

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00484 vom 9. November 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-11-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00484

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00484 du 9 novembre 2021

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00484 del 9 novembre 2021

Regeste

Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung | Der Beschwerdeführer, ein Staatsangehöriger Afghanistans, reiste Anfang August 2015 mit seiner Ehefrau und den vier Kindern in die Schweiz; während des Asylverfahrens trennte sich seine Ehefrau von ihm. Sie und die Kinder erhielten 2019 Asyl, während der Beschwerdeführer weggewiesen wurde. Gestützt auf die Beziehung zu seinen Kindern verlangt der Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbewilligung.] Die Voraussetzungen einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK sind nicht erfüllt, namentlich da zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Kindern in affektiver Hinsicht keine hinreichend enge Beziehung besteht (E. 4). Gründe, welche gegen eine Ausreise ins Heimatland sprechen, sind bei einer Härtefallprüfung zwar ebenfalls (mit) zu berücksichtigen, allerdings im Allgemeinen nur insofern, als es sich um solche persönlicher bzw. humanitärer Art handelt; die Frage, ob eine ausländische Person gegen die Folgen eines Krieges oder des Missbrauchs staatlicher Gewalt zu schützen sei, hat dagegen im Asylverfahren oder dem Verfahren um vorläufige Aufnahme Berücksichtigung zu finden (E. 5.2). Hier ist das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls zu verneinen (E. 5.3). Aufgrund der allgemeinen Situation in Afghanistan rechtfertigt es sich allerdings, dem SEM die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers zu beantragen (E. 5.4). Dem Beschwerdeführer wurde sodann vor Vorinstanz zu Unrecht das Armenrecht verweigert (E. 6). Gutheissung des Gesuchs um UP, soweit es nicht als gegenstandslos geworden abgeschrieben wird. Teilweise Gutheissung.

Erwägungen

E. 4

Abteilung VB.2021.00484 Urteil der 4. Kammer vom 9. November 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Tamara Nüssle (Vorsitz), Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Verwaltungsrichter Martin Bertschi, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, hat sich ergeben: I. A, ein 1976 geborener Staatsangehöriger Afghanistans, reiste Anfang August 2015 mit seiner Ehefrau und den vier Kindern, C (geboren 2003), D (geboren 2006), E (geboren 2011) und F (geboren 2014), in die Schweiz und ersuchte um Asyl. Am 26. Oktober 2017 – noch während des Asylverfahrens – bewilligte das Bezirksgericht G den Eheleuten das Getrenntleben; gleichzeitig wurde davon Vormerk genommen, dass A und seine Ehefrau bereits seit dem 13. April 2017 getrennt lebten, Letzterer die Obhut über die vier Kinder zugesprochen und A als berechtigt bzw. verpflichtet erklärt, C, D, E und F einmal pro Monat im Rahmen eines begleiteten Besuchs zu betreuen. Mitte Dezember 2018 anerkannte das Staatssekretariat für Migration (SEM) die Flüchtlingseigenschaft der Ehefrau von A

und ihren Kindern und gewährte ihnen Asyl. A selbst war zuvor am 20. November 2018 das Asyl verweigert und er zum Verlassen der Schweiz bis am 15. Januar 2019 verpflichtet worden. Gegen die Wegweisungsverfügung gelangte A ans Bundesverwaltungsgericht, welches mit Zwischenverfügung vom 24. November 2020 erwog, dass sich im Fall einer gelebten Beziehung zwischen ihm und seinen Kindern die Frage nach einem potenziellen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung stellen könnte. Am 4. Januar 2021 liess A deshalb beim Migrationsamt des Kantons Zürich ein "Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Verbleibs bei den Kindern gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK [Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 {SR 0.101}]" einreichen. Dieses Gesuch wies das Migrationsamt mit Verfügung vom 18. März 2021 ab, soweit es darauf eintrat, und hielt A an, die Schweiz in Nachachtung des Entscheids des SEM vom 20. November 2018 unverzüglich zu verlassen. Das Bundesverwaltungsgericht hatte das bei ihm hängige Beschwerdeverfahren bereits mit Entscheid vom 7. Januar 2021 als gegenstandslos geworden abgeschrieben, weil die Zuständigkeit zum Entscheid über die Wegweisung mit der Einreichung des Gesuchs um Aufenthaltsbewilligung beim Migrationsamt auf dieses übergegangen sei. II. Den gegen die Verfügung des Migrationsamts vom 18. März 2021 gerichteten Rekurs wies die Sicherheitsdirektion mit Entscheid vom 8. Juni 2020 ab, soweit er nicht gegenstandslos geworden war (Dispositiv-Ziff. I). Sie hielt A an, die Schweiz bis am 10. August 2021 zu verlassen (Dispositiv-Ziff. II), verweigerte ihm Armenrecht (Dispositiv-Ziff. IV) sowie Parteientschädigung (Dispositiv-Ziff. V) und auferlegte ihm die Kosten des Rekursverfahrens, die sie jedoch wegen "offensichtlicher Uneinbringlichkeit [...] einstweilen" abschrieb (Dispositiv-Ziff. III). III. Am 8. Juli 2021 liess A Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben und beantragen, unter Entschädigungsfolge sei der Rekursentscheid vom 8. Juni 2021 aufzuheben und ihm eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, eventualiter die Sache zur Durchführung von Kindesanhörungen und zur vollständigen Ermittlung des Sachverhalts an die Sicherheitsdirektion zurückzuweisen, subeventualiter festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung unzulässig und/oder unzumutbar sei, und das SEM zu ersuchen, ihm die vorläufige Aufnahme zu erteilen; in prozessualer Hinsicht ersuchte er zudem um Gewährung des prozeduralen Aufenthalts und der unentgeltlichen Rechtspflege. Mit Präsidialverfügung vom 9. Juli 2021 wurde eine Wegweisungsvollstreckung gegenüber A bis auf Weiteres untersagt. Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 16. Juli 2021 ausdrücklich auf Vernehmlassung; das Migrationsamt erstattete keine Beschwerdeantwort. Am 15. September 2021 übermittelte der Rechtsvertreter von A dem Verwaltungsgericht weitere Unterlagen und am 27. September 2021 eine Honorarnote. Am 28. September 2021 reichte die Beiständin der Kinder einen aktuellen Bericht über die Besuchskontakte zwischen diesen und A ein. Hierzu äusserte sich A am 1. November 2021. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen Rekursentscheide der Vorinstanz über Anordnungen des Beschwerdegegners auf dem Gebiet des Ausländerrechts zuständig (§§ 41 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG, LS 175.2]). Weil auch die übrigen Prozessvoraussetzungen gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. Mit Präsidialverfügung vom 9. Juli 2021 wurde angeordnet, dass ein Vollzug der Wegweisung gegenüber dem Beschwerdeführer bis auf Weiteres zu unterbleiben habe. Soweit nicht schon dadurch erledigt, wird dessen Gesuch um Gestattung des prozeduralen Aufenthalts spätestens mit dem gegenwärtigen Entscheid gegenstandslos. 3. 3.1 Nach Art. 14 Abs. 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) kann eine

asylsuchende Person ab Einreichung des Asylgesuchs bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung. Dieser als Ausschliesslichkeit bzw. Vorrang des Asylverfahrens bezeichnete Grundsatz soll eine Privilegierung von Asylbewerberinnen und Asylbewerbern gegenüber anderen ausländischen Personen und eine Verschleppung des Verfahrens sowie des Wegweisungsvollzugs verhindern. Deshalb ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nur bei Vorliegen eines offensichtlichen ("manifesten") Rechtsanspruchs auf ein Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung einzutreten (vgl. BGE 137 I 351 E. 3.1; VGr, 20. Januar 2021, VB.2020.00712, E. 2.1; Constantin Hruschka, in: Marc Spescha et al., Migrationsrecht, 5. A., Zürich 2019, Art. 14 AsylG N 1 f.). Über die Offensichtlichkeit des Anspruchs ist aufgrund einer summarischen Prüfung zu entscheiden (BGr, 24. Juli 2017, 2C_551/2017, E. 2.3.2, und 17. März 2017, 2C_947/2016, E. 3.5). 3.2 Beim Beschwerdeführer handelt es sich um einen rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesenen Asylbewerber. Gestützt auf das Ausländer- und Integrationsgesetz steht ihm kein Bewilligungsanspruch zu. Im Hinblick darauf, dass seine vier Kinder in der Schweiz als Flüchtlinge anerkannt wurden und ihnen Asyl gewährt wurde, kann er sich allerdings unter bestimmten Voraussetzungen auf das in Art. 8 Abs. 1 EMRK garantierte Recht auf Familienleben berufen und daraus einen völkerrechtlichen Aufenthaltsanspruch ableiten ("umgekehrter Familiennachzug"). Die Vorinstanz und der Beschwerdegegner haben den vorgebrachten Anspruch denn auch materiell geprüft. Bereits deshalb ist auch hier eine materielle Prüfung vorzunehmen (vgl. zum Ganzen auch VGr, 27. Mai 2021, VB.2020.00528, E. 2).

E. 4.1

Die Europäische Menschenrechtskonvention garantiert grundsätzlich keinen Anspruch auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat. Es kann aber das in Art. 8 Abs. 1 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Familienlebens verletzen, wenn einer ausländischen Person mit in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen das Zusammenleben mit diesen verunmöglicht wird (BGE 143 I 21 E. 5.1). Der Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihre familiären Beziehungen andernorts zu leben (BGE 144 I 266 E. 3.3, 144 II 1 E. 6.1, je mit weiteren Hinweisen). Der Anspruch nach Art. 8 Abs. 1 EMRK gilt nicht absolut: Nach Art. 8 Abs. 2 EMRK ist ein gesetzlich vorgesehener Eingriff in das Rechtsgut des Familienlebens statthaft, soweit er in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Die Konvention verlangt insofern eine Abwägung der sich gegenüberstehenden individuellen Interessen an der Erteilung der Bewilligung einerseits und der öffentlichen Interessen an deren Verweigerung andererseits. Als zulässiges öffentliches Interesse fällt dabei grundsätzlich auch die Kontrolle und Steuerung der Zuwanderung (Art. 121a der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [SR 101]) in Betracht (BGE 144 I 266 E. 3.7 mit Hinweisen; EGMR [Grosse Kammer], 24. Mai 2016, Biao, 38590/10, § 117; vgl. auch BGE 137 I 247 E. 4.1.2). Auf der anderen Seite gilt es bei der Interessenabwägung nicht ausschliesslich, aber dennoch in wesentlicher Weise, auch den Anliegen der Kinder

Rechnung zu tragen (BGE 144 I 91 E. 5.2, 143 I 21 E. 5.5.4; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [Kinderrechtskonvention, KRK, SR 0.107]).

E. 4.2

Bei einem nicht sorge- bzw. nicht hauptsächlich betreuungsberechtigten ausländischen Elternteil, welcher sich unter Hinweis auf die familiäre Beziehung mit einem in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Kind auf Art. 8 Abs. 1 EMRK beruft, ist im Rahmen der vorstehend dargestellten Prüfung zu beachten, dass er die Beziehung zum Kind in der Regel ohnehin nur in beschränktem Rahmen leben kann, nämlich durch die Ausübung des ihm eingeräumten Rechts auf angemessenen persönlichen Verkehr und der damit verbundenen Betreuungsanteile (das heisst des "Besuchsrechts" im Sinn von Art. 273 Abs. 1 des Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [SR 210]). Wenn eine solche Beziehung zu beurteilen ist und der Aufenthalt des Kindes nicht von demjenigen des ausländischen Elternteils abhängt, stellt das Bundesgericht für die auf Art. 8 Abs. 1 EMRK gestützte Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung an den betreffenden Elternteil deshalb folgende Anforderungen auf: Es muss eine (1) in affektiver und (2) in wirtschaftlicher Hinsicht enge Eltern-Kind-Beziehung vorliegen; (3) diese müsste wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Staat, in welchen die ausländische Person auszureisen hätte, praktisch nicht mehr aufrechterhalten werden können; (4) die ausreisepflichtige Person muss sich hier weitgehend tadellos verhalten. Diese Anforderungen sind in einer Gesamtabwägung zu würdigen (BGE 144 I 91 E. 5.2, 143 I 21 E. 5.2). Entscheidend ist die Enge der tatsächlich gelebten Kontakte zum Kind in affektiver wie in wirtschaftlicher Hinsicht im Rahmen des jeweils Möglichen und Zumutbaren (BGE 144 I 91 E. 5.2.2; BGr, 9. Dezember 2019, 2C_493/2018, E. 4.2; VGr, 17. April 2019, VB.2018.00804, E. 2.2.6). Das Bundesgericht unterscheidet danach, ob die Verlängerung oder die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung infrage steht. Bei einem nicht sorge- bzw. hauptsächlich betreuungsberechtigten ausländischen Elternteil eines hier aufenthaltsberechtigten Kindes, der aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft mit einer Person schweizerischer Staatsangehörigkeit oder mit Niederlassungsbewilligung bereits eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz besass, ist das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach aktuellem Massstab üblichen Besuchsrechts ausgeübt wird. Bei Ausländerinnen und Ausländern, welche – wie der Beschwerdeführer – erstmals um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchen, wird dagegen eine besonders qualifizierte Beziehung zum hier lebenden Kind verlangt : Erforderlich ist in jenen Fällen ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht, wobei "grosszügig" im Sinn von "deutlich mehr als üblich" zu verstehen ist. In jedem Fall kommt es darauf an, dass das Besuchsrecht kontinuierlich und reibungslos ausgeübt wird. Das formelle Ausmass des Besuchsrechts ist mit anderen Worten nur insoweit massgeblich, als dieses auch tatsächlich wahrgenommen wird (BGr, 14. Mai 2020, 2C_57/2020, E. 4.2; BGE 139 I 315 E. 2.5). Als üblich gilt in der Deutschschweiz ein Besuchsrecht bei Kindern im Schulalter, wenn das Kind jedes zweite Wochenende sowie mindestens zwei Wochen Ferien beim getrennt von ihm lebenden Elternteil verbringt (zum Ganzen BGr,

E. 4.3.1

Der Beschwerdeführer reiste im August 2015 gemeinsam mit seiner Ehefrau und den vier Kindern in die Schweiz ein, wo sie im Folgemonat als Asylbewerber dem Kanton Zürich

zugeteilt wurden. Im Rahmen der anschliessenden Befragungen zum Asylgrund durch das SEM brachte die Ehefrau des Beschwerdeführers am 22. September 2016 vor, dass ihr Mann sie und die Kinder "immer wieder" misshandle. Im Frühjahr 2017 trennte sie sich daraufhin vom Beschwerdeführer und meldete ihn per Ende März 2017 von der gemeinsamen Adresse ab. Mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Juni 2017 wurde dem Beschwerdeführer – nachdem inzwischen ein Strafverfahren namentlich wegen versuchter Vergewaltigung gegen ihn eingeleitet worden war – einstweilen untersagt, mit seiner Ehefrau in irgendeiner Weise Kontakt aufzunehmen und sich in einem bestimmten Umkreis zur ehelichen Wohnung aufzuhalten. Mit Urteil und Verfügung des Eheschutzrichters vom 26. Oktober 2017 wurde den Eheleuten das Getrenntleben bewilligt und wurden die gemeinsamen Kinder unter die Obhut der Ehefrau des Beschwerdeführers gestellt. Den Kindern wurde ausserdem ein Beistand bestellt und der Beschwerdeführer für berechtigt und verpflichtet erklärt, sie einmal pro Monat im Rahmen eines begleiteten Besuchs während sechs Stunden zu betreuen. Am 17. Januar 2018 sprach das Bezirksgericht G den Beschwerdeführer vom Vorwurf der versuchten Vergewaltigung frei, weil hinsichtlich des zu beurteilenden Tathergangs lediglich als erstellt angesehen werden konnte, dass er seine Ehefrau am Handgelenk gehalten und in Richtung Schlafzimmer gezogen habe, worauf sie sich gewehrt habe und mit ihm am Arm ins Treppenhaus gelangt sei (in den genannten Punkten bestätigt durch ein Urteil des Obergerichts vom 4. März 2019). Als erwiesen sah das Strafgericht demgegenüber an, dass der Beschwerdeführer seiner Ehefrau im Zuge der geschilderten Auseinandersetzung das Mobiltelefon entzogen habe, weshalb der Beschwerdeführer der Sachentziehung für schuldig befunden und mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen à Fr. 10.- bestraft wurde.

E. 4.3.2

Gemäss einem zuhanden des Bundesverwaltungsgerichts verfassten Bericht der Beiständin der Kinder des Beschwerdeführers vom 21. Dezember 2020 hätten bis dahin zuletzt alle zwei bis drei Wochen während drei Stunden begleitete Besuche zwischen dem Beschwerdeführer und seinen beiden jüngeren Kindern stattgefunden, wobei die zuständige Besuchsbegleitung berichtet habe, dass sich der Beschwerdeführer sehr gut um seine beiden jüngsten Söhne kümmere und diese ihren Vater sehr gerne sehen würden. Bisher hätten die Besuche ausschliesslich begleitet sowie ausserhalb der Wohnung des Beschwerdeführers in Grünanlagen, am See oder in einem Tierpark stattgefunden. Aufgrund des positiven Verlaufs der Besuchskontakte sei betreffend das weitere Vorgehen aber geplant, schrittweise unbegleitete Sequenzen einzuführen, bis zu dem Punkt, dass nur noch die Übergaben begleitet stattfänden. Das Schreiben der Beiständin schliesst mit der Einschätzung, dass der Beschwerdeführer eine wichtige Bezugsperson für seine beiden jüngsten Kinder sei und zwischen ihnen eine tragfähige Beziehung bestehe. Seine beiden älteren Kinder wünschten dagegen keinen bzw. bloss einen losen Kontakt (zufällige Begegnungen und SMS-Kontakt) zum Vater. Am 14. April 2021 fand im (hängigen) Scheidungsverfahren des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau eine Kindesanhörung statt, in deren Rahmen die beiden älteren Kinder (C und D) in Übereinstimmung mit den Ausführungen ihrer Beiständin aussagten, den Beschwerdeführer lediglich zufällig ab und zu auf der Strasse zu treffen und – so jedenfalls die Tochter des Beschwerdeführers – telefonischen Kontakt mit ihm zu unterhalten. Auf entsprechende Nachfrage hin erklärten beide, keinen intensiveren Kontakt zu wünschen. Von den beiden jüngeren Kindern des Beschwerdeführers wurde sodann lediglich eines, E, befragt. Der zehnjährige Knabe gab im Beisein seiner beiden älteren Geschwister zu Protokoll, seinen Vater gemeinsam mit dem

jüngeren Bruder aktuell etwa zwei- bis dreimal pro Woche zum Spielen im Park zu treffen sowie jedes zweite oder dritte Wochenende auch samstags. Er fühle sich in der Anwesenheit seines Vaters wohl und würde ihn gerne auch öfters sehen bzw. mehr Zeit mit ihm verbringen. Die Tochter des Beschwerdeführers präzisierte daraufhin, dass die Treffen zwischen dem Beschwerdeführer und ihren jüngeren Geschwistern immer begleitet stattfänden und es darüber hinaus nicht zu Kontakten zwischen ihnen komme. Er pflichtete ihr insofern bei, als er angab, die begleiteten Treffen "zu mögen" bzw. sich im Beisein der Beiständin wohl zu fühlen, und (wiederholt) erklärte, der Ansicht zu sein, dass die Treffen vorerst begleitet bleiben sollten. Am 28. September 2021 teilte die Beiständin der Kinder des Beschwerdeführers dem Gericht auf Nachfrage mit, dass sie die zuständige Besuchsbegleiterin am 4. August 2021 darüber informiert habe, dass die Kinder des Beschwerdeführers diesen nicht mehr sehen wollten. Bereits zuvor habe sich der jüngste Sohn des Beschwerdeführers, F, wiederholt geweigert, an den begleiteten Treffen mit dem Vater teilzunehmen. Darüber, ob es ausserhalb der begleiteten Besuche zu Kontakten zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Kindern komme, könne sie keine abschliessende Aussage machen, es könne aber sein, dass sie sich "hin und wieder zufällig über den Weg laufen, da sie in derselben Gemeinde wohnen". Hierzu äusserte sich der Beschwerdeführer am 1. November 2021 und wandte ein, dass er seinen Kindern auch weiterhin "im Dorf" begegne und (heimlich) mit ihnen Zeit verbringe, seine Ehefrau den Kindern den Kontakt zu ihm jedoch kurz nach dem Scheitern der Einigungsverhandlung im Scheidungsverfahren verboten habe. Er verweist in diesem Zusammenhang auf eine (der Eingabe beigelegte) E-Mail der Beiständin seiner Kinder vom 25. Oktober 2021, worin diese bestätigt, dass es im vorliegenden Fall denkbar sei, dass sich die Kinder für einen Kontaktabbruch als Strategie entschieden hätten, um einen möglicherweise bestehenden Loyalitätskonflikt zu beenden. Die Elternbeziehung schein denn auch von sehr unterschiedlichen Haltungen und Konflikten geprägt zu sein. Abschliessend betont die Beiständin aber, dass es für eine positive Entwicklung der Kinder wichtig sei, dass der bis vor Mai 2021 bestehende gute Kontakt zum Vater wieder aufgenommen und vertieft werde.

E. 4.4

Die Kinder des Beschwerdeführers verfügen aufgrund ihrer flüchtlings- und asylrechtlichen Situation über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht, welches ihnen bzw. dem Beschwerdeführer grundsätzlich erlaubt, sich auf den konventions- bzw. verfassungsrechtlich garantierten Schutz des Familienlebens zu berufen (vgl. BGE 139 I 330 E. 1.2 mit Hinweisen). Dass der Beschwerdeführer seine Kinder (und seine Ehefrau) während seines bisherigen Aufenthalts in der Schweiz in finanzieller Hinsicht nicht zu unterstützen vermochte, kann ihm sodann nur beschränkt vorgeworfen werden. So ist es für Asylbewerberinnen und Asylbewerber generell nicht einfach, Zugang zum Arbeitsmarkt zu finden, und ist dem Beschwerdeführer – wie die Vorinstanz zu Recht bemerkt – die Ausübung einer Erwerbstätigkeit seit der Abweisung seines Asylgesuchs praktisch gänzlich verwehrt (Art. 43 Abs. 2 AsylG; VGr, 27. Mai 2021, VB.2020.00528, E. 4.2.1, und 17. April 2019, VB.2018.00804, E. 2.2.6; ferner BGr, 24. April 2019, 2C_904/2018, E. 4.2). Im eheschutzrichterlichen Urteil vom 17. Januar 2018 wird der Beschwerdeführer denn auch nicht zur Leistung von Unterhalt verpflichtet. Negativ ins Gewicht fällt jedoch, dass der Beschwerdeführer, welcher in der Heimat sowie im Iran als Geschäftsmann bzw. Händler tätig gewesen sein will, laut der für ihn zuständigen Sozialbehörde bis heute "kein Deutsch" spricht und einen Alphabetisierungskurs abgebrochen hat, weil er Lernschwierigkeiten habe und seine Ruhe haben wolle. Immerhin reichte der

Beschwerdeführer vor Verwaltungsgericht das Schreiben eines Umzugsunternehmens ein, bei welchem er in jüngerer Vergangenheit auf Geheiss der Sozialbehörden "einige male" ausgeholfen haben soll und wo man ihn gerne als Teilzeitangestellten beschäftigen würde. Nicht als tadellos bezeichnet werden kann auch das Verhalten des Beschwerdeführers. Zwar wurde er in den vergangenen Jahren lediglich wegen eines untergeordneten Delikts strafrechtlich belangt und mit einer geringfügigen Geldstrafe belegt; anlässlich ihrer Anhörung im eheschutzrichterlichen Verfahren im Juni 2017 hatten die beiden älteren Kinder des Beschwerdeführers aber die Misshandlungsvorwürfe der Mutter insofern bestätigt, als sie aussagten, dass ihr Vater in der Vergangenheit regelmässig physische Gewalt gegen sie angewendet habe. Das Gericht stufte eine Gefährdung der Kinder deshalb als "mehr als wahrscheinlich" ein, auch wenn der Beschwerdeführer bestritt, seinen Kindern jemals etwas angetan zu haben.

E. 4.5

Im Fall seiner Wegweisung in die Heimat könnte der Beschwerdeführer die Beziehung zu seinen Kindern freilich nur schwerlich aufrechterhalten und diese (vor allem) kaum weiter ausbauen. Da Letzteren aufgrund ihres Flüchtlingsstatus der Besuch des Vaters in der gemeinsamen Heimat nicht zugemutet werden kann und der Beschwerdeführer selbst nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um regelmässig in die Schweiz reisen zu können, würde sich der Kontakt zwischen ihnen künftig weitestgehend auf Gespräche mittels Telefon, Skype etc. und den Austausch schriftlicher Nachrichten beschränken. Die Kinder sind jedoch immerhin alle in einem Alter, in dem sie mithilfe moderner Kommunikationsmittel ohne Schwierigkeiten mit ihrem Vater in Kontakt bleiben können. Der Beschwerdeführer pflegte zudem bereits in den letzten vier Jahren bloss eine eingeschränkte Beziehung zu ihnen: Zu seinen beiden älteren Kindern unterhält er – auf deren eigenen Wunsch hin – keinen direkten persönlichen Kontakt mehr. Mit seiner ohnehin bald volljährigen Tochter telefonierte er zuletzt zumindest ab und zu, während sich der Kontakt zu seinem ältesten Sohn, D, offenbar seit dem Auszug aus der ehelichen Wohnung auf zufällige Begegnungen auf der Strasse beschränkt. Was die Beziehung des Beschwerdeführers zu seinen beiden jüngeren Kindern anbelangt, wurde diese bis Anfang August 2021 im Rahmen regelmässiger begleiteter Besuche gelebt. Die vor Verwaltungsgericht behaupteten darüber hinausgehenden "sehr vielen" weiteren Treffen bzw. Kontakte sind nicht belegt. Dem eingereichten Protokoll der Kindesanhörung vom Mai 2021 lässt sich solches jedenfalls nicht entnehmen, bestätigt E doch auf Nachfrage der Scheidungsrichterin, seinen Vater jeweils nur im Beisein der Besuchsbegleitung zu sehen. Der aktuellen Auskunft der Beiständin der Kinder zufolge wollte F seinen Vater überdies bereits im Frühjahr 2021 nicht mehr regelmässig treffen und erklärten beide Knaben Anfang August 2021, den Vater gar nicht mehr sehen zu wollen. Dies bestreitet der Beschwerdeführer wohl, wobei es durchaus nachvollziehbar erscheint, wenn er argumentiert, dass seine jüngeren Söhne von der Möglichkeit der begleiteten Besuche des Vaters lediglich deshalb nicht mehr Gebrauch machen wollten, weil sie sich aufgrund des Scheidungsverfahrens in einem Loyalitätskonflikt befänden. Massgeblich sind aber – wie gesagt – die tatsächlich gelebten Kontakte zum Kind. Selbst wenn sodann auf Wunsch der Kinder in naher Zukunft wieder zum früheren Besuchsetting – einige wenige Stunden begleitete Besuche pro Woche – zurückgekehrt werden sollte, wäre damit nicht einmal ein übliches Besuchsrecht gegeben, geschweige denn ein reibungslos wahrgenommenes. Es lässt sich daher so oder anders nicht sagen, dass zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Kindern in affektiver Hinsicht eine hinreichend enge Beziehung vorläge.

E. 4.6

Damit sind die Voraussetzungen einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK nicht erfüllt. Der Anspruch des Beschwerdeführers auf Kontakt mit seinen (minderjährigen) Kindern und deren Anspruch, mit beiden Elternteilen aufzuwachsen, überwiegen unter diesen Umständen das Interesse an der Kontrolle und Steuerung der Einwanderung nicht. Auf die für diesen Fall (eventualiter) beantragte Kindesanhörung nach Art. 12 KRK ist indes zu verzichten, nachdem diese für die Kinder des Beschwerdeführers eine unnötige Belastung bedeuten würde und davon überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären (vgl. dazu BGr, 25. August 2020, 5A_92/2020, E. 3.3.2 mit Hinweisen). So wurden die drei älteren Kinder zuletzt Mitte April 2021 im Scheidungsverfahren zu ihrer Beziehung zum Vater angehört und wurde eine Kopie des Protokolls der betreffenden Anhörung auch in das vorliegende Verfahren eingebracht. Der Beiständin der Kinder, welche mit der Wahrung (allein) ihrer Interessen betraut ist, wurde zudem kurz vor der Entscheidung ebenfalls Gelegenheit gegeben, sich zu dem massgeblichen Punkt zu äussern, was sie mit Eingabe vom 28. September 2021 getan hat. Ihr Schreiben vom 25. Oktober 2021 fand ebenfalls Berücksichtigung.

5. 5.1 Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, dass seine Wegweisung nach Afghanistan "bereits aufgrund der dortigen Situation" nicht infrage komme bzw. ausgeschlossen sei. Erst recht müsse dies aber gelten, seit die radikalislamischen Taliban die Macht übernommen hätten, weshalb das SEM im August 2021 auch sämtliche Wegweisungen nach Afghanistan gestoppt habe. Derartige Vollzugshindernisse seien, so der Beschwerdeführer weiter, gemäss Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts auch im Rahmen der Prüfung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls zu berücksichtigen, da dies mit der Möglichkeit für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat zusammenhänge. Ihm sei deshalb gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 EMRK eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

5.2 Diesbezüglich gilt es zunächst anzumerken, dass eine Härtefallbewilligung während eines hängigen Asylverfahrens nur nach Massgabe der besonderen Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 2 AsylG erteilt werden darf; Gleiches gilt, wenn das Asylverfahren – wie hier geschehen – durch (negativen) Entscheid des SEM abgeschlossen wurde (BGE 138 I 246 E. 2.2; zum Ganzen auch VGr, 1. April 2019, VB.2018.00358, E. 4.2 mit Hinweisen). Schon aus diesem Grund lässt sich die vom Beschwerdeführer erwähnte Rechtsprechung zu Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG nur beschränkt auf den vorliegend zu beurteilenden Fall übertragen. Zu berücksichtigen ist diesbezüglich ferner, dass es in dem vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang konkret zitierten Verfahren nicht um die (erstmalige) Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an eine ausländische Person ging, sondern zu beurteilen war, ob einem Ausländer, dessen bisherige Aufenthaltsbewilligung nach der Trennung von seiner Schweizer Ehefrau widerrufen worden war, eine Härtefallbewilligung zu erteilen sei (VGr, 23. Januar 2020, VB.2019.00564). In Fällen wie dem vorliegenden, in denen es nicht um die Verlängerung oder Beendigung eines bestehenden Aufenthaltsrechts geht, erscheint es aber gerade besonders wichtig, das Verfahren um Erteilung einer Härtefallbewilligung klar vom Asylverfahren sowie dem Verfahren der vorläufigen Aufnahme abzugrenzen. So ist eine asylsuchende ausländische Person, bei welcher zwar kein Asyl-, aber ein Wegweisungsvollzugshinderungsgrund im Sinn von Art. 83 AIG vorliegt, nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich vorläufig aufzunehmen und ihr nicht eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Das Vorliegen von Wegweisungsvollzugshindernissen allein vermag mithin keinen persönlichen Härtefall zu begründen. Vielmehr bedarf es dafür regelmässig einer so engen Beziehung der

ausländischen Person zur Schweiz, dass ihr (primär deshalb) nicht zugemutet werden kann, im Ausland, insbesondere in ihrem Heimatland, zu leben (vgl. BGE 130 II 39 E. 3). In Art. 14 Abs. 2 AsylG heisst es denn auch ausdrücklich, dass "wegen der fortgeschrittenen Integration" der Ausländerin bzw. des Ausländers ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegen muss (lit. c). Gründe, welche gegen eine Ausreise ins Heimatland sprechen, sind bei der Härtefallprüfung zwar ebenfalls (mit) zu berücksichtigen, allerdings im Allgemeinen nur insofern, als es sich um solche persönlicher bzw. humanitärer Art handelt (Fehlen eines familiären Netzes in der Heimat, mangelhafte Kenntnisse der heimatlichen Sprache, schlechter Gesundheitszustand und ungenügende medizinische Versorgung etc.). Die Frage, ob eine ausländische Person gegen die Folgen eines Krieges oder des Missbrauchs staatlicher Gewalt zu schützen sei, hat dagegen im Asylverfahren oder dem Verfahren um vorläufige Aufnahme Berücksichtigung zu finden (vgl. dazu BVGr, 27. Januar 2012, C-931/2009, E. 5.3).

5.3 Obschon sich der Beschwerdeführer seit sechs Jahren in der Schweiz aufhält, ist es ihm bislang nicht gelungen, sich in die hiesigen Verhältnisse zu integrieren. Er ist seit Jahren von der öffentlichen Fürsorge abhängig, ging – abgesehen von der behördlich organisierten Tätigkeit als Aushilfe in einem Umzugsunternehmen – in der Schweiz bislang keiner Erwerbstätigkeit nach und verfügt über keine Deutschkenntnisse. Die Beziehung zu seinen Kindern ist zudem – wie aufgezeigt – nicht als eng einzustufen und ihm die Trennung von der Familie in der Schweiz grundsätzlich zumutbar. Betreffend die Möglichkeit einer Reintegration des Beschwerdeführers in der Heimat findet sich sodann im Asylentscheid vom 20. November 2018 unter Hinweis auf die bisherige Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zur Lage in Afghanistan festgehalten, dass dem Beschwerdeführer die Rückkehr dorthin zumutbar sei, nachdem er immer wieder in der Hauptstadt Kabul gelebt sowie (als Händler) gearbeitet habe und dort namentlich über ein intaktes familiäres Netz (Mutter, Stiefmutter und Geschwister) verfüge. Gegen diese Einschätzung erhebt der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren keine substantiierten Einwände. Soweit er entgegen den Angaben im Asylverfahren vorbringt, über keine Verwandten in Afghanistan zu verfügen, erscheint dies jedenfalls als blosser Schutzbehauptung. Angesichts der genannten inländischen Fluchtalternative nicht massgeblich ist auch, dass er ursprünglich aus der Provinz H stammt. Das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls im Sinn von Art. 14 Abs. 2 AsylG ist folglich zu verneinen.

5.4 Bekanntlich hat sich jedoch die allgemeine Situation in Afghanistan mit der Übernahme der Kontrolle über den grössten Teil des Landes durch die Taliban und dem Fall von Kabul Mitte August 2021 rasch und dramatisch verändert. Das SEM hatte kurz zuvor zwangsweise Ausschaffungen nach Afghanistan sowie Anordnungen des Vollzugs von Wegweisungen in das Land ausgesetzt, und das Bundesverwaltungsgericht stellte jüngst in einem Entscheid vom 31. August 2021 in Aussicht, seine bisherige Praxis zur Beurteilung der Zumutbarkeit von Wegweisungen nach Afghanistan nach der Konsolidierung der Verhältnisse zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen (zum Ganzen BVGr, 31. August 2021, E-1694/2020, E. 8.6.1). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, dem SEM gestützt auf Art. 83 Abs. 3 bzw. Abs. 4 AIG die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers zu beantragen (vgl. VGr, 24. August 2011, VB.2011.00022, E. 5.1, wonach es sich bei unklaren Verhältnissen rechtfertige, die vorläufige Aufnahme zu beantragen).

6. 6.1 Die Vorinstanz verweigerte dem Beschwerdeführer die beantragte unentgeltliche Rechtspflege und -vertretung für das Rekursverfahren mit der Begründung, die Rekursbegehren müssten als offensichtlich aussichtslos bezeichnet werden.

6.2 Gemäss § 16 Abs. 1 VRG haben Private, welchen die

nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offenkundig aussichtslos erscheinen, auf Ersuchen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Ein Anspruch auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung besteht, wenn sie zusätzlich nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren (§ 16 Abs. 2 VRG). 6.3 Der Beschwerdeführer ist mittellos und auf eine Rechtsvertretung angewiesen. Weil jedenfalls bis zum August 2021 zumindest eine affektive Beziehung zu seinen beiden jüngeren Kindern vorlag und der Beschwerdeführer nur in geringfügigem Mass straffällig wurde, ist die Rekurshebung überdies auch nicht als offensichtlich aussichtslos zu bezeichnen, weshalb die Vorinstanz sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hätte gutheissen müssen. Die Vorinstanz schrieb die dem Beschwerdeführer auferlegten Rekurskosten allerdings infolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit unter Vorbehalt der späteren Einforderung des geschuldeten Betrags einstweilen ab. Diese Anordnung kommt im Ergebnis der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gleich, womit dem Gesuch des Beschwerdeführers bereits sinngemäss entsprochen wurde (vgl. VGr, 22. Juli 2021, VB.2020.00797, E. 6.4). Die Beschwerde ist daher hinsichtlich der Gewährung des Armenrechts nur insoweit gutzuheissen, als dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsvertretung im Rekursverfahren verweigert wurde. Dispositiv-Ziff. IV des Rekursentscheids vom 8. Juni 2021 ist entsprechend abzuändern und dem Beschwerdeführer in der Person von MLaw I eine unentgeltliche Rechtsbeiständin für das Rekursverfahren beizugeben. 7. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsvertretung für das Rekursverfahren zu gewähren und der Beschwerdegegner anzuweisen, beim SEM die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers zu beantragen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 8

April 2019, 5A_373/2018, E. 3.2.1 mit Hinweisen; ferner für die Westschweiz BGE 144 I 91 E. 5.2.1 "en Suisse romande, il s'agit d'un droit de visite d'un week-end toutes les deux semaines et durant la moitié des vacances").

E. 8.1

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens je zur Hälfte dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Mangels überwiegenden Obsiegens ist dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG). Nachdem die teilweise Gutheissung der Beschwerde einzig auf die erst nach Fällung des Rekursentscheids eingetretene Veränderung der allgemeinen Sicherheitslage in Afghanistan zurückzuführen ist, ist die vorinstanzliche Kostenregelung nicht zu korrigieren (Kaspar Plüss, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 13 N. 66) .

E. 8.2

Der Beschwerdeführer ersucht wie bereits vor der Vorinstanz um Gewährung unentgeltlicher Prozessführung und Rechtsvertretung. Dieses Gesuch ist aus den vorstehend unter 6.3 genannten Gründen gutzuheissen, soweit es nicht aufgrund der Kostenregelung als gegenstandlos geworden abzuschreiben ist. Die dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren auferlegten Kosten sind einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen, und dem Beschwerdeführer ist in der Person von Rechtsanwältin B eine unentgeltliche

Rechtsbeistand zu bestellen. Hinsichtlich der Festlegung von dessen Entschädigung für das verwaltungsgerichtliche Verfahren gilt es nach § 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 (LS 175.252) vorzugehen. Danach wird dem unentgeltlichen Rechtsbeistand der notwendige Zeitaufwand nach den Stundenansätzen des Obergerichts für die amtliche Verteidigung entschädigt, wobei die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses berücksichtigt und Barauslagen separat entschädigt werden. Die Entschädigung beträgt nach § 3 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (LS 215.3) in der Regel Fr. 220.- pro Stunde.

E. 8.3

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das Beschwerdeverfahren machte bereits per Ende September 2021 einen Aufwand von insgesamt 16,5 Stunden und Auslagen im Betrag von Fr. 52.10 geltend. Hinzu kommt ein Aufwand von 1 Stunde für die Stellungnahme vom 1. November 2021. Der resultierende Gesamtaufwand von 17,5 Stunden erscheint angesichts der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses als zu hoch, auch wenn Rechtsanwalt B das Mandat erst nach dem Rekursverfahren angenommen und nach der Beschwerdeerhebung sowie der Einreichung der Honorarnote noch Unterlagen nachgereicht bzw. Stellung genommen hat. Bei einem für gewöhnliche Fälle im Ausländerrecht in der Regel üblichen Aufwand von durchschnittlich 9 Stunden ist hier vielmehr insgesamt ein Aufwand von 14 Stunden angemessen; die Kostennote des Rechtsvertreters ist entsprechend zu kürzen. Rechtsanwalt B ist folglich für das verwaltungsgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 3'373.30 (inklusive Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Der Beschwerdeführer ist darauf hinzuweisen, dass gemäss § 16 Abs. 4 VRG eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens.

E. 9

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch des Beschwerdeführers geltend gemacht wird, ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zulässig. Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen. Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

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