

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.159 vom 13. April 2017**

BS Appellationsgericht, 2017-04-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2016.159](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.159)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.159 du 13 avril 2017

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.159 del 13 aprile 2017

## **Erwägungen**

### **E. 42**

des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz OG; SG 153.100) und den §§ 10 und 12 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG; SG 270.100). Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 in Verbindung mit § 99 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG; SG 154.100]). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG.

1.2Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt. Er hat daher ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung, weshalb er gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist, so dass auf diesen einzutreten ist.

1.3Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und in Anwendung von Art. 110 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines ausländerrechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des Gerichtsentscheids vorherrschen (vgl. BGE 127 II 60 E. 1b S. 63; BGer 2C\_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2016.244/VD.2016.243 vom 22. Februar 2017 E. 1.3, VD.2015.240 vom 15. Februar 2017 E. 1.2, VD.2016.152 vom 17. Januar 2017 E. 1.3; jeweils mit Hinweisen).

2.

2.1Soweit der Rekurrent mit seinem Rekurs an die Vorinstanz eine Ausweitung des Verfahrens um Familiennachzug resp. um Erteilung einer Härtefallbewilligung auf seinen 23-jährigen Sohn D\_\_\_\_\_ beantragt hat, ist das JSD auf den Rekurs nicht eingetreten. Es hat erwogen, mit diesem Gesuch überschreite der Rekurrent den Streitgegenstand des Verfahrens. Ein Rekurs sei aber nur im Rahmen des Streitgegenstands zulässig.

2.2Der Rekurrent bestreitet nicht, erst im vorinstanzlichen Verfahren die Ausweitung des Verfahrens auf seinen Sohn D\_\_\_\_\_ beantragt zu haben. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, wird der Streitgegenstand eines Verfahrens durch den Gegenstand des angefochtenen Entscheids und die Parteibeghären bestimmt, wobei der angefochtene Entscheid den möglichen Streitgegenstand begrenzt (BGE 133 II 181 E. 3.3 S. 189, 125 V 413 E. 2a S. 415; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht,

3. Auflage, Basel 2014, N 985 f.). Er kann im Laufe des Rechtsmittelzuges grundsätzlich nicht erweitert oder qualitativ verändert, sondern bloss verengt und um nicht mehr streitige Punkte reduziert werden (vgl. Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 505; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich 2013, N 688; Auer, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Zürich 2008, Art. 12 N 10; BGE 133 II 30 E. 2 S. 32, 131 II 200 E. 3.2 S. 203; VGE VD.2016.125/VD.2016.124 vom 21. Oktober 2016 E. 1.5.1, VD.2008.737 vom 10. März 2010 E. 1.2). Der Streitgegenstand kann im Rekursverfahren demnach grundsätzlich nicht über das Anfechtungsobjekt hinaus erweitert werden (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., N 988).

Wie der Rekurrent im Prinzip zutreffend geltend macht, kann von diesen Grundsätzen aus prozessökonomischen Gründen in der Praxis jedoch abgewichen werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Ausweitung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens auf eine ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes liegende, spruchreife Frage aus prozessökonomischen Gründen dann zulässig, wenn diese mit dem bisherigen Streitgegenstand derart eng zusammenhängt, dass von einer Tatbestandsgesamtheit gesprochen werden kann (BGE 122 V 34 E. 2a S. 36; BGer 9C\_1002/2008 vom 16. Februar 2009 E. 2.2; VGEVD.2016.125/VD.2016.124 vom 21. Oktober 2016 E. 1.5.2). Die Verwaltung muss sich zudem mindestens in der Form einer Prozessklärung zu dieser Streitfrage geäußert haben (BGE 122 V 34 E. 2a S. 36; BGer 9c\_1002/2008 vom 16. Februar 2009 E. 2.2; BVGE 2009/37 vom 18. Juni 2008 E. 1.3.1; VGE VD.2012.122 vom 14. August 2013 E. 1.2.2; Camprubi, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Zürich 2008, Art. 62 N 5; Flückiger, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 7 N 35).

2.3 Mit seinem Gesuch um Familiennachzug vom 10. März 2015 hat der Rekurrent eingehend seine familiäre Situation und deren Entwicklung seit seiner Einreise in die Schweiz beschrieben. Er hat in diesem Gesuch mit keinem Wort auf einen Sohn hingewiesen. Erst mit der Rekursbegründung im vorinstanzlichen Verfahren hat der Rekurrent sein Gesuch auf seinen Sohn D\_\_\_\_\_ ausgeweitet. Zur Begründung hat er ausgeführt, mit seinem Gesuch eine Vereinigung der noch lebenden Kinder mit ihm zu beabsichtigen. Warum dies erst in jenem Zeitpunkt beabsichtigt worden ist und inwiefern sich diesbezüglich die Situation des Bruders der beiden ursprünglich nachziehenden Töchter des Rekurrenten verändert hat, wird nicht ausgeführt. Auch wenn die beabsichtigte Familienzusammenführung einen Sachzusammenhang schafft, kann daher nicht festgestellt werden, dass eine eigentliche Tatbestandsgesamtheit besteht. Dies gilt umso mehr, als der Rekurrent den Härtefall bei seinen Töchtern nicht zuletzt auch mit geschlechtsspezifischen Umständen begründet, die auf seinen Sohn nicht zutreffen. Daraus folgt, dass für die Beurteilung des Vorliegens eines familiennachzugsrechtlichen Härtefalles beim Sohn des Rekurrenten eine eigene Prüfung zu erfolgen hat. Die Vorinstanz ist daher auf die beantragte Ausweitung des Gesuchs im Rechtsmittelverfahren zu Recht nicht eingetreten. Ein Familiennachzugs- resp. Härtefallgesuch für D\_\_\_\_\_ ist mit einem neuen Gesuch beim Migrationsamt geltend zu machen, wenn daran festgehalten wird. Daher erübrigt sich im vorliegenden Verfahren auch eine weitere Erörterung der Frage, ob der Rekurrent seine Vaterschaft bezüglich des nachziehenden Mannes überhaupt hinreichend nachgewiesen hat.

3.

Mit seiner Rekursbegründung stützt der Rekurrent sein Begehren um Nachzug seiner Töchter zu Recht nicht auf Art. 44 des Ausländergesetzes (AuG; SR 142.20). Danach kann ausländischen Ehegatten und ledigen Kindern unter 18 Jahren von Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen, eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist und sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, erfüllen die volljährigen Kinder des Rekurrenten diese Voraussetzung nicht. Der Rekurrent stützt sein Begehren vielmehr auf Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101).

3.1

3.1.1 Wie der Rekurrent richtig geltend macht, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bei der Anwendung von Art. 8 EMRK von einem weiten, flexiblen und inhaltlich nicht genau umrissenen Familienbegriff auszugehen. Neben der eigentlichen Kernfamilie werden auch weitere familiäre Verhältnisse erfasst, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bande, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person (BGE 135 I 143 E. 3.1 S. 148 f., mit Hinweisen). Dies ändert aber nichts daran, dass der Schutzbereich des Familienlebens nach Art. 8 EMRK praxisgemäss in erster Linie die Kernfamilie, also Ehegatten und minderjährige Kinder, umfasst. Andere familiäre Beziehungen, namentlich diejenigen zwischen Eltern und erwachsenen Kindern, fallen nur ausnahmsweise unter den Schutz von Art. 8 EMRK. Dabei genügt nicht, dass eine enge Bindung zu den erwachsenen Kindern besteht. Der Schutzbereich von Art. 8 EMRK ist in solchen Konstellationen nur berührt, wenn ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis vorliegt (vgl. BGer 2C\_208/2016 vom 21. Dezember 2016 E. 5.3.2 mit Hinweis auf BGE 139 II 393 E. 5.1, 135 I 143 E. 3.1, 129 II 11 E. 2, 120 Ib 257 E. 1d).

3.1.2 Das gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV geschützte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens vermittelt kein absolutes Recht auf Einreise und Aufenthalt an Familienmitglieder. Immerhin wird aus dieser Bestimmung aber ein das Ermessen der Ausländerbehörden einschränkender Anspruch auf Familiennachzug abgeleitet. Insoweit ist eine Einzelfallprüfung bzw. Güterabwägung vorzunehmen, wobei die in Art. 8 Ziff. 2 EMRK genannten Aspekte einen Eingriff in das Familienleben rechtfertigen können. Als zulässige öffentliche Interessen kommen namentlich das Durchsetzen einer restriktiven Einwanderungspolitik, die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der Ausländer sowie die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur in Betracht (BGE 137 I 284 E. 2.1 S. 288, 135 I 143 E. 2.1 und 2.2 S. 147, 133 II 6 E. 5 S. 14 ff., 129 II 215 E. 4.2 S. 218 f., 126 II 425 E. 4c/bb S. 433, 126 II 377 E. 7 S. 394, 125 II 633 E. 2e und 3a S. 639 f.).

Mit den Erwägungen der Vorinstanz ist dabei zu beachten, dass der Gesetzgeber den Familiennachzug von Kindern im Interesse ihrer Integration an Fristen gebunden hat. Danach muss der Familiennachzug innerhalb von fünf Jahren und bei Kindern über zwölf Jahren innerhalb von zwölf Monaten ab der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung resp. der Entstehung des Familienverhältnisses erfolgen (Art. 47 Abs. 1 und 3 AuG). Ausserhalb der Nachzugsfristen des Art. 47 Abs. 1 AuG ist der Familiennachzug bloss noch möglich, wenn

hierfür wichtige familiäre Gründe sprechen (Art. 47 Abs. 4 AuG). Solche liegen etwa dann vor, wenn das Kindeswohl letztlich nur durch einen Nachzug in die Schweiz sachgerecht gewahrt werden kann (vgl. Art. 75 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201]; BGE 137 I 284 E. 2.3.1 f. S. 290). Dieser Regelung ist auch bei der Auslegung und Anwendung von Art. 8 EMRK Rechnung zu tragen (BGE 137 I 284 E. 2.6 f. S. 292 ff.).

3.1.3 Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund ist auch die Härtefallregelung gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG, auf welche sich der Rekurrent für seine Kinder beruft, zu konkretisieren und anzuwenden. Danach kann von den ausländerrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen (Art. 18-29 AuG) abgewichen werden, um schwerwiegenden persönlichen Härtefällen oder wichtigen öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Dabei handelt es sich um eine Ermessensbewilligung, auf deren Erteilung gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich kein Anspruch besteht (BGE 137 II 345 E. 3.2.1 S. 348; BGer 2C\_373/2013 vom 8. Mai 2013 E. 3.1; Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka, Migrationsrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2015, Art. 30 AuG N 1 ff.; Good/Bosshard, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Handkommentar zum AuG, Bern 2010, Art. 30 AuG N 2). Im Hinblick auf die Ermessensausübung kommt der Vorinstanz bzw. der Bewilligungsbehörde ein grosser Spielraum zu, wobei das Ermessen ■ wie jedes staatliche Handeln ■ pflichtgemäss auszuüben ist, d.h. im Rahmen von Verfassung und Gesetz nach sachlichen Grundsätzen, namentlich unter Beachtung von Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung und der dort angelegten öffentlichen Interessen sowie des Gebots der rechtsgleichen Behandlung, der Verhältnismässigkeit und des Willkürverbots. Durch die Ermessensausübung soll insbesondere dem konkreten Einzelfall aus Billigkeitsgründen Rechnung getragen werden können, wenn das Gesetz keinen Rechtsanspruch auf Aufenthalt einräumt (vgl. VGE BE 100 2014 87 vom 2. Februar 2015 E. 7.1, mit Hinweisen).

Bei der Beurteilung, ob ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt, sind gemäss Art. 31 Abs. 1 VZAE folgende Gesichtspunkte zu beachten: die Integration des Gesuchstellers, die Respektierung der Rechtsordnung durch den Gesuchsteller, die Familienverhältnisse, insbesondere der Zeitpunkt der Einschulung und die Dauer des Schulbesuchs der Kinder, die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung, die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, der Gesundheitszustand sowie die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat (vgl. BGE 137 II 345 E. 3.2.3 S. 349 f.). Diese Kriterien stellen weder einen abschliessenden Katalog dar noch müssen sie kumulativ erfüllt sein (vgl. BVGE 2009/40 E. 6.2). Für die Anerkennung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls ist allerdings insgesamt ein strenger Massstab anzusetzen (BVGer C 88/2014 vom 15. März 2016 E. 5.2; VGE VD.2014.261 vom 17. Juli 2015 E. 2.5.1, VD.2013.156 vom 22. Dezember 2014 E. 3, VD.2013.166 vom 24. Januar 2014 E. 2.1, VD.2012.43 vom 12. August 2012 E. 5.2; jeweils mit Hinweisen; Good/Bosshard, a.a.O. Art. 30 AuG N 8; m.w.H.). Die betroffene Person muss sich in einer persönlichen Notlage befinden. Das bedeutet, dass ihre Lebens- und Existenzbedingungen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von ausländischen Personen, in gesteigertem Mass in Frage gestellt sind bzw. die Verweigerung einer Ausnahme von den Zulassungsbedingungen für sie schwere Nachteile zur Folge hätte (vgl. BVGer C-5176/2013 vom 1. September 2014 E. 3, C-2829/2010 vom 11. August 2011 E. 5.3; jeweils mit Hinweisen; VGE VD.2013.156 vom 22. Dezember 2014 E. 3). Bei

Härtefallgesuchen von Familien darf die Situation der einzelnen Mitglieder nicht isoliert betrachtet werden und stellt deren Schicksal eine Einheit dar (vgl. BvGE 2007/16 E. 5.3 S. 196)

### 3.2

3.2.1 Zur Begründung seines Nachzugsgesuchs verweist der Rekurrent auf den Umstand, dass er seine Kinder seit jeher unterstützt habe und in wöchentlichem, telefonischem Kontakt zu ihnen stehe. Er sei deren nächste Bezugsperson. Er habe seine Heimat als Kämpfer gegen die Taliban nach erfolgter Konfrontation mit Morddrohungen und Verfolgung nicht freiwillig verlassen. Das geschützte Familienleben könne daher nicht anderswo sachgerecht gepflegt werden.

3.2.2 Dem hält die Vorinstanz entgegen, dass diese Trennung seit 2001 bestehe, der Rekurrent sich bisher aber nie um eine Zusammenführung der Familie bemüht habe. Tatsächlich war der Rekurrent, wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt wird, seit dem Erhalt der Aufenthaltsbewilligung am 1. Juli 2009 berechtigt, ein Nachzugsgesuch für seine beiden Töchter zu stellen. Wichtige familiäre Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug seien nicht ersichtlich.

Solche familiären Gründe sieht der Rekurrent zunächst in dem von einer Landmine ausgelösten Tod seiner Ehefrau und eines seiner Kinder. Dieser Vorfall ereignete sich gemäss eigenen Angaben offenbar bereits im Jahre 2003, veranlasste den Rekurrenten aber nicht, die übrigen Kinder nachzuziehen. Ebenfalls keinen Nachzug erwog der Rekurrent nach dem Verschwinden seines im Jahre 1988 geborenen Sohnes E\_\_\_\_, welcher im Jahre 2007 von der Schule nicht mehr zurückgekehrt sei und dessen Verschwinden zu einem psychischen Zusammenbruch des Rekurrenten und einem Aufenthalt in einer psychiatrischen Klinik geführt habe. Gleich verhält es sich auch mit der im Jahre 2011 erfolgten Ausreise der Tante der Kinder nach Saudi-Arabien, welche diese zuvor betreut und ■ nun auf sich allein gestellt ■ in Afghanistan zurückgelassen habe. Schliesslich hat der Rekurrent die Tochter C\_\_\_\_ auch nach ihrer Nierenoperation im Jahre 2013 nicht nachzuziehen versucht.

3.3 Aufgrund des konventions- und verfassungsrechtlichen Schutzes des Familienlebens ist dieses bei der Beurteilung eines Härtefalles zu berücksichtigen. Zu prüfen ist daher zunächst, ob die erwachsenen Kinder vom Rekurrenten abhängig sind.

Der Rekurrent hat nachgewiesen, am 18. Januar 2015, am 2. Mai 2015 und am 18. Januar 2016 drei Zahlungen von Beträgen in Höhe von CHF 982.■, 1■065.■ und 7■553.10 über Western Union an F\_\_\_\_ (wahrscheinlich sein Sohn D\_\_\_\_) in Afghanistan geleistet zu haben (act. 4/2). Weitere finanzielle Unterstützungen an seine Kinder seien über sogenannte ■Gewährsmänner■ erfolgt, die sich nicht mehr nachweisen liessen. Für die behaupteten telefonischen Kontakte offeriert der Rekurrent zwar einfach zugängliche Verbindungsnachweise, reicht solche aber nicht ein. Wenig bekannt ist über die heutige berufliche und persönliche Situation der drei Kinder des Rekurrenten. Gemäss dem Schreiben von G\_\_\_\_ vom 9. September 2015 (act. 4/3), einer Vertrauten des Rekurrenten, müsse dessen Sohn zusammen mit Nachbarn nächtliche Bewachungsaufträge in seinem Quartier übernehmen. Geltend gemacht wird eine Bedrohung durch einen ■Familienfeind■. Weiter wird eine Bedrohung der Töchter geltend gemacht, nachdem der Vater des Rekurrenten im Juni 2015 versucht habe, die beiden Frauen zu ■verkaufen■. In der Folge seien sie mit ihrem Bruder untergetaucht und ohne Wissen des Rekurrenten in die

Türkei geflohen, wo sie aufgegriffen und nach einem Gefängnisaufenthalt zurückgeschafft worden seien. Hierfür hat der Rekurrent allerdings keine Indizien oder Belege einreichen können. Insgesamt ist daher eine eigentliche Abhängigkeit von ihrem Vater der ■ offenbar selbständig agierenden ■ drei erwachsenen Kinder des Rekurrenten im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 8 Ziff. 1 EMRK etwas offen. Sie bedarf weiterer konkreter Anhaltspunkte aufgrund der Situation in der Heimat der Nachkommen. Es darf aber davon ausgegangen werden und es wird von der Vorinstanz bisweilen auch anerkannt (vgl. E. 12 des angefochtenen Entscheids), dass der Rekurrent für seine Töchter eine nicht unwesentliche finanzielle Stütze darstellt und angesichts der sich verschlimmernden Sicherheitslage in Afghanistan als Bezugsperson an Bedeutung gewinnen dürfte (vgl. E. 3.4.3.2 unten).

3.4 In Bezug auf die familiäre Verbindung des Rekurrenten zu seinen Kindern kann aber nicht darüber hinweggesehen werden, dass der Rekurrent bisher auf eine Zusammenführung der Familie verzichtet hat.

3.4.1 Zur Begründung macht der Rekurrent geltend, dass er sich auch nach einem Rückfall seines psychischen Leidens im Jahre 2008 und seiner Genesung nicht in der Lage gesehen habe, seine Kinder zu sich zu holen. Zum Beweis stützt er sich auf eine Bestätigung von seinem ■ ihn von 2007 bis April 2013 behandelnden ■ Hausarzt, Dr. med. H\_\_\_\_, vom 30. Mai 2016 (act. 4/4). Darin bestätigt dieser, dass der Rekurrent vom 19. März bis zum 13. April 2007 wegen einer depressiven Symptomatik und akuter Suizidalität in der Psychiatrischen Klinik [...] behandelt worden sei. In der Folge habe eine ambulante psychiatrische Behandlung bei zwei Psychiatern mit Kenntnissen der Sprache des Rekurrenten und der Situation in seinem Herkunftsland stattgefunden. Über deren Dauer fehlen Angaben. Es sei über mehrere Jahre eine psychiatrisch-medikamentöse Behandlung erfolgt. Im weiteren Verlauf sei zwar keine psychiatrische Hospitalisation mehr notwendig gewesen, es seien aber mehrere Notfall-Hospitalisationen wegen psychischem Ausnahmezustand mit psychogenem Kollaps erfolgt nach dem Erhalt schlechter Nachrichten aus Afghanistan oder der zeitweise drohenden Ausschaffung aus der Schweiz. Er habe sich während der Behandlungszeit bis im Mai 2014 nicht in der Lage befunden, sich um Formalitäten oder Ausreisemöglichkeiten für seine in Afghanistan verbliebenen Kinder kümmern zu können. Mit einem Schreiben vom 9. September 2015 (act. 4/3) führt G\_\_\_\_ als Vertraute des Rekurrenten aus, dieser sei geschwächt aus einem in den Jahren 2001 bis 2008 geführten, zermürbenden Kampf um sein Asylrecht hervorgegangen. Nach einem Rückfall im Jahre 2008 sei er langsam genesen und habe Arbeit gefunden. Er habe sich aber nicht in der Lage gefühlt, Geld zu verdienen und sich gleichzeitig um drei Kinder zu kümmern. Die Kinder seien damals in der Obhut einer Tante gewesen und es sei ihm nicht zumutbar erschienen, sie erneut allergrössten Veränderungen auszusetzen.

3.4.2 Die Haltung des Rekurrenten kann dabei nur so verstanden werden, dass er eine akute Bedrohung seiner Kinder bis zur Stellung seines Gesuchs verneint hat, erschiene seine Abwägung des Kindeswohls ansonsten doch als absolut unverständlich. Dabei muss die von seinem Hausarzt bis zum Mai 2014 attestierte Unfähigkeit des Rekurrenten, sich um einen Nachzug seiner Kinder zu kümmern, relativiert werden. Nach den Angaben im ärztlichen Zeugnis von Dr. med. H\_\_\_\_ vom 30. Mai 2016 (act. 4/4) verschlimmerten sich die psychischen Probleme des Rekurrenten ■[n]ach Erhalt von schlechten Nachrichten aus Afghanistan und der zeitweise drohenden Ausschaffung aus der Schweiz■. Diesbezüglich muss jedoch berücksichtigt werden, dass die Aufenthaltssituation des Rekurrenten seit dem

Erhalt der Aufenthaltsbewilligung am 1. Juli 2009 als gesichert gelten kann. Konkrete traumatische Nachrichten aus der Heimat sind dem Gericht ebenfalls allein aus der Zeit vor der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung bekannt. Daraus folgt, dass eine Verhinderung des Rekurrenten an der Planung eines Familiennachzugs nach dem Erhalt der Aufenthaltsbewilligung und insbesondere nach dem Wegzug der betreuenden Tante nicht als belegt erscheint. Auch wenn genaue Angaben oder Belege für den Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme in der Schweiz fehlen, muss aus den Angaben des Rekurrenten geschlossen werden, dass er spätestens nach dem Erhalt der Aufenthaltsbewilligung seine Erwerbstätigkeit in der Schweiz aufgenommen hatte. Auch deshalb muss die ärztlich attestierte Handlungsunfähigkeit relativiert werden.

Weiter erscheinen das Verhalten und die Argumentation des Rekurrenten im Zusammenhang mit seinem Nachzugsgesuch nicht als widerspruchlos. So erklärt der Rekurrent etwa nicht, warum er sein Nachzugsgesuch zunächst auf seine Töchter beschränkt und erst mit dem Rekurs beim JSD auch seinen Sohn in dieses einbezogen hat, obwohl für diesen eine akute Bedrohungssituation in seiner Heimat geltend gemacht wird. Während er sich ausserdem mit seinem Gesuch ursprünglich nicht weiter auf die Betreuungssituation seiner Kinder fokussiert hatte, liess er im vor-instanzlichen Rekursverfahren ausführen, dass seine Kinder nach dem Wegzug ihrer Tante nach Saudi Arabien im Jahr 2011 ■auf sich selbst gestellt■ gewesen seien. Demgegenüber macht er nun unter Hinweis auf ein Schreiben von I\_\_\_\_\_ vom 15. Mai 2016 (act. 4/14) geltend, eine weitere Tante habe sich kurzzeitig um die Kinder gekümmert.

3.4.3 Sein Zuwarten begründet der Rekurrent weiter damit, dass er zunächst berechtigte Hoffnung gehabt habe, dass sich die allgemeine Lage in Afghanistan dank der ISAF-Schutztruppe (International Security Assistance Force) verbessern würde. Diese Hoffnung habe sich aber inzwischen zerschlagen. Es stellt sich daher die Frage, ob sich die Situation diesbezüglich in jüngster Vergangenheit verändert hat.

3.4.3.1 Zur Begründung der aktuellen Bedrohungslage seiner Kinder verweist der Rekurrent zunächst auf deren Zugehörigkeit zur Ethnie der Hazara. Wie das Bundesverwaltungsgericht kürzlich festgestellt hat, werden die Hazara in Afghanistan politisch, wirtschaftlich und gesellschaftlich marginalisiert und diskriminiert (BVGer E-5136/2016 vom 11. Januar 2017 E. 6.3.2 mit Hinweis auf UNHCR-Richtlinien zur Feststellung des internationalen Schutzbedarfs afghanischer Asylsuchender vom 19. April 2016 S. 87 und Landinfo, Hazaras and Afghan insurgent groups, 3. Oktober 2016; vgl. auch Schweizerische Flüchtlingshilfe [SFH], Afghanistan: Update, 30. September 2016, S. 22, act. 11). Überdies wurde für das Jahr 2015 insbesondere in ethnisch gemischten Gebieten eine starke Zunahme von Entführungen und Tötungen von Hazara durch regierungsfeindliche Kräfte festgestellt (vgl. United Nations Assistance Mission in Afghanistan [UNAMA], Afghanistan Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict: 2015, Februar 2016), ohne dass aber eine Kollektivverfolgung bejaht werden könne. Eine Rückkehr nach Kabul wird wenigstens für junge Hazara-Männer zumindest dann als zumutbar erachtet, wenn sie dort von ihrer Kernfamilie unterstützt werden (BVGer E-2395/2016 vom 22. August 2016 E. 6.3; Bericht SEM vom 28. Dezember 2016, act. 9). Wo eine solche Unterstützung nicht möglich ist, wird eine Rückkehr auch nach Kabul allgemein als unzumutbar angesehen (BVGer E-1213/2014 vom 9. Oktober 2015 E. 4.4.6). Wie der Rekurrent selber nachweist, besteht diese Gefährdungssituation schon seit geraumer Zeit. Immerhin führt das Erstarken des IS (Daesh) in Afghanistan, deren

Anschläge sich gegen Mitglieder der Ethnie der Hazara richtet, zu einer Erhöhung der Gefahr (SFH, Afghanistan: Update, 30. September 2016, S. 10, act. 11). Der Rekurrent vermag demgegenüber keine konkreten Vorkommnisse zu substantiieren, bei denen diese Gefährdungssituation sich bezogen auf seine Kinder im Alltag konkretisiert hätte.

3.4.3.2 Abgesehen davon ist aber erstellt, dass sich die Situation in Afghanistan in der letzten Zeit ■ wie vom Rekurrenten geltend gemacht ■ weiter verschlechtert hat (vgl. SEM Note Afghanistan 18. März 2016, S. 5, act. 9). So stellte auch das Bundesverwaltungsgericht jüngst fest, mit dem Abzug der ISAF-Schutztruppe und den damit entstandenen Sicherheitslücken hätten die militärischen Konfrontationen zwischen regierungsfeindlichen Gruppierungen und afghanischen Sicherheitskräften zu eskalieren begonnen und zu einem Anstieg der zivilen Opfer geführt (vgl. BVGer E-1213/2014 vom 9. Oktober 2015 E. 4.4.5 mit Hinweis auf United Nations Assistance Mission in Afghanistan [UNAMA], Annual Report 2013 - Protection of Civilians in Armed Conflict, Februar 2014, S. 13, 39 f.). Vor diesem Hintergrund sei unklar, ob sich die afghanischen Sicherheitskräfte ohne internationale Unterstützung gegen die regierungsfeindlichen Gruppierungen würden behaupten können, zumal die Desertions- und Abgangsrate sehr hoch sowie der Ausbildungsstand der Rekruten schlecht sei und eine Infiltrierung durch regierungsfeindliche Gruppierungen stattfinde. Zudem gelte die Afghan Local Police (ALP) in der afghanischen Bevölkerung als korrupt und habe einen schlechten Ruf, weshalb sich offenbar kaum jemand freiwillig ihrem Schutz unterstelle (vgl. BVGer E-1213/2014 vom 9. Oktober 2015 E. 4.4.5, mit Hinweisen). In der Folge hat sich die Sicherheitslage in den Jahren 2015 und 2016 mit einer der schlimmsten Wellen der Gewalt weiter verschlechtert. Dies gilt auch für Kabul (SFH, Afghanistan: Update, 30. September 2016, S. 3 ff., 13, act. 11; vgl. auch BVGer D-380/2017 vom 2. Februar 2017 E. 6.5.3, mit Hinweisen). Mit diesen Tatsachen hat sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid kaum auseinandergesetzt.

Hinzu kommt eine verbreitete Konfrontation von Frauen mit Diskriminierung im Alltag. Dies äussert sich in der Einschränkung des Zugangs zu Bildung, Gesundheit, Polizeischutz und anderen Dienstleistungen. Insbesondere arbeitstätige Frauen werden stigmatisiert, diskriminiert, bedroht und verletzt. Zudem wird ihr Zugang zu Gesundheitseinrichtungen stark eingeschränkt. Um ihr Haus zu verlassen, brauchen sie männliche Begleitung (SFH, Afghanistan: Update, 30. September 2016, S. 3 ff., 18 f., act. 11). Mit dem Rekurrenten kann der Einschätzung der Vorinstanz nicht ohne weiteres gefolgt werden, wonach seine Töchter aufgrund der finanziellen Unterstützung durch den Vater besser gestellt seien als die afghanischen Durchschnittsbürger. Vielmehr erhöhen eine solche Unterstützung und der Umstand, dass der Rekurrent in der Schweiz lebt, möglicherweise die Entführungsfahr für seine Kinder. Die ■Reisehinweise für Afghanistan■ des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA), abrufbar unter: <https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/vertretungen-und-reisehinweise/afghanistan/reisehinweisefuerafghanistan.html>, besucht am 28. März 2017, die Schnellrecherche zur Sicherheitslage in Kabul des SFH vom 6. Juni 2016 und weitere vom Rekurrenten eingereichte Dokumente unterstreichen die prekäre Situation, denen seine Töchter in Afghanistan aktuell ausgesetzt sind (vgl. insbesondere act. 4/8-13 sowie act. 7).

3.4.3.3 Zu berücksichtigen ist sodann der Gesundheitszustand der Tochter C\_\_\_\_. Aus den diesbezüglich eingereichten Akten ergibt sich, dass dieser im Jahre 2013 in Indien aufgrund einer Nierenerkrankung eine Niere entnommen wurde und sie namentlich auch aufgrund des Bluthochdrucks auf Medikamente angewiesen ist (vgl. act. 4/15). Gemäss den

Ausführungen des Rekurrenten habe sich der Gesundheitszustand der Tochter C\_\_\_\_ seit der operativen Entfernung der Niere eigentlich nie stabilisiert. Sie leide an bedrohlichem Bluthochdruck, an Hautausschlägen, an dauernder Übelkeit, Mattigkeit und depressiver Verstimmung. Von diesem schlechten physisch-psychischen Zustand habe sie sich bisher nicht erholt. Wie vom Rekurrenten zu Recht eingeräumt wird, ist deren aktuelle gesundheitliche Situation aber nicht klar dokumentiert. Immerhin war ihr offenbar eine Flucht in die Türkei mit Gefängnisaufenthalt ohne geltend gemachte Auswirkungen auf ihren Gesundheitszustand möglich. Von der Vorinstanz jedenfalls nicht bestritten wird, dass der Gesundheitszustand der Tochter C\_\_\_\_ nicht gut sei. Wenn aber vom SEM für die Zumutbarkeit der Wegweisung nach Kabul ein guter Gesundheitszustand vorausgesetzt wird (vgl. Stellungnahme SEM vom 28. Dezember 2016), so muss festgestellt werden, dass C\_\_\_\_ diese Voraussetzung nicht erfüllt.

3.4.3.4 Der Rekurrent führt weiter aus, dass ■ [ ] für die Töchter eine neue Gefahr aus der Familie heraus bestehe■. So habe der Grossvater letzten Sommer heimlich versucht, die beiden Mädchen zu verkaufen, wobei dieser bereits Geschenke und Geld mit den interessierten Männern ausgetauscht habe. Hierfür fehlen jedoch konkrete Anhaltspunkte. Auch die geltend gemachte Flucht in die Türkei als Reaktion auf die Zwangsheirat wird nicht dokumentiert. Das Schreiben von G\_\_\_\_ (act. 4/3) muss diesbezüglich als reine Parteibehauptung betrachtet werden, beruft sie sich doch nicht auf eigene Quellen, die von der Behauptung des Rekurrenten unabhängig wären. Immerhin wird vom SEM bestätigt, dass in Afghanistan für seine Töchter kein Schutz besteht, soweit die Behauptungen des Rekurrenten zutreffen sollten.

### 3.5

3.5.1 Insgesamt liegt daher mit Bezug auf C\_\_\_\_ aufgrund ihres Gesundheitszustands vor dem Hintergrund der inzwischen extrem schlechten Sicherheitslage in Kabul ein familiärer Härtefall vor. Es kann dem Rekurrenten nicht zugemutet werden, seine Tochter bei ihrem gefährdeten Gesundheitszustand in der aktuellen Situation in Kabul zu belassen.

3.5.2 Es stellt sich weiter die Frage, ob dies auch einen Härtefall für deren Schwester begründet. Der Rekurrent macht geltend, dass es sich bei B\_\_\_\_ um die Zwillingschwester von C\_\_\_\_ handle. Dies wird durch die afghanischen Urkunden nicht bestätigt. Wie es sich damit verhält, kann aber offen bleiben. Bei Härtefallgesuchen von Familien darf die Situation der einzelnen Mitglieder nicht isoliert betrachtet werden. Das Schicksal der Familie stellt eine Einheit dar, und es wäre schwierig, das Vorliegen eines Härtefalles beispielsweise nur für die Eltern oder einzelne Kinder anzunehmen (vgl. BVGE 2007/16 E. 5.3 S. 196). Nach einer Immigration ihrer Schwester kann dem Rekurrenten insofern auch nicht zugemutet werden, B\_\_\_\_ in der aktuellen Situation alleine in Kabul zu belassen oder ihr dahin zu folgen. Mit dem Nachzug ihrer Schwester würde B\_\_\_\_ ausserdemeine wichtige familiäre Bezugsperson verlieren, was ihre Lebens- und Existenzbedingungen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von jungen Hazara-Frauen in Kabul, nochmals beträchtlich verschlechtern würde, weshalb auch ihr eine Härtefallbewilligung zu erteilen ist.

3.5.3 Inwieweit ein solcher Härtefall auch für den Sohn des Rekurrenten bestehen sollte, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (vgl. oben E. 2). Sollte der Rekurrent bei der zuständigen Behörde auch für ihn ein Nachzugsgesuch stellen wollen, so hätte er den in dessen Person eingetretenen Härtefall eingehend zu konkretisieren und zu belegen.

4.

4.1 Aus dem Gesagten folgt, dass der Rekurs mit Bezug auf die beiden Töchter des Rekurrenten gutzuheissen ist. Wie beantragt, wird daher der Entscheid der Vorinstanz vom 4. April 2016 aufgehoben und diese verpflichtet, dem SEM das Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung für B\_\_\_\_\_ und C\_\_\_\_\_ gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG in Verbindung mit Art. 99 AuG, Art. 85 Abs. 1 VZAE und Art. 5 lit. d der Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide (SR SR 142.201.1) zur Prüfung und Bewilligung zu unterbreiten.

4.2 Der Rekurrent dringt damit mit seinem Rekurs teilweise durch. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, auf die Erhebung von Kosten zu verzichten und dem Rekurrenten eine reduzierte Parteientschädigung auszurichten. Mit seiner Replik macht der Rekurrent einen Vertretungsaufwand von CHF 3'194.65 geltend. Hinzu kommt der Aufwand für die Noveneingabe vom 17. Januar 2017. Die dem Rekurrenten ■ aufgrund seines teilweisen Obsiegens und in Berücksichtigung des gänzlichen Verzichts auf die Auferlegung von Verfahrenskosten ■ auszurichtende Parteientschädigung ist somit auf CHF 2'300.■ einschliesslich Auslagen, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer von CHF 184.■ zu Lasten des JSD festzusetzen.

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