

# **BVGer D-4112/2023 vom 13. Juli 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-07-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-4112\\_2023\\_d20230713](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-4112_2023_d20230713)

FR: TAF D-4112/2023 du 13 juillet 2023

IT: TAF D-4112/2023 del 13 luglio 2023

## **Regeste**

Asyl und Wegweisung (Art. 40 i.V.m. Art. 6a Abs. 2 AsylG) | Asyl und Wegweisung (Art. 40 i.V.m. Art. 6a Abs. 2 AsylG); Verfügung des SEM vom 13. Juli 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (vgl. Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG). Die Beschwerdeführerin und ihre Tochter sind als Verfügungsadressatinnen zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. Art. 48 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist – unter Vorbehalt von E. 2 – einzutreten (vgl. Art. 108 Abs. 2 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

### **E. 2.1**

Der Beschwerde kommt von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu, weshalb sich die Beschwerdeführerin und ihre Tochter bis zum Abschluss des Asylverfahrens in der Schweiz aufhalten dürfen (vgl. Art. 55 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 AsylG). Ferner wurde der Beschwerdeführerin bereits am 12. Januar 2022 durch das SEM eine Privatunterbringung im Kanton D.\_\_\_\_\_ bewilligt und sie hält sich seither – inzwischen mit ihrer in der Schweiz geborenen Tochter – in diesem Kanton auf, welcher nun auch mit dem Vollzug der Wegweisung beauftragt wurde. Auf die beiden Rechtsbegehren, die Beschwerdeführerin sei dem Kanton D.\_\_\_\_\_ zuzuweisen und die kantonale Fremdenpolizei sei (für die Dauer des Beschwerdeverfahrens) anzuweisen, Vollzugsmassnahmen zu unterlassen, ist deshalb mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten.

### **E. 2.2**

Im Rubrum der Beschwerdeeingabe sowie in den Anträgen ist nur von der Beschwerdeführerin die Rede. Aus der Begründung geht zweifelsfrei hervor, dass die Beschwerde auch im Namen der inzwischen einjährigen Tochter erhoben wurde.

D-4112/2023 Seite 5

### **E. 3**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG, im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

### **E. 4**

Die Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts entscheiden in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen (Art. 21 Abs. 1 VGG). Das Gericht kann auch in solchen Fällen auf die Durchführung eines Schriftwechsels verzichten (vgl. Art. 111a Abs. 1 AsylG).

### **E. 5.1**

Gemäss Art. 2 Abs. 1 AsylG gewährt die Schweiz Flüchtlingen grundsätzlich Asyl. Flüchtlinge sind Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden (Art. 3 Abs. 1 AsylG). Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken; den frauenspezifischen Fluchtgründen ist Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 2 AsylG).

### **E. 5.2**

Wer um Asyl nachsucht, muss die Flüchtlingseigenschaft nachweisen oder zumindest glaubhaft machen. Diese ist glaubhaft gemacht, wenn die Behörde ihr Vorhandensein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für gegeben hält. Unglaubhaft sind insbesondere Vorbringen, die in wesentlichen Punkten zu wenig begründet oder in sich widersprüchlich sind, den Tatsachen nicht entsprechen oder massgeblich auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abgestützt werden (Art. 7 AsylG).

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz begründet die Ablehnung des Asylgesuchs damit, dass die Vorbringen der Beschwerdeführerin weder den Anforderungen an die Flüchtlingseigenschaft noch den Anforderungen an die Glaubhaftigkeit genügten. Das Vorbringen, vor einem gewalttätigen Ehemann in ihrem Heimatstaat geflohen zu sein, sei aufgrund der unsubstantiierten, widersprüchlichen und unlogischen Angaben ebenso als unglaubhaft zu qualifizieren, wie die geltend gemachte Diskriminierung als Balkan-Ägypterin. Auch weil sie ihr Asylgesuch nicht unmittelbar nach ihrer Einreise in die Schweiz, sondern erst nach zwei Verurteilungen wegen illegaler Einreise

D-4112/2023 Seite 6 beziehungsweise rechtswidrigen Aufenthalts gestellt habe, könne ihr Verhalten nicht einer tatsächlich verfolgten und schutzsuchenden Person zugerechnet werden.

### **E. 6.2**

Die Beschwerdeführerin hält dem in ihrer Beschwerde entgegen, die Vorinstanz habe den geltend gemachten frauenspezifischen Fluchtgründen insgesamt eine viel zu geringe Bedeutung beigemessen. Sie habe sich nur durch die Flucht in die Schweiz einer drohenden Zwangsheirat entziehen können, die innerhalb ihrer Volksgruppe nach wie vor verbreitet sei. Nach Erhalt des Schreibens ihres Onkels, welches die Begründetheit ihres Asylgesuches bestätige, sei sie von der Polizei verhaftet worden, noch bevor sie ein Asylgesuch stellen könne. Sie sei durch das Erlebte stark traumatisiert gewesen. Ihre Vorbringen habe sie insgesamt glaubhaft vorgebracht. Ihre Flüchtlingseigenschaft sei im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes, dem die Vorinstanz bisher nicht rechtsgenügend nachgekommen sei, erneut zu prüfen. Bei einer Rückkehr in ihren Heimatstaat wäre sie

einer unerträglichen und schikanösen Behandlung weiterhin schutzlos ausgesetzt.

### **E. 7.1**

Der Bundesrat hat Kosovo als verfolgungssicheren Staat im Sinne von Art. 6a Abs. 2 Bst. a AsylG bezeichnet. Die Bezeichnung eines Staates als "Safe Country" beinhaltet die Regelvermutung, dass eine flüchtlingsrechtlich bedeutsame staatliche Verfolgung nicht stattfindet und der behördliche Schutz vor nichtstaatlicher Verfolgung gewährleistet ist. Im Einzelfall kann die Regelvermutung aufgrund konkreter und substantzierter Hinweise umgestossen werden, wobei die Beweislast des Gegenteils der asylsuchenden Person obliegt (vgl. BVGE 2013/10 E. 7.4.3).

### **E. 7.2**

Die Beschwerdeführerin vermag mit ihren Vorbringen die Regelvermutung (das Fehlen staatlicher Verfolgung und die Gewährleistung von Schutz vor nichtstaatlicher Verfolgung in Kosovo) nicht umzustossen. Konkrete Anhaltspunkte für eine objektiv begründete Furcht vor einer Verfolgung der Beschwerdeführerin asylbeachtlichen Ausmasses im Sinne von Art. 3 AsylG durch die heimatlichen Behörden oder private Drittpersonen liegen nicht vor. Ein Kontext, dem flüchtlingsrechtliche Relevanz beigemessen werden könnte, wäre vorliegend nur dann zu bejahen, wenn die geltend gemachte Gewaltanwendung durch ihren Ehemann und dessen Familienmitglieder in Kosovo mit ausdrücklicher oder stillschweigender Duldung des Staates (etwa aufgrund einer gesellschaftlich akzeptierten Rollenzuweisung als Frau oder aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer

D-4112/2023 Seite 7 ethnischen Minderheit) erfolgt wäre und der Beschwerdeführerin deshalb in ihrem Heimatland aufgrund ihres Geschlechts oder ihrer ethnischen Herkunft kein Schutz vor Übergriffen gewährt würde (vgl. Urteil des BVGer D-3834/2014 vom 27. November 2014 E. 7.1.1). Vorliegend macht die Beschwerdeführerin geltend, dass sie sich aufgrund ihrer Probleme mit ihrem gewalttätigen Ehemann wiederholt an die örtlichen Polizeibehörden gewandt habe, diese ihn jedoch – trotz mehrmaliger Suche – nicht hätten auffinden können und deshalb zwischenzeitlich seine Familienangehörigen in Gewahrsam genommen hätten (vgl. SEM-act. 28/19 F51, F104, F145, SEM-act. 51/17 F79 – F89). Vor diesem Hintergrund kann den heimatlichen Behörden weder unterstellt werden, sie hätten Übergriffe, wie sie die Beschwerdeführerin geltend macht, geduldet oder gestützt, weil sie eine Frau sei (vgl. dazu Urteil des BVGer D-1037/2018 vom 15. März 2018 E 7.2), noch dass aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit von entsprechenden Schutzmassnahmen abgesehen worden wäre.

### **E. 7.3**

Hinsichtlich der fehlenden Glaubhaftigkeit der Vorbringen der Beschwerdeführerin kann vollumfänglich auf die vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden. Besonders hervorzuheben sind die Angaben der Beschwerdeführerin in den beiden Anhörungen, wonach sie von ihrer Familie – gegen ihren Willen – mit einem Mann verheiratet worden sei, während in der Beschwerde mehrfach festgehalten wird, sie sei in die Schweiz eingereist, um einer ihr in Kosovo drohenden Zwangsheirat zu entgehen. Gemäss dem Brief des Onkels der Beschwerdeführerin sei die Beschwerdeführerin in Kosovo von einem unbekanntem Mann mehrmals, zunächst telefonisch, danach persönlich, gedrängt worden, eine Liebesbeziehung mit jenem einzugehen. Aufgrund ihrer Weigerung habe dieser Mann begonnen, ihr zu drohen, weshalb sie so verängstigt gewesen sei, dass sie medizinische Hilfe in Anspruch nehmen müssen und sich an die Polizei gewandt habe. Diese habe

alles dokumentiert, den Täter jedoch nie ausfindig machen können. Aufgrund dieser Drohungen habe sie sich entschieden, ihr Heimatland zu verlassen (vgl. SEM-act. 17/7 und 29/1). Diese Ausführungen des Onkels unterscheiden sich massgeblich von den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin. Die entsprechenden Widersprüche konnten von ihr weder an den beiden Anhörungen noch in der Beschwerde aufgelöst werden. Vielmehr führte die Beschwerdeführerin diesbezüglich lediglich aus, der Onkel habe «vielleicht einen Fehler gemacht» (vgl. SEM-act. 51/17 F129-F131). In der Beschwerde wird jedoch erneut betont, der Brief des Onkels beweise die Asylrelevanz ihres Asylgesuches. Weiter wird dort ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe angesichts der Übergriffe ihres Ehemannes nie ärztliche Hilfe in Anspruch genommen, da es als Frau

D-4112/2023 Seite 8 aufgrund der Stigmatisierung innerhalb ihres Kulturkreises nicht leicht sei, sich diesbezüglich gegenüber Dritten zu öffnen (vgl. Beschwerde, S. 6). Abgesehen von der wiederholten Vermischung der Begriffe «Ehemann» und «drohende Zwangsehe» erscheint es vor diesem Hintergrund fraglich, weshalb sich die Beschwerdeführerin zwar gegenüber Polizeibehörden, nicht jedoch gegenüber einer medizinischen Fachperson hätte öffnen können. Diesbezüglich wird in der Beschwerde ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit von den mehrheitlich albanisch-stämmigen medizinischen Fachpersonen kaum ernstgenommen worden wäre. Diese nicht weiter substantiierte Aussage steht erneut im Widerspruch zu den Aussagen des Onkels, wonach sie medizinische Hilfe in Anspruch genommen habe. Zudem spricht auch die mehrfache – wenn auch erfolglose – Unterstützung durch die heimatlichen Polizeibehörden gegen eine systematische Diskriminierung aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit.

#### **E. 7.4**

Insgesamt ist, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin, sowohl bezüglich der angeblichen Verfolgung durch ihren Ehemann und dessen Familie als auch bezüglich der geltend gemachten Benachteiligung als Frau und als Angehörige einer ethnischen Minderheit durchwegs widersprüchliche, unsubstantiierte und wenig plausible Angaben gemacht hat. Ihre Vorbringen halten somit weder den Anforderungen an die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG noch den Anforderungen an die Glaubhaftigkeit nach Art. 7 AsylG stand. Schliesslich hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Recht vorgehalten, dass sie ihr Asylgesuch in der Schweiz erst sechs Wochen nach ihrer Einreise in die Schweiz und erst nachdem sie zwei Strafbefehle wegen illegaler Einreise respektive illegalem Aufenthalt erhalten hatte, eingereicht hat.

#### **E. 7.5**

Auch die bezüglich der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft erhobene Rüge der ungenügenden Sachverhaltsabklärung erweist sich als offensichtlich unbegründet. Die Beschwerdeführerin wurde zwei Mal ausführlich zu ihren Asylgründen befragt, das SEM hat ihre Vorbringen in der angefochtenen Verfügung eingehend geprüft und seinen Entscheid substantiiert begründet. Es ist nicht ersichtlich, welche Abklärungen es noch hätte vornehmen sollen. Der diesbezügliche sinngemässe Antrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist somit abzuweisen (vgl. Beschwerde, S. 7).

#### **E. 7.6**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelungen ist, eine bestehende oder drohende, asylrechtlich relevante

D-4112/2023 Seite 9 Gefährdung nachzuweisen oder glaubhaft zu machen. Das SEM hat zu Recht ihre Flüchtlingseigenschaft verneint und das Asylgesuch gestützt auf Art. 40 i.V.m. Art. 6a Abs. 2 Bst. a AsylG abgelehnt.

### **E. 8.1**

Lehnt das SEM das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 44 AsylG).

### **E. 8.2**

Wie das SEM in der angefochtenen Verfügung zutreffend festgehalten hat, verfügt die Beschwerdeführerin und ihre Tochter weder über eine Auf- enthalts- oder Niederlassungsbewilligung in der Schweiz noch über einen Anspruch auf Erteilung einer solchen. Ihr Ehemann respektive Vater verfügt lediglich über eine vorläufige Aufnahme. Ihre Wegweisung nach Kosovo wurde somit zu Recht angeordnet.

### **E. 9.1**

Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das SEM das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme (Art. 44 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AIG [SR 142.20]).

### **E. 9.2**

Vorliegend ist die Frage zu beantworten, ob der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter aufgrund des Umstandes, dass sich der Ehemann der Beschwerdeführerin respektive der Vater der gemeinsamen Tochter als vorläufig aufgenommener Ausländer in der Schweiz befindet, gestützt auf Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und/oder Art. 44 AsylG (Grundsatz der Einheit der Familie) ein Aufenthaltsrecht zusteht. Die Vorinstanz verneinte eine Verletzung von Art. 44 AsylG. Eine allfällige Verletzung von Art. 8 EMRK prüfte sie nicht.

### **E. 9.3**

Das SEM begründet seine Entscheidung damit, dass sich nicht auf den Grundsatz der Einheit der Familie berufen könne, wer bereits vor der Einreise seiner Angehörigen vorläufig aufgenommen worden sei, da sonst die Bestimmungen über den Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Personen im Sinne von Art. 85 Abs. 7 AIG umgangen werden könnten. Unter diesem Aspekt sei die Erteilung einer vorläufigen Aufnahme für die Beschwerdeführerin und ihre Tochter ausgeschlossen. Zudem liege der Verdacht nahe, dass die Beschwerdeführerin ihr Asylgesuch in offensichtlich rechtsmissbräuchlicher Absicht gestellt habe, zumal sie dieses einerseits

D-4112/2023 Seite 10 erst nach Erhalt zweier Strafbefehle aufgrund rechtswidriger Einreise respektive rechtswidrigem Aufenthalts gestellt und mit welchen sie im Übrigen selbst Ausschlussgründe für die Erteilung einer vorläufigen Aufnahme nach Art. 83 Abs. 7 AIG i.V.m. Art. 44 AsylG gesetzt habe. Weiter habe die Prüfung ihres Asylgesuchs ergeben, dass dieses offensichtlich unbegründet sei. Es sei daher davon auszugehen, dass sie ihr Asylgesuch nur zur Umgehung der Aufenthaltsbestimmungen und damit rechtsmissbräuchlich gestellt habe. Im Übrigen werde damit weder ihr noch ihrer Tochter

ein familiäres Zusammenleben verunmöglicht. Es stehe ihrem Ehemann frei, sich bei den heimatlichen Behörden um gültige Reisepapiere zu bemühen. Zudem gelte für Kosovo ab dem 1. Januar 2024 Visumsfreiheit, so dass sie und ihre Tochter nach Ablauf der gegen sie verhängten Einreisesperre ohne Visum zu Besuchszwecken in die Schweiz einreisen könnten.

#### **E. 9.4**

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, ihr Ehemann und Vater der gemeinsamen Tochter sei in der Schweiz seit 15 Jahren (recte: 22 Jahren) im Besitz einer vorläufigen Aufnahme. Aufgrund des Grundsatzes der Einheit der Familie im Sinne von Art. 44 AsylG sei insbesondere der gemeinsamen Tochter die vorläufige Aufnahme zu gewähren und sie als deren Mutter einzubeziehen. Der Vorinstanz sei insbesondere auch darin zu widersprechen, dass ein familiäres Zusammenleben bei einer Rückführung nach Kosovo nicht verunmöglicht werde. Ihr Ehemann sei nicht kosovarischer, sondern serbischer Staatsangehöriger, er könne jedoch keine entsprechenden Dokumente beschaffen, was ursprünglich ein Grund für seine vorläufige Aufnahme gewesen sei. Im vorliegenden Fall würden sie und ihre Tochter somit ohne Vorliegen eines öffentlichen Interesses von ihrem Ehemann respektive Vater getrennt, was eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstelle.

#### **E. 9.5.1**

Unter dem Begriff der „Einheit der Familie“ ist zu verstehen, dass Familienmitglieder nicht voneinander getrennt werden, sondern tatsächlich zusammenleben können, und dass der Familie nach Möglichkeit ein einheitlicher Rechtsstatus eingeräumt wird. In diesem Sinn beinhaltet Art. 44 AsylG, dass die vorläufige Aufnahme des einen Familienmitglieds in der Regel die vorläufige Aufnahme der ganzen Familie zur Folge hat (vgl. Entschiede und Mitteilungen der vormaligen Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 1995 Nr. 24 m.w.H.). Auf diesen Grundsatz kann sich allerdings nicht berufen, wer – wie die Beschwerdeführerin – eine Beziehung eingeht, nachdem einem Familienmitglied die vorläufige Aufnahme erteilt wurde. Damit soll verhindert werden, dass die gesetzlichen Bestimmungen

D-4112/2023 Seite 11 über den Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Personen (Art. 85 Abs. 7 AIG) mittels Asylgesuchstellung in der Schweiz umgangen werden könnten (vgl. Urteile des BVerfG D-6156/2019 vom 18. Januar 2022 E. 6.3.1.1 sowie D-1596/2019 vom 16. Dezember 2019 E. 5.2.2 m.w.H.).

#### **E. 9.5.2**

Da die Beschwerdeführerin ihren Ehemann gemäss eigenen Angaben erst zu Beginn des Jahres 2021 über das Internet kennen gelernt hat, liegt vorliegend keine Konstellation vor, welche den Grundsatz der Einheit der Familie gemäss Art. 44 AsylG verletzt. Ergänzend ist festzuhalten, dass die Verweigerung des Einbezugs der gemeinsamen Tochter in die vorläufige Aufnahme ihres Vaters nicht zu beanstanden ist, solange sich das Kind in der gemeinsamen Obhut der Eltern befindet. Denn das Ziel der Wahrung des Grundsatzes der Einheit der Familie im Sinne der Einräumung eines einheitlichen Anwesenheitsrechts kann dadurch nicht erreicht werden. Selbst wenn das Kind (bereits) in die vorläufige Aufnahme des Vaters einbezogen worden wäre, könnte die Beschwerdeführerin daraus keinen Anspruch auf «umgekehrten Familiennachzug» ableiten, da dies zu der bereits erwähnten – und praxisgemäss nicht zu schützenden – Umgehung der Bestimmungen über den Familiennachzug führen würde. Die Beschwerdeführerin und ihre Tochter können sich

somit nicht auf den Grundsatz der Einheit der Familie gemäss Art. 44 AsylG berufen.

### **E. 9.6.1**

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich jemand nur dann auf den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK berufen, wenn eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung vorliegt. In jedem Fall vom Schutzbereich umfasst ist die Kernfamilie, welche aus der Gemeinschaft der Eheleute mit ihren minderjährigen Kindern besteht. 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. Überdies muss es sich beim in der Schweiz lebenden Familienmitglied um eine hier gefestigt anwesenheitsberechtigte Person handeln. Von einem solchen Anwesenheitsrecht ist ohne weiteres bei schweizerischer Staatsangehörigkeit auszugehen, ebenso bei einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung, auf deren Verlängerung ein Anspruch besteht (vgl. statt vieler BGE 144 II 1 E. 6.1, 139 I 330 E. 2.1, 135 I 143 und 130 II 281 E. 3.1, je m.w.H.). Zudem können sich in Ausnahmefällen auch Personen auf Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt ist beziehungsweise die

D-4112/2023 Seite 12 allenfalls über kein (gefestigtes) Aufenthaltsrecht verfügen, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen wird beziehungsweise die aus objektiven Gründen hingenommen werden muss (vgl. BGE 138 I 246 E. 3.3.1 und 137 I 113 E. 6.1, je m.w.H.). Ein solches faktisch gefestigtes Anwesenheitsrecht wurde von der Rechtsprechung namentlich bei einer über viele Jahre hinweg verlängerten Aufenthaltsbewilligung bejaht (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.2 f.) oder im Fall von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen, bei denen eine Aufhebung ihres rechtlichen Status in absehbarer Zukunft nicht anzunehmen ist (vgl. BVGE 2017 VII/4 E. 6.3 ff.). In anderen Entscheiden wurde diesem Kriterium, wenn teilweise auch implizit, keine besondere Relevanz beigemessen oder auf das Erfordernis eines "gefestigten Anwesenheitsrechts" verzichtet (vgl. beispielweise 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). 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. Bei Vorliegen einer schützenswerten gelebten familiären Beziehung sieht der EGMR den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK grundsätzlich eröffnet und zwar unabhängig vom Aufenthaltsstatus der Betroffenen (vgl. zur Rechtsprechung des EGMR die Urteile Jeunesse gegen Niederlande vom 3. Oktober 2014, 12738/10, § 103 ff. m.w.H., Agraw gegen Schweiz vom 29. Juli 2010, 3295/06, § 44 ff. und Mengesha Kimfe gegen Schweiz vom 29. Juli 2010, 24404/05, § 61 ff.). Sodann kommt Art. 8 EMRK – im Sinne einer kumulativen Voraussetzung zu den bereits genannten Bedingungen – nur dann zur Anwendung, wenn die privaten Interessen der betroffenen Person respektive ihrer Angehörigen an der Erteilung beziehungsweise am Erhalt des Anwesenheitsrechts dem öffentlichen Interesse an dessen Verweigerung vorgehen (vgl. BGE 139 I 330 E. 2.2 f., m.w.H.).

### **E. 9.6.2**

Die Beschwerdeführerin ist mit ihrem Ehemann seit dem 21. Juni 2022 in der Schweiz zivilrechtlich verheiratet und lebt mit ihm und der gemeinsamen Tochter in einem

Haushalt. Die Tochter ist am 24. August 2022 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 in Frage gestellt. Das SEM hat es jedoch unterlassen, eine Prüfung von Art. 8 EMRK vorzunehmen, mutmasslich weil es sich auf den Standpunkt stellt, der in der Schweiz vorläufig aufgenommene Ehemann der Beschwerdeführerin verfüge nicht über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht, weshalb der Schutzbereich von Art. 8 EMRK nicht eröffnet sei.

D-4112/2023 Seite 13

### **E. 9.6.3**

F. \_\_\_\_\_ wurde am (...) in Deutschland geboren und kam als Kleinkind zusammen mit seinen Eltern und seinen Geschwistern in die Schweiz. Er ist hier seit dem 2. Oktober 2001 vorläufig aufgenommen. In seinem Heimatstaat (Serbien) hat er nie gelebt. Er ist – soweit ersichtlich – nicht auf Sozialhilfe angewiesen (vgl. Beschwerdebeilagen 4, 6 und 7). In den Akten finden sich auch keine Hinweise auf ein Verfahren betreffend eine allfällige Aufhebung der vorläufigen Aufnahme. Aufgrund des langjährigen Aufenthalts, der in den prägenden Lebensjahren erfolgten massgeblichen Sozialisation in der Schweiz und der seit 22 Jahren jährlich erfolgten Verlängerung der vorläufigen Aufnahme ist vorliegend von einem faktisch gefestigten Aufenthaltsrecht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auszugehen. Unter diesen Umständen ist die Vorinstanz offensichtlich zu Unrecht davon ausgegangen, der Schutzbereich von Art. 8 EMRK sei nicht eröffnet. Ergänzend ist festzuhalten, dass der in der angefochtenen Verfügung enthaltene Verweis auf BGE 135 I 143 untauglich ist, da dort nur Konstellationen erwähnt werden, in denen die Voraussetzungen des gefestigten Aufenthaltsrechts erfüllt sind, nicht aber solche, die nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch den Schutzbereich von Art. 8 EMRK eröffnen und nach denen dementsprechend eine materielle Prüfung vorzunehmen ist (vgl. oben E. 9.6.1).

### **E. 9.6.4**

Aufgrund der unzutreffenden Annahme, der Schutzbereich von Art. 8 EMRK sei vorliegend nicht eröffnet, hat es die Vorinstanz auch unterlassen, im Rahmen einer materiellen Prüfung eine rechtsgenügende Interessenabwägung zwischen den privaten Interessen der Beschwerdeführerin respektive ihres Ehemannes und ihrer Tochter an der Gewährung eines Anwesenheitsrechts und dem öffentlichen Interesse an dessen Verweigerung vorzunehmen. Vielmehr beschränkte sich das SEM auf den Hinweis, der – in der Schweiz als serbischer Staatsangehöriger registrierte – Ehemann der Beschwerdeführerin könne sich kosovarische Reisedokumente beschaffen. Zudem habe der Bundesrat Kosovo per 1. Januar 2024 zu einem visumsbefreiten Staat erklärt, weshalb es der Beschwerdeführerin nach Ablauf der gegen sie verhängten Einreisesperre möglich sein werde, visumsfrei zu Besuchszwecken zu ihrem Ehemann in die Schweiz zu reisen. Diese Begründung stellt keine rechtsgenügende Abwägung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen und privaten Interessen dar. Erforderlich ist eine Gesamtbetrachtung, bei welcher der Grad der konkreten Beeinträchtigung des Familienlebens, der Umstand, ob und wieweit dieses in zumutbarer Weise im Heimatstaat oder allenfalls in einem Drittstaat gelebt werden kann sowie die Natur der Bindungen zum und im Auf-

D-4112/2023 Seite 14 enthaltsstaat ins Gewicht fallen. Die EMRK verschafft keinen absoluten Anspruch auf Einreise und Aufenthalt, respektive auf Wahl des für das Fami-

lienleben am geeignetsten erscheinenden Ortes, oder auf einen besonderen Aufenthaltstitel. Vielmehr erweist sich eine im Schutzbereich von Art. 8 EMRK liegende Massnahme als zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft "notwendig" erscheint (vgl. BGE 143 I 21 E. 5.1 und 135 I 153 E. 2.1). In Fällen, die sowohl das Familienleben als auch die Immigration betreffen, hängt der Umfang der Pflicht, ausländische Familienmitglieder auf dem Staatsgebiet zu dulden oder ihren Aufenthalt ermöglichen zu müssen, jeweils von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab. Von wesentlicher Bedeutung ist zudem, ob Gründe der Migrationsregulierung (z.B. illegaler Aufenthalt), andere Motive zum Schutz der öffentlichen Ordnung (z.B. Kriminalität) oder solche des wirtschaftlichen Wohlergehens des Landes (z.B. Sozialhilfeabhängigkeit) der Bewilligung entgegenstehen. Von besonderem Gewicht erscheint schliesslich, ob das Familienleben zu einer Zeit geschaffen wurde, zu der den beteiligten Personen bekannt war, dass dessen Fortbestehen im Gaststaat wegen des Einwanderungsstatus einer von ihnen von Beginn an unsicher war. Ist dies der Fall, bedarf es besonderer Umstände ("exceptional circumstances"), damit Art. 8 EMRK den einzelnen Staat verpflichten kann, die Anwesenheit von Familienangehörigen zu dulden (vgl. zum Ganzen statt vieler BGE 139 I 330 E. 2.2 f. sowie bspw. Urteil des EGMR Jeunesse § 100 ff. m.w.H.). Vorliegend wäre insbesondere auch dem Kindeswohl im Sinne einer Leitmaxime vorrangige Bedeutung zuzumessen gewesen, wobei auch wiederum die einzelfallspezifischen Umstände, namentlich das Alter, die Situation im Heimatstaat und die Abhängigkeit zu den Eltern, massgeblich sind. Der Umstand allein, dass das Kind in einem Staat eine bessere Ausgangslage hat, reicht selbstredend nicht (vgl. Urteil des EGMR Jeunesse § 73 ff. und § 109).

#### **E. 9.6.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz im vorliegenden Verfahren zu Unrecht davon ausging, der Schutzbereich von Art. 8 EMRK sei aufgrund des nicht gefestigten Aufenthaltsrechts des Ehemannes der Beschwerdeführerin nicht tangiert und aus diesen Gründen von einer umfassenden Prüfung aller Sachverhaltselemente absah.

#### **E. 9.7**

Schliesslich ist festzuhalten, dass den Ausführungen der Vorinstanz nicht gefolgt werden kann, soweit sie in der angefochtenen Verfügung festhielt, die Beschwerdeführerin habe aufgrund der zwei Strafbefehle wegen illegaler Einreise und rechtswidrigen Aufenthalts, Ausschlussgründe ge-

D-4112/2023 Seite 15 mäss Art. 83 Abs.7 AIG gesetzt, weshalb eine Erteilung der vorläufigen Aufnahme im Sinne von Art. 44 AsylG auch deshalb nicht in Betracht komme. Gemäss dem Wortlaut von Art. 83 Abs. 7 AIG wird die vorläufige Aufnahme nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde, wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne der Art. 59–61 oder 64 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) angeordnet wurde oder wenn sie erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet. Die Voraussetzungen für einen Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme sind aufgrund der Verurteilungen mittels zweier Strafbefehle zu einer Geldstrafe von insgesamt 50

Tagessätzen wegen illegaler Einreise und eines rechtswidrigen Aufenthalts während weniger Wochen offensichtlich nicht erfüllt. Dieser Umstand wird jedoch im Rahmen der durch das SEM nachzuholenden Interessenabwägung zu Art. 8 EMRK ebenfalls zu berücksichtigen sein.

#### **E. 10**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde in Bezug auf die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, die Gewährung von Asyl und den Verzicht auf die Anordnung der Wegweisung abzuweisen. Betreffend den angeordneten Vollzug der Wegweisung hingegen ist die Beschwerde gutzuheissen, so- weit darin – implizit – die Aufhebung der Verfügung beantragt worden ist. Die Dispositivziffern 4 und 5 der angefochtenen Verfügung sind aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zur neuerlichen Entscheidung zurückzuweisen.

#### **E. 11.1**

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Parteientschädigung sind grundsätzlich nach dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Beschwerdeführerin aufzuerlegen beziehungsweise zuzusprechen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin ist bezüglich ihrer Anträge auf die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, die Gewährung von Asyl und den Verzicht auf die Anordnung der Wegweisung unterlegen. Bezüglich der Anordnung des Wegweisungsvollzugs hingegen hat sie obsiegt. Praxisgemäss bedeutet dies ein hälftiges Obsiegen.

D-4112/2023 Seite 16

#### **E. 11.2**

Nachdem sich die mit vorliegendem Urteil abgewiesenen Rechtsbehelfen als offensichtlich aussichtslos erwiesen haben und die Beschwerdeführerin ihre Mittellosigkeit nicht belegte, ist ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nach Art. 65 Abs. 1 VwVG abzuweisen. Die um die Hälfte reduzierten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 375.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

#### **E. 11.3**

Im Umfang ihres Obsiegens ist der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung für die ihr aus der Beschwerdeführung erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote zu den Akten gereicht. Auf die Nachforderung einer solchen kann jedoch verzichtet werden, da sich im vorliegenden Verfahren der Aufwand zuverlässig abschätzen lässt (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Dem Beschwerdeführer ist somit eine um die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zu Lasten des SEM von insgesamt Fr. 500.– zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

D-4112/2023 Seite 17