



Urteil vom 5. Dezember 2019

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richter Andreas Trommer,
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiberin Christa Preisig.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Dominik Löhner,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Familienzusammenführung (v.A.).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer flog gemäss eigenen Angaben am (...) 2011 von Nepal nach Europa und gelangte am (...) 2011 in die Schweiz, wo er selbsttags um Asyl ersuchte (SEM-act. A7 Ziff. 5.01 ff.), Am 14. November 2011 fand die Befragung zur Person (BzP) statt (SEM-act. A7), woraufhin der Beschwerdeführer mit Entscheid vom 15. November 2011 zum Aufenthalt während des Asylverfahrens dem Kanton Zürich zugewiesen wurde (SEM-act. A11). Am 11. Oktober 2013 wurde er zur Befragung zu den Asylgründen vorgeladen (SEM-act. A14). Diese fand am 30. Oktober 2013 statt (SEM-act. A15). Mit Verfügung vom 17. Februar 2014 wurde der Beschwerdeführer als Flüchtling anerkannt, sein Asylgesuch wurde jedoch abgelehnt und die Wegweisung aus der Schweiz verfügt. Letztere wurde wegen Unzulässigkeit nicht vollzogen und zu Gunsten einer vorläufigen Aufnahme aufgeschoben (SEM-act. A17). Der Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft (SEM-act. A19).

B.

Am 30. Juni 2017 reichte der Beschwerdeführer beim Migrationsamt des Kantons Zürich ein Gesuch um Familiennachzug seiner beiden Töchter B. _____ (geboren am [...] 2002) und C. _____ (geboren am [...] 1998) und deren Einbezug in die vorläufige Aufnahme ein (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] B1).

C.

Das Migrationsamt Zürich übermittelte das Gesuch am 31. Juli 2017 an die Vorinstanz und empfahl bezüglich der jüngeren Tochter B. _____ eine Gutheissung, betreffend ihrer älteren Schwester C. _____ ein Nichteintreten (SEM-act. B2).

D.

Mit Schreiben vom 3. Oktober 2017 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, sie erwäge, nicht auf das Gesuch um Familiennachzug seiner älteren Tochter einzutreten, da diese zum Zeitpunkt der Gesuchstellung das 18. Altersjahr bereits vollendet habe. Bezüglich der jüngeren Tochter gehe sie davon aus, dass die Voraussetzungen für den Nachzug grundsätzlich erfüllt wären, allerdings sei hierfür eine Einwilligungserklärung der Kindsmutter notwendig. Gleichzeitig gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör (SEM-act. B4).

E.

Am 23. Oktober 2017 teilte der Beschwerdeführer der Vorinstanz mit, er wolle am Gesuch für seine ältere Tochter festhalten. Zur Kindsmutter hätten sowohl er als auch seine Töchter keinerlei Kontakt mehr, und es sei ihnen auch nicht möglich, diesen herzustellen, da es im Dorf, in dem seine Frau lebe, weder Telefone noch ein Telefonnetz gebe (SEM-act. B5). Die Vorinstanz teilte dem Beschwerdeführer daraufhin mit Schreiben vom 30. November 2017 mit, die Einwilligungserklärung der Mutter oder der Nachweis, dass er über das alleinige Sorgerecht verfüge, seien zwingend. Könne er dies nicht beibringen, behalte das SEM sich vor, das Gesuch um Familiennachzug abzulehnen (SEM-act. B6).

F.

Der Beschwerdeführer teilte daraufhin mit Schreiben vom 20. Dezember 2017 mit, es gebe keine Möglichkeit, mit seiner Frau in Kontakt zu treten. Er beantragte eine Anhörung der jüngeren Tochter auf der Schweizer Botschaft in Kathmandu, da diese mit 15 Jahren alt genug sei, sich dazu zu äussern, wo und bei welchem Elternteil sie leben wolle. In Bezug auf seine ältere Tochter führte er an, sein Asylverfahren habe zweieinhalb Jahre gedauert, weshalb ein allfälliges Nichteintreten auf das Familiennachzugsgesuch und ihr alleiniges Zurückbleiben in Nepal eine besondere Härte darstellen würden (SEM-act. B7). Mit Eingaben vom 26. Februar 2018 und vom 9. März 2018 reichte der Beschwerdeführer weitere Unterlagen zu den Akten (SEM-act. B11-B12).

G.

Mit Verfügung vom 17. April 2018 wies die Vorinstanz den Antrag auf Befragung der jüngeren Tochter des Beschwerdeführers auf der Botschaft in Kathmandu sowie die Gesuche um Familiennachzug der beiden Töchter des Beschwerdeführers ab. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass die ältere Tochter zum Zeitpunkt der Gesuchstellung bereits volljährig gewesen sei. Bezüglich der jüngeren Tochter sei nicht erstellt, dass die Einreise der unmündigen nachziehenden Person nicht gegen den Willen der Kindsmutter erfolge oder dass der Beschwerdeführer alleiniger Inhaber der elterlichen Sorge sei (SEM-act. B14).

H.

Hiergegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 16. Mai 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt die Aufhebung der Verfügung vom 17. April 2018, die Gutheissung des Gesuchs um Familiennachzug, die Bewilligung der Einreise seiner beiden Töchter in die

Schweiz und deren Einbezug in die vorläufige Aufnahme als Flüchtling. Zur Begründung führte er im Wesentlichen an, sein Asylverfahren habe sehr lange gedauert, was dazu geführt habe, dass seine ältere Tochter während der dreijährigen Wartefrist von Art. 85 Abs. 7 AuG (SR 142.20) volljährig geworden sei. Die Vorinstanz sei jedoch in der angefochtenen Verfügung mit keinem Wort auf die lange Dauer des Asylverfahrens eingegangen. Betreffend seine jüngere Tochter sei mit grösster Sicherheit davon auszugehen, dass die Kindsmutter die Flucht ihrer Kinder von Tibet nach Nepal mitgetragen und -organisiert habe, weshalb man annehmen könne, sie habe das Sorge- und Obhutsrecht freiwillig aufgegeben. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte er um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1).

I.

Mit Zwischenverfügung vom 5. Juni 2018 teilte der damals zuständige Instruktionsrichter dem Beschwerdeführer mit, die Beschwerde sei nicht als aussichtslos zu betrachten und forderte ihn auf, seine Bedürftigkeit nachzuweisen (BVGer-act. 3). Mit Eingabe vom 4. Juli 2018 reichte der Beschwerdeführer das ausgefüllte Gesuchsformular zur unentgeltlichen Rechtspflege und entsprechende Unterlagen zu den Akten (BVGer-act. 5). Das Bundesverwaltungsgericht wies das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung aufgrund der fehlenden prozessualen Bedürftigkeit des Beschwerdeführers mit Zwischenverfügung vom 19. Juli 2018 ab (BVGer-act. 6).

J.

In ihrer Vernehmlassung vom 13. September 2018 hält die Vorinstanz vollumfänglich an der angefochtenen Verfügung fest. Sie führt aus, aufgrund der Mitwirkungspflicht obliege es dem Beschwerdeführer nachzuweisen, wer Inhaber der elterlichen Sorge sei. Es sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer mit hoher Wahrscheinlichkeit wesentliche Tatsachen bezüglich seiner eigenen Vorgeschichte und derjenigen seiner Familie nicht offengelegt habe. Insbesondere stehe nicht mit Sicherheit fest, dass der Beschwerdeführer seine Kinder und Ehefrau in Tibet zurückgelassen habe, sondern möglicherweise in Nepal (BVGer-act. 9).

K.

Der Beschwerdeführer machte in der Folge keinen Gebrauch von dem ihm eingeräumten Replikrecht (vgl. BVGer-act. 10-11).

L.

Am 1. Juli 2019 übernahm die unterzeichnende Richterin zufolge Abteilungswechsels des vormals zuständigen Instruktionsrichters das vorliegende Verfahren.

M.

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, 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 Sinn 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 (vgl. Art. 37 VGG).

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

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

2.

2.1 Am 1. Januar 2019 hat das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 eine Teilrevision und Namensänderung erfahren (Änderung des AuG vom 16. Dezember 2016, AS 2018 3171). Parallel dazu sind entsprechende Anpassungen der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE [SR 142.201], AS 2018 3173) in Kraft getreten. Eine gesetzliche Übergangsregelung fehlt, weshalb aufgrund allgemeiner Grundsätze über das anwendbare Recht entschieden werden muss. Mangels vorherrschenden öffentlichen Interesses an einer unmittelbaren Anwendung der neuen Bestimmungen

ist vorliegend das AuG in seiner bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung massgebend. Dasselbe gilt für die VZAE, die ebenfalls in der bis dahin geltenden Version zitiert wird (vgl. Urteil des BVGer F-3709/2017 vom 14. Januar 2019 E. 2.4 m.H.).

2.2 Am 1. März 2019 ist eine Revision des AsylG (SR 142.31) in Kraft getreten (AS 2018 2855). Soweit im vorliegenden Verfahren im Zusammenhang mit dem abgeschlossenen Asylverfahren des Beschwerdeführers Asylrecht zitiert wird, ist das bisherige Recht gemeint (vgl. auch Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015).

3.

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).

4.

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. Voraussetzung dafür ist, dass sie zusammenwohnen (Bst. a), dass eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (Bst. b) und dass die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist (Bst. c). Diese Bestimmung wird in materieller Hinsicht in Art. 74 der VZAE konkretisiert. Gemäss dessen Abs. 3 ist ein Familiennachzugsgesuch innerhalb von fünf Jahren zu stellen, sobald die zeitlichen Voraussetzungen gemäss Art. 85 Abs. 7 AuG erfüllt sind; geht es um den Nachzug von Kindern über zwölf Jahren, muss das Gesuch innerhalb von zwölf Monaten nach diesem Zeitpunkt eingereicht werden. Ein nachträglicher Familiennachzug ist nur aus wichtigen

familiären Gründen möglich (Art. 74 Abs. 4 VZAE). Der besonderen Situation vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge ist beim Entscheid über das Familiennachzugsgesuch Rechnung zu tragen (Art. 74 Abs. 5 VZAE).

5.

5.1 Betreffend die ältere Tochter des Beschwerdeführers ist – unabhängig von der Frage nach der Erfüllung der materiellen Kriterien – strittig, ob diese zum begünstigten Personenkreis von Art. 85 Abs. 7 AuG gezählt werden kann. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass seine ältere Tochter während der Dreijahresfrist von Art. 85 Abs. 7 AuG volljährig geworden ist. Er wirft der Vorinstanz diesbezüglich jedoch vor, die Volljährigkeit sei nur deshalb innerhalb der Wartefrist eingetreten, weil sein vorangegangenes Asylverfahren unzulässig lange gedauert habe (SEM-act. B7 S. 2). Die Vorinstanz habe sich nicht an die in Art. 37 Abs. 2 aAsylG festgelegte Ordnungsfrist gehalten, wonach Asylgesuche innerhalb von zehn Arbeitstagen zu behandeln seien. Sie habe diese Frist um 843 Tage überzogen und während beinahe zwei Jahren keinen einzigen Verfahrensschritt getätigt. Es bestehe der Verdacht, dass das Asylverfahren absichtlich in die Länge gezogen und dadurch letztlich ein Familiennachzug verunmöglicht worden sei. Die lange Verfahrensdauer müsse deshalb berücksichtigt und das Gesuch für die ältere Tochter gutgeheissen werden (BVGer-act. 1 S. 5 ff.). Eine Abweisung des Gesuchs würde bedeuten, dass sie ohne jegliches familiäre und soziale Netz in Nepal zurückbleiben müsste. Als junge, verletzte Frau ohne den Schutz von Verwandten wäre sie in Nepal stark gefährdet. Da sie sich in X. _____ als nicht registrierter Flüchtling aufhalte, wäre sie zu einem Leben in Illegalität gezwungen und dadurch dem Risiko der Gewalt und Ausbeutung ausgesetzt (SEM-act. B5 S. 1 f.).

5.2 Die Vorinstanz begründet die Abweisung des Gesuchs um Familiennachzug der älteren Tochter des Beschwerdeführers damit, dass diese am (...) 2016 volljährig geworden sei und damit bereits bei Ablauf der dreijährigen Wartefrist am 17. Februar 2017 und zum Zeitpunkt der Gesuchstellung nicht mehr zum begünstigten Personenkreis für einen Familiennachzug im Sinn von Art. 85 Abs. 7 AuG gehört habe. Wichtige familiäre Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug seien nicht erkennbar, insbesondere seien in einem fehlenden familiären Beziehungsnetz oder einer fehlenden wirtschaftlichen Existenzgrundlage keine solchen zu erblicken (SEM-act. B14 Ziff. 4 f.).

5.3 Das Asylverfahren des Beschwerdeführers ist abgeschlossen; der damalige Entscheid der Vorinstanz vom 17. Februar 2014 ist unangefochten

in Rechtskraft erwachsen. Der Beschwerdeführer hat sich damals nie nach dem Verfahrensstand erkundigt und keine Rechtsverzögerungsbeschwerde erhoben. Der heutige Vorwurf, das Verfahren habe übermässig lange gedauert, erfolgt somit verspätet und kann im vorliegenden Verfahren nicht überprüft werden. Damit bleibt für die Berechnung der dreijährigen Wartefrist das Datum des Asylentscheids und der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers ausschlaggebend (vgl. zur Frage der Völkerrechtskonformität der vorliegend nicht streitigen dreijährigen Wartefrist das Urteil des BGer 2C_639/2012 vom 13. Februar 2013 E. 4.5.2). Zwar hat das Asylverfahren zweifellos lange gedauert. So vergingen von der Einreichung des Asylgesuchs bis zum Asylentscheid insgesamt 27 Monate, wobei zwischen der BzP und der Befragung zu den Asylgründen – also während rund zwei Jahren – keine Verfahrenshandlungen vorgenommen wurden. Die Unterstellung, das Verfahren sei absichtlich in die Länge gezogen worden, ist aber haltlos. Die Verfahrensdauer ist vielmehr auf die hohe Anzahl von Asylgesuchen im Jahr 2015 und den Folgejahren und die dadurch verursachte hohe Pendenzenlast beim SEM zurückzuführen. Es sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, wonach das Asylverfahren im Hinblick auf die Verhinderung eines Gesuchs um Einbezug in die vorläufige Aufnahme beim SEM hintangestellt worden wäre. Es ist daher unzulässig und nicht mit Art. 85 Abs. 7 AuG vereinbar, die ältere Tochter entgegen dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung trotz der während der dreijährigen Wartefrist erreichten Volljährigkeit zum Kreis der Personen zu zählen, die in die vorläufige Aufnahme einbezogen werden können.

5.4 Damit bleibt zu prüfen, ob in Bezug auf die ältere Tochter des Beschwerdeführers wichtige familiäre Gründe vorliegen, aufgrund derer ein nachträglicher Familiennachzug im Sinn von Art. 74 Abs. 4 VZAE bewilligt werden kann. Wichtige familiäre Gründe liegen gemäss Art. 75 VZAE vor, wenn das Kindeswohl nur durch einen Nachzug in die Schweiz sachgerecht gewahrt werden kann. Entgegen dem Wortlaut der Verordnungsbestimmung ist dabei nicht ausschliesslich auf das Kindeswohl abzustellen. Dieses ist vorliegend bei der volljährigen älteren Tochter des Beschwerdeführers ohnehin nicht mehr einschlägig. Es bedarf vielmehr einer Gesamtschau unter Berücksichtigung aller relevanten Elemente im Einzelfall. Die Bewilligung nach Ablauf der Nachzugsfristen hat nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausnahme zu bleiben (vgl. Urteil des BGer 2C_323/2018 vom 21. September 2018 E. 8.2.1 m.H.). Praxisgemäss bringt eine Familie, welche wie vorliegend aufgrund der Ausreise des Beschwerdeführers freiwillig jahrelang getrennt lebt, damit ihr untergeordnetes Interesse an einem ge-

meinsamen Familienleben zum Ausdruck, weshalb das zulässige öffentliche Interesse an der Einwanderungsbeschränkung überwiegt, sofern nicht objektive, nachvollziehbare Gründe etwas anderes nahelegen (vgl. Urteil des BGer 2C_889/2019 vom 24. Mai 2019 E. 3.1). Der Wunsch, gemeinsam zu leben und der Tochter in der Schweiz über ein im Vergleich zu den Perspektiven in Nepal optimaleres persönliches und wirtschaftliches Fortkommen zu ermöglichen, ist zwar verständlich. Trotzdem sind aber insgesamt keine wichtigen Gründe ersichtlich, die einen nachträglichen Familiennachzug der gesunden jungen Frau rechtfertigen würden, weshalb das öffentliche Interesse an einer restriktiven Zuwanderungspolitik überwiegt. Es ist dem Beschwerdeführer zuzumuten, seine Tochter bei Bedarf finanziell zu unterstützen und den Kontakt zu ihr durch moderne Kommunikationsmittel und allfällige Besuche in Nepal aufrecht zu erhalten (vgl. zum Ganzen zuletzt das Urteil des BVGer F-3448/2018 vom 19. September 2019 E. 5 m.H.).

5.5 Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass die ältere Tochter nicht zum begünstigten Personenkreis im Sinn von Art. 85 Abs. 7 AuG gehört und keine wichtigen Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug im Sinn von Art. 74 Abs. 4 VZAE vorliegen. Eine Prüfung, ob die Voraussetzungen von Art. 85 Abs. 7 lit. a-c AuG vorliegen, erübrigt sich daher.

6.

6.1 Betreffend den Einbezug der jüngeren Tochter des Beschwerdeführers in die vorläufige Aufnahme ist strittig, ob deren Einreise in die Schweiz dem Willen der sorgeberechtigten Person – vorliegend der Mutter – entspricht. Der nachziehende Elternteil muss aus familienrechtlichen Gründen über das Sorge- beziehungsweise Obhutsrecht über das nachzuziehende minderjährige Kind verfügen (BGE 137 I 284 E. 2.3.1 m.H.; Urteil des BVGer E-638/2013 vom 16. Juli 2013 S. 8). Ist der nachziehende Gesuchsteller nicht alleiniger Inhaber der elterlichen Sorge, ist seitens der mitinhabenden Person eine Einwilligungserklärung einzuholen, die belegt, dass letztere mit dem Nachzug einverstanden ist. Dadurch soll verhindert werden, dass ein minderjähriges Kind einer sorgeberechtigten Person gegen deren Willen entzogen wird (vgl. den Straftatbestand des Entziehens von Minderjährigen in Art. 220 StGB sowie die internationalen Verpflichtungen der Schweiz auf Basis des Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980, SR 0.211.230.02).

6.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe keinen Kontakt zu seiner Ehefrau. Es gebe auch keine Möglichkeit, mit ihr in Kontakt zu treten, um so eine Einwilligungserklärung erhältlich zu machen (SEM-act. B5). Letzter bekannter Aufenthaltsort seiner Frau sei das Dorf Y._____, wo es kein Telefonnetz gebe. Auch seine Töchter hätten keine Möglichkeit, ihre Mutter zu kontaktieren. Seine jüngere Tochter sei mit 15 Jahren jedoch alt genug, sich dazu zu äussern, bei wem sie leben wolle, weshalb sie auf der Botschaft in Kathmandu hierzu zu befragen sei. Zudem bestätige der beigelegte Brief des Restaurantbesitzers in X._____, bei welchem seine beiden Töchter wohnen, dass der Beschwerdeführer für die Unterbringung der Töchter aufkomme und diese eine enge Beziehung zu ihrem Vater, hingegen aber keinen Kontakt zur Mutter hätten (SEM-act. B7; Original des erwähnten Briefs in B8). Ein offizielles Papier der chinesischen Behörden betreffend Obhut sei nicht erhältlich, zumal man die Ehefrau eines in der Schweiz anerkannten tibetischen Flüchtlings nicht auffordern könne, mit diesen in Kontakt zu treten. Da die Kinder jedoch bis 2014 in Tibet bei ihrer Mutter lebten und dann ohne diese nach Nepal geflüchtet seien, könne geschlossen werden, dass die Mutter den Weggang der Kinder mitgeplant und mitgetragen habe. Es könne deshalb davon ausgegangen werden, dass sie das Sorge- und Obhutsrecht zu diesem Zeitpunkt freiwillig abgegeben habe. Da die Mutter sich in Tibet befinde und damit bereits seit 2014 getrennt von ihren Töchtern lebe, würde man ihr die Kinder durch eine Einreise in die Schweiz ohnehin nicht entziehen (BVGer-act. 1 S. 7 f.).

6.3 Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Einreise einer unmündigen Person nicht gegen den Willen der sorgeberechtigten Person bewilligt werden dürfe, weshalb der nachziehende Elternteil familienrechtlich über das Sorge- und Obhutsrecht verfügen müsse. Aus dem Umstand, dass die Kinder angeblich ohne elterliche Begleitung von Tibet nach Nepal gelangt seien, könne nicht geschlossen werden, dass die Mutter auf ihr Sorgerecht verzichtet habe und mit dem Nachzug der minderjährigen jüngeren Tochter zum Vater in die Schweiz einverstanden sei. Auch die Erklärung des Restaurantbesitzers, wonach er der lokale Vormund der Töchter in Nepal sei, weise nicht nach, dass die Mutter diesem das Sorgerecht übertragen habe (SEM-act. B14 Ziff. 7 ff.). Im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht obliege es dem Beschwerdeführer nachzuweisen, wer Inhaber der elterlichen Sorge sei, weshalb er auch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen habe (BVGer-act. 9).

6.4 Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist in Anbetracht der angestrebten Verhinderung eines Entzugs von Minderjährigen der Nachweis

über die alleinige elterliche Sorge respektive die Einverständniserklärung der Mutter – nicht zuletzt im Interesse des Kindeswohls – auch im vorliegenden Fall unabdingbar. Aufgrund der unklaren Umstände der Flucht des Beschwerdeführers und der gemäss eigenen Angaben später erfolgten Ausreise seiner Kinder kann vorliegend auch nicht angenommen werden, die Mutter habe auf die elterliche Sorge «verzichtet» oder diese sei – sofern dies nach chinesischem beziehungsweise nepalesischem Recht überhaupt möglich wäre – dem Restaurantbesitzer übertragen worden, auch wenn dieser sich selbst als «guardian» der Töchter bezeichnet (vgl. sein Schreiben in SEM-act. B8). Dem Beschwerdeführer obliegt daher im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. 1 VwVG) der Nachweis, dass er alleiniger Inhaber der elterlichen Sorge oder dass die Mutter mit dem Nachzug der jüngeren Tochter in die Schweiz einverstanden ist.

6.5 Der Beschwerdeführer hat weder das eine noch das andere nachgewiesen. Er beruft sich darauf, dass es keinerlei Möglichkeiten gebe, mit seiner Ehefrau in Kontakt zu treten. Entsprechende Bemühungen, dass er versucht habe, den Kontakt zu ihr herzustellen, dokumentiert er jedoch nicht, sondern reicht einzig ein Schreiben des Restaurantbesitzers ein, bei dem seine Töchter wohnen. Letzterer sagt aus, die Töchter hätten keinen Kontakt zu ihrer Mutter. Dies belegt jedoch nicht, dass eine Kontaktaufnahme von vornherein nicht möglich ist, wie der Beschwerdeführer behauptet. Zu denken wäre etwa an die Nachrichtenübermittlung durch Dritte – so gab der Beschwerdeführer in der Befragung zu den Asylgründen an, er habe in Nepal nach seiner Flucht Sherpas eine Mitteilung für seine Familie mitgegeben (SEM-act. A15 Ziff. 99) – oder an Anrufe in ein über Telefonnetz verfügendes Nachbardorf mit der Bitte um Überbringung einer Nachricht an seine Frau. Ohnehin bestehen erhebliche Zweifel über den Verbleib seiner Ehefrau und über die Richtigkeit der Angabe, wonach ihr Dorf über keine Telefonleitung verfüge. So hat das SEM bereits im Asylentscheid vom 17. Februar 2014 bemerkt, die Behauptung, wonach das Herkunftsdorf des Beschwerdeführers nicht über eine Telefonleitung verfüge, sei unglaubwürdig. Auch in Tibet habe sogar das Internet inzwischen vielerorts Eingang in die Haushalte gefunden (SEM-act. A17). Der Rechtsvertreter merkt denn auch an, dass unklar sei, ob eine Herstellung des Kontakts tatsächlich nicht möglich sei (BVGer-act. 1 Ziff. 4.2 am Ende). Es gelingt dem Beschwerdeführer demnach nicht, glaubhaft darzulegen, weshalb es ihm unmöglich oder wieso er nicht gewillt war, eine Einwilligungserklärung der Mutter zu beschaffen. Entsprechend hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.

6.6 An diesem Schluss hätte auch eine Befragung der jüngeren Tochter auf der Botschaft in Kathmandu nichts zu ändern vermocht. Eine Anhörung ist gemäss Art. 74 Abs. 4 Satz 2 VZAE grundsätzlich bei Kindern über 14 Jahren durchzuführen, wenn dies erforderlich ist. Die Anhörung findet in der Regel bei der schweizerischen Vertretung am Aufenthaltsort statt (Art. 74 Abs. 4 VZAE). Diese Regelung entspricht Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention vom 20. November 1989 (KRK; SR 0.107). Das Kind ist jedoch nicht in jedem Fall persönlich anzuhören. Dies gilt insbesondere für Konstellationen, in denen ein Kind die gleichen Interessen wie seine Eltern hat, durch diese vertreten wird und der rechtserhebliche Sachverhalt auch ohne die persönliche Anhörung rechtsgenügend festgestellt werden kann. Unter diesen Umständen kann die Ansicht des Kindes durch seine Eltern eingebracht werden (vgl. Urteil des BGer 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 5.1 m.w.H.; vgl. zu Art. 12 KRK: BGE 124 II 361 E. 3c; vgl. zum Ganzen zuletzt Urteil des BVGer F-3448/2018 vom 19. September 2019 E. 4). Zwar hätte sich die mittlerweile 17-jährige Tochter zweifellos zu ihrem Wunsch, bei ihrem Vater in der Schweiz leben zu wollen, äussern können. Dies hätte jedoch nichts daran geändert, dass keine Einwilligungserklärung ihrer Mutter vorliegt und keine plausiblen Gründe dafür genannt wurden, weshalb eine solche nicht erhältlich zu machen war. Allfällige Aussagen der Tochter über den Wunsch, bei welchem Elternteil sie leben will, können die formelle Einverständniserklärung der Mutter nicht ersetzen. Die Vorinstanz hat den Antrag auf die Durchführung einer Befragung demnach zu Recht abgewiesen.

6.7 Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass die jüngere Tochter aufgrund der fehlenden Einverständniserklärung der Kindsmutter nicht in die vorläufige Aufnahme miteinbezogen werden kann, da eine formelle Nachzugsvoraussetzung im Sinn von Art. 85 Abs. 7 AuG fehlt. Es kann deshalb offengelassen werden, ob die Voraussetzungen von Art. 85 Abs. 7 lit. a-c AuG erfüllt sind.

7.

7.1 Zu prüfen bleibt, ob sich obige Argumentation mit dem Recht auf Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK vereinbaren lässt.

7.2

7.2.1 Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantiert den Schutz des Familienlebens, welches in erster Linie die Kernfamilie, das heisst die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern, umfasst. Die Garantie kann verletzt sein, wenn einer ausländischen Person, deren Familienangehörige in

der Schweiz weilen, die Anwesenheit untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird. Das in Art. 8 EMRK beziehungsweise Art. 13 BV geschützte Recht ist berührt, wenn eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt wird, ohne dass es dieser möglich beziehungsweise zumutbar wäre, ihr Familienleben im Heimatstaat oder allenfalls in einem Drittstaat zu pflegen. Die Beziehung zu Familienmitgliedern ausserhalb der Kernfamilie fällt nur bei einer besonderen Nähe oder einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis unter den erweiterten Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK (vgl. zum Ganzen BGE 144 II 1 E. 6.1; 144 I 266 E. 3.3). Soweit Kinder betroffen sind, ist dem Kindeswohl im Sinne einer Leitmaxime eine gewichtige Bedeutung zuzumessen, wobei auch wiederum die einzelfallspezifischen Umstände, namentlich das Alter, die Situation im Heimatstaat und die Abhängigkeit zu den Eltern, massgeblich sind (vgl. Art. 3 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 KRK). Der Umstand allein, dass das Kind in einem Staat eine bessere Ausgangslage hat, reicht selbstredend nicht (vgl. BGE 139 I 330 E. 2.2 f.; die in BVGE 2017 VII/4 nicht publizierte E. 7.1 des Urteils F-2043/2015 vom 26. Juli 2017, insb. zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte; Urteil des BGer 2C_1062/2018 vom 27. Mai 2019 E. 2.4 unter Bezugnahme auf das EGMR-Urteil *El Ghatet gegen Schweiz* vom 8. November 2016 [Nr. 56971/10]).

7.2.2 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können sich auch solche Personen auf Art. 8 EMRK berufen, die kein gefestigtes Aufenthaltsrecht haben, deren Anwesenheit in der Schweiz jedoch faktisch als Realität hingenommen wird beziehungsweise aus objektiven Gründen hingenommen werden muss (vgl. Urteil des BGer 2C_360/2016 vom 31. Januar 2017 E. 5.2 m.H.; BVGE 2017 VII/4 E. 6.2 m.H.). Bei anerkannten Flüchtlingen, denen die vorläufige Aufnahme gewährt wurde, ist deshalb in der Regel von einem faktischen Aufenthaltsrecht auszugehen (vgl. BVGE 2017 VII/4 E. 6.3 m.H.). Die EMRK verschafft jedoch keinen absoluten Anspruch auf Einreise und Aufenthalt. Ebenso wenig verschafft sie ein Recht darauf, den für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Ort zu wählen, oder auf die Erteilung eines bestimmten Aufenthaltstitels. Vielmehr erweist sich eine aufenthaltsbeendende oder aufenthaltsverweigernde, 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 m.H.).

7.3 Aufgrund seiner Anerkennung als vorläufig aufgenommener Flüchtling sowie angesichts der Tatsache, dass mit einer Aufhebung dieses Status in absehbarer Zukunft nicht zu rechnen ist, kann im Fall des Beschwerdeführers ein faktisches Aufenthaltsrecht angenommen werden. In Bezug auf seine ältere volljährige Tochter fällt eine Berufung auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK allerdings ausser Betracht, da sie nicht mehr zur Kernfamilie im Sinn der zitierten Rechtsprechung gezählt werden kann und keine besonders enge und nahe Beziehung im Sinn der zitierten Rechtsprechung vorliegt. Dies ist bei der nachfolgenden Interessenabwägung im Sinn von Art. 8 Ziff. 2 EMRK zwischen den privaten Interessen des Beschwerdeführers am Familiennachzug und den öffentlichen Interessen an einer restriktiven Einwanderungspolitik entsprechend zu berücksichtigen.

7.4

7.4.1 Vorliegend macht der Beschwerdeführer das private Interesse geltend, die familiären Beziehungen zu seinen Töchtern in der Schweiz leben zu können. Aufgrund seiner Flüchtlingseigenschaft kann er sein Familienleben nicht im Herkunftsland China pflegen (vgl. etwa Urteil des BVGer F-5088/2016 vom 13. Juni 2019 E. 7.6.1). Allerdings gibt es sowohl in Nepal als auch in Indien eine grosse tibetische Diaspora, deren Anwesenheit wenn auch nicht zwingend legalisiert, aber wenigstens geduldet wird. In Nepal werden Tibeterinnen und Tibeter vom UNHCR unterstützt, unter anderem beim Transit nach Indien (vgl. z.B. UN High Commissioner for Refugees [UNHCR], Nepal Factsheet, März 2016, < <https://www.unhcr.org/protection/operations/50001f3c9/nepal-fact-sheet.html> >, zuletzt abgerufen im November 2019). Angesichts der unklaren Umstände der Flucht des Beschwerdeführers und seiner Töchter ist im Übrigen nicht auszuschliessen, dass dieser selbst bereits für eine gewisse Zeit in Nepal gelebt hat.

7.5 Relativiert wird das private Interesse auch durch den Umstand, dass der Beschwerdeführer sein Heimatland gemäss eigenen Angaben im Februar 2011 verliess (SEM act. A15 Ziff. 84 ff.; A17). Erst durch die illegale Ausreise, die angesichts des rechtskräftig abgewiesenen Asylgesuchs als freiwillig erfolgt gilt, schuf er subjektive Nachfluchtgründe (vgl. Asylentscheid vom 17. Februar 2014 unter SEM-act. A17). Mit der Entscheidung zur Ausreise nahm er unweigerlich eine langfristige Trennung von der Familie in Kauf und er konnte nicht mit einem uneingeschränkten Familiennachzug rechnen. Insbesondere bei Vorliegen subjektiver Nachfluchtgründe verstösst es nicht gegen Art. 8 Ziff. 1 EMRK, die Einreise von Familienmitgliedern von gewissen Bedingungen abhängig zu machen (vgl.

Urteil des BVGer F-5088/2016 vom 13. Juni 2019 E. 7.6.2 m.H. auf F-7893/2016 vom 16. Juli 2018 E. 7.4). Mit Blick auf die heutige Verbreitung moderner Kommunikationsmittel gibt es Möglichkeiten, die persönliche Situation mildernde Kontakte zu pflegen und es steht dem Beschwerdeführer offen, seine Töchter in Nepal zu besuchen sowie ihnen aus der Schweiz die notwendige finanzielle Unterstützung für ihre Unterkunft und eine Ausbildung zukommen zu lassen. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass die jüngere Tochter zum Zeitpunkt der Gesuchstellung als 15- und nunmehr 17-Jährige in der Schweiz auf Integrationsschwierigkeiten stossen dürfte. Dies gilt umso mehr für die nicht mehr zur Kernfamilie gehörende ältere Tochter, die mittlerweile 21 Jahre alt ist (vgl. Urteile des BGer 2C_176/2015 vom 27. August 2015 E. 3.2 m.H.; 2C_998/2018 vom 24. Mai 2019 E. 5.1.4 m.H.). Die Töchter leben zudem zusammen und sind in X. _____ somit nicht ganz auf sich alleine gestellt. Soweit mit dem vorliegenden Gesuch – wenn auch in sehr allgemeiner Weise – eine Gefährdung der sich im Ausland befindenden, nachzuziehenden Töchter geltend gemacht wird, sind solche Gründe nicht im Rahmen dieses Rechtsmittelverfahrens einer Würdigung zu unterziehen (vgl. Urteil des BVGer F-5088/2016 vom 13. Juni 2019 E. 7.7 m.H.).

7.5.1 Angesichts der Möglichkeit, das Familienleben ausserhalb der Schweiz oder dann durch moderne Kommunikationsmittel zu pflegen und der wesentlich in Kauf genommenen langfristigen Trennung von seiner Familie überwiegt im vorliegend zu beurteilenden Einzelfall im Rahmen einer Gesamtwürdigung das öffentliche Interesse an einer restriktiven Einwanderungspolitik und der Verweigerung des Familiennachzugs.

7.6 Nach dem Gesagten erweist sich die Verweigerung des Familiennachzugs gestützt auf Art. 85 Abs. 7 AuG sowie unter Berücksichtigung von Art. 8 EMRK als rechtmässig.

8.

Die vorinstanzliche Verfügung ist demnach zu Recht ergangen. Es gelingt dem Beschwerdeführer nicht darzutun, inwiefern sie Bundesrecht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig oder unvollständig feststellt oder unangemessen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten dem Be-

schwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie sind durch den in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Regula Schenker Senn

Christa Preisig

Versand: