



## **Urteil vom 25. November 2021**

---

Besetzung

Richterin Susanne Genner (Vorsitz),  
Richter Andreas Trommer,  
Richter Daniele Cattaneo,  
Gerichtsschreiberin Eliane Kohlbrenner.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
(...),  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Familiennachzug und Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft  
zugunsten von:  
B. \_\_\_\_\_ und  
C. \_\_\_\_\_.

**Sachverhalt:****A.**

Der Beschwerdeführer (geb. [...]) ersuchte am 26. Juli 2013 um Asyl in der Schweiz. Er gab an, er sei ethnischer Tibeter und in China geboren. Seit dem Jahr 2008 sei er mit B. \_\_\_\_\_ (geb. [...]) nach Brauch verheiratet. Am (...) sei die gemeinsame Tochter C. \_\_\_\_\_ geboren worden. Seine Ehefrau und Tochter seien mittlerweile von Tibet nach Nepal gereist. Am 6. Mai 2015 lehnte die Vorinstanz das Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an. Wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs wurde der Beschwerdeführer als Flüchtling vorläufig aufgenommen.

**B.**

Gemäss seinem schweizerischen Reiseausweis hielt sich der Beschwerdeführer zwei Mal (vom 19.12.2015 bis 18.01.2016 und vom 13.02.2018 bis 28.03.2018) in Indien auf.

**C.**

Am 21. Mai 2019 reichte der Beschwerdeführer beim Migrationsamt des Kantons D. \_\_\_\_\_ ein Gesuch um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme zugunsten seiner Ehefrau und seines Kindes, welche sich in Indien aufhielten, ein. Das Migrationsamt leitete das Gesuch an die Vorinstanz weiter und führte in der Stellungnahme aus, die Voraussetzungen für eine Gutheissung seien erfüllt. Der Beschwerdeführer sei finanziell unabhängig und eine bedarfsgerechte Wohnung sei vorhanden.

**D.**

Mit Schreiben vom 27. September 2019 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, da er für seine Familienangehörigen keinerlei Identitätspapiere eingereicht habe, sei unklar, wer die Personen seien, die er als Ehefrau und Kind angebe. Personen tibetischer Herkunft hätten in Indien die Möglichkeit, sich ein Identity Certificate und ein Green Book ausstellen zu lassen. Des Weiteren sei unklar, ob eine in der Schweiz anererkennungsfähige Ehe vorliege.

**E.**

Am 10. Oktober 2019 reichte der Beschwerdeführer Kopien von Identitätsdokumenten für seine Ehefrau und sein Kind, ausgestellt durch die "Dhomay Cholkha Association", sowie eine Bestätigung des Zivilstandes vom 10. Juni 2019, ausgestellt durch das «The Tibet Bureau» in Genf, ein. Im Bestätigungsschreiben sind die Personendaten des Beschwerdeführers

aufgeführt. Zudem wird ausgeführt, es sei schwierig, den Zivilstand von aus Tibet stammenden Tibetern zu eruieren, da eine Heirat nicht beim Zivilstandsamt gemeldet werde.

**F.**

Mit Verfügung vom 12. Februar 2020 wies die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme zugunsten seiner Ehefrau und seines Kindes ab.

**G.**

Am 9. März 2020 erhob der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Er beantragte sinngemäss die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Gutheissung seines Gesuchs um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme zugunsten seiner Ehefrau und seines Kindes.

**H.**

Am 16. April 2020 reichte die Vorinstanz eine Vernehmlassung ein.

**I.**

Mit Replik vom 26. Juni 2020 und ergänzender Stellungnahme vom 31. Juli 2020 nahm der Beschwerdeführer zur Vernehmlassung Stellung.

**J.**

Am 11. Juni 2021 gab der Beschwerdeführer persönlich beim Bundesverwaltungsgericht verschiedene Unterlagen (bereits bei den Akten) ab. Am 14. Juni 2021 reichte er ein fremdsprachiges Schreiben ein.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Verfügungen des SEM betreffend Familiennachzug nach Art. 87 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).

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

**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).

## **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 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 Entscheids (vgl. BVGE 2014/1 E. 2).

## **3.**

**3.1** Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei anerkannter Flüchtling, weshalb für den Familiennachzug primär Art. 51 AsylG (Familienasyl) und erst subsidiär das AIG anwendbar sei. Die Vorinstanz habe von Amtes wegen das geltende (richtige) Recht anzuwenden, auch wenn er sein Familiennachzugsgesuch fälschlicherweise auf Art. 85 Abs. 7 AIG gestützt habe.

**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-1450/2020 vom 8. April

2021 E. 6.3; F-2213/2018 vom 1. Februar 2021 E. 7.7). Der Familiennachzug und Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ist somit einzig nach Art. 85 Abs. 7 AIG zu prüfen.

#### **4.**

**4.1** Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Verfahrensgarantie nach Art. 6 EMRK.

**4.2** Der sachliche Geltungsbereich von Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) ist grundsätzlich auf Verfahren beschränkt, in denen zivilrechtliche Ansprüche beziehungsweise strafrechtliche Anklagen zu beurteilen sind. Das vorliegende Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren fällt nicht darunter (Urteil des BVGer F-4032/2016 vom 14. Dezember 2017 E. 3.1). Aus Art. 6 EMRK kann der Beschwerdeführer daher nichts für das vorliegende Verfahren ableiten.

#### **5.**

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). Der Familiennachzug nach Art. 85 Abs. 7 AIG setzt weiter voraus,

dass die Identität beziehungsweise bei Kindern zusätzlich die Verwandtschaft der einzubeziehenden Person erstellt ist (Urteil des BVGer E-638/2013 vom 16. Juli 2013, S. 8).

## **6.**

**6.1** Die Vorinstanz führt in der Verfügung aus, grundsätzlich seien die Voraussetzungen des Familiennachzugs nach Art. 85 Abs. 7 AIG erfüllt. Die Identität der nachziehenden Ehefrau und Tochter sei indes nicht belegt. Auf Aufforderung hin habe der Beschwerdeführer lediglich zwei Kopien von Ausweisdokumenten, ausgestellt durch die "Dhoday Cholkha Association", eingereicht. In den Ausweisen werde auf eine nichtexistierende Internetseite verwiesen. Zudem dürfte es sich bei der "Dhoday Cholkha Association" um einen Verein handeln. Die Ausweisdokumente seien demnach nicht von den indischen Behörden ausgestellt worden und nicht als Reisedokumente im Sinn von Art. 5 AIG zu qualifizieren. Aus dem Tibet stammende Flüchtlinge könnten sich in der Regel problemlos in Indien registrieren und danach von den indischen Behörden ein Identity Certificate und ein Green Book ausstellen lassen. Die Familienangehörigen des Beschwerdeführers seien somit unter Verletzung der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AIG ihrer Pflicht, Identitätspapiere zu beschaffen, nicht nachgekommen. Ein Grund für eine Ausnahme von der Reisedokumentenpflicht (Art. 7 VEV) liege nicht vor. Angesichts dessen erübrigten sich weitere Instruktionsmassnahmen betreffend Familien- und Abstammungsverhältnisse (z.B. DNA-Analyse).

**6.2** Der Beschwerdeführer macht geltend, er könne weder die traditionelle Heirat noch die Geburt seiner Tochter belegen, da in Tibet keine Heirats- und Geburtsurkunden ausgestellt würden. Er sei bereit, die Familien- und Abstammungsverhältnisse mittels eines DNA-Tests aufzuzeigen. Für Tibeter sei es in Indien fast unmöglich, legale Ausweispapiere zu erhalten. Diese Aussage werde durch einen Bericht der Schweizerischen Flüchtlingshilfe (SFH) gestützt. Er werde die nötigen Unterlagen (z.B. Laissez-Passer) für die Einreise seiner Familie beschaffen.

**6.3** In der Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, mit einem DNA-Test könne das verwandtschaftliche Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter sowie zwischen der Tochter und der Mutter belegt werden. Ein Nachweis der Identität der Nachziehenden sowie der Heirat sei damit aber nicht möglich. Die chinesischen Behörden würden eine traditionelle Heirat nicht anerkennen. In Tibet sei eine behördliche Registrierung der Heirat und Geburt üblich geworden, da ein Anspruch auf staatliche

Leistungen an die ordnungsgemässe Registrierung geknüpft sei. Die Registrierungsrate betrage 90 %. Die Heirat werde im Familienbuch Hukou eingetragen. In der Autonomen Region Tibet lebende Tibeter seien verpflichtet, ein Hukou zu besitzen. Der Beschwerdeführer habe im Asylverfahren angegeben, seine Familie habe ein Hukou. Seine Angaben, es seien keine Dokumente zur Geburt und Heirat vorhanden, seien daher unglaubhaft. Die Ausstellung eines Laissez-Passer für die Nachziehenden erübrige sich, da es diesen möglich sei, gültige Reisedokumente zu beschaffen.

**6.4** Der Beschwerdeführer bringt in der Replik vor, die Vorinstanz halte die Voraussetzungen für den Familiennachzug grundsätzlich für erfüllt. Eine Verweigerung des Familiennachzugs einzig unter dem Vorwand fehlender gültiger Ausweispapiere für die Einreise (Art. 5 Abs. 1 Bst. a AIG) stelle eine Verletzung des Rechts auf Familienleben (Art. 8 EMRK) dar. Seine Ehefrau und Tochter verfügten weder über ein Identity Certificate noch über ein Green Book. Es stelle eine reine Mutmassung der Vorinstanz dar, dass sämtliche Tibeter in Indien solche Dokumente hätten. Zudem habe er die Identität seiner Ehefrau und Tochter mit den Bestätigungen des Vereins "Dhoday Cholkha" belegt. Dies sollte mangels anderer Ausweispapiere als rechtsgenügender Nachweis der Identitäten genügen.

In seiner ergänzenden Stellungnahme erklärt der Beschwerdeführer, es könne sein, dass heutzutage eine behördliche Registrierung der Geburt oder Heirat in Tibet üblich sei. Er habe aber im Jahr 2008 seine Ehefrau nach tibetischem Brauch geheiratet. Er bezweifle, dass die Registrierungsrate in Tibet rund 90 % betrage. Gemäss einer Umfrage aus dem Jahr 1988 seien 50 % nicht registriert gewesen, wobei der Anteil nicht gemeldeter Ehen in ländlichen Gegenden höher gewesen sei. Ein DNA-Test würde immerhin beweisen, dass die Tochter von ihm und seiner Ehefrau sei.

## 7.

Die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls folgender Beweismittel: Urkunden, Auskünfte der Parteien, Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen, Augenschein, Gutachten von Sachverständigen (Art. 12 VwVG). Die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts kann nach Art. 49 Bst. b VwVG gerügt werden. Unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung beispielsweise dann, wenn der Verfügung ein aktenwidriger oder nicht weiter belegbarer Sachverhalt zugrunde gelegt wurde. Unvollständig ist die Sachver-

haltsfeststellung, wenn die Behörde trotz der geltenden Untersuchungsmaxime (Art. 12 ff. VwVG) den Sachverhalt nicht von Amtes wegen abgeklärt oder nicht alle für den Entscheid wesentlichen Sachumstände berücksichtigt hat (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 49 N. 29).

## 8.

Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für den Familiennachzug nach Art. 85 Abs. 7 AIG und Art. 74 Abs. 3 VZAE unbestrittenermassen erfüllt. Die Vorinstanz begründete die Abweisung des Gesuchs um Familiennachzug damit, die Identität der Nachziehenden sei nicht bewiesen und sie würden nicht über gültige Ausweispapiere für die Einreise in die Schweiz verfügen. Den vom Beschwerdeführer angebotenen DNA-Test zum Nachweis der Verwandtschaft zwischen ihm und dem Kind sowie zwischen dem Kind und der Ehefrau hält sie angesichts der fehlenden Reisedokumente für unnötig. Nach Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist allein das Fehlen gültiger Ausweispapiere der Nachziehenden kein Grund für die Verweigerung eines Familiennachzugs. So wurde im Fall F-7978/2015 im vorinstanzlichen Verfahren die Vaterschaft zwischen dem in der Schweiz lebenden Vater und dem in Äthiopien lebenden Kind aufgrund fehlender Identitätspapiere mittels DNA-Test nachgewiesen. Die Vorinstanz lehnte daraufhin das Gesuch aus anderweitigen Gründen (fehlende bedarfsgerechte Wohnung und finanzielle Mittel) ab. Das Bundesverwaltungsgericht hiess eine dagegen erhobene Beschwerde gut und wies den Fall zur Abklärung der finanziellen Verhältnisse an die Vorinstanz zurück. Die fehlenden Ausweispapiere des nachziehenden Kindes wurden weder von der Vorinstanz noch vom Bundesverwaltungsgericht als Hindernis für den Familiennachzug angeführt (Urteil des BVGer F-7978/2015 vom 23. März 2019; ebenso: Urteil des BVGer F-2775/2019 vom 5. Mai 2021 E. 5.3). Die Vorinstanz hat demnach zu Unrecht mit dem Hinweis auf fehlende Ausweispapiere auf die Durchführung einer DNA-Analyse verzichtet. Der DNA-Test ist ein taugliches Beweismittel zum Nachweis der Verwandtschaft zwischen ihm und dem Kind sowie zwischen dem Kind und der Ehefrau. Er ist auch als rechtserheblich für die Beurteilung der Voraussetzungen des Familiennachzugs sowie für die allfällige Prüfung von Art. 8 EMRK einzustufen. Zudem drängt sich der DNA-Test auf, da Indizien für eine mögliche Verwandtschaft bestehen. In den Akten findet sich ein Foto des Beschwerdeführers mit einer Frau und einem Kind. Die Frau und das Kind ähneln den Personen auf den eingereichten (nicht rechtsgenügenden) Kopien der von der "Dhoday Cholkha Association"



ausgestellten Identitätsdokumenten. Zudem hielt sich der Beschwerdeführer zwei Mal für mehrere Wochen in Indien auf (s. Sachverhalt Bst. B); vermutlich zum Besuch seiner Familie. Die Vorinstanz hat somit den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig festgestellt.

## **9.**

**9.1** Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück.

**9.2** Eine Kassation und Rückweisung an die Vorinstanz ist insbesondere dann angezeigt, wenn weitere Tatsachen festgestellt werden müssen und ein umfassendes Beweisverfahren durchzuführen ist. Die in diesen Fällen fehlende Entscheidungsreife kann zwar grundsätzlich auch durch die Beschwerdeinstanz selbst hergestellt werden, wenn dies im Einzelfall aus prozessökonomischen Gründen angebracht erscheint; sie ist aber nicht dazu verpflichtet (vgl. BVGE 2012/21 E. 5).

**9.3** Vorliegend wurde der rechtserhebliche Sachverhalt nicht vollständig festgestellt. Es sind umfassende Abklärungen betreffend das Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kind einerseits sowie zwischen dem Kind und der Ehefrau andererseits vorzunehmen; insbesondere drängt sich die Durchführung eines DNA-Tests auf. Die Entscheidungsreife ist daher nicht durch das Bundesverwaltungsgericht herzustellen.

## **10.**

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache ist zur vollständigen und richtigen Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **11.**

**11.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.– ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

**11.2** Dem teilweise vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädi-

gung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Die Replik vom 26. Juni 2020 und die ergänzende Stellungnahme vom 31. Juli 2020 wurden durch den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers verfasst. Mangels einer Honorarnote setzt das Gericht die Parteientschädigung nach pflichtgemäßem Ermessen fest (Art. 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Unter Berücksichtigung der massgebenden Bemessungsfaktoren (Art. 8 ff. VGKE) ist dem Beschwerdeführer zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 660.– (inkl. Auslagen) zuzusprechen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die Verfügung vom 12. Februar 2020 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.– wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

**4.**

Die Vorinstanz wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 660.– auszurichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilage: Formular "Zahladresse")
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Akten [...] zurück)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Genner

Eliane Kohlbrenner

Versand: