

BVGer BVGE 2021 VI/1 vom 25. Januar 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-01-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2021_VI_1

FR: TAF BVGE 2021 VI/1 du 25 janvier 2021

IT: TAF BVGE 2021 VI/1 del 25 gennaio 2021

Regeste

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung (Dublin-Verfahren)

Erwägungen

E. 1

Im Dublin-Verfahren ist ein gefestigtes Anwesenheitsrecht der betroffenen Personen im Konventionsstaat keine Voraussetzung für die grundsätzliche Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK (Recht auf Familienleben; E. 11-13.6).

E. 2

Art. 8 Abs. 1 EMRK ist nur dann verletzt, wenn eine Interessenabwägung zum Ergebnis führt, dass die privaten Interessen der betroffenen Personen an der Fortführung des Familienlebens in der Schweiz die öffentlichen Interessen an der Überstellung eines Familienmitglieds in den ursprünglich für zuständig befundenen Mitgliedstaat überwiegen (E. 14-15.5).

E. 3

Nel caso concreto, dalla ponderazione degli interessi non risulta una violazione dell'art. 8 CEDU (consid. 16.1-16.6). Die syrische Beschwerdeführerin reiste am 4. Dezember 2015 in die Schweiz ein und ersuchte am 7. Dezember 2015 um Asyl. Sie machte geltend, sich am Tag ihrer Einreise mit ihrem in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Cousin, einem syrischen Staatsangehörigen, religiös verheiratet zu haben. Auf ihr Asylgesuch wurde nicht eingetreten und die Wegweisung aus der Schweiz sowie der Wegweisungsvollzug nach Kroatien als zuständigen Dublin-Staat angeordnet. Gegen die Beschwerdeführerin wurde sodann ein Einreiseverbot gültig vom 23. September 2016 bis zum 22. September 2018 erlassen. Am 12. Oktober 2016 wurde sie nach Kroatien überstellt. Am 6. Mai 2017 reiste die Beschwerdeführerin trotz Einreiseverbot erneut in die Schweiz ein und brachte eine Tochter zur Welt. Eine schriftliche Eingabe vom 3. Juli 2017 nahm die Vorinstanz als Mehrfachgesuch entgegen, trat auf dieses jedoch nicht ein und ordnete die Wegweisung der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug nach Kroatien an. Das Bundesverwaltungsgericht trat auf eine dagegen erhobene Beschwerde am 2. Oktober 2017 mangels Bezahlung eines Kostenvorschusses nicht ein. Am 2. Oktober 2017 heirateten die Beschwerdeführerin und ihr religiös angetrauter Ehemann in der Schweiz zivilrechtlich. Mit Eingabe vom 4. Oktober 2017 ersuchte sie erneut um Asyl. Die Vorinstanz nahm die Eingabe als Wiedererwägungsgesuch entgegen und wies dieses mit Verfügung vom 6. Dezember 2017 ab. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 15. Dezember 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung erteilt. Im Laufe des hängigen Verfahrens brachte die Beschwerdeführerin eine zweite Tochter zur

Welt. Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut und weist die Sache zur neuen Entscheidung hinsichtlich eines allfälligen Selbsteintritts aus humanitären Gründen an die Vorinstanz zurück. Aus den Erwägungen 11. 11.1 Die Beschwerdeführerin beruft sich schliesslich auf Art. 17 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), ABl. L 180/31 vom 29.6.2013 (nachfolgend: Dublin-III-VO) in Verbindung mit Art. 8 EMRK sowie Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107, nachfolgend: KRK), namentlich darauf, dass eine Überstellung nach Kroatien eine Verletzung der genannten konventionsrechtlichen Bestimmungen darstellen würde und daher ein Selbsteintritt vorzunehmen sei. 11.2 Gemäss Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO kann jeder Mitgliedstaat abweichend von Art. 3 Abs. 1 beschliessen, einen bei ihm von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen gestellten Antrag auf internationalen Schutz zu prüfen, auch wenn er nach den in dieser Verordnung festgelegten Kriterien nicht für die Prüfung zuständig ist. Die genannte Bestimmung ist im Beschwerdeverfahren nicht direkt anwendbar, sondern kann nur in Verbindung mit einer anderen Norm des nationalen oder internationalen Rechts angerufen werden. Droht ein Verstoss gegen übergeordnetes Recht, namentlich ein solcher gegen eine zwingende Norm des Völkerrechts, so hat die Schweiz von einer Überstellung abzusehen und das Asylverfahren in der Schweiz durchzuführen (BVGE 2010/45 E. 5 und 7.2). 12. 12.1 Gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und 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 (Art. 8 Abs. 2 EMRK). 12.2 Der Schutzbereich von Art. 8 EMRK umfasst den Schutz des Familienlebens. Der Bestimmung liegt das Konzept einer durch soziale Verbindungen begründeten Familie zugrunde. Es ist von einem natürlichen Familienbegriff auszugehen, der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) weit gefasst und auf verschiedene familiäre Verhältnisse angewendet wird. Entscheidend sind in erster Linie die tatsächlich gelebten Beziehungen. In jedem Fall vom Schutzbereich umfasst ist die Kernfamilie, welche aus der Gemeinschaft der Eheleute mit ihren minderjährigen Kindern besteht. Es bedarf einer nahen, echten und tatsächlich gelebten Beziehung zwischen den Familienmitgliedern. Diesbezüglich sind als wesentliche Faktoren das gemeinsame Wohnen respektive der gemeinsame Haushalt, die finanzielle Verflochtenheit, die Dauer und Stabilität der Beziehung sowie das Interesse und die Bindung der Partner aneinander zu berücksichtigen (vgl. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. München 2016, S. 291; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1999, S. 365; BGE 144 II 1 E. 6.1; 139 I 330 E. 2.1, je m.w.H; Urteil des EGMR Slivenko gegen Lettland vom 9. Oktober 2003, 48321/99, Ziff. 97). Die Beschwerdeführerin ist mit ihrem Ehemann seit dem 2. Oktober 2017 in der Schweiz zivilrechtlich verheiratet und lebt mit ihm und den gemeinsamen Töchtern in einem Haushalt. Die Töchter sind am (...) und am (...) in der Schweiz zur Welt gekommen. Zum heutigen Zeitpunkt ist von einer nahen, echten und tatsächlich gelebten familiären Beziehung auszugehen. Dies wird auch von der Vorinstanz

nicht infrage gestellt. 13. 13.1 Das Staatssekretariat für Migration stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführerin und ihre Töchter sich von vornherein nicht auf den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen könnten, da der Ehemann und Vater in der Schweiz lediglich den Aufenthaltsstatus eines vorläufig Aufgenommenen innehat und mithin nicht über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht verfügt, welches Voraussetzung für die Berufung auf Art. 8 EMRK sei. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bisher noch nicht in grundsätzlicher Weise zur aufgeworfenen Frage geäußert, ob im Dublin-Verfahren für die generelle Berufung auf den Schutzbereich von Art. 8 EMRK das Vorliegen eines " gefestigten Anwesenheitsrechts " notwendig ist. Die Rechtsprechung ist vielmehr einzelfallspezifisch erfolgt und divergiert in Bezug auf die Frage der Schutzbereichseröffnung. Einerseits wurde für die Berufung auf Art. 8 EMRK ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht eines in der Schweiz lebenden Familienmitglieds respektive eine Anwesenheit, die als faktische Realität angenommen werden müsse, vorausgesetzt (vgl. beispielsweise BVGE 2013/49 E. 8.4; 2012/4 E. 4.3; Urteile des BVGer E-7613/2016 vom 11. Januar 2017 E. 4.4; F-6161/2017 vom 16. Januar 2018 E. 6.4). In anderen Entscheidungen wurde diesem Kriterium, wenn teilweise auch implizit, keine besondere Relevanz beigemessen oder auf das Erfordernis eines " gefestigten Anwesenheitsrechts " verzichtet (vgl. beispielsweise Urteile des BVGer E-2231/2015 vom 23. Juni 2015 E. 9; E-676/2016 vom 23. August 2017 E. 5.2 und F-762/2019 vom 25. September 2019 E. 6.2 und 7.1). Diese Frage ist daher nachfolgend zu klären. 13.2 In diesem Zusammenhang hat zunächst eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR zu erfolgen, da dieser die Konventionsbestimmungen mit seiner Rechtsprechung verbindlich auslegt (vgl. BGE 139 I 16 E. 5.2.2). Gemäss Rechtsprechung des EGMR ist das gefestigte Aufenthaltsrecht keine Eintrittsvoraussetzung, um sich grundsätzlich auf den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen zu können. Vorausgesetzt für die Eröffnung des Schutzbereichs ist vielmehr einzig eine enge und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung zu einem sich im Konventionsstaat aufhaltenden Familienangehörigen, welcher vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK erfasst ist. Diesen dogmatischen Ansatz vertritt der EGMR ohne Einschränkungen und hat ihn unter anderem auch in Urteilen, welche die Schweizer Praxis betreffen, wiederholt bestätigt. Im Urteil Gül gegen die Schweiz liess der EGMR beispielsweise eine Berufung auf Art. 8 EMRK zu, nachdem die Schweizer Behörden den lediglich mit einer Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen in der Schweiz lebenden Eheleuten Gül den Nachzug ihres in der Türkei lebenden minderjährigen Sohnes verweigert hatten. Zuvor war auf eine gegen die Verweigerung des Nachzugs erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht, die eine Verletzung von Art. 8 EMRK rügte, nicht eingetreten worden. Dies mit der Begründung, die Eltern würden über kein " gefestigtes Anwesenheitsrecht " verfügen, weshalb sie sich nicht auf Art. 8 EMRK berufen könnten. Der EGMR hingegen stellte fest, es liege ein Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK vor, weshalb sich das Ehepaar Gül auf das angerufene Grundrecht berufen könne (Urteil des EGMR Gül gegen Schweiz vom 19. Februar 1996, 23218/94, Ziff. 41). In den Urteilen Agraw und Mengesha Kimfe gegen die Schweiz liess der EGMR die Berufung auf den Schutz des Familienlebens im Falle zweier abgewiesener Asylgesuchsteller zu. Nach dem negativen Entscheid verblieben die Betroffenen in der Schweiz, heirateten einander und wurden Eltern eines gemeinsamen Kindes. Ihnen wurde während fünf Jahren das Zusammenleben im selben Kanton verweigert. Der EGMR befand auch in diesem Fall Art. 8 EMRK für anwendbar (Urteile des EGMR Agraw gegen Schweiz vom 29. Juli 2010, 3295/06, Ziff. 44 ff.; Mengesha Kimfe gegen Schweiz vom 29. Juli

2010, 24404/05, Ziff. 61). In der Sache M.P.E.V. und andere gegen die Schweiz hatte der EGMR einen Fall einer ecuadorianischen Familie zu beurteilen, welche mehrmals erfolglos in der Schweiz ein Asylverfahren durchlaufen hatte. Der von der Familie getrennt lebende Familienvater sollte wegen seiner Straffälligkeit nach Ecuador ausgewiesen werden, während seine Ehefrau, seine Tochter und seine Stieftochter eine vorläufige Aufnahme erhalten hatten. Obwohl die Ehefrau und die Kinder lediglich über eine vorläufige Aufnahme verfügten, hielt der Gerichtshof fest, die Familie könne sich auf den Schutzbereich von Art. 8 EMRK berufen, und erachtete eine Ausweisung des Familienvaters aus der Schweiz als Verletzung von Art. 8 EMRK. Zu dieser Auffassung gelangte der EGMR nach einer umfassenden Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen (Urteil des EGMR M.P.E.V. u.a. gegen Schweiz vom 8. Juli 2014, 3910/13, Ziff. 51-59).

13.3 Wie aufgezeigt, ist nach der Rechtsprechung des EMGR bei Vorliegen einer schützenswerten gelebten familiären Beziehung der Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK grundsätzlich eröffnet, und zwar unabhängig vom Aufenthaltsstatus der Betroffenen. Die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 Abs. 1 EMRK führt nach der Rechtsprechung des EGMR jedoch nicht per se zu einem Anspruch auf Gewährleistung der Einreise und des Aufenthalts in einem Konventionsstaat. Es kann aus Art. 8 Abs. 1 EMRK keine generelle Verpflichtung eines Staates abgeleitet werden, die Wahl des gemeinsamen Wohnsitzes von Familienangehörigen zu akzeptieren. Vielmehr sind die Konventionsstaaten berechtigt, die Aufenthaltsberechtigung von ausländischen Personen national zu regeln. Eine Verletzung von Art. 8 EMRK kommt nach der Rechtsprechung des EGMR nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall ein Aufenthaltsrecht versagt oder entzogen wird und eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen zum Ergebnis führt, dass die Interessen der um Aufenthalt ersuchenden Personen die nationalen Interessen eines Staates, über Einreise und Aufenthalt zu entscheiden, überwiegen. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist daher in einem zweiten Schritt jeweils die Rechtmässigkeit eines Eingriffs (in ein bestehendes Aufenthaltsrecht) oder einer Verweigerung der Einreise respektive der Gewährung des Aufenthalts zu prüfen (vgl. Urteile des EGMR Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen Vereinigtes Königreich vom 28. Mai 1985, 9214/80, Ziff. 68; Polidario gegen Schweiz vom 30. Juli 2013, 33169/10, Ziff. 71-77; Nunez gegen Norwegen vom 28. Juni 2011, 55597/09 Ziff. 67, 72 und 84; Urteile M.P.E.V.; Gül; Agraw und Mengesha Kimfe). Ein respektive der Aufenthaltsstatus der betroffenen Personen im Konventionsstaat ist mithin zwar keine Voraussetzung für die Berufung auf den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK, stellt aber eines der relevanten Kriterien bei der Frage der Interessenabwägung und Verhältnismässigkeitsprüfung dar (vgl. zur Darstellung der Rechtsproblematik auch Stephanie Motz, Das Recht auf Familienleben von vorläufig aufgenommenen Personen, ASYL 4/2014 S. 18 ff.).

13.4 Das Bundesgericht forderte in langjähriger Rechtsprechung grundsätzlich als Voraussetzung für die Berufung auf Art. 8 Abs. 1 EMRK im Sinne einer Eintrittsvoraussetzung, dass das in der Schweiz lebende Familienmitglied über ein " gefestigtes Aufenthaltsrecht " (Schweizer Bürgerrecht, Niederlassungsbewilligung oder Aufenthaltsbewilligung, die auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht) verfügt (vgl. BGE 144 II 1 E. 6.1). Es hat diese Rechtsprechung im Laufe der vergangenen Jahre jedoch relativiert und festgehalten, dass sich in Ausnahmefällen auch Personen auf Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen können, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt ist beziehungsweise die allenfalls über kein (gefestigtes) Aufenthaltsrecht verfügen, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen wird beziehungsweise aus objektiven Gründen hingenommen werden muss

(vgl. BGE 138 I 246 E. 3.3.1; 130 II 281 E. 3.2.2). So ging das Bundesgericht etwa in einem Urteil aus dem Jahr 2013 (2C_639/2012 vom 13. Februar 2013 E.1.2.2 und E. 4.4) in folgender Konstellation - die geschützte Familienbeziehung war unbestritten - von einem De-facto-Anwesenheitsrecht aus: Der Vater war 2002 als Asylbewerber in die Schweiz gekommen und verfügte seit 2007 über eine Aufenthaltsbewilligung. Die Mutter war 2005 in die Schweiz gekommen und verfügte seit 2011 über eine vorläufige Aufnahme. Die 15-jährige Tochter (Beschwerdeführerin) war 2010 in die Schweiz gelangt. Das Bundesgericht hielt dazu fest, aufgrund des mehrjährigen Aufenthalts der Eltern und der spezifischen Situation der Mutter als vorläufig aufgenommene Person (die jedenfalls derzeit nicht in den Heimatstaat weggewiesen werden könne) sei die Situation selbst dann als genügend stabil und dauerhaft zu erachten, wenn sich die Situation aufgrund einer späteren Aufhebung der vorläufigen Aufnahme verändern könnte. Es anerkannte entsprechend ein De-facto-Anwesenheitsrecht der Eltern, das den Schutzbereich von Art. 8 EMRK für die Beschwerdeführerin (die Tochter der beiden) öffne. Diese Rechtsprechung führte das Bundesgericht weiter (vgl. Urteile des BGer 2C_1045/2014 vom 26. Juni 2015 E. 1.1.3; 2C_360/2016 vom 31. Januar 2017 E. 5.2).

13.5 Der Nachvollzug der Rechtsprechung des EGMR rechtfertigt sich im Dublin-Verfahren umso mehr, als es sich dabei um ein reines Zuständigkeitsverfahren handelt, in welchem gestützt auf eine unter den Dublin-Mitgliedstaaten ausgearbeitete Verordnung mit den darin enthaltenen Zuständigkeitskriterien festgelegt wird, welcher der partizipierenden Dublin-Staaten für die Prüfung eines Asylgesuchs (und im Falle dessen Ablehnung für den Vollzug des Entscheids) zuständig sein soll. Ziel dieser Verordnung ist es, die Zuständigkeit für einen einzigen Staat festzulegen, um so mehrfache Gesuchstellungen in verschiedenen europäischen Ländern ("asylum shopping") zu verhindern und um sicherzustellen, dass der Antrag auf internationalen Schutz behandelt wird (Vermeidung von "refugees in orbit"). Die Dublin-III-VO zielt dabei auch darauf ab, die Einheit der Familie nach den Vorgaben der EMRK zu schützen und für die ganze Familie kohärente Asylentscheide zu treffen (vgl. Präambel 14, 15 und 17 der Dublin-III-VO). Das Dublin-Verfahren unterscheidet sich daher deutlich von den ausländerrechtlichen Verfahren, in welchen es regelmässig um die Bewilligung eines auf eine gewisse Dauer angelegten gefestigten Aufenthalts geht (vgl. dazu Francesco Maiani, *The Protection of Family Unity in Dublin Procedures*, 2019, S. 52; Jean-Pierre Monnet, *La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de transferts Dublin*, in: *Schengen und Dublin in der Praxis*, 2015, S. 433). Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR erscheint es deshalb gerechtfertigt, im Dublin-Kontext für die Berufung auf Art. 8 Abs. 1 EMRK das gefestigte Aufenthaltsrecht nicht als Eintrittsbedingung vorauszusetzen, sondern den Schutzbereich in Bezug auf vorläufig aufgenommene Familienmitglieder als eröffnet anzusehen, wenn eine gelebte Familiengemeinschaft zu bejahen ist. Der Aufenthaltsstatus der in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Person ist jedoch im Rahmen der Einzelfallprüfung zu berücksichtigen.

13.6 Die Beschwerdeführerin und ihre Töchter können sich damit grundsätzlich auf den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen.

14. 14.1 Die Garantie des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK kann verletzt sein, wenn einer ausländischen Person, deren Familienangehörige in der Schweiz weilen, die Anwesenheit untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird. Durch die Überstellung der Beschwerdeführerin und ihrer Töchter nach Kroatien wird ihr Recht auf Zusammenleben mit dem Ehemann beziehungsweise dem Vater tangiert. Es liegt damit ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK vor.

14.2 Bei der Prüfung, ob ein Eingriff in den

Schutzbereich von Art. 8 EMRK gerechtfertigt ist, unterscheidet der EGMR in ständiger Rechtsprechung zwischen einer "negativen" und "positiven" Verpflichtung des Konventionsstaates zur Gewährleistung der aus Art. 8 EMRK resultierenden Schutzpflichten (vgl. Dirk Sander, Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 2008, S. 94). Von einer "negativen Verpflichtung" ist auszugehen, wenn es um den Entzug eines bereits bestehenden und legalisierten Aufenthaltsrechts geht. Eine "positive Verpflichtung" ergibt sich für die Konventionsstaaten, wenn der Staat darum ersucht wird, die Einreise oder den Aufenthalt von Familienangehörigen zu gestatten. Bei einer negativen Verpflichtung ist ein Eingriff dann gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK erfüllt sind. Für den Eingriff in ein bestehendes Recht bedarf es mithin einer genügenden gesetzlichen Grundlage, der Verfolgung eines zulässigen Zwecks und der Notwendigkeit zur Erreichung des verfolgten Ziels. Die Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, erfolgt der Eingriff unrechtmässig und es liegt eine Verletzung von Art. 8 EMRK vor. Im Falle der "positiven Verpflichtung" sind die Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung nach Praxis des EGMR nicht so hoch anzusetzen. Die Prüfung der Rechtmässigkeit erfolgt in diesem Fall nicht nach Art. 8 Abs. 2 EMRK, sondern sie bewegt sich im Rahmen von Abs. 1 der Konventionsbestimmung. Dies folgt aus der Überlegung, dass der Entzug eines Aufenthaltsrechts in einem Staat an sich bereits schwerer wiegt als die Versagung einer erstmaligen Bewilligung der Einreise oder des Aufenthalts. Allerdings lassen sich Abgrenzungen zwischen "positiver" und "negativer" Verpflichtung nicht immer sauber ziehen und der EGMR verzichtet teilweise auch auf eine klare Aussage hierzu, weil die anzuwendenden Kriterien ähnlich sind und es letztlich immer um eine Gesamtabwägung der betroffenen Interessen geht. So entsprechen auch die im Rahmen einer "positiven Verpflichtung" vom EGMR zu berücksichtigenden Aspekte sinngemäss den Kriterien, die auch im Rahmen der nach Art. 8 Abs. 2 EMRK vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung relevant sind. Dem Aspekt der Notwendigkeit und insbesondere der Verhältnismässigkeit kommt in beiden Konstellationen entscheidende Bedeutung zu (Martina Caroni, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, Berlin 1999, S. 328).

15. 15.1 Die Abwägung zwischen den entgegengesetzten öffentlichen und privaten Interessen hat einzelfallorientiert zu erfolgen. Dem Interesse an einer Aufnahme oder der Fortsetzung des Familienlebens steht das Interesse des Staates an der Regulierung der Einwanderung gegenüber. Dabei sind die vom EGMR in seiner Rechtsprechung entwickelten, insbesondere die nachfolgend aufgeführten Kriterien heranzuziehen.

15.2 Für den EGMR ist es - vor dem Hintergrund des Prinzips, dass aus Art. 8 EMRK keine generelle Verpflichtung zur Gestattung der Familienzusammenführung ableitbar ist - entscheidend, ob der Nachzug der einzige Weg wäre, auf dem ein Familienleben gelebt werden könnte (vgl. Urteile des EGMR I.A.A. u.a. gegen Vereinigtes Königreich vom 8. März 2016, 25960/13, Ziff. 40; Ahmut gegen Niederlande vom 28. November 1996, 21702/93; Urteil Gül). Diese Rechtsprechung entwickelte der EGMR weiter. Im Verfahren Sen gegen die Niederlande relativierte der EGMR erstmals das Kriterium der Möglichkeit, das Familienleben anderswo als im Konventionsstaat zu leben, dahingehend, dass geprüft wurde, ob es der Familie auch zumutbar sei, die Familiengemeinschaft an einem anderen Ort als dem Konventionsstaat (im Heimatstaat) zu leben (vgl. Urteil des EGMR Sen gegen Niederlande vom 21. Dezember 2001, 31465/96, Ziff. 40).

15.3 Weiter wird als massgeblich erachtet, ob die Familienmitglieder auf ein gemeinsames Familienleben im Gaststaat hoffen durften. Musste den Beteiligten bewusst

sein, dass keine Aussicht auf einen Aufenthaltstitel besteht, so kann nur ausnahmsweise ein Anspruch auf Familienzusammenführung geltend gemacht werden (vgl. Urteil des EGMR Darren Omoregie u.a. gegen Norwegen vom 31. Juli 2008, 265/07, Ziff. 61; 64). In diesem Zusammenhang ist auch relevant, ob das Familienleben bereits vor der Einwanderung bestand oder erst danach begründet wurde. Vor allem bei Eheschliessungen, die nach der Ausreise aus dem Herkunftsland erfolgt sind, geht der EGMR davon aus, dass keine legitime Hoffnung auf ein gemeinsames Familienleben im Gaststaat bestand. Er lehnt in ständiger Rechtsprechung ein Recht von Ehepaaren auf freie Wahl des gemeinsamen Aufenthaltsstaats ab und erachtet es als mit Art. 8 EMRK vereinbar, von niedergelassenen Ausländern zu erwarten, im Fall einer Eheschliessung mit einer ausländischen Person das Land zu verlassen, um ein gemeinsames Familienleben in einem anderen Staat zu führen (vgl. Urteil Abdulaziz, Cabales und Balkandali Ziff. 68; zum Ganzen Philip Czech, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, EuGRZ 2017 S. 231 ff.; Sander, a.a.O., S. 125 ff.). In jenen Fällen, in denen es um die Legalisierung des Aufenthalts eines Familienmitglieds geht, das sich bereits unrechtmässig in den betroffenen Konventionsstaat begeben hat, um dort ein Familienleben fortzusetzen, oder dieses während des illegalen Aufenthalts begründet hat, sind regelmässig folgende Faktoren zu beachten: das Ausmass, in dem das Familienleben durch die Verweigerung des Aufenthaltstitels tatsächlich beeinträchtigt wird, die Bindungen im Aufenthaltsstaat und schliesslich das Gewicht der Verstösse gegen das Einwanderungsrecht sowie etwaiger sonstiger für die Ausreise sprechender Überlegungen der öffentlichen Ordnung (Urteile des EGMR, grosse Kammer, Jeunesse gegen Niederlande vom 3. Oktober 2014, 12738/10, Ziff. 107 f.; Rodrigues da Silva und Hoogkamer gegen Niederlande vom 31. Januar 2006, 50435/99, Ziff. 39). Die Tatsache der Unrechtmässigkeit des Aufenthalts kann als solche nicht allein entscheidend sein, weil sich ansonsten in jenen Fällen, in denen es um die Legalisierung des bereits faktisch gegebenen Aufenthalts eines Familienmitglieds geht, eine Interessenabwägung erübrigen würde. Der Faktor ist dennoch von grosser Relevanz (vgl. Czech, a.a.O., S. 239 m.w.H.).

15.4 Der EGMR erachtet es sodann auch als gerechtfertigt, zur Kontrolle der Einwanderung und der Beschränkung öffentlicher Ausgaben den Nachzug von Familienmitgliedern vom Nachweis ausreichender eigener Einkünfte der sich bereits im Konventionsstaat aufhaltenden Person abhängig zu machen (Urteil des EGMR Konstatinov gegen Niederlande vom 26. April 2007, 16351/03, Ziff. 50). Die (mangelnde) Erfüllung materieller Voraussetzungen ist jedoch nur eines der zu berücksichtigenden Kriterien.

15.5 Der EGMR leitet weiter aus Art. 3 KKR die besondere Bedeutung des Kindeswohls als vorrangige Überlegung bei allen Entscheidungen ab. Die Behörden sind demnach verpflichtet, die Interessen der betroffenen Kinder in den Mittelpunkt ihrer Erwägungen zu stellen und ihnen wesentliches Gewicht beizumessen. Bei der Einschätzung der Interessen der Kinder sind unter anderem das Alter, die Situation im Herkunftsland und der Grad der Abhängigkeit von den Eltern zu bedenken. Die Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung der Interessen von Kindern läuft allerdings nicht darauf hinaus, dass diese als "Trumpfkarte" ("trump card") alle anderen Interessen ausstechen und im Ergebnis stets einen Anspruch auf Aufenthalt in einem Staat gewähren, in dem einem Kind bessere Lebensbedingungen und Entwicklungschancen geboten werden. Die innerstaatlichen Behörden und Gerichte müssen in der Begründung ihrer Entscheidung nachvollziehbar machen, inwiefern das Kindeswohl bei der Interessenabwägung berücksichtigt wurde, und gegebenenfalls darlegen, warum es hinter öffentliche Interessen zurücktreten musste (vgl. Urteile des EGMR El Ghatet gegen

Schweiz vom 8. November 2016, 56971/10, Ziff. 46 f.; Urteile Jeunesse Ziff. 118; Nunez Ziff. 84; zum Ganzen Czech, a.a.O., S. 237 f.). 16. 16.1 Vorliegend kann die Verweigerung des Selbsteintritts zur Prüfung des Asylgesuchs der Beschwerdeführerin und ihrer Töchter eine mögliche Verletzung " positiver Verpflichtungen " darstellen, geht es doch darum, ob die Schweiz dazu verpflichtet ist, das Asylgesuch der Beschwerdeführerin und ihrer Kinder zu prüfen und ihr den Aufenthalt in der Schweiz während des Asylverfahrens zu gestatten. Es ist daher eine Abwägung der Interessen in Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien vorzunehmen. 16.2 Zunächst ist festzuhalten, dass ein öffentliches Interesse an der Einwanderungskontrolle und dem Recht der Schweiz besteht, wirksame Massnahmen zu ergreifen, um die Einhaltung der nationalen Gesetze zur Einreise und zum Aufenthalt sicherzustellen. Die Dublin-Verordnung ist zwar kein nationales Gesetz zur Regelung der Einwanderung. Mit der Dublin-Verordnung haben die Mitgliedstaaten aber die Zuständigkeit für die Prüfung der im Dublin-Raum gestellten Gesuche verbindlich geregelt, mit den bereits in den vorangegangenen Erwägungen normierten Zielen (Verhinderung des " asylum shopping "). Im weiteren Sinn dient dieses Vertragswerk daher auch einer Einwanderungskontrolle. Hinzu treten klar wirtschaftliche Interessen der Schweiz, die insbesondere auch auf eine Entlastung der sozialen Systeme beziehungsweise den Schutz vor Überlastung dieser Systeme gerichtet sind. Es dürfte absehbar sein, dass die Beschwerdeführerin und ihre Kinder für die Dauer eines Asylverfahrens in der Schweiz finanzieller Unterstützungsleistungen bedürfen. 16.3 Dem öffentlichen Interesse ist das Interesse der Beschwerdeführerin und ihrer Töchter am Verbleib in der Schweiz gegenüberzustellen. Bezüglich der persönlichen Situation der Familie ergibt sich Folgendes: 16.3.1 Der Ehemann der Beschwerdeführerin und Vater ihrer Töchter reiste im Oktober 2011 in die Schweiz ein und wurde im September 2013 wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nach Syrien vorläufig aufgenommen. Die vorläufige Aufnahme ist kein selbstständiger aufenthaltsrechtlicher Status, sondern eine Ersatzmassnahme für eine nicht vollziehbare Wegweisung. Damit setzt sie eine rechtskräftige Wegweisungsverfügung voraus. Die vorläufige Aufnahme erlischt, wenn der Wegweisungsvollzug durchführbar ist oder eine ausländerrechtliche Bewilligung erteilt wird. Bei Personen aus Syrien, denen die vorläufige Aufnahme gewährt wurde, ist aktuell von längerfristig bestehenden Vollzugshindernissen auszugehen. Damit hat sich die vorläufige Aufnahme in Bezug auf das Herkunftsland Syrien faktisch zu einem aufenthaltsrechtlichen Status entwickelt (vgl. dazu: Vorläufige Aufnahme und Schutzbedürftigkeit: Analyse und Handlungsoptionen, Bericht des Bundesrates vom 12. Oktober 2016, Ziff. 2.2 und 2.5). Der Ehemann verfügt in der Schweiz mithin zwar über keinen dauerhaften Aufenthaltsstatus, er lebt jedoch seit nunmehr über neun Jahren in der Schweiz, davon über sieben Jahre mit einer vorläufigen Aufnahme. Eine Rückkehr des Ehemannes nach Syrien ist zum heutigen Zeitpunkt und in absehbarer Zukunft wegen der anhaltenden Kriegssituation nicht zumutbar. Für die Beschwerdeführerin und die Töchter, über deren in Kroatien anhängig gemachtes Asylgesuch noch nicht entschieden wurde, wird ebenfalls aufgrund der aktuellen Situation in ihrem Heimatstaat eine Rückkehr nach Syrien zum heutigen Zeitpunkt kaum in Betracht kommen. Demnach bestehen zumindest aktuell erkennbare Hindernisse für ein gemeinsames Familienleben in Syrien. 16.3.2 Den Akten ist sodann zu entnehmen, dass der Ehemann seit seiner Einreise in die Schweiz - mit Ausnahme des Zeitraums vom 1. Januar bis 30. September 2017 - zwar auf Sozialhilfeleistungen angewiesen ist (vgl. [...]). Gemäss Auszug aus dem Zentralen Migrationsinformationssystem ist er jedoch seit dem 1. Februar 2014 bemüht, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, und war immer wieder für einige

Monate als (...) tätig. Seit dem 18. Dezember 2018 arbeitet er bei der F. GmbH. Daraus kann geschlossen werden, dass er sich stets um eine Anstellung und damit um finanzielle Unabhängigkeit bemüht hat.

16.3.3 Die Beschwerdeführerin hält sich seit Mai 2017, mithin seit etwas mehr als dreieinhalb Jahren, ununterbrochen in der Schweiz auf. Nebst ihrer Beziehung zu ihrem Ehemann und ihren Kindern pflegt sie eigenen Angaben zufolge Kontakt zu ihren ebenfalls in der Schweiz lebenden Verwandten. Ob sie über weitere familiäre oder soziale Bindungen in der Schweiz verfügt, geht aus den Akten nicht hervor. Gemäss den Kursbestätigungen besucht die Beschwerdeführerin seit Januar 2018 einen Deutschkurs und verfügt mittlerweile über das Niveau A2. Ihre ältere Tochter besucht regelmässig eine Gastfamilie.

16.3.4 Anzuführen bleibt in diesem Zusammenhang, dass sich in Bezug auf die Beschwerdeführerin und ihre Kinder keinerlei Anzeichen für die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit der Schweiz ergeben und es vorliegend konkret nur darum geht, den Aufenthalt der Beschwerdeführerin und ihrer Töchter während der Dauer der Prüfung ihres Asylgesuchs zu regeln.

16.3.5 Die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann nahmen ihr Familienleben erst nach ihrer Ausreise aus Syrien auf. Sie sind eigenen Angaben gemäss Cousin sowie Cousine, und vor der Einreise der Beschwerdeführerin in die Schweiz bestand keine partnerschaftliche Verbindung zwischen beiden, weshalb sich die Beschwerdeführerin nicht auf die familienspezifischen Regelungen der Dublin-III-VO stützen konnte. Zuzufügen ist, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der fehlenden dauerhaften Aufenthaltsbewilligung des Ehemannes durfte die Beschwerdeführerin bei Aufnahme des Familienlebens und auch nach der Geburt der Kinder nicht damit rechnen, dass auf ihr Asylgesuch in der Schweiz eingetreten würde. Weiter versties die Beschwerdeführerin gegen die Bestimmungen der Einwanderungskontrolle, indem sie trotz ihrer Überstellung nach Kroatien und einem gegen sie verhängten Einreiseverbot erneut in die Schweiz einreiste. Mit ihrem Verhalten stellte sie die schweizerischen Behörden vor vollendete Tatsachen. Sie befindet sich mithin in einer Situation, welche sie im Wissen um die geltenden Zuständigkeitsregelungen für die Prüfung ihres Asylgesuchs (spätestens seit dem Urteil des BVGer E-2027/2016 vom 27. Mai 2016) freiwillig und rechtswidrig herbeigeführt hat. Eine solchermassen begründete Situation kann nach der Rechtsprechung des EGMR in der Regel keine " positive Verpflichtung " zum Selbsteintritt begründen. Der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann wäre es sodann möglich und zumutbar gewesen, trotz des Aufenthaltes der Beschwerdeführerin in Kroatien ein Ehevorbereitungsverfahren zu durchlaufen, die Heirat zu vollziehen und sich dann geregelt - unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben nach Art. 85 Abs. 7 AIG (SR 142.20) - um eine Familienzusammenführung zu bemühen.

16.3.6 In die Interessenabwägung ist als wesentliches Element das Kindeswohl der beiden Töchter und das grundlegende Bedürfnis von Kindern, in möglichst engem Kontakt mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können, zu berücksichtigen. Die Töchter leben seit ihrer Geburt sowohl mit ihrer Mutter als auch mit ihrem Vater in einem gemeinsamen Haushalt. Aufgrund ihres noch sehr jungen Alters sind sie stark von den Eltern abhängig. In diesem Alter sind für den Aufbau einer Beziehung regelmässige und unmittelbare Kontakte von grosser Wichtigkeit. Bei einer Überstellung nach Kroatien wäre der direkte Kontakt zum Vater und damit die Ausübung der Vaterrolle nur eingeschränkt gewährleistet. Nicht absehbar ist weiter, wie lange das Asylverfahren der Beschwerdeführerin und ihrer Kinder in Kroatien dauern würde und wie lange die Kinder effektiv von ihrem Vater getrennt wären. Die Länge und die Umstände der räumlichen Trennung der Familie hängen sodann auch vom Ausgang des Asylverfahrens in Kroatien ab. Hierbei ist zu betonen, dass Kroatien als Unterzeichnerstaat der EMRK, des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die

Rechtsstellung der Flüchtlinge (SR 0.142.30) und auch der KRK ebenfalls an die sich aus diesen Konventionsbestimmungen ergebenden Verpflichtungen gebunden ist. Im konkreten Fall ist sodann festzuhalten, dass der Ehemann zufolge der angeordneten vorläufigen Aufnahme nur unter eingeschränkten Bedingungen ins Ausland reisen kann. Jeder Auslandsaufenthalt des Ehemannes ist mit einem Bewilligungsverfahren bei der Vorinstanz verbunden (vgl. Art. 7 und 9 der Verordnung vom 14. November 2012 über die Ausstellung von Reisedokumenten für ausländische Personen [RDV, SR 143.5]); er ist jedoch nicht von vornherein verunmöglicht. Der Kontakt zwischen Kindern und Vater kann sodann eingeschränkt über die zur Verfügung stehenden Kommunikationswege aufrechterhalten werden. 16.4 Insgesamt bestehen vorliegend gewichtige öffentliche Interessen an der Überstellung der Beschwerdeführerin und ihrer Kinder in den zuständigen Mitgliedstaat Kroatien. Diese Interessen überwiegen die privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz zur Durchführung eines Asylverfahrens. Bei einer Überstellung der Beschwerdeführerin und ihrer Töchter dürfte eine Trennung der Familie zwar von längerer Dauer sein und gerade bei kleinen Kindern ist - wie erwähnt - ein regelmässiger persönlicher Kontakt zu beiden Elternteilen wichtig, da ansonsten eine Entfremdung droht. Entscheidend ist vorliegend jedoch, dass die Beschwerdeführerin diese Situation selbst und im Wissen um die Zuständigkeit Kroatiens herbeigeführt hat, indem sie sich von Beginn an über die Entscheide der Schweizer Asylbehörden hinweggesetzt hat. Bei ihrer Einreise konnte sie nicht mit einem legalen Aufenthalt in der Schweiz rechnen, da zu diesem Zeitpunkt noch keine Ehegemeinschaft oder ein gefestigtes Konkubinat vorlag. Durch die erst später erfolgte Heirat und die Geburt der Kinder schuf sie einen neuen Lebenssachverhalt im Wissen darum, dass sie keinen Anspruch auf die Prüfung ihres Asylgesuchs in der Schweiz hatte und mit Kroatien bereits ein zuständiger Staat für die Durchführung des Asylverfahrens bestimmt war. Das vorliegende Verfahren dauert zwar bereits lange, die Aussetzung des Vollzugs während des Zeitraumes dieses Verfahrens stellt jedoch nur eine provisorische Massnahme dar und die Beschwerdeführerin konnte sich nicht darauf verlassen, deshalb in der Schweiz bleiben zu können. Der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann ist es sodann - wie bereits erwähnt - möglich, einen Familiennachzug gestützt auf Art. 85 Abs. 7 AIG nochmals zu beantragen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Dies betrifft namentlich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, nachdem der Ehemann inzwischen die zeitliche Voraussetzung des Aufenthalts in der Schweiz erfüllt und mittlerweile eine zivilrechtliche Heirat vorliegt. Trotz Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt zufolge seiner vorläufigen Aufnahme ist es dem Ehemann zuzumuten, eine Arbeitstätigkeit auszuüben, mit der er für seine Familie aufkommen kann. 16.5 Das Gericht kommt nach einer Abwägung der betroffenen Interessen deshalb zum Schluss, dass in der vorliegenden Einzelfallkonstellation der Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK gerechtfertigt und verhältnismässig ist. 16.6 Nach dem Gesagten liegt keine Verletzung von Art. 8 EMRK vor und es besteht damit kein Überstellungshindernis, welches die Schweiz zu einem Selbsteintritt gemäss Art. 17 Dublin-III-VO zwingt.

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