



Vater muss persönlichen Kontakt zu seinem Sohn aus dem Ausland ausüben

Fall 370/07.10.2020

«Kabir» reiste 2012 in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch, das drei Jahre später vom Staatssekretariat für Migration (SEM) abgelehnt wurde. «Kabir» erhob daraufhin Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer). In der Zwischenzeit lernte er eine Frau kennen. Die beiden wurden ein Paar, trennten sich jedoch vor der Geburt des gemeinsamen Kindes wieder. Im Juli 2016 anerkannte «Kabir» seinen Sohn. Die Mutter und das Kind erhielten kurz darauf das Schweizer Bürgerrecht. Im September 2017 wies das BVGer «Kabirs» Beschwerde bzgl. der Abweisung seines Asylgesuchs ab. Es forderte ihn jedoch auf, beim kantonalen Migrationsamt eine Aufenthaltsbewilligung zu beantragen, da sein Sohn Schweizer Bürger ist. Das Gesuch wurde vom Migrationsamt im Juni 2018 aber abgewiesen und die Wegweisung ausgesprochen. Die Beschwerde an die erste Instanz wurde abgewiesen. Zurzeit ist die Beschwerde beim kantonalen Verwaltungsgericht hängig.

Personen	Jg.	M/W	Land	Status	Aufenthalt
Kabir	1980	M	Äthiopien	N	Asylsuchende

Aufzuwerfende Fragen und Kritik

- [Art. 3 Abs. 1 KRK](#) verlangt von den Vertragsstaaten, dass bei jeder behördlichen Massnahme das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen ist. Die SBAA erachtet es als höchst problematisch, dass sich die kantonale Direktion mit ihrem Entscheid über das vom zuständigen Gericht eingeräumte Besuchsrecht hinwegsetzt. Die zum Kindeswohl eingeleiteten Massnahmen werden somit nicht nur nicht ermöglicht, bzw. nicht als vorrangigen Gesichtspunkt behandelt, sondern aktiv verhindert.
- Die SBAA kritisiert, dass dem Vater unverschuldete Ereignisse angelastet werden, die verhindern, dass er die erforderlichen Kriterien der „wirtschaftlichen und affektiven besonders engen Beziehung“ erfüllen kann, welche er nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für einen Anspruch auf einen Aufenthaltstitel im Rahmen von [Art. 8 EMRK](#) erfüllen muss.
- Die SBAA erachtet es grundsätzlich als problematisch, dass die UN-Kinderrechte oftmals nur in der Interessensabwägung berücksichtigt werden. Der vorliegende Fall zeigt auf, wie leichtfertig die Kinderrechte (in diesem Fall [Art. 3 Abs. 1 KRK](#), [Art. 9 KRK](#) und [Art. 10 KRK](#)) somit durch eine bundesgerichtliche Praxis, die zusätzliche Kriterien an die Elternschaft knüpft, vereitelt werden können.

Chronologie

2012 Einreichung Asylgesuch (Feb.)
2015 Ablehnung Asylgesuch (Juni), Beschwerde ans BVGer (Juli)
2017 Gesuch um Aufenthaltsbewilligung an kant. Migrationsamt (Aug.), Ablehnung Beschwerde durch BVGer (Sept.)
2018 Ablehnung Gesuch um Aufenthaltsbewilligung durch kant. Migrationsamt (Juni), Beschwerde an zuständige kantonale Direktion (Juli)
2019 Abweisung der Beschwerde durch zuständige kantonale Direktion (Aug.), Beschwerde an kant. Verwaltungsgericht (Sept.)

Verfahrensstatus:

Datum	Bemerkungen	Status	+-
Sep 2019	Kant. Verwaltungsgericht <i>Beschwerde</i> Kantonale Behörde	kein Kein Status	
Jul 2018 - Aug 2019	Kant. Direktion <i>Beschwerde</i> Kantonale Behörde	NAE Negativer Asylentscheid (Ausreisepflichtige)	x
Aug 2017 - Jun 2018	Kant. Migrationsamt <i>Härtefallgesuch</i> Kantonale Behörde	NAE Negativer Asylentscheid (Ausreisepflichtige)	x
Jul 2015 - Sep 2017	<i>Beschwerde</i> BVGer	N Asylsuchende	x
Feb 2012 - Jun 2015	<i>Asylgesuch</i> SEM	N Asylsuchende	x

Gesetzliche Grundlagen:

EMRK	<i>Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten</i>
Art. 8	Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens
KRK	<i>Übereinkommen über die Rechte des Kindes</i>
Art. 3	Kindswohl
Art. 9	Trennung von den Eltern
Art. 10	Übereinkommen über die Rechte des Kindes

Stichworte:

Familie, Kindsrecht
Familie, Recht auf Familienleben

Beschreibung des Falls

«Kabir» reiste 2012 in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch. Das Gesuch wurde im Juni 2015 vom Staatssekretariat für Migration (SEM) abgewiesen. Gegen den Entscheid erhob «Kabir» im Juli 2015 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht (BVGer). In der Zwischenzeit lernte «Kabir» eine Frau kennen. Die beiden wurden ein Paar, trennten sich jedoch vor der Geburt des gemeinsamen Sohnes wieder. Im Juli 2016 anerkannte «Kabir» vor dem Zivilstandesamt seinen Sohn und informierte das BVGer darüber. Kurz darauf erlangten Mutter und Sohn das Schweizer Bürgerrecht.

Mit einer Zwischenverfügung forderte das BVGer im Juli 2017 «Kabir» auf, innerhalb von 30 Tagen bei den kantonalen Behörden gestützt auf [Art. 8 EMRK](#) ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu stellen (sog. „umgekehrter Familiennachzug“). Als Vater eines Schweizer Bürgers in der Schweiz könne er einen Aufenthaltstitel beantragen. Daraufhin reichte «Kabir» im August 2017 beim zuständigen kantonalen Migrationsamt das betreffende Gesuch ein.

Das BVGer wies im September 2017 «Kabirs» Beschwerde bzgl. des negativen Asylentscheids ab, hob die Wegweisung aber auf. Das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung lehnte das zuständige kantonale Migrationsamt im Juni 2018 ab und verfügte die Wegweisung. Gegen diese Verfügung erhob «Kabir» eine Beschwerde an die zuständige kantonale Direktion, die ein Jahr später abgelehnt wurde. Die kantonale Direktion begründete den Entscheid damit, dass das von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geforderte Kriterium der besonders engen affektiven und wirtschaftlichen Beziehung zwischen Vater und Sohn fehle. «Kabir» sei zwar trotz Schwierigkeiten bestrebt gewesen, den Kontakt zu seinem Sohn zu pflegen. Die tatsächliche Intensität der Kontakte würde die Kriterien der Rechtsprechung aber nicht erfüllen und einen dauerhaften Aufenthalt in der Schweiz nicht rechtfertigen. Die kantonale Direktion erwähnte zwar, dass im Rahmen der Interessensabwägung den Vorgaben der Kinderrechtskonvention (KRK) Rechnung getragen werden müsse. Sie kam aber im vorliegenden Fall zum Schluss, dass das Kindesinteresse mit einem dauernden Aufenthalt des Vaters in der Schweiz nicht besser geschützt wäre. Durch die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung werde das Kindeswohl nicht massgeblich beeinträchtigt, da kein familiäres Zusammenleben tangiert werde und «Kabirs» Sohn nicht aus der Schweiz ausreisen muss. Die Möglichkeit, die Kontakte weiter zu pflegen, sei aus «Kabirs» Heimatland zwar erschwert, könne aber mittels moderner Kommunikationsmittel weiter gepflegt und aufrechterhalten werden.

Gegen den Entscheid erhob «Kabirs» Anwältin im September 2019 Beschwerde ans kantonale Verwaltungsgericht. Aus Sicht eines Laien sei nicht nachvollziehbar, dass eine Bundesbehörde «Kabir» auffordern kann, ein Gesuch bei kantonalen Behörden einzureichen, welches dann von diesen abgewiesen wird. Weiter hielt sie fest, dass «Kabir» trotz der Trennung seinen Sohn regelmässig besuchte und ihn jeweils über mehrere Tage hinweg in der Wohnung der Kindesmutter betreuen konnte. Die Beziehung zwischen «Kabir» und der Mutter war teilweise angespannt. Dies zeigte sich insbesondere darin, dass die Mutter auf «Kabirs» Bemühungen, die Betreuungsanteile schriftlich zu regeln wie auch das Anstreben der gemeinsamen elterlichen Sorge mit einem Abbruch des Kontaktes reagierte. «Kabir» ersuchte daher im Januar 2019 die Kinderschutzbehörde (KESB) mit dem Begehren der Wiederaufnahme des Kontaktes, die daraufhin einen Abklärungsbericht erstellte. Daraus ging hervor, dass die Kontakte zwischen Sohn und Vater aufbauend zu gestalten seien, da das Kind noch so jung sei und dies für seine Identitätsbildung entscheidend sei. Daraufhin räumte das zuständige Gericht dem Vater ein wöchentliches Besuchsrecht ein und errichtete eine Beistandschaft.

«Kabirs» Anwältin hielt in der Beschwerde fest, dass das gefestigte Aufenthaltsrecht eines Kindes einem Elternteil ein Aufenthaltsrecht verschaffen kann (sog. umgekehrter Familiennachzug gemäss [Art. 8 EMRK](#)). Ob ein Eingriff in das Privat- und Familienleben, das von [Art. 8 EMRK](#) geschützt werde, zulässig sei, müsse im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung ermittelt werden. Dabei seien die Vorgaben der Kinderrechtskonvention (KRK) gemäss [Art. 8 Abs. 2 EMRK](#) zu berücksichtigen. Grundsätzlich wird das Recht auf Privat- und Familienleben gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltemassnahme zur Trennung einer ausländischen Person von ihren Familienangehörigen führt, die in der Schweiz ein gefestigtes Aufenthaltsrecht haben. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der nicht sorge- bzw. obhutsberechtigten Elternteil jedoch per se in der Beziehung zu seinem Kind eingeschränkt, da er diese nur im Rahmen eines eingeräumten Besuchsrecht pflegen kann. Daraus folgert das Bundesgericht in ständiger Praxis, dass dieser Elternteil nicht zwingend einen dauerhaften Aufenthalt und folglich eine Aufenthaltsbewilligung im gleichen Land wie das Kind haben muss (siehe BGE 139 I 315).

Diese Auffassung des Bundesgerichts wird von der Lehre stark kritisiert.

Zur engen affektiven und wirtschaftlichen Beziehung hielt «Kabirs» Anwältin fest, dass aus den Akten des zuständigen Gerichts hervorgehe, dass die Mutter zu einem grossen Teil dafür verantwortlich sei, dass die Beziehung zwischen Vater und Sohn vermindert bzw. teilweise verunmöglicht wurde. Auch das zweite Kriterium der wirtschaftlich engen Beziehung werde von Gesetzes wegen dadurch erschwert, dass der Vater aufgrund seines Aufenthaltsstatus nicht im Besitz einer Arbeitsbewilligung ist und so keine Möglichkeit hat, Unterhaltsleistungen zu bezahlen. Ein Unterhaltsbeitrag in Form von Betreuungsleistungen wurde durch die Mutter erschwert. Aus den Akten gehe hervor, dass der Vater gewillt ist, seiner Unterhaltspflicht nachzukommen und auf dem Arbeitsmarkt konkrete Möglichkeiten dazu hätte. Die Unterhaltspflicht stelle nach jüngster Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zudem kein zwingendes Erfordernis mehr dar für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen eines umgekehrten Familiennachzugs (EGMR [Urteil UDEH gegen die Schweiz vom 16. April 2013](#)).

«Kabirs» Anwältin sieht im Entscheid der kantonalen Direktion eine Verletzung des Rechts auf Familienleben gemäss [Art. 8 EMRK](#) und eine Verletzung des Kindeswohls. Sie begründete dies insbesondere damit, dass in der Interessensabwägung dem Kindeswohl nicht genügend Gewicht beigemessen wurde. Sie verwies in diesem Zusammenhang auf die Urteile des EGMR, der in verschiedenen Fällen die regelmässigen Vater-Kind-Beziehungen bei weitem schwerer gewichtete als allfällige Fernhaltemassnahmen (siehe EGMR [Urteil UDEH gegen die Schweiz vom 16. April 2013](#) und EGMR [Urteil M.P.E.V. gegen die Schweiz vom 8. Juli 2014](#)). Auch sei die Auffassung mittlerweile überholt, der Kontakt könne vom Ausland her bspw. mittels Skype aufrechterhalten werden. Weiter argumentierte «Kabirs» Anwältin mit den gewichtigen Gründen des Kindeswohls, die ihrer Meinung nach schwerer wiegen als die öffentlichen Interessen der restriktiven Einwanderungspolitik. «Kabirs» Sohn habe grundsätzlich den Anspruch darauf, mit beiden Elternteilen Kontakt zu haben, die Trennung eines Kindes von einem Elternteil solle grundsätzlich vermieden werden ([Art. 9 KRK](#) und [Art. 10 KRK](#)). Die Beschwerde ist beim Verwaltungsgericht hängig.

Gemeldet von:

Anwältin

Quellen:

Aktendossier