



## Urteil vom 23. Mai 2019

---

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),  
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,  
Richterin Susanne Genner,  
Gerichtsschreiberin Jacqueline Moore.

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Familienzusammenführung (v.A.) zu Gunsten von  
**B.**\_\_\_\_\_,  
Verfügung des SEM vom 30. Oktober 2015 / [...].

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

Der Beschwerdeführer, ein 1981 geborener eritreischer Staatsangehöriger, der seit seiner Geburt bis zur Ausreise in Äthiopien gelebt hatte, reiste am 24. Dezember 2008 zusammen mit seiner damaligen Verlobten (ebenfalls eritreische Staatsangehörige, geb. 1988) in die Schweiz ein und suchte am 29. Dezember 2008 um Asyl nach (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] A3).

**B.**

Mit Verfügung vom 28. Juni 2010 lehnte die Vorinstanz die Asylgesuche des Beschwerdeführers und seiner damaligen Lebenspartnerin ab, wies sie aus der Schweiz weg und stellte fest, dass sie die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllten. Wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs wurde eine vorläufige Aufnahme angeordnet. Die während des Asylverfahrens 2009 geborene gemeinsame Tochter C.\_\_\_\_\_ wurde gleichzeitig mit dem negativen Asylentscheid, die zweite aus dieser Beziehung stammende Tochter, D.\_\_\_\_\_ (geb. 2011), am 30. November 2011 in die vorläufige Aufnahme der Mutter miteinbezogen (SEM-act. A28 und A33).

**C.**

Am 29. Mai 2013 gelangte der Beschwerdeführer mit einem Gesuch um Familiennachzug an das SEM. Er führte darin aus, er sei Vater einer am (...) 2004 geborenen Tochter namens B.\_\_\_\_\_, über deren Existenz er erst seit Februar 2012 wisse. Sie stamme aus der Beziehung zu einer Landsfrau, die er Ende 2003 aus den Augen verloren habe. Die (inzwischen mit einem anderen Mann verheiratete) Kindsmutter habe die gemeinsame Tochter im Februar 2012 in die Obhut seines in Äthiopien lebenden Bruders gegeben. Ihr seitheriger Aufenthalt sei unbekannt. Sein Bruder lebe in armen Verhältnissen und er wolle seine Tochter deshalb zu sich in die Schweiz nehmen (SEM-act. B1).

**D.**

Die Vorinstanz leitete das Gesuch zur Prüfung an die Migrationsbehörde des Kantons Luzern weiter (SEM-act. B3). Letztere Behörde ersuchte in einem Schreiben an die Vorinstanz vom 21. Februar 2014 darum, das Begehren abzulehnen. Der Gesuchsteller werde in erheblichem Umfang unterstützt, habe erst seit kurzem eine Arbeitsstelle und das Vaterschaftsverhältnis sei aktenmässig mit der Kopie eines Taufscheines nur ungenügend ausgewiesen (SEM-act. B4).

**E.**

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs, von dem der Beschwerdeführer offenbar keinen Gebrauch machte, lehnte die Vorinstanz das Gesuch am 31. März 2014 ab mit der Begründung, die Vaterschaft des Beschwerdeführers sei nicht rechtsgenügend nachgewiesen und sein Einkommen reiche nicht für die Bestreitung des eigenen Lebensunterhalts und desjenigen seiner Familie (SEM-act. B7). Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

**F.**

Der Beschwerdeführer gelangte daraufhin am 29. August 2014 mit einem weiteren Gesuch um Familiennachzug für seine Tochter B. \_\_\_\_\_ an die Vorinstanz (SEM-act. C1), welches diese am 3. September 2014 zuständigkeitshalber an die kantonale Migrationsbehörde zur Prüfung weiterleitete (SEM-act. C2).

**G.**

Die Vaterschaft des Beschwerdeführers zu B. \_\_\_\_\_ wurde in einem beim Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich im Auftrag der kantonalen Migrationsbehörde am 19. Mai 2015 erstellten Gutachten (DNA-Analyse) mit der notwendigen Wahrscheinlichkeit bestätigt. In ihrer Stellungnahme vom 1. Juli 2015 beantragte die kantonale Migrationsbehörde bei der Vorinstanz dennoch, das Gesuch um Familiennachzug des Beschwerdeführers für dessen Tochter B. \_\_\_\_\_ abzuweisen. Dies deshalb, weil der Beschwerdeführer nicht über eine bedarfsgerechte Wohnung verfüge (er lebe in einer von der Caritas vermieteten Wohnung mit einer weiteren Person in einer Wohngemeinschaft) und weil nach wie vor das Risiko einer Sozialhilfeabhängigkeit bestehe. Der Beschwerdeführer sei bis vor einem Jahr noch selbst unterstützt worden. Für seine beiden in der Schweiz lebenden Kinder habe er aufgrund einer Berechnung der KESB vom 25. März 2015 bisher zwar noch keine Unterhaltszahlungen leisten müssen. Diese Kinder würden von der öffentlichen Sozialhilfe unterstützt. Bei einem Wegfall der Sozialhilfe hätte der Beschwerdeführer jedoch zusätzlich für diese beiden Kinder aufzukommen (SEM-act. C3).

**H.**

Mit Schreiben vom 2. September 2015 gewährte das SEM dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör in Bezug auf eine allfällige Ablehnung seines Gesuchs. Mit Stellungnahme vom 20. September 2015 erklärte der Beschwerdeführer seine aktuelle Wohn- und Finanzsituation und bat um Gutheissung seines Gesuchs (SEM-act. C4 und C5).

**I.**

Mit Verfügung vom 30. Oktober 2015 – eröffnet am 10. November 2015 – lehnte das SEM das Gesuch des Beschwerdeführers um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme zugunsten seiner Tochter B. \_\_\_\_\_ ab. Zur Begründung hielt die Vorinstanz im Wesentlichen fest, es liege keine bedarfsgerechte Wohnung vor und das Einkommen des Beschwerdeführers sei bereits zu gering, um die Unterhaltsbeiträge für seine zwei in der Schweiz lebenden Kinder zu bezahlen. Folglich könne es nicht genügen, um für den Lebensunterhalt eines dritten Kindes aufzukommen. Das Risiko für eine weitere Sozialhilfeabhängigkeit sei hoch und es könne offenbleiben, ob er überhaupt über das Sorgerecht für seine Tochter verfüge (SEM-act. C6).

**J.**

Dagegen gelangte der Beschwerdeführer mit einer Rechtsmitteleingabe vom 8. Dezember 2015 an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragte darin, die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben und seine Tochter B. \_\_\_\_\_ sei in seine vorläufige Aufnahme einzubeziehen. Zur Begründung machte er (unter Offenlegung seiner Lohnabrechnungen aus den Monaten August bis Oktober 2015) sinngemäss geltend, er sei in Bezug auf seine Wohnung und seine Arbeitsstelle darum bemüht, die Voraussetzungen für den Familiennachzug zu schaffen. Zu seiner familiären Situation hielt er fest, seine Tochter lebe nach wie vor bei seinem Bruder in Äthiopien. Die Lebensbedingungen seien aber schwierig. Sein Bruder habe nebst seiner Arbeitslosigkeit und knappen finanziellen Mitteln noch viele andere Probleme. Er (der Beschwerdeführer) befürchte, dass sein Bruder seine Tochter mittelfristig zwangsverheiratet werde, da dieser nicht mehr ausreichend für sie sorgen könne. Er wolle als Vater für seine Tochter da sein und sie in dieser schwierigen Lebensphase unterstützen (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1).

In prozessualer Hinsicht ersuchte der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

**K.**

Nachdem der Beschwerdeführer am 27. Januar 2016 das gerichtseigene Antragsformular und diverse Unterlagen eingereicht hatte, stellte das Bundesverwaltungsgericht in einer Zwischenverfügung vom 23. August 2016 den Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen

Rechtspflege für einen späteren Verfahrenszeitpunkt in Aussicht, verzichtete gleichzeitig auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und eröffnete den Schriftenwechsel (BVGer-act. 7).

**L.**

In ihrer Vernehmlassung vom 21. September 2016 stellte die Vorinstanz in Abrede, dass sich die persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers seit Erlass der angefochtenen Verfügung wesentlich verändert hätten und beantragte Abweisung der Beschwerde. Diese Stellungnahme wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht (BVGer-act. 9).

**M.**

Mit Eingaben vom 21. November 2016 und 9. Oktober 2017 reichte der Beschwerdeführer unaufgefordert und unkommentiert Unterlagen ein, seinen aktuellen Arbeitsvertrag und eine neue Wohnung betreffend (BVGer-act. 10 und 11).

**N.**

Einer Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. März 2018 folgend aktualisierte der Beschwerdeführer mit einer Eingabe vom 25. April 2018 letztmals seine persönlichen Verhältnisse. Neben den dem Bundesverwaltungsgericht bereits bekannten Unterlagen reichte er neu einen unbefristeten Arbeitsvertrag (gültig seit 12. Februar 2018), die aktuellsten Lohnabrechnungen (Monate Februar und März 2018) sowie Abrechnungen für die Monate April und Mai 2018 des Sozialdienstes Luzern über die Höhe der wirtschaftlichen Sozialhilfe an die Mutter seiner beiden in der Schweiz lebenden Töchter ein (BVGer-act. 13).

**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 Verfügungen des SEM betreffend Familiennachzug nach Art. 85 Abs. 7 AIG. 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. Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 48 Abs. 1, Art. 50 und 52 VwVG).

**1.4** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Sache endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 1 und 3 BGG).

## **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 – 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).

## **3.**

**3.1** Mit Wirkung per 1. Januar 2019 wurde die Teilrevision des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG) abschliessend in Kraft gesetzt (AS 2018 3171). Dabei wurde auch der Titel des Gesetzes in "Ausländer- und Integrationsgesetz" (AIG) geändert. Parallel dazu traten entsprechende Anpassungen der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) in Kraft.

**3.2** Fehlt – wie vorliegend – eine gesetzliche Übergangsregelung, muss aufgrund allgemeiner Grundsätze über das anwendbare Recht entschieden werden. Bei Rechtsänderungen finden nach Lehre und Rechtsprechung jene Bestimmungen auf hängige Verfahren Anwendung, welche zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids Geltung hatten. Später eingetretene Rechtsänderungen sind nur ausnahmsweise zu berücksichtigen, wenn zwingende Gründe für die sofortige Anwendung des neuen Rechts sprechen (zum Ganzen vgl. Urteile des BVGer F-3709/2017 vom

14. Januar 2019 E. 2.1–2.3 und F-1186/2018 vom 10. Januar 2019 E. 2.1–2.3 je m.H.).

**3.3** Die angefochtene Verfügung erging vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts. Mangels vorherrschenden öffentlichen Interesses an einer unmittelbaren Anwendung der neuen Bestimmungen gelten daher vorliegend das AuG und die VZAE in ihrer bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung (siehe F-3709/2017 E. 2.4 m.H.).

#### **4.**

**4.1** Gestützt auf 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. Vorausgesetzt wird zudem, dass sie mit diesen zusammenwohnen (Bst. a), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden (Bst. b) und die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist (Bst. c). Das Gesuch für Kinder unter 12 Jahren muss innerhalb von fünf Jahren, dasjenige für Kinder über 12 Jahre innerhalb von zwölf Monaten nach Ablauf der dreijährigen Karenzfrist eingereicht werden (vgl. Art. 74 Abs. 3 VZAE). Ein nachträglicher Familiennachzug kann nur bewilligt werden, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden. Kinder über 14 Jahre werden zum Familiennachzug angehört, sofern dies erforderlich ist. Die Anhörung findet in der Regel bei der Schweizerischen Vertretung am Aufenthaltsort statt (vgl. Art. 74 Abs. 4 VZAE). Wichtige familiäre Gründe liegen vor, wenn das Kindeswohl nur durch den Nachzug in die Schweiz gewahrt werden kann (vgl. Art. 75 VZAE).

**4.2** Wie bereits ausgeführt, wurde der Beschwerdeführer mit Verfügung vom 28. Juni 2010 vorläufig aufgenommen. Diese Ersatzmassnahme für einen als unzumutbar erachteten Wegweisungsvollzug wurde von der Vorinstanz in der Zwischenzeit regelmässig überprüft und bestätigt (letztmals am 29. November 2018; SEM-act. unpaginiert). Der Beschwerdeführer stellte das Gesuch um Familiennachzug für seine am 12. August 2004 geborene Tochter am 29. August 2014. Die Fristen nach Art. 85 Abs. 7 AuG und Art. 74 VZAE waren somit eingehalten.

#### **5.**

Zu prüfen bleibt nachfolgend, wie es sich mit den materiellen Voraussetzungen nach Art. 85 Abs. 7 Bst. a–c AuG verhält, wobei die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 30. Oktober 2015 einzig die Bedingungen bezüglich

der bedarfsgerechten Wohnung (Bst. b) sowie der finanziellen Unabhängigkeit (Bst. c) thematisierte.

**5.1** In der angefochtenen Verfügung bemängelte die Vorinstanz das Fehlen einer bedarfsgerechten Wohnung. Der Beschwerdeführer wohne gemeinsam mit einer anderen Person in einer 4.5-Zimmerwohnung der Caritas, in welcher ihm ein Zimmer zur Verfügung stehe.

Nun kann aber gemäss ständiger Rechtsprechung von gesuchstellenden Personen in aller Regel nicht vorausgesetzt werden, dass sie bereits zum Zeitpunkt ihrer Antragstellung über eine bedarfsgerechte Wohnung verfügen (vgl. Urteil des BVGer F-7288/2014 vom 5. Dezember 2016 E. 5.2). Dessen unbesehen ist es dem Beschwerdeführer in der Zwischenzeit gelungen, per 1. Oktober 2017 einen Mietvertrag über eine genügend grosse Wohnung abzuschliessen (BVGer act. 13, Beilage). Selbst wenn diese Wohnung nicht als Familienwohnung zu mieten wäre (der in Kopie eingereichte Mietvertrag trägt den Vermerk "für max. 1 Person"), ist davon auszugehen, dass es dem Beschwerdeführer im Falle einer Gewährung des Familiennachzuges möglich wäre, ein gleichartiges Objekt für zwei Personen zu finden. Schliesslich bezahlt er für seine derzeitige 3-Zimmer-Wohnung einen (mit grosser Wahrscheinlichkeit marktüblichen) Mietzins von Fr. 1'200.– (Nebenkosten inklusive). Unter diesen Umständen scheint die Bedingung von Art. 85 Abs. 7 Bst. b AuG einer Gewährung des Familiennachzuges zugunsten der Tochter nicht zwingend entgegenzustehen.

**5.2** Des Weiteren beanstandete die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung, dass der Beschwerdeführer nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfüge, um für drei Kinder aufkommen zu können. Sein Einkommen genüge bereits jetzt (zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung) nicht, um die Unterhaltsbeiträge für seine beiden in der Schweiz lebenden Kinder zu leisten. Aus den dem Bundesverwaltungsgericht zur Verfügung stehenden Akten ergibt sich folgendes Bild:

Der Beschwerdeführer lebt nunmehr seit gut zehn Jahren in der Schweiz. Seit März 2014 geht er einer regelmässigen Arbeit im Vollpensum nach (zuerst im Stundenlohn, dann seit 1. Januar 2016 im Monatslohn bei einer Firma in X. \_\_\_\_\_). Seit Mitte Februar 2018 ist er als Hilfsarbeiter im Stundenlohn zu brutto Fr. 25.– bei einer Firma in Y. \_\_\_\_\_ angestellt (BVGer-act. 13, Beilage). Gemäss der letzten eingereichten Lohnabrechnung erzielte er an seiner aktuellen Arbeitsstelle im März 2018 einen Netto-Lohn von rund Fr. 4'000.–. Den (allerdings nicht vollständig ausgewiesenen

und aktualisierten) Angaben des Beschwerdeführers folgend sind dem Einkommen monatliche Ausgaben in der Höhe von zirka Fr. 3'600.– gegenüber zu stellen. Dabei bleibt insbesondere unklar, ob er inzwischen regelmässige Unterhaltsbeiträge für seine beiden in der Schweiz lebenden Kinder leistet. Gestützt auf die vorhandenen Zahlen kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass es dem Beschwerdeführer aktuell möglich wäre, im Rahmen des Notwendigen für seine drei Kinder aufzukommen.

**5.3** In Beachtung der seit Erlass der angefochtenen Verfügung eingetretenen Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers rechtfertigt es sich, die angefochtene Verfügung zu kassieren und die Vorinstanz aufzufordern, zusammen mit der zuständigen kantonalen Migrationsbehörde die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers einer erneuten Überprüfung zu unterziehen und anschliessend gestützt auf die aktualisierten Gesamtumstände über das Gesuch um Familiennachzug zu befinden.

## **6.**

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

## **7.**

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG), womit das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hinfällig wird.

Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen, da dem nicht vertretenen Beschwerdeführer durch die Prozessführung offensichtlich keine verhältnismässig hohen Kosten erwachsen sind (Art. 64 Abs. 1 VwVG, 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)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 30. Oktober 2015 wird aufgehoben.

**2.**

Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Amt für Migration des Kantons Luzern

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Andreas Trommer

Jacqueline Moore

Versand: