



Urteil vom 6. Dezember 2016

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richter Blaise Vuille, Richter Daniele Cattaneo,
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Verein „giveahand.ch“,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Familienzusammenführung (v.A.) zu Gunsten von B. _____,
C. _____, D. _____, E. _____ und F. _____.

Sachverhalt:**A.**

Die aus Eritrea stammende Beschwerdeführerin (geb. [...]) reiste am 18. Juli 2012 in die Schweiz ein und stellte hier ein Asylgesuch. Am 14. Januar 2014 wurde dieses abgewiesen und die Wegweisung aus der Schweiz verfügt. Wegen Vorliegens subjektiver Nachfluchtgründe nahm das Bundesamt für Migration (BFM; heute SEM) die Beschwerdeführerin jedoch mit gleichem Entscheid als Flüchtling vorläufig auf.

B.

Am 25. September 2014 ersuchte die Beschwerdeführerin durch ihre damalige Vertretung (G._____) beim Migrationsdienst des Kantons H._____ um Erteilung von Einreisebewilligungen für ihre fünf minderjährigen – teils in Eritrea zurückgebliebenen, teils nach Äthiopien weitergereisten – Kinder zwecks Familienzusammenführung und Einbezug in die vorläufige Aufnahme. Die kantonale Migrationsbehörde leitete die Unterlagen am 17. November 2014 an die Vorinstanz weiter und beantragte die Ablehnung des Gesuches, da die Beschwerdeführerin noch nicht drei Jahre vorläufig aufgenommen sei.

C.

Das SEM teilte der Beschwerdeführerin am 28. Januar 2015 mit, dass erwogen werde, das Familiennachzugsgesuch abzulehnen, und räumte ihr Gelegenheit zur Stellungnahme ein. Vom Äusserungsrecht machte sie am 18. Februar 2015 durch ihre frühere Vertretung Gebrauch.

D.

Mit Verfügung vom 5. März 2015 wies die Vorinstanz das Gesuch um Familiennachzug und um Einbezug in die vorläufige Aufnahme, hauptsächlich unter Verweis auf die dreijährige Wartefrist von Art. 85 Abs. 7 des Ausländergesetzes (AuG, SR 142.20), ab.

E.

Mit Rechtsmitteleingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 8. April 2015 (Datum des Poststempels) beantragt die Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und das Gesuch um Familiennachzug sowie um Einbezug ihrer Kinder in die vorläufige Aufnahme sei gutzuheissen. In formeller Hinsicht ersucht sie um Verzicht auf die Erhebung von Verfahrenskosten bzw. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne einer Befreiung von den Verfahrenskosten.

F.

Mit verfahrensleitender Anordnung vom 27. Mai 2015 wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass über das Gesuch um Befreiung von den Verfahrenskosten zu einem späteren Zeitpunkt befunden werde.

G.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 2. Juni 2015 auf Abweisung der Beschwerde.

H.

Replikweise hält die Beschwerdeführerin am 15. Juni 2015 am eingereichten Rechtsmittel fest.

Die Replik war mit einem vom 3. Juni 2015 datierenden ärztlichen Bericht der I._____ und einem Unterstützungsschreiben des Vereins „giveahand.ch“ vom 15. Juni 2015 ergänzt.

I.

Am 16. August 2016 reichte die neu mandatierte Parteivertreterin (Verein „giveahand.ch“) eine Beschwerdeaktualisierung ein, ersuchte um dringende Bearbeitung des Rechtsmittels und machte abschliessende Bemerkungen.

Als Beweismittel legte sie u.a. die Kopie eines am 3. November 2015 im „Tages-Anzeiger“ zu dieser Angelegenheit erschienenen Artikels, einen weiteren Bericht der I._____ vom 7. Juni 2016 sowie schriftliche Aufzeichnungen einer Privatperson über einen im Juli 2015 erfolgten Besuch bei denjenigen Kindern ihrer Mandantin, die sich damals in Addis Abeba (Äthiopien) aufhielten, bei.

J.

Am 15. September 2016 wurde die älteste Tochter der Beschwerdeführerin B._____, die am 9. August 2016 hierzulande um Asyl ersucht hatte, dem Kanton H._____ zugewiesen.

K.

Auf den Akteninhalt wird, soweit rechterheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Behörden erlassen wurden. Darunter fallen u.a. Verfügungen des SEM betreffend Familienzusammenführung im Sinne von Art. 85 Abs. 7 AuG. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

1.2 Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG). Die älteste Tochter der Beschwerdeführerin, B._____, ist am [...] 2016 allerdings volljährig geworden. Weil Art. 85 Abs. 7 AuG lediglich ledige Kinder unter 18 Jahren miterfasst, wird das Rechtsmittelverfahren in diesem Umfange gegenstandslos.

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Sache endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 1 und 3 BGG).

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 sowie – falls nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2).

3.

Gemäss Art. 85 Abs. 7 AuG können Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Personen und vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen frühestens drei Jahre nach Anordnung

der vorläufigen Aufnahme nachgezogen und in diese eingeschlossen werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Bst. a), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (Bst. b) und die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist (Bst. c). In Konkretisierung dieser Bestimmung sieht Art. 74 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) in materieller Hinsicht im Wesentlichen vor, dass wenn die zeitlichen Voraussetzungen für den Familiennachzug nach Art. 85 Abs. 7 AuG erfüllt sind, das Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme innerhalb von fünf Jahren eingereicht werden muss. Das Gesuch für den Nachzug von Kindern über zwölf Jahren muss zudem innerhalb von zwölf Monaten nach diesem Zeitpunkt eingereicht werden (Abs. 3). Ein nachträglicher Familiennachzug kann nur bewilligt werden, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden (Abs. 4). Der besonderen Situation von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen ist beim Entscheid über die Gewährung des Familiennachzugs Rechnung zu tragen (Abs. 5).

4.

4.1 Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, die vom Gesetzgeber in Art. 85 Abs. 7 AuG eingeführte gesetzliche Wartefrist von drei Jahren ab Anordnung der vorläufigen Aufnahme sei vorliegend noch nicht abgelaufen. Bei der Beschwerdeführerin handle es sich um einen vorläufig aufgenommenen Flüchtling. Bei dieser Personenkategorie könne nicht vom klaren Wortlaut der vorgenannten Bestimmung abgewichen und der Familiennachzug stattdessen unter Art. 51 AsylG (SR 142.31) geprüft werden.

Das Bundesgericht wie auch das Bundesverwaltungsgericht hätten sich in der Vergangenheit mehrfach zur Frage der Völkerrechtskonformität von Art. 85 Abs. 7 AuG geäußert. Gestützt darauf erachte das SEM die zur Unabhängigkeit von Sozialhilfe und dem Vorhandensein einer bedarfsgerechten Wohnung hinzukommende zeitliche Bedingung („frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme“) nicht als grundsätzlich völkerrechtswidrig. Der Status der vorläufigen Aufnahme in der Schweiz verleihe gemäss langjähriger bundesgerichtlicher Praxis sodann kein gefestigtes Aufenthaltsrecht im Sinne von Art. 8 EMRK. Nur ganz ausnahmsweise ergebe sich für vorläufig Aufgenommene aus dieser Norm ein Anspruch auf Achtung des Familienlebens. So sei nicht ausgeschlossen, dass eine über viele Jahre hinweg verlängerte bzw. bestehende Anwesenheitsberechtigung zu einem Dauerstatus führen könne, welcher der betroffenen

Person ein faktisches Anwesenheitsrecht verschaffe und einen Familiennachzug zu rechtfertigen vermöge. Inzwischen (Urteil des BGer 2C_639/2012 vom 13. Februar 2013) scheine das Bundesgericht seine restriktive Praxis zu lockern.

Vorliegend sei die Beschwerdeführerin jedoch nicht im Besitze eines gefestigten Anwesenheitsrechts. Auch mit Blick auf den Schutz des Privatlebens verfüge sie nicht über besonders intensive private Bindungen gesellschaftlicher oder beruflicher Natur, die dazu führen würden, dass ihr ein faktisches Aufenthaltsrecht zugesprochen werden müsste. Aus Art. 8 EMRK könne sie somit nichts zu ihren Gunsten ableiten. Alles in allem seien die Voraussetzungen für den beantragten Nachzug und Einbezug der fünf Kinder in die vorläufige Aufnahme mangels Einhaltung der Dreijahresfrist nicht erfüllt. Bei dieser Sachlage brauchten die materiellen Bedingungen von Art. 85 Abs. 7 AuG (keine Abhängigkeit von Sozialhilfe, bedarfsgerechte Wohnung) nicht weiter geprüft zu werden.

4.2 Die Beschwerdeführerin ihrerseits schildert in der undatierten Rechtsmitteleingabe einleitend nochmals die Gründe ihrer Flucht und erklärt, drei ihrer Kinder hätten Eritrea aus Angst vor Repressionen ebenfalls verlassen und befänden sich zur Zeit in Äthiopien. Sie habe sie im September 2014 besuchen können und festgestellt, dass sie in einer sehr unsicheren Umgebung lebten. Die beiden anderen Kinder hielten sich noch in Eritrea auf, eines bei ihrer Schwägerin und eines bei ihrer Mutter. Nun sei sie hierzulande als Flüchtling anerkannt, habe aber kein Recht auf ein Familienleben. Es stelle sich die Frage, wie sich dies mit den schweizerischen, europäischen und internationalen Menschenrechtsverträgen verhalte.

In der Replik ergänzte die Beschwerdeführerin, sich der Tatsache bewusst zu sein, dass sie die Vorgaben für das Familiennachzugsgesuch nicht zu erfüllen vermöge, da sie erst seit Januar 2014 vorläufig aufgenommen sei und, durch den Sozialdienst unterstützt, nicht in der Lage wäre, für ihre Kinder finanziell aufzukommen. Die zwei in Eritrea zurückgebliebenen Kinder logierten bei Verwandten und seien dort einigermaßen gut aufgehoben. Ihre Sorge gelte den drei anderen Kindern. Die älteste Tochter B._____ sei in Äthiopien mit ihren beiden jüngeren Geschwister E._____ und F._____ völlig auf sich gestellt und trage für sie die Verantwortung. Da bald volljährig, plane sie, auf eigene Faust in die Schweiz zu gelangen. Deswegen leide sie (die Beschwerdeführerin), wie beigelegtem Arzteugnis entnommen werden könne, unter massiven Stress- und Angstzuständen und bitte unter den dargelegten Gesichtspunkten darum,

zumindest den drei in Äthiopien weilenden Kindern die Einreise in die Schweiz zu bewilligen.

In der Aktualisierung des Rechtsmittels vom 16. August 2016 wird der Sachverhalt dahingehend ergänzt, dass eine Nachbarin der Beschwerdeführerin sich im Juli 2015 nach Addis Abeba begeben, die Kinder dort aufgesucht und deren Situation dokumentiert habe. Ende März 2016 hätten sich die Befürchtungen der Beschwerdeführerin bewahrheitet, sei ihre älteste Tochter B. _____ doch illegal in den Sudan weitergereist. Der ohnehin angeschlagene Gesundheitszustand der Mutter habe sich dadurch nochmals verschlechtert. Deren minderjährige Kinder lebten seit knapp zwei Jahren mit Wissen der Schweizer Behörden in der äthiopischen Hauptstadt. Sie hätten dort keine Verwandten. Ihr Vater wiederum sei schon 2006 verstorben. Eine solche Trennung verstosse mit Sicherheit gegen Art. 8 EMRK, Art. 11, 12, 14 und 19 BV sowie Art. 2, 9 und 10 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107).

5.

Die Beschwerdeführerin befindet sich im Status eines vorläufig aufgenommenen Flüchtlings. Der Nachzug von Familienmitgliedern vorläufig aufgenommener Personen und vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge wird in Art. 85 Abs. 7 AuG geregelt. Im Verfahren vor der Vorinstanz war (anders als im jetzigen Rechtsmittelverfahren) zusätzlich die Frage aufgeworfen worden, ob beim Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen anstatt Art. 85 Abs. 7 AuG nicht der für sie günstigere Art. 51 AsylG zur Anwendung gelange. Einleitend bedarf es deshalb einer Klärung des Verhältnisses zwischen dem flüchtlingsrechtlichen Familiennachzug gemäss Art. 51 Abs. 1 und 4 AsylG einerseits, dem Familiennachzug im Rahmen der vorläufigen Aufnahme nach Art. 85 Abs. 7 AuG andererseits.

5.1 Art. 85 Abs. 7 AuG entspricht im Wortlaut seinem Vorgänger Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG, welcher im Rahmen der ANAG-Revision auf den 1. Januar 2007 eingefügt wurde (zur Entstehungsgeschichte dieser beiden Normen siehe statt vieler Urteil des BVGer D-2557/2013 vom 26. November 2014 E. 5.4.2). Mithin ist diese Bestimmung jünger als jene von Art. 51 AsylG, der mit dem Asylgesetz am 1. Oktober 1999 in Kraft getreten war (AS 1999 2275). Des Weiteren ist ihr Regelungsgegenstand gegenüber Art. 51 AsylG enger, stellt der Wortlaut von Art. 85 Abs. 7 AuG im fraglichen Bereich doch

auf Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von "vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen" ab, derweil Art. 51 AsylG die Ehegatten und minderjährigen Kinder von "Flüchtlingen" erfasst.

5.2 Mit dem seit dem 1. Januar 2008 in Kraft stehenden Art. 85 Abs. 7 AuG schaffte der Gesetzgeber eine bundesgesetzliche Norm, mit welcher vorläufig aufgenommene Personen und vorläufig aufgenommene Flüchtlinge beim Familiennachzug einem neuen, strengeren Nachzugsregime unterstellt wurden. Vor dessen Inkraftsetzung konnten aufgrund der Rechtsprechung der ehemaligen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) unter Art. 51 AsylG auch Angehörige von in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen in deren Flüchtlingseigenschaft sowie vorläufige Aufnahme einbezogen werden (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 7 E. 7.4). Mit der Einführung des im Wortlaut klaren und spezifisch auf vorläufig Aufgenommene zugeschnittenen Art. 85 Abs. 7 AuG hat diese Bestimmung gegenüber Art. 51 AsylG Vorrang und findet auf alle Gesuche vorläufig Aufgenommener um Nachzug ihrer Angehörigen uneingeschränkt Anwendung. Art. 51 AsylG ist insoweit nicht (mehr) einschlägig (vgl. dazu auch Urteil des BVGer D-8553/2010 vom 20. Februar 2013 E. 4). Demnach ist davon auszugehen, dass Art. 85 Abs. 7 AuG sowohl als *lex specialis* als auch als *lex posterior* dem Art. 51 AsylG grundsätzlich vorgeht. Der Einbezug der sich im Heimatland bzw. in Drittstaaten aufhaltenden Kinder in die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin ist somit einzig unter Art. 85 Abs. 7 AuG einer Würdigung zu unterziehen.

6.

Die Beschwerdeführerin wurde am 14. Januar 2014 vorläufig als Flüchtling in der Schweiz aufgenommen. Bereits am 25. September 2014 stellte sie bei der kantonalen Migrationsbehörde ein Gesuch um Einbezug ihrer Kinder in die vorläufige Aufnahme. Vorliegend ist unbestritten, dass die in Art. 85 Abs. 7 AuG vorgesehene dreijährige Karenzfrist noch nicht abgelaufen ist. Sodann wird die Betroffene von der Sozialhilfe unterstützt und die Frau wäre – wie sie selber einräumt – nicht in der Lage, für ihre Kinder finanziell aufzukommen. Auf Beschwerdeebene wird denn primär argumentiert, auf der Erfüllung der gesetzlichen Kriterien – insbesondere der Wartefrist – zu bestehen, würde Völkerrecht widersprechen. In einem ersten Schritt gilt es daher zu prüfen, ob das Erfordernis der dreijährigen Wartefrist von Art. 85 Abs. 7 AuG einer völkerrechtskonformen Auslegung zugänglich ist.

6.1 Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht, aus ihrer Eigenschaft als vorläufig aufgenommenen Flüchtling ergäbe sich ein bedingungsloser Anspruch auf Familiennachzug, ist in erster Linie das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlingen vom 28. Juli 1951 (FK, SR 0.142.30) angesprochen. Darin wurde der Grundsatz der "Familieneinheit" bzw. das Recht des Flüchtlings auf "Wiedervereinigung mit seiner Familie" nicht als Bestandteil der Definition des Flüchtlingsbegriffs aufgenommen. Indessen wurde in der Schlussakte der Konferenz, die zur Annahme der FK führte, das "Recht der Familieneinheit" von den Teilnehmern der Konferenz als ein essentielles Recht des Flüchtlings anerkannt. Weiter wurden die Regierungen – in Form einer Empfehlung – aufgefordert, "die notwendigen Massnahmen zum Schutz der Familie des Flüchtlings durchzuführen, besonders im Hinblick darauf sicherzustellen, dass die Einheit der Familie des Flüchtlings aufrechterhalten bleibt, besonders in Fällen, in denen der Familienvorstand die für die Aufnahme in einem bestimmten Land erforderlichen Voraussetzungen erfüllt" (vgl. UNHCR, Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft gemäss dem Abkommen von 1951 und dem Protokoll von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 1. September 1979, Anhang I; Exekutiv-Komitee des UNHCR, Beschluss Nr. 24 (XXXII) Familienzusammenführung; vgl. auch PETER ZIMMERMANN, Der Grundsatz der Familieneinheit im Asylrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz, Berlin 1991, welcher dem Grundsatz der Familieneinheit immerhin Soft-Law-Charakter zuspricht [S. 116]).

Daraus und eingedenk ihres blossen Empfehlungscharakters folgt, dass die Schlussakte der FK kein absolutes Recht auf Einreise vermittelt und das Recht auf Familieneinheit nicht tangiert wird, wenn die Einreise von Angehörigen vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge oder von Flüchtlingen an gewisse Bedingungen geknüpft wird (siehe dazu auch D-8553/2010 E. 4.3.3). Die Beschwerdeführerin vermag somit aus der FK keinen bedingungslosen Anspruch auf Familiennachzug abzuleiten.

6.2 Die Beschwerdeführerin erblickt in der Einhaltung des fraglichen Nachzugskriteriums von Art. 85 Abs. 7 AuG vor allem einen Verstoss gegen das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens.

Die Menschenrechtskonvention verschafft keinen absoluten Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen besonderen Aufenthaltstitel (vgl.

BGE 142 II 35 E. 6.1 m.H.). Dementsprechend hat das Bundesgericht Einschränkungen des Rechts auf Familiennachzug grundsätzlich als mit dem in dieser völkerrechtlichen Norm geschützten Recht auf Familienleben vereinbar erklärt (siehe BGE 126 II 335). Gemäss bisheriger Praxis ist es in diesem Zusammenhang zulässig, die Einreise von Angehörigen an gewisse zeitliche Bedingungen zu knüpfen (vgl. etwa BGE 130 II 281 E. 3.1 oder BGE 126 II 335 E. 3c je m.H.). Insoweit läuft das Erfordernis einer Wartefrist als solcher völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht generell zuwider. Gleichzeitig darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass das Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung verschiedentlich erklärt hat, dass sich die Schweiz nicht unter Berufung auf inländisches Recht ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen entziehen könne. Das Landesrecht müsse daher völkerrechtskonform ausgelegt werden. In der Rechtsanwendung gehen völkerrechtliche Normen im Konfliktfall dem widersprechendem Landesrecht vor (zum Ganzen vgl. BGE 125 II 417 E. 4c m.H.). Besagter Grundsatz erfährt dann eine Ausnahme, wenn der Gesetzgeber bewusst über die völkerrechtliche Verpflichtung hinwegsieht, es kann jedoch nicht davon abgewichen werden, wenn menschenrechtliche Verpflichtungen in Frage stehen (vgl. hierzu BGE 142 II 35 E. 3.2 m.H.). Dies hat zur Folge, dass eine völkerrechtswidrige Norm des Landesrechts im Einzelfall nicht angewendet werden kann (siehe wiederum BGE 125 II 417 E. 4c). Es ist mithin in jedem einzelnen Fall aufgrund der konkreten Umstände zu prüfen, ob sich die in Art. 85 Abs. 7 AuG vorgesehene dreijährige Wartefrist völkerrechtskonform auslegen lässt.

6.3 Auf Beschwerdeebene wird unabhängig davon dafür plädiert, wegen der persönlichen Umstände der Betroffenen nicht am gesetzlichen Erfordernis der dreijährigen Wartefrist festzuhalten und die konkreten Begebenheiten mitzuberücksichtigen.

6.3.1 In einem nächsten Schritt stellt sich demnach die Frage, ob die Anwendung der dreijährigen Wartefrist von Art. 85 Abs. 7 AuG auf die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstellt (vgl. E. 6.3.2 und 6.3.3 hiernach). In einem weiteren Schritt sind die sonstigen Rügen im Hinblick auf eine völkerrechtswidrige Verweigerung des Familiennachzugs zu würdigen (siehe E. 6.3.4 – 6.3.9). Die daran anknüpfende Frage der Verhältnismässigkeit stellt sich im Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 2 EMRK an sich erst, wenn vorgängig eine Anspruchsberechtigung gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK festgestellt wurde. Ein Teil der Lehre erachtet diese Praxis unter Beachtung der Rechtsprechung des EGMR jedoch als zu ri-

gide und fordert eine Betrachtung aller wesentlichen Umstände (vgl. STEPHANIE MOTZ, Das Recht auf Familienleben von vorläufig aufgenommenen Personen, Asyl 4/14, S. 22 f. m.w.H.). Auch das Bundesgericht lässt, gerade was die Frage des faktisch gefestigten Anwesenheitsrechts gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK anbelangt, ebenfalls Aspekte der Verhältnismässigkeit miteinfließen (siehe Urteil 2C_639/2012 E. 4.5). Für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens sind solche Abgrenzungsfragen – im Ergebnis – ohne Belang.

6.3.2 Die Beschwerdeführerin ist wie mehrfach erwähnt ein vorläufig aufgenommenener Flüchtling, ihr Asylgesuch wurde wegen Unglaubhaftigkeit ihrer Vorbringen allerdings abgewiesen. Zwar spricht einiges dafür, dass ihre vorläufige Aufnahme dereinst zu einem Dauerstatus werden könnte. Ob die betreffende Person tatsächlich längerfristig in der Schweiz bleiben wird, lässt sich zurzeit indes nicht verlässlich beurteilen. Abgesehen davon führt der beschriebene Status nach bisheriger Praxis keineswegs zur generellen Unzulässigkeit der dreijährigen Wartefrist, zumal ein faktisches Aufenthaltsrecht nebst der in die Zukunft gerichteten Dauerhaftigkeit auch einen langjährigen Voraufenthalt mit entsprechender Integration voraussetzt (siehe BGE 126 II 335 E. 2b/cc und BGE 130 II 281 E. 3.2.2 oder Urteil 2C_639/2012 E. 1.2.2). Diese Vergleichsfälle erhellen, dass ein faktisch gefestigtes Anwesenheitsrecht stets nur bei einem bisherigen Aufenthalt von einiger Dauer angenommen wurde. Die Rede ist beispielsweise von „über viele Jahre hinweg“ immer wieder verlängerten vorläufigen Aufnahmen und Aufenthaltsbewilligungen, wobei sich die betreffenden Personen in den zitierten Fällen jeweils mindestens acht Jahre, meist deutlich länger, hierzulande aufgehalten hatten. Nur in bestimmten Einzelfallkonstellationen – namentlich wenn die vorläufige Aufnahme erst nach einem schon länger dauernden Aufenthalt in der Schweiz angeordnet wird oder ab initio immer wieder verlängert wurde – kann sich die kumulativ zu den übrigen Voraussetzungen angewendete Sperrfrist von Art. 85 Abs. 7 AuG mithin als stossend oder unverhältnismässig erweisen.

6.3.3 Die der angefochtenen Verfügung zu Grunde liegende familiäre Situation lässt sich unter keine solche Konstellation subsumieren. Die Beschwerdeführerin ist erst vor etwas mehr als vier Jahren in die Schweiz gelangt und den Status als vorläufig aufgenommene Person hat sie seit rund zweidreiviertel Jahren inne. Auch daneben sind keine besonderen Bindungen privater, beruflicher oder gesellschaftliche Natur erkennbar. Die Beschwerdeführerin spricht den Beilagen zur Replik sowie der Beschwer-

deaktualisierung zufolge nur schlecht Deutsch. Aus den Akten geht ausserdem hervor, dass sie auf Sozialhilfe angewiesen ist und keiner Erwerbstätigkeit nachgeht (siehe hierzu auch E. 6.4 weiter hinten). Aufgrund des Gesagten ist ihre bisherige Anwesenheit hierzulande nicht als faktisch gefestigt im Sinne der vorangehenden Ausführungen zu qualifizieren. Von daher spricht auch in Berücksichtigung von Art. 8 EMRK nichts gegen die einzel-fallweise Anwendung der Dreijahresfrist.

6.3.4 Nurmehr im Kontext der Nichtdispensation von der Dreijahresfrist – mit der Folge der einstweiligen Trennung der Familie – sind die übrigen Hinweise und Einwände einer Würdigung zu unterziehen. Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang vor, aufgrund der schwierigen Lage der Kinder, insbesondere derjenigen, welche sich in einem Drittstaat befänden, sei der Familiennachzug trotz fehlender gesetzlicher Voraussetzungen zu bewilligen. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass der Vater der Kinder bereits 2006 verstorben ist. Die fünf gemeinsamen Kinder hat die Beschwerdeführerin bei ihrer Ausreise 2012 in Eritrea bei nahen Verwandten zurückgelassen. Zwei der Kinder halten sich nach wie vor in ihrer Heimat auf, eines bei der Schwägerin und eines bei der Grossmutter. Laut Replik sind sie „dort einigermaßen gut aufgehoben“. Je nach Darstellung im Jahr 2013 oder erst Ende Februar 2014 sind die drei anderen Kinder – worunter die nunmehr volljährige Älteste – nach Äthiopien gereist. Seither halten sie sich unbegleitet in Addis Abeba auf, wo sie von Bekannten rudimentär versorgt werden, aber unter prekären Bedingungen leben sollen. Die Beschwerdeführerin hat sie dort im September 2014 besucht (Selbstangaben), schickt ihnen jeden Monat Geld und hält den Kontakt mit regelmässigen Telefonaten aufrecht. Mit der Absicht, in die Schweiz zu flüchten, soll sich das älteste Kind B. _____ in der Zwischenzeit (Frühjahr 2016) in den Sudan begeben haben. Gemäss den vorinstanzlichen Akten ist sie am 9. August 2016 mit ihrem Freund nun in die Schweiz eingereist und hat gleichentags ein Asylgesuch gestellt (siehe Sachverhalt Bst. J). Aufgrund der jüngsten Entwicklung im Vordergrund steht demnach der Nachzug der beiden in Äthiopien lebenden Kinder.

6.3.5 In der Tat scheint die Situation der inzwischen noch zwei sich in Drittstaaten befindenden Kinder problematisch. Dies allein vermag jedoch für eine Dispensation von den klaren gesetzlichen Vorgaben nicht zu genügen. So gilt es zunächst in Erinnerung zu rufen, dass die Beschwerdeführerin ihre Vorfluchtgründe nicht glaubhaft machen konnte; ihre Flüchtlings-eigenschaft wurde vielmehr allein aufgrund der illegalen Ausreise aus Eri-

trea anerkannt. Es ist mithin davon auszugehen, dass sie ohne Not ausge-
reist ist und die Familiengemeinschaft ohne zwingende Gründe aufgege-
ben hat. Schwer nachzuvollziehen ist sodann, weshalb die spätere Aus-
reise dreier Kinder nach Äthiopien notwendig geworden sein soll, vor allem
wenn man bedenkt, dass das Ältere dieser drei (mit Jahrgang [...]) die Ver-
wandten in der Heimat (insbesondere die Grossmutter) bei der Betreuung
der jüngeren Geschwister hätte unterstützen können. Bei allem Verständ-
nis für die vorgetragenen Anliegen haben die Betroffenen die schwierige Si-
tuation, in welche sie sich hineinmanövrierten, insoweit selber zu verant-
worten. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin weder finanziell unab-
hängig ist noch ein Erwerbseinkommen erzielt. Auch aus diesem Grund
erscheint das öffentliche Interesse, die Dreijahresfrist abzuwarten, als ge-
wichtig. Ein Sinn und Zweck von Art. 85 Abs. 7 AuG besteht denn nicht
zuletzt gerade darin, erst die Bedingungen für eine erfolgreiche berufliche
und wirtschaftliche Integration zu schaffen.

6.3.6 Dass die aktuellen Verhältnisse die Beschwerdeführerin psychisch
belasten, sei nicht in Abrede gestellt. Dass sie unter Angst- und Stresszu-
ständen leidet, ergibt sich aus den nachgereichten ärztlichen Zeugnissen
vom 3. Juni 2015 und 7. Juni 2016 (Diagnose laut letzterem Bericht „An-
passungsstörung mit längerer depressiver Reaktion bei psychosozialer Be-
lastung“). Hervorgehoben sei an dieser Stelle aber nochmals, dass es vor-
derhand allein um die Frage einer vorübergehenden Trennung der Familie
geht, bis die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zusammenführung er-
füllt sind (anders als etwa die Konstellation im Urteil des EGMR M.P.E.V.
und andere gegen Schweiz vom 8. Juli 2014, Beschwerde Nr. 3910/13, §
51). Die Beschwerdeführerin war sodann in der Lage, die Kinder in Äthio-
pien zu besuchen. Auch sollte ihr zumutbar sein, die Betreuungssituation
vor Ort mit den von der Schweiz aus bestehenden Möglichkeiten (Geld-
überweisungen, etc.) einigermaßen kindsgerecht zu gestalten. Regelmäs-
sige telefonische Kontakte sind den Akten zufolge im Übrigen gewährleis-
tet. Hinsichtlich der ältesten, eben volljährig gewordenen Tochter, wurden
inzwischen ohnehin ihre persönliche Situation mildernde, vollendete Tatsa-
chen geschaffen (siehe wiederum Sachverhalt Bst. J). Insoweit liegt damit
keine Ausgangslage vor, welche die Einhaltung der dreijährigen Wartefrist
als unverhältnismässig erscheinen liesse.

6.3.7 Nach dem Wegfall einer Berufung auf Art. 8 EMRK stellt sich allen-
falls die Frage, ob aufgrund einer anderen Bestimmung vom Erfordernis
der Wartefrist von drei Jahren abzusehen ist. Nichts zu ihren Gunsten ab-
zuleiten vermag die Beschwerdeführerin diesbezüglich aus dem im

Rechtsmittelverfahren nicht angerufenen Art. 74 Abs. 5 VZAE. Wohl verlangt diese Verordnungsnorm, dass der besonderen Situation von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen beim Entscheid über die Gewährung des Familiennachzugs Rechnung zu tragen sei (siehe dazu ergänzend BGE 139 I 330 E. 3.2 m.H.). Zum einen dient eine Ordnungsbestimmung aber allein der Konkretisierung der Gesetzesnorm und kann darüber hinaus keine Ansprüche begründen, zum andern wurden solche Überlegungen – wie die vorangehenden Ausführungen aufzeigen – soweit zulässig und möglich durchaus miteinbezogen.

6.3.8 Nicht anders verhält es sich mit den mit der Beschwerdeaktualisierung vom 16. August 2016 im Nachhinein erhobenen Rügen. Entgegen den dortigen Bemerkungen verletzt der nicht gewährte Familiennachzug weder Art. 2 noch Art. 9 oder Art. 10 KRK. Das Bundesgericht misst dem Kindeswohl im Sinne einer Leitmaxime und bei der Interessenabwägung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK eine gewichtige Bedeutung zu. Ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Familienzusammenführung lässt sich aus den eingangs genannten Bestimmungen jedoch nicht ableiten (vgl. BGE 140 I 145 E. 3.2, BGE 139 I 315 E. 2.4 oder BGE 126 II 377 E. 5d). Im Übrigen hat die Schweiz gerade im Hinblick auf die Gesetzgebung über die Familienzusammenführung einen Vorbehalt zu Art. 10 Abs. 1 KRK angebracht (siehe dazu BGE 124 II 361 E. 3b m.H.). Ebenfalls keine direkten Rechtsansprüche vermitteln Art. 11 BV (so explizit BGE 126 II 377 E. 5d) und Art. 19 BV.

6.3.9 Zusammenfassend erweist sich die Anwendung der dreijährigen Wartefrist von Art. 85 Abs. 7 AuG im Falle der Beschwerdeführerin als rechtskonform. Diese Voraussetzung erfüllt sie im heutigen Zeitpunkt nicht.

6.4 Bei dieser Sachlage stellt sich die Frage der Verfassungs- und Völkerrechtskonformität der in Art. 85 Abs. 7 AuG statuierten Sozialhilfeunabhängigkeit nicht, weil zumindest eine der insgesamt drei kumulativen Voraussetzungen gemäss Art. 85 Abs. 7 AuG nicht erfüllt ist. Zu ergänzen wäre an dieser Stelle immerhin, dass die Beschwerdeführerin – jedenfalls zurzeit – Sozialhilfeleistungen bezieht und keine Arbeitsstelle in Aussicht hat. Aufgrund des bisher Gesagten braucht darauf indessen nicht näher eingegangen zu werden.

7.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung

rechtmässig ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

8.

8.1 Bei diesem Verfahrensausgang würde die Beschwerdeführerin grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320]). Sie ersuchte in ihrer undatierten Rechtsmitteleingabe jedoch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 65 Abs. 1 VwVG). In der verfahrensleitenden Anordnung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Mai 2015 wurde der Entscheid darüber auf einen späteren Zeitpunkt verschoben, weshalb dies nun nachzuholen ist.

8.2 Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG kann eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Begehren nicht als aussichtslos erscheinen, auf Gesuch hin von der Bezahlung von Verfahrenskosten befreit werden. Die Voraussetzungen von Art. 65 Abs. 1 VwVG sind erfüllt, weil das eingereichte Rechtsmittel nicht von vornherein aussichtslos war und die prozessuale Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin ausgewiesen scheint.

Dispositiv Seite 16

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

2.

Die Beschwerdeführerin wird im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG von der Bezahlung von Verfahrenskosten befreit.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] retour)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Antonio Imoberdorf

Daniel Grimm

Versand: