

BVGer F-4073/2020 vom 6. Mai 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-05-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-4073_2020

FR: TAF F-4073/2020 du 6 mai 2022

IT: TAF F-4073/2020 del 6 maggio 2022

Regeste

Familienzusammenführung (v.A.)

Erwägungen

E. 1.1

Verfügungen des SEM betreffend Familiennachzug nach Art. 85 Abs. 7 AIG (SR 142.20) sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG). Dieses entscheidet endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG).

E. 1.2

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

E. 1.3

Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

E. 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 die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Am-tes 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 Entscheids (vgl. BVGE 2014/1 E. 2).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer will für den beantragten Familiennachzug aufgrund seiner Flüchtlingseigenschaft die Regelung zum Familienasyl gemäss Art. 51 AsylG (SR 142.31) angewandt wissen.

E. 3.2

Gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG werden Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl, wenn keine besonderen Umstände dagegensprechen. Wurden die anspruchsberechtigten Personen nach Absatz 1 durch die Flucht getrennt und befinden sie sich im Ausland, so ist ihre Einreise auf Gesuch hin zu bewilligen (Art. 51 Abs. 4 AsylG). Diese Bestimmungen kommen einerseits zur Anwendung, wenn der sich in der Schweiz befindenden Person Asyl gewährt wurde und

sich die einzubeziehenden Personen im Ausland befinden. Andererseits ist sie anwendbar, wenn die in der Schweiz als Flüchtling anerkannte Person lediglich vorläufig aufgenommen wurde und sich die einzubeziehenden Familienmitglieder bereits in der Schweiz aufhalten (BVGE 2019 VI/8 E. 4.1). Für im Ausland lebende Familienangehörige eines in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Flüchtlings kommt hingegen nur die Möglichkeit des Familiennachzugs nach Art. 85 Abs. 7 AIG in Betracht, da diese Bestimmung als *lex specialis* spezifisch auf vorläufig aufgenommene Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Personen zugeschnitten ist und ein strengeres Nachzugsregime als Art. 51 AsylG statuiert (BVGE 2017 VII/8 E. 5.3; Urteile des BVGer F-1415/2020 vom 25. November 2021 E. 3; F-1450/2020 vom 8. April 2021 E. 6.3; F-2213/2018 vom 1. Februar 2021 E. 7.7). Der Familiennachzug und Einschluss in die vorläufige Aufnahme ist vorliegend somit einzig nach Art. 85 Abs. 7 AIG zu prüfen.

E. 4

Gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG 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 (Bst. b) und die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist (Bst. c), sie sich in der am Wohnort gesprochenen Landessprache verständigen können (Bst. d) und die nachziehende Person keine jährlichen Ergänzungsleistungen nach dem Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006 (ELG, SR 831.30) bezieht oder wegen des Familiennachzugs beziehen könnte (Bst. e). Diese Bestimmung wird in der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) konkretisiert. Gemäss Art. 74 Abs. 3 VZAE ist das Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme innerhalb von fünf Jahren und das Gesuch für den Nachzug von Kindern über zwölf Jahren innerhalb von zwölf Monaten nach Ablauf der dreijährigen Wartefrist nach Art. 85 Abs. 7 AIG einzureichen. Ein nachträglicher Familiennachzug ist nur aus wichtigen familiären Gründen möglich (Art. 74 Abs. 4 VZAE). Der besonderen Situation vorläufig aufgenommener Flüchtlinge ist beim Entscheid über das Familiennachzugsgesuch Rechnung zu tragen (Art. 74 Abs. 5 VZAE).

E. 5.1

Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, es sei davon auszugehen, dass die materiellen Voraussetzungen für einen Familiennachzug und Einschluss in die vorläufige Aufnahme gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG grundsätzlich erfüllt seien. Das Kriterium der Sozialhilfeunabhängigkeit und die Frage der Gültigkeit des Arbeitsvertrags der Ehefrau könnten jedoch offenbleiben, da die Familienangehörigen des Beschwerdeführers ihrer auf Art. 90 Abs. 1 Bst. b AIG beruhenden Pflicht, Identitätspapiere zu beschaffen, nicht nachgekommen seien. Somit sei die Identität der Familienangehörigen nicht geklärt und die allgemeine Einreisevoraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG in der Form eines anerkannten Ausweispapieres nicht erfüllt.

E. 5.2

Nachfolgend ist vorfrageweise zu klären, ob Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG im Rahmen des Familiennachzugs (von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen) gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG Anwendung findet.

E. 6.1

Der Beschwerdeführer machte in der Beschwerde geltend, es erscheine ihm nicht zutreffend, dass der Gesetzgeber nebst den Voraussetzungen von Art. 85 Abs. 7 AIG für den Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen auch die allgemeinen Einreisevoraussetzungen von Art. 5 AIG habe angewandt wissen wollen. Diese seien nicht mit Blick auf vorläufig aufgenommene Flüchtlinge und deren Familienmitglieder verfasst worden, sondern für ausländische Personen im Allgemeinen. Die Vorinstanz trage der besonderen Situation von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen im Widerspruch zu Art. 74 Abs. 5 VZAE nicht Rechnung (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1).

E. 6.2

In ihrer Vernehmlassung vom 2. November 2020 führte die Vorinstanz aus, die allgemeinen Einreisevoraussetzungen gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG würden aus systematischer Sicht für alle ausländischen Personen und damit auch für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge gelten. Der fundamentale Zweck des Erfordernisses des Reisedokuments bestehe nach Art. 6 Abs. 4 Bst. a der Verordnung über die Einreise und die Visumserteilung (VEV; SR 142.204) in der Feststellung der Identität der Inhaberin oder des Inhabers. Die Schweizer Behörden müssten zum Schutz der öffentlichen Sicherheit wissen, wer das Hoheitsgebiet der Schweiz betrete und sich hier aufhalte. Es sei nicht angezeigt, beim Familiennachzug für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge im Gegensatz zu anderen ausländischen Personen in Bezug auf das grundlegende Erfordernis von Reisedokumenten geringere Anforderungen zu stellen (BVGer-act. 6).

E. 6.3

In seiner Replik vom 3. Januar 2021 brachte der Beschwerdeführer vor, selbst wenn man die Anwendbarkeit von Art. 5 AIG im Rahmen von Art. 85 Abs. 7 AIG bejahen möchte, so könne nicht gesagt werden, dass der besonderen Situation von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen bei den Einreisevoraussetzungen nicht Rechnung getragen werden solle. Es sei offenkundig, dass diese Personengruppe im Gegensatz zu gewöhnlichen ausländischen Personen mit mehr Problemen bei deren Erfüllung konfrontiert sein könnten, wo sie doch eine Fluchtgeschichte mit sich tragen würden und ihre ausserordentliche Migration nicht gleichermassen planen, organisieren und durchführen könnten (BVGer-act. 8).

E. 7.1

Der Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG ist nachfolgend durch Auslegung zu bestimmen.

E. 7.2

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut des Gesetzes. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht (BGE 138 II 440 E. 13). Eine historisch orientierte Auslegung ist für sich allein nicht entscheidend. Andererseits vermag aber nur sie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers (die sich insbesondere aus den Materialien ergibt) aufzuzeigen, welche wiederum zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Gerichts bleibt, auch wenn es das Gesetz mittels

teleologischer Auslegung oder Rechtsfortbildung veränderten, vom Gesetzgeber nicht vorausgesehenen Umständen anpasst oder es ergänzt (BGE 138 V 23 E. 3.4.1).

E. 7.3.1

Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. Unter Sprachgebrauch ist dabei in der Regel der allgemeine Sprachgebrauch zu verstehen. Massgebliches Element der grammatikalischen Auslegung ist der Gesetzestext (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. 2020, S. 24, Rz. 91 ff.).

E. 7.3.2

Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG lautet im Wortlaut folgendermassen: «Ausländerinnen und Ausländer, die in die Schweiz einreisen wollen, müssen über ein für den Grenzübertritt anerkanntes Ausweispapier und über ein Visum verfügen, sofern dieses erforderlich ist». Aus diesem Wortlaut ergeben sich keine Hinweise auf einen eingeschränkten Anwendungsbereich der Einreisevoraussetzung. Die Bestimmung spricht von «Ausländerinnen und Ausländern, die in die Schweiz einreisen wollen», ohne dabei nach dem Rechtsgrund der Einreise zu unterscheiden oder verschiedene Kategorien von einreisewilligen ausländischen Personen zu bilden. Aus Sicht der Schweiz ist dabei Ausländer, wer nicht die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzt (vgl. BGE 135 II 1 E. 3.4). Der französische Wortlaut der Norm weist mit noch grösserer Deutlichkeit auf einen umfassenden persönlichen Anwendungsbereich dieser Einreisevoraussetzung hin, indem dort die Formulierung «tout étranger» verwendet und damit die Geltung für sämtliche ausländischen Personen betont wird. Auch hier werden keine Vorbehalte ersichtlich. Das Gleiche gilt für die italienische Fassung. Die vom Beschwerdeführer vertretene Ansicht, dass im Rahmen von Art. 85 Abs. 7 AIG die Einreisevoraussetzungen keine Anwendung finden dürften, ist damit bereits mit dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG kaum zu vereinbaren.

E. 7.4.1

Die historische Auslegung stellt auf den Sinn ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Eine Norm soll so gelten, wie sie vom Gesetzgeber vorgesehen worden war; die rechtsanwendenden Organe sind nach dem Prinzip der Gewaltenteilung gehalten, die Entscheidungen des Gesetzgebers zu respektieren. Anhaltspunkte zur Ermittlung des Willens des Gesetzgebers liefern die Materialien zur Entstehung einer Gesetzesnorm: Entwürfe, amtliche Berichte, Botschaften des Bundesrates und Protokolle der Ratsverhandlungen. Die einzelnen Kategorien von Materialien werden unterschiedlich gewichtet. Bei Bundesgesetzen stehen die Botschaft des Bundesrates - soweit die Räte ihr folgen - und die Voten der Berichterstatter der vorberatenden Kommissionen im National- und Ständerat im Vordergrund, während sonstige Einzelvoten von Ratsmitgliedern in der Regel nur geringes Gewicht haben (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., S. 26 f., Rz. 101 ff.). Hat der Wille des Gesetzgebers im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden, so ist er für die Auslegung nicht entscheidend (BGE 139 III 368 E. 3.2; 137 V 167 E. 3.2).

E. 7.4.2

Den Materialien zum altrechtlichen Art. 5 Abs. 1 AuG (AS 2007 5437), welcher mit der heutigen Regelung weitestgehend identisch ist, ist zu entnehmen, dass auch der Gesetzgeber von einer allgemeinen Gültigkeit der Einreisevoraussetzungen ausging. So lehnte der

zuständige Kommissionssprecher in der Plenumsdiskussion im erstberatenden Nationalrat verschiedene beantragte Verschärfungen mit der Begründung ab, die Einreisevoraussetzungen seien allgemeiner Natur und auf sämtliche Arten des Aufenthalts anwendbar («Concernant ces conditions d'entrée qui, je le répète, sont générales et s'appliquent à tous les types de séjour, nous n'avons pas à durcir les contrôles dans ce domaine-là.»; vgl. AB 2004 N 666 und Egli/Meyer, in: Caroni/Gächter/Thurnherr (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, Art. 5 N. 1). Dem Vorschlag der vorberatenden Kommission, dem bundesrätlichen Gesetzesentwurf zu folgen, wurde schliesslich zugestimmt (AB 2004 N 666 f.). Auch der Ständerat folgte dem Antrag der Kommission und stimmte dem Entwurf des Bundesrats diskussionslos zu (vgl. AB 2004 S 673 f.).

E. 7.4.3

Die historische Auslegung ergibt somit, dass die Einreisevoraussetzung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG grundsätzlich auf sämtliche ausländische Personen Anwendung finden soll, die beabsichtigen, in die Schweiz einzureisen. Dies hat unabhängig vom Rechtsgrund ihrer Einreise zu gelten. Die Anwendung der Voraussetzung eines für den Grenzübertritt anerkannten Ausweispapiers muss jedoch im Einklang mit übergeordnetem Recht erfolgen. So geht aus den Materialien nicht hervor, dass die Räte bewusst von völkerrechtlichen Verpflichtungen abweichen wollten. Vielmehr wies der Bundesrat in der Gesetzesbotschaft gerade darauf hin, dass das FZA (SR 0.142.112.681) ein weitergehendes Recht auf Einreise gewähre. Daneben bestehe vereinzelt, insbesondere gestützt auf die Bestimmungen des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) oder der EMRK ein völkerrechtlich geschützter Anspruch auf Einreise und Aufenthalt (vgl. BBl 2002 3774). Über die Geltung der «Schubert»-Praxis, wonach bei einem bewussten Abweichen vom Völkerrecht das Landesrecht grundsätzlich Vorrang hat (vgl. BGE 139 I 16 E. 5.1 m.w.H.), braucht im vorliegenden Fall deshalb nicht entschieden zu werden. Die Einreisevoraussetzung eines anerkannten Ausweispapiers gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG ist einer völkerrechtskonformen Anwendung zugänglich. Die weiteren Auslegungsmethoden bestätigen das Ergebnis der grammatikalischen und historischen Auslegung.

E. 7.5.1

Die zeitgemässe (auch geltungszeitliche) Auslegung stellt auf das Normverständnis und die Verhältnisse ab, wie sie gegenwärtig, das heisst zur Zeit der Rechtsanwendung bestehen. Massgebliches Element ist somit der Sinn der Norm, wie er heute im Rahmen der geltungszeitlichen Umstände erscheint (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., S. 28, Rz. 114 ff.).

E. 7.5.2

Für eine geltungszeitliche Erfassung des Anwendungsbereichs der Einreisevoraussetzungen gemäss Art. 5 Abs. 1 AIG erweist sich insbesondere der am 1. Dezember 2019 in Kraft getretene Art. 5 Abs. 3 AIG als aussagekräftig. Diese Bestimmung sieht vor, dass der Bundesrat Ausnahmen von den Einreisevoraussetzungen nach Absatz 1 aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen vorsehen kann. In der entsprechenden Botschaft führte der Bundesrat aus, Art. 5 AIG enthalte in einer abschliessenden Regelung die allgemeinen Einreisevoraussetzungen für alle Drittstaatsangehörigen unabhängig von der

Aufenthaltsdauer in der Schweiz. Die Kompetenz des Bundesrates, Ausnahmen von diesen Voraussetzungen vorzusehen, solle nun formell geregelt und damit eine Gesetzeslücke geschlossen werden. Dabei werde die Formulierung der Verordnung (EU) Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex; Kodifizierter Text), ABl. L 77/1 vom 23.03.2016 (nachfolgend: SGK) übernommen und die bereits bestehende Praxis formalisiert, welche in der am 15. September 2018 in Kraft getretenen VEV konkretisiert worden sei (vgl. BBl 2019 208, 219). In der Gesetzesberatung war die Einführung des Absatzes 3 in der vom Bundesrat vorgeschlagenen (heute in Kraft stehenden) Form unbestritten und gab zu keinen Diskussionen Anlass (AB 2019 S 184 f., 589; AB 2019 N 801, 803, 1367). Die für das Geschäft zuständige Bundesrätin strich in beiden Räten hervor, die schon heute bestehende Kompetenz des Bundesrates, insbesondere aus humanitären Gründen Ausnahmen von den allgemeinen Einreisevoraussetzungen vorzusehen, solle im AIG ausdrücklich geregelt werden. Diese Ausnahmemöglichkeiten entsprächen dem SGK (AB 2019 S 184; AB 2019 N 803).

E. 7.5.3

Auch die geltungszeitliche Auslegung ergibt somit, dass die Einreisevoraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG grundsätzlich auf sämtliche ausländische Personen anwendbar ist, gleichzeitig aber unter dem Vorbehalt der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz steht. Darunter fällt neben den bereits erwähnten EMRK, FK und FZA insbesondere auch das Schengen-Recht. Dieses schränkt die nationalstaatlichen Befugnisse insoweit ein, als es einheitliche Voraussetzungen für Einreise und Visum aufstellt (vgl. statt vieler Urteil des BVerfG F-643/2022 vom 17. März 2022 E. 3.2).

E. 7.6

In dieses Auslegungsergebnis reiht sich schliesslich auch eine systematische Normauslegung ein. Bei einer solchen wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch ihre Stellung im Gefüge der Rechtsordnung (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., S. 25, Rz. 97 ff.). Art. 5 AIG muss bereits aufgrund seiner Stellung am Anfang des dritten Gesetzeskapitels «Ein- und Ausreise» und infolge der einleitenden Positionierung der Regelung im AIG als Grundlagennorm verstanden werden. Dies lässt auf einen umfassenden Anwendungsbereich der Einreisevoraussetzungen mit den dargestellten Einschränkungen schliessen. Letzteres ergibt sich auch daraus, dass der Bestimmung der Art. 2 AIG vorangesetzt ist, welcher den allgemeinen Geltungsbereich des AIG unter den Vorbehalt völkerrechtlicher Verträge stellt (Abs. 1).

E. 8

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine methodenpluralistische Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG zum Ergebnis führt, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene Einreisevoraussetzung eines für den Grenzübertritt anerkannten Ausweispapiers im Grundsatz für alle ausländischen Personen gilt, die in die Schweiz einreisen wollen. Die Bestimmung ist völkerrechtskonform auszulegen. Der Gesetzgeber wollte von diesen Verpflichtungen nicht abweichen. Dem verfassungsrechtlichen Anwendungsgebot völkerrechtlicher Bestimmungen gemäss Art. 190 BV kann somit ohne Rücksicht auf die Schubert-Praxis Rechnung getragen werden. Dieses Auslegungsergebnis deckt sich mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die Schweiz - wie

andere Staaten auch - grundsätzlich nicht gehalten ist, ausländischen Personen die Einreise zu gestatten. Vorbehältlich völkerrechtlicher Verpflichtungen handelt es sich dabei um einen autonomen Entscheid (vgl. statt vieler BVGE 2009/27 E. 3; 2014/1 E. 4.1.1; Peter Uebersax, Einreise und Anwesenheit, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2009, Rz. 7.60).

E. 9.1

Die Anwendung der Einreisevoraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG im Kontext des Familiennachzugs und des Einbezugs in die vorläufige Aufnahme gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG hat sich insbesondere an den nachfolgenden Grundsätzen zu orientieren:

E. 9.2

Eine - wie vorliegend etwa infolge fehlender Ausweispapiere verfügte - Einreiseverweigerung kann verschiedene Grund- und Menschenrechte wie auch verfassungsmässige Prinzipien tangieren (vgl. Egli/Meyer, a.a.O., N. 60). Im Vordergrund stehen die Garantie des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK und die aus den EU/EFTA-Personenfreizügigkeitsabkommen abgeleiteten Ansprüche. Angehörigen der EU/EFTA-Staaten kommt im Hinblick auf eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit, auf eine von der Freizügigkeitsordnung geschützte Dienstleistungserbringung sowie auf eine erwerbslose Anwesenheit ein staatsvertraglicher Anspruch auf Einreise zu. Das Recht erstreckt sich auch auf die von der Freizügigkeitsregelung erfassten Familienangehörigen (vgl. Uebersax, a.a.O., Rz. 7.62). Dies führt dazu, dass die landes- und schengenrechtlichen Einreisevoraussetzungen nur für Drittstaatsangehörige Geltung beanspruchen. Besteht ein auf Art. 8 Abs. 1 EMRK bzw. dem deckungsgleichen Art. 13 Abs. 1 BV beruhender Anspruch auf Anwesenheit, leitet sich daraus auch ein Anspruch auf Einreise ab (vgl. Uebersax, a.a.O., Rz. 7.66). Die Zulässigkeit der Einreiseverweigerung ist diesfalls an den Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK beziehungsweise Art. 36 BV zu messen. Sie bedarf insbesondere eines zulässigen öffentlichen Interesses und muss verhältnismässig sein.

E. 9.3

Die EMRK verschafft keinen absoluten Anspruch auf Einreise und Aufenthalt respektive auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts, oder auf einen besonderen Aufenthaltstitel. Vielmehr erweist sich eine aufenthaltsbeendende oder -verweigernde, im Schutz- und Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK liegende Massnahme als zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinn von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft «notwendig» erscheint (vgl. BGE 143 I 21 E. 5.1 und 135 I 153 E. 2.1). Im hier interessierenden Zusammenhang ist festzustellen, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) akzeptiert, dass Massnahmen zur Identifizierung von Individuen der Abwehr von Gefahren für Personen und Eigentum sowie der Bekämpfung von Identitätsbetrug und damit dem legitimen Ziel der Wahrung der öffentlichen Sicherheit im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK dienen können bzw. dass damit auf Probleme der öffentlichen Sicherheit gemäss dieser Bestimmung reagiert werden kann (vgl. Urteil S.A.S. gegen Frankreich vom 1. Juli 2014, 43835/11, § 115, 139 und für den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Sicherheit im Zusammenhang mit Identifikationsmassnahmen und dem Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit gemäss Art. 9 EMRK auch Urteil Mann Singh gegen Frankreich vom 13.

November 2008, 24479/07, m.w.H.). Bei der Pflicht, ein für den Grenzübertritt anerkanntes Ausweispapier auf sich zu tragen, handelt es sich um eine solche Mass-nahme.

E. 9.4

Zu beachten ist in einem flüchtlingsrechtlichen Kontext sodann, dass das Formalerfordernis eines gültigen Reisedokuments für Geflüchtete oft nicht zu erfüllen ist, weil dieses entweder aufgrund einer staatlichen Verfolgung im Herkunftsland nicht ausgestellt bzw. beantragt werden konnte oder das Dokument im Rahmen der Fluchtbewegung verloren ging oder bewusst zerstört wurde, etwa um Hindernisse auf der Flucht bzw. bei der Einreise zu vermeiden (vgl. Stephan Klammer, in: Hruschka (Hrsg.), Genfer Flüchtlingskonvention, Handkommentar, 2022, Art. 28 N. 1). Dieser Lebensrealität ist beim Entscheid über die Gewährung des Familiennachzugs zu in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Personen mit Flüchtlingsstatus Rechnung zu tragen (vgl. Art. 74 Abs. 5 VZAE).

E. 9.5

Im Zusammenhang mit der Ausstellung von Reisedokumenten an Schriftenlose hält das Bundesverwaltungsgericht im Weiteren in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Frage, ob die Beschaffung von Reisedokumenten bei den Heimatbehörden von den betreffenden Personen verlangt werden kann, also die Zumutbarkeit gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über die Ausstellung von Reisedokumenten für ausländische Personen vom 14. November 2012 (RDV, SR 143.5), nach objektiven Massstäben zu beurteilen ist. Die Kontaktaufnahme mit den zuständigen Behörden des Heimat- oder Herkunftsstaats kann namentlich von schutzbedürftigen und asylsuchenden Personen nicht verlangt werden (Art. 10 Abs. 3 RDV). Dasselbe gilt in der Regel auch für Personen, welche infolge Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig aufgenommen wurden (vgl. Art. 83 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 AIG). Als unmöglich im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Bst. b RDV gilt die Beschaffung eines Reisepapiers grundsätzlich dann, wenn sich die ausländische Person bei den Behörden ihres Heimatstaates um dessen Ausstellung bemüht, diese aber ohne zureichende Gründe verweigert wird (zum Ganzen siehe BVGE 2014/23 E. 5.2-5.4 m.w.H.).

E. 9.6

Schliesslich ist auf die allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundsätze hinzuweisen, welchen auch das Familiennachzugsverfahren gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG grundsätzlich folgt. Für das Vorliegen einer Tatsache ist vorbehältlich gesetzlicher Sonderbestimmungen der volle Beweis zu erbringen. Gelingt der Beweis nicht, so geht die Beweislosigkeit nach der üblichen Beweislastregel zu Lasten dessen, der aus der Tatsache Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Es gilt sodann der Untersuchungsgrundsatz, der die Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhalts der Behörde auferlegt (Art. 12 VwVG). Dieser wird relativiert durch die Pflicht der Partei, an der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 Abs. 1 VwVG). Wie Art. 90 AIG als spezialgesetzliche Regelung ausdrücklich vorsieht, sind Ausländerinnen und Ausländer sowie an Verfahren nach dem Ausländergesetz beteiligte Dritte verpflichtet, an der Feststellung des massgebenden Sachverhalts mitzuwirken. Sie müssen insbesondere zutreffende und vollständige Angaben über die für die Regelung des Aufenthalts wesentlichen Tatsachen machen, die erforderlichen Beweismittel unverzüglich einreichen oder sich darum bemühen, sie innerhalb einer angemessenen Frist zu beschaffen, sowie gültige und anerkannte Ausweispapiere vorlegen oder bei deren Beschaffung durch die Behörden mitwirken. Den

Parteien können jedoch nur insoweit Mitwirkungspflichten auferlegt werden, als deren Erfüllung zumutbar ist. Was als zumutbar anzusehen ist, bestimmt sich dabei nach den konkreten Umständen (vgl. Krauskopf/Emmenegger/Babey, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. A., 2016, Art. 13 N. 46 ff., S. 304 f. m.w.H.).

E. 10

Nach dem Ausgeführten ist im Sinne einer Gesamtwürdigung folgendes festzuhalten: Die bisherige - zum Teil implizit angewendete - Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach allein das Fehlen gültiger Ausweispapiere der Nachzuziehenden kein Grund für die Verweigerung eines Familiennachzugs gestützt auf Art. 85 Abs. 7 AIG ist (vgl. Urteil des BVGer F-1415/2020 vom 25. November 2021 E. 8 m.w.H.), ist zu präzisieren: Der Familiennachzug nach Art. 85 Abs. 7 AIG setzt grundsätzlich vor-aus, dass die Identität der Nachzuziehenden erstellt ist (vgl. Urteil des BVGer E-638/2013 vom 16. Juli 2013, S. 8). Eine Verweigerung des Familiennachzugs gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG einzig gestützt auf fehlende Ausweispapiere der nachzuziehenden Personen in Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG kann deshalb - unter Vorbehalt der Einhaltung übergeordneten Rechts - dann erfolgen, wenn ernsthafte Zweifel an der Identität der Familienangehörigen bestehen, die auf keinem anderen Weg behoben werden können und eine zumutbare Mitwirkung der betreffenden Personen an der tatsächlich möglichen Identitätsabklärung unterblieben ist. Steht der Familiennachzug zu einer vorläufig aufgenommenen Person mit Flüchtlingsstatus zur Debatte, ist diesem Umstand (unter anderem) bei der Frage nach der Zumutbarkeit der Mitwirkung bei der Identitätsfeststellung Rechnung zu tragen.

E. 11.1

Die Familienverhältnisse präsentieren sich vorliegend folgendermassen: Gemäss einer vom Institut für Rechtsmedizin des Kantonsspitals Aarau vorgenommenen Abstammungsbegutachtung mittels DNA-Analyse ist der Beschwerdeführer der biologische Vater und B._____ die biologische Mutter von C._____ und D._____. Belege für eine rechtsgültig geschlossene Ehe zwischen dem Beschwerdeführer und B._____ und für eine rechtliche Elternschaft liegen nicht vor. Der Beschwerdeführer brachte im vorinstanzlichen Verfahren vor, die Ehe in Tibet traditionell geschlossen und keine behördliche Registrierung veranlasst zu haben (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] B12).

E. 11.2

Nachdem das SEM im Oktober 2018 Kenntnis von der biologischen Verwandtschaft im oben erwähnten Sinn erhalten hatte, forderte es am 5. März 2019 vom Beschwerdeführer einen über die Person von B._____ ausgestellte Bestätigung des Bureau of His Holiness the Dalai Lama in Neu-Delhi ein (SEM-act. B15). Mit Eingabe vom 10. April 2019 machte der Beschwerdeführer geltend, eine entsprechende Bestätigung sei ihm dort verweigert worden (SEM-act. B16). Die Vorinstanz erkundigte sich daraufhin mit E-Mail vom 9. Mai 2019 bei der schweizerischen Botschaft in Neu-Delhi nach dem Wahrheitsgehalt dieser Aussage. Mit E-Mail vom gleichen Tag antwortete diese, dass das Büro des Dalai Lama weiterhin solche Bestätigungen ausstelle (SEM-act. B19). Im Rahmen der weiteren Sachverhaltsinstruktion hielt das SEM gegenüber dem Beschwerdeführer an dieser Auffassung fest. Sodann führte es in einem Schreiben vom 5. Juni 2020 aus, gemäss aktuellem Kenntnisstand sei davon auszugehen, dass Personen tibetischer Herkunft, welche sich in Indien befinden würden, über ein «Registration Certificate» (nachfolgend: RC), ein

«Identity Certificate» (nachfolgend: IC) sowie ein «Green Book» verfügen würden. Der Beschwerdeführer werde deshalb aufgefordert, die Kopien der Identitätsdokumente bis zum 3. Juli 2020 einzureichen (SEM-act. B, unpaginierte Seiten). Am 19. Juni 2020 reichte der Beschwerdeführer ein E-Mail vom 15. Juni 2020 zu den Akten, in welchem ein «Protocol Officer» des Bureau of His Holiness the Dalai Lama ausführte, sie hätten Instruktionen, keine «bona-fide letter» mehr auszustellen («We have strict instruction from Kashag to not issue any support letter or bonafide letter for Swiss family reunion purposes.»; SEM-act. B, unpaginierte Seiten).

E. 11.3

In der angefochtenen Verfügung führte das SEM schliesslich aus, gemäss Art. 7 VEV könnten Ausnahmen von der Reisedokumentenpflicht in begründeten Fällen bewilligt werden, insbesondere aus humanitären Gründen oder zur Wahrung nationaler Interessen. Beides sei im Fall des Beschwerdeführers nicht ersichtlich und eine Ausnahme damit nicht angezeigt. Er habe die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, zumal die eingeforderte Mitwirkung erfüllbar, zumutbar und zur Abklärung der entscheiderelevanten Tatsachen geeignet gewesen sei (BVGer-act. 1, Beilage 1).

E. 11.4

Der Beschwerdeführer machte in der Beschwerde geltend, er sei mit der Einschätzung des SEM nicht einverstanden, dass er und seine Familienmitglieder ihrer Mitwirkungspflicht nicht hinreichend nachgekommen seien. Die Vorinstanz stelle sich auf den Standpunkt, dass laut einer eigenen Abklärung vom 9. Mai 2019 davon ausgegangen werden dürfe, dass es nicht zutrefte, dass das Tibet Bureau keine «bona-fide letter» ausstelle. Dies könne er mit einem beigelegten E-Mail vom 15. Juni 2020 widerlegen. Sollte das SEM auf seinem Standpunkt beharren, bitte er um Einsichtnahme in die genannten Abklärungen. Auch die pauschale Aussage, dass Tibeter in Indien ohne Probleme zu indischen Identitätspapieren gelangen könnten, treffe so nicht zu. Seine Angehörigen würden kein RC erhalten, weil sie keine Papiere, wie namentlich eine Geburtsurkunde vorlegen könnten. Das RC wiederum sei Voraussetzung um ein IC zu erhalten. Aufgrund ihrer illegalen Einreise nach Indien und der Angst, deshalb zurück nach Nepal und von dort nach China gebracht zu werden, schreckten seine Frau und die beiden Töchter davor zurück, eine RC zu beantragen (BVGer-act. 1).

E. 11.5

Die Vorinstanz führte in ihrer Vernehmlassung vom 2. November 2020 aus, sie habe sich bei ihrer Aussage, dass das Bureau of His Holiness the Dalai Lama im Rahmen eines Familiennachzugs in die Schweiz weiterhin Bestätigungen für Tibeter ausstelle, auf eine Aussage der Schweizer Botschaft vom 9. Mai 2019 gestützt. Diese habe zum damaligen Zeitpunkt explizit bestätigt, dass der Erhalt eines «bona-fide letter» auch weiterhin möglich sei. Laut Aussagen der Schweizer Botschaft in Neu-Delhi sei der «bona-fide letter» nicht zu verwechseln mit dem sogenannten «recommendation letter» der vom Bureau of His Holiness the Dalai Lama weiterhin ausgestellt werde. Tibeter, die über Nepal nach Indien flöhen, würden durch diesen «recommendation letter» nachweisen, dass sie tatsächlich Tibeter und nicht etwa Nepalesen oder Nordostinder seien. Damit würden sie auf der indischen Botschaft in Katmandu ein sogenanntes «Special Entry Permit» erhalten. Diese würden in der Regel vom Tibetan Refugee Refugee Reception Centre in Dharamsala eingezogen. In Indien angekommen, ermögliche es die Bezahlung des sogenannten

«Chatrel» Tibetern, ein «Grünes Buch» zu erhalten. Dieses Dokument sei der einzige Ausweis, den die «Central Tibetan Administration» (nachfolgend: CTA) zur Verfügung stelle und werde derzeit für den Schulbesuch, das Schul- oder Universitätsstipendium und die Beschäftigung in der Exilgemeinde verwendet. Jeder Tibeter, der älter als sechs Jahre sei, dürfe ein «Grünes Buch» besitzen. Seit Februar 2011 verteile die Polizei auch «Registration Certificates» an tibetische Neuankömmlinge in Indien. Verfügt Tibeter in Indien noch über kein RC, könnten sie bei der CTA ein Empfehlungsschreiben erlangen und damit bei den indischen Behörden ein RC ausstellen lassen. Sollten sie von der CTA kein Empfehlungsschreiben erhalten, könnten sie sich dennoch für ein RC an die indischen Behörden wenden und ihre Situation zumindest erklären. Die Ehefrau und die Kinder des Beschwerdeführers würden sich seit mehreren Jahren in Indien befinden. Das SEM könne aufgrund obgenannter Ausführungen und den Auskünften der Schweizer Botschaft in Indien schliessen, dass es extrem unwahrscheinlich sei, dass sie über keine der genannten Dokumente verfügten, zumal man offenbar bei Polizeikontrollen oft danach gefragt werde oder solche auch benötige, um eine Wohnung oder ein Haus zu mieten. Hingegen komme es regelmässig vor, dass die nachziehenden Personen die Eingabe dieser Dokumente verweigerten, weil sich daraus möglicherweise ableiten liesse, dass der vorläufig aufgenommene Flüchtling in der Schweiz aus Indien oder Nepal und damit aus einem sicheren Drittstaat und nicht aus Tibet in die Schweiz eingereist sei. Es müsse deshalb angenommen werden, dass diese Dokumente zwar vorlägen, vom Beschwerdeführer aber bewusst zurückbehalten würden, um den eigenen Aufenthaltsstatus in der Schweiz nicht zu gefährden (BVGer-act. 6).

E. 11.6

In seiner Replik vom 3. Januar 2021 wiederholte der Beschwerdeführer, dass er sich sehr um die Beschaffung der erforderlichen Dokumente bemüht habe und seiner Mitwirkungspflicht mehr als hinreichend nachgekommen sei. Diesbezüglich verweise er auf die bereits getätigten Ausführungen. Es sei darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz sich nicht die Mühe gemacht habe, sich zum Inhalt des von ihm vorgelegten E-Mails vom 16. Juni 2020 zu äussern. Sie belasse es dabei, die veralteten Ausführungen der schweizerischen Botschaft zu wiederholen (BVGer-act. 8).

E. 11.7

In ihrer Vernehmlassung vom 16. März 2021 führte die Vorinstanz aus, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers habe sie in der Vernehmlassung vom 2. November 2020 klar festgehalten, dass sie sich in Bezug auf den «bona-fide letter» auf eine Aussage der Schweizer Botschaft vom 9. Mai 2019 gestützt habe. Zudem habe sie ausführlich aufgezeigt, welche Dokumente in Indien lebende Tibeter üblicherweise nachweisen könnten und weshalb es äusserst unwahrscheinlich sei, dass man als Tibeter ohne eines dieser Dokumente nach Indien gelange oder gar längerfristig dort lebe. Der Beschwerdeführer habe für seine Angehörigen weder im Verlaufe des Familiennachzugsverfahrens noch im Beschwerdeverfahren solche Dokumente eingereicht, weshalb schon aus diesem Grund eine Ablehnung des Familiennachzugsgesuchs gerechtfertigt sei (BVGer-act. 10).

E. 11.8

Mit Triplik vom 27. April 2021 brachte der Beschwerdeführer schliesslich vor, es sei für ihn schlicht nicht nachvollziehbar, weswegen die Vorinstanz nicht mit einem Wort auf

seinen Einwand und den Inhalt der E-Mail vom 16. Juni 2020 eingegangen sei BVGer-act. 12).

E. 11.9

Die Vorinstanz hat es auf Beschwerdeebene trotz wiederholter Aufforderung durch das Bundesverwaltungsgericht (BVGer-act. 5, act. 9) unterlassen, sich konkret zum vom Beschwerdeführer vorgelegten E-Mail vom 15. Juni 2020 und zu dessen möglichen Implikationen für das vorliegende Verfahren zu äussern. In dieser Mitteilung widerspricht ein «Protocol Officer» des Bureau of His Holiness the Dalai Lama in Neu-Delhi den Angaben der schweizerischen Botschaft vom 9. Mai 2019, dass weiterhin «bona-fide letter» ausgestellt würden. Die vom Beschwerdeführer vorgelegten Informationen sind dabei neueren Datums als diejenigen der Vorinstanz. Unabhängig von der Frage nach dem Beweiswert des E-Mails vom 15. Juni 2020 erweist es sich vor dem Hintergrund dieser widersprüchlichen Angaben für das Bundesverwaltungsgericht ohne vertiefte Abklärungen als unmöglich, zu beurteilen, ob es für den Beschwerdeführer bzw. die nachzuziehenden Personen möglich war, die geforderte Bestätigung zu erhalten. Aus den vorinstanzlichen Akten und aus der angefochtenen Verfügung wird sodann auch nicht konkret ersichtlich, was für eine rechtliche Relevanz die Vorinstanz einem «bona-fide letter» einräumt - etwa als geeigneter Identitätsnachweis im Rahmen einer Ausnahmeregelung zu der Einreisevoraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG (vgl. Art. 6 Abs. 5 und Art. 7 VEV) - und inwiefern sich die Rechtsposition des Beschwerdeführers und seiner Angehörigen durch das Vorliegen eines solchen geändert hätte. Die fehlende Entscheidungsreife ist in dieser Situation nicht durch das Bundesverwaltungsgericht selbst herzustellen (Art. 61 VwVG).

E. 12

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen und das Verfahren zur vollständigen Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts und zur rechtsgenügenden Begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sollte diese an einer Gesuchsabweisung einzig basierend auf den fehlenden Ausweispapieren der nachzuziehenden Personen festhalten, wären die vom Gericht dargelegten Grundsätze (vgl. E. 9 f.) zu berücksichtigen.

E. 13

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG), und der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss ist zurückzuerstatten. Eine Parteientschädigung ist ihm angesichts seines verhältnismässig geringen Aufwands nicht auszurichten (vgl. Art. 7 Abs. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). (Dispositiv nächste Seite)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.