



Urteil vom 26. November 2014

Besetzung

Richterin Nina Spälti Giannakitsas (Vorsitz),
Richter Markus König,
Richter Bendicht Tellenbach,
Richter François Badoud,
Richter Hans Schürch,
Gerichtsschreiberin Sara Steiner.

Parteien

A. _____, geboren (...),
und deren angebliche Tochter
B. _____, geboren (...),
Kongo (Kinshasa),
vertreten durch Johnson Belangeny,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einbezug in die vorläufige Aufnahme (Nichteintreten);
Verfügung des BFM vom 3. April 2013 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin A._____ stellte am 4. Juni 2009 in der Schweiz ein Asylgesuch. Mit Verfügung vom 1. April 2010 stellte das BFM fest, die Beschwerdeführerin erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, wies ihr Asylgesuch ab und ordnete ihre Wegweisung aus der Schweiz an, nahm sie jedoch wegen Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung in der Schweiz vorläufig auf. Diese Verfügung wuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.

Die Beschwerdeführerin – handelnd durch ihren Rechtsvertreter – ersuchte mit Gesuch vom 15. Januar 2013 bei der zuständigen kantonalen Migrationsbehörde um Einbezug von B._____, geboren am (...), in ihre vorläufige Aufnahme und machte geltend, diese sei ihre minderjährige Tochter und am 8. Januar 2013 illegal in die Schweiz eingereist.

C.

Die Migrationsbehörde des Kantons C._____ leitete das Gesuch an das BFM weiter und führte in der Stellungnahme vom 28. Januar 2013 aus, die zeitlichen Bedingungen für den Einbezug in die vorläufige Aufnahme nach Art. 74 Abs. 3 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR. 142.201) seien nicht erfüllt. Die Tochter lebe seit ihrer Einreise bei der Mutter in einer Wohnung, welche durch die Sozialbehörden gemietet werde. Die Mutter sei immer noch von der Sozialhilfe abhängig und absolviere eine Lehre. Die Identität der Tochter sei nicht belegt und es bestehe kein Beweis für eine Verwandtschaft mit der Mutter, zumal diese an der Befragung angegeben habe, sie habe drei Kinder.

D.

Mit Verfügung vom 31. Januar 2013 teilte das BFM der Beschwerdeführerin mit, es erwäge das Gesuch abzulehnen und bot ihr Gelegenheit hierzu Stellung zu nehmen, die sie mit Eingabe vom 27. Februar 2013 wahrnahm.

E.

Am 8. März 2013 reichte die Beschwerdeführerin weitere Beweismittel zu den Akten.

F.

Mit Verfügung vom 3. April 2013 – eröffnet am 4. April 2013 – trat das BFM auf das Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme nicht ein.

G.

Mit Eingabe vom 4. Mai 2013 (Poststempel) erhob die Beschwerdeführerin gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, es seien vorsorgliche Massnahmen zum Aufenthalt von B._____ zu treffen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und B._____ sei in ihre vorläufige Aufnahme einzubeziehen. Überdies wurde um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG sowie um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses ersucht.

H.

Die zuständige Instruktionsrichterin ordnete mit Verfügung vom 8. Mai 2013 an, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gestützt auf Art. 56 VwVG sei bis auf Weiteres von Vollzugshandlungen betreffend B._____ abzusehen.

I.

Mit Verfügung vom 17. Mai 2013 hielt die Instruktionsrichterin an der angeordneten vorsorglichen Massnahme fest, hiess das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG gut und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

J.

In seiner Vernehmlassung vom 21. Mai 2013, welche der Beschwerdeführerin am 23. Mai 2013 zur Kenntnis gebracht wurde, hielt das BFM an seinen Erwägungen fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

K.

Mit Eingabe vom 18. Juni 2013 reichte die Beschwerdeführerin weitere Beweismittel zu den Akten.

L.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 wies die D._____ auf die zweifelhafte Identität der Tochter hin und teilte mit, der Lehrvertrag der Beschwerdeführerin habe im August 2013 geendet und sie habe ihre Prüfungen leider nicht bestanden. Nun sei sie arbeitslos und vollständig von der Sozialhilfe abhängig.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das BFM 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 in casu endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG).

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG und dem VGG (Art. 37 VGG).

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführerinnen 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. 48 Abs. 1, Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreiten des Ermessens), die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG).

3.

Bei einer Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid, mit dem es das BFM ablehnt, ein Gesuch materiell zu überprüfen, beschränkt sich die Beurteilungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich auf die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch nicht eingetreten ist (vgl. BVGE 2011/9 E. 5 S. 116).

4.

4.1 Das BFM führte zur Begründung seiner Verfügung aus, gemäss den geltenden Weisungen zum Asylbereich (Kapitel 6, Abschnitt 6.3.7) sei ein Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme bei der kantonalen Migrationsbehörde einzureichen. Diese leite das Gesuch mit ihrer Stellungnahme an das BFM weiter. Seien die materiellen (Art. 85 Abs. 7 AuG [SR 142.20]) und die zeitlichen (Art. 74 Abs. 3 der Verordnung vom

24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]) Voraussetzungen erfüllt, erteile das BFM die Erlaubnis zur Einreise in die Schweiz. Aus diesen Ausführungen könne geschlossen werden, dass die Anwendung von Art. 85 Abs. 7 AuG voraussetze, dass sich die nachzuziehende Person noch im Ausland aufhalte. Befinde sich diese in der Schweiz, falle sie – sofern sie kein Asylverfahren eingeleitet habe – in die Zuständigkeit des Aufenthaltskantons, welcher die Möglichkeit habe, die betreffende Person im Rahmen der bestehenden rechtlichen Möglichkeiten zu regeln oder sie aus der Schweiz wegzuweisen. Sollte sich aus Sicht des Kantons der Vollzug der Wegweisung als nicht zumutbar erweisen, habe die kantonale Migrationsbehörde gemäss Art. 83 Abs. 6 AuG die Möglichkeit einen Antrag auf vorläufige Aufnahme beim BFM zu stellen. Zur weiteren Klärung dieser Fragestellung werde auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-6451/2010 verwiesen, in welchem eine Beschwerde auf Abweisung eines Gesuchs um Einbezug in die vorläufige Aufnahme eines anerkannten Flüchtlings in der Schweiz behandelt werde. In den Erwägungen werde ausgeführt, dass sich die Personen, auf welche sich die Familiennachzugsgesuche bezögen, im Ausland aufhielten, weshalb ausserdem Art. 20 AsylG zu beachten sei. Im vorliegenden Fall handle es sich nicht um ein Asylgesuch aus dem Ausland und die Beschwerdeführerin besitze in der Schweiz auch nicht die Flüchtlingseigenschaft. Art. 20 AsylG sei somit nicht relevant. Das Urteil weise aber darauf hin, dass die gesetzlichen Bestimmungen nach Art. 85 Abs. 7 AuG sowie Art. 74 VZAE betreffend die Vereinigung von Familienangehörigen für Mitglieder der Familie gälten, die sich noch im Ausland aufhielten. Dies ergebe Sinn, da ja andernfalls wie oben aufgeführt die Bestimmungen nach Art. 83 Abs. 6 AuG betreffend die Anordnung einer eigenständigen vorläufigen Aufnahme für Personen, die sich bereits in der Schweiz aufhielten, zur Anwendung komme. Zusammenfassend werde festgehalten, dass ein Einbezug in die vorläufige Aufnahme nach Art. 85 Abs. 7 AuG nicht möglich sei, wenn sich die nachzuziehende Person im Zeitpunkt des Entscheids bereits in der Schweiz aufhalte. Einem Einbezug gehe im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung der Nachzug und damit die Einreise aus dem Ausland voraus und eine entsprechende Prüfung werde im Prinzip mit der Einreise gegenstandslos beziehungsweise mit der unbewilligten selbstständigen Einreise unterstelle sich die Person den entsprechenden Bestimmungen zum Verfahren im Inland (siehe dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-6493/2010 E. 2.1). Da die nachzuziehende Person illegal in die Schweiz eingereist sei und sich bereits bei der Mutter aufhalte, fehlten die Voraussetzungen, um auf das Gesuch eintreten zu können.

Unbesehen davon, ob die formellen Bedingungen zur Behandlung dieses Gesuches erfüllt seien, müsse angemerkt werden, dass die Beschwerdeführerin die kumulativen gesetzlichen Bestimmungen nach Art. 85 Abs. 7 AuG nicht erfülle. Gemäss Angaben der D. _____ habe sie im Februar 2013 netto Fr. 805.– verdient, während sich ihre tatsächlichen Ausgaben auf Fr. 1'316.– belaufen hätten. Aufgrund des schwankenden Einkommens sei das Budgetdefizit unterschiedlich hoch und belaufe sich im Jahr auf ungefähr Fr. 2'500.–. Die Beschwerdeführerin sei somit schon jetzt von der Sozialhilfe abhängig, was sich bei einem Zweipersonenhaushalt noch akzentuieren dürfte. Aufgrund der nicht gegebenen finanziellen Selbstständigkeit müsste das Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme selbst dann abgewiesen werden, wenn sich die nachzuziehende Person noch im Ausland aufhalten würde.

4.2 Die Beschwerdeführerin hielt dem entgegen, das BFM habe den rechtserheblichen Sachverhalt falsch oder unvollständig festgestellt. Die Auslegung des BFM gehe nicht in diesem Sinn aus den gesetzlichen Bestimmungen hervor. Aus Art. 85 Abs. 7 AuG gehe nicht klar hervor, dass der Einbezug in die vorläufige Aufnahme nur für Personen möglich sei, die sich ausserhalb der Schweiz aufhielten. Vielmehr zähle dieser Artikel die Voraussetzungen für einen Einbezug in die vorläufige Aufnahme auf. Auch aus Art. 74 VZAE gehe nicht hervor, dass die Fristen nur für Familienmitglieder ausserhalb der Schweiz gälten. Die Interpretation des BFM gehe hingegen aus seiner Weisung zum Asylbereich hervor, welche die zitierten Gesetzesartikel aber nur präzisiere. Das BFM hätte vorliegend prüfen müssen, ob die Voraussetzungen für einen Einbezug in die vorläufige Aufnahme erfüllt seien. Dies sei vorliegend der Fall. Sie verfüge seit drei Jahren über eine vorläufige Aufnahme, sei gut integriert, ihre Tochter sei zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung minderjährig gewesen und lebe mit ihr zusammen. Im Juli 2013 werde sie (die Beschwerdeführerin) ihre Lehre abschliessen und ohne Problem eine Anstellung finden. Sie habe bereits jetzt mit der Stellensuche angefangen. Sie komme seit fünf Monaten allein für ihre Tochter auf, da sie für diese keine Sozialhilfe erhalte, bis die Behörden über ihren Status entschieden hätten. Das beweise, dass sie gewillt sei, nicht immer von der Sozialhilfe abhängig zu sein. Sie habe zudem versucht, ihre Tochter in der Berufsschule anzumelden, was aber misslungen sei. Zwar sei ihre Tochter tatsächlich illegal eingereist, dies sei aber weder ihr noch ihrer Tochter anzulasten. Vielmehr habe ihre Familie im Kongo sie vor vollendete Tatsachen gestellt und ihre Tochter, ohne sie vorher zu informieren, einfach in die Schweiz geschickt, weil sie dort nicht mehr tragbar gewesen sei. Schliesslich hätten sie ge-

mäss Art. 8 EMRK das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Ein Wegweisungsvollzug würde schliesslich gegen Art. 3 EMRK sowie gegen die Bestimmungen des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107) verstossen.

Zur Stützung ihrer Vorbringen reichte die Beschwerdeführerin unter anderem diverse Stellenbewerbungsschreiben und das Ablehnungsschreiben der Berufsschule betreffend ihre Tochter ein.

5.

Strittig ist demnach insbesondere die Frage, ob Art. 85 Abs. 7 AuG nur auf Familienangehörige Anwendung findet, welche sich noch im Ausland befinden, oder ob auch Familienangehörige von vorläufig aufgenommen Personen gemeint sind, die sich bereits in der Schweiz befinden.

5.1 Vorab gilt es festzuhalten, dass das schweizerische Recht zwei Kategorien der vorläufigen Aufnahme kennt. Personen, welche zwar die Flüchtlingseigenschaft erfüllen, aber kein Asyl erhalten, werden als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen. Vorliegend zur Debatte stehen jedoch Personen, welche die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllen, bei denen sich aber der Vollzug der Wegweisung als unzulässig, unzumutbar oder unmöglich erweist. Sie gelten als vorläufig aufgenommene Personen. Art. 85 Abs. 7 AuG bezieht sich auf beide Personengruppen gleichermassen.

5.2 Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des wahren Sinngehalts einer gesetzlichen Regelung. Das BVGer schliesst sich dabei der höchstgerichtlichen Auslegungsmethodik an, welche wie folgt zusammengefasst zitiert sei: Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Die Auslegung des Gesetzes hat zwar nicht entscheidend historisch zu erfolgen, ist im Grundsatz aber dennoch auf die Regulationsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt. Die Gesetzesauslegung hat

sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht wie auch das Bundesverwaltungsgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätenordnung zu unterstellen (vgl. BVGE 2009/8 E. 7.1 S. 107 f.).

5.3 Die grammatikalische Auslegung ist Ausgangspunkt jeder Auslegung. Sie stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. Unter Sprachgebrauch ist dabei in der Regel der allgemeine Sprachgebrauch zu verstehen (vgl. BVGE 2009/8 E. 7.2.1 S. 108).

Im Wortlaut von Art. 85 Abs. 7 AuG ergeben sich in der deutschen, französischen und italienischen Fassung der Gesetzestexte keine wesentlichen Unterschiede, die Anlass zu einer weiteren Erörterung geben. Die in dieser Bestimmung verwendeten Formulierungen "nachgezogen", "bénéficiaire du regroupement familial" und "raggiungere" deuten schon im Wortlaut in allen drei Sprachen darauf hin, dass dem Einbezug im Sinne dieser Bestimmung der Nachzug und damit die Einreise aus dem Ausland vorausgeht. Die konkretisierenden Bestimmungen auf Verordnungsstufe geben keine weiteren Hinweise in Bezug auf die vorliegend interessierende Frage (vgl. Art. 24 der Verordnung vom 11. August 1999 über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen [VWA, SR 142.281] und Art. 74 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Lediglich den Weisungen des BFM zum Asylbereich (Kapitel 6, Abschnitt 6.3.7) ist zu entnehmen, dass bei einem Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, das BFM die *Erlaubnis zur Einreise in die Schweiz* erteilt und dass sich die nachgezogenen Personen *nach erfolgter Einreise* bei der zuständigen kantonalen Behörde melden. Diese Weisungen des BFM haben aber – wie in der Beschwerde richtig festgehalten – lediglich präzisierenden Charakter und können die Unklarheit im zitierten Gesetzesartikel nicht klären.

5.4

5.4.1 Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Die Norm soll somit gel-

ten, wie sie vom Gesetzgeber vorgesehen war. Insbesondere bei jungen Erlassen – wie dem vorliegenden – muss dem Willen des Gesetzgebers ein grosses Gewicht beigemessen werden (vgl. BVGE 2009/8 E. 7.4.1 S. 111). Eine Abgrenzung zur teleologischen Auslegung – die auf den Regelungszweck abstellt – ist dabei schwierig. Es gilt insgesamt – wie bereits ausgeführt – die mit der Norm verbundenen Zweckvorstellungen (die sogenannte *ratio legis*) nach den Vorgaben des Gesetzgebers und nicht nach richterlichen subjektiven Wertvorstellungen zu ermitteln (vgl. BVGE 2007/7 E. 4.4 S. 61 und 2009/8 E. 7.5.1 S. 112).

5.4.2 Betrachtet man die Entstehungsgeschichte von Art. 85 Abs. 7 AuG, kommt man zum gleichen Schluss wie bei der grammatikalischen Auslegung. Wegen des engen Bezugs zum Asylbereich wurden die im Rahmen der geplanten Teilrevision des Asylgesetzes vorgeschlagen Änderungen im Bereich der vorläufigen Aufnahme nicht in den Entwurf und die Botschaft zum Ausländergesetz aufgenommen (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [BBI 2002 3709], S. 3818), sondern in der Botschaft und dem Entwurf zum Asylgesetz unter Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG abgehandelt, welcher später wörtlich ins AuG überführt wurde. Die Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 4. September 2002 (BBI 2002 6845, S. 6911; FF 2002 6359, S. 6426f.; FF 2002 6087, S. 6153) und der Entwurf zum Asylgesetz (BBI 2002 6938, FF 2002 6455, FF 2002 6181) geben keine weiter reichenden Hinweise, als dass auch sie von "Familiennachzug", "regroupement familial" und "ricongiungimento familiare" beziehungsweise von "nachgezogen", "bénéficiaire du regroupement familial" und "raggiungere" sprechen. Im Parlament fand keine eingehende Debatte zu Art. 85 Abs. 7 AuG statt (vgl. Debatte zu Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG: AB NR 2004 S. 627 ff., AB SR 2005 S. 378 ff.). Auch die vorliegend interessierende Frage, ob sich die nachzuziehenden Familienangehörigen noch im Ausland befinden müssen, wurde nicht explizit angesprochen. Mit Art. 85 Abs. 7 AuG wurde aber vom Gesetzgeber grundsätzlich das Ziel verfolgt, dass es vorläufig aufgenommenen Personen möglich sein soll, ihre Familie nachzuziehen, um mit diesen zusammen leben zu können. Aus den wenigen Voten zu Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG lässt sich herauslesen, dass davon ausgegangen wurde, dass sich die nachzuziehenden Personen noch im Ausland befinden (vgl. Schriftliche Begründung Antrag Vermot: "Es ist stossend, wenn nur jene humanitär aufgenommenen zum Beispiel ihre Kinder aus Bürgerkriegsgebieten in die Schweiz in Sicherheit bringen können, die über ein genügendes Erwerbseinkommen verfügen." und Votum Vermot: "Es kann sein, dass die Familie von Sozialhilfe abhängig wurde, wenn sie endlich wieder zusam-

menleben konnte. [...] Wir wissen, dass es für Asylsuchende wichtig ist, ihre Familie um sich zu haben, denn vielfach wissen sie auch, dass ihre Familie im Herkunftsland gefährdet ist. Ich kenne einige Fälle, wo sich Familienmitglieder im Herkunftsland verstecken müssen, weil sie selber nicht auch geflüchtet sind, aus welchen Gründen auch immer." [AB NR 2004 S. 627 und S. 629]). In diesem Sinne geht dies auch aus den Voten hervor, die sich im Zusammenhang mit der Diskussion um Art. 44 AsylG und dem später aus dem Gesetz gestrichenen Konzept der humanitären Aufnahme auf den Familiennachzug bezogen (vgl. beispielsweise Votum Vermot: "Was passiert denn eigentlich mit Kindern, die drei Jahre in einem Kriegsgebiet sind? Was passiert mit ihnen, wo sind sie? Was passiert mit ihnen, wenn sie nicht sofort nachgezogen werden?" oder Votum Bühlmann "Haben Sie auch schon gehört, dass das Zusammenleben mit der Familie stabilisierend wirken kann,[...]?" AB NR 2005 S. 1159 und S. 1162; sowie die weitere Diskussion AB NR 2004 S. 580 ff. und 2005 S. 1158 ff. sowie AB SR 2005 S. 340 ff.).

5.4.3 In der Literatur äussert sich Peter Bolzli zur Situation rechtswidrig eingereister Familienmitglieder von vorläufig aufgenommenen Personen und Flüchtlingen, indem er ausführt, sobald sich die Familienangehörigen in der Schweiz befänden, sei der Wegweisungsvollzug aufgrund des Prinzips der Familieneinheit undurchführbar und die nachgereisten Familienmitglieder erhielten wie bereits die hier anwesenden die vorläufige Aufnahme. Die Nachzugskriterien beziehungsweise Nachzugsfristen seien in solchen Fällen unbeachtlich (vgl. PETER BOLZLI, in: Kommentar Migrationsrecht, 2012, 3. Aufl., Art. 85, N 18, S. 247). Das deutet darauf hin, dass auch er davon ausgeht, Art. 85 Abs. 7 AuG sei nicht mehr anwendbar, wenn sich die Familienangehörigen bereits in der Schweiz befinden. Weitergehende Kommentare zur vorliegenden Frage sind in der Literatur nicht zu finden (vgl. etwa CARONI/MEYER/OTT, Migrationsrecht, 2011, 2. Aufl., wo die Frage in Bezug auf vorläufig aufgenommene Flüchtlinge in N 710, S. 273 beantwortet wird [vgl. auch E. 5.5], während in N 354, S. 128 in Bezug auf vorläufig aufgenommene Personen nicht darauf eingegangen wird).

5.4.4 Die historische und teleologische Auslegung deutet also wie schon die grammatikalische Auslegung darauf hin, dass sich die Familienangehörigen der vorläufig aufgenommenen Person noch im Ausland befinden müssen, damit Art. 85 Abs. 7 AuG zur Anwendung kommen kann.

5.5 Das bisherige Resultat der Auslegung findet seine Stütze auch in der systematischen Auslegung, bei welcher der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt wird durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen und logischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz präsentiert (vgl. BVGE 2009/8 E. 7.3.1 S. 109). Die vorliegend zu beurteilende Norm findet wie erwähnt auf vorläufig aufgenommene Personen genauso Anwendung wie auf vorläufig aufgenommene Flüchtlinge. Bei Letzteren stellt sich jedoch die Lage in Bezug auf die vorliegend gestellte Frage in Literatur und Praxis eindeutig dar. Demgemäss kommt Art. 85 Abs. 7 AuG bei vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen nur zur Anwendung, wenn sich die Familienangehörigen noch im Ausland aufhalten. Halten sich diese bereits in der Schweiz auf, kommt allein Art. 51 AsylG zum Tragen, gemäss welchem Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder als Flüchtlinge anerkannt werden, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen (vgl. beispielsweise Entscheidung des BVGer D-8662/2010 vom 1. Februar 2011 E. 5.1 und E-6665/2012 vom 17. Oktober 2013; vgl. auch CARONI/MEYER/OTT, a.a.O., N 710, S. 273).

5.6 Schliesslich steht diese Auslegung auch im Einklang mit der geltenden Praxis im Zusammenhang mit der Anordnung der Wegweisung nach durchlaufenem Asylverfahren. Demnach werden nach Ablehnung eines Asylgesuches Familienmitglieder von Personen, deren Wegweisungsvollzug wegen Unzumutbarkeit oder Unzulässigkeit ausgeschlossen wird, gemäss Art. 44 Abs. 1 AsylG direkt in deren vorläufige Aufnahme eingeschlossen (vgl. BVGE 2009/28 E. 9.3.5 S. 369 und Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 1995 Nr. 24 E. 10 und 11 S. 230 ff.). Wäre auch für Personen, die sich in der Schweiz aufhalten, Art. 85 Abs. 7 AuG anwendbar, müsste wohl auch in diesen Fällen jeweils geprüft werden, ob die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, was zumindest in Bezug auf die zeitliche Voraussetzung per definitionem nicht der Fall sein kann. Dies würde aber der geltenden Praxis zu Art. 44 AsylG und zur Einheit der Familie zuwiderlaufen.

6.

Nach dem Gesagten findet Art. 85 Abs. 7 AuG, wie vom BFM richtig ausgeführt, nur auf Familienangehörige von vorläufig aufgenommenen Personen Anwendung, welche sich noch im Ausland befinden. Die Beschwerdeführerin konnte demnach mangels Erfüllung der formellen Voraussetzungen nicht um Einbezug der Tochter unter Berufung auf diese Bestimmung ersuchen, da diese bereits illegal in die Schweiz eingereist

war und sich nicht mehr im Ausland aufhielt. Eine Prüfung der Sachlage unter dem Aspekt von Art. 44 Abs. 1 AsylG musste vorliegend unterbleiben, zumal das Asylgesetz nur zur Anwendung gelangen kann, wenn ein Asylgesuch gestellt worden ist, was für die Tochter der Beschwerdeführerin nicht der Fall war. Für die Anordnung der Wegweisung der Tochter und damit zur Prüfung allfälliger Wegweisungsvollzugshindernisse war damit allein die kantonale Behörde und nicht das BFM zuständig. Das BFM ist demnach zu Recht auf das Gesuch um Familiennachzug nicht eingetreten.

7.

Die Berufung der Beschwerdeführerin auf Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), die Kinderrechtskonvention oder Art. 3 EMRK (Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung) vermag in Bezug auf die Frage der Anwendbarkeit von Art. 85 Abs. 7 AuG zu keinem anderen Ergebnis zu führen. Die entsprechenden Vorbringen wären vielmehr im Rahmen eines allfälligen durch die kantonale Behörde angehobenen Wegweisungsverfahrens vorzubringen.

8.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt und angemessen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Nachdem jedoch das mit der Beschwerde gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG mit Verfügung vom 17. Mai 2013 gutgeheissen wurde, werden keine Kosten erhoben.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerinnen, das BFM und die kantonale Migrationsbehörde.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Nina Spälti Giannakitsas

Sara Steiner

Versand: