



Urteil vom 4. Mai 2017

Besetzung

Richter David R. Wenger (Vorsitz),
Richter William Waeber, Richterin Esther Marti,
Gerichtsschreiber Arthur Brunner.

Parteien

A._____, geboren am (...),
China (Volksrepublik),
vertreten durch Donato Del Duca, Rechtsanwalt,
Advokatur und Notariat An der Aare,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Familienzusammenführung (Asyl) beziehungsweise Widerruf
der Einreisebewilligung für B._____, geboren am (...);
Verfügung des SEM vom 27. Dezember 2016 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer gelangte am 16. Dezember 2005 in die Schweiz und stellte ein Asylgesuch. Mit Verfügung vom 16. Februar 2007 wurde ihm das nachgesuchte Asyl gewährt.

B.

Mit Eingabe vom 22. Januar 2008 stellte er ein Gesuch um Erteilung einer Einreisebewilligung für seinen am 22. September 2001 geborenen Sohn B._____. Mit Verfügung vom 23. Juni 2008 wurde dieses Gesuch gutgeheissen und eine unbefristete Einreisebewilligung ausgestellt. Der Beschwerdeführer wurde darauf hingewiesen, dass die Einreisebewilligung lediglich zur Durchführung des Asylverfahrens erteilt werde, jedoch nicht zwangsläufig zur Asylgewährung führe.

C.

Nachdem ihm die Ausreise aus Tibet gelungen war, gelangte der Sohn des Beschwerdeführers im Mai 2016 an die schweizerische Vertretung in Kathmandu und ersuchte um Ausstellung eines Visums. Dort wurde ihm nach Angaben des Beschwerdeführers mitgeteilt, die Einreisebewilligung sei zu alt und es müsse ein neuer Antrag gestellt werden.

D.

Mit Eingabe vom 7. Juli 2016 gelangte der Beschwerdeführer an das SEM und fragte, wie weiter vorzugehen sei, um seinem Sohn die Einreise in die Schweiz zu ermöglichen. Die Eingabe blieb bis am 2. November 2016 unbeantwortet, weshalb er ein weiteres Mal an das SEM gelangte und um Mitteilung des Verfahrensstands ersuchte. Sein Sohn habe Nepal im Oktober 2016 verlassen und halte sich mit einer Gruppe tibetischer Leute in Indien auf. Mit Eingabe vom 17. November 2016 teilte er dem SEM den aktuellen Aufenthaltsort seines Sohnes in Indien und Kontaktdaten eines Kollegen seines Sohnes mit.

E.

Mit Schreiben vom 30. November 2016 teilte das SEM dem Beschwerdeführer mit, es stelle sich aufgrund der langen Zeitdauer seit Ausstellung der Einreisebewilligung die Frage, ob die asylrechtlichen Voraussetzungen für die Einreise in die Schweiz auch im jetzigen Zeitpunkt noch gegeben seien und ob sein Sohn ein rechtsgenügendes Interesse an einer Einreise in die Schweiz habe. Möglicherweise seien die Voraussetzungen für einen Widerruf der Einreisebewilligung vom 23. Juni 2008 erfüllt. Im Hinblick auf

einen solchen allfälligen Widerruf forderte es den Beschwerdeführer auf, sich zur Beziehung zu seinem Sohn, dessen Aufenthaltsort und dem späten Ausreisezeitpunkt vernehmen zu lassen.

F.

Mit Eingabe vom 12. Dezember 2016 kam der Beschwerdeführer der Aufforderung des SEM nach und äusserte sich ausführlich zu den vom SEM im Schreiben vom 30. November 2016 gestellten Fragen.

G.

Mit Verfügung vom 27. Dezember 2016 – eröffnet am 3. Januar 2017 – widerrief das SEM die Einreisebewilligung vom 23. Juni 2008 und verweigerte die Einreise und den Familiennachzug von B._____.

H.

Mit Eingabe vom 2. Februar 2017 focht der Beschwerdeführer die Verfügung des SEM vom 27. Dezember 2016 durch seinen Rechtsvertreter beim Bundesverwaltungsgericht an. Er beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und den Verzicht auf den Widerruf der Einreisebewilligung vom 23. Juni 2008. B._____ sei die Einreise in die Schweiz zu bewilligen und das Gesuch um Familiennachzug sei gutzuheissen.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 20. März 2017 forderte der Instruktionsrichter den Beschwerdeführer zur Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten von Fr. 600.– auf. Der eingeforderte Kostenvorschuss wurde am 31. März 2017 innert angesetzter Frist einbezahlt.

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. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG [SR 142.31]). Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 108 Abs. 1 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

2.

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

3.

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

4.

4.1 Die Vorinstanz stellte sich in der angefochtenen Verfügung auf den Standpunkt, im heutigen Zeitpunkt seien die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Einreisebewilligung nach Art. 51 Abs. 4 AsylG nicht mehr gegeben, weshalb die 2008 ausgestellte Einreisebewilligung zu widerrufen und das Begehren um Ausstellung einer neuen Einreisebewilligung und um Familienzusammenführung abzuweisen sei.

Es liege ein der Familienzusammenführung entgegenstehender „besonderer Grund“ im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG vor, wenn eine Familie nicht unter einem Dach zusammengelebt habe. Wenn ein Kind in den Status des Vaters einbezogen werden solle, reiche die biologische Vaterschaft nicht aus. Vielmehr müsse aufgrund der Gesamtumstände auf eine tatsächlich zwischen Vater und Kind gelebte Beziehung von einer gewissen Dauer geschlossen werden können. Dieser Schluss sei im Falle des Beschwerdeführers und seines Sohnes nicht möglich. Seit der Ausreise im Jahr 2005 sei der Familienverbund unterbrochen gewesen und es sei seither nur zu einem persönlichen Treffen gekommen. Der Beschwerdeführer habe es trotz expliziter Aufforderung nicht substantiiert, inwieweit er in den letzten fünf Jahren überhaupt Kontakt zu seinem Sohn gehabt habe.

Angesichts des Umstands, dass die Einreise in die Schweiz während acht Jahren nicht vollzogen worden sei, hätten der Beschwerdeführer und sein Sohn nicht mehr auf den Bestand der am 23. Juni 2008 ausgestellten Einreisebewilligung vertrauen können. Es sei daher im Hinblick auf den Vertrauensschutz unbeachtlich, ob gestützt auf die Einreisebewilligung bereits Dispositionen getroffen worden seien.

4.2 Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, die Beziehung zu seinem Sohn sei nie abgebrochen, weshalb nach wie vor ein Anspruch auf Familienzusammenführung bestehe. Die Vorinstanz sei deshalb zu Unrecht von

einer nachträglichen Fehlerhaftigkeit der am 23. Juni 2008 ausgestellten Einreisebewilligung ausgegangen. Selbst wenn die Einreisebewilligung sich im heutigen Zeitpunkt aber als fehlerhaft erweise, müssten er und sein Sohn in ihrem Vertrauen auf den Bestand der Einreisebewilligung gestützt werden.

4.3 Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dient eine Einreisebewilligung zwecks Familienasyls nicht der Wiederaufnahme von zuvor beendeten Beziehungen (BVGE 2012/32, E. 5.2 und 5.4). In Eltern-Kind-Beziehungen ist dieses Kriterium der beendeten Beziehung jedoch nur modifiziert anwendbar, zumal solche Beziehungen auch durch räumliche Distanz nicht ohne weiteres enden. Massgeblich muss daher sein, ob vor der Flucht ein räumliches Zusammenleben bestand und ob dieses freiwillig aufgegeben worden ist; nur bei freiwilliger Aufgabe des Familienverbands können besondere Umstände im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG vorliegen (vgl. Urteil des BVGer E-5649/2016 vom 9. November 2016 E. 3.4 und 3.5).

Im vorliegenden Fall wäre in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen gewesen, dass der Beschwerdeführer und sein Sohn vor der Flucht des Beschwerdeführers in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben (vgl. Akten des Asylverfahrens, A28/16, S. 3) und der Beschwerdeführer seinen Sohn im Jahr 2011 unter Inkaufnahme eines erheblichen Risikos besucht hat (vgl. Eingabe vom 12. Dezember 2016). In der Eingabe vom 12. Dezember wurde im Übrigen glaubhaft dargelegt, dass er den Kontakt zu seinem Sohn seit seiner Ausreise im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten aufrechterhalten hat. Allein der Umstand, dass seit Erteilung der Einreisebewilligung mehr als acht Jahre verstrichen sind, berechtigt nicht zum Schluss, dass der Familienverband freiwillig aufgegeben worden ist. Wie in der Beschwerde zu Recht vorgebracht wird, erscheint es verständlich und nachvollziehbar, dass ein um das Wohl des Kindes besorgter Vater die illegale Ausreise des minderjährigen Kindes vorsichtig plant und nur dann umsetzt, wenn ihm das Risiko als vertretbar erscheint.

Die Frage, ob besondere Umstände im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG vorliegen, kann jedoch letztlich offen bleiben, weil der Beschwerdeführer und sein Sohn ohnehin in ihrem Vertrauen auf die 2008 ausgestellte Einreisebewilligung zu schützen sind (vgl. nachfolgend E. 4.4). Die Frage offenzulassen drängt sich auch deshalb auf, weil in vorliegendem Urteil nicht präjudiziert werden soll, ob der Sohn des Beschwerdeführers Anspruch auf Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und ins Asyl seines Vaters hat.

4.4

4.4.1 Verfügungen, die dem Gesetz nicht oder nicht mehr entsprechen, dürfen von den Verwaltungsbehörden aufgrund der Eigenart des öffentlichen Rechts und der öffentlichen Interessen grundsätzlich jederzeit abgeändert werden (vgl. BGE 94 I 336 E. 4). Verfügungen erwachsen mit anderen Worten nicht in materielle Rechtskraft (vgl. DUBEY/ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Basel 2014, § 18 Rz. 1031), sondern können unter dem Vorbehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben widerrufen werden (vgl. WIEDERKEHR/RICHLI, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Band I, Bern 2012, § 6 Rz. 2712 ff.).

4.4.2 Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr und bedeutet, dass die Behörden und die Privaten in ihren Rechtsbeziehungen aufeinander Rücksicht zu nehmen haben (vgl. statt vieler BVGE 2011/28 E. 3.3.3 m.w.H.). In Form des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) verleiht der Grundsatz von Treu und Glauben einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens, sofern eine Vertrauensgrundlage besteht, auf welche die Person, die sich auf diese beruft, berechtigterweise vertrauen durfte und sie gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann (vgl. statt vieler Urteil des BGer 1C_400/2016 vom 24. März 2017 E. 2.2 m.w.H.).

Der Widerruf stellt insofern einen Spezialfall des allgemeinen Vertrauensschutzes dar, dass mit der Verfügung eine qualifizierte Vertrauensgrundlage besteht, deren Schutz gewissermassen einen „Selbstwert“ besitzt (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, § 17 Rz. 1228). Dies hat zur Folge, dass der Private abweichend von den allgemeinen Voraussetzungen des Vertrauensschutzes nicht zwingend Dispositionen getroffen haben muss, um sich gegen den Widerruf einer begünstigenden Verfügung zur Wehr zu setzen. Dispositionen des Privaten haben aber einen erheblichen Einfluss auf die Abwägung zwischen dem Interesse an einer richtigen Anwendung des objektiven Rechts einerseits und dem Interesse an der Rechtssicherheit beziehungsweise dem Vertrauensschutz andererseits.

4.4.3 Fehlt eine spezialgesetzliche Regelung über die Möglichkeit der Änderung einer Verfügung, so kommen für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Widerrufs die von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze zur Anwendung (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.3).

Das Asylgesetz enthält keine spezialgesetzliche Regelung für den Widerruf einer Einreisebewilligung zwecks Familienzusammenführung nach Art. 51 Abs. 4 AsylG. Die Zulässigkeit eines Widerrufs beurteilt sich daher im vorliegenden Verfahren nach den allgemeinen Widerrufsvoraussetzungen.

4.4.4 Die Vorinstanz geht davon aus, es bestehe kein schützenswertes Vertrauen des Beschwerdeführers und seines Sohnes. Sie hätten nicht gutgläubig auf den Bestand der 2008 ausgestellten Einreisebewilligung vertrauen dürfen, weshalb sich die Frage erübrige, ob sie Dispositionen getroffen hätten. Diese Erwägungen gehen fehl.

Das Gericht stellt fest, dass die Einreisebewilligung vom 23. Juni 2008 dem Wortlaut nach keine Befristung enthält. Auch aus den gesetzlichen Grundlagen ergibt sich keine solche Befristung. Zwar kann eine ungenutzte Einreisebewilligung aufgehoben werden, wenn sich durch Zeitablauf erweist, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für deren Erteilung nicht mehr gegeben sind. Dies hat die Vorinstanz jedoch bis zur Ausreise des Sohnes des Beschwerdeführers aus Tibet unterlassen. Es ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer und sein Sohn mit guten Gründen auf den Bestand der Einreisebewilligung vertrauten.

Im Übrigen erscheint es höchst problematisch, dass die Vorinstanz zunächst während Jahren untätig blieb, im Moment der Vorsprache des Sohnes des Beschwerdeführers auf der Schweizer Vertretung in Nepal jedoch kurzerhand die Einreisebewilligung „sistierte“. Eine Sistierung ist nur während eines laufenden Verfahrens möglich. Rechtlich unzulässig ist es hingegen, die Rechtswirkungen einer formell in Rechtskraft erwachsenen Verfügung formlos auszusetzen; vielmehr bestehen die Rechtswirkungen bis zum Widerruf der Verfügung unverändert fort, so dass es willkürlich erscheint, trotz rechtskräftiger Einreisebewilligung die Ausstellung eines Visums unter Hinweis auf eine Sistierung zu verweigern. Womöglich wäre es hingegen zulässig, ein Widerrufsverfahren zu eröffnen und in diesem Zusammenhang eine (wohl selbständig anfechtbare) vorläufige Massnahme zu erlassen, mit welcher die Einreise vorläufig verweigert würde.

4.4.5 Vorliegend ist folglich davon auszugehen, dass mit der Einreisebewilligung eine (qualifizierte) Vertrauensgrundlage bestand und der Beschwerdeführer und sein Sohn tatsächlich auf den Bestand der Einreisebewilligung vertrauten. Im Rahmen der Interessenabwägung ist entscheidend, dass der Sohn des Beschwerdeführers mittlerweile (illegal) aus der Volksrepublik China ausgereist ist und nicht dahin zurückkehren kann,

ohne erhebliche Nachteile in Kauf zu nehmen (vgl. BVGE 2009/29 E. 6.5). Selbst unter der Annahme, dass im heutigen Zeitpunkt besondere Umstände im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG vorliegen würden, hat er damit Dispositionen getroffen, die ein hypothetisches Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts deutlich überwiegen. Sein Vertrauen auf den Bestand der Einreisebewilligung vom 23. Juni 2008 ist deshalb zu schützen.

4.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer und sein Sohn in ihrem Vertrauen auf den Bestand der Einreisebewilligung vom 23. Juni 2008 zu schützen sind. Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit die Aufhebung des Widerrufs der Einreisebewilligung vom 23. Juni 2008 beantragt wird.

5.

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und das SEM anzuweisen, dem Sohn des Beschwerdeführers die Einreise in die Schweiz unverzüglich zu bewilligen und die Familienzusammenführung zu ermöglichen. Erst nach dessen Einreise wird über dessen Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und ins Asyl seines Vaters zu befinden sein, zumal in einem Beschwerdeverfahren gegen den Widerruf einer Verfügung keine über die ursprüngliche Verfügung hinausgehenden Rechtswirkungen angeordnet werden können.

6.

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 3 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.– ist ihm zurückzuerstatten.

6.2 Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines 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 ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Seitens des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers wurde keine Kostennote eingereicht. Auf die Nachforderung einer solchen wird indessen verzichtet (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE), weil im vorliegenden Verfahren der Aufwand zuverlässig abgeschätzt werden kann. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE) sind dem Beschwerdeführer Fr. 1'500.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) als Parteientschädigung

zuzusprechen. Dieser Betrag ist dem Beschwerdeführer durch das SEM zu entrichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Vorinstanz wird angewiesen, dem Sohn des Beschwerdeführers die Einreise in die Schweiz zu bewilligen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.– wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

4.

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'500.– auszurichten.

5.

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David R. Wenger

Arthur Brunner