

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Übersetzung wurde bereits in Newsletter Menschenrechte 2023/4 veröffentlicht] Die erneute Veröffentlichung wurde allein für die Aufnahme in die HUDOC-Datenbank des EGMR gestattet. Diese Übersetzung bindet den EGMR nicht.

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Translation already published in Newsletter Menschenrechte 2023/4] Permission to republish this translation has been granted for the sole purpose of its inclusion in the Court's database HUDOC. This translation does not bind the Court.

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Traduction déjà publiée dans Newsletter Menschenrechte 2023/4] L'autorisation de republier cette traduction a été accordée dans le seul but de son inclusion dans la base de données HUDOC de la Cour. La présente traduction ne lie pas la Cour.

## Ausschluss vom Familiennachzug wegen Abhängigkeit von Sozialhilfe

**B. F. ua gg die Schweiz**, Urteil vom 4.7.2023, Kammer III, 13258/18 ua

### Sachverhalt

Die vorliegenden vier Beschwerden wurden von Personen erhoben, die in der Schweiz als Flüchtlinge iSd GFK anerkannt, jedoch nur vorläufig aufgenommen wurden, weil die Verfolgungsgründe erst durch ihre Ausreise aus dem Heimat- oder Herkunftsstaat oder wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise entstanden waren.<sup>1</sup> Aufgrund dieses Status haben sie anders als Asylberechtigte keinen Rechtsanspruch auf Familienzusammenführung. Diese liegt vielmehr im Ermessen der Behörde, ist frühestens nach drei Jahren möglich und hängt von der Erfüllung bestimmter materieller Voraussetzungen ab.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Gemäß Art 54 des schweizerischen Asylgesetzes wird Flüchtlingen »kein Asyl gewährt, wenn sie erst durch ihre Ausreise aus dem Heimat- oder Herkunftsstaat oder wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise Flüchtlinge [...] wurden.« Art 83 Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) sieht für diese Flüchtlinge die sogenannte »vorläufige Aufnahme« vor.

<sup>2</sup> Nach Art 84 Abs 7 AIG können Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme nachziehen. Zudem muss die Familie unter anderem über eine bedarfsgerechte Wohnung verfügen und sie darf nicht auf Sozialhilfe angewiesen sein.

Als Frau B. F. (Bsw 13258/18) 2012 Eritrea verließ, blieb ihre 2001 geborene Tochter bei deren Großeltern zurück. Die Tochter lebt mittlerweile alleine im Sudan. Frau B. F. kann aus gesundheitlichen Gründen keiner Erwerbstätigkeit nachgehen und bezieht daher in der Schweiz Sozialhilfe.

Herr J. K. (Bsw 15500/18) stammt aus China und ist Angehöriger der ethnischen Minderheit der Tibeter. Er wurde im Dezember 2010 in der Schweiz vorläufig aufgenommen. Sein Antrag auf Familienzusammenführung bezog sich auf seine Frau und seine beiden Kinder, die seit 2014 in Indien leben. Herr J. K. ist berufstätig, sein Einkommen reicht jedoch nach Ansicht der Behörden nicht für den Unterhalt einer vierköpfigen Familie aus, weshalb diese auf Sozialhilfe angewiesen wäre.

Frau S. Y. (Bsw 57303/18) kam 2008 in die Schweiz, nachdem sie Eritrea 2006 verlassen und sich zunächst im Sudan und in Libyen aufgehalten hatte. Sie beantragte im März 2010 die Familienzusammenführung mit ihrer ältesten Tochter X., die im Jahr 2000 geboren wurde und im Sudan lebt. Frau S. Y. hat drei weitere Kinder, die bei ihr in der Schweiz leben. Zu deren Vater besteht kein Kontakt mehr. Sie geht einer Halbtagsbeschäftigung in

einem Krankenhaus nach, ist aber auf Sozialhilfe angewiesen.

Auch Frau S. M. (Bsw 9078/20) stammt aus Eritrea. Ihr 2014 gestellter Antrag auf Familiennachzug bezieht sich auf ihre beiden 1999 bzw 2007 geborenen Töchter, die seit 2015 in einem Flüchtlingslager in Äthiopien leben. Frau S. M. leidet an gesundheitlichen Problemen, ist jedoch nicht arbeitsunfähig. Dennoch ist es ihr bislang nicht gelungen, eine Beschäftigung zu finden. Sie bezieht daher Sozialhilfe.

Alle diese Anträge auf Familiennachzug wurden vom Staatssekretariat für Migration (SEM) abgewiesen, weil die Familien von Sozialhilfe abhängig wären. Zudem war in einigen Fällen die dreijährige Wartefrist noch nicht abgelaufen. Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) bestätigte diese Entscheidungen.

## Rechtsausführungen

Die Bf behaupteten Verletzungen von Art 8 (hier: *Recht auf Achtung des Familienlebens*) alleine und iVm Art 14 EMRK (*Diskriminierungsverbot*).

### I. Verbindung der Beschwerden

(67) Angesichts ihres ähnlichen Gegenstands erachtet es der GH als angemessen, die Beschwerden in einem einzigen Urteil gemeinsam zu behandeln (einstimmig).

### II. Zulässigkeit

Die Beschwerden sind weder offensichtlich unbegründet noch aus einem anderen Grund unzulässig. Sie müssen daher für **zulässig** erklärt werden (einstimmig).

### III. Zur behaupteten Verletzung von Art 8 EMRK

(68) Die Bf [...] brachten vor, die Abweisung ihrer Anträge auf Familienzusammenführung hätten ihr Recht auf Achtung des Familienlebens [...] verletzt. [...]

(92) Da sich die Familienmitglieder, auf die sich die Anträge des in der Schweiz aufhältigen Bf auf Familienzusammenführung bezogen, zuvor nicht in der Schweiz aufgehalten hatten, wirft diese Rechtssache die Frage auf, ob die schweizerischen Behörden verpflichtet waren, den Anträgen stattzugeben und damit den Bf, die alle in der Schweiz als Flüchtlinge anerkannt waren, und ihren Familienmitgliedern ein Familienleben auf ihrem Territorium zu ermöglichen. Die Rechtssache [...] betrifft somit die Behauptung eines Versäumnisses des belangten Staats, seine positiven Verpflichtungen nach Art 8 EMRK zu erfüllen.

(93) Der springende Punkt ist daher, ob die schweizerischen Behörden innerhalb ihres Ermessensspielraums

einen fairen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der einzelnen Personen und der Gemeinschaft insgesamt getroffen haben, als sie die Anträge auf Familiennachzug mit der Begründung abweisen, die Familien wären nicht finanziell selbständig. Während die Bf ein Interesse daran hatten, wieder mit ihren Familienmitgliedern vereint zu werden, hatte der schweizerische Staat ein Interesse daran, die Einwanderung zu kontrollieren, um dem allgemeinen Interesse am wirtschaftlichen Wohl des Landes zu dienen.

#### 1. Umfang des Ermessensspielraums

(94) In *M. A./DK* [...] kam der GH zu dem Schluss, dass den Mitgliedstaaten bei der Entscheidung über die Einführung einer Wartefrist für die Familienzusammenführung zu Personen, denen nicht der Flüchtlingsstatus zuerkannt wurde, sondern subsidiärer oder [...] vorübergehender Schutz, ein weiter Ermessensspielraum zuzugestehen ist.

(95) [...] Mit der vom vorliegenden Fall aufgeworfenen Frage, ob und inwiefern Mitgliedstaaten die Familienzusammenführung im Bezug auf Flüchtlinge iSd GFK, deren Furcht vor Verfolgung erst nach Verlassen des Herkunftslands und als Folge ihrer eigenen Handlungen – wie im vorliegenden Fall der illegalen Ausreise [...] – entstanden ist, von der finanziellen Selbständigkeit der Familie abhängig machen dürfen, hat sich der GH bislang nicht befasset. [...]

(96) Wie der GH feststellt, sind gewisse Faktoren, auf die er sich in *M. A./DK* zur Begründung eines weiten Ermessensspielraums [...] stützte, auch im vorliegenden Fall gegeben. Erstens gibt es unter Art 8 EMRK keine absoluten Rechte. Insb kann aus dieser Bestimmung, wenn es um Migration geht, keine allgemeine Verpflichtung eines Staats abgeleitet werden, die Wahl des ehelichen Wohnsitzstaats eines Ehepaars zu respektieren oder eine Familienzusammenführung auf seinem Territorium zu gestatten. Der GH hat bei zahlreichen Gelegenheiten festgehalten, dass die Einwanderungskontrolle ein legitimes Ziel ist, das staatliche Eingriffe in das Recht auf Achtung des Familienlebens [...] rechtfertigen kann. Dasselbe gilt hinsichtlich positiver Verpflichtungen. Zweitens hat der GH anerkannt, dass die Einwanderungskontrolle dem allgemeinen Interesse der Wahrung des wirtschaftlichen Wohls des Landes dient, in Bezug auf welches dem Staat üblicherweise ein weiter Spielraum gewährt wird.

(97) Allerdings unterscheiden sich die beiden Fälle im Hinblick auf andere wichtige Faktoren. Insb betraf die gesetzliche Wartefrist, um die es in der Sache *M. A./DK* ging, Personen, denen nicht der Flüchtlingsstatus gewährt wurde. [...] Während es einen internationalen und europäischen Konsens über ein günstigeres Verfahren zur Familienzusammenführung für

Flüchtlinge [...] gab, war die Haltung hinsichtlich subsidiär Schutzberechtigten nicht genau gleich. [...]

(98) Im Gegensatz dazu waren im vorliegenden Fall die Bf alle als Flüchtlinge iSd GFK anerkannt. Der GH nimmt die Stellungnahme des UNHCR zur Kenntnis, wonach die GFK nicht unterscheidet zwischen Personen, die ihr Herkunftsland aus Furcht vor Verfolgung verlassen haben, und Personen, die zu einem späteren Zeitpunkt zu Flüchtlingen wurden, [...] und wonach die unterschiedliche Behandlung von Flüchtlingen *sur place* wie den Bf – auch was das Recht auf Familienzusammenführung betrifft – durch keine sachlichen Gründe gerechtfertigt sei. Auf Ebene der EU – an deren Standard die Schweiz nicht gebunden ist – unterliegt die Familienzusammenführung von Flüchtlingen iSd GFK keinen Voraussetzungen, solange der Antrag [...] binnen drei Monaten nach Gewährung des Flüchtlingsstatus gestellt wird, und es wird nicht zwischen verschiedenen Konventionsflüchtlingen unterschieden. Die in anderen europäischen Staaten für Nutznießer internationalen Schutzes vorgesehenen Einschränkungen des Rechts auf Familienzusammenführung beziehen sich nicht auf Personen, die als Flüchtlinge iSd GFK anerkannt sind [...]. Folglich kann nach Ansicht des GH ein gemeinsamer Nenner auf nationaler, internationaler und europäischer Ebene dahingehend festgestellt werden, bei den Voraussetzungen für die Familienzusammenführung nicht zwischen verschiedenen Flüchtlingen iSd GFK zu unterscheiden. Eine solche gemeinsame Grundlage verringert den Ermessensspielraum, der den Mitgliedstaaten zugestanden wird, ebenso wie der oben genannte Konsens [...], wonach Flüchtlinge iSd GFK, wie die in der Schweiz lebenden Bf, in den Genuss eines günstigeren Verfahrens zur Familienzusammenführung kommen müssen als andere Fremde.

(99) Der umstrittene Ansatz des belangten Staats [...] scheint somit innerhalb des internationalen, europäischen und vergleichenden Spektrums einzigartig zu sein. Wie der GH zur Kenntnis nimmt, wurde die in den schweizerischen Gesetzen vorgesehene unterschiedliche Behandlung von Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde, und solchen, die vorübergehend aufgenommen wurden, im Hinblick auf die Voraussetzungen für die Familienzusammenführung von der Menschenrechtskommissarin des Europarats, vom UNHCR und vom UN-Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung als diskriminierend kritisiert.

(100) Ein weiterer sich auf den Umfang des Ermessensspielraums auswirkender Faktor ist die Qualität der parlamentarischen und gerichtlichen Prüfung [...]. Die Voraussetzung, nicht auf Sozialhilfe angewiesen zu sein, [...] wurde mit 1.1.2007 vom Gesetzgeber eingeführt [...]. Die Regierung brachte vor, die Unterscheidung [zwischen Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde und Flüchtlingen, die vorläufig aufgenommen

wurden] sei erstens angesichts der unterschiedlichen Art und Dauer des Aufenthalts [...] gerechtfertigt. Diese Behauptung scheint jedoch [...] nicht ausreichend [...] untermauert zu sein. Ein Bericht des Schweizerischen Bundesrats von 2016 stellte fest, dass auf lange Sicht die Mehrheit der vorübergehend aufgenommenen Flüchtlinge in der Schweiz blieb. Auch der Menschenrechtskommissar des Europarats hielt fest, dass rund 90% der vorläufig aufgenommenen Personen lange Zeit in der Schweiz blieben. Der UNHCR brachte vor, [...] es gebe keine Belege dafür, dass das Schutzbedürfnis vorläufig aufgenommener Personen anders geartet wäre oder schneller enden würde als jenes von Flüchtlingen mit Asylstatus. [...]

(101) Wie der Aufenthalt der Bf in der Schweiz untermauert, tendiert der Aufenthalt vorläufig aufgenommener Flüchtlinge zu einer langen Dauer: Sie kamen zwischen 2008 und 2012 ins Land und wurden mit Entscheidungen, die zwischen 2010 und 2014 ergingen, vorläufig als Flüchtlinge aufgenommen. Das BVGer stellte fest, dass sie alle ein faktisches Aufenthaltsrecht hatten, da ein Widerruf ihrer vorläufigen Aufnahme unwahrscheinlich war. Folglich ist der GH [...] nicht von dem Argument überzeugt, mit dem die Regierung die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen wollte. Die Situation im vorliegenden Fall ist eine andere als in *M. A./DK* und *M. T. ua/SE*, wo der GH im Hinblick auf Wartezeiten für die Familienzusammenführung keinen Grund sah, die Unterscheidung zwischen Personen [...] mit Flüchtlingsstatus [...] und solchen [...] mit vorübergehendem oder subsidiärem Schutz in Frage zu stellen.

(102) Das zweite zur Rechtfertigung der Unterscheidung [...] vorgebrachte Argument bezieht sich darauf, dass vorübergehend aufgenommene Flüchtlinge ihr Land aus freien Stücken verlassen und sich freiwillig von ihrer Familie getrennt hätten, während Flüchtlinge mit Asylstatus zur Flucht gezwungen worden wären. Die Bf bestritten, ihre Herkunftsländer freiwillig verlassen zu haben [...]. Der GH bekräftigt erstens, dass er selbst keine Asylanträge prüft, und zweitens, dass [...] bei der Feststellung, ob ein Vater, dessen Asylantrag später von den Behörden des belangten Staats abgewiesen wurde, sein Kind »aus eigenem Willen« zurückgelassen hat, Vorsicht geboten ist (*El Ghatet/CH*, Rz 48).

(103) Dennoch ist der GH nicht in der Lage, in Frage zu stellen, dass ihre Abreise aus ihren Herkunftsländern und ihre Trennung von ihren Familienmitgliedern unter anderen Umständen erfolgten, als jene von Flüchtlingen, die vor Verfolgung [...] fliehen mussten. Während die Rsp des GH nicht verlangt, bei der Einschätzung, ob ein Staat nach Art 8 EMRK zur Gewährung einer beantragten Familienzusammenführung verpflichtet ist, zu berücksichtigen, unter welchen Umständen das Herkunftsland verlassen wurde und es zur Trennung von den Familienmitgliedern kam,

kann es der GH auch nicht als offensichtlich unsachlich betrachten, dies zu tun. In diesem Kontext erinnert der GH dran, dass er ein absolutes und bedingungsloses Recht auf Familienzusammenführung für Flüchtlinge iSd GFK bislang nicht anerkannt hat. Vielmehr hat er eine Reihe von Elementen dargelegt, die bei der Beurteilung, ob ein Staat nach Art 8 EMRK zur Gewährung der beantragten Familienzusammenführung verpflichtet ist, zu berücksichtigen sind. Der GH bemerkt weiters, dass die GFK keine Bestimmung über die Familienzusammenführung [...] enthält [...].

(104) In Anbetracht der oben in Rz 94–104 dargelegten Überlegungen ist der GH einerseits der Ansicht, dass die Mitgliedstaaten im Hinblick darauf einen gewissen Ermessensspielraum genießen, die Familienzusammenführung im Fall von Flüchtlingen, [...] bei denen die Gründe für den Flüchtlingsstatus erst nachträglich [...] entstanden sind, vom Fehlen eines Angewiesenseins auf Sozialhilfe abhängig zu machen. Andererseits ist dieser Spielraum erheblich enger als jener, der den Mitgliedstaaten in Bezug auf die Einführung von Wartezeiten für die von Personen mit subsidiärem oder vorübergehendem Schutzstatus [...] beantragte Familienzusammenführung zukommt.

(105) [...] Die Situation der besonderen Verletzlichkeit, in der sich Flüchtlinge *sur place* befinden – nämlich die durch die mittlerweile bestehende Verfolgungsgefahr unüberwindbaren Hindernisse für eine Wiedervereinigung mit ihren Familienmitgliedern in ihrem Herkunftsland – muss bei der Anwendung einer Voraussetzung (wie dem fehlenden Angewiesensein auf Sozialhilfe) auf ihren Antrag auf Familienzusammenführung berücksichtigt werden. Der GH erinnert daran, dass Flüchtlinge in den Genuss eines Verfahrens zur Familienzusammenführung kommen müssen, das günstiger ist als jenes für andere Fremde. [...] Unüberwindbare Hindernisse für ein Familienleben im Herkunftsland gewinnen im Lauf der Zeit zunehmend an größerer Bedeutung für die Interessenabwägung. Da die Beurteilung eines fairen Ausgleichs Teil eines Entscheidungsfindungsprozesses sein sollte, der unter anderem die für die Wahrung des Rechts eines Flüchtlings auf Familienleben gebotene Flexibilität sicherstellt, muss die Voraussetzung der Unabhängigkeit von Sozialhilfe als ein Element der umfassenden und individuellen Interessenabwägung mit ausreichender Flexibilität angewendet werden, da die Zeit vergeht und unüberwindbare Hindernisse für ein Familienleben im Herkunftsstaat bestehen bleiben. Angesichts der Wartezeit, die nach schweizerischem Recht bei der Familienzusammenführung zu vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen anzuwenden ist, gilt diese Überlegung ab jenem Zeitpunkt, ab dem eine Familienzusammenführung zu vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen nach dem innerstaatlichen Recht in seiner Auslegung durch

die nationalen Gerichte in Frage kommt.<sup>3</sup> Allgemeiner formuliert bemerkt der GH, dass von Flüchtlingen, einschließlich jenen, deren Furcht vor Verfolgung [...] erst nach ihrer Ausreise aus dem Herkunftsland und in Folge ihrer eigenen Handlungen entstanden ist, nicht verlangt werden sollte, »das Unmögliche zu tun«, um eine Familienzusammenführung gewährt zu bekommen. Insb könnte die völlig unflexible Anwendung der Voraussetzung der Unabhängigkeit von Sozialhilfe im Lauf der Zeit potentiell zu einer dauerhaften Trennung von Familien führen, wenn der im Gaststaat aufhältige Flüchtling nicht in der Lage ist, den Einkommensanforderungen zu entsprechen, und sich daran auch nichts ändern wird.

(106) Der GH ist [...] nicht dazu aufgerufen zu bestimmen, ob und ggf in welchem Umfang diese Überlegungen auch in Szenarien gelten, in denen Flüchtlinge solche Anforderungen erfüllen müssen, weil sie den Antrag auf Familienzusammenführung nicht innerhalb einer bestimmten Frist nach Anerkennung als Asylberechtigte gestellt haben [...]. Das relevante schweizerische Recht trifft keine solche Unterscheidung [...].

(107) Art 74 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE)<sup>4</sup> und die Rsp der innerstaatlichen Gerichte sehen vor, dass bei der Beurteilung, ob die Voraussetzung der Unabhängigkeit von Sozialhilfe erfüllt ist, der besonderen Situation des Flüchtlingsstatus Rechnung zu tragen ist, und dass es im Hinblick auf die Familienzusammenführung als ausreichend angesehen werden muss, wenn ein anerkannter Flüchtling alles unternommen hat, was vernünftigerweise von ihm erwartet werden kann, um ein für sich und seine Familie ausreichendes Einkommen zu erzielen, und er auf dem Arbeitsmarkt wenigstens bereits teilweise Fuß gefasst hat.<sup>5</sup> Im Fall einer vorläufig aufgenommenen Person, die aus gesundheitlichen Gründen arbeitsunfähig war, stellte das BVGer fest, dass der Antragsteller alles ihm Zumutbare getan hatte, um die Abhängigkeit von Sozialhilfe zu vermeiden oder zumindest zu verringern, und ordnete die Gewährung des Familiennachzugs an. Diese Flexibilität bei der Anwendung der Voraussetzung der Unabhängigkeit von Sozialhilfe im Fall von Anträgen vorläufig aufgenommener Flüchtlinge auf Familienzusammenführung entspricht den Anforderungen der EMRK [...].

(108) Zugleich übersieht der GH nicht, dass die Rsp

3 Das BVGer stellte in einem Urteil vom 24.11.2022 (F-2739/2022) die Notwendigkeit einer Änderung der Verwaltungspraxis zur Sicherstellung der Beachtung des Urteils M. A./DK fest. Demnach können die Behörden bei der Anwendung der dreijährigen Wartezeit gemäß Art 85 Abs 7 AIG verpflichtet sein, eine individuelle Prüfung vorzunehmen, sobald sich die effektive Dauer der Wartezeit zwei Jahren nähert.

4 AS 2007 5497.

5 BVGer 26.7.2015, F-2043/2015, Rz 5.2.

der innerstaatlichen Gerichte selbst bei vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen, die zumindest teilweise auf dem Arbeitsmarkt Fuß gefasst haben, für die Gewährung von Familiennachzug verlangt, dass der Betrag, um den das Familieneinkommen unter der Grenze für den Bezug von Sozialhilfe liegt, eine vertretbare Höhe nicht überschreitet und in absehbarer Zeit vermutlich ausgeglichen werden kann.<sup>6</sup> Es ist offenkundig, dass diese Bedingungen die Flexibilität bei der Anwendung der Voraussetzung der Sozialhilfeunabhängigkeit begrenzen, die Teil der umfassenden, individuellen Interessenabwägung ist. Der GH nimmt die Stellungnahme des UNHCR zur Kenntnis, wonach vorläufig aufgenommene Flüchtlinge in der Praxis oft nicht in der Lage waren, die Voraussetzungen für die Familienzusammenführung zu erfüllen [...].

## 2. Zu den individuellen Fällen der Bf

(109) Die Aufgabe des GH besteht im vorliegenden Fall nicht darin, die einschlägige Gesetzgebung des belangten Staats *in abstracto* zu beurteilen, sondern vielmehr darin zu bestimmen, ob die Art und Weise, wie sich diese tatsächlich auf die Bf auswirkte, deren Rechte gemäß Art 8 EMRK verletzte. Der GH wird daher nun prüfen, ob die Anträge der Bf auf Familienzusammenführung von den innerstaatlichen Behörden mit jener Flexibilität behandelt wurden, die erforderlich ist, um ihrem Recht auf Achtung des Familienlebens zu entsprechen, und ob dies eine individuelle Interessenabwägung [...] im Licht der konkreten Situation der betroffenen Personen umfasste. Zu diesem Zweck wird er zunächst die für diese Beurteilung relevanten Elemente der vier Beschwerden rekapitulieren.

### a. Dauer des Aufenthalts der Bf, Status und Bindungen zur Schweiz

(110) Die Bf [...] hatten sich unterschiedlich lang in der Schweiz aufgehalten, als sie den Antrag auf Familienzusammenführung stellten. Dies liegt erstens an den unterschiedlichen Zeitspannen zwischen ihrem Asylantrag und ihrer vorläufigen Aufnahme, die zwischen einem Monat [...] und mehr als zwei Jahren [...] betragen, und zweitens daran, dass die Anträge auf Familiennachzug entweder nach Ablauf der für den Familiennachzug zu vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen geltenden dreijährigen Wartefrist oder bereits vor diesem Zeitpunkt gestellt wurden.

(111) Als das BVGer über die Beschwerden der Bf gegen die Abweisung ihrer Anträge auf Familiennachzug entschied, war die dreijährige Wartefrist in Bsw 13258/18 beinahe abgelaufen und die ErstBf dieses Falls hielt

sich seit mehr als fünf Jahren in der Schweiz auf. In den anderen drei Fällen war die Wartefrist von drei Jahren schon lange vor dem Zeitpunkt der Entscheidung des BVGer abgelaufen. [...]

(112) In allen vier Beschwerden waren die Bf somit erheblich länger in der Schweiz aufhältig, als der Bf in *M. A./DK* und der ZweitBf in *M. T. ua/SE* in den jeweiligen Ländern. Tatsächlich stellte das BVGer in allen vorliegenden Fällen fest, dass die Bf als vorläufig aufgenommene Flüchtlinge angesichts der Tatsache, dass eine Aufhebung ihres rechtlichen Status in absehbarer Zukunft nicht anzunehmen sei, ein faktisches Aufenthaltsrecht hätten, was illustriert, dass der Aufenthalt vorläufig aufgenommener Flüchtlinge im Allgemeinen eher von langer Dauer ist. Dies spricht für die Annahme einer positiven Verpflichtung seitens des belangten Staats, die Familienzusammenführung zu gewähren.

(113) Zusätzlich zur Dauer des Aufenthalts der Bf in der Schweiz beurteilten die innerstaatlichen Behörden auch ihre Bindungen zu diesem Land, wobei sie sich auf die berufliche Integration und ihre Bemühungen um das Erlernen der Amtssprache konzentrierten. Die Ergebnisse variierten bei den einzelnen Bf, wobei der Grad der Integration bei der ErstBf der Bsw 13258/18 und der Bf der Bsw 9078/20, die beide in der Schweiz nie rechtmäßig erwerbstätig waren, als am geringsten beurteilt wurde. Die Einschätzung war etwas positiver [...] im Hinblick auf die Bf der Bsw 15500/18 und 57303/18, die rechtmäßig berufstätig waren [...]. In allen vier Fällen hatten sich die Familienmitglieder, deren Nachzug beantragt wurde, nie in der Schweiz aufgehalten und abgesehen von ihren dort [...] lebenden Angehörigen keine Bindungen zu diesem Land.

### b. Zeitpunkt der Begründung des Familienlebens

(114) In allen vier Fällen hatten die [...] Bf seit langem ein Familienleben mit ihren im Ausland lebenden Familienmitgliedern [...], was ebenfalls dafür spricht, eine positive Verpflichtung seitens des belangten Staats anzunehmen, den Familiennachzug zu gestatten. Auch wenn es für die vorliegende Rechtssache nicht relevant ist, möchte der GH an dieser Stelle betonen, dass [...] es keine Rechtfertigung dafür gibt, Flüchtlinge, die nach der Flucht geheiratet haben, im Hinblick auf einen Anspruch auf Nachzug zu dem im Gaststaat als Flüchtling anerkannten Ehepartner bzw der Ehepartnerin anders zu behandeln als jene, die bereits vor der Flucht verheiratet waren.

### c. Möglichkeit, das Familienleben anderswo zu führen

(115) [...] Die schweizerischen Behörden anerkannten die in der Schweiz aufhältigen Bf als Flüchtlinge iSd GFK, weil sie Gefahr liefen, im Fall einer Rückkehr in

<sup>6</sup> BVGer 26.7.2015, F-2043/2015, Rz 5.2.

ihre Herkunftsländer misshandelt zu werden. Folglich stehen einem Zusammenleben [...] in den Herkunftsländern [...] unüberwindbare Hindernisse entgegen.

(116) Da sich die Familienmitglieder, deren Nachzug beantragt wurde, [...] in Drittstaaten aufhalten, vertrat die Regierung [...] die Ansicht, diese könnten in diesen Ländern bleiben und dort von den in der Schweiz lebenden Bf zumindest besucht werden [...]. [...]

(117) In Fällen, die den begehrten Nachzug von Familienmitgliedern betrafen, die [...] sich als Flüchtlinge in einem Drittstaat aufhielten [...] stellte der GH fest, [...] dass der Nachzug [...] in den belangten Staat der einzige Weg zu einer Wiederaufnahme des Familienlebens war. [...] Er betonte, dass »die Familieneinheit ein grundlegendes Recht von Flüchtlingen [sei] und die Familienzusammenführung ein wesentliches Element, um vor Verfolgung geflohenen Personen die Wiederaufnahme eines normalen Lebens zu ermöglichen« (*Tanda-Muzinga/FR*, Rz 74 f; *Mugenzi/FR*, Rz 53 f).

(118) Unter den Umständen des vorliegenden Falls bekräftigen die folgenden Überlegungen hinsichtlich der Gelegenheit der Familien, in den jeweiligen Drittstaaten zu leben – oder ihres Fehlens – die Feststellung, dass der beantragte Nachzug der Familienangehörigen der Bf [...] in die Schweiz der einzige Weg zur Wiederaufnahme eines Familienlebens ist. Auch dies spricht für die Annahme einer positiven Verpflichtung des belangten Staats, den Familiennachzug zu gewähren.

Selbst wenn Tibetern keine Abschiebung aus Indien nach China drohen würde [...] und die Frage, welchen Einschränkungen die Frau und die Kinder des Bf der Bsw 15500/18 bei der Ausübung bestimmter Rechte in Indien unterliegen, nicht umstritten wäre, hat Indien die GFK und das Protokoll von 1967 nicht ratifiziert. Zudem wurde das Vorbringen des Bf, wonach der Aufenthalt seiner Frau und seiner Kinder in Indien rechtswidrig sei und er sich selbst ebenfalls nicht rechtmäßig aufhalten könne [...], von der Regierung nicht entkräftet.

Die ZweitBf der Bsw 13258/18 und die Tochter der Bf der Bsw 57303/18 sind beide im Sudan. Auch wenn sie dort vielleicht um Asyl ersuchen und ihren Aufenthalt legalisieren könnten, bestritt die Regierung nicht, dass die ErstBf der Bsw 13258/18 und die Bf der Bsw 57303/18 sich nicht rechtmäßig im Sudan niederlassen könnten.

Das BVGer befasste sich in Bsw 9078/20 nicht mit dem Vorbringen der Bf, wonach ihre Kinder in Äthiopien nicht außerhalb eines Flüchtlingslagers leben dürften. Die Regierung äußerte sich auch nicht zu ihrer Behauptung, die Familie könne dort nicht leben [...].

#### d. Das Wohl der Kinder

(119) Während das Kindeswohl keine »Trumpfkarte« sein kann, die eine Aufnahme aller Kinder verlangt, denen es in einem Konventionsstaat besser gehen

würde, müssen die innerstaatlichen Gerichte das Kindeswohl in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen stellen und ihm wesentliche Bedeutung einräumen. [...]

(120) Es ist nicht Aufgabe des GH, die Rolle der zuständigen Behörden bei der Bestimmung der Interessen des Kindes einzunehmen, sondern sich zu vergewissern, ob die innerstaatlichen Gerichte die Garantien des Art 8 EMRK gewährleisteten, insb durch die Berücksichtigung des Kindeswohls, was sich ausreichend in ihrer Begründung widerspiegeln muss. Allerdings kann der GH nicht übersehen, dass in den innerstaatlichen Verfahren entweder von den Behörden festgestellt oder angenommen (Bsw 13258/18 und 9078/20) oder von den Bf vorgebracht und von den Behörden nicht bestritten (Bsw 57303/18) wurde, dass der zweite Elternteil des Kindes in diesen Fällen vermisst wurde oder tot war. Da sich das BVGer mit diesem spezifischen Aspekt nicht befasst hat und keine Hinweise auf das Gegenteil vorliegen, geht der GH davon aus, dass es unabhängig davon, ob die Kinder in den Drittstaaten bei anderen Verwandten leben oder dort in einer Pflegefamilie untergebracht werden könnten, ihren besten Interessen zu entsprechen scheint, mit ihrem einzigen Elternteil vereint zu werden, der in der Schweiz lebt. [...] Zudem scheint es auch dem Wohl der Kinder der Bsw 15500/18 zu entsprechen, die zum Zeitpunkt der Abweisung der Beschwerde des Bf durch das BVGer noch minderjährig waren und sich mit ihrer Mutter (der Frau des Bf) in Indien aufhalten, [...] mit beiden Elternteilen in der Schweiz zu leben. Diese Überlegungen sprechen für die Feststellung einer positiven Verpflichtung seitens des belangten Staats, die Familienzusammenführung zu gewähren.

(121) Es stimmt, dass die ZweitBf in Bsw 13258/18 und die Tochter der Bf in Bsw 57303/18 zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVGer [...] ein Alter erreicht hatten, in dem sie zunehmend unabhängig wurden. Die ZweitBf in Bsw 13258/18 war damals 16 Jahre alt, die Tochter der Bf in Bsw 57303/18 beinahe 18. Die Mädchen waren allerdings erst 14 (Bsw 57303/18) bzw 15 (Bsw 13258/18) Jahre alt, als ihre Mütter den Familiennachzug beantragten. Wie der GH zudem feststellt, dauerte das Asylverfahren der ErstBf in Bsw 13258/18 mehr als zwei Jahre. Das Verfahren über den Familiennachzug wurde rund drei Jahre später abgeschlossen und dies fiel mit der Vollenendung der dreijährigen Wartefrist für den Familiennachzug zu vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen zusammen, die von den Bf nicht abgewartet worden war, ehe sie den Antrag stellten. In Bsw 57303/18 stellte die Bf den [...] Antrag auf Familiennachzug nach Ablauf der [...] Wartefrist. Das Verfahren wurde dreieinhalb Jahre später abgeschlossen. Die gesetzliche Wartefrist von drei Jahren, die erst mit dem Zeitpunkt der [...] vorläufigen Aufnahme als Flüchtling zu laufen beginnt [...] führt dazu, dass eine mehrjährige Trennung von Familien vor der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung

über ihren Antrag auf Familiennachzug unvermeidbar ist, insb wenn sie den Ablauf der Frist abwarten, bevor sie den Antrag stellen. Kinder werden in der Zwischenzeit unvermeidbarerweise älter und unter diesen Umständen kann der Tatsache, dass die Kinder in den Bsw 13258/18 und 57303/18 – die jahrelang von ihrem einzigen überlebenden Elternteil getrennt waren – im Zeitpunkt der endgültigen [...] Entscheidung im Familiennachzugsverfahren ein Alter erreicht hatten, in dem sie zunehmend selbständig waren, nach Ansicht des GH nur sehr beschränktes Gewicht beigemessen werden.

[...] Dasselbe gilt [...] im Hinblick auf die ältere Tochter der Bf in Bsw 9078/20, die minderjährig war, als der Antrag auf Familiennachzug gestellt wurde, und eine junge Erwachsene, als das Verfahren mehr als fünf Jahre später abgeschlossen wurde. [...]

(122) Zudem kann nicht übergangen werden, dass die ZweitBf in Bsw 13258/18 eine unbegleitete Minderjährige im Sudan war, was sie ohne Zweifel verletzlich machte. Zweitens müssen ihre gesundheitlichen Probleme, selbst wenn deren Schwere [...] umstritten ist, berücksichtigt werden. Drittens wurde von den zuständigen schweizerischen Behörden anerkannt, dass die ErstBf dieser Bsw aus gesundheitlichen Gründen arbeitsunfähig ist. [...] Die Bf der Bsw 13258/18 haben somit nach Ansicht des GH gezeigt, dass sie besonders auf einander angewiesen sind und die Trennung besondere Schwierigkeiten mit sich brachte.

(123) Ohne zu übersehen, dass im innerstaatlichen Verfahren nicht geklärt werden konnte, ob die Tochter der Bf in Bsw 57303/18 zum Zeitpunkt des Urteils des BVGer eine unbegleitete Minderjährige war, und dass sie bereits erwachsen war, als die Beschwerde an den GH erhoben wurde, nimmt der GH das Vorbringen der Bf zur Kenntnis, wonach die Lebensbedingungen ihrer Tochter als Mädchen, das als Flüchtling im Sudan lebt, prekär seien, was die sich aus der Trennung von der Bf ergebenden Schwierigkeiten illustrierte.

(124) Was die besondere Abhängigkeit von einander und die besonderen Schwierigkeiten aufgrund der Trennung betrifft, nimmt der GH das unbestrittene Vorbringen der Bf in Bsw 9078/20 zur Kenntnis, wonach es ihren Kindern nicht erlaubt sei, das Flüchtlingslager Adi-Harush in Äthiopien zu verlassen, die dortigen Lebensbedingungen schwierig seien und die anderen Familienmitglieder das Lager inzwischen verlassen hätten. Ebenso unbestritten sind die gesundheitlichen Probleme, unter denen die Bf selbst leidet.

(125) In Bsw 15500/18 wurde die besondere Abhängigkeit der Frau und der Kinder des Bf von diesem durch das [...] unbestrittene Vorbringen belegt, dass diese zur Gänze von seinem in der Schweiz erzielten Einkommen abhingen und er jedes Monat CHF 800,- bis 1.000,- an sie überwies.

*e. Die Voraussetzung der Unabhängigkeit von Sozialhilfe*

(126) Die innerstaatlichen Behörden stützten ihre Entscheidungen, mit denen die Anträge der Bf auf Familienzusammenführung abgewiesen wurden, auf die Feststellung, dass die Bf nicht finanziell unabhängig wären, wenn ihren Familienmitgliedern der Nachzug in die Schweiz gestattet würde. [...] Der GH bekräftigt, dass die Voraussetzung der Unabhängigkeit von Sozialhilfe mit ausreichender Flexibilität angewendet werden muss [...] und trifft im Hinblick auf die unterschiedlichen vorliegenden Fälle folgende Feststellungen.

*i. Bsw 15500/18*

(127) Der Bf in Bsw 15500/18 war zur Zeit seines [...] Antrags auf Familienzusammenführung und auch in weiterer Folge ganztags berufstätig. Dennoch stellten die innerstaatlichen Behörden fest, er würde die Einkommenserfordernisse für seine vierköpfige Familie nicht erfüllen können [...]. Das BVGer entschied drei Jahre nach dem Antrag und sieben Jahre nach der vorläufigen Aufnahme des Bf als Flüchtling [...] über seine Beschwerde im Familiennachzugsverfahren. Unter diesen Umständen muss der GH feststellen, dass der Bf, der selbst seit Jahren in den Arbeitsmarkt integriert war, alles ihm Zumutbare getan hat, um ein für sich und seine Familie ausreichendes Einkommen zu erzielen.

(128) Der GH ist angesichts der obigen Überlegungen [...] ungeachtet ihres Ermessensspielraums nicht davon überzeugt, dass die Behörden [...] bei der Anwendung der Voraussetzung der Sozialhilfeunabhängigkeit einen gerechten Ausgleich trafen zwischen dem Interesse des Bf an einer Wiedervereinigung mit seiner Ehefrau und seinen Kindern in der Schweiz auf der einen Seite und dem Interesse der Gemeinschaft insgesamt an der Einwanderungskontrolle zum Schutz des wirtschaftlichen Wohls des Landes auf der anderen Seite. Folglich hat eine **Verletzung von Art 8 EMRK** stattgefunden (einstimmig).

*ii. Bsw 57303/18*

(129) Das BVGer nahm zur Kenntnis, dass die Bf der Bsw 57303/18 eine Teilzeitbeschäftigung (auf 50 %-Basis) aufgenommen hatte, während ihr Antrag auf Familiennachzug vor den Behörden anhängig war, stellte aber fest, dass sie weitgehend auf Sozialhilfe angewiesen blieb und aller Voraussicht nach nicht in der Lage sein würde, in absehbarer Zeit finanziell unabhängig zu werden, insb weil sie als alleinerziehende Mutter drei Kinder großzog und kein hohes Einkommen hatte. Der GH stimmt insofern zu, als es für einen alleinerziehenden Elternteil mit drei minderjährigen Kindern tatsächlich schwierig ist, ganztags zu arbeiten. Indem die Bf einer Teilzeitbeschäftigung (auf 50 %-Basis) nachging, hat sie nach Ansicht des GH alles getan, was von ihr vernünftigerweise erwartet werden konnte, um für sich

selbst und ihre Kinder aufzukommen. Angesichts ihres Gehalts erscheint es unwahrscheinlich, dass sie das für den Unterhalt einer fünfköpfigen Familie ohne Rückgriff auf Sozialhilfe erforderliche Einkommen verdienen kann. Unter diesen Umständen stellt die Voraussetzung der Sozialhilfeunabhängigkeit, wenn sie ohne Flexibilität gehandhabt wird, im Fall der Bf und ihrer Tochter X. ein dauerhaftes Hindernis für die Familienzusammenführung dar, obwohl sie alles getan hat, was ihr unter den gegebenen Umständen zumutbar war.

(130) Daher ist der GH unter Berücksichtigung aller oben zu dieser Beschwerde angestellten Überlegungen ungeachtet des diesen zukommenden Ermessensspielraums nicht davon überzeugt, dass die Behörden des belangten Staats bei der Anwendung der Voraussetzung der Sozialhilfeunabhängigkeit einen fairen Ausgleich [...] getroffen haben. Folglich hat eine **Verletzung von Art 8 EMRK** stattgefunden (einstimmig).

iii. Bsw 13258/18

(131) Die Situation in Bsw 13258/18 unterscheidet sich insofern von den beiden oben genannten Beschwerden, als die ErstBf [...] in der Schweiz nie erwerbstätig war. [...] Nach Abschluss des Familiennachzugsverfahrens wurde sie von den zuständigen schweizerischen Behörden als vollständig erwerbsunfähig anerkannt. Sie brachte daher vor, dass sie nicht aus eigenem Verschulden auf Sozialhilfe angewiesen sei und die Voraussetzung der Sozialhilfeunabhängigkeit in ihrem Fall ein dauerhaftes Hindernis für eine Wiedervereinigung mit ihrer Tochter darstelle. [...] Der GH ist nicht davon überzeugt, dass das BVGer [...] ausreichend geprüft hat, ob es der Bf angesichts ihres Gesundheitszustands möglich wäre, zumindest in einem gewissen Umfang zu arbeiten, und ob folglich die Voraussetzung der Sozialhilfeunabhängigkeit angesichts ihres Gesundheitszustands flexibel anzuwenden sei [...].

(132) Daher und unter Berücksichtigung aller oben zu dieser Bsw dargelegten Überlegungen ist der GH ungeachtet des diesen zukommenden Ermessensspielraums nicht davon überzeugt, dass die Behörden des belangten Staats bei der Anwendung der Voraussetzung der Sozialhilfeunabhängigkeit einen fairen Ausgleich [...] getroffen haben. Folglich hat eine **Verletzung von Art 8 EMRK** stattgefunden (einstimmig).

iv. Bsw 9078/20

(133) Die Situation der Bf der Bsw 9078/20 ähnelt insofern jener der ErstBf der Bsw 13258/18, als sie ebenfalls nie in der Schweiz erwerbstätig war und gleichermaßen einen schlechten Gesundheitszustand behauptete. In diesem Fall unternahm das BVGer allerdings Schritte zur Beurteilung ihrer Gesundheit und stellte anhand ärztlicher Atteste fest, dass ihre Arbeitsfähigkeit durch gesundheitliche Probleme eingeschränkt war, sie jedoch zumindest Teilzeit arbeiten könnte. Damit zeigte das BVGer, dass es die Voraussetzung der Sozialhilfeun-

hängigkeit im Fall dieser Bf insofern flexibel anwenden konnte, als es für die Bf ausreichend sein könnte nachzuweisen, dass sie die ihr zumutbaren Schritte gesetzt hat, um zumindest eine Teilzeitbeschäftigung zu finden und damit ihre Abhängigkeit von Sozialhilfe zu verringern. Das BVGer kam jedoch zu dem Schluss, dass die Bf überhaupt keine Bemühungen unternommen hatte, um eine solche Beschäftigung zu finden. Unter diesen Umständen kann der GH nicht zum Ergebnis gelangen, das BVGer hätte [...] seinen Ermessensspielraum überschritten. Daraus folgt, dass **keine Verletzung von Art 8 EMRK** stattgefunden hat (einstimmig).

### 3. Schlussfolgerung

(134) In den Bsw 15500/18, 57303/18 und 13258/18 hat eine Verletzung von Art 8 EMRK durch die Verweigerung der von den Bf beantragten Familienzusammenführung stattgefunden. In Bsw 9078/20 hat diese Verweigerung keine Verletzung von Art 8 EMRK begründet.

## IV. Zur behaupteten Verletzung von Art 8 EMRK durch die Dauer des Verfahrens

(135) Die Bf der Bsw 15500/18, 57303/18 und 9078/20 brachten vor, die Dauer des Verfahrens über den Familiennachzug hätte nicht den Anforderungen des Art 8 EMRK entsprochen, solche Anträge rasch zu behandeln.

### 1. Zu den Bsw 15500/18 und 57303/18

(136) Angesichts seiner Feststellungen [...], wonach die Verweigerung des [...] Familiennachzugs eine Verletzung von Art 8 EMRK begründete, erachtet es der GH nicht als notwendig, gesondert zu prüfen, ob die Dauer des Verfahrens [...] der Anforderung einer raschen Erledigung derartiger Anträge widersprach (einstimmig).

### 2. Zur Bsw 9078/20

(137) Im Gegensatz dazu muss der GH angesichts seiner Feststellung, wonach die Verweigerung des Familiennachzugs in Bsw 9078/20 keine Verletzung von Art 8 EMRK begründete (siehe oben Rz 133f) prüfen, ob die Dauer des Familiennachzugsverfahrens in diesem Fall diese Bestimmung verletzt hat.

(141) Während die sich auf die Behandlung von Anträgen auf Familienzusammenführung beziehenden prozeduralen Anforderungen auch verlangen, dass der Entscheidungsfindungsprozess die Flexibilität, Raschheit und Effizienz gewährleisten muss, um mit dem Recht der Bf auf Achtung des Familienlebens vereinbar zu sein, erinnert der GH daran, dass in diesem Kontext ein Ermessensspielraum gilt.

(142) [...] Das SEM erließ seine Entscheidung rund drei

Jahre und vier Monate nachdem die Bf ihren Antrag auf Familiennachzug gestellt hatte. Die Dauer dieses Verfahrens war offenbar zum Teil auf die gesetzliche Wartezeit von drei Jahren zurückzuführen, die neun Monate vorher abgelaufen war, und zum Teil auf die Zeit, welche die Bf benötigte, um angeforderte weitere Unterlagen vorzulegen. [...]

(143) Während die Gesamtdauer des Familiennachzugsverfahrens als solche Besorgnis [...] erregt, kann der GH angesichts der oben genannten Umstände des gegenständlichen Falls und des dem Staat zustehenden Ermessensspielraums nicht zum Schluss gelangen, dass es die innerstaatlichen Behörden verabsäumten, den prozeduralen Anforderungen [...] zu entsprechen.

(144) Folglich hat die Dauer des Verfahrens [...] **keine Verletzung von Art 8 EMRK** begründet (einstimmig).

#### **V. Zur behaupteten Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK**

(145) Die ErstBf der Bsw 13258/18 und die Bf der Bsw 15500/18 und 57303/18 brachten auch vor, die Ablehnung ihrer Anträge auf Familiennachzug habe gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK verstoßen.

(146) Angesichts seiner Begründung und seiner Feststellungen zu Art 8 EMRK [...] sieht der GH keine Notwendigkeit, die Vorbringen der Bf unter Art 14 iVm Art 8 EMRK gesondert zu prüfen (einstimmig).

#### **VI. Entschädigung nach Art 41 EMRK**

Je € 5.125,- an jede der Bf der Bsw 13258/18 und € 15.375,- an den Bf der Bsw 15500/18 für immateriellen Schaden; € 15.325,- an die Bf der Bsw 13258/18 gemeinsam und € 10.788,- an den Bf der Bsw 15500/18 für Kosten und Auslagen (einstimmig).