Stephanie Motz[1]

Das Recht auf Familienleben von vorläufig aufgenommenen Personen

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen *M.P.E.V. gegen die Schweiz* (Beschwerde-Nr. 3910/13)

1. Einleitung

In dem Urteil in der Rechtssache *M.P.E.V. gegen die Schweiz* hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die Schweiz wegen einer Verletzung des Rechts auf Privat- und Familienleben einer ecuadorianischen Familie, die aus dem (getrennt lebenden) Ehemann, der Ehefrau und deren gemeinsamer Tochter bestand, unter Art. 8 EMRK verurteilt. Die Umstände des Falles und die Erwägungen des EGMR beleuchten Probleme in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 EMRK, die durch ihre Rigidität in gewissen Fällen eine Einzelfallprüfung verhindern und zu EMRK-widrigen Resultaten führen kann. Dieser Beitrag legt zunächst den Hintergrund des Verfahrens in *M.P.E.V.* dar und untersucht dann ausgewählte Aspekte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Lichte der Praxis des EGMR zu Art. 8 EMRK.

2. Das Verfahren in M.P.E.V. gegen die Schweiz[2]

2.1. Sachverhalt

Das Verfahren betraf ein getrennt lebendes ecuadorianisches Ehepaar (den ersten Beschwerdeführer und seine Frau), deren gemeinsame im Jahr 1998 geborene Tochter, sowie die inzwischen volljährige Tochter der Ehefrau und Stieftochter des Beschwerdeführers. Die Familie hatte zwischen 1995 und 1999 mehrfach und erfolglos in der Schweiz um Asyl nachgesucht. Im Januar 2002 reisten sie erneut in die Schweiz ein und stellten ein Asylgesuch. Das damalige Bundesamt für Flüchtlinge trat mangels neuer wesentlicher Ereignisse seit des früheren erfolglosen Durchlaufens des schweizerischen Asylverfahrens gestützt auf Art. 32 Abs. 2 lit. e aAsylG nicht auf die Asylgesuche ein. Es dauerte über fünfeinhalb Jahre, bis die dagegen erhobene Beschwerde im Oktober 2007 vom Bundesverwaltungsgericht gestützt auf eingereichte Berichte aus Ecuador, die u. A. eine post-traumatische Belastungsstörung belegten, gutgeheissen und an das Bundesamt für Migration (BFM) zurückgewiesen wurde.[3]

Zwischen 2005 und 2009 wurde der Beschwerdeführer viermal straffällig. Im März 2005 wurde er wegen Hehlerei zu einer bedingten Freiheitsstrafe von drei Monaten und einer Busse von CHF 2000 verurteilt, im Oktober 2007 wurde er wegen Fahrens ohne Ausweis zu 80 Stunden Gemeinschaftsarbeit verurteilt, im April 2008 wurde er wegen versuchten Diebstahls von Parfum in einem Einkaufszentrum zu 120 Stunden Gemeinschaftsarbeit verurteilt, und im April 2009 wurde er erneut wegen Hehlerei zu einer neunmonatigen bedingten Freiheitsstrafe und einer Busse von CHF 1000 verurteilt.

Im Mai 2009 trennte sich die Frau des Beschwerdeführers von diesem. Es wurde jedoch eine grosszügige Besuchsregelung für die gemeinsame Tochter festgelegt, die dem Beschwerdeführer erlaubte, seine minderjährige Tochter jeden Mittwoch, jedes zweite Wochenende sowie während der Hälfte der Ferien zu sehen. Mit Verfügung vom 27. Oktober 2009 wurde die damals über zwanzigjährige Stieftochter des Beschwerdeführers vorläufig aufgenommen; diese wurde später (im September 2012) eingebürgert. Die Asylgesuche der übrigen Familie wurden im März 2012, mithin über zehn Jahre nach Asylgesuchstellung, vom BFM abgewiesen.

Gegen die Verfügung des BFM erhob der Beschwerdeführer zusammen mit seiner getrennten Frau und der gemeinsamen Tochter Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Das Bundesverwaltungsgericht befand jedoch, dass Art. 8 EMRK nach der Trennung des Ehepaares keine Anwendung mehr finde und beurteilte die Beschwerden der Mutter und der minderjährigen Tochter getrennt von derjenigen des Beschwerdeführers.[4] Für die Mutter und Tochter befand das Bundesverwaltungsgericht den Wegweisungsvollzug aufgrund der fortgeschrittenen Verwurzelung der eingeschulten Tochter während des über zehnjährigen Verfahrens unzumutbar und diese wurden in der Folge vorläufig aufgenommen. Hingegen wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde des Vaters mit der Begründung ab, dass ihm die vorläufige Aufnahme gestützt auf Art. 83 Abs. 7 AuG wegen dessen Straffälligkeit ohnehin verweigert würde, selbst wenn der Wegweisungsvollzug für diesen aufgrund des schlechten psychischen Zustands unzumutbar sein sollte.

Der Beschwerdeführer gelangte in der Folge zusammen mit seiner Frau, seiner Tochter und seiner Stieftochter an den EGMR und machte eine Verletzung des Rechts auf Familienleben aller Beschwerdeführenden sowie eine Verletzung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 i.V.m. Art. 8 EMRK geltend.

[1] Doktorandin an der Universität Luzern und Barrister bei der Advokatur Kanonengasse in Zürich.

[2] EGMR, *M.P.E.V. gg. die Schweiz,* Beschwerde-Nr. 3910/13, Urteil vom 8. Juli 2014.

[3] Siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-6926/2006 vom 24. Oktober 2007.

[4] Siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-2062/2012 vom 7. September 2012 E. 6, wo es sich auf die Rechtsprechung der Asylrekurskommission stützt (insb. EMARK 2004/12 E. 7).

2.2. Urteilsbegründung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

In seinem Urteil vom 8. Juli 2014 stellte der EGMR einstimmig eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest. Angesichts seiner Erwägungen zu Art. 8 EMRK sah es der EGMR nicht als notwendig an, sich zu einer mögliche Verletzung von Art. 13 i.V.m. Art. 8 EMRK zu äussern.[5]

Zunächst befasste sich der Gerichtshof mit der Zulässigkeit der Beschwerde und der Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsmittel. Von Seiten der Schweizer Regierung war vorgebracht worden, dass die Beschwerdeführenden zunächst noch an das Bundesgericht hätten gelangen müssen. Dabei wurde unter Bezugnahme auf bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Familiennachzug argumentiert, dass Art. 83 lit. c Ziff 2 BGG zum Beschwerderecht in ausländerrechtlichen Angelegenheiten, auf die das Völker- oder Bundesrecht einen Anspruch einräumt, Vorrang vor Art. 83 lit. c Ziff. 3 BGG habe, welcher das Beschwerderecht gegen ausländerrechtliche Entscheide zur vorläufigen Aufnahme ausschliesst.[6] Diese Argumentation vermochte den EGMR nicht zu überzeugen.

Der Gerichtshof berücksichtigte dabei einerseits die fehlende Rechtsmittelbelehrung im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, welches sein Urteil ausdrücklich als endgültig erklärt hatte.[7] Andererseits deutete gemäss EGMR der Wortlaut von Art. 83 lit. c Ziff. 3 BBG zur vorläufigen Aufnahme klar darauf hin, dass eine Beschwerde an das Bundesgericht von Gesetzes wegen ausgeschlossen gewesen wäre. Das von der Schweizer Regierung zitierte Urteil des Bundesgerichts bezog sich nicht auf die Anwendbarkeit von Art. 83 lit. c Ziff. 3 BGG und änderte daher nichts an der Einschätzung des EGMR.[8]

Zur Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK hielt der EGMR fest, dass die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner minderjährigen Tochter Familienleben i.S.v. Art. 8 Ziff. 1 EMRK darstellte. Auch die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner getrennten aber nicht geschiedenen Frau, mit der er in regelmässigem Kontakt stand und die ihn in seiner psychischen Krankheit stark unterstützte, fiel nach Einschätzung des Gerichtshofs in den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, wobei der Gerichtshof nicht genauer darlegte, ob dies Familien- oder Privatleben sei.[9] Schliesslich befand der EGMR, dass die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner volljährigen Stieftochter sowie deren inzwischen geborener Tochter kein hinreichend enges Abhängigkeitsverhältnis darstellte, das in den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK fallen würde. Die Beschwerde der (dritten) Beschwerdeführerin war daher unzulässig *ratione materiae*.[10]

Hauptstreitpunkt war die Verhältnismässigkeit der Wegweisung des Beschwerdeführers unter Berücksichtigung der *Üner*-Kriterien.[11] Die Straffälligkeit des Beschwerdeführers war gemäss Gerichtshof von moderater Schwere, was sich aus dem relativ milden Höchststrafmass von neun Monaten Freiheitsstrafe und der Straflosigkeit seit 2009 ergab.[12] Zudem mass der EGMR der über zehn jährigen Dauer des Asylverfahrens Gewicht bei.[13] Bezüglich der gesundheitlichen Situation stützte sich der Gerichtshof auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, welches festgehalten hatte, dass die gesundheitliche Situation des Beschwerdeführers besorgniserregend sei und sein Arzt festgestellt habe, dass eine Rückkehr nach Ecuador ganz unabhängig von der dortigen medizinischen Versorgung die Gesundheit des Beschwerdeführers aufs Spiel setzen würde.[14] Zudem berücksichtigte der Gerichtshof die familiäre Situation des Beschwerdeführers und die Tatsache, dass seine getrennte Frau ihn weiterhin in der Bewältigung und dem Umgang mit seiner Krankheit unterstützte. Schliesslich befand der Gerichtshof, dass der Beschwerdeführer aktiv in die Erziehung seiner minderjährigen Tochter eingebunden sei, was sich an der grosszügigen Besuchsregelung zeigte.[15]

Der EGMR betonte, dass das Bundesverwaltungsgericht es gänzlich unterlassen hatte, das Kindeswohl zu berücksichtigen, obschon gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts klar gewesen war, dass eine Trennung von Vater und Tochter zu erwarten war. Der EGMR befand, dass der Beschwerdeführer und seine minderjährige Tochter ein gegenseitiges Interesse daran hatten, in engem persönlichen Kontakt zu bleiben und nahm ausdrücklich Bezug auf Art. 3 KRK, welcher gemäss Rechtsprechung des EGMR unter Art. 8 EMRK berücksichtigt werden muss. Der EGMR stellte daher im Falle einer Wegweisung eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest.[16]

---

[5] *M.P.E.V.*, § 62.

[6] Die Argumentation stützte sich auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_639/2012 vom 13. Februar 2013 betreffend Familiennachzug.

[7] *M.P.E.V.*, § 26.

[8] Es ist nicht das erste Mal, dass die Schweizer Regierung dieses Argument vergeblich vorbringt, siehe auch *Polidario gg. Schweiz*, Beschwerde-Nr. 33169/10, Urteil vom 30. Juli 2013, § 47, im Zusammenhang mit der Verweigerung einer Härtefallbewilligung durch das BFM. Solange das Bundesgericht diese Frage jedoch nicht für asylrechtliche Fälle klärt, bzw. das Bundesverwaltungsgericht sich weiterhin in solchen Urteilen als letzte Instanz erachtet, kann aus Sicht des EGMR Beschwerdeführern kein Vorwurf gemacht werden, den Rechtsweg an das Bundesgericht nicht erschöpft zu haben (was auch die Gefahr des zwischenzeitlichen Fristenablaufs für die EGMR-Beschwerde bergen würde).

[9] *M.P.E.V.*, §§ 33-34.

[10] *M.P.E.V.*, §§ 36-37.

[11] Vgl. EGMR, *Üner gg. Niederlande* (GK), Beschwerde-Nr. 46410/99, Urteil vom 18. Oktober 2006, §§ 57-58.

[12] *M.P.E.V.*, §§ 54, 58.

[13] *M.P.E.V.*, § 55.

[14] *M.P.E.V.*, § 56.

[15] *M.P.E.V.*, §§ 56-57.

[16] *M.P.E.V.*, § 58.

3. Mögliche Auswirkungen des Urteils auf die schweizerische Rechtsprechung

Im Folgenden wird darauf eingegangen, inwiefern das Urteil des EGMR in *M.P.E.V.* sich über den Fall hinaus auf die schweizerische Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK auswirken könnte.[17] Die Konstellation in *M.P.E.V.* weist zwar gewisse Besonderheiten auf, wie beispielsweise die über zehnjährige Dauer des Asylverfahrens, generell berührt das Urteil aber vor allem regelmässig auftretende Sachverhaltselemente, wie die Vater-Kind-Beziehung und die Bedeutung einer Berücksichtigung des Kindeswohls in der Verhältnismässigkeitsprüfung. Letzteres war im nationalen Verfahren gänzlich unberücksichtigt geblieben, da das Bundesverwaltungsgericht die Vater-Kind-Beziehung nach der Trennung der Eltern nicht als Familienleben i.S.v. Art. 8 EMRK erachtet hatte. Das Urteil ist daher für die hiesige Praxis zu Art. 8 EMRK über den Fall hinaus von Bedeutung.

Art. 8 EMRK wird häufig in ausländerrechtlichen Verfahren angerufen. Dies insbesondere dann, wenn Ausländer in die Schweiz einreisen möchten, um bei Familienangehörigen zu verbleiben, oder wenn die Bewilligung eines Ausländers widerrufen wird und der Widerruf in dessen private oder familiäre Bindungen zur Schweiz eingreift.[18] Zudem gelangt Art. 8 EMRK aber auch in Asylverfahren wie z.B. in *M.P.E.V.* zur Anwendung.[19] Während die Bewilligungserteilung bzw. Verlängerung im pflichtgemässen Ermessen der Behörden liegt,[20] muss eine Bewilligung erteilt bzw. verlängert werden, wenn ein gesetzlicher oder völkerrechtlicher Anspruch besteht.[21]

Im Zusammenhang mit der Frage des völkerrechtlichen Anspruchs nach Art. 8 EMRK hat das Bundesgericht eine Reihe von Kriterien entwickelt, die einen solchen Anspruch begründen. Dabei wird vorfrageweise geprüft, ob der sich in der Schweiz aufhaltende Angehörige über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt und ob er eine hinreichend enge Beziehung zu einem Familienmitglied bzw. zur Schweiz hat.[22] Nur wenn diese Anspruchsvoraussetzungen kumulativ erfüllt sind, wird der angefochtene Entscheid nach Massgabe von Art. 8 EMRK geprüft. Diese Anspruchsvoraussetzungen werden nachfolgend genauer im Licht des EGMR-Urteils in *M.P.E.V.* untersucht.

3.1. Gefestigtes Anwesenheitsrecht als Anspruchsvoraussetzung

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein gefestigtes Anwesenheitsrecht dann gegeben, wenn die Person Schweizer Bürger ist oder über die Niederlassungsbewilligung oder Aufenthaltsbewilligung verfügt, die selbst auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht.[23] Zudem hat das Bundesgericht ein «faktisches Anwesenheitsrecht» in Fällen anerkannt, die in den kombinierten Schutzbereich von Privat- und Familienleben gemäss Art. 8 EMRK fallen. Bei einer Anwesenheitsberechtigung, die über viele Jahre hinweg verlängert wurde und zu einem Dauerstatus geführt hat, kann dem Betroffenen ein solches «faktisches Anwesenheitsrecht» zukommen.[24] Jedoch hat das Bundesgericht betont, dass die rein faktische Anwesenheit, beispielsweise während eines mehrjährigen Asylverfahrens oder Rechtsmittelverfahrens bezüglich Widerruf der Aufenthaltsbewilligung, nicht ausreicht, um ein «faktisches Anwesenheitsrecht» zu begründen.[25] Vielmehr müsste darüber hinaus eine besonders intensive, über eine übliche Integration hinausgehende private Bindung gesellschaftlicher oder beruflicher Natur bzw. eine vertiefte soziale Beziehung zum ausserfamiliären oder ausserhäuslichen Bereich vorliegen.[26]

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum gefestigten Anwesenheitsrecht als Anspruchsvoraussetzung für Art. 8 EMRK postuliert ein Kriterium, welches unter dem Blickwinkel von Art. 8 EMRK zu rigide erscheint. Dies kann anhand der Frage des gefestigten Anwesenheitsrechts der Tochter und getrennten Ehefrau im Fall *M.P.E.V.* aufgezeigt werden. Denn gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung wäre in diesem Fall das gefestigte Anwesenheitsrecht der vorläufig aufgenommenen Personen

[17] Zur Präjudizwirkung von EGMR-Urteilen über die Umstände des Einzelfalles hinaus, siehe Martina CARONI/Alberto ACHERMANN, Einfluss der völkerrechtlichen Praxis auf das schweizerische Migrationsrecht, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, 2009, N 6.9 und Hans-Jörg SEILER, *Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege,* ZBJV 150/2014 S. 265, S. 308 f.

[18] Thomas HUGI YAR, *Von Trennungen, Härtefällen und Delikten – Ausländerrechtliches rund um die Ehe- und Familiengemeinschaft,* in: Achermann/Amarelle/Caroni/Epiney/Kälin/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013, S. 35.

[19] Art. 8 EMRK wird bspw. regelmässig in Dublin-Verfahren angerufen, siehe z.B. BVGE 2008/47; BVGE 2013/24.

[20] Das behördliche Ermessen ist auch bei fehlendem Bewilligungsanspruch beschränkt: BGE 139 I 330 E. 2.4.1 S. 337; eine pflichtgemässe Beurteilung verlangt die Berücksichtigung aller relevanten Kriterien (so z.B. Art. 96 AuG).

[21] Andreas ZÜND/Thomas HUGI YAR, *Aufenthaltsbeendende Massnahmen im schweizerischen Ausländerrecht, insbesondere unter dem Aspekt des Privat- und Familienlebens*, EuGRZ 2013 S.1, Rz. 7.

[22] BGE 137 I 284 E. 1.3 S. 287; BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145 f. m.w.H.

[23] BGE 126 II 335 E. 2a S. 339 f. m.w.H.; BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 286; HUGI YAR, *Von Trennungen, Härtefällen und Delikten*, a.a.O., S. 36; ZÜND/HUGI YAR, a.a.O., Rz. 32; Martina CARONI, *Der Familiennachzug in der Schweiz – Gratwanderung zwischen Menschenrechten, Gleichberechtigung und restriktiver Zulassungspolitik,* in: Achermann/Amarelle/Caroni/Epiney/Kälin/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013, S. 8 f.; ein Flüchtling mit Asyl und Aufenthaltsbewilligung verfügt aufgrund seiner flüchtlings- und asylrechtlichen Situation über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht: BGE 139 I 330 E. 1.2 S. 333 und E. 3.1 S. 338.

[24] BGE 130 II 281 E. 3.2.2 S. 287 f. m.w.H.

[25] BGE 137 II 1 E. 4.3 S. 8 m.w.H.; Urteile des Bundesgerichts 2C_249/2012 12 vom 7. Dezember 2012 E. 3.5; 2C_270/2013 vom 30. Mai 2013 E. 3.3.

[26] BGE 130 II 281 E. 3.2.1 S. 286; Urteil des Bundesgerichts 2C_249/2012 vom 7. Dezember 2012 E. 3.5.

(Tochter und getrennte Ehefrau) zu verneinen gewesen. Das Bundesverwaltungsgericht ging allerdings aufgrund der mangelnden familiären Bindung erst gar nicht weiter auf das Recht auf Familienleben des Beschwerdeführers gemäss Art. 8 EMRK ein (vgl. hierzu nachstehend, Ziff. 3.2).[27]

Für den EGMR besteht dagegen keine Frage, dass auch während eines illegalen Aufenthalts entstandene Bindungen in den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK fallen.[28] Er berücksichtigt daher die bundesgerichtlichen Kriterien der Aufenthaltsdauer und des Aufenthaltsstatus der Betroffenen erst als relevante Kriterien bei der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK.[29] Rechtlich liegt das Problem darin, dass die bundesgerichtliche Praxis diese Kriterien für die Eröffnung des Schutzbereiches als Voraussetzung für eine Einzelfallprüfung ansieht. In seiner Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK hat der EGMR lediglich anerkannt, dass ein Beschwerdeführer sich grundsätzlich nicht auf die Dauer eines illegalen Aufenthalts und auf daraus hervorgegangene Beziehungen stützen kann, um ein Recht auf den Verbleib in einem Vertragsstaat zu erwirken.[30] Handelt es sich um einen «tolerierten» Aufenthalt, zum Beispiel während des Asylverfahrens oder eines Rechtsmittelverfahrens gegen den Widerruf einer Bewilligung, kommt der Dauer des Aufenthalts weniger Gewicht zu.[31] Diese Fragen werden jedoch vom Gerichtshof unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit unter Art. 8 Ziff. 2 EMRK in einer umfassenden Einzelfallprüfung berücksichtigt und nicht einer vorgelagerten Prüfung der Eröffnung des Schutzbereichs unter Art. 8 Ziff. 1 EMRK zugeordnet.

Diese unterschiedliche Prüfung kann dabei im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen Die Verschiebung des Augenmerks von der Verhältnismässigkeit auf eine Anspruchsvoraussetzung bei der Prüfung des gefestigten Anwesenheitsrechts kann beispielweise eine vertiefte Prüfung des Einzelfalls verhindern und damit den Rechtsweg verschliessen. In Einzelfällen kann sich dadurch eine massgebliche Auswirkung auf das Resultat eines Verfahrens ergeben. Denn der EGMR anerkennt auch in Fällen eines widerrechtlichen Aufenthalts, dass den Vertragsstaaten unter gewissen Umständen positive Gewährleistungspflichten gemäss Art. 8 EMRK obliegen, die eine Bewilligung des Aufenthalts erforderlich machen können. So befand der EGMR beispielsweise in *Rodrigues da Silva und Hoogkamer gegen die Niederlande,* dass eine mehr als zehn Jahre illegal anwesende Mutter, die sich regelmässig um ihr in den Niederlanden wohnhaftes und der Sorge des Vaters zugeteiltes Kind kümmerte, eine so enge Bindung zu ihrem Kind aufgebaut hatte, dass ihre Ausweisung Art. 8 EMRK verletzt hätte.[32] Ähnlich befand der Gerichtshof in *Nunez gegen Norwegen*, dass eine illegal anwesende Mutter aufgrund der engen Bindung zu ihrem in Norwegen niedergelassenen Kind Recht auf die Erteilung einer Bewilligung habe.[33] Auch die Schweiz wurde unlängst in *Polidario gegen die Schweiz* verurteilt, weil einer von ihrem Kind getrennten Mutter, die nach ihrer Ausschaffung wieder in die Schweiz eingereist war, um das Sorgerecht für ihr beim Vater in der Schweiz befindliches Kind zu erhalten, die Härtefallbewilligung verweigert wurde.[34]

Die Anspruchsvoraussetzung eines gefestigten Anwesenheitsrechts ist mit der erforderlichen Einzelfallprüfung unter Art. 8 EMRK nicht vereinbar.[35] Zwar ist das Bundegericht bemüht, trotz des dogmatisch anderen Ansatzes die höchstrichterliche Rechtsprechung im Resultat mit derjenigen des EGMR in Übereinstimmung zu bringen.[36] Es kommt aber trotzdem immer wieder zu Fällen wie *M.P.E.V.*, die im Resultat einer Prüfung im Lichte von Art. 8 EMRK nicht standhalten.

Die Kritik, dass die bundesgerichtliche Praxis hinsichtlich des gefestigten Anwesenheitsrechts der EGMR-Rechtsprechung nicht gerecht würde, ist nicht neu.[37] Auch im Nachgang zu den Urteilen in den Rechtssachen *Mengesha*

---

[27] BGE 126 II 335 E. 2baa S. 340 m.w.H.; sogar bei einer bereits mehrere Jahre zuvor erteilten vorläufigen Aufnahme wird dies regelmässig verneint, siehe z.B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-5877/2012 vom 20. Februar 2013 (vorläufig aufgenommener Flüchtling habe kein gefestigtes Anwesenheitsrecht); Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-1339/2010 vom 24. Juli 2013 E. 4.3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-6493/2010 vom 21. September 2012 E. 5.4; s. auch Seiler, a.a.O., S. 340; das gefestigte Anwesenheitsrecht wurde im Fall des Nachzugs eines Kindes durch die vorläufig aufgenommene Mutter, die selbst mit einer Person mit Aufenthaltsbewilligung verheiratet war und gestützt darauf ein Anwesenheitsrecht hatte, bejaht. Siehe Urteil des Bundesgerichts 2C_639/2012 vom 13. Februar 2013 E. 4.

[28] *Omoregie*, §§ 50, 53; *Antwi,* § 87; *Nnyanzi*, § 76, bezüglich Privatleben in Form von Ausbildung und Beziehung zur Kirche, zu dem der Gerichtshof es nicht als notwendig erachtete zu entscheiden, ob dies in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fiel.

[29] Siehe z.B. EGMR, *Gül gg. Schweiz*, Beschwerde-Nr. 23218/94, Urteil vom 19. Februar 1996; entgegen einer weit verbreiteten Meinung (siehe z.B. BGE 130 II 281 E. 3.1 m.w.H.) unterstützt dieses Urteil nicht das Argument, dass ein gefestigtes Anwesenheitsrecht Anspruchsvoraussetzung für eine Anrufung des Art. 8 EMRK wäre; ausführlich hierzu Martina CARONI, *Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration: eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, S. 193.

[30] Siehe z.B. EGMR, *Omoregie gg. Norwegen,* Beschwerde-Nr. 265/07, Urteil vom 9. Juli 2012; *Antwi gg. Norwegen,* Beschwerde-Nr. 26940/10, Urteil vom 14. Februar 2012; *Nnyanzi gg. Grossbritannien*, Beschwerde-Nr. 21878/06, Urteil vom 8. April 2008.

[31] EGMR, *Aponte gg. Niederlande,* Beschwerde-Nr. 28770/05, Urteil vom 3. November 2011, § 59.

[32] EGMR, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer gg. Niederlande*, Beschwerde-Nr. 50435/99, Urteil vom 31. Januar 2006 §§ 42-44.

[33] EGMR, *Nunez gg. Norwegen*, Beschwerde-Nr. 55597/09, Urteil vom 28. Juni 2011, §§ 67, 72, 84; die Mutter war zunächst mit einem Touristenvisum eingereist, dann aber wegen Ladendiebstahls ausgeschafft und mit einem Einreiseverbot belegt worden, danach aber erneut mit einer falschen Identität und einem gefälschten Pass eingereist; für zwei neuere Urteile, die dieser Argumentation folgen, siehe auch *Kaplan gg. Norwegen*, Beschwerde-Nr. 32504/11, Urteil vom 24. Juli 2014, und *Jeunesse gg. Niederlande*, Beschwerde-Nr. 12738/10, Urteil vom 3. Oktober 2014.

[34] EGMR, *Polidario gg. Schweiz,* Beschwerde-Nr. 33169/10, Urteil vom 30. Juli 2013, §§ 74-77.

[35] So auch CARONI, a.a.O., S. 193 f.

[36] ZÜND/HUGI YAR, a.a.O., N 37.

[37] So bereits CARONI, a.a.O., S. 193 f.; siehe auch SPESCHA, a.a.O., N 14a.

Kimfe gegen die Schweiz und *Agraw gegen die Schweiz,*[38] in denen der EGMR feststellte, dass die Verweigerung des Kantonswechsels zwecks Zusammenlebens von abgewiesenen asylsuchenden Ehepaaren Art. 8 EMRK verletzte, wurde diese Praxis moniert und mehr Flexibilität zur Vermeidung zukünftiger Verurteilungen durch den EGMR gefordert.[39] Anders als in den Verfahren *Mengesha Kimfe* und *Agraw* handelt es sich in *M.P.E.V.* jedoch um ein Verfahren, welches die Erteilung einer Bewilligung zum Verbleib in der Schweiz betrifft, weswegen dies weitere Auswirkungen auf die Rechtsprechung und Praxis haben dürfte.[40]

In gewissen Urteilen des Bundesgerichts lässt sich bereits eine «Aufweichung des bundesgerichtlichen Kriteriums der gefestigten Anwesenheit» erkennen.[41] Solange das Kriterium des gefestigten Anwesenheitsrechts jedoch immer noch regelmässig eine Voraussetzung für den Anspruch gemäss Art. 8 EMRK ist, bleibt die Gefahr von konventionswidrigen Urteilen nicht nur auf bundesgerichtlicher Ebene, sondern auch in kantonalen und bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren. Eine Verlagerung der Berücksichtigung des Aufenthaltsstatus unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeitsprüfung und eine herabgesetzte Anspruchsvoraussetzung für das Anrufen von Art. 8 EMRK, die sich auf einen formellen Anspruch bei Vorliegen von Familienleben beschränkt, würde dies zu verhindern helfen.[42]

3.2. Hinreichend enge Beziehung als Anspruchsvoraussetzung

Die zweite Voraussetzung für einen Anspruch gemäss Art. 8 EMRK ist das Bestehen einer hinreichend engen Beziehung. Eine hinreichend enge Beziehung schliesst gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung die Kernfamilie ein, namentlich die Beziehung zwischen Ehegatten sowie zwischen Eltern und ihren Kindern.[43] Bei Familienangehörigen, die nicht zur Kernfamilie zählen, anerkennt das Bundesgericht Beziehungen, bei denen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht.[44] Neben rechtlich begründeten familiären Verhältnissen können auch tatsächlich gelebte Beziehungen die Anforderung der hinreichend engen Beziehung erfüllen, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht.[45] Bei getrennten Eltern hat der Elternteil, der nicht das Sorgerecht ausübt, jedoch nur dann einen auf Art. 8 EMRK gestützten Anspruch, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht, die Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte und der Elternteil ein tadelloses Verhalten vorweisen kann.[46] Dabei gilt inzwischen ein durchschnittlich ausgestaltetes Besuchsrecht als besonders enge affektive Beziehung.[47] Bei getrennt lebenden Ehegatten besteht regelmässig kein Anspruch gestützt auf Art. 8 EMRK, wobei ein Anspruch jedenfalls verneint wird, wenn das Eheleben nicht weitergeführt wird.[48]

Das Privatleben ist geschützt, wenn besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Bindungen gesellschaftlicher oder beruflicher Natur bzw. entsprechender vertiefter sozialer Beziehungen zum ausserfamiliären bzw. ausserhäuslichen Bereich. Dabei genügt eine lange Anwesenheit und normale Integration nicht.[49]

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Anspruchsvoraussetzung der hinreichend engen Beziehung unterscheidet sich wiederum von der Praxis des EGMR zum Schutzbereich von Familien- und Privatleben i.S.v. Art. 8 Ziff. 1 EMRK. Anders als das Bundesgericht stützt der EGMR seine Beurteilung von Familienleben auf die Beziehung zwischen den Eltern, als das Kind gezeugt bzw. geboren wurde. So besteht bei aus einer Ehe entsprungenen Kindern Familienleben zwischen einem getrennten Elternteil und seinem ehelichen Kind i.S.v. Art. 8 Ziff. 1 EMRK weiter, unabhängig von der Frage, wie gut die Beziehung zu dem Kind gepflegt wird.[50] Ebenso kann bei faktischen Beziehungen zwischen den Eltern, die zusammenlebten und sich ein Kind wünschten, von Familienleben gesprochen werden und jedes aus dieser Beziehung geborene Kind ist

[38] EGMR, *Mengesha Kimfe gg. Schweiz,* Beschwerde-Nr. 24404/05, und *Agraw gg. Schweiz,* Beschwerde-Nr. 3295/06, Urteile vom 29. Juli 2010.

[39] Daniel RIETIKER, *Chronik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Jahr 2010*, AJP 2011 S. 549, S. 559 f.; siehe auch Peter UEBERSAX, Die EMRK und das Migrationsrecht aus der Sicht der Schweiz, in: Breitenmoser/Ehrenzeller (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, 2010, S. 203 ff., S. 224 ff., der den rechtspositivistischen Ansatz des Bundesgerichts im Lichte der Rechtsprechung des EGMR kritisiert; Marc SPESCHA, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli (Hrsg.), OF-Kommentar Migrationsrecht, 2012, Nr. 18: Kommentar BV/EMRK/UNO-KRK, N 14a.

[40] Vgl. RIETIKER, a.a.O., S. 559, der darauf hinweist, dass die Kantonswechselgesuche in *Mengesha Kimfe* und *Agraw* «Schulbeispiele» zum Kerngehalt des Rechts auf Familienlebens, nämlich dem Zusammenleben, darstellten und eben gerade keine Auslandskomponente aufwiesen.

[41] Peter UEBERSAX, *Das AuG von 2005: zwischen Erwartungen und Erfahrungen,* in: Achermann/Amarelle/Caroni/Epiney/Kälin/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, S. 32 unter Verweis auf den inzwischen publizierten BGE 138 I 246 S. 247 zum Arbeitsverbot von abgewiesenen Asylsuchenden; siehe auch ZÜND/HUGI YAR, a.a.O., N 32 FN 108, wo unter Verweis auf dasselbe Urteil «eine gewisse künftige Lockerung der Rechtsprechung» erwähnt wird.

[42] CARONI, a.a.O, S. 487 f.

[43] BGE 109 Ib 183 E. 2a S. 186; BGE 135 I 143 E. 1.3.2. S. 146.

[44] BGE 115 Ib 1 E. 2d S.5 f.; BGE 120 Ib 257 E. 1e und f S. 261 f.

[45] BGE 135 I 143 E. 3.1 S. 142; siehe auch ZÜND/HUGI YAR, a.a.O., Rz. 31.

[46] BGE 120 Ib 1 E. 3c S. 5; Urteil des Bundesgerichts 2C_568/2011 vom 16. November 2011 E. 3.3.1.

[47] BGE 139 I 315 E. 2.5 S. 321 f.

[48] BGE 118 Ib 145 E. 5; 120 Ib 16 E. 3a; siehe auch HUGI YAR, a.a.O., S. 51 bezüglich der hohen Anforderungen nach Art. 49 AuG zu wichtigen Gründen für das Getrenntleben eines Ehepaars.

[49] BGE 130 II 281 E. 3.2.1 S. 286; 126 II 377 E. 2c S. 384 ff.; 120 Ib16 E. 3b S. 22; Urteil des Bundesgerichts 2C_711/2011 vom 27. März 2012 E. 4.1.

[50] EGMR, *Boughanemi gg. Frankreich,* Beschwerde-Nr. 22070/93, Urteil vom 24. April 1996; *Berrehab gg. Niederlande,* Beschwerde-Nr. 10730/84, Urteil vom 21. Juni 1988, § 21.

ebenfalls Teil des Familienlebens.[51] Für den EGMR ist allein ausschlaggebend, dass das Kind aus einer Beziehung entstanden ist, die selbst im Zeitpunkt der Geburt Familienleben darstellte.[52] Die Beziehung zwischen einem aus einer Familienleben darstellenden Beziehung entsprungenen Kind und dessen Eltern stellt ab dem Moment der Geburt bis zum Erlangen der Volljährigkeit *ipso jure* Familienleben dar, welches nur in aussergewöhnlichen Umständen durch nachträgliche Ereignisse beendet werden kann.[53]

Anders als gemäss bundesgerichtlicher in solchen Fällen für die Frage der Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 Ziff. 1 EMRK irrelevant. Die Intensität der Beziehung mag wiederum für die Frage der Verhältnismässigkeit einer Massnahme relevant sein, doch dies wird erst unter Art. 8 Ziff. 2 EMRK in einer Gesamtwürdigung der Umstände berücksichtigt.

Die Massgeblichkeit dieses Unterschieds lässt sich am Verfahren in *M.P.E.V.* zeigen, in dem das Bundesverwaltungsgericht in einer äusserst knappen Begründung den Anspruch gestützt auf Art. 8 EMRK verneint hatte, da sich die Eltern getrennt hatten und Vater und Tochter nicht mehr eine Einheit der Familie darstellten.[54] Für den EGMR bestand hingegen kein Zweifel, dass die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner minderjährigen, von ihm getrennt lebenden und aus einer ehelichen Gemeinschaft hervorgegangenen Tochter Familienleben i.S.v. Art. 8 Ziff. 1 EMRK darstellte. Nur aussergewöhnliche Umstände hätten diese Vater-Tochter-Bande beenden können, da die rechtlich begründete Eltern-Kind-Beziehung nicht durch die Trennung der Eltern den Charakter von Familienleben i.S.v. Art. 8 Ziff. 1 EMRK verliert. [55] Die Intensität der Vater-Kind-Beziehung wurde dabei erst unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit berücksichtigt.[56]

Die vom EGMR anerkannte starke Eltern-Kind-Beziehung ist nicht neu, sondern stützt sich auf die stete Rechtsprechung des Gerichtshofs. So hatte der EGMR in *Berrehab gegen die Niederlande* bereits festgehalten, dass die Vater-Kind-Beziehung bei einem ehelichen Kind nur in aussergewöhnlichen Umständen nicht mehr Familienleben i.S.v. Art. 8 Ziff. 1 EMRK darstelle.[57] In *Moustaquim gegen Belgien* erklärte er weiter, dass am Fortbestehen des Familienlebens i.S.v. Art. 8 Ziff. 1 EMRK auch Schwierigkeiten in der Vater-Kind-Beziehung und mehrjähriges Getrenntleben nichts änderten.[58] Anders verhält es sich jedoch bei Kindern deren Eltern keine Beziehung i.S.v. Art. 8 EMRK hatten. In solchen Fällen besteht Familienleben zwischen den Eltern und dem Kind nur dann, wenn eine enge Beziehung und ein nachweisliches Interesse und eine Übernahme von Verpflichtung des Vaters gegenüber dem Kind bestehen.[59] Wo dies nicht gegeben ist, kann der Wunsch des Vaters, eine Beziehung zu seinem Kind herzustellen, dazu führen, dass dies in den Schutzbereich des Privatlebens fällt, welches auch das Recht auf Kenntnis der Vaterschaft einschliesst.[60] Die bundesgerichtliche Anforderung an eine in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht enge Vater-Kind-Beziehung lässt sich somit nur in Fällen, in denen zwischen den Eltern kein Familienleben bestand, mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbaren. In Fällen, in denen die Eltern jedoch verheiratet waren oder eine tatsächlich gelebte Beziehung i.S.v. Familienleben geführt hatten, darf jedoch gemäss EGMR keine weitere Anforderung an die Vater-Kind-Beziehung gestellt werden. Diese stellt vielmehr regelmässig, ausser in aussergewöhnlichen Umständen, Familienleben dar.

Ein zweiter interessanter Aspekt des EGMR-Urteils ist die Einschätzung der Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner getrennten Frau. Während dies gemäss EGMR in den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK fiel, unterliess es der Gerichtshof, ausdrücklich darzulegen, ob es sich um Familien- oder Privatleben handle. Hingegen befand der Gerichtshof, dass die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und der erwachsenen, eingebürgerten Stieftochter und deren Tochter und Enkelkind des Beschwerdeführers nicht in den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK fiele.

Auch in dieser Hinsicht geht aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts klar hervor, dass die Beziehung zur getrennten Ehefrau, mit der kein Eheleben mehr gelebt wurde, erst gar nicht weiter geprüft wurde.[61] Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wäre diese Beziehung aufgrund der Trennung des Paares nicht in den Bereich der Kernfamilie gefallen. Auch wären die Abhängigkeitselemente in der

[51] EGMR, *Keegan gg. Irland*, Beschwerde-Nr. 16969/90, Urteil vom 26. Mai 1994, § 50; *Kroon gg. Niederlande,* Beschwerde-Nr. 18535/91, Urteil vom 27. Oktober 1994, § 30.

[52] In der Lehre wird teils davon ausgegangen, dass bei rechtlich begründeten familiären Verhältnissen zusätzlich eine faktische Beziehung erforderlich ist, um den Schutzbereich von Art. 8 EMRK zu eröffnen, siehe UEBERSAX/REFAEIL/BREITENMOSER, a.a.O., S. 493 f.; die zitierten Urteile zu dieser Behauptung unterstützen diese jedoch nicht: neben den hier besprochenen Urteilen betraf *Mehemi gg. Frankreich* ein unehelich geborenes Kind und *Mokrani gg. Frankreich* die Beziehung eines Erwachsenen zu seinen Eltern und in *Boultif* ging es nicht um Eltern-Kind-Beziehungen.

[53] *M.P.E.V.*, § 31: «There exists between him and his parents a bond amounting to "family life" which subsequent events cannot break, save in exceptional circumstances»; siehe auch z.B. *Boughanemi gg. Frankreich,* a.a.O. für eine rechtlich begründete Beziehung und *Keegan gg. Irland*, a.a.O. für eine faktisch begründete Beziehung.

[54] Urteil des BVGer E-2062/2012 vom 7. September 2012 E. 6.

[55] *M.P.E.V.*, § 31.

[56] *M.P.E.V.*, § 57.

[57] EGMR, *Berrehab gg. Niederlande*, a.a.O., § 21.

[58] EGMR, *Moustaquim gg. Belgien*, Beschwerde-Nr. 12313/86, Urteil vom 18. Februar 1991, § 36.

[59] EGMR, *Nylund gg. Finland,* Nr. 27110/95, Urteil vom 29. Juni 1999, in dem die Mutter die Vaterschaft bestritt; *Nekvedavcius gg Deutschland*, Beschwerde-Nr. 46165/99, Urteil vom 19. Juni 2003, in dem die Beziehung zwischen den Eltern nur fünf Monate, das Zusammenleben der Eltern gar nur drei Monate dauerte.

[60] EGMR, *Anayo gg. Deutschland,* Beschwerde-Nr. no 20578/07, Urteil vom 21. Dezember 2010, § 58.

[61] Urteil des BVGer E-2062/2012 vom 7. September 2012 E. 6.

Form von Unterstützung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Frau kaum ausreichend gewesen, um ein Abhängigkeitsverhältnis bei anderen Familienangehörigen darzustellen.[62]

Die Trennlinie zwischen Beziehungen, die in den Schutzbereich des Art. 8 Ziff. 1 EMRK fallen, und denjenigen, die nicht geschützt sind, verlief für den EGMR zwischen der Beziehung des getrennten Ehepaars und der Beziehung des Beschwerdeführers zu seiner erwachsenen Tochter. Letztere war nicht mehr eng genug, um durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützt zu werden. Bezüglich der Beziehung zur getrennten Ehefrau war für den EGMR nicht notwendig, diese als Familien- oder Privatleben einzustufen. Gemäss EGMR ist eine Unterscheidung zwischen Familien- und Privatleben häufig nicht notwendig, wobei sich das Hauptaugenmerk je nach Fall auf das Familien- oder Privatleben verschieben kann.[63] Denn enge Beziehungen, die nicht vom Begriff der Familie erfasst werden, können in den Schutzbereich des Privatlebens fallen, welches alle sozialen Beziehungen zwischen einem Ausländer und seiner Umgebung umfassen kann.[64] Die Grosszügigkeit dieser Rechtsprechung steht in starkem Kontrast zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die auch in dieser Beziehung relativ strikte Voraussetzungen für einen Anspruch gemäss Art. 8 EMRK postuliert.

Diese Unterscheidung zwischen bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur hinreichend engen Beziehung und EGMR-Praxis zum Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK gelangt insbesondere in Fällen, die Kinder betreffen, zu grösserer Bedeutung. Denn gemäss Art. 3 UNO-KRK, der auch im Rahmen einer Prüfung nach Art. 8 EMRK Anwendung findet, muss das Kindswohl bei einer Verhältnismässigkeitsprüfung gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK vorrangig berücksichtigt werden, sobald eine Massnahme ein Kind betrifft.[65] Wenn jedoch bereits durch eine erhöhte Anspruchsvoraussetzung bezüglich des Bestehens von Familienleben zwischen Eltern und Kind der Zugang zum Gericht verschlossen wird, kann das Kindswohl wie im Verfahren in *M.P.E.V.* erst gar nicht berücksichtigt werden und es besteht die Gefahr einer Verletzung von Art. 8 EMRK.[66] Zwar hat auch in dieser Hinsicht eine gewisse «Lockerung» in der höchstrichterlichen Praxis stattgefunden, die Anforderungen des Bundesgerichts sind jedoch immer noch zu hoch.[67] Die fehlende Berücksichtigung des Kindswohls trug in *M.P.E.V.* massgeblich zu der Feststellung einer Verletzung von Art. 8 EMRK durch den EGMR bei.[68] Herabgesetzte Anspruchsvoraussetzungen zur hinreichend engen Beziehung, die mit der EGMR-Praxis zum Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK vereinbar sind, würden auch in dieser Hinsicht zukünftige Verurteilungen zu verhindern helfen.

4. Fazit

Das EGMR-Urteil im Fall *M.P.E.V.* hat wieder einmal die Unterschiede zwischen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und derjenigen des EGMR aufgezeigt. Die vom Bundesgericht entwickelten Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 EMRK sind strikter als die Anforderungen für eine umfassende Verhältnismässigkeitsprüfung unter Art. 8 EMRK. Während die bundesgerichtlichen Kriterien in einem föderalen Staat wie der Schweiz auch eine positive vereinheitlichende Wirkung haben, birgt das Festhalten an zu strikten Kriterien die Gefahr weiterer Verurteilungen durch den EGMR. Der EGMR löst die Fälle einer drohenden Verletzung von Art. 8 EMRK – anders als das Bundesgericht – nicht mittels einer Eingrenzung der Voraussetzungen für eine Anrufung von Art. 8 EMRK, sondern mittels einer stark individualisierten, am Einzelfall orientierten Verhältnismässigkeitsprüfung. Dadurch wird auch ein Anspruch einer dem Einzelfall gerecht werdenden Gesamtbeurteilung von Fällen postuliert, in denen das Privat- oder Familienleben betroffen sein kann. Es ist daher erforderlich, auch in der hiesigen Praxis das Augenmerk verstärkt auf die Einzelfallgerechtigkeit zu richten und eine zu strikte Anwendung objektiv-genereller Kriterien zu vermeiden.

Eine Einschränkung des Anwendungsfeldes von Art. 8 EMRK durch die Postulierung von Voraussetzungen, wie des gefestigten Anwesenheitsrechts oder einer hinreichend engen Beziehung, lassen sich nicht mit der EGMR-Praxis vereinbaren. Vielmehr ist eine Prüfung aller wesentlichen Umstände, einschliesslich des Kindeswohls, im Einzelfall erforderlich. Die erforderliche Konzentration auf eine umfassende Verhältnismässigkeitsprüfung setzt niedrigere Anspruchsvoraussetzungen für das mögliche Bestehen

[62] Für die ausserordentlichen Umstände, die ein Abhängigkeitsverhältnis begründen können, siehe BGE 115 Ib 1 E. 2d S. 5 f. (gehörlose volljährige Tochter und deren Eltern).

[63] Siehe EGMR, *A.A. gg. Grossbritannien*, Beschwerde-Nr. 8000/08, Urteil vom 20. September 2011, § 49; *Maslov gg. Österreich,* Beschwerde-Nr. 1638/03, Urteil vom 23. Juni 2008, § 63; *Trabelsi gg. Deutschland,* Beschwerde-Nr. 41548/06, Urteil vom 13. Oktober 2011, § 48; *Omojudi gg. Grossbritannien*, Beschwerde-Nr. 1820/08, Urteil vom 24. November 2009, §§ 36 und 45 bezüglich der Beziehung zwischen Beschwerdeführer und dessen erwachsenem Sohn sowie der Enkeltochter, die für die Verhältnismässigkeitsprüfung berücksichtigt wurden.

[64] UEBERSAX/REFAEIL/BREITENMOSER, a.a.O., S. 495 unter Verweis auf die Urteile *Herz gg. Deutschland*, Beschwerde-Nr. 44672/99, Urteil vom. 12. Juni 2003 und *Slivenko gg. Lettland*, Beschwerde-Nr. 48321/99, Urteil vom 9. Oktober 2003, § 96; siehe auch *Üner,* a.a.O., § 59.

[65] *Üner,* a.a.O., § 58.

[66] Siehe auch die Verurteilung der Schweiz im EGMR-Verfahren wegen ungenügender Berücksichtigung des Kindswohls in *Udeh gg. Schweiz,* Beschwerde-Nr. 12020/09, Urteil vom 16. April 2013, §§ 52-54.

[67] Marc SPESCHA, *Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab August 2012 bis Ende Juli 2013*, FamPra.ch 2013 S. 960, S. 983 siehe auch HUGI YAR, a.a.O., S. 130 ff. und das dort zitierte Urteil des Bundesgerichts 2C_240/2012 vom 15. März 2013 E. 3.5 ff.

[68] *M.P.E.V.*, § 57.

eines formellen Anspruchs bei Familien- oder Privatleben i.S.v. Art. 8 Ziff. 1 EMRK voraus und eröffnet in diesen Fällen auch den nach der EMRK erforderlichen Zugang zu den Gerichten.

Résumé

Le jugement de la CourEDH dans l'affaire M.P.E.V. a, une fois de plus, mis en évidence les différences entre la jurisprudence du Tribunal fédéral et la Cour de Strasbourg. Les conditions développées par le TF pour l'applicabilité de l'art. 8 CEDH sont plus strictes que les exigences du contrôle de proportionnalité détaillé prévues par l'art 8 CEDH. Si les critères développés par le TF déploient un effet positif en termes d'uniformisation pour un Etat fédéral comme la Suisse, le fait de s'attacher à des critères trop strictes pourrait conduire à de nouvelles condamnations de la Suisse par la CourEDH. En effet, le TF a tendance à traiter les cas de violations potentielles de l'art. 8 CEDH en limitant les conditions de recours à l'art. 8CEDH. A l'inverse, la CourEDH préfère recourir à un contrôle de proportionnalité détaillé et très individualisé. Dans les cas où la vie privée ou la vie de famille serait touchée, la CourEDH est ainsi à même de rendre justice à l'individualité de chaque cas via une appréciation globale. Dans la pratique nationale, il est donc nécessaire d'accorder plus d'attention à un juste traitement des cas individuels plutôt qu'à l'application stricte de critères généraux-objectifs.
Une limitation du domaine d'application de l'art. 8 CEDH par le recours à des conditions (comme un droit de présence reconnu ou une relation suffisamment proche) n'est pas compatible avec la jurisprudence de la CourEDH. Dans chaque cas individuel, une appréciation de tous les éléments essentiels, y compris l'intérêt supérieur de l'enfant, est nécessaire. Se concentrer sur ce contrôle de proportionnalité détaillé présuppose des conditions moins exigeantes pour la possible existence d'une prétention quant à la vie privée ou la vie de famille au sens de l'art. 8(1) CEDH. Ce focus rappelle également l'exigence d'accès aux tribunaux selon la pratique de la CourEDH.