



Urteil vom 31. Mai 2022

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richter Daniele Cattaneo,
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiberin Susanne Stockmeyer.

Parteien

1. X. _____,
2. Y. _____,
und deren Kind
3. Z. _____,
gesetzlich vertreten durch seine Eltern,
vertreten durch
lic. iur. Brigitt Thambiah, advokaturbüro kernstrasse,
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Familiennachzug.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer 2 (Staatsangehöriger von Sri Lanka, geb. 1966) reiste am 17. Oktober 1990 in die Schweiz ein, wo er um Asyl nachsuchte. Mit Entscheid vom 19. September 2000 wurde das Gesuch abgelehnt; gleichzeitig wurde seine vorläufige Aufnahme verfügt. Seit dem 17. Dezember 2002 ist er im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung, die regelmässig verlängert wurde. Aus einer früheren Ehe mit einer Landsfrau stammt der im Jahr (...) geborene Sohn A. _____ (Akten des Kantons Zürich betreffend Beschwerdeführerin 1 [kant.pag.] 303).

B.

Am 23. Mai 2012 heiratete der Beschwerdeführer 2 in Sri Lanka eine Landsfrau (geb. 1991; nachfolgend Beschwerdeführerin 1). Diese reiste am 27. Juli 2016 illegal in die Schweiz ein. Ein in der Folge gestelltes Asylgesuch wies das SEM mit Verfügung vom 20. September 2018 ab. Gleichzeitig stellte es fest, die Beschwerdeführerin 1 erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht (kant.pag. 189). Eine dagegen gerichtete Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-5922/2018 am 6. November 2018 ab, soweit darauf eingetreten wurde (kant.pag. 199).

Am 15. Mai 2017 kam der gemeinsame Sohn Z. _____ (Beschwerdeführer 3) zur Welt, welcher seit dem 4. Januar 2018 über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt (kant.pag. 148, 171 ff.; kantonale Akten des Kindes Z. _____, pag. 5).

C.

Bereits davor, am 3. November 2017, ersuchte die Beschwerdeführerin 1 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei ihrem Ehegatten (kant.pag. 30). Das Gesuch wurde vom Migrationsamt des Kantons Zürich (nachfolgend Migrationsamt) mit Verfügung vom 20. Februar 2019 abgewiesen (kant.pag. 216). Die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich (nachfolgend Rekursabteilung) wies den Rekurs mit Entscheid vom 30. Juni 2020 ab (kant.pag. 266). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hiess eine dagegen gerichtete Beschwerde mit Urteil vom 21. Oktober 2020 teilweise gut, hob den Rekursentscheid auf und wies die Sache zur weiteren Untersuchung und zum Neuentscheid an die Rekursabteilung zurück (kant.pag. 302).

D.

Nachdem auch die Rekursabteilung die Sache mit Entscheid vom 19. November 2020 im Sinne der Erwägungen des Verwaltungsgerichts an das Migrationsamt zurückgewiesen hatte, lehnte dieses die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung mit Verfügung vom 26. Februar 2021 erneut ab (kant.pag. 320, 361). Die Rekursabteilung hiess einen dagegen gerichteten Rekurs mit Entscheid vom 1. Juni 2021 gut. Das Migrationsamt wurde – unter Vorbehalt der Zustimmung des SEM – angewiesen, der Beschwerdeführerin 1 eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen (kant.pag. 433).

E.

Am 10. Juni 2021 unterbreitete das Migrationsamt dem SEM den Antrag auf Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (kant.pag. 445). Das SEM gewährte der Beschwerdeführerin 1 mit Schreiben vom 25. Juni 2021 das rechtliche Gehör zum Umstand, dass es seine Zustimmung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung zu verweigern gedenke. Am 13. Juli 2021 nahm die Beschwerdeführerin 1 dazu schriftlich Stellung (Akten der Vorinstanz [SEM act.] 539, 541).

F.

Mit Verfügung vom 13. August 2021 verweigerte das SEM die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs und die Beschwerdeführerin 1 wurde aus der Schweiz weggewiesen (SEM act. 547).

G.

Die Beschwerdeführenden fochten die Verfügung der Vorinstanz vom 13. August 2021 mit Beschwerde vom 10. September 2021 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie beantragten die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung; die Vorinstanz sei aufzufordern, die Zustimmung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. In prozessualer Hinsicht ersuchten sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Rechtsverbeiständung (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer act.] 1)

H.

Mit Zwischenverfügung vom 28. Oktober 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Verbeiständung gut (BVGer act. 6).

I.

In ihrer Vernehmlassung vom 25. November 2021 schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde (BVGer act. 7).

J.

Mit Replik vom 4. Januar 2022 hielten die Beschwerdeführenden an ihren Anträgen fest (BVGer act. 9). Die Rechtsvertreterin reichte mit Schreiben vom 5. Januar 2022 die Honorarnote ein (BVGer act. 10).

K.

Auf den weiteren Akteninhalt wird – soweit rechtserheblich – in den Erwägungen eingegangen

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Verfügungen des SEM, welche die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung und die Anordnung der Wegweisung zum Gegenstand haben, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG [SR 142.20] i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

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

1.3 Die Beschwerdeführenden sind zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerde wurde sowohl frist- als auch formgerecht eingereicht (Art. 48 Abs. 1 und 50 VwVG).

2.

Am 1. Januar 2019 ist die Teilrevision des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG) abschliessend in Kraft getreten (AS 2018 3171). Dabei wurde der Titel des Gesetzes in "Ausländer- und Integrationsgesetz" (AIG) umbenannt. Das Gericht wendet ab diesem Zeitpunkt die neue Bezeichnung an. Dies mit dem Hinweis, dass die in diesem Urteil behandelten wesentlichen Bestimmungen nicht geändert wurden. Gleiches gilt für die Bestimmungen der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

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. 40 AIG sind die Kantone für die Erteilung und Verlängerung von Bewilligungen zuständig. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des SEM für das Zustimmungsverfahren (vgl. Art. 99 AIG i.V.m. Art. 85 VZAE). Nach Art. 85 Abs. 1 VZAE ist das SEM zuständig für die Zustimmung zur Erteilung und Erneuerung der Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligung, zur Erteilung der Niederlassungsbewilligung sowie zu den Vorentscheiden der kantonalen Arbeitsmarktbehörden. Das SEM verweigert die Zustimmung zur erstmaligen Bewilligungserteilung und zur Verlängerung, wenn die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind oder wenn bei einer Person Widerrufsgründe nach Art. 62 AIG vorliegen (Art. 86 Abs. 2 Bst. a VZAE).

5.

5.1 Gestützt auf Art. 44 Abs. 1 AIG kann (in der hier gemäss Art. 126 Abs. 1 AIG noch anwendbaren Fassung vom 16. Dezember 2005) ausländischen Ehegatten und ledigen Kindern unter 18 Jahren von Personen mit Aufenthaltsbewilligung eine Aufenthaltsbewilligung erteilt und verlängert werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Bst. a), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (Bst. b) und sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind (Bst. c).

5.2 Bezüglich der Fristen gelten die in Art. 47 AIG statuierten Regelungen. Vorliegend ist unbestritten, dass das Familiennachzugsgesuch für die Beschwerdeführerin 1 nicht innert der in Art. 47 Abs. 1 AIG vorgesehenen Frist von fünf Jahren gestellt wurde (vgl. angefochtene Verfügung S. 3; Beschwerde Ziff. 6.1). Bei einem Familiennachzug ausserhalb der in Art. 47

Abs. 1 AIG angegebenen Fristen müssen *wichtige familiäre Gründe* vorliegen, damit dem Gesuch entsprochen werden kann (Art. 47 Abs. 4 AIG).

6.

6.1 Art. 44 AIG selbst verleiht noch keinen Rechtsanspruch auf Familiennachzug. Sind jedoch die genannten Voraussetzungen (und die Nachzugsfristen) erfüllt, besteht rechtsprechungsgemäss im Verbund mit Art. 8 EMRK ein Rechtsanspruch auf Bewilligung des Familiennachzugs (BGE 146 I 185 E. 6.2). Der ausländische Elternteil kann sich für den Familiennachzug auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK berufen, wenn er über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt und die familiären Beziehungen tatsächlich gelebt werden (vgl. BGE 144 II 1 E. 6.1 m.w.H.). Ein gefestigtes Anwesenheitsrecht hat gemäss ständiger bundesgerichtlicher Praxis, wer das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (vgl. BGE 144 I 266 E. 3.3, BGE 144 II 1 E. 6.1).

6.2 Sowohl das Migrationsamt wie auch das SEM (vgl. angefochtene Verfügung S. 3; Vernehmlassung 3. Abschnitt) vertreten zu Recht die Ansicht, dass der Beschwerdeführer 2 aufgrund der nunmehr bald 32-jährigen Aufenthaltsdauer und der genügenden Integration über einen Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung und somit über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht hierzulande verfügt (vgl. dazu ausführlich BGE 144 I 266 E. 3.9). In diesem Zusammenhang ist auf die entsprechenden Ausführungen in der Verfügung des Migrationsamts vom 26. Februar 2021 zu verweisen (vgl. E. 2b ebenda [kant.pag. 362 f.]). Der Beschwerdeführer 2 kann sich damit grundsätzlich auf Art. 8 EMRK (Schutz des Familienlebens) berufen.

7.

7.1 Die Vorinstanz verneint das Vorliegen wichtiger familiärer Gründe im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AIG. Zur Begründung machte das SEM zusammenfassend geltend, dem Beschwerdeführer 2 sei bekannt gewesen, dass die Möglichkeit eines Familiennachzugs bestehe. Es gehe hingegen nicht aus den Akten hervor, wieso er innert Frist kein solches Gesuch eingereicht habe. Es sei aber davon auszugehen, dass er die Voraussetzungen für den Familiennachzug damals wegen Verschuldung nicht erfüllt habe. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung seien Nachzugsgesuche hingegen

auch dann fristgerecht zu stellen, wenn sie aufgrund einer nicht als bedarfsgerecht eingestuften Wohnung oder wegen zu geringer finanzieller Mittel nicht erfolgsversprechend erscheinen würden. Die Beschwerdeführerin 1 sei zudem nach Abweisung ihres Asylgesuchs in der Schweiz aufgrund des hängigen Familiennachzugsgesuchs hier geduldet worden. Es dürfe ihr kein Vorteil aus dem Umstand erwachsen, dass sie illegal in die Schweiz eingereist sei und im Lande einen Sohn gezeugt bzw. zur Welt gebracht habe. Dem Beschwerdeführer 2 und dem Sohn (Beschwerdeführer 3) seien zudem die Ausreise nach Sri Lanka zumutbar (vgl. S. 4 der angefochtenen Verfügung).

7.2 Die Beschwerdeführenden wenden dagegen ein, der Beschwerdeführer 2 habe seine Ehefrau bereits im Jahr 2013 nachziehen wollen. Auf Nachfrage im Stadthaus Zürich sowie beim Migrationsamt habe er den Bescheid erhalten, aufgrund seiner Verschuldung könne er seine Ehefrau nicht nachziehen. Leider habe er sich auf diese Auskunft verlassen. Dem Beschwerdeführer 2 sei nicht bekannt gewesen, dass Familiennachzugsgesuche gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch dann eingereicht werden müssten, wenn nicht alle Voraussetzungen für deren Gutheissung erfüllt seien; dies dürfe ihm wirklich nicht zum Nachteil gereichen. Die Praxis des Bundesgerichts sei für Rechtsunkundige nicht verständlich bzw. nicht nachvollziehbar (Beschwerde Ziff. 7.2 f.).

7.3 Weiter erblicken die Beschwerdeführenden im Kindeswohl wichtige familiäre Gründe für die Bewilligung des nachträglichen Familiennachzugs. Dieses könne nur durch den Nachzug der Beschwerdeführerin 1 gewahrt werden. Zusammenfassend führten sie mit Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107) aus, verbliebe das Kind Z._____, welcher in diesem Sommer eingeschult werde, in der Schweiz, würde er sich von seiner Mutter trennen müssen. Dies liege nicht im Kindeswohl. Würde er der Beschwerdeführerin 1 nach Sri Lanka folgen, sei Art. 3 Abs. 1 KRK ebenfalls verletzt. Die Chancen auf ein Leben mit Bildungsmöglichkeiten, ausreichender medizinischer Versorgung und Sicherheit in der Schweiz sei erheblich grösser als in Sri Lanka. Eine Umsiedlung liege daher nicht im Kindeswohl, welches auch bei Kindern zu berücksichtigen sei, welche noch in einem anpassungsfähigen Alter seien. Ferner käme es bei der Umsiedlung des Kindes unter Umständen zu einer Trennung von seinem Vater. Ihm sei es nicht zumutbar, nach Sri Lanka zurückzukehren. Dem Kindeswohl sei damit nur dann gerecht zu werden, wenn die Beschwerdeführerin 1 in der

Schweiz verbleiben könne. Die Verweigerung der Zustimmung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung verletze somit Art. 3 Abs. 1 KRK wie auch Art. 47 Abs. 4 AIG (vgl. Beschwerde Ziff. 6.1 ff.). Die Verweigerung des Nachzugs des Ehegatten dürfte überdies regelmässig dem grundrechtlichen Schutz des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK und Art. 13 BV entgegenstehen (Beschwerde Ziff. 7.4; vgl. auch Replik Ziff. 3).

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismässigkeit führen die Beschwerdeführenden zudem im Wesentlichen aus, im Fall von Ausländern, die wie die Beschwerdeführenden 2 und 3 selber einen Anspruch auf Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung hätten, müssten die Behörden nicht nur pflichtgemäss (nach Art. 44 AIG) über das Nachzugsbegehren entscheiden, vielmehr müssten mit Blick auf ihre aus Art. 8 EMRK und Art. 13 BV abgeleiteten Rechte «gute Gründe» gegeben sein, um den begehrten Nachzug zu verweigern (vgl. Beschwerde Ziff. 8.1 ff.).

8.

8.1 Soweit sich die Beschwerdeführenden sinngemäss auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) berufen (E. 7.2), so läuft ihr Vorbringen ins Leere. Nach ständiger Rechtsprechung verleiht der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens, sofern eine Vertrauensgrundlage besteht, auf welche die Person, die sich darauf beruft, berechtigterweise vertrauen durfte, wenn sie gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann. Eine Vertrauensgrundlage kann sich namentlich aus einer vorbehaltlosen und nicht erkennbar unrichtigen Auskunft einer dafür zuständigen Person in einem konkreten Fall ergeben. Die Rechtsfolge des Vertrauensschutzes bedeutet in erster Linie, dass die Behörde an die Vertrauensgrundlage gebunden ist. Es bleibt jedoch abzuwägen, ob ausnahmsweise trotzdem das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung dem Vertrauensschutz vorzugehen hat (vgl. zum Ganzen: BGE 121 V 65 E. 2a, 2b). Nicht jede behördliche Aussage taugt dabei als Vertrauensbasis. Notwendig ist eine gewisse inhaltliche Bestimmtheit. Eine lediglich vage Absichtskundgabe oder ein Hinweis auf eine bisherige Praxis genügt nicht. Nicht massgeblich indessen ist die Form der Auskunftserteilung. Auch eine mündliche Auskunft kann verbindlich sein (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 668).

8.2 In casu machen die Beschwerdeführenden gerade nicht geltend, die Nachzugsfristen seien zum Zeitpunkt der Nachfrage überhaupt ein Thema

gewesen oder der Beschwerdeführer 2 habe sich gezielt danach erkundigt. Die Migrationsbehörde war denn auch nicht verpflichtet, den Beschwerdeführer 2 von sich aus aktiv über die betreffenden Fristen zu informieren. Diesbezüglich wäre es am Beschwerdeführer 2 gelegen, sich über die geltenden Fristen zu informieren (vgl. dazu Urteil des BGer 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 6.6.2). Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, er sei durch eine falsche behördliche Auskunft oder durch Unterlassen einer gebotenen Auskunft irregeführt worden. Eine Vertrauensgrundlage ist damit nicht auszumachen. Ergänzend gilt es zu erwähnen, dass Familiennachzugsgesuche in jedem Fall vor Ablauf der gesetzlichen Fristen einzureichen sind. Dies selbst dann, wenn das Nachzugsgesuch beispielsweise aufgrund zu geringer finanzieller Mittel hätte abgewiesen werden müssen (BGE 137 II 393 E. 3.3, Urteil des BGer 2C_555/2019 vom 12. November 2019 E. 5.3).

9.

Weiter gilt es zu prüfen, ob das Kindeswohl und die aktuelle familiäre Situation der Beschwerdeführenden wichtige familiäre Gründe im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AIG darstellen (E. 7.3).

9.1 Der Gesetzgeber wollte mit dem Ausländergesetz keinen jederzeitigen Nachzug der Familienangehörigen mehr zulassen, weshalb er Nachzugsfristen einführte. Die in Art. 47 Abs. 1 und 3 AIG statuierte Frist gilt dabei nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts auch für den Ehegatten (vgl. dazu Urteil des BGer 2C_323/2018 vom 21. September 2018 E. 4.2.2 m.w.H.).

9.2 Art. 8 EMRK verschafft einer ausländischen Person nicht bedingungslos das Recht, frei wählen zu können, wo sie das Familienleben führen will. Es ist zulässig, dass der Aufenthaltsstaat den Familiennachzug bestimmten zweckbezogenen Regeln unterwirft, was der schweizerische Gesetzgeber mit der Einführung von Nachzugsfristen im Interesse der Integrationsförderung und der Einwanderungsbeschränkung in Art. 47 AIG getan hat (Urteil des BGer 2C_323/2018 vom 21. September 2018 E. 6.5.2 m.w.H.). In diesem Sinne dienen die Fristen von Art. 47 AIG auch dazu, die Zuwanderung in die Schweiz zu steuern. Hierbei handelt es sich praxisgemäss um ein legitimes öffentliches Anliegen, welches es gestattet, im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK in das Recht auf Familienleben einzugreifen (BGE 137 I 284 E. 2.1, Urteil des BGer 2C_323/2018 vom 21. September 2018 E. 6 m.w.H.).

9.3 Die Bewilligung des Nachzugs nach Ablauf der Fristen hat nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausnahme zu bleiben, soll die Fristenregelung nicht ihres Sinnes entleert werden. Nach Art. 47 Abs. 4 AIG kann ein Familiennachzug ausserhalb der Nachzugsfristen deshalb nur gestattet werden, wenn *wichtige familiäre Gründe* ersichtlich sind (Urteil des BGer 2C_634/2017 vom 14. August 2017 E. 3.4.3). Ob solche Gründe vorliegen, ist aufgrund einer Gesamtschau unter Berücksichtigung aller relevanten Elemente im Einzelfall zu entscheiden. Diesbezüglich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, insbesondere wenn die Rückkehr des in der Schweiz anwesenden Familienmitglieds in dessen Heimatland nicht ohne Weiteres als zumutbar erscheint (Urteil des BGer 2C_889/2018 vom 24. Mai 2019 E. 3.1). Soweit Kinder betroffen sind, ist dem Kindeswohl im Sinne einer Leitmaxime zwar eine gewichtige Bedeutung beizumessen. Es ist jedoch nicht allein ausschlaggebend. In der Interessenabwägung ist es daher ein (wesentliches) Element unter anderen. Der Umstand allein, dass das Kind im Zielstaat bessere Lebensbedingungen hat, reicht hingegen nicht für einen Familiennachzug (vgl. Urteil des BGer 2C_904/2018 vom 24. April 2019 E. 2.4; Urteil des BVGer F-2043/2015 E. 7.1 m.w.H.). Art. 3 Abs. 1 KRK begründet zudem keinen eigenständigen Rechtsanspruch, die über die Garantien von Art. 8 EMRK hinausgeht (vgl. BGE 140 I 145 E. 3.2; Urteil des BGer 2C_493/2020 vom 22. Februar 2021 E. 2.5.1, Urteil des BVGer F-1251/2020 vom 30. März 2020 E. 6.2.5).

9.4 Die Beschwerdeführenden heirateten am 23. Mai 2012 in Sri Lanka. Ein Familiennachzugsgesuch für seine Ehefrau stellte der Beschwerdeführer 2 innert der in Art. 47 Abs. 1 AIG vorgesehenen fünfjährigen Frist nicht, obwohl er um die Möglichkeit eines solchen Gesuches wusste (vgl. E. 7.2). Mit dem SEM ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen für den Familiennachzug aufgrund der Verschuldung des Ehemannes zu diesem Zeitpunkt nicht erfüllt gewesen wären (vgl. angefochtene Verfügung S. 4). Gemäss den vorliegenden Akten ist davon auszugehen, dass dies damals auch den Beschwerdeführenden bewusst gewesen ist. So erklärte die Beschwerdeführerin 1 gemäss Protokoll der Befragung zur Person vom 11. August 2016 im Asylverfahren, ihr Mann hätte sie schon gerne mittels Familiennachzug in die Schweiz geholt. Er habe aber gesagt, dass er, solange er seinen Sohn A. _____ finanziell unterstützen müsse, sie nicht in die Schweiz kommen lassen könne (Akten N [...] [N-act.] B4, S. 4). Stattdessen reiste die Beschwerdeführerin 1 am 27. Juli 2016 illegal in die Schweiz ein und ersuchte um Asyl nach. Mit Verfügung vom 20. September 2018 wies das SEM das Asylgesuch ab. Das Bundesverwaltungsgericht

bestätigte den ablehnenden Entscheid mit Urteil E-5922/2018 vom 6. November 2018. Die Vorinstanz erachtete dabei die Vorbringen der Beschwerdeführerin 1 im Asylverfahren nicht als geeignet, um Asylrelevanz zu entfalten. Auf die Prüfung der Glaubhaftigkeit der Aussagen wurde verzichtet, wobei die Vorinstanz die Vermutung äusserte, dass andere Gründe zum Ausreiseentschluss der Beschwerdeführerin 1 geführt hätten, als sie es gegenüber den Behörden kundgetan habe (vgl. Asylentscheid des SEM, S. 4 [N-act. B23]). Das Bundesverwaltungsgericht stufte zudem in seinem Urteil E-5922/2018 die in der Beschwerde enthaltenen neuen Asylvorbringen als nachgeschobene Sachverhaltsanpassungen und damit als unglaubhaft ein (E. 7.2 ebenda). Bis heute verfügt die Beschwerdeführerin 1, die nach dem abgewiesenen Asylgesuch aufgrund des hängigen Familiennachzugsgesuch in der Schweiz lediglich geduldet wurde, nur über ein prozessuales Aufenthaltsrecht. Auch der gemeinsame Sohn wurde erst nach der illegalen Einreise der Beschwerdeführerin 1 in der Schweiz geboren. Zwar wurde das Interesse der Beschwerdeführenden am Familiennachzug durch die Geburt des Kindes verstärkt, hingegen ist ihre aktuelle familiäre Situation und die damit einhergehende Intensivierung ihrer Beziehungen untereinander lediglich auf den Umstand zurückzuführen, dass durch die illegale Einreise der Beschwerdeführerin 1 und der Geburt des Sohnes ein «fait accompli» geschaffen wurde. Dies kann bei der rechtlichen Beurteilung des Aufenthaltsanspruchs grundsätzlich nicht unbeachtet gelassen werden, ansonsten diejenigen benachteiligt würden, die ordnungsgemäss ein Nachzugsgesuch stellen und sich dabei an die Auflagen der Behörden halten (vgl. Urteile des BGer 2C_458/2020 vom 6. Oktober 2020 E. 7.3, 2C_634/2017 vom 14. August 2018 E. 3.8, 2C_977/2017 vom 6. Juni 2018 E. 4.3, 2C_131/2016 vom 10. November 2016 E. 4.5, 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 6.7.5, 2C_181/2014 vom 21. Februar 2014 E. 3.2). In diesem Sinne läuft auch das Vorbringen ins Leere, die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdeführer 2 hätten nach ihrer Heirat weder jahrelang noch freiwillig getrennt gelebt (Beschwerde Ziff. 8.2). Zudem hat das Ehepaar nachweislich die ersten vier Jahre ihrer Ehe getrennt voneinander gelebt.

9.5 Dem gemeinsamen Sohn der Beschwerdeführenden ist das Fehlverhalten seiner Eltern hingegen nicht vorzuwerfen, weshalb vorliegend auch seine Situation berücksichtigt werden muss. Der nun bald 5-jährige Knabe ist in der Schweiz geboren sowie aufgewachsen und verfügt über eine von seinem Vater abgeleitete Aufenthaltsbewilligung. Grundsätzlich hat er die Schweiz damit nicht zu verlassen. Durch einen Verbleib in der Schweiz würde es – sollte die Beschwerdeführerin 1 die Schweiz verlassen müssen

– allerdings zur Trennung von seiner Mutter kommen, mit der er stets zusammengelebt und die sich bis anhin um ihn gekümmert hat (N-act. B15, S. 7, Antwort auf Frage 51). Eine Ausreise mit seiner Mutter wäre dem bald 5-jährigen Knaben hingegen aufgrund seines noch anpassungsfähigen Alters zuzumuten. Auch ist anzunehmen, dass er durch seine Eltern mit der Sprache und Kultur seines Heimatlandes vertraut ist (vgl. Urteil des BGer 2C_868/2019 vom 3. Februar 2020 E. 4.6.2). Es ist aber auch nicht von der Hand zu weisen, dass er ein erhebliches Interesse daran hat, mit beiden Elternteilen aufzuwachsen. Dem Beschwerdeführer 2 ist es hingegen unbenommen, mit seiner Familie auszureisen. Eine Rückkehr ist ihm jedenfalls – entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführenden (Ziff. E. 8.3 f.) – zumutbar. Zwar lebt er seit nunmehr 32 Jahren in der Schweiz, wo er seit dem 17. Dezember 2002 über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt; eine Niederlassungsbewilligung wurde ihm hingegen nie erteilt. Die lange Anwesenheit ist zudem dahingehend zu relativieren, als er die ersten 24 Jahre seines Lebens in seinem Heimatland verbracht und dort die prägenden Jahre seiner Kindheit und Jugend erlebt hat. Aus den Akten ergibt sich überdies, dass er regelmässig nach Sri Lanka reiste und dort im Jahr 2012 auch seine jetzige Ehefrau kennenlernte und heiratete (Akten des Kantons Zürich betreffend Beschwerdeführer 2 [kant.pag II] 149 – 154; kant.pag. 6, N-act. B4 S. 4). Dies lässt auf gewisse soziale Kontakte in seinem Heimatland während seines Aufenthalts in der Schweiz schliessen. Auch bei seiner ersten Ehefrau handelte es sich zudem um eine sri-lankische Staatsangehörige (kant.pag. II 118). In diesem Sinne ist nicht davon auszugehen, der Beschwerdeführer 2 sei mit den dortigen Verhältnissen nicht mehr vertraut (Beschwerde Ziff. 8.4). Eine wirtschaftliche Eingliederung wäre sicherlich mit gewissen Anstrengungen verbunden, erscheint aber möglich. Insbesondere dürften ihm seine Erfahrungen in der Branche der Gastronomie und seine Deutschkenntnisse bei der Rückkehr von Nutzen sein. Weiter ist anzunehmen, dass der Beschwerdeführer 2 bei guter Gesundheit ist. Weder lassen sich der Beschwerde noch den vorinstanzlichen und kantonalen Akten anderslautende Hinweise entnehmen. Dass der allgemeine Lebensstandard in Sri Lanka tiefer ist als in der Schweiz, spricht ebenfalls nicht gegen die Unzumutbarkeit der Ausreise (vgl. Urteile des BGer 2C_634/2017 vom 14. August 2018 E. 3.7, 2C_1/2017 vom 22. Mai 2017 E. 4.2.6).

9.6 Zusammenfassend ist kein wichtiger Grund im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AIG ersichtlich, der es rechtfertigen würde, der Beschwerdeführerin 1 eine

Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Die Verweigerung des Familiennachzugs gestützt auf Art. 44 Abs. 1 AIG erweist sich zudem auch unter Berücksichtigung von Art. 8 EMRK und der KRK als rechtmässig.

9.7 Weiter ist mit dem SEM davon auszugehen, dass der Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführerin 1 zulässig, zumutbar und möglich ist. Die Beschwerdeführenden machen in dieser Hinsicht auch auf Beschwerdeebene nichts geltend.

10.

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die angefochtene Verfügung im Ergebnis als rechtmässig zu bestätigen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

11.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf Parteientschädigung und die Kosten wären den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG 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]). Mit Zwischenverfügung vom 28. Oktober 2021 wurde ihnen jedoch die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsverteiständung gewährt, weshalb ihnen keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Ihrer gemäss Art. 65 Abs. 2 VwVG amtlich bestellten Rechtsvertreterin ist – entsprechend der Honorarnote vom 5. Januar 2022 – eine Entschädigung in Höhe von Fr. 2'303.70 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) zuzusprechen (vgl. Art. 12 i.V.m. Art. 8 ff. sowie Art. 14 Abs. 2 VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Der amtlich bestellten Vertreterin wird aus der Gerichtskasse eine Entschädigung in Höhe von Fr. 2'303.70 ausgerichtet.

Diesen Betrag haben die Beschwerdeführenden dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten, sollten sie nachträglich zu hinreichenden Mitteln gelangen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführenden und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Regula Schenker Senn

Susanne Stockmeyer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: