



Urteil vom 19. Juli 2021

Besetzung

Richterin Barbara Balmelli (Vorsitz),
Richter Simon Thurnheer,
Richter William Waeber,
Gerichtsschreiber Olivier Gloor.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Afghanistan,
vertreten durch MLaw Sophia Delgado, HEKS Rebaso,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Familienzusammenführung (Asyl);
Verfügung des SEM vom 15. Oktober 2019 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a Die Beschwerdeführerin wurde mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-2918/2018 vom 12. August 2019 als Flüchtling anerkannt und das SEM angewiesen, ihr Asyl zu gewähren. Am 23. August 2019 erteilte ihr die Vorinstanz Asyl.

A.b Mit Eingabe vom 10. September 2019 ersuchte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz für ihre Tochter, B._____, geboren am (...), Afghanistan, sinngemäss um Erteilung einer Einreisebewilligung und Gewährung des Familienasyls (vgl. Art. 51 AsylG [SR 142.31]).

Im Gesuch machte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, wie bereits in ihrem Asylverfahren festgestellt worden sei, sei sie von ihrem Ex-Ehemann und dessen Familie psychisch sowie physisch misshandelt worden. Er und seine Familie hätten nur widerwillig in die Scheidung – welche im C._____ ausgesprochen worden sei – eingewilligt und sie sei gezwungen gewesen, ihm die Tochter zu überlassen. Während sie nach der Scheidung im C._____ geblieben sei, habe ihr Ex-Ehemann die Tochter nach Afghanistan mitgenommen. Er und seine Familie hätten ihr gedroht, sie werde für die Scheidung bestraft, falls sie sich nach Afghanistan begeben würde. Sie habe die Tochter seit der Scheidung im Jahre 20(...) nicht mehr gesehen und leide sehr unter der Trennung. Die inzwischen knapp (...)-jährige Tochter soll in Kürze zwangsverheiratet werden, was eine Familienzusammenführung zusätzlich erschweren beziehungsweise verunmöglichen würde. Es werde deshalb um prioritäre Behandlung ersucht.

Als Beweismittel reichte die Beschwerdeführerin eine Kopie der Tazkera der Tochter, zwei Fotografien sowie einen USB-Stick mit Videoaufnahmen zu den Akten.

B.

Mit Verfügung der Vorinstanz vom 15. Oktober 2019 wurde der Tochter die Einreise in die Schweiz nicht bewilligt und das Asylgesuch abgelehnt.

C.

Die Beschwerdeführerin erhob gegen den Entscheid der Vorinstanz am 25. Oktober 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und das Familiennachzugsgesuch für die Tochter gutzuheissen. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung auf-

zuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege, inklusive Verzicht auf einen Kostenvorschuss, zu gewähren.

Zusammen mit der Beschwerde gab die Beschwerdeführerin unter anderem eine Kopie der Tazkera der Tochter (mit Übersetzung) sowie diverse Fotografien als Beweismittel zu den Akten.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 11. November 2019 hiess die Instruktionsrichterin das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gut, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses, wies das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsvertretung ab und forderte die Beschwerdeführerin dazu auf, innert Frist eine Fürsorgebestätigung nachzureichen. Ferner lud sie die Vorinstanz zur Einreichung einer Vernehmlassung ein.

E.

Die Vorinstanz beantragt in der Vernehmlassung vom 26. November 2019 sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Im Einzelnen äusserte sie sich zu den Voraussetzungen des Familiennachzuges beziehungsweise des Familienasyls.

F.

Am 29. November 2019 reichte die Beschwerdeführerin beim Gericht die Fürsorgebestätigung des Kantons D. _____ ein.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 29. November 2019 räumte die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin Gelegenheit ein, innert Frist eine Replik und entsprechende Beweismittel einzureichen.

H.

Mit Eingabe vom 16. Dezember 2019 ging beim Gericht die Replik der Beschwerdeführerin ein.

I.

Am 17. Dezember 2019 gab die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin ihre Kostennote zu den Akten.

J.

Mit Schreiben vom 27. August 2020 erkundigte sich die Beschwerdeführerin nach dem Verfahrensstand und teilte mit, die Heirat der Tochter werde im Herbst vollzogen.

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

Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 108 Abs. 6 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

2.

In der angefochtenen Verfügung führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin und ihr damaliger Ehemann hätten sich im Jahre 200(...) im C._____ scheiden lassen, wobei Letzterem das Sorgerecht für die gemeinsame Tochter zugesprochen worden sei. Er und die Tochter würden seither in Afghanistan leben. Die Beschwerdeführerin sei dagegen bis zur ihrer Ausreise im Jahre 20(...) noch (...) Jahre im C._____ geblieben. Ihre Tochter habe sie zuletzt am Tag der Scheidung gesehen. Aufgrund der Akten sei davon auszugehen, dass sie seither keinen Kontakt mehr zur ihr hatte beziehungsweise diesen abgebrochen habe. Insofern könne nicht festgestellt werden, sie sei von ihrer Tochter durch Flucht getrennt worden beziehungsweise könne nicht davon gesprochen werden, dass es um die Wiederherstellung einer vorbestandenen Familiengemeinschaft gehe.

3.

In der Rechtsmitteleingabe macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz verkenne, dass sie das Zusammenleben mit ihrer Tochter nicht freiwillig aufgegeben, sondern dies vielmehr aus Zwang getan habe, damit der Ex-Ehemann und seine Familie der Scheidung zugestimmt hätten. Nach der Scheidung hätten ihr Ex-Ehemann und seine Familie es nicht zugelassen, dass sie ihre Tochter kontaktiere. Da ihr in Afghanistan wegen der Scheidung zudem frauenspezifische Verfolgung drohe, sei es ihr auch nicht möglich gewesen, dorthin zurückzukehren. Seit dem Jahre 20(...) könne sie dank heimlicher Vermittlung einer Verwandten

des Ex-Ehemannes mit der Tochter wieder ab und zu Kontakt aufnehmen. Die Tochter sei bereits verlobt worden und solle in Kürze zwangsverheiratet werden, weshalb unter anderem auch Fragen des Kindeswohls tangiert seien.

4.

In der Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin sei nicht durch Flucht, sondern aufgrund des (...) Scheidungsurteils aus dem Jahre 20(...) von ihrer Tochter getrennt worden. Es sei ihr nicht gelungen glaubhaft zu machen, dass nach der Scheidung eine hinreichend enge Eltern-Kind-Beziehung in emotionaler beziehungsweise affektiver und finanzieller beziehungsweise wirtschaftlicher Hinsicht bestanden habe. Sodann habe sie erst wieder im Jahre 20(...) Kontakt zu ihrer Tochter aufgenommen. Ausserdem liege das Sorgerecht nach wie vor beim Vater des Kindes. Die Erteilung eines Einreisevisums käme im Ergebnis einer Verletzung des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindsentführung (HKÜ, SR 0.211.230.02) gleich.

5.

In der Replik macht die Beschwerdeführerin geltend, der Kontakt zu ihrer Tochter sei ihr lange Zeit verunmöglicht worden. Der seit dem Jahre 20(...) bestehende Kontakt über eine Mittelsperson sei sehr riskant und müsse vor dem Ex-Ehemann sowie dem Ex-Schwiegervater geheim gehalten werden. Die Tochter habe der Beschwerdeführerin gegenüber mehrmals den Wunsch geäussert, mit ihr zusammen zu leben. Sodann wirke die Argumentation der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem HKÜ als nachgeschoben und die (...) -jährige Tochter sei darüber hinaus alt genug, um selber zu entscheiden, bei welchem Elternteil sie leben möchte. Die Zuteilung des Sorgerechts an den Vater habe schon damals in offensichtlicher Weise dem Kindeswohl widersprochen, sei die Tochter doch vom Vater sowie dem Grossvater misshandelt und in lebensgefährdender Weise vernachlässigt worden. Der Vater sei darüber hinaus drogenabhängig und komme seinem Sorgerecht nicht nach. Die Tochter wohne aktuell nur mit dem Grossvater zusammen, welcher darum bemüht sei, die Zwangsheirat so schnell wie möglich durchzuführen. Nach Schweizer Recht wäre dem Vater das Sorgerecht niemals zugesprochen beziehungsweise längst entzogen worden und es sei nicht nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführerin Asyl erteilt werde, während die selben Umstände in Bezug auf die minderjährige Tochter, bei welcher zusätzlich auch Kindeswohlaspekte zu berücksichtigen seien, als tragbar beurteilt würden.

6.

6.1 Es ist nachfolgend zu prüfen, ob die Tochter im Sinne von Art. 51 Abs. 4 AsylG sowie der in diesem Zusammenhang zu beachtenden Rechtsprechung von der Beschwerdeführerin durch Flucht getrennt wurde.

6.2 Weder die Vorinstanz noch das Bundesverwaltungsgericht haben im Asylverfahren der Beschwerdeführerin Zweifel an der Glaubhaftigkeit ihrer Fluchtvorbringen geäußert (vgl. Urteil des BVGer E-2918/2018 vom 12. August 2019 E. 6.1). Die Beschwerdeführerin brachte damals vor, sie sei im Jahre 20(...) oder 20(...) mit ihrer Tochter vor ihrem damaligen Ehemann und dessen Familie wegen Misshandlungen aus Afghanistan in den C._____ geflohen. Der ehemalige Ehemann sei ihr dorthin gefolgt und sie habe daraufhin noch einige Zeit – immer noch unter problematischen Bedingungen – dort mit ihm zusammenleben müssen. Im Jahre 20(...) habe sie sich im C._____ von ihm scheiden lassen. Bedingung für sein Einverständnis und das seiner Familie sei gewesen, dass sie ihm die gemeinsame Tochter überlasse. Er habe diese kurz darauf nach Afghanistan mitgenommen. Die Beschwerdeführerin und ihr jetziger Ehemann seien vom Ex-Ehemann weiterhin im C._____ aufgesucht, bedroht und tödlich angegriffen worden, weshalb sie im Jahre 20(...) den C._____ in Richtung Schweiz verliessen. Das Bundesverwaltungsgericht kam im erwähnten Urteil zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin – in Ermangelung der erforderlichen Schutzfähigkeit und Schutzwilligkeit der staatlichen Behörden – durch den Ex-Ehemann und dessen Familie in Afghanistan in flüchtlingsrechtlich relevanter Weise gefährdet sei, anerkannte sie als Flüchtling und wies die Vorinstanz an, ihr Asyl zu gewähren (vgl. a.a.O. E. 6.5 ff.).

6.3 Gemäss geltender Praxis und Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist für die Bewilligung der Einreise nach Art. 51 Abs. 4 AsylG Bedingung, dass bereits vor der Flucht eine Familiengemeinschaft bestanden hat. Die Bewilligung der Einreise zwecks Gewährung von Familienasyl dient der Wiederherstellung von Familiengemeinschaften, die durch die Flucht getrennt wurden, hingegen nicht der Aufnahme von neuen oder der Wiederaufnahme von beendeten Beziehungen (vgl. BVGE 2012/32 E. 5.4.2; 2017 VI/4 E. 3.1 und 4.4.2). Das Bundesverwaltungsgericht geht bei Familien, die bereits vor der Flucht getrennt wurden, dennoch von einer vorbestandenen Familiengemeinschaft aus, wenn zwingende Gründe für das Getrenntleben vorliegen (vgl. Urteile des BVGer D-3664/2016 vom 14. Dezember 2018 E. 5.2 sowie D-982/2016 vom 10. September 2018 E. 5.2.1).

6.4 Die Vorinstanz erblickt im Umstand, dass sich die Beschwerdeführerin im Jahre 2008 scheiden liess und über rund (...) Jahre keinen Kontakt mehr zu ihrer Tochter hatte, einen willentlichen Abbruch der familiären Beziehung.

Aufgrund der Akten – insbesondere mit Blick auf die bereits als glaubhaft beurteilte Fluchtgeschichte – ist für das Gericht erstellt, dass die damalige Zuteilung des Sorgerechts beziehungsweise der Obhut an den Kindsvater nicht vom freien Willen der Beschwerdeführerin mitgetragen war. Den Akten sowie dem vorangegangenen Urteil kann sodann entnommen werden, dass es für sie bereits nach der Scheidung im Jahr 20(...) äusserst gefährlich beziehungsweise nicht zumutbar gewesen wäre, sich nach Afghanistan – wo sich die Tochter nun aufhielt – zu begeben. Insbesondere erachtete das Gericht die subjektive Furcht vor weiterer Verfolgung bereits aufgrund der während der Ehe erlittenen Misshandlungen als objektiv begründet (vgl. SEM-Akte A17/15 F28 und F32 sowie Urteil des BVGer E-2918/2018 vom 12. August 2019 E. 6.4 und E. 6.6). Insofern ist nachvollziehbar, dass es ihr nach der Scheidung nicht möglich beziehungsweise zumutbar war, ein Familienleben mit der Tochter zu führen oder aufrecht zu erhalten. Dass sie sich nicht bereits früher um eine "heimliche Kontaktaufnahme" bemühte, kann ihr nicht vorgehalten werden, hätte sie dadurch unter anderem die Tochter in Gefahr bringen können. Mithin bestanden für den Umstand, dass sie zum Zeitpunkt der Ausreise aus dem C._____ seit mehreren Jahren von der Tochter getrennt lebte, zwingende Gründe im Sinne der zitierten Rechtsprechung. Zum selben Ergebnis führt, falls nicht in der Ausreise aus dem C._____, sondern in der gemeinsamen Ausreise mit der Tochter aus Afghanistan im Jahre 20(...) oder 20(...) die für die vorliegende Konstellation relevante Fluchthandlung erblickt wird, da die Trennung der Angehörigen in einem Drittstaat der Anwendung von Art. 51 Abs. 4 AsylG nicht entgegensteht (vgl. Urteil des BVGer E-273/2018 vom 22. Juli 2020 E. 8.3.3. f.).

Auf die von der Vorinstanz geäusserten Bedenken im Zusammenhang mit dem HKÜ ist bereits deshalb nicht vertieft einzugehen, weil die Tochter aufgrund ihres Alters nicht mehr in dessen persönlichen Anwendungsbereich fällt (vgl. Art. 4 HKÜ). Dass mit der Erteilung einer Einreisebewilligung in eine ausländische Sorgerechtsregelung eingegriffen werden könnte, lässt sich zwar nicht ausschliessen, erscheint aber vor dem Hintergrund, dass das Kindeswohl als vorrangiger Gesichtspunkt zu beachten ist (vgl. u.a. Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [SR 0.107]) und dem Umstand, dass es der Tochter

freisteht, ob sie von dem Einreiserecht überhaupt Gebrauch machen will, als gerechtfertigt.

6.5 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Einreisebewilligung, den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft sowie die Asylgewährung zugunsten von B. _____ erfüllt sind.

7.

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Vorinstanz ist anzuweisen, B. _____, geboren am (...), Afghanistan, die Einreise in die Schweiz zu bewilligen und in die Flüchtlingseigenschaft der Beschwerdeführerin miteinzubeziehen, sofern B. _____ die Flüchtlingseigenschaft nicht selbständig nach Art. 3 AsylG erfüllt (Art. 37 Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen [AsyIV 1, SR 142.311]).

Die Vorinstanz wird angehalten, soweit möglich auf die im Gesuch um Familiennachzug vom 10. September 2019 geäusserten Wünsche im Zusammenhang mit den Einreisemodalitäten (vgl. S. 3 der Eingabe) Rücksicht zu nehmen.

8.

8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu auferlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Damit ist die mit Zwischenverfügung vom 11. November 2019 gewährte unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos geworden.

8.2 Der vertretenen Beschwerdeführerin ist angesichts ihres Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihr notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Der in der mit Schreiben vom 17. Dezember 2019 eingereichten Kostennote ausgewiesene Arbeitsaufwand von vier Stunden und 40 Minuten sowie die ausgewiesenen Auslagen erscheinen dem vorliegenden Verfahren als angemessen. Die von der Vorinstanz auszurichtende Parteientschädigung beträgt somit Fr. 1'212.– (inkl. Auslagen, ohne MWST).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung des SEM vom 15. Oktober 2019 wird aufgehoben.

3.

Das SEM wird angewiesen, B._____ die Einreise in die Schweiz zu bewilligen und in die Flüchtlingseigenschaft der Beschwerdeführerin miteinzubeziehen, sofern B._____ die Flüchtlingseigenschaft nicht selbständig erfüllt.

4.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

5.

Das SEM wird angewiesen, der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 1'212.– auszurichten.

6.

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

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Barbara Balmelli

Olivier Gloor

Versand: