

# **BVGer D-5386/2023 vom 1. September 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-09-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-5386\\_2023\\_d20230901](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-5386_2023_d20230901)

FR: TAF D-5386/2023 du 1 septembre 2023

IT: TAF D-5386/2023 del 1 settembre 2023

## **Regeste**

Familienzusammenführung (Asyl) | Familienzusammenführung (Asyl); Verfügung des SEM vom 1. September 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – und so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

### **E. 1.2**

Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

### **E. 1.3**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 6 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG werden Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl, wenn keine besonderen Umstände dagegensprechen (sog. Familienasyl). Wurden die anspruchsberechtigten Personen durch die Flucht getrennt und befinden sie sich im Ausland, ist ihre Einreise auf Gesuch hin zu bewilligen (Art. 51 Abs. 4 AsylG).

### **E. 3.2**

Die Erteilung einer Einreisebewilligung nach Art. 51 Abs. 4 AsylG wird denjenigen Familienmitgliedern erteilt, die mit einem in der Schweiz als Flüchtling anerkannten und

asylberechtigten Mitglied in einer Familiengemeinschaft gelebt haben, welche durch die Flucht desselben getrennt wurde. Die Einreisebewilligung dient demnach der Wiederherstellung von Familiengemeinschaften, welche durch die Flucht getrennt wurden, nicht

D-5386/2023 Seite 5 aber der Aufnahme von neuen oder der Wiederaufnahme von beendeten Beziehungen (vgl. BVGE 2012/32 E. 5.2 und 5.4, insb. 5.4.2). Weiter setzt die Bewilligung der Einreise in die Schweiz voraus, dass die Verbindung auch nach der Trennung aufrechterhalten und eine rasche Wiedervereinigung der Familie angestrebt wurde (vgl. BVGE 2018 VI/6 E. 5.4-5.5).

### **E. 3.3**

Wer um die Erteilung einer Einreisebewilligung zwecks Gewährung von Familienasyl ersucht, hat die Zugehörigkeit des nachziehenden Angehörigen zur Familiengemeinschaft, die im Zeitpunkt der Flucht vorbestandene Familiengemeinschaft, die Familientrennung durch die Flucht sowie die fest beabsichtigte Familienvereinigung aller Anspruchsberechtigten nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen (vgl. Art. 7 AsylG).

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz führt zur Begründung ihres Entscheides aus, es könne im Ergebnis offenbleiben, ob zum Zeitpunkt der Ausreise eine schützenswerte Vater-Kind-Beziehung bestanden habe, da in beiden Fällen von abgebrochenen Beziehungen auszugehen sei. Der Beschwerdeführer habe nach der Asylgewährung am 22. September 2017 fast sechs Jahre mit dem Familiennachzugsgesuch zugewartet. Im Jahr 2017 habe er lediglich für seine Ehefrau und die gemeinsame Tochter den Familiennachzug durchgeführt. Mit der jeweiligen Kindsmutter sei vereinbart gewesen, dass die Kinder jeweils in der Obhut der Mutter aufwachsen würden. Während des Aufenthaltes der Mutter in Saudi-Arabien von etwa Mitte 2015 bis Mitte 2017 sowie seit der erneuten Ausreise der Mutter in den Sudan etwa im Jahr 2019/2020 sei B. \_\_\_\_\_ unter der Obhut der Grosseltern mütterlicherseits respektive der Grossmutter sowie der Tante väterlicherseits gewesen. C. \_\_\_\_\_ habe bis zur Ausreise seiner Mutter nach Uganda vor einem Jahr (2022) und einigen Monaten mit dieser zusammengelebt und befinde sich seitdem in der Obhut einer Tante mütterlicherseits. Aus den Ausführungen des Beschwerdeführers ergebe sich, dass er sich damals bewusst und freiwillig für eine Trennung von seinen Kindern entschieden habe und gerade keine zügige Wiedervereinigung angestrebt gewesen sei. Aufgrund des langen Zuwartens sei die Beziehung nicht mehr vom Willen der Wiedervereinigung getragen gewesen, zumal er selbst nach der endgültigen Ausreise der jeweiligen Mütter aus Eritrea in den Jahren 2019/2020 respektive vor einem Jahr und mehreren Monaten noch längere Zeit zugewartet habe, bevor er sein Gesuch gestellt habe. Ziel des Gesuches sei folglich nicht die Weiterführung einer vorbestandenen Beziehung, sondern die Wiederaufnahme einer abgebrochenen Vater-Kind-

D-5386/2023 Seite 6 Beziehung, die jedoch nicht vom Schutzbereich des asylrechtlichen Familiennachzugs erfasst werde.

### **E. 4.2**

Dem wird in Beschwerde entgegnet, nur weil der Beschwerdeführer sich mit den jeweiligen Kindesmüttern – vor deren Trennung von den jeweiligen Kindern – darauf geeinigt habe,

die Obhut den Müttern zu überlassen und sich auf die Rolle des sorge- sowie besuchsberechtigten Eltern teils zu beschränken, könne nicht ohne Weiteres eine freiwillige Trennung angenommen werden. Er habe bereits in der Asylanhörung eine (zumindest versuchte) Kontaktaufnahme zu seinen Kindern von sich aus unaufgefordert angesprochen. Dass dem sorge- und besuchsberechtigten, aber bisher nicht obhutberechtigten Kindsvater per se kein Anspruch auf Familienasyl zustehe, da in diesen Fällen die Familienbeziehung als durch die Trennung abgebrochen angesehen werden müsse, finde keine Stütze in der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Die grundsätzliche Verneinung einer schützenswerten Familienbeziehung bei ausgeübtem Sorge- und Besuchsrecht, müsse als falsch bezeichnet werden. Andernfalls würde nämlich folgen, dass im Allgemeinen besuchsberechtigte Elternteile keine schützenswerte beziehungsweise «ernsthafte» familiäre Beziehung zu ihren Kindern hätten, jedenfalls dann nicht, wenn die Frage der Obhut zwischen den Kindeseltern einvernehmlich geregelt sei. Eine gegenteilige Betrachtungsweise entspreche denn auch nicht der gesellschaftlich vorherrschenden Ansicht. Es sei heutzutage normal, dass Eltern getrennt leben und der «andere» Elternteil, auch in Fällen, wo lediglich ein Besuchsrecht bestehe und die Obhut nicht geteilt werde, als wichtige Bezugsperson des jeweiligen Kindes angesehen werde. Dies widerspiegeln sich namentlich auch in der heutigen zivilrechtlichen Regelung, dass (auch) in diesen Fällen die elterliche Sorge in der Regel beiden Eltern gemeinsam zugeteilt werde. Bezeichnend sei in diesem Zusammenhang auch, dass Fälle, wo das Kind bei der Trennung beim Vater verblieben sei, die Mutter in der Folge in der Schweiz Asyl erhalte und später Familienasyl beantrage, in der Regel ganz anders beurteilt würden. Es sei kein Fall bekannt, dass das SEM eine gelebte Familienbeziehung mit der Begründung verneint habe, die Mutter sei – womöglich im Einverständnis mit dem Kindsvater – zuvor nur besuchsberechtigt gewesen. Ein langes Zuwarten mit der Einreichung eines Familiennachzugsgesuchs könne ein Anhaltspunkt für eine «freiwillige» Trennung sein. Nicht von der Freiwilligkeit der Aufgabe der Familiengemeinschaft sei hingegen dann auszugehen, wenn objektive, aus den Fluchtumständen resultierende Gründe für die Trennung der Familie ersichtlich seien. Im vorliegenden Fall

D-5386/2023 Seite 7 werde das Zuwarten damit erklärt, dass die beiden Kindsmütter bei ihren jeweiligen Ausreisen aus Eritrea nicht beabsichtigt hätten, ihr Heimatland endgültig zu verlassen. Hätte der Beschwerdeführer kurz nach der jeweiligen Ausreise bereits versucht, das jeweilige Kind zu sich in die Schweiz zu holen, hätte er nicht nur seine jeweilige Vereinbarung mit den Kindsmüttern verletzt. Derartige Gesuche wären mit grösster Wahrscheinlichkeit auch bereits vor den Schweizer Behörden aussichtslos gewesen, da das SEM entsprechend der üblichen Praxis Einwilligungserklärungen von den jeweiligen Müttern verlangt hätte, welche diese nicht hätten geben können. Zudem sei er selbst mit der Überlassung der jeweiligen Obhut an die Mütter durchaus einverstanden gewesen, solange diese die Obhut eben hätten wahrnehmen können. Das Fehlen von Familienfotos der Kinder zusammen mit dem Beschwerdeführer sei durch den grossen zeitlichen Abstand von mehr als neun Jahren, seine chaotische Flucht sowie die prekären Lebensumstände aller Beteiligten in Eritrea zu erklären. Es könne nicht von einer mangelhaften Glaubhaftigkeit der gelebten Familienbeziehung ausgegangen werden. Schliesslich hätten die Kinder über den fraglichen Zeitraum hinweg bei ihren jeweiligen Müttern gelebt, die nun ebenfalls ausser Landes und nicht für die Mitarbeit im Familiennachzugsverfahren erreichbar seien.

### **E. 4.3**

In der Vernehmlassung führt die Vorinstanz ergänzend insbesondere aus, gehe eine langandauernde räumliche Trennung – wie vorliegend – nicht auf äussere Umstände, sondern auf freiwillige Entscheidungen zurück, sei die Beziehung nicht durch die Flucht getrennt, sondern freiwillig aufgegeben worden. Zudem werde die vorbestandene Beziehung mit keinem Beweismittel belegt. Ferner wären angesichts des langen Zeitraums von acht Jahren – zusätzlich zu den geltend gemachten Kontaktaufnahmen durch die Applikationen Africall, Lyca und WhatsApp alle zwei Monate mit B.\_\_\_\_\_ und monatlich mit C.\_\_\_\_\_ – weitere Ausführungen, insbesondere eine Entwicklung in der Beziehungspflege zu erwarten gewesen. Mit den eingereichten Screenshots von Chatverläufen würden weder eine vorbestandene Beziehung noch die ununterbrochene Kontaktpflege nach der Ausreise glaubhaft gemacht.

### **E. 4.4**

In der Replik wird insbesondere entgegnet, das einvernehmliche oder «freiwillige» Überlassen der Obhut an den anderen Elternteil bei gleichzeitiger Wahrnehmung des Sorge- und Besuchsrechts bewirke für sich allein nicht die Auflösung der Familiengemeinschaft. Weiter wird erneut vorgebracht, der Beschwerdeführer stehe in regelmässigem Kontakt mit seinen

D-5386/2023 Seite 8 Kindern. Diesbezüglich würden weitere Beweismittel in Form von Telefon- Screenshots eingereicht.

### **E. 5.1**

Nach Durchsicht der Akten gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Vorinstanz das Gesuch um Familienzusammenführung zu Recht abgelehnt hat.

### **E. 5.2**

Vorweg ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben zu keinem Zeitpunkt mit B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat. Weiter macht er zwar geltend, er habe die Kinder von der Geburt bis zu seiner Ausreise regelmässig sehen können. Diese Besuchsmöglichkeiten waren jedoch – wie seinen Angaben ebenfalls zu entnehmen ist – aufgrund des Militärdienstes eingeschränkt. Im Zeitpunkt der Ausreise des Beschwerdeführers aus Eritrea waren die beiden Kinder zudem erst sieben beziehungsweise vier Jahre alt. All diese Umstände sprechen dagegen, dass im Zeitpunkt der Ausreise des Beschwerdeführers aus Eritrea eine enge affektive und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung zwischen ihm und den Kindern B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ bestand. Diese Frage braucht vorliegend jedoch, wie nachfolgend aufgezeigt wird, nicht abschliessend beantwortet zu werden.

### **E. 5.3**

Im vorliegenden Fall fällt insbesondere ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer sehr lange mit der Einreichung seines Gesuchs um Familienzusammenführung für seine beiden ausserehelichen Kinder B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ zugewartet hat, während er für seine Ehefrau und die gemeinsame Tochter bereits rund drei Monate, nachdem ihm am 22. September 2017 Asyl gewährt worden war, ein entsprechendes Gesuch gestellt hatte. Sein Zuwarten mit der Einreichung des Familiennachzugsgesuchs für B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ bis zum 2. Juni 2023, mithin während beinahe sechs Jahren, ist ein starkes Indiz dafür, dass sein Gesuch nicht vom Willen einer raschen Wiedervereinigung mit den beiden

Kindern getragen war.

#### **E. 5.4**

Der vom Beschwerdeführer angegebene Grund für die späte Gesuchseinreichung, die Kinder hätten sich zuvor noch in der Obhut ihrer Mütter befunden, vermag nicht zu überzeugen. So gab der Beschwerdeführer an, die Mutter von B. \_\_\_\_\_ sei bereits von Mitte 2015 bis Mitte 2017 nach Saudi-Arabien sowie etwa im Jahr 2019/2020 in den Sudan ausgewandert. Dabei sei die Obhut an die Grosseltern mütterlicherseits respektive an die Grossmutter sowie an die Tante väterlicherseits gegangen. C. \_\_\_\_\_

D-5386/2023 Seite 9 habe bis zur Ausreise seiner Mutter nach Uganda im Jahr 2022 mit dieser zusammengelebt und befinde sich seit der Ausreise in der Obhut einer Tante mütterlicherseits. Selbst wenn man der Argumentation des Beschwerdeführers folgt, dass die Mütter ursprünglich Eritrea nicht endgültig hätten verlassen wollen, und deshalb kein unmittelbarer Anlass für eine Übertragung der Obhut an den Beschwerdeführer bestanden habe, ist spätestens seit der letzten Ausreise der Mutter von B. \_\_\_\_\_ in den Sudan im Jahr 2019/2020 und der Ausreise der Mutter von C. \_\_\_\_\_ nach Uganda im Jahr 2022 («vor einem Jahr und einigen Monaten», vgl. Stellungnahme vom 28. Juli 2023 [SEM-act. 4/24]) von einer dauerhaften Veränderung der Obhutssituation auszugehen. Dennoch hat der Beschwerdeführer weiterhin während drei bis vier Jahren (bezüglich B. \_\_\_\_\_) beziehungsweise während mehr als einem Jahr (bezüglich C. \_\_\_\_\_) keine Anstrengungen für eine Wiedervereinigung mit den beiden Kindern unternommen. Die Erklärung, die Kindsmütter hätten bei ihren jeweiligen Ausreisen aus Eritrea nicht beabsichtigt, ihr Heimatland endgültig zu verlassen, vermag nicht zu überzeugen, zumal sie zu diesem Zeitpunkt die Obhut der Kinder an ihre Verwandten übergeben haben. Es wäre dem Beschwerdeführer möglich gewesen, die Obhut für seine Kinder zu übernehmen, in dem er zu diesem Zeitpunkt ein Gesuch um Familienzusammenführung gestellt hätte. Dass er es jedoch nicht getan hat, spricht dafür, dass er im damaligen Zeitpunkt nicht den Willen gehabt hatte, mit seinen beiden ausserhehlichen Kindern als Familie zusammenzuleben. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Beziehung zu seinen Kindern nicht ausschliesslich durch die Flucht getrennt wurde, sondern spätestens zum Zeitpunkt, in dem die Obhut der Mütter untergegangen ist und sich der Beschwerdeführer nicht um die Erlangung der Obhut bemüht hat, abgebrochen war.

#### **E. 5.5**

An dieser Einschätzung vermögen auch die in der Beschwerde angeführten – negativ entschiedenen – Urteile des Bundesverwaltungsgerichts D-3060/2022 vom 13. September 2022 und D-2482/2021 vom 18. November 2021 und D-6411/2019 vom 20. Dezember 2019 nichts zu ändern. Aus dem blossen Umstand, dass in den beiden erstgenannten Urteilen die Vorbringen zum Teil als unglaubhaft erachtet wurden, kann nicht geschlossen werden, die vorliegende Beschwerde sei gutzuheissen, weil die geltend gemachten Kontakte des Beschwerdeführers zu den Kindern B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ durch das SEM nicht in Zweifel gezogen worden seien. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zutreffend darauf hinweist, wurde die Abweisung der Beschwerde gegen den verweigerten Familiennachzug im Urteil D-3060/2022 vom 13. September 2022 ausdrücklich nicht nur mit der fehlenden Glaubhaftmachung der vorbestandenen

D-5386/2023 Seite 10 Familienbeziehung, sondern auch mit der langen Dauer bis zur Stellung des Gesuchs um Familiennachzug begründet (vgl. dort E. 6.2). Im Ergebnis gleich

verhält es sich mit letztgenanntem Urteil D-6411/2019 vom 20. Dezember 2019. Dort kam das Gericht zum Schluss, dass der Beschwerdeführer nicht die Hauptbezugsperson der Kinder sei, die Mutter über das Sorgerecht für die Kinder verfüge und der Beschwerdeführer keine Einwilligungserklärung der Kindsmutter habe einreichen können. In der Beschwerde wird geltend gemacht, die Mütter hätten die jeweilige Obhut aufgegeben und dies sei der Grund, dass die Obhut nun dem sorge- und besuchsberechtigten Vater (anstelle weiter entfernter Familienangehöriger) übertragen werden soll. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es vorliegend an einer formellen Regelung des Sorgerechts fehlt. Selbst wenn jedoch vom Bestehen eines Sorgerechts des Beschwerdeführers ausgegangen wird, ändert dies nichts daran, dass er sich nicht bereits als die Mütter Eritrea verlassen haben (im Jahr 2019/2020 respektive 2022), um eine schnelle Wiedervereinigung und die Erlangung der Obhut bemüht hat. Vielmehr war der Beschwerdeführer bei der Ausreise der Mütter einverstanden, dass die Kinder in die Obhut der Grosseltern respektive der Grossmutter sowie der Tante väterlicherseits – mithin an weiter entfernte Familienangehörige – gelangten und bei diesen verblieben.

#### **E. 5.6**

Aus dem Gesagten folgt, dass dem Einbezug der Kinder B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ in die Flüchtlingseigenschaft des Beschwerdeführers und damit verbunden der Asylgewährung besondere Umstände im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entgegenstehen, weil aus dem Verhalten des Beschwerdeführers insgesamt kein ernsthafter Wille zur Aufrechterhaltung der Vater-Kind-Beziehung beziehungsweise zur raschen Wiedervereinigung erkennbar ist. Die Vorinstanz hat das Gesuch des Beschwerdeführers um Einbezug seiner Kinder B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ in seine Flüchtlingseigenschaft und um Gewährung des Familienasyls daher zu Recht abgelehnt.

#### **E. 6**

In der Beschwerde wird eventualiter beantragt, die Sache sei zwecks allfälliger Sachverhaltsabklärungen sowie Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, falls das Gericht wider Erwarten aus anderen Gründen zum Schluss komme, gewisse Voraussetzungen des Familienasyls seien nicht erfüllt. Dies ist vorliegend indes nicht der Fall. Es bestehen auch sonst keine Hinweise, dass das SEM den rechtserheblichen Sachverhalt

D-5386/2023 Seite 11 ungenügend abgeklärt hätte. Damit erweist sich auch diese – eventualiter erhobene – formelle Rüge als unbegründet.

#### **E. 7**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG) und angemessen ist. Die Beschwerde ist mitsamt dem Antrag auf Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung abzuweisen.

#### **E. 8**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Mit Zwischenverfügung vom 18. Oktober 2023 hiess der Instruktionsrichter das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung indessen gut, womit auf die

Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten ist.

(Dispositiv nächste Seite)

D-5386/2023 Seite 12

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