabwägung zu ihren Ungunsten ausfällt.

8.
Die Vorinstanz hat sich in der angefochtenen Verfügung mit allen vorstehenden Punkten hinreichend auseinandergesetzt, weshalb die Begründung rechtsgenüglich erfolgt und der Eventualantrag auf Rückweisung an die Vorinstanz wegen Verletzung der Begründungspflicht abzuweisen ist. Sie hat das Familienzusammenführungsgesuch nach dem Gesagten korrekterweise abgelehnt und folglich die Einreisebewilligung zu Recht widerrufen. Es erübrigt sich daher, auf die Frage betreffend rechtsgenüglicher Identitätspapiere der Kinder der Beschwerdeführenden einzugehen.

9.
Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung (Verweigerung der Einreise für C._____ und D._____) von Amtes wegen ersatzlos aufzuheben und die Beschwerde insoweit gutzuheissen ist. Im Übrigen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung betreffend die Dispositivziffern 1 und 3 der angefochtenen Verfügung (Widerruf der Einreisebewilligung sowie Ablehnung der Familienvereinigung) Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG), weshalb die Beschwerde insoweit abzuweisen ist. Es ist festzustellen, dass die vom SEM am 30. September 2010 erteilten Einreisebewilligungen betreffend die beiden vorgenannten Kinder der Beschwerdeführerenden ihre Rechtswirksamkeit verloren haben.

10.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Beschwerdeführenden als teilweise – soweit nicht die von Amtes wegen erfolgte Aufhebung der Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung betreffend – unterlegen, weshalb die Kosten insoweit ihnen aufzuerlegen wären (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Darauf ist jedoch angesichts der mit Zwischenverfügung vom 16. Juli 2021 gewährten unentgeltlichen Prozessführung nach Art. 65 Abs. 1 VwVG und

dem Umstand, dass sich die finanziellen Verhältnisse nicht geändert haben, zu verzichten.

11.
Auf die Ausrichtung einer Parteientschädigung der vertretenen Beschwerdeführenden aufgrund des teilweisen Obsiegens betreffend die Aufhebung der Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung wird verzichtet, weil dies einzig in der Rechtsanwendung von Amtes wegen gründet und nicht durch die Beschwerdeargumentation ausgelöst wurde. Das blosse Stellen des Aufhebungsantrages hat für sich alleine besehen offensichtlich keine verhältnismässig hohen Parteikosten ausgelöst (vgl. Art. 7 Abs. 4 VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung wird ersatzlos aufgehoben. Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen.

2.
Weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

3.
Es wird festgestellt, dass die vom SEM am 30. September 2010 erteilte Einreisebewilligung betreffend die beiden Kinder der Beschwerdeführenden ihre Rechtswirksamkeit verloren hat.

4.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

5.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

6.
Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführenden, das SEM und die kantonale Migrationsbehörde.

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Barbara Balmelli	Emine Zaimi-Husejni

Versand: