



Urteil vom 23. Januar 2023

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Gerichtsschreiberin Annina Mondgenast.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Bettina Schwarz, Rechtsanwältin,
Kanzlei Schwarz, (...),
Beschwerdeführerin,
gegen

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

Gegenstand

Schwerwiegender persönlicher Härtefall.

Sachverhalt:**A.**

Die 1981 geborene Beschwerdeführerin tibetischer Ethnie ersuchte am 8. Mai 2013 in der Schweiz um Asyl. Sie machte geltend, aus dem Dorf B._____ (Kreis C._____, D._____, Tibet) zu stammen, reichte jedoch keine Reise- und Identitätspapiere zu den Akten. Abklärungen im Asylverfahren ergaben, dass sie zwar tibetischer Ethnie sei, jedoch vermutlich vor ihrer Ankunft in der Schweiz nicht in der Volksrepublik China, sondern in einer exiltibetischen Diaspora gelebt habe. Mit Verfügung vom 30. März 2015 wies die Vorinstanz das Asylgesuch ab. Eine dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-2558/2015 vom 8. September 2015 gut und wies die Sache zur korrekten Sachverhaltserstellung, Gewährung des rechtlichen Gehörs und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück. Mit Verfügung vom 13. April 2016 lehnte das SEM das Asylgesuch erneut ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an. Dieser Entscheid wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-2813/2016 vom 13. Dezember 2016 bestätigt.

B.

Die Beschwerdeführerin ersuchte mit Eingabe vom 9. Januar 2019 den Kanton E._____ um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zufolge Vorliegens eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls im Sinne von Art. 14 Abs. 2 AsylG (SR 142.31). Am 20. Dezember 2019 unterbreitete das kantonale Amt für Migration das Gesuch dem SEM zur Zustimmung.

C.

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs mit Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 16. Juni 2020, verweigerte das SEM mit Verfügung vom 1. September 2020 seine Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung.

D.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 29. September 2020 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung. Die Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung wegen Vorliegens eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls sei zu erteilen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Beordnung der rubrizierten Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeistandin.

E.

Das Bundesverwaltungsgericht hiess mit Zwischenverfügung vom 21. Oktober 2020 das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gut, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und ordnete die rubrizierte Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin bei. Gleichzeitig lud es die Vorinstanz zur Vernehmlassung ein.

F.

Mit Vernehmlassung vom 12. November beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer Replik vom 16. Dezember 2020 an ihren Anträgen fest und reichte eine Stellungnahme von verschiedenen Hilfsorganisationen zu den Mängeln der LINGUA-Analysen im Asylverfahren vom 16. November 2020 ein.

G.

Die unterzeichnende Richterin hat vorliegendes Verfahren aus organisatorischen Gründen vom vormaligen Instruktionsrichter übernommen.

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

1.1 Verfügungen des SEM betreffend Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 14 Abs. 2 AsylG sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG). Dieses entscheidet endgültig (Art. 1 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG).

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG (vgl. BVGE 2020 VII/4 E. 4.3). Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 VwVG; Art. 52 Abs. 1 VwVG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG

nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt des Entscheids (BVGE 2014/1 E. 2; BGE 139 II 534 E. 5.4.1).

3.

3.1 Gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG kann der Kanton mit Zustimmung des SEM einer ihm nach dem Asylgesetz zugewiesenen Person eine Aufenthaltsbewilligung erteilen, wenn sich die betroffene Person seit Einreichung des Asylgesuchs mindestens fünf Jahre in der Schweiz aufhält (Bst. a), ihr Aufenthaltsort den Behörden immer bekannt war (Bst. b), wegen der fortgeschrittenen Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Bst. c) und keine Widerrufsgründe nach Art. 62 AIG bestehen (Bst. d). Gemäss Art. 31 Abs. 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) muss die gesuchstellende Person ihre Identität offenlegen. Das Erfordernis der Offenlegung der Identität steht in Zusammenhang mit Art. 13 und Art 90 AIG, wonach die gesuchstellende Person im Bewilligungs- und Anmeldeverfahren ein gültiges Ausweispapier vorlegen und diesbezüglich zutreffende und vollständige Angaben machen muss. Die Verletzung dieser zwingenden Vorschriften kann den Widerrufsgrund nach Art. 62 Abs. 1 Bst. a AIG erfüllen, wonach die Bewilligungen widerrufen werden, wenn der Ausländer im Bewilligungsverfahren falsche Angaben gemacht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat, und somit der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 14 Abs. 2 AsylG entgegenstehen.

3.2 Bei der Beurteilung eines Härtefalles müssen sämtliche Umstände des jeweiligen Einzelfalles berücksichtigt werden. Die Anerkennung als Härtefall setzt nicht zwingend voraus, dass die Anwesenheit in der Schweiz das einzige Mittel zur Verhinderung einer persönlichen Notlage darstellt. Auf der anderen Seite reichen eine lang dauernde Anwesenheit und eine fortgeschrittene soziale und berufliche Integration sowie klagloses Verhalten für sich alleine nicht aus, um einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall zu begründen. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass die ausländische Person so enge Beziehungen zur Schweiz unterhält, dass von ihr nicht verlangt werden kann, in einem anderen Land, insbesondere in ihrem Heimatstaat zu leben. Berufliche, freundschaftliche und nachbarschaftliche Beziehungen, welche die betroffene Person während ihres Aufenthaltes in der Schweiz knüpfen konnte, genügen normalerweise nicht für eine Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen (vgl. BVGE 2017 VII/6 E. 6.3 m.H.).

4.

Die Beschwerdeführerin hält sich seit Einreichung des Asylgesuchs mehr als fünf Jahre – seit dem Eintritt der Rechtskraft der Wegweisung allerdings ohne Aufenthaltstitel – ununterbrochen in der Schweiz auf, wobei ihr Aufenthaltsort den Behörden immer bekannt war. Zu prüfen ist zuerst, ob die Beschwerdeführerin der Pflicht zur Offenlegung ihrer Identität (Art. 31 Abs. 2 VZAE) nachgekommen ist.

5.

5.1 Die Vorinstanz führt zur Offenlegung der Identität aus, die Beschwerdeführerin sei ihrer Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung von heimatlichen Reisepapieren nicht nachgekommen. Sie habe nicht zurückgeführt werden können und sei nach rechtskräftiger Abweisung ihrer Beschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht illegal in der Schweiz verblieben. Auch im Rahmen der Prüfung ihrer Härtefallbewilligung habe sie weder Ausweisdokumente beschafft noch bei der Feststellung der Schriftenlosigkeit mitgewirkt und damit ihre wahre Identität nicht offengelegt. Sie habe nicht angegeben, wo sie in den letzten Jahren vor der Einreise in die Schweiz effektiv gelebt habe und damit habe auch nicht festgestellt werden können, ob sie in diesem Land über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge oder verfügt habe. Im rechtskräftigen Asylentscheid sei festgehalten worden, sie habe die geltend gemachte Herkunft aus der Autonomen Region Tibet, Volksrepublik China, nicht glaubhaft machen können. Es sei davon auszugehen, dass sie nicht dort sozialisiert worden sei. Trotz ausdrücklicher Aufforderung habe sie auch im Zustimmungsverfahren keine heimatlichen Reisedokumente vorgelegt oder überprüfbare Angaben zu ihrem tatsächlichen Lebenslauf gemacht. Die eingereichte "Tibetan Identity Card" des "Office of Tibet" in Genf habe keinerlei Beweiswert. Um eine solche Identitätskarte zu erhalten, müsse lediglich ein Empfehlungsschreiben der Schweizer-Tibeter-Sektion und ein N-Ausweis oder "any official letter mentioning applicant's name and Date of Birth" eingereicht werden. Bei den Kontaktaufnahmen mit ausländischen Behörden zwecks Beschaffung von Ersatzreisepapieren habe sie keine Angaben geliefert, die einer Abklärung im entsprechenden Land hätten dienen können. Aufgrund der unglaublichen Angaben zur Sozialisierung und Herkunft sowie der fehlenden Mitwirkung habe ihre wahre Identität und Herkunft bis jetzt nicht festgestellt werden können. Die Offenlegung der Identität als gesetzliche Grundvoraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung sei somit nicht erfüllt.

5.2 Die Beschwerdeführerin bringt diesbezüglich vor, die Vorinstanz habe in vergleichbaren Fällen ihre Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erteilt. In diesen Fällen seien ebenfalls keine Angaben zu Schulen, Arbeitsplätzen oder dergleichen gemacht worden. Die Vorinstanz habe deshalb in ihrem Fall zu Unrecht und willkürlich die Zustimmung verweigert. Sie habe nichts unversucht gelassen, um heimatliche Papiere von der nepalesischen oder indischen Botschaft zu erhalten. Es sei jedoch unmöglich, Papiere von einem Land zu erhalten, in welchem sie nie gewohnt, gearbeitet oder eine Schule besucht habe. Als abgewiesene Asylbewerberin tibetischer Ethnie werde von ihr zu Recht nicht verlangt, auf der chinesischen Vertretung um Reisedokumente zu ersuchen.

5.3 In der Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, sie verfüge mittlerweile über eine gefestigte und gesetzeskonforme Praxis bei Härtefallgesuchen von Personen tibetischer Ethnie, deren Identität und Herkunft nicht belegt sei. In zahlreichen Dossiers mit vergleichbaren Sachverhalten habe sie die Zustimmung zur Erteilung der Härtefallbewilligung verweigert. Als über die von der Beschwerdeführerin erwähnten Gesuche positiv entschieden worden sei, habe es noch keine gefestigte Praxis gegeben. Es handle sich bei diesen Fällen um wenige gesetzeswidrige Ausnahmefälle im Rahmen der Praxisbildung. Im vorliegenden Verfahren sei daher das Rechtsgleichheitsprinzip nicht verletzt worden, zumal kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht bestehe. Diese Einschätzung werde dadurch verstärkt, dass das Bundesverwaltungsgericht in ähnlichen Konstellationen die jeweiligen Beschwerden in den Zwischenverfügungen als aussichtslos eingestuft habe. Die Beschwerdeführerin verweise auf ihre Angaben im Asylverfahren, die jedoch in Bezug auf ihre Identität und Herkunft als unglaubhaft beurteilt worden seien. Sie verletze weiterhin ihre Mitwirkungspflicht, indem sie sich beharrlich weigere, ihre wahre Identität offenzulegen.

5.4 Replizierend erwidert die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz verwickle sich in Widersprüche, indem sie angebe, jeder Härtefall werde spezifisch für sich betrachtet und es sei deshalb kein Vergleich mit anderen Fällen möglich. Andererseits spreche sie von einer entwickelten Praxis, die verlange, dass nur Gesuche gutgeheissen würden, die eine genau umschriebene Mitwirkungspflicht erfüllen würden. In den erwähnten Fällen sei dieser Praxis nicht gefolgt worden, weshalb fraglich sei, ob eine solche überhaupt existiere. Die LINGUA-Analysen im Asylverfahren seien mit Mängeln behaftet. In Bezug auf die Beurteilung, ob eine Person tibetischer Herkunft sei oder nicht, sei die Argumentation des SEM schon immer unklar, unstet und undurchsichtig gewesen.

6.

Die Beschwerdeführerin konnte im Asylverfahren ihre Geburt und Sozialisierung in der Volksrepublik China nicht glaubhaft darlegen. Die Vorinstanz befand in jenem Verfahren, die Beschwerdeführerin habe ihre Mitwirkungspflicht verletzt und ihre wahre Identität verheimlicht. Aufgrund der fehlenden Identitätspapiere und ihrer Angaben sei nicht davon auszugehen, dass sie in der von ihr angegebenen Region geboren und sozialisiert worden sei. Folglich handle es sich bei ihr nicht um eine Staatsangehörige der Volksrepublik China. Indizien würden auf eine Herkunft aus einer exiltibetischen Gemeinschaft ausserhalb der Volksrepublik China, insbesondere Nepal oder Indien, hinweisen. Eine dagegen erhobene Beschwerde hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-2813/2016 vom 13. Dezember 2016 rechtskräftig abgewiesen. Die Feststellungen in diesem Urteil sind für das vorliegende Verfahren bindend. Die Vorinstanz wies die Beschwerdeführerin vor Erlass der angefochtenen Verfügung ausdrücklich darauf hin, dass ihr keine Härtefallbewilligung erteilt werden könne, wenn sie ihre Identität nicht offenlege. Dennoch unterliess sie es, ihre effektive Herkunft mittels überprüfbarer Angaben zu ihrem Lebenslauf offenzulegen. Auch auf Beschwerdeebene hat sie ihre wahre Identität und Sozialisierung nicht in überprüfbarer Weise belegt. Sie bleibt bei ihrer Behauptung, in China sozialisiert worden zu sein. Aus der eingereichten "Tibetan Identity Card" des "Office of Tibet" in Genf vermag sie nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, beruht das Dokument doch auf ihren eigenen Angaben. Es kann demnach nicht als unabhängige Bestätigung ihrer Identitätsangaben betrachtet werden. Ihre Bemühungen, von der indischen und nepalesischen Vertretung in der Schweiz Identitätspapiere zu erhalten, ändern nichts daran, dass sie der Pflicht zur Offenlegung ihrer Identität nicht hinreichend nachgekommen ist. Bei den ausländischen Vertretungen wiederholte sie lediglich ihre im Asylverfahren als unglaubhaft eingestufteten Herkunftsangaben, ohne weitere Angaben zu ihrer Identität preiszugeben. Unbeachtlich ist der Hinweis der Beschwerdeführerin, die LINGUA-Analysen im Asylverfahren seien mit Mängeln behaftet. Sie verweist in ihrer Replik auf eine Stellungnahme von verschiedenen Hilfsorganisationen vom 16. November 2020, welche die LINGUA-Analysen von Gutachter "AS 19" bemängelt. Im Asylverfahren der Beschwerdeführerin wurde die LINGUA-Analyse jedoch vom Gutachter "TAS 09" vorgenommen. Gegen diese Person macht sie keine konkreten Ablehnungsgründe geltend und zeigt auch nicht auf, inwiefern die LINGUA-Analyse in ihrem Verfahren mangelhaft gewesen sein soll. Im vorliegenden Verfahren geht es im Übrigen nicht um die Beurteilung der Möglichkeit der Beschaffung von Ausweispapieren, sondern einzig um die Offenlegung ihrer Identität. Die Beschwerdeführerin ist ihrer Pflicht zur Offenlegung ihrer

Identität im Sinne von Art. 31 Abs. 2 VZAE nicht nachgekommen, womit der Widerrufsgrund nach Art. 62 Abs. 1 Bst. a AIG erfüllt ist. Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich, die Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 2 Bst. a bis c AsylG zu prüfen. Die Vorinstanz hat die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 14 Abs. 2 AsylG zu Recht verweigert.

7.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

8.

8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Angesichts der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nach Art. 65 Abs. 1 VwVG ist auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten.

8.2 Das Gesuch um Beiordnung der rubrizierten Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin wurde mit Zwischenverfügung vom 21. Oktober 2020 gutgeheissen. Die notwendigerweise erwachsenen Parteikosten sind deshalb durch das Bundesverwaltungsgericht zu übernehmen (vgl. Art. 65 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 9–14 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der in der Honorarnote vom 16. Dezember 2020 geltend gemachte Aufwand von 8.25 Stunden erscheint für das vorliegende Verfahren als angemessen. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9–13 VGKE) ist der Rechtsbeiständin zu Lasten des Bundesverwaltungsgerichts ein Honorar von insgesamt Fr. 1'716.– (inklusive Auslagen) zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Der unentgeltlichen Rechtsbeistandin, Rechtsanwältin Bettina Schwarz, wird zulasten der Gerichtskasse ein Honorar von Fr. 1'716.– zugesprochen.

Gelangt die Beschwerdeführerin später zu hinreichenden Mitteln, so hat sie diesen Betrag dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Regula Schenker Senn

Annina Mondgenast

Versand: