

# Familiennachzug für Flüchtlinge in der Schweiz

## Rechtsrahmen und strategische Überlegungen

Oktober 2017

Publikation von  
Stephanie A. Motz

Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants (CSDM)  
Veröffentlicht mit Unterstützung des UNHCR-Büros für die Schweiz und Liechtenstein



**UNHCR**  
The UN Refugee Agency



**CSDM**  
Centre Suisse pour la Défense  
des Droits des Migrants

# **Familiennachzug für Flüchtlinge in der Schweiz**

## Rechtsrahmen und strategische Überlegungen<sup>1</sup>

Stephanie A. Motz<sup>2</sup>

Oktober 2017<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Diese Publikation wurde mit Unterstützung des UNHCR erstellt. Die darin dargestellten Ansichten sind die der Autorin und entsprechen nicht notwendigerweise denen des UNHCR oder der UNO. Die Publikation darf zu akademischen, Bildungs- oder anderen nichtkommerziellen Zwecken ohne vorherige Genehmigung des UNHCR frei zitiert und kopiert werden, sofern die Quelle angegeben wird. Sie ist online verfügbar auf der Seite [www.centre-csdm.org](http://www.centre-csdm.org) und [www.unhcr.ch](http://www.unhcr.ch).

<sup>2</sup> Mitglied des wissenschaftlichen Beirats des Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants (CSDM); Barrister, Walche Rechtsanwälte, Zürich, sowie wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin, Universität Luzern.

<sup>3</sup> Eine erste Version der Publikation wurde im Dezember 2016 erstellt. Diese wurde inzwischen aktualisiert und berücksichtigt die Rechtsprechung bis August 2017.

# INHALT

1.	EINLEITUNG.....	6
2.	FAMILIENNACHZUG FÜR FLÜCHTLINGE IM SCHWEIZERISCHEN EINWANDERUNGS- UND ASYLRECHT .....	7
2.1	Einleitung .....	7
2.2	Unterscheidung zwischen Flüchtlingen mit B-Ausweis und Flüchtlingen mit F-Ausweis.....	9
2.3	Unterschiedlicher Zugang zum Familiennachzug für Ehepartner von Flüchtlingen mit B-Ausweis je nach Zeitpunkt der Eheschliessung (vor/nach der Flucht).....	11
2.4	Unterscheidung bei Fällen späten Familiennachzugs .....	12
2.5	Beweisanforderungen hinsichtlich des Familienverhältnisses.....	13
2.6	Innerstaatliche Rechtsbehelfe.....	13
2.7	Zusammenfassung .....	14
3.	FAMILIENNACHZUG FÜR FLÜCHTLINGE UND PERSONEN, DIE UNTER INTERNATIONALEN SCHUTZ STEHEN, NACH VÖLKERRECHT .....	14
3.1	Schutzstandards des internationalen Flüchtlingsrechts.....	14
3.2	Internationale Menschenrechtsnormen.....	15
3.3	Normen des Europarates .....	18
4.	DIE RECHTSPRECHUNG DES EGMR ZU ART. 8 EMRK IN BEZUG AUF FAMILIENNACHZUG.....	19
4.1	Einleitung .....	19
4.2	Hauptkriterien für den Familiennachzug nach Art. 8 EMRK.....	21
4.2.1	Freiwillige oder unfreiwillige Trennung der Familie .....	21
4.2.2	Unüberwindbare oder wesentliche Hindernisse für ein Familienleben woanders.....	23
4.2.3	Das Wohl des Kindes.....	25
4.2.3.1	Alter des Kindes und späte Antragstellung.....	25
4.2.3.2	Abhängigkeit von den antragstellenden und anderen Familienmitgliedern und Sorgerecht.....	27
4.3	Weitere relevante Aspekte hinsichtlich Art. 8 EMRK.....	28
4.3.1	Beurteilung der Existenz von Familienleben.....	28
4.3.2	Verfahrensgarantien und Verzögerungen im innerstaatlichen Entscheidungsprozess .....	29
4.3.3	Das relevante Datum für die Beurteilung und Erreichen der Volljährigkeit eines Kindes .....	30
4.3.4	Bedeutung der Qualität der innerstaatlichen Beurteilung.....	31
4.3.5	Rolle des Einwanderungsverlaufs und der illegalen Einreise.....	31
5.	MÖGLICHE KONFLIKTE ZWISCHEN DER SCHWEIZER FAMILIENNACHZUGSPRAXIS UND ART. 8 EMRK .....	32
5.1	Art. 85 Abs. 7 AuG: Flüchtling mit F-Ausweis, der Familiennachzug vor Ablauf der 3-Jahres-Frist beantragen möchte.....	32

5.1.1	Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK.....	32
5.1.2	Vereinbarkeit mit Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK.....	34
5.1.3	Mögliche Rechtfertigungsgründe nach Art. 8 EMRK.....	36
5.1.4	Zusammenfassung .....	36
5.2	Art. 44 AuG: Familiennachzug für nach der Flucht geheiratete Ehepartner (und nach der Flucht geborene Kinder) eines Flüchtlings mit B-Ausweis, der auf Sozialhilfe angewiesen ist .....	37
5.2.1	Vereinbarkeit mit Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK.....	37
5.2.2	Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK.....	37
5.2.3	Mögliche Rechtfertigungsgründe nach Art. 14 und 8 EMRK .....	39
5.2.4	Zusammenfassung .....	40
5.3	Art. 44 AuG: Von Sozialhilfe abhängige Flüchtlingsmutter mit Kind(ern) in der Schweiz, die Familiennachzug für den nach der Flucht geheirateten Ehemann beantragt .....	40
5.3.1	Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK.....	40
5.3.2	Vereinbarkeit mit der Frauenrechtskonvention (CEDAW).....	40
5.3.3	Mögliche Rechtfertigungsgründe nach Art. 8 EMRK und CEDAW.....	41
5.3.4	Zusammenfassung .....	41
5.4	Behinderte/krankte Flüchtlinge, die auf Sozialhilfe angewiesen sind und Familiennachzug für Mitglieder ihrer nach der Flucht gegründete Familie (Ehepartner und/oder Kinder) beantragen .....	41
5.4.1	Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK.....	42
5.4.2	Mögliche Rechtfertigungsgründe nach Art. 8 EMRK.....	42
5.4.3	Zusammenfassung .....	43
5.5	Art. 44 lit. c AuG oder Art. 85 Abs. 7 lit. c AuG: Erwerbstätige Arme, z. B. mit mehreren Kindern, die Nachzug des Ehepartners beantragen .....	43
5.5.1	Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK.....	43
5.5.2	Zusammenfassung .....	43
5.6	Art. 75 VZAE oder Art. 47 AuG: Fälle späten Familiennachzugs.....	44
5.6.1	Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK.....	44
5.6.2	Mögliche Rechtfertigungsgründe nach Art. 8 EMRK.....	44
5.6.3	Zusammenfassung .....	45
5.7	Familiennachzugsrechte von Kindern.....	45
5.7.1	Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK.....	45
5.7.2	Vereinbarkeit mit Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK.....	46
5.7.3	Zusammenfassung .....	47
5.8	Familiennachzug bei entfernteren Familienmitgliedern .....	47
5.9	Praktische und verfahrensbezogene Probleme .....	47
6.	FAZIT .....	49

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz
AuG	Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
CEDAW	UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau
CERD	Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung
CRC	UNO-Übereinkommen über die Rechte des Kindes
CRPD	UNO-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMARK	Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
et al.	und andere
EU	Europäische Union
EUGH	Gerichtshof der Europäischen Union
ExKom	Exekutivkomitees des UNHCR
Fn.	Fussnote
IPbpR	Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte
lit.	litera (Buchstabe)
MRA	UNO-Menschenrechtsausschuss
Nr.	Nummer
PACE	Parlamentarische Versammlung des Europarates
S.	Seite
SEM	Staatssekretariat für Migration
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
UK	Vereinigtes Königreich
UNGA	Generalversammlung der Vereinten Nationen
UNHCR	Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen
UNO	Organisation der Vereinten Nationen
UNTS	Vertragsserie der Vereinten Nationen
v.	versus (gegen)
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

## 1. EINLEITUNG

Ziel der vorliegenden Publikation ist es, die Bedingungen des Familiennachzugs für in der Schweiz lebende Flüchtlinge und Personen mit vorläufiger Aufnahme aufgrund von Krieg, Bürgerkrieg oder allgemeiner Gewalt (nachfolgend „F-Ausweis-Inhaber“) zu betrachten und Bereiche hervorzuheben, in denen die schweizerische Gesetzgebung zum Familiennachzug möglicherweise nicht mit den internationalen Menschenrechtsnormen vereinbar ist. Sie zeigt mögliche Lösungen dieses Problems durch internationale Prozessführung auf und soll Asylanwälten und Rechtsvertreter bei strategischer Prozessführung in solchen Fällen allgemein Unterstützung bieten. Die Publikation befasst sich mit Fragen rund um Anträge auf Familiennachzug von Angehörigen, die in Nicht-EU-Mitgliedsstaaten leben, nicht jedoch mit Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Dublin-III-Verordnung<sup>4</sup> ergeben – diese verdienen eine separate Betrachtung.

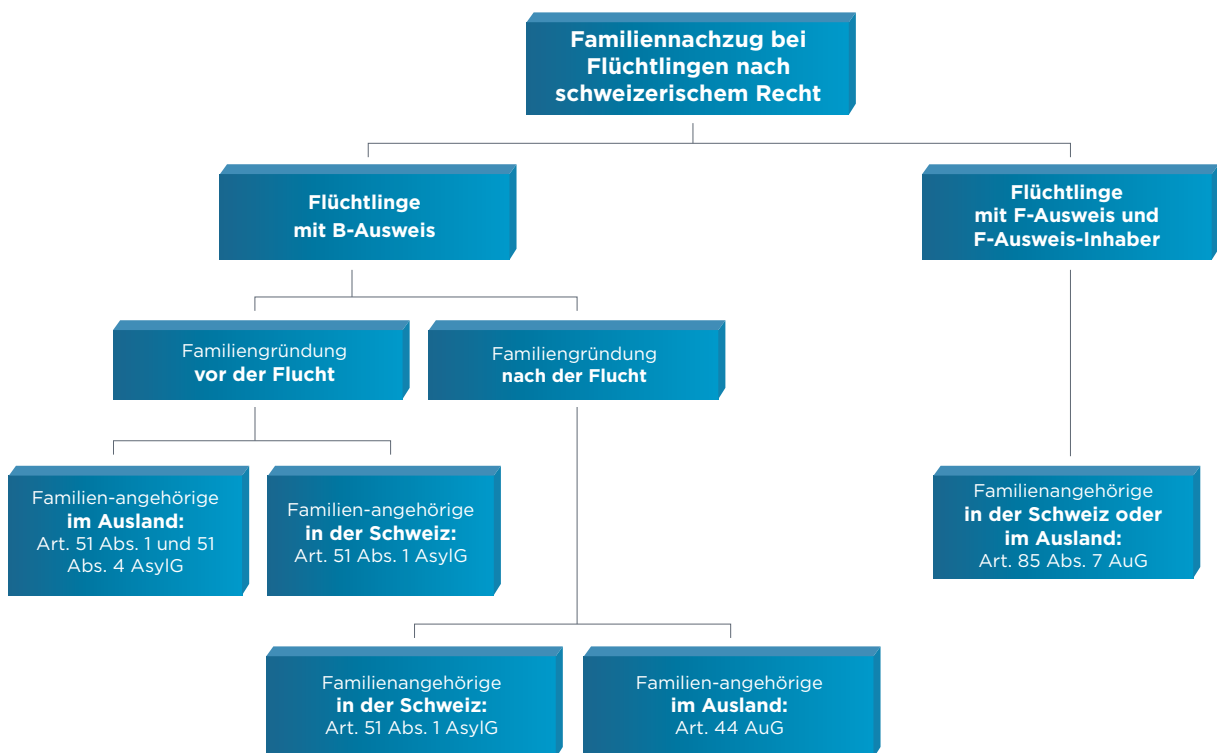
Die Publikation fasst zunächst die einschlägigen gesetzlichen Kriterien für den Familiennachzug bei Flüchtlingen und F-Ausweis-Inhabern in der Schweiz zusammen. Danach wird kurz das geltende Recht zum Familiennachzug bei Flüchtlingen laut Völkerrecht dargestellt. Drittens wird ein Überblick über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zum Familiennachzug gegeben. Anschliessend werden einige der typischsten und problematischsten Fallszenarios, in denen der Familiennachzug bei Flüchtlingen in der Schweiz abgelehnt wird, betrachtet und Möglichkeiten der internationalen Prozessführung zur Infragestellung des *status quo* dargestellt. Abschliessend werden die wichtigsten Aspekte, die bei zukünftiger strategischer Prozessführung auf diesem Gebiet beachtet werden müssen, zusammengefasst.

<sup>4</sup> Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedsstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedsstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), verfügbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32013R0604>.

## 2. FAMILIENNACHZUG FÜR FLÜCHTLINGE IM SCHWEIZERISCHEN EINWANDERUNGS- UND ASYLRECHT

### 2.1 Einleitung

Zum Familiennachzug bei Flüchtlingen bestehen im schweizerischen Recht relative komplexe Bestimmungen. Insbesondere unterscheidet die Gesetzgebung zwischen verschiedenen Gruppen in Abhängigkeit von der Art des Aufenthaltstitels, von der Frage, ob die Familie vor oder nach der Flucht gegründet wurde, und ob die Familienangehörigen, für welche die Zusammenführung mit dem betreffenden Flüchtling beantragt wird, sich zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits in der Schweiz oder im Ausland befinden. Die nachfolgende Darstellung soll einen strukturierten Überblick über die relevanten Unterscheidungen und gesetzlichen Grundlagen für den Familiennachzug geben.



Zu den „Familienangehörigen“, für die nach schweizerischem Recht ein Anspruch auf Familiennachzug besteht, gehören ausschliesslich Ehepartner, eingetragene Lebenspartner und minderjährige Kinder (Art. 51 Abs. 1 Asylgesetz [AsylG];<sup>5</sup> Art. 85 Abs. 7 Ausländergesetz [AuG];<sup>6</sup> Art. 74 Abs. 6 Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE]<sup>7</sup>) sowie Adoptiv- und Stiefkinder.<sup>8</sup> Andere Familienmitglieder, insbesondere auch Eltern und Geschwister von unbegleiteten Minderjährigen, auch wenn sie selbst minderjährig sind, haben keinen Anspruch mehr auf Familiennachzug.<sup>9</sup> Der Einfachheit halber wird die Bezeichnung „Familienangehörige“ im Folgenden ausschliesslich in Bezug auf die Gruppe von Familienmitgliedern verwendet, die nach schweizerischem Recht Anspruch auf Familiennachzug haben, d. h. Ehepartner, minderjährige Kinder und eingetragene Lebenspartner.

<sup>5</sup> Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (Stand am 1. Oktober 2016), verfügbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995092/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995092/index.html).

<sup>6</sup> Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Stand am 1. Januar 2017), verfügbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20020232/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20020232/index.html).

<sup>7</sup> Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (Stand am 1. Mai 2017), verfügbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20070993/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20070993/index.html).

<sup>8</sup> Bundesverwaltungsgericht (BVGer), Urteil vom 9. Juli 2014 (D-1411/2014); Urteil des BVGer vom 24. Februar 2014 (D-5536/2013). Die Entscheidungen des BVGer sind verfügbar unter: [www.bvger.ch/bvger/de/home/rechtsprechung/entscheidatenbank-bvger.html](http://www.bvger.ch/bvger/de/home/rechtsprechung/entscheidatenbank-bvger.html).

<sup>9</sup> Siehe z. B. Urteil des BVGer vom 20. Januar 2015 (E-7481/2014).

Andere Familienmitglieder können gemäss der *Botschaft* zum Asylgesetz<sup>10</sup> in bestimmten Fällen Anspruch auf Familiennachzug gemäss Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK),<sup>11</sup> welcher das Recht auf Achtung des Familienlebens garantiert, haben. Die Botschaft nennt insbesondere volljährige behinderte Kinder, Pflegekinder und andere Personen, die dauernd im gemeinsamen Haushalt mit dem Antragsteller gelebt haben und von dieser Gemeinschaft existenziell abhängen.<sup>12</sup>

Zudem unterscheidet das schweizerische Recht zwischen Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde (sogenannter Ausweis B), und Flüchtlingen, die nur vorläufig in der Schweiz aufgenommen wurden (Ausweis F). Deren Ansprüche auf Familiennachzug unterscheiden sich in mehrfacher Hinsicht (Näheres hierzu siehe Abschnitt 2.2).

Es gibt im schweizerischen Recht zwei Hauptgründe, aus denen Personen, die als Flüchtlinge anerkannt wurden, einen F-Ausweis statt einem B-Ausweis erhalten<sup>13</sup>: erstens wenn sie lediglich aufgrund ihres Verhaltens nach der Ausreise, „*sur place*“ als Flüchtlinge anerkannt wurden (Art. 54 AsylG) oder zweitens wenn sie aus einem der folgenden Gründe als „asylunwürdig“ gelten: weil sie „verwerfliche Handlungen“ begangen haben, eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz darstellen oder gegen sie eine Landesverweisung nach Art. 66a oder 66a<sup>bis</sup> des Schweizerischen Strafgesetzbuches oder Art. 49a oder 49a<sup>bis</sup> des Militärstrafgesetzes vorliegt (Art. 53 AsylG).<sup>14</sup>

Personen, für die ein reales Risiko einer Verletzung von Art. 3 EMRK besteht, sowie Personen, die vor Krieg, Bürgerkrieg oder allgemeiner Gewalt fliehen, wird ebenfalls eine vorläufige Aufnahme gewährt und sie erhalten einen F-Ausweis (Art. 83 Abs. 1, 3 und 4 AuG). Sie erhalten keinen Flüchtlingsstatus und haben somit eine andere rechtliche Stellung nach schweizerischem Recht. Sie werden im Folgenden als F-Ausweis-Inhaber bezeichnet. Einen F-Ausweis erhalten zudem auch Personen, die in ihrem Herkunftsland einer medizinischen Notlage ausgesetzt sind (Art. 83 Abs. 4 AuG). Diese Kategorie von F-Ausweis-Inhabern gehört allerdings nicht zum Gegenstand der vorliegenden Publikation.

Ca. 27 Prozent aller Personen, die einen F-Ausweis innehaben, sind Flüchtlinge (zwischen 2009 und Juni 2016).<sup>15</sup> Einem Bericht des Bundesrates zufolge waren die meisten Personen mit F-Ausweis Staatsangehörige Eritreas oder Syriens, gefolgt von Afghanistan (Stand 30. Juni 2016).<sup>16</sup> Von 2009 bis 2015 war bei ca. 0,03 Prozent der Beendigungen von vorläufigen Aufnahmen die Rückführung in den Heimatstaat der Beendigungsgrund.<sup>17</sup> Weitere ca. 3,84 Prozent haben die Schweiz freiwillig verlassen.<sup>18</sup> In der grossen Mehrheit der Fälle, über 96 Prozent, geht die Beendigung der vorläufigen Aufnahme mit einer dauerhaften Bewilligung einher. Nach fünf Jahren können Personen mit F-Ausweis einen B-Ausweis beantragen, vorausgesetzt sie erfüllen bestimmte Bedingungen (Art. 84 Abs. 5 AuG).

<sup>10</sup> Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 1, 70, verfügbar unter: [www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10053820](http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10053820).

<sup>11</sup> Europarat, *Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, in der Fassung der Protokolle Nr. 11 und 14, 4. November 1950, verfügbar unter: [www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_DEU.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_DEU.pdf).

<sup>12</sup> BBl 1996 II 1, 70, siehe oben Fn. 10; Urteil des BVGer vom 8. Dezember 2014 (D-1590/2014), § 7.

<sup>13</sup> Ein weiterer Grund wäre nach Art. 55 AsylG die Situation eines Massenzustroms, was jedoch in der Praxis bisher noch nicht angewendet wurde.

<sup>14</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. September 2017), verfügbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html); Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (Stand am 1. Januar 2017), verfügbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19270018/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19270018/index.html).

<sup>15</sup> Bericht des Bundesrates, *Vorläufige Aufnahme und Schutzbedürftigkeit: Analyse und Handlungsoptionen*, Juli 2016, S. 27; verfügbar unter: [www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/news/2016/2016-10-14/ber-va-d.pdf](http://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/news/2016/2016-10-14/ber-va-d.pdf).

<sup>16</sup> *Ibid.*, S. 26.

<sup>17</sup> *Ibid.*, S. 27.

<sup>18</sup> *Ibid.*



## 2.2 Unterscheidung zwischen Flüchtlingen mit B-Ausweis und Flüchtlingen mit F-Ausweis

Allgemein ist das Recht auf Familiennachzug bei Flüchtlingen mit F-Ausweis eingeschränkter als bei Flüchtlingen mit B-Ausweis.<sup>19</sup> In Bezug auf Flüchtlinge mit B-Ausweis legt Art. 51 Abs. 1 und 4 AsylG fest:

### **Art. 51 Familienasyl**

<sup>1</sup> Ehegatten von Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder werden als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen.

...

<sup>4</sup> Wurden die anspruchsberechtigten Personen nach Absatz 1 durch die Flucht getrennt und befinden sie sich im Ausland, so ist ihre Einreise auf Gesuch hin zu bewilligen.

Flüchtlinge mit B-Ausweis haben folglich gemäss Art. 51 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 AsylG ein einklagbares Recht auf den Nachzug ihrer Familienangehörigen, einzig unter der Voraussetzung, dass die familiären Bindungen bereits vor der Flucht bestanden (ausser in Fällen, in denen besondere Umstände vorliegen<sup>20</sup>).

Flüchtlinge mit F-Ausweis sowie F-Ausweis-Inhaber haben hingegen kein solches Recht.<sup>21</sup> Deren Situation ist in Art. 85 Abs. 7 AuG geregelt:

### **Art. 85 Ausgestaltung der vorläufigen Aufnahme**

...

<sup>7</sup> Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von vorläufig aufgenommenen Personen und vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen können frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme nachgezogen und in diese eingeschlossen werden, wenn:

- a. sie mit diesen zusammenwohnen;
- b. eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist; und
- c. die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist.

Art. 85 Abs. 7 AuG legt also zunächst einmal fest, dass Flüchtlinge mit F-Ausweis und F-Ausweis-Inhaber den Familiennachzug nicht vor Ablauf eines Zeitraums von drei Jahren ab Erteilung der vorläufigen Aufnahme beantragen können. Zweitens können Flüchtlinge mit F-Ausweis und F-Ausweis-Inhaber nur dann Familiennachzug beantragen, wenn die oben angegebenen Bedingungen von Art. 85 Abs. 7 lit. a-c AuG erfüllt sind. Dabei ist die problematischste dieser Bedingungen die Notwendigkeit des Nachweises, dass sie Ihren Lebensunterhalt bestreiten können, ohne Sozialhilfe zu beziehen (Art. 85 Abs. 7 lit. c AuG).

Der Zugang zum Schweizer Arbeitsmarkt wird Personen mit F-Ausweis durch verschiedene Hindernisse erschwert, wie restriktive Arbeitsgesetze während des Asylverfahrens, unzuverlässige Sprachkurse, medizinische Probleme und ständige Sorgen um Sicherheit und Wohl der Familienangehörigen im Heimatland. Nach drei Jahren in der Schweiz sind ca. 20 Prozent erwerbstätig.<sup>22</sup> Derzeit wird im Hinblick auf den Lebensunterhalt die Beantragung des Familiennachzugs nur verwehrt, wenn die betreffende Person von Sozialhilfe abhängig ist. Andere Massnahmen zu fi-

<sup>19</sup> Seit der Veröffentlichung eines neuen Präzedenz-Urteils des BVGer vom 21. Juni 2017 (F-8337/2015), können sich Flüchtlinge mit F-Ausweis in Bezug auf Mitglieder ihrer vor der Flucht gegründeten Familie, die sich bereits in der Schweiz aufhalten, nicht mehr auf Art. 51 Abs. 1 AsylG berufen, um diese in den Flüchtlingsstatus des Antragstellers einzuschliessen. Die Angehörigen erhalten somit nicht mehr automatisch Flüchtlingsstatus.

<sup>20</sup> Beispiele hierfür siehe C. Hruschka in: Thür/Zünd/Spescha/Bolzli/Hruschka, *Kommentar zum Migrationsrecht*, Orell Füssli 2015, Nr. 2 AsylG Art. 51 N4 und N9; S. Motz, in: Schweizerische Flüchtlingshilfe (SFH), *Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren*, Haupt Verlag 2015, S. 459-462, Abs. 1.2.2.

<sup>21</sup> Als jüngste Bestätigung hierfür, vgl. z. B. Urteil des BVGer vom 6. Dezember 2015 (F-2186/2015), E. 5.2; für eine dem widersprechende Sichtweise, vgl. C. Hruschka, *Kommentar zum Migrationsrecht*, siehe oben Fn. 20, Nr. 2 AsylG, Art. 51 N10.

<sup>22</sup> UNHCR, *Arbeitsmarktintegration: Die Sicht der Flüchtlinge und vorläufig Aufgenommenen in der Schweiz*, Dezember 2014, verfügbar unter: [www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2017/04/UNHCR-Integrationsstudie\\_CH\\_web.pdf](http://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2017/04/UNHCR-Integrationsstudie_CH_web.pdf).

nanziellen Unterstützung, insbesondere Ergänzungsleistungen zur Alters- und Hinterlassenenversicherung und Invalidenversicherung (auf Französisch: „*prestations complémentaires*“) <sup>23</sup> gelten hingegen nicht als Sozialhilfe. Allerdings ist im Zusammenhang mit der Umsetzung der Initiative „gegen Masseneinwanderung“ (Art. 121a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft) <sup>24</sup> vorgesehen, dass diese Ergänzungsleistungen im Rahmen von Anträgen auf Familiennachzug ebenfalls als Sozialhilfe gelten sollen. <sup>25</sup>

Der Schweizerische Bundesrat rechtfertigt das eingeschränkte Familiennachzugsrecht für Personen mit F-Ausweis mit der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK und der Tatsache, dass nur ein geringer Anteil der Personen mit F-Ausweis Flüchtlingsstatus hat. <sup>26</sup> Auch die Schweizer Gerichte erachten diese gesetzliche Bestimmung als konform mit Art. 8 EMRK. <sup>27</sup> Ihre Begründung ist, dass Einwanderer sich nur auf Art. 8 EMRK berufen können, wenn sie ein gefestigtes Aufenthaltsrecht haben, was Personen mit F-Ausweis gemäss Schweizer Rechtsprechung regulär nicht haben. <sup>28</sup> Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer) und des BVGer darüber, ob Personen mit F-Ausweis ein gefestigtes Aufenthaltsrecht haben und sich daher auf Art. 8 EMRK berufen können, ist allerdings uneinheitlich. <sup>29</sup> Vor Kurzem hat das BVGer entschieden, dass die Frage, ob die dreijährige Sperre konform mit Art. 8 EMRK ist, von Fall zu Fall zu entscheiden ist, sieht jedoch in keinem bisher existierenden Fall einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK. <sup>30</sup>

Entgegen der Argumentation des Bundesrates sind in Wirklichkeit ein Viertel der Personen mit F-Ausweis Flüchtlinge (siehe Abschnitt 2.1). Da 96 Prozent der Personen mit F-Ausweis dauerhaft in der Schweiz bleiben, kann ihr Aufenthalt zudem nicht als tatsächlich temporär angesehen werden. Hinzu kommt, dass von ihrem Status nicht darauf geschlossen werden kann, dass das familiäre Zusammenleben in ihrem Heimatland möglich wäre, da ein grosser Teil aus Eritrea, Syrien und Afghanistan stammt. Die dreijährige Sperre verhindert letztendlich auch, dass die Flüchtlinge mit F-Ausweis sich niederlassen und in die schweizerische Gesellschaft integrieren. In Abschnitt 5 wird die Vereinbarkeit der Sperre mit der EMRK vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR kritisch beleuchtet.

<sup>23</sup> Zur weiteren Information, siehe die Webseite der Informationsstelle AHV/IV, verfügbar unter: [www.ahv-iv.ch/de/Sozialversicherungen](http://www.ahv-iv.ch/de/Sozialversicherungen).

<sup>24</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 12. Februar 2017), verfügbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html).

<sup>25</sup> Siehe Staatssekretariat für Migration (SEM), *Factsheet: Zusatzbotschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration): Anpassung an Artikel 121a BV und Umsetzung von parlamentarischen Initiativen*, 4. März 2016, S. 1-2, verfügbar unter: <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/aug-integration/fs2-zusatzbot-d.pdf>; für eine kritische Betrachtung dessen von der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, siehe SKOS, *Stellungnahme zur Änderung des Ausländergesetzes: 1. Umsetzung von Art. 121a BV; 2. Anpassung der Gesetzesvorlage zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration)*, Mai 2015, verfügbar unter: [http://skos.ch/uploads/media/2015\\_Vernehmlassung\\_TeilrevisionAUG-d.pdf](http://skos.ch/uploads/media/2015_Vernehmlassung_TeilrevisionAUG-d.pdf).

<sup>26</sup> Siehe EMARK 2006/7 § 7.3, unter Bezugnahme auf den Bericht des Bundesrates zur Totalrevision der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen, Juli 1999.

<sup>27</sup> S. Motz, *Das Recht auf Familienleben von vorläufig aufgenommenen Personen*, in: Asyl 4/14, mit weiteren Verweisen.

<sup>28</sup> Siehe allerdings das EGMR-Urteil in *M.P.E.V. et al. v. Switzerland*, Nr. 3910/13, Urteil vom 8. Juli 2014, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145348>, wo die Bedingung des gefestigten Status für den Anspruch aus Art. 8 EMRK vom EGMR zurückgewiesen wurde.

<sup>29</sup> Siehe z. B. Urteil des BVGer vom 22. März 2016 (E-1484/2016) (das BVGer stellte in dem Familiennachzugsfall eines F-Ausweis-Inhabers, dem inzwischen ein B-Ausweis erteilt worden war, einen Eingriff in, aber keine Verletzung von Art. 8 EMRK fest); Urteil des BGer vom 13. Februar 2012 (2C\_639/2012) (das BGer entschied, dass eine Mutter mit F-Ausweis einen gefestigten Status hatte und sich auf Art. 8 EMRK berufen konnte, da eine Rückkehr in ihr Heimatland nicht von ihr verlangt werden konnte. Sie war allerdings auch mit einem B-Ausweis-Inhaber verheiratet. Das Gericht entschied, dass eine Ablehnung des Familiennachzugs in diesem Fall eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstellen würde); Urteil des BVGer vom 7. September 2016 (E-4190/2016) (Es entschied, dass die Mutter mit F-Ausweis einen gefestigten Status in der Schweiz hatte, jedoch die Existenz von Familienleben zwischen den Ehepartnern geprüft werden musste im Hinblick darauf, ob eine intensive und aktive Beziehung gepflegt wurde, E. 7.2.1 und 7.2.2); Urteil des BVGer F-2186/2015, siehe oben Fn. 21 (Es entschied, dass die F-Ausweis-Inhaberin, die vor mehr als vier Jahren in die Schweiz gekommen war und den F-Ausweis seit knapp drei Jahren hatte, noch keinen genügend gefestigten Status hatte, um sich auf Art. 8 EMRK berufen zu können, E. 6.3.2).

<sup>30</sup> Siehe Urteil des BVGer F-2186/1015, siehe oben Fn. 21, E. 6.3 (das BVGer entschied, dass die antragstellende Mutter kein Daueraufenthaltsrecht hatte, so dass sie sich nicht auf Art. 8 EMRK berufen konnte, und dass auch keine weiteren Gründe bestanden, aus denen die dreijährige Sperre einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK darstellen würde); Urteil des BVGer vom 13. März 2017 (F-8197/2015).

### 2.3 Unterschiedlicher Zugang zum Familiennachzug für Ehepartner von Flüchtlingen mit B-Ausweis je nach Zeitpunkt der Eheschliessung (vor/nach der Flucht)

Das schweizerische Recht sieht unterschiedliche Rechte in Bezug den Familiennachzug vor, in Abhängigkeit davon, ob die Familie vor der Flucht aus dem Heimatland begründet wurde oder danach entstanden ist.<sup>31</sup> Gemäss der Rechtsprechung des BVGer gilt die Bedingung des Familienlebens vor der Flucht nur als erfüllt, wenn die Familie im Heimatland getrennt wurde, jedoch nicht während der Flucht. Grundsätzlich wäre der Wortlaut von Art. 51 Abs. 4 AsylG („durch die Flucht getrennt“) offen genug, um auch Familienangehörige einzuschliessen, die erst während der Flucht eine Familie geworden sind und in einem Transitland getrennt wurden. Das BVGer hat jedoch entschieden, dass dieser Absatz nicht für Familienangehörige gilt, die ausserhalb ihres Heimatlandes getrennt wurden.<sup>32</sup> Wenn Familienangehörige also während der Flucht getrennt wurden, insbesondere in einem Transitland, erfüllen sie die Bedingung „vor der Flucht“ nicht mehr und die familiäre Bindung gilt als nach der Flucht entstanden.

Flüchtlinge mit B-Ausweis, die Familiennachzug für im Ausland befindliche Mitglieder ihrer nach der Flucht gegründeten Familie beantragen wollen, müssen sich auf Art. 44 AuG berufen, der Folgendes festlegt:

#### **Art. 44 Ehegatten und Kinder von Personen mit Aufenthaltsbewilligung**

Ausländischen Ehegatten und ledigen Kindern unter 18 Jahren von Personen mit Aufenthaltsbewilligung kann eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn:

- a. sie mit diesen zusammenwohnen;
- b. eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist; und
- c. sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind.

Dies ist eine Ermessensbestimmung, d. h. sie haben kein Anspruch auf Familiennachzug.<sup>33</sup> Bei der Anwendung ist „sorgfältig“ vorzugehen, Voraussetzung sind die in den Unterabsätzen (a) bis (c) aufgeführten Bedingungen. Auch hier ist die problematischste Anforderung die Notwendigkeit eines von Sozialhilfe unabhängigen Lebensunterhalts (Art. 44 lit. c AuG).<sup>34</sup> Wie die Personen mit F-Ausweis haben auch Flüchtlinge mit B-Ausweis Schwierigkeiten, diese Bedingung zu erfüllen. Die Beschäftigungsrate ist auch unter anerkannten Flüchtlingen während ihrer ersten Jahre in der Schweiz niedrig (ca. 20 Prozent nach drei Jahren).<sup>35</sup>

Das BGer hat dennoch entschieden, dass die Bedingungen nach Art. 44 AuG mit den Bestimmungen zum Recht auf Familienleben gemäss Art. 8 EMRK vereinbar sind.<sup>36</sup> In sehr begrenztem Masse hat das BGer allerdings befunden, dass ein Flüchtling mit B-Ausweis sich ausserhalb der Bedingungen von Art. 44 AuG beim Antrag auf Familiennachzug auf Art. 8 EMRK berufen kann.<sup>37</sup> Im Fall eines eritreischen Flüchtlings, der Familiennachzug seiner erst nach der Flucht geheirateten Ehefrau beantragte, war das BGer der Meinung, dass die Bedingung der Unabhängigkeit von Sozialhilfe

<sup>31</sup> Früher war es in Gesetz und Praxis in der Schweiz üblich, dass Familienangehörige auch in das Familienasyl nach Art. 51 Abs. 1 AsylG eingeschlossen werden konnten, wenn das Familienverhältnis nach der Flucht entstanden war. Die Praxis des SEM hat sich jedoch in dieser Hinsicht später geändert und Familienzusammenführung mit Angehörigen in der Schweiz war auch nur möglich, wenn die Familie vor der Flucht getrennt wurde. Ein Grundsatzurteil des BVGer hat allerdings kürzlich klargestellt, dass auch Mitglieder von nach der Flucht begründeten Familien in das Familienasyl gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG eingeschlossen werden können, sofern sie sich in der Schweiz und nicht im Ausland befinden. Siehe Urteil des BVGer vom 17. August 2017 (D-3175/2016).

<sup>32</sup> BVGE 2012/32, E. 5.4 mit weiteren Verweisen. Diese Entscheidungen des BVGer sind verfügbar unter: [www.bvger.ch/bvger/de/home/rechtsprechung/entscheidatenbank-bvger.html](http://www.bvger.ch/bvger/de/home/rechtsprechung/entscheidatenbank-bvger.html) (Urteil direkt über dessen Geschäftsnummer suchen).

<sup>33</sup> BGE 139 I 330, E. 1.3.2. Diese Entscheidungen des BGer sind verfügbar unter: [www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de](http://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de) (Urteil direkt über dessen Geschäftsnummer suchen).

<sup>34</sup> Wenn das Familienmitglied, für das die Einreise beantragt wird, in der Schweiz arbeiten kann und die bestehende Sozialhilfeabhängigkeit des in der Schweiz lebenden Flüchtlings nicht verschärft, besteht entgegen Art 44 lit. c AuG keine *zusätzliche* Abhängigkeit von Sozialhilfe: M. Spescha, *Kommentar zum Migrationsrecht*, siehe oben Fn. 20, Nr. 1 AuG, Art. 44 N 5.

<sup>35</sup> UNHCR, *Arbeitsmarktintegrationsstudie*, siehe oben Fn. 22, S. 16.

<sup>36</sup> BGE 137 I 284, E. 2.6.

<sup>37</sup> BGE 139 I 330.

gemäss Art. 44 lit. c AuG im Rahmen einer Beurteilung im Hinblick auf Art. 8 EMRK etwas relativiert werden kann:<sup>38</sup>

Unternimmt der anerkannte Flüchtling mit Asylstatus alles ihm Zumutbare, um auf dem Arbeitsmarkt seinen eigenen und den Unterhalt der (sich noch im Ausland befindenden, nach der Flucht begründeten) Familie möglichst autonom bestreiten zu können, und hat er auf dem Arbeitsmarkt zumindest bereits teilweise Fuss gefasst, kann dies genügen, um den Ehegattennachzug zu gestatten und das Familienleben in der Schweiz zuzulassen, falls er trotz dieser Bemühungen innerhalb der für den Familiennachzug geltenden Frist unverschuldet keine Situation zu schaffen vermag, die es ihm erlaubt, die Voraussetzungen von Art. 44 lit. c AuG zu erfüllen, sich der Fehlbetrag in vertretbarer Höhe hält und in absehbarer Zeit ausgeglichen werden kann.<sup>39</sup>

Das BGer hat also entschieden, dass der Antrag auf Familiennachzug auf der Grundlage von Art. 8 EMRK genehmigt werden sollte, vorausgesetzt der Flüchtling konnte zeigen, dass er in absehbarer Zukunft in der Lage sein würde, genügend Geld zu verdienen, um nach dem Familiennachzug nicht auf Sozialhilfe angewiesen zu sein. Dies kann relevant sein bei erwerbstätigen Armen, deren Einkommen knapp unter der Grenze für Sozialhilfe liegt. Es unterstützt aber keine allgemeinere Ausnahme von der Einkommensbedingung in Art. 44 lit. c AuG.

#### 2.4 Unterscheidung bei Fällen späten Familiennachzugs

Für Flüchtlinge mit B-Ausweis, die den Nachzug ihrer vor der Flucht begründeten Familie beantragen wollen, gibt es keine Frist zur Antragstellung (siehe Art. 51 Abs. 1 und 4 AsylG). Für die folgenden drei Gruppen gelten jedoch Fristen, innerhalb der sie den Antrag auf Familiennachzug für Familienangehörige im Ausland stellen müssen:

- Flüchtlinge mit B-Ausweis, die Nachzug von nach der Flucht begründeter Familie beantragen wollen;
- Flüchtlinge mit F-Ausweis, die Nachzug von Familienangehörigen beantragen wollen;
- F-Ausweis-Inhaber, die Nachzug von Familienangehörigen beantragen wollen.

Der Antrag auf Familiennachzug muss in diesen Fällen innerhalb von fünf Jahren entweder ab der Erteilung des Ausweises oder ab Entstehung des Familienverhältnisses, und zwar dem späteren der beiden Zeitpunkte, gestellt werden (Art. 47 Abs. 1 AuG bei Flüchtlingen mit B-Ausweis; Art. 74 Abs. 3 VZAE bei Personen mit F-Ausweis).

Wenn das Familienmitglied, für das die Einreisegenehmigung beantragt wird, ein Kind über 12 Jahren ist, muss der Antrag innerhalb eines Jahres ab Erteilung des Ausweises oder dem Beginn des Familienverhältnisses gestellt werden (Art. 47 Abs. 1 AuG bei Flüchtlingen mit B-Ausweis; Art. 74 Abs. 3 VZAE bei Personen mit F-Ausweis). Anträge, die ausserhalb der Frist eingereicht werden (sogenannter „nachträglicher Familiennachzug“), können nur aus „wichtigen familiären Gründen“ bewilligt werden (Art. 47 Abs. 4 AuG bei Flüchtlingen mit B-Ausweis; Art. 74 Abs. 4 VZAE bei Personen mit F-Ausweis). Solche wichtigen familiären Gründe bestehen, wenn das Wohl eines Kindes nur durch den Familiennachzug in die Schweiz angemessen geschützt werden kann (Art. 75 VZAE).<sup>40</sup> Dieses Kriterium wird in der Praxis sehr restriktiv gehandhabt.<sup>41</sup>

Bei Flüchtlingen mit F-Ausweis müssen die Behörden bei der Entscheidung über den Antrag auf Familiennachzug die „besondere Situation“ von Flüchtlingen berücksichtigen (Art. 74 Abs. 5 VZAE).

Grundsätzlich ist es im Interesse des Flüchtlings, einen zügigen Nachzug seiner Familienangehörigen anzustreben. Allerdings kann es in der Praxis triftige Gründe für Verzögerungen bei Anträgen

<sup>38</sup> *Ibid.*, E. 4.2.

<sup>39</sup> Hier enthält die englische Version des Berichts eine inoffizielle Übersetzung des deutschen Originaltextes.

<sup>40</sup> Art. 75 VZAE verweist ausdrücklich auf Art. 47 AuG; zur Anwendbarkeit bei Anträgen von Personen mit F-Ausweis vgl. P. Bolzli, *Kommentar zum Migrationsrecht*, siehe oben Fn. 20, Nr. 1 AuG, Art. 85 N 15.

<sup>41</sup> M. Spescha, *Kommentar zum Migrationsrecht*, siehe oben Fn. 20, Nr. 1 AuG, Art. 47 N 7.

auf Familiennachzug geben, besonders im Hinblick auf die Ein-Jahres-Frist für Kinder über 12 Jahren. Dazu gehören z. B. der Verlust des Kontakts mit den Familienangehörigen aufgrund von Krieg, Veränderung der Betreuungsregelungen oder der Bedingungen im betreffenden Land und anderweitige unvorhersehbare Veränderungen. Auch diese Bestimmung wird in Abschnitt 5 vor dem Hintergrund von Art. 8 EMRK betrachtet.

## 2.5 Beweisanforderungen hinsichtlich des Familienverhältnisses

Gemäss Art. 7 AsylG bestehen die Beweisanforderungen für den Nachweis des Familienverhältnisses darin, dieses „glaubhaft“ zu machen.<sup>42</sup> Bei Zweifeln kann das Staatssekretariat für Migration (SEM) einen DNA-Test und die Zahlung eines Kostenvorschusses verlangen, vorausgesetzt die betroffenen Personen sind einverstanden (siehe Art. 33 Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen).<sup>43</sup> Eine Verweigerung des DNA-Tests führt zu der Schlussfolgerung, dass das Familienverhältnis nicht glaubhaft gemacht wurde. Flüchtlinge, die gemäss Art. 51 Abs. 4 AsylG einen Anspruch auf Familiennachzug haben, können bei Mangel an finanziellen Mitteln eine Befreiung von den Kosten des DNA-Tests beantragen.<sup>44</sup>

In der Praxis sind die von den schweizerischen Behörden und Gerichten auferlegten Beweisanforderungen oft unangemessen hoch. Besonders Anträge auf Familiennachzug von Ehepartnern werden oft abgelehnt, weil die Behörden und Gerichte es nicht für erwiesen erachten, dass das Paar verheiratet ist oder vor der Flucht zusammenlebte.<sup>45</sup>

## 2.6 Innerstaatliche Rechtsbehelfe

Im schweizerischen Recht gibt es zwei verschiedene juristische Wege um gegen eine Verweigerung des Familiennachzugs Beschwerde einzulegen. In Fällen, in denen die Antragstellung auf dem Asylgesetz beruhte und daher an das SEM (siehe Abbildung in Abschnitt 2.1) zu richten war, oder in Fällen, in denen das kantonale Migrationsamt den Antrag an das SEM weiterleiten musste (gemäss Art. 74 Abs. 4 VZAE), muss die Beschwerde beim BVGer eingelegt werden (Art. 33 lit. d Verwaltungsgerichtsgesetz<sup>46</sup>). In solchen Fällen ist das BVGer die erste und letzte juristische Instanz, da eine Beschwerde an die einzig höhere juristische Instanz, das BGer, gesetzlich ausgeschlossen ist.<sup>47</sup>

In Fällen, in denen die Antragstellung auf dem Ausländergesetz beruhte und daher an die kantonale Migrationsbehörde zu richten war (nämlich für nach der Flucht begründete Familien von Flüchtlingen), muss die Beschwerde nach kantonalen Verfahrensregeln erfolgen. Normalerweise bedeutet dies, dass zunächst Beschwerde bei der internen Überprüfungsbehörde der kantonalen Amtsstelle einzulegen ist, die für die kantonale Migrationsbehörde zuständig ist, danach beim kantonalen Verwaltungsgericht und schliesslich beim BGer, vorausgesetzt der Antragsteller hat Anspruch nach innerstaatlichem Recht oder Völkerrecht.<sup>48</sup> Ein solcher Anspruch besteht gemäss Art. 8 EMRK in Familiennachzugsfällen, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind.<sup>49</sup>

<sup>42</sup> SFH, *Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren*, siehe oben Fn. 20, S. 459.

<sup>43</sup> Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 8. Oktober 2004 (Stand am 1. Januar 2014), verfügbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20011087/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20011087/index.html), Art. 33. Siehe SEM, *Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel F8, Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Personen und vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen (Familieneinigung)*, S. 7-8, verfügbar unter: [www.sem.admin.ch/dam/data/sem/asyl/verfahren/hb/f/hb-f8-d.pdf](http://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/asyl/verfahren/hb/f/hb-f8-d.pdf); Bundesamt für Migration (BFM), Weisung 322.126, Einreisegesuche im Hinblick auf einen Familiennachzug: DNA-Profil und Prüfung von Zivilstandsurkunden, 25. Juni 2012, S. 6/7, verfügbar unter: <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/familie/20120625-weis-dnaprofil-familiennachzug-f.pdf>.

<sup>44</sup> Vgl. C. Hruschka, *Kommentar zum Migrationsrecht*, siehe oben Fn. 20, Nr. 2 AsylG Art. 51 N 11; SFH, *Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren*, siehe oben Fn. 20, S. 459.

<sup>45</sup> Siehe z. B. Urteil des BVGer vom 19. Juli 2007 (D-4847/2006); Urteil des BVGer vom 28. Dezember 2015 (E-2944/2015).

<sup>46</sup> Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Stand am 1. September 2017), verfügbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20010206/index.html>.

<sup>47</sup> Siehe Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Stand am 1. Juni 2017), verfügbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20010204/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20010204/index.html), Art. 83 lit. d Ziff. 1 BGG.

<sup>48</sup> Auf französisch „droit“. Siehe Bundesgerichtsgesetz, Art. 83 lit. c Ziff. 2.

<sup>49</sup> BGE 137 I 284, E. 1.3; BGE 135 I 143, E. 1.3.1 mit weiteren Verweisen; sie wurden in BGE 139 I 330 im Fall eines Flüchtlings mit B-Ausweis, der einen Antrag auf Nachzug seiner nach der Flucht geheirateten Partnerin stellte, für erfüllt befunden.

## 2.7. Zusammenfassung

Angesichts der verschiedenen rechtlichen Hürden für den Familiennachzug für anerkannte Flüchtlinge und F-Ausweis-Inhaber in der Schweiz werden Anträge auf Familiennachzug oft aufgrund mangelnder Erfüllung der rechtlichen und praktischen Anforderungen zurückgewiesen. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Ablehnungen allgemein mit dem Recht auf Familienleben nach Art. 8 EMRK vereinbar sind.

## 3. FAMILIENNACHZUG FÜR FLÜCHTLINGE UND PERSONEN, DIE UNTER INTERNATIONALEN SCHUTZ STEHEN, NACH VÖLKERRECHT

Verschiedene internationale Menschenrechtsbestimmungen sind für Familiennachzugsfälle von Bedeutung. Der vorliegende Abschnitt betrachtet zunächst eine Auswahl an Schutzstandards des internationalen Flüchtlingsrechts, anschliessend verschiedene für Familiennachzugsfälle relevante Menschenrechtsabkommen der Vereinten Nationen und schliesslich bestimmte, in diesem Zusammenhang geltende Normen des Europarates.

### 3.1 Schutzstandards des internationalen Flüchtlingsrechts

Die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951<sup>50</sup> selbst garantiert Flüchtlingen kein Recht auf Familiennachzug. Allerdings gibt die Schlussakte der Bevollmächtigtenkonferenz eine Empfehlung an die nationalen Regierungen, die notwendigen Massnahmen zum Schutz der Familien von Flüchtlingen zu ergreifen, im Hinblick darauf,

- 1) sicherzustellen, dass die Einheit der Familie des Flüchtlings aufrechterhalten bleibt, besonders in Fällen, in denen der Familienvorstand die für die Annahme in einem bestimmten Land erforderlichen Voraussetzungen erfüllt,
- 2) den Schutz von Flüchtlingen, die noch minderjährig sind, insbesondere Kindern ohne Begleitung Erwachsener, unter besonderer Beachtung von Vormundschaft und Adoption, sicherzustellen.<sup>51</sup>

Auch wenn diese Empfehlung nicht bindend ist, wird sie dennoch von den meisten Staaten befolgt.<sup>52</sup> Zudem hat das Exekutiv-Komitee (ExKom) des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR)<sup>53</sup> mehrere Beschlüsse über den Familiennachzug herausgegeben, darunter Beschluss Nr. 24 (XXXII) von 1981. Laut diesem „sollte jede mögliche Anstrengung unternommen werden, um die Zusammenführung getrennter Familien zu gewährleisten“ und „ist es wünschenswert, das Asylländer und Herkunftsländer die Bemühungen des Hohen Kommissars unterstützen, um zu gewährleisten, dass die Zusammenführung getrennter Familien mit geringstmöglicher Verzögerung stattfindet“.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Generalversammlung der Vereinten Nationen («*United Nations General Assembly*», UNGA), *Abkommen über die Rechtstellung der Flüchtlinge*, 28. Juli 1951, Vertragsserie der Vereinten Nationen (UNTS), Vol. 189, S. 137, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/3be01b964.html](http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html).

<sup>51</sup> UNO, *Schlussakte der Konferenz der Bevollmächtigten der Vertragsparteien der Konvention*, 25. Juli 1951, UNTS, Vol. 189, S. 137, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/3e2becbb4.html](http://www.refworld.org/docid/3e2becbb4.html).

<sup>52</sup> UNHCR, *Handbuch und Richtlinien über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft gemäss dem Abkommen von 1951 und dem Protokoll von 1967 über die Rechtstellung der Flüchtlinge*, Dezember 2011 (deutsche Version 2013), HCR/IP/4/ENG/REV.3, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/4f33c8d92.html](http://www.refworld.org/docid/4f33c8d92.html), § 183.

<sup>53</sup> Das ExKom setzt sich aus Vertretern der Mitgliedsstaaten der Vereinten Nationen oder Mitgliedern der Sonderorganisationen zusammen. Die Mitglieder werden vom Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen gewählt, auf grösstmöglicher geographischer Ebene aus solchen Staaten mit nachweislichem Interesse und Engagement bei der Lösung des Flüchtlingsproblems. Siehe UNGA Resolution 1166 (XII), *International Assistance to Refugees within the Mandate of the UNHCR*, verfügbar unter: [www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/1166%20\(XII\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1166%20(XII)), § 5.

<sup>54</sup> UNHCR, *Familienzusammenführung Nr. 24 (XXXII) - 1981*, 21. Oktober 1981, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/3ae68c43a4.html](http://www.refworld.org/docid/3ae68c43a4.html), §§ 1 und 2.

Im Hinblick auf die Nachweisunterlagen über die Familienverhältnisse äussert das ExKom die Hoffnung, „dass Asyländer bei der Bestimmung derjenigen Familienmitglieder, die aufgenommen werden können, liberale Kriterien anwenden“, „[u]m eine umfassende Familienzusammenführung zu fördern“ und dass „das Fehlen dokumentarischer Nachweise über die formelle Gültigkeit einer Eheschliessung oder die Abstammung von Kindern nicht per se als Hinderungsgrund angesehen“ werden sollte.<sup>55</sup>

In Bezug auf unbegleitete Minderjährige äussert derselbe Beschluss, dass „jede mögliche Anstrengung unternommen werden [sollte], die Eltern oder andere nahe Verwandte von unbegleiteten Minderjährigen vor der Wiederansiedlung in einem Drittland ausfindig zu machen“.<sup>56</sup>

Im Hinblick auf die Anforderungen bzgl. Lebensunterhalt und Wohnung wird dargelegt, dass „[i]n geeigneten Fällen [...] die Familienzusammenführung durch besondere Massnahmen zur Unterstützung des Familienoberhauptes erleichtert werden [sollte], damit wirtschaftliche Schwierigkeiten und Wohnungsprobleme im Asylland die Erteilung einer Einreiseerlaubnis für Familienmitglieder nicht ungebührlich verzögern“.<sup>57</sup>

Des Weiteren hat das ExKom auch dargelegt, dass dies nicht nur für Flüchtlinge, die dauerhaft aufgenommen wurden, gelten sollte, sondern dass „die Staaten zumindest den Ehegatten und minderjährigen oder abhängigen Kindern einer jeden Person, der bereits vorläufige Zuflucht oder dauerndes Asyl gewährt worden ist, die Aufnahme in ihrem Land erleichtern“ sollten.<sup>58</sup> Zudem betont es, dass „jede Massnahme zugunsten von [Flüchtlingsk]inder von dem Grundsatz des Wohles des Kindes (*best interest of the Child*) und dem Grundsatz der Familieneinheit geleitet sein“ müsse.<sup>59</sup>

### 3.2 Internationale Menschenrechtsnormen

Auf internationaler Ebene wird das Recht auf Familienleben von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (Art. 16 Abs. 3)<sup>60</sup> und dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Art. 23 Abs. 1) garantiert.<sup>61</sup>

Der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen hat die Allgemeine Bemerkung Nr. 19 verabschiedet, die festlegt, dass Art. 23 Abs. 1 IPbPR die Annahme geeigneter Massnahmen einschliesst, „um sowohl innerstaatlich als gegebenenfalls auch in Zusammenarbeit mit anderen Staaten die Einheit oder die Wiedervereinigung der Familie zu gewährleisten, insbesondere wenn die Trennung ihrer Mitglieder auf politischen, wirtschaftlichen oder vergleichbaren Gründen beruht“.<sup>62</sup> In der Allgemeinen Bemerkung Nr. 15 bestätigt der Menschenrechtsausschuss, dass das Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 23 IPbPR unter bestimmten Umständen einem Ausländer das Recht auf Einreise oder Aufenthalt auf dem Gebiet eines Vertragsstaates verschafft.<sup>63</sup>

<sup>55</sup> *Ibid.*, §§ 5 und 6.

<sup>56</sup> *Ibid.*, § 7. Siehe auch UNHCR, *Flüchtlingskinder Nr. 47 (XXXVIII) - 1987*, 12. Oktober 1987, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/3ae68c432c.html](http://www.refworld.org/docid/3ae68c432c.html), § (i).

<sup>57</sup> ExKom Beschluss Nr. 24, siehe oben Fn. 54, § 9.

<sup>58</sup> UNHCR, *Flüchtlinge ohne Asylland Nr. 15 (XXX) - 1979*, 16. Oktober 1979, verfügbar unter: [www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3ae68c960](http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3ae68c960), § (e).

<sup>59</sup> ExKom-Beschluss Nr. 47, siehe oben Fn. 56, § (d).

<sup>60</sup> UNGA, *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*, 10. Dezember 1948, Resolution 217 A (III), verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html](http://www.refworld.org/docid/3ae6b3712c.html).

<sup>61</sup> UNGA, *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, 16. Dezember 1966, UNTS, Vol. 999, S. 171, verfügbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19660262/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19660262/index.html) (nachstehend: IPbPR), Art. 23 Abs. 1. In Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992.

<sup>62</sup> UNO-Menschenrechtsausschuss (MRA), *Allgemeine Bemerkung Nr. 19: Artikel 23 (Familie)*, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/45139bd74.html](http://www.refworld.org/docid/45139bd74.html), § 5; deutsche Übersetzung aus: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), *Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen: Deutsche Übersetzung und Kurzeinführungen* (Nomos Verlagsgesellschaft 2005), 82.

<sup>63</sup> MRA, *Allgemeine Bemerkung Nr. 15: Stellung von Ausländern im Hinblick auf den Pakt*, 11. April 1986, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/45139acfc.html](http://www.refworld.org/docid/45139acfc.html), § 5.

Des Weiteren verbietet das Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW),<sup>64</sup> für die Schweiz in Kraft getreten am 26. April 1997, in Art. 2 jegliche Diskriminierung von Frauen. Der CEDAW-Ausschuss legt in seiner Allgemeinen Empfehlung Nr. 26 vom 5. Dezember 2008 über Wanderarbeitnehmerinnen dar:

Women migrant workers may be subjected to particularly disadvantageous terms regarding their stay in a country. They are sometimes unable to benefit from family reunification schemes, which may not extend to workers in female dominated sectors, such as domestic workers or those in entertainment...<sup>65</sup>

In derselben Allgemeinen Empfehlung Nr. 26 empfiehlt der CEDAW-Ausschuss:

Legal protection for the rights of women migrant workers: States parties should ensure that constitutional and civil law and labour codes provide to women migrant workers the same rights and protection that are extended to all workers in the country, including the right to organize and freely associate. They should ensure that contracts for women migrant workers are legally valid. In particular, they should ensure that occupations dominated by women migrant workers, such as domestic work and some forms of entertainment, are protected by labour laws, including wage and hour regulations, health and safety codes and holiday and vacation leave regulations.

...

Non-discriminatory family reunification schemes: States parties should ensure that family reunification schemes for migrant workers are not directly or indirectly discriminatory on the basis of sex (article 2 (f)).<sup>66</sup>

Zudem legt Art. 15 Abs. 4 CEDAW fest, dass Männern und Frauen „die gleichen Rechte hinsichtlich der Rechtsvorschriften über die Freizügigkeit und die freie Wahl ihres Aufenthaltsorts und ihres Wohnsitzes“ zu gewähren sind. Der CEDAW-Ausschuss hat in seiner Allgemeinen Empfehlung Nr. 21 über „Gleichberechtigung in der Ehe und in den Familienbeziehungen“ dargelegt, dass Art. 15 Abs. 4 CEDAW bedeutet, dass „Wanderarbeitnehmerinnen, die vorübergehend in einem anderen Land leben und arbeiten, [...] die gleichen Rechte wie Männer auf Nachzug ihrer Ehegatten, Partner und Kinder haben [sollten]“.<sup>67</sup>

Ein weiteres hier relevantes menschenrechtliches Rahmenwerk, auf das in der Rechtsprechung des EGMR regelmässig Bezug genommen wird (siehe Abschnitt 4.2.3), ist die Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen vom 20. November 1989 (CRC),<sup>68</sup> die für die Schweiz am 26. März 1997 in Kraft getreten ist. Insbesondere bezieht sich der EGMR regelmässig auf Art. 3 CRC, der Folgendes festlegt:

Bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

<sup>64</sup> UNGA, *Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, 18. Dezember 1979, UNTS, Vol. 1249, S. 13, verfügbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19983322/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19983322/index.html).

<sup>65</sup> UNO-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau, *Allgemeine Empfehlung Nr. 26: Wanderarbeitnehmerinnen*, 5. Dezember 2008, CEDAW/C/2009/WP.1/R, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/4a54bc33d.html](http://www.refworld.org/docid/4a54bc33d.html), § 19.

<sup>66</sup> *Ibid.*, §§ 26 (b), (e).

<sup>67</sup> UNO-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau, *Allgemeine Empfehlung Nr. 21: Gleichberechtigung in der Ehe und in den Familienbeziehungen*, 1994, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/48abd52c0.html](http://www.refworld.org/docid/48abd52c0.html), § 10; deutsche Übersetzung aus: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), *Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen: Deutsche Übersetzung und Kurzeinführungen* (Nomos Verlagsgesellschaft 2005), 462.

<sup>68</sup> UNGA, *Übereinkommen über die Rechte des Kindes*, 20. November 1989, UNTS, Vol. 1577, S. 3, verfügbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19983207/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19983207/index.html).



Das Wohl des Kindes darf nicht auf eine Ebene mit allen anderen Aspekten gestellt werden, sondern es muss stärker als diese berücksichtigt werden.<sup>69</sup> Im Fall von besonders verletzlichen Kindern ist das Kindeswohl unter angemessener Berücksichtigung anderer, auf die jeweilige Situation bezogener Menschenrechtsnormen zu bestimmen, u. a. der Flüchtlingskonvention bei Flüchtlingskindern.<sup>70</sup> Art. 37 lit. a CRC verbietet es, Kinder zu foltern oder anderweitiger grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung zu unterziehen.

Die Schweiz hat einen Vorbehalt zu Art. 10 CRC, der wichtigsten Bestimmung über den Familiennachzug in der Kinderrechtskonvention, geäussert. Allerdings regelt Art. 22 als *lex specialis* zu Art. 10 die Situation von Flüchtlingskindern und gilt für die Schweiz. Art. 22 Abs. 2 CRC verlangt von den Vertragsstaaten, mit den Vereinten Nationen und anderen Organisationen in der ihnen angemessen erscheinenden Weise zu kooperieren, „um ein solches Kind zu schützen, um ihm zu helfen“ und um seine Eltern oder Familienangehörigen zu finden, „mit dem Ziel, die für eine Familienzusammenführung notwendigen Informationen zu erlangen“. Diese Verpflichtung steht im Einklang mit dem allgemeinen Recht des Kindes, „seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden“, nach Art. 7 Abs. 1 CRC. In Bezug auf den Familiennachzug allgemein, auch nach Art. 9 und Art. 10 CRC, hat der Ausschuss über die Rechte des Kindes Folgendes erklärt:

Wann immer die Familienzusammenführung im Herkunftsland nicht möglich ist – unabhängig davon, ob dies auf rechtliche Hindernisse für die Rückkehr zurückzuführen ist oder ob die Erwägungen im Sinne des Kindeswohls gegen eine Rückkehr entschieden haben –, werden die Verpflichtungen gemäss Artikel 9 und 21 des Übereinkommens wirksam und sollten die Entscheidungen des Gastlandes zur Frage einer Familienzusammenführung im eigenen Land leiten. In diesem Zusammenhang seien die Vertragsstaaten insbesondere daran erinnert, dass „von einem Kind oder seinen Eltern zwecks Familienzusammenführung gestellte Anträge auf Einreise in einen Vertragsstaat oder Ausreise aus einem Vertragsstaat von den Vertragsstaaten wohlwollend, human und beschleunigt bearbeitet“ werden sollten und „keine nachteiligen Folgen für die Antragsteller und deren Familienangehörige“ haben dürfen (Artikel 10 Abs. 1). Die Herkunftsländer haben das „Recht des Kindes und seiner Eltern, aus jedem Land einschliesslich ihres eigenen auszureisen und in ihr eigenes Land einzureisen“, (Artikel 10 Abs. 2) zu achten.<sup>71</sup>

Des Weiteren haben Flüchtlingskinder einen Anspruch auf angemessenen Schutz und humanitäre Hilfe (Art. 22 CRC). Zudem legt Art. 6 CRC fest, dass „jedes Kind ein angeborenes Recht auf Leben hat“ und alle Vertragsstaaten werden erfordert, „in grösstmöglichem Umfang das Überleben und die Entwicklung des Kindes“ zu gewährleisten. Die Vertragsstaaten müssen eine Umgebung schaffen, welche die Menschenwürde eines jeden Kindes respektiert und seine ganzheitliche Entwicklung gewährleistet.<sup>72</sup> Dieselben Risiken und Schutzfaktoren müssen für die Verwirklichung des Rechts des Kindes auf Gesundheit gemäss Art. 24 CRC berücksichtigt werden. Nach Art. 27 CRC müssen die Vertragsstaaten zudem das Recht eines jeden Kindes auf einen seiner körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen Entwicklung angemessenen Lebensstandard anerkennen.

Gemäss dem Recht auf Nichtdiskriminierung nach Art. 2 CRC sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, angemessene Massnahmen zu treffen, um das Kind vor Diskriminierung zu schützen. Dies ist nicht nur eine passive Verpflichtung, sondern verlangt proaktive Massnahmen für tatsächlich gleiche Möglichkeiten für alle Kinder, hinsichtlich der in der Konvention vereinbarten Rechte. Dies kann positive Massnahmen zur Beseitigung existierender Ungleichheit erfordern.<sup>73</sup>

Gemäss Art. 19 CRC müssen die Vertragsstaaten „alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs-, Sozial- und Bildungsmassnahmen [treffen], um das Kind vor jeder Form körperlicher oder geisti-

<sup>69</sup> UNO-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013): Kindeswohl (the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, art. 3 para. 1)*, 2. Mai 2013, §§ 37, 39.

<sup>70</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>71</sup> UNO-Ausschuss für Kinderrechte, *Allgemeine Bemerkung Nr. 6 (2005): Behandlung unbegleiteter und von ihren Eltern getrennter Kinder ausserhalb ihres Herkunftslandes*, 3. Juni 2005, CRC/GC/2005/6, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/42dd174b4.html,%20%C2%A7](http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html,%20%C2%A7), § 83.

<sup>72</sup> UNO-Ausschuss für Kinderrechte, *Allgemeine Bemerkung Nr. 14*, siehe oben Fn. 69, § 42.

<sup>73</sup> *Ibid.*, § 41.

ger Gewaltanwendung, Schadenzufügung oder Misshandlung, vor Verwahrlosung oder Vernachlässigung, vor schlechter Behandlung oder Ausbeutung einschliesslich des sexuellen Missbrauchs zu schützen“. Gemäss Art. 39 CRC:

Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Massnahmen, um die physische und psychische Genesung und die soziale Wiedereingliederung eines Kindes zu fördern, das Opfer irgendeiner Form von Vernachlässigung, Ausbeutung und Misshandlung, der Folter oder einer anderen Form grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe geworden ist. Die Genesung und Wiedereingliederung müssen in einer Umgebung stattfinden, die der Gesundheit, der Selbstachtung und der Würde des Kindes förderlich ist.

### 3.3 Normen des Europarates

Gemäss Art. 8 EMRK:

1. Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.
2. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer

Das Ministerkomitee des Europarates hat die Empfehlung Nr. R (99) 23 vom 15. Dezember 1999 über die Familienzusammenführung für Flüchtlinge und andere Menschen, die des internationalen Schutzes bedürfen, herausgegeben.<sup>74</sup> Darin erklärt das Ministerkomitee, dass die Mitgliedsstaaten den Familiennachzug von Ehepartnern, abhängigen minderjährigen Kindern und, je nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder Praktiken, anderen Familienangehörigen unterstützen sollen.<sup>75</sup>

In Bezug auf die Verfahren zum Familiennachzug wird darin hervorgehoben, dass Anträge auf Familiennachzug von Flüchtlingen und anderen Menschen, die des internationalen Schutzes bedürfen, wohlwollend, human und zügig bearbeitet werden sollten. Hinsichtlich der Nachweisdokumente über die Familienverhältnisse sollten die Mitgliedsstaaten zunächst einmal auf die verfügbaren Dokumente vertrauen, die vom Antragsteller eingereicht bzw. von zuständigen humanitären Organisationen oder auf andere Weise beschafft wurden. Das Fehlen solcher Dokumente sollte nicht per se als Hindernis für die Antragstellung gesehen werden, zudem können die Mitgliedsstaaten die Antragsteller auffordern, die existierende Familienbeziehung auf andere Weise nachzuweisen.<sup>76</sup>

Des Weiteren lenkt die Empfehlung die Aufmerksamkeit auf die Situation besonders verletzlicher Antragsteller. Insbesondere wenn es um unbegleitete Minderjährige geht, sollten die Mitgliedsstaaten im Hinblick auf Familienzusammenführung mit den Kindern oder deren Bevollmächtigten kooperieren, um Familienangehörige des Kindes ausfindig zu machen.<sup>77</sup>

Die Parlamentarische Versammlung des Europarates (PACE) hat ebenfalls Empfehlungen zu diesem Thema herausgegeben. Die PACE-Empfehlung 1686 (2004) über menschliche Mobilität und das Recht auf Familienzusammenführung erklärt, dass das Recht auf Familienleben ein für jedermann geltendes Grundrecht ist und dass die Wiederherstellung der Familien von rechtmässig ansässigen Einwanderern und Flüchtlingen durch Familiennachzug die Integration in die Gesellschaft des aufnehmenden Landes fördert und den sozialen Zusammenhalt stärkt.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Europarat, *Recommendation No. R (99) 23 of the Committee of Ministers to member States on family reunion for refugees and other persons in need of international protection*, 15. Dezember 1999, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/3ae6b39110.html](http://www.refworld.org/docid/3ae6b39110.html).

<sup>75</sup> *Ibid.*, § 2.

<sup>76</sup> *Ibid.*, § 4.

<sup>77</sup> *Ibid.*, § 5.

<sup>78</sup> Europarat: Parlamentarische Versammlung (PACE), *Recommendation 1686 (2004): Human mobility and the right to family reunion*, 23. November 2004, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/583ed1c77.html](http://www.refworld.org/docid/583ed1c77.html), §§ 1 und 6.

In der PACE-Empfehlung 1327 (1997) über Schutz und Stärkung der Menschenrechte von Flüchtlingen und Asylbewerbern in Europa<sup>79</sup> legt die Parlamentarische Versammlung dar, dass in das Konzept der Familie von Asylbewerbern auch *de facto*-Familienmitglieder einzubeziehen sind, z. B. die Konkubine und die natürlichen Kinder des Asylbewerbers sowie ältere, gebrechliche oder anderweitig abhängige Verwandte. Sie empfiehlt, dass den Mitgliedern einer Familie die Zusammenführung bereits während des Verfahrens zur Bestimmung des Flüchtlingsstatus, das manchmal sehr lange dauern kann, ermöglicht werden sollte und dass die Bestimmungen zum Familiennachzug bei Personen, denen vorübergehender Schutz gewährt oder der Aufenthalt aus humanitären Gründen bewilligt wurde, überdacht werden sollten.<sup>80</sup>

## 4. DIE RECHTSPRECHUNG DES EGMR ZU ART. 8 EMRK IN BEZUG AUF FAMILIENNACHZUG

### 4.1 Einleitung

In den vergangenen 30 Jahren hat der EGMR etwa 30 Urteile zu Anträgen von Immigranten auf Familiennachzug (einschliesslich Zulässigkeitsentscheidungen) gefällt. Der Gerichtshof hat in diesen Fällen einige Kriterien für die Anwendung von Art. 8 EMRK entwickelt, jedoch scheint sich seine Rechtsprechung noch immer zu verändern. In einigen jüngeren Urteilen hat der Gerichtshof zum Beispiel relevante Kriterien für den Familiennachzug von Flüchtlingen entwickelt.

Der Gerichtshof zeigte anfänglich eine sehr konservative Einstellung zum Familiennachzug. In seiner ersten diesbezüglichen Entscheidung von 1986, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, hat er entschieden, dass die Ablehnung des Familiennachzugs von nach der Einwanderung geheirateten Ehepartnern von im Vereinigten Königreich lebenden Einwanderern nicht einmal einen Eingriff in das Familienleben nach Art. 8 EMRK darstellte.<sup>81</sup>

Das nächste Urteil zu einem Familiennachzug betraf die Schweiz. In dem Fall *Gül v. Switzerland* von 1996 ging es um den Antrag auf Familiennachzug von einem kurdischen Ehepaar aus der Türkei für dessen minderjährigen Sohn in der Türkei.<sup>82</sup> Der Gerichtshof erachtete es als besonders relevant, dass der Antragsteller in der Schweiz nur einen F-Ausweis aus medizinischen Gründen erhalten hatte und mehrere Male in die Türkei zurückgekehrt war, um seinen Sohn zu besuchen. Auf dieser Grundlage sah der Gerichtshof keinen Konflikt mit Art. 8 EMRK,<sup>83</sup> da nichts gegen ein Familienleben des Ehepaares mit seiner Tochter und seinem Sohn in der Türkei sprach (der Gerichtshof erklärte, dass die Situation problematischer war in Bezug auf die Frau des Antragstellers, die ihren F-Ausweis aus dringenderen medizinischen Gründen erhalten hatte).<sup>84</sup>

Im Juli 1999, d. h. nach dem Urteil in *Gül*, wurden vom Bundesrat Änderungen an der Gesetzgebung zum Familiennachzug für Personen mit F-Ausweis in der Schweiz vorgenommen. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung dachte man zu dieser Zeit, dass eingeschränkte Rechte auf Familiennachzug für Personen mit F-Ausweis nicht zu Problemen mit Art. 8 EMRK führen würden.

Der Gerichtshof bestätigte seine konservative Einstellung zum Familiennachzug in dem Fall *Ahmut v. the Netherlands*.<sup>85</sup> Er stellte keinen Verstoß gegen Art. 8 EMRK fest in dem Fall eines Antrags auf Familiennachzug von einem marokkanischen Vater für seinen Sohn, dessen Mutter

<sup>79</sup> PACE, *Recommendation 1327 (1997) on the protection and reinforcement of the human rights of refugees and asylum-seekers in Europe*, 24. April 1997, Rec 1327 (1997), verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/47fdaf20.html](http://www.refworld.org/docid/47fdaf20.html).

<sup>80</sup> *Ibid.*, §§ VII lit. o, p und q.

<sup>81</sup> EGMR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81, Urteil vom 28. Mai 1985, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57416>, § 68. Vier der 14 Richter schrieben zustimmende Stellungnahmen, laut denen zwar ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 vorlag, dieser jedoch durch Art. 8 Abs. 2 gerechtfertigt war.

<sup>82</sup> EGMR, *Gül v. Switzerland*, Nr. 23218/94, Urteil vom 19. Februar 1996, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57975>, § 14.

<sup>83</sup> *Ibid.*, §§ 41, 43.

<sup>84</sup> *Ibid.*, § 41.

<sup>85</sup> EGMR, *Ahmut v. the Netherlands*, Nr. 21702/93, Urteil vom 28. November 1996, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58002>. Diesmal schrieben vier Richter abweichende Stellungnahmen, in denen sie dem Urteil der Nichtverletzung von Art. 8 EMRK widersprachen.

verstorben war und dessen Erziehungsberechtigter er war. Neben der Feststellung, dass dem marokkanischen Vater ein Familienleben mit seinem Sohn in Marokko möglich war, hob der Gerichtshof die Tatsache, dass der antragstellende Vater seinen Sohn freiwillig in Marokko zurückgelassen hatte, besonders hervor.<sup>86</sup>

Das erste positive Urteil zu einem Familiennachzug erfolgte im Jahr 2001. In dem Fall *Şen v. the Netherlands*, betreffend eines türkischen Ehepaars, das Familiennachzug für seine Tochter beantragt hatte, entschied der Gerichtshof, dass einem Familienleben in der Türkei ein erhebliches Hindernis im Weg stand.<sup>87</sup> Der Gerichtshof unterschied diesen Fall von den Fällen *Ahmut und Gül* mit der Begründung, dass das Ehepaar ein Familienleben in den Niederlanden aufgebaut hatte, wo es sich rechtmässig mit zwei weiteren, dort geborenen Kindern aufhielt, die dort zur Schule gingen.<sup>88</sup>

Das erste Urteil über einen Familiennachzug, dessen Antragstellerin vor Bürgerkrieg geflohen war, war *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands* von 2005.<sup>89</sup> Es handelte sich um eine Mutter aus Eritrea, die eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen erhalten und einen eritreischen Flüchtling geheiratet hatte. Kurz nach der Flucht hatte sie erfolgreich Familiennachzug für eines ihrer Kinder beantragt. Für das Kind, für welches 1997 der fragliche Antrag gestellt wurde, war es zu jenem Zeitpunkt jedoch nicht möglich, den Nachzug sicherzustellen, aus Gründen, auf die sie keinen Einfluss hatte.<sup>90</sup> Sie hatte mit ihrem zweiten Ehemann eine neue Familie in den Niederlanden gegründet. Mit diesem hatte sie zwei Kinder, die zum Zeitpunkt des Urteils seit neun bzw. zehn Jahren in den Niederlanden lebten.<sup>91</sup> Auf dieser Grundlage entschied der Gerichtshof, dass eine Verletzung von Art. 8 EMRK vorlag.

In der Folgezeit entschied der Gerichtshof im Jahr 2014 über den Anspruch auf Familiennachzug von Flüchtlingen in zwei Urteilen zu Fällen aus Frankreich. In *Tanda-Muzinga v. France* und *Mugenzi v. France* behandelte der Gerichtshof die Anträge auf Familiennachzug von einem Vater aus dem Kongo und einem Vater aus Ruanda, jeweils für deren Kinder.<sup>92</sup> Er entschied, dass die Familieneinheit „ein grundlegendes Recht des Flüchtlings“ ist und dass der Familiennachzug „ein wesentliches Element ist, um es Personen zu gestatten, die vor Verfolgungen geflüchtet sind, ein normales Leben wiederaufzunehmen“.<sup>93</sup> Er hebt die besondere Verletzlichkeit von Flüchtlingen hervor und bemerkt, dass auf internationaler und europäischer Ebene ein Konsens über die „Notwendigkeit für die Flüchtlinge, von einem günstigeren Verfahren der Familienzusammenführung zu profitieren als jenem, das den anderen Ausländern vorbehalten ist“, besteht.<sup>94</sup>

In diesen Fällen und dem Fall *Senigo Longue v. France*, in dem keine Flüchtlinge involviert waren, machte der Gerichtshof deutlich, dass Art. 8 auch verfahrensrechtliche Verpflichtungen auferlegt.<sup>95</sup> Verfahren über Familiennachzug müssen generell ein notwendiges Mass an „Flexibilität, Raschheit und Wirksamkeit“ sicherstellen, um das Recht auf Familienleben zu gewährleisten (ausführlicher dazu Abschnitt 4.3.2).<sup>96</sup>

<sup>86</sup> *Ibid.*, § 70.

<sup>87</sup> EGMR, *Şen v. the Netherlands*, Nr. 31465/96, Urteil vom 21. Dezember 2001, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-64569>.

<sup>88</sup> *Ibid.*, § 40.

<sup>89</sup> EGMR, *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands*, Nr. 60665/00, Urteil vom 1. Dezember 2005, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71439>.

<sup>90</sup> *Ibid.*, § 9.

<sup>91</sup> *Ibid.*, § 47.

<sup>92</sup> EGMR, *Tanda-Muzinga v. France*, Nr. 2260/10, Urteil vom 10. Juli 2014, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145653>, deutsche Übersetzung: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT\\_20140710\\_AUSL000\\_000BSW02260\\_1000000\\_000](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20140710_AUSL000_000BSW02260_1000000_000);

EGMR, *Mugenzi v. France*, Nr. 52701/09, Urteil vom 10. Juli 2014, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145356>.

<sup>93</sup> *Tanda-Muzinga v. France, ibid.*, § 75; *Mugenzi v. France, ibid.*, § 54; siehe auch das frühere Urteil in EGMR, *Mubianza Mayeka et al. v. Belgium*, Nr. 13178/03, Urteil vom 12. Oktober 2006, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77447>, § 75.

<sup>94</sup> *Tanda-Muzinga v. France, ibid.*, § 75; *Mugenzi v. France, ibid.*, § 54.

<sup>95</sup> Siehe *Tanda-Muzinga v. France, ibid.*; *Mugenzi v. France, ibid.*; aber auch EGMR, *Senigo Longue v. France*, Nr. 19113/09, Urteil vom 10. Juli 2014, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145355>.

<sup>96</sup> *Tanda-Muzinga v. France, ibid.*, § 82; *Mugenzi v. France, ibid.*, § 62; *Senigo Longue v. France, ibid.*, § 75.

Der Gerichtshof erklärt zudem, dass Art. 8 EMRK den Staaten die positive Verpflichtung auferlegt, Familiennachzug zu ermöglichen.<sup>97</sup> In dem Fall einer Flüchtlingsmutter in Kanada und ihres Kindes, das von den belgischen Behörden angehalten und so an der Zusammenführung mit seiner Mutter gehindert wurde, legt er dar:<sup>98</sup>

The Court further notes that, far from assisting her reunification with her mother, the authorities' actions in fact hindered it. Having been informed at the outset that the first applicant was in Canada, the Belgian authorities should have made detailed enquiries of their Canadian counterparts in order to clarify the position and bring about the reunification of mother and daughter. The Court considers that that duty became more pressing from 16 October 2002 onwards, that being the date when the Belgian authorities received the fax from the UNHCR contradicting the information they had previously held.

Auch wenn Art. 8 EMRK auch für den Familiennachzug von Angehörigen gilt, die sich bereits im Land befinden, aber keine Aufenthaltsbewilligung haben (ausführlicher dazu Abschnitt 4.3.5),<sup>99</sup> stellt die Tatsache, dass Kinder oder Partner seit mehreren Jahren bei ihrem Familienmitglied im Zielland leben, selbst keine positive Verpflichtung für den Staat dar, den Aufenthalt zu bewilligen.<sup>100</sup>

## 4.2 Hauptkriterien für den Familiennachzug nach Art. 8 EMRK

Die Hauptkriterien, die sich aus der Rechtsprechung des EGMR über Familiennachzug ergeben, sind folgende: i) ob die Trennung der Familie freiwillig war oder nicht; ii) ob (unüberwindbare) Hindernisse für ein Familienleben woanders bestehen; und iii) was getan werden muss, um sicher-zustellen, dass das Wohl des Kindes als oberste Priorität vorrangig berücksichtigt wird. Diese Themen sind im Folgenden dargelegt.

### 4.2.1 Freiwillige oder unfreiwillige Trennung der Familie

Für den Gerichtshof ist es ein wichtiger Aspekt, ob sich die Familie freiwillig getrennt hat, d. h. ob die Familienmitglieder eine bewusste Entscheidung getroffen haben, Angehörige zurückzulassen und sich im Zielland niederzulassen.<sup>101</sup> Dies ist insbesondere wichtig für Flüchtlinge und F-Ausweis-Inhaber, die Familiennachzug für Angehörige beantragen, die schon vor der Flucht zur Familie gehörten.<sup>102</sup> In *Tuquabo-Tekle* betonte der Gerichtshof, dass im Falle von Inhabern einer Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen die Trennung der Familie nicht als freiwillig angesehen werden kann:

<sup>97</sup> Siehe z. B. *Mubilanza Mayeka et al. v. Belgium*, siehe oben Fn. 93, §§ 76, 82; EGMR, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, Nr. 50435/99, Urteil vom 31. Januar 2006, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72205>, § 38; *Senigo Longue v. France*, siehe oben Fn. 95, § 64.

<sup>98</sup> *Mubilanza Mayeka et al. v. Belgium*, *ibid.*, § 82.

<sup>99</sup> Siehe *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 97; EGMR, *Nunez v. Norway*, Nr. 55597/09, Urteil vom 28. Juni 2011, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001105415>; EGMR, *Polidario v. Switzerland*, Nr. 33169/10, Urteil vom 30. Juli 2013, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122977>; EGMR, *Mengesha Kimfe v. Switzerland* und *Agraw v. Switzerland*, Nr. 24404/05, 3295/06, Urteile vom 29. Juli 2010, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100119> und <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100121>; EGMR, *M.P.E.V. v. Switzerland*, siehe oben Fn. 28; EGMR, *Solomon v. the Netherlands*, Nr. 44328/98, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 5. September 2000, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5398>.

<sup>100</sup> EGMR, *Benamar et al. v. the Netherlands*, Nr. 43786/04, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 5. April 200, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68832> (die Kinder wohnten seit 1997 bis zum Urteil am 5. April 2005 bei der Mutter in den Niederlanden); siehe auch EGMR, *Chandra v. the Netherlands*, Nr. 53102/99, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 13. Mai 2003, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23210>.

<sup>101</sup> *Ahmut v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 85, § 70; siehe auch EGMR, *Knel and Veira v. the Netherlands*, Nr. 39003/97, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 5. September 2000, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5399>; *Benamar v. the Netherlands*, *ibid.*

<sup>102</sup> Siehe z. B. *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 89; *Mubilanza Mayeka v. Belgium*, siehe oben Fn. 93; EGMR, *El Ghatet v. Switzerland*, Nr. 56971/10, Urteil vom 8. November 2016, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168377>.

At this juncture the Court would remark that it is questionable to what extent it can be maintained in the present case, as the Government did, that Mrs Tuquabo-Tekle left Mehret behind of “her own free will”, bearing in mind that she fled Eritrea in the course of a civil war to seek asylum abroad following the death of her husband.<sup>103</sup>

In Bezug auf anerkannte Flüchtlinge betonte der Gerichtshof in *Mubianza Mayeka et al. v. Belgium*, dass die Unterbrechung des Familienlebens allein eine Folge ihrer Entscheidung war, aufgrund von Angst vor Verfolgung aus dem Heimatland zu fliehen, im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention vom 28. Juli 1951.<sup>104</sup>

Ähnlich erklärte der Gerichtshof in *Tanda-Muzinga*:

In diesem Zusammenhang beobachtet der GH, dass das Familienleben des Bf. nur aufgrund seiner Flucht unterbrochen wurde, die aus begründeter Furcht vor Verfolgung im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention erfolgte. Somit war die Trennung des Bf. von seiner Familie ihm – anders als vom zuständigen Ministerium [...] stets vertreten – nicht vorzuwerfen. Der Nachzug seiner Frau und seiner Kinder (zur Zeit seines Antrags auf Zusammenführung im Alter von drei, sechs und dreizehn Jahren), die selbst in einen dritten Staat geflüchtet waren, stellte daher das einzige Mittel dar, um das Familienleben wiederaufzunehmen.<sup>105</sup>

Der Gerichtshof erinnert zudem daran, dass die Gewährung internationalen Schutzes selbst ein „Beweis für die Verwundbarkeit der betroffenen Personen“ ist. Die nationalen Behörden müssen also bei der Entscheidung über Anträge auf Familiennachzug „die Verwundbarkeit und den besonders schweren persönlichen Weg des Bf. berücksichtigen“.<sup>107</sup>

Die Ablehnung eines Asylantrags ist nicht unbedingt ausschlaggebend für die Frage, ob die Trennung freiwillig war. In *El Ghatet v. Switzerland* behandelte der Gerichtshof einen Fall, in dem der Asylantrag des ägyptischen Antragstellers von den Schweizer Behörden abgelehnt worden war. Anders als in *Gül v. Switzerland* war der Antragsteller in *El Ghatet* seit Beginn seines Aufenthalts in der Schweiz nicht wieder nach Ägypten gereist. Der Gerichtshof wollte aus der Ablehnung des Asylantrags nicht schliessen, dass die Trennung von seinem Sohn freiwillig gewesen war. Er erklärte:

Even though his application for asylum was rejected by the Swiss authorities, caution is called when determining whether he left his child behind of “his own free will” ... The Court considers that these circumstances do not suggest a clear answer to the question whether or not the first applicant had always planned to live with his son in Switzerland<sup>108</sup>

Dennoch gilt die aufgrund von Art. 8 EMRK den Staaten obliegende positive Verpflichtung, Flüchtlingen den Familiennachzug zu ermöglichen, für Personen, die zwar aus Situationen allgemeiner Gewalt oder des Kriegs kommen, aber kein Asylgesuch gestellt haben oder nicht als Flüchtlinge anerkannt wurden, nicht in gleicher Strenge. In *Haydarie v. the Netherlands* war einer Mutter aus Afghanistan, die zusammen mit einem ihrer Söhne und ihrer Schwester zunächst nach Pakistan und dann weiter in die Niederlande geflohen war, der Nachzug ihrer drei Kinder verweigert worden.<sup>109</sup> Die antragstellende Mutter hatte keinen Flüchtlingsstatus, ihr war jedoch zunächst eine bedingte Aufenthaltsgenehmigung aufgrund unbilliger Härte und dann eine befristete Aufenthaltsgenehmigung zum Zweck des Asyls erteilt worden, die später in eine unbefristete Aufenthaltsgenehmigung umgewandelt wurde. Der Vater der Kinder war

<sup>103</sup> *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands, ibid.*, § 47.

<sup>104</sup> *Mubianza Mayeka v. Belgium*, siehe oben Fn. 93, § 75.

<sup>105</sup> *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92, § 74.

<sup>106</sup> *Tanda-Muzinga v. France, ibid.*, § 75, in Bezugnahme auf EGMR, *Hirsi Jamaa et al. v. Italy*, Nr. 27765/09, Urteil vom 23. Februar 2012, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109231>, § 155.

<sup>107</sup> *Tanda-Muzinga v. France, ibid.*, § 75.

<sup>108</sup> *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, § 48.

<sup>109</sup> EGMR, *Haydarie v. the Netherlands*, Nr. 8876/04, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 20. Oktober 2005, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71026>.

verschwunden, vermutlich von den Taliban entführt, und der Grossvater mütterlicherseits hatte die Sorge für die Kinder übernommen. Der Familiennachzug war abgelehnt worden, weil die antragstellende Mutter die niederländischen Einkommensanforderungen für solche Fälle nicht erfüllte. Der Gerichtshof erklärte, dass es in dem Fall auf die Frage ankam, ob die niederländischen Behörden verpflichtet waren, den Nachzug der Kinder zu genehmigen. Trotz des Hintergrunds der Flucht der antragstellenden Mutter betrachtete der Gerichtshof den Fall als eine freiwillige Trennung und schränkte dieses Ergebnis nur folgendermassen ein:

The Court notes in this context, however, that due consideration should be given to cases where a parent has achieved settled status in a country and wants to be reunited with his or her children who, for the time being, have been left behind in their country of origin or a third country, and that it may be unreasonable to force the parent to choose between giving up the position which he or she has acquired in the country of settlement or to renounce the mutual enjoyment by parent and child of each other's company which constitutes a fundamental element of family life<sup>110</sup>

Die Frage, ob die Trennung der Familie freiwillig oder unfreiwillig war, ist allerdings nicht notwendigerweise entscheidend für das Ergebnis solcher Fälle. Nach Aussage des Gerichtshofs kann nicht davon ausgegangen werden, dass Eltern, die ihre Kinder zurücklassen und sich im Ausland niederlassen, unwiderruflich entschieden haben, dass die Kinder dauerhaft dort bleiben sollen, und die Hoffnung auf eine zukünftige Zusammenführung aufgegeben haben.<sup>111</sup> In *Şen v. the Netherlands* befand der Gerichtshof, dass die Trennung der Familie der bewussten Entscheidung der Eltern, sich im Ausland niederzulassen, geschuldet war, jedoch bedeutete dies nicht, dass die Eltern das Familienleben mit ihrem Kind aufgegeben hatten.<sup>112</sup> Tatsächlich war der entscheidende Faktor für das positive Ergebnis im Fall *Şen* die Frage, ob ein Familienleben woanders möglich war. Um diesen Aspekt geht es im folgenden Abschnitt.

#### 4.2.2 Unüberwindbare oder wesentliche Hindernisse für ein Familienleben woanders

Der zweite wichtige Aspekt in Familiennachzugsfällen besteht darin, ob ein Familienleben im Heimatland oder anderswo möglich wäre. Die Frage ist, ob es unüberwindbare Hindernisse („*insurmountable obstacles*“<sup>113</sup>) oder wesentliche Hindernisse („*major obstacles*“<sup>114</sup>) gibt, die einem gemeinsamen Familienleben anderswo entgegenstehen. Jüngst hat der Gerichtshof in seinem Urteil zu *I.A.A. v. UK* deutlich gemacht, dass die Grenze derart hoch zu setzen ist (zu der Frage allerdings, ob im Zielland lebenden weiteren Kindern die Umsiedlung zugemutet werden kann, siehe unten):

In the appeal in early 2009 by two of the applicants' siblings against the refusal of their entry clearance, the Asylum and Immigration Tribunal accepted, in relation to those two siblings, that their mother could not reasonably relocate to Ethiopia to care for her children as she would have no job and no means of survival there. ... However, in considering whether the applicants' mother could “reasonably relocate”, the Tribunal applied a lower standard than the test of “insurmountable obstacles” or “major impediments” commonly applied by this Court. Applying its own test, the Court considers that while it would undoubtedly be difficult for the applicants' mother to relocate to Ethiopia, there is no evidence before it to suggest that there would be any “insurmountable obstacles” or “major impediments” to her doing so.<sup>115</sup>

<sup>110</sup> *Haydarie v. the Netherlands, ibid.*; siehe auch der Fall einer somalischen Mutter in EGMR, *I.A.A. v. United Kingdom*, Nr. 25960/13, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 8. März 2016, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161986>, § 43, wiederum mit der Standardformulierung zur freiwilligen Trennung: “parents who leave children behind while they settle abroad”.

<sup>111</sup> *Şen v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 87, § 40; *Tuqabo-Tekle v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 89, § 45; *I.A.A. v. UK, ibid.*, § 43; *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, § 45.

<sup>112</sup> *Şen v. the Netherlands, ibid.*, §§ 39-40.

<sup>113</sup> *Benamar v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100; *Solomon v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 99.

<sup>114</sup> EGMR, *Andrade v. the Netherlands*, Nr. 5365/00, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 6. Juli 2004, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-24037>; *Şen v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 87, § 40.

<sup>115</sup> *I.A.A. v. UK*, siehe oben Fn. 110, § 44; vgl. auch *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, § 45.

Die Erteilung des Flüchtlingsstatus (oder einer Bewilligung aus humanitären Gründen, wie in *Tuquabo-Tekle*) ist entscheidend für die Frage, ob unüberwindbare Hindernisse bestehen, und der Gerichtshof ist der Meinung, dass Familiennachzug das einzige Mittel ist, durch das ein Familienleben möglich ist.<sup>116</sup>

Für Personen mit F-Ausweis ist die Situation jedoch wiederum schwieriger. Die Entscheidung des Gerichtshofs über Hindernisse, die in *I.A.A. v. the United Kingdom* gegen eine Rückkehr sprechen würden, ist in dieser Hinsicht etwas überraschend. Er befand, dass die Mutter aus Somalia, die durch Familienzusammenführung mit ihrem zweiten Ehemann, einem somalischen Flüchtling, in das Vereinigte Königreich gekommen war, nach Äthiopien oder Mogadischu übersiedeln konnte, um dort mit ihren Kindern zusammenzuleben.

Dennoch ist der Gerichtshof in Fällen, wo ein Asylantrag gestellt und abgelehnt worden ist, behutsamer. In *Haydarie v. the Netherlands*, wo es um eine Mutter aus Afghanistan ging, die nicht als Flüchtling anerkannt worden war, aber inzwischen dauerhaftes Asyl erhalten hatte, stellte der Gerichtshof fest, dass möglicherweise ein objektives Hindernis existierte, das gegen eine Rückkehr nach Afghanistan spräche.<sup>117</sup>

Ein weiterer relevanter Aspekt sind mehrfache Besuche des Antragstellers in seinem Heimatland, da diese vermuten lassen, dass keine unüberwindbaren Hindernisse gegen ein gemeinsames Familienleben dort sprechen.<sup>118</sup> Dennoch sind solche Besuche nicht entscheidend für die Frage und der Gerichtshof berücksichtigt sämtliche Umstände des Falles.<sup>119</sup>

Ein weiterer relevanter Aspekt im Zusammenhang mit unüberwindbaren Hindernissen ist die Frage, ob weitere Kinder im Zielland mit dem Antragsteller zusammenleben. Sowohl in *Şen v. the Netherlands* als auch in *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands* war dies ein wesentlicher Faktor, da die Antragsteller eine neue Familie in den Niederlanden gegründet hatten und Kinder dort geboren waren. In *El Ghatet v. Switzerland* hatte der antragstellende Vater, der die Familienzusammenführung mit seinem Sohn aus erster Ehe beantragte, auch noch eine Tochter aus einer zweiten unterdessen geschiedenen Ehe in der Schweiz. Daher kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass er nicht nach Ägypten zurückkehren konnte, da dies das Familienleben mit seiner Tochter in der Schweiz beendet hätte.<sup>120</sup> Auf dieser Grundlage wurden andere Fälle abgegrenzt und abgelehnt.<sup>121</sup>

Die rechtliche Bewertung bei Kindern im Zielland fällt unterschiedlich aus. Der Gerichtshof stellt die Frage, ob Familiennachzug in das Zielland das adäquateste Mittel für die Etablierung eines gemeinsamen Familienlebens darstellen würde.<sup>122</sup> Im Gegensatz zu der oben dargestellten Begründung in *I.A.A. v. UK* entschied der Gerichtshof in *El Ghatet*, dass es wichtig war, dass ein Familienleben woanders als in der Schweiz für die Antragsteller übermässig schwierig wäre<sup>123</sup> und dass es unangemessen wäre, vom ersten Antragsteller eine Übersiedelung nach Ägypten zu verlangen, um mit dem zweiten zusammenzuleben, da dies eine Trennung von seiner Tochter bedeutet hätte.<sup>124</sup> Ebenso befand der Gerichtshof in *Jeunesse v. the Netherlands*, dass keine unüberwindbaren Hindernisse für eine Rückkehr des Ehepaares mit seinen kleinen Kindern nach Surinam bestanden, eine solche jedoch „eine gewisse Härte“ für sie bedeuten würde, da sie in den Niederlanden tief verwurzelt waren. Er entschied daher, dass eine Verletzung Art. 8 EMRK vorlag.<sup>125</sup>

<sup>116</sup> *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 53; *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92, § 74.

<sup>117</sup> *Haydarie v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 109, S. 4.

<sup>118</sup> *Gül v. Switzerland*, siehe oben Fn. 82, § 41.

<sup>119</sup> *Şen v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 87, § 18 (wo die Antragsteller ihre Kinder ebenfalls dreimal in der Türkei besucht hatten, wie in *Gül*); und *Senigo Longue v. France*, siehe oben Fn. 95 (wo der Antragsteller mehrere Reisen nach Kamerun unternommen hatte, um Zivilstandsdokumente zu beschaffen).

<sup>120</sup> *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, § 49.

<sup>121</sup> Siehe z. B. *Andrade v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 114, wo der Gerichtshof argumentierte, dass die Antragstellerin, anders als die Eltern im Fall *Şen*, keine Kinder hatte, die in den Niederlanden geboren waren, von ihr abhängig waren und keine oder kaum eine Verbindung zum Heimatland der Mutter hatten.

<sup>122</sup> *Şen v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 87, § 40; *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 89, § 47.

<sup>123</sup> *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, § 49 (Hervorhebung durch die Autorin).

<sup>124</sup> *El Ghatet v. Switzerland, ibid.*, § 49 (Hervorhebung durch die Autorin).

<sup>125</sup> EGMR, Grosse Kammer, *Jeunesse v. the Netherlands* (GC), Nr. 12738/10, Urteil vom 3. Oktober 2014, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-147117>, §§ 117-119; zitierte deutsche Übersetzung: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT\\_20141003\\_AUSL000\\_000B\\_SW12738\\_1000000\\_000](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20141003_AUSL000_000B_SW12738_1000000_000), (Hervorhebung durch die Autorin).



Im Allgemeinen stellt sich grundsätzlich die Frage, ob unüberwindbare bzw. wesentliche Hindernisse bestehen, die gegen ein Familienleben anderswo sprechen. Wenn bereits Kinder im Zielland leben, gilt ggf. ein weniger strenger Massstab. Im Fall von Flüchtlingen und F-Ausweis-Inhabern ist normalerweise davon auszugehen, dass unüberwindbare Hindernisse bestehen, wobei anderweitige Aspekte hinzukommen, wenn Familienangehörige in einem Drittland leben

#### 4.2.3. Das Wohl des Kindes

Der Gerichtshof hebt hervor, dass dem Wohl des Kindes in Familiennachzugsfällen oberste Priorität einzuräumen ist.<sup>126</sup> Mit der Betrachtung des Kindeswohls, lenkt der Gerichtshof besondere Aufmerksamkeit auf die Umstände der betroffenen minderjährigen Kinder, insbesondere ihr Alter, ihre Situation in ihrem Heimatland und den Grad ihrer Abhängigkeit von ihren Eltern.<sup>127</sup> Das Wohl des Kindes ist jedoch keine „Trumpfkarte“, welche die Aufnahme aller Kinder verlangt, die es in einem Vertragsstaat besser hätten. Die innerstaatlichen Gerichte müssen allerdings das Kindeswohl in den Mittelpunkt ihrer Erwägungen stellen und ihm einen hohen Stellenwert einräumen.<sup>128</sup>

In Extremfällen hebt das Kindeswohl sogar die unvernünftige Entscheidung eines Elternteils zur Trennung der Familie auf. In *Osman v. Denmark* schickte der Vater eines somalischen Mädchens, das in Dänemark aufgewachsen war, dieses zurück in ein Flüchtlingslager in Kenia, wo es sich um seine Grossmutter kümmern sollte. Obwohl es die Entscheidung des Vaters gewesen war, seine Tochter dorthin zu schicken, was zu seinen elterlichen Rechten gehört, entschied der Gerichtshof in diesem Fall, dass das Wohl des Kindes schwerer wog als das öffentliche Interesse an wirksamer Einwanderungskontrolle.<sup>130</sup>

Die folgenden Faktoren spielen bei der Einschätzung des Kindeswohls in Familiennachzugsfällen eine Rolle.

##### 4.2.3.1 Alter des Kindes und späte Antragstellung

Das Alter des Kindes, für das eine Einreisegenehmigung beantragt wird, ist der erste wesentliche Aspekt für die Einschätzung des Gerichtshofs. Hinzu kommt die Frage, ob seitens der antragstellenden Eltern irgendein Verzug vorliegt. Die untenstehenden Betrachtungen sind besonders relevant für die Einschätzung der Bestimmungen für nachträglichen Familiennachzug in der Schweiz (siehe Abschnitt 2.4).

Wenn die betreffenden Kinder ein Alter erreicht haben, in dem sie vermutlich nicht mehr so viel Betreuung benötigen wie jüngere Kinder und zunehmend für sich selbst sorgen können, spricht dies gegen Familiennachzug.<sup>131</sup> Zudem ist es relevant, ob die Kinder in der kulturellen und sprachlichen Umgebung ihres Herkunftslandes aufgewachsen sind.<sup>132</sup>

Das fortgeschrittene Alter eines Kindes und seine enge Verbindung mit dem Heimatland sind jedoch nicht notwendigerweise entscheidend in Bezug auf sein Wohl. In *Tuquabo-Tekle* war das antragstellende Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung 15 Jahre alt und hatte eine enge kulturelle und sprachliche Bindung zu Eritrea. Dennoch entschied der Gerichtshof, dass der Verzug nicht

<sup>126</sup> *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, § 46; *I.A.A. v. UK*, siehe oben Fn. 110, § 46; EGMR, Grosse Kammer, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (GC), Nr. 41615/07, Urteil vom 6. Juli 2010, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99817>, § 135; *M.P.E.V. v. Switzerland*, siehe oben Fn. 28, § 52; siehe auch EGMR, Grosse Kammer, *Tarakhel v. Switzerland* (GC), Nr. 29217/12, Urteil vom 4. November 2014, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148070>, § 99.

<sup>127</sup> *Tuquabo-Tekle v. Netherlands*, siehe oben Fn. 89, § 44; *I.A.A. v. UK*, siehe oben Fn. 110, § 41; *El Ghatet v. Switzerland*, *ibid.*, § 46; siehe auch EGMR, *Berisha v. Switzerland*, Nr. 948/12, Urteil vom 30. Juli 2013, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122978>, §§ 60-61.

<sup>128</sup> *I.A.A. v. UK*, *ibid.*, § 46; *El Ghatet v. Switzerland*, *ibid.*, § 46.

<sup>129</sup> EGMR, *Osman v. Denmark*, Nr. 38058/09, Urteil vom 14. Juni 2011, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105129>.

<sup>130</sup> *Ibid.*, §§73-76.

<sup>131</sup> *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 89, § 49.

<sup>132</sup> *Ibid.*

auf mangelndes Interesse der Mutter am Familiennachzug zurückzuführen war, sondern dass sie alles in ihrer Macht Stehende getan hatte, um den Nachzug ihrer Tochter sobald wie möglich zu erreichen.<sup>133</sup> Der Gerichtshof unterschied diesen Fall von anderen<sup>134</sup> und entschied, dass das fortgeschrittene Alter der antragstellenden Tochter in diesem Fall kein Grund für eine Ablehnung des Antrags war. Die Antragsteller hatten argumentiert, dass ihr Alter sie in Wirklichkeit besonders verletzlich machte, da sie von ihrer Grossmutter aus der Schule genommen worden war und in einem Alter war, in dem sie verheiratet werden konnte, ohne dass die antragstellende Mutter etwas dagegen unternehmen konnte. Daher konnte in dem Fall auf dieser Grundlage kein Unterschied zu *Şen v. the Netherlands* gemacht werden.<sup>135</sup>

Die traumatisierenden Erfahrungen, denen Flüchtlingskinder zum Teil ausgesetzt waren, werden unabhängig vom Alter ebenfalls als relevant angesehen. So entschied der Gerichtshof in Bezug auf die 15 und 17 Jahre alten Kinder eines Flüchtlings aus Ruanda in *Mugenzi c. France*:

En l'espèce, la Cour observe que le requérant a, à plusieurs reprises, fait part de sa crainte que ses deux enfants, prétendument âgés de quinze et dix-sept ans au moment de la demande de regroupement familial, ne soient rapatriés au Rwanda et qu'ils risquent d'y subir des mauvais traitements; il a souligné que l'un d'entre eux avait des problèmes de santé liés aux expériences traumatiques subies au Rwanda et qu'il était soigné pour une dépression, ... Dans ce contexte, la Cour considère qu'il était essentiel que les autorités nationales tiennent compte de la vulnérabilité et du parcours personnel particulièrement difficile du requérant, qu'elles prêtent une grande attention à ses arguments pertinents pour l'issue du litige, et enfin qu'elles statuent à bref délai sur les demandes de visa.<sup>136</sup>

Andererseits sind schwierige Bedingungen im Land nicht hinreichend. In *I.A.A. v. UK* entschied der Gerichtshof, dass die antragstellenden somalischen Kinder, obwohl ihre Situation „certainly unenviable“ war, nicht mehr klein waren und in Äthiopien ohne einen erwachsenen Familienangehörigen für sich selbst sorgen konnten. Die Argumentation des Gerichtshofs stützte sich auch auf den späten Zeitpunkt der Antragstellung durch die Mutter:

Contrary to what the applicants argue before this Court, there is nothing to suggest that she fled a situation of armed conflict. Rather, she appears to have made a conscious decision to leave her children in Somalia in order to join her new husband in the United Kingdom, knowing that he would not agree to the children joining them. Therefore, as long as she remained in a relationship with her second husband, she cannot have had any expectation that the applicants would join her new family unit.<sup>138</sup>

Zudem hatte die Mutter in *I.A.A. v. UK* nach der Trennung von ihrem Ehemann weitere zwei Jahre gewartet, bevor sie versuchte, die antragstellenden Kinder in das Vereinigte Königreich zu holen.<sup>139</sup>

Eine späte Antragstellung auf Familiennachzug kann schwerwiegende Auswirkungen im Hinblick auf die Ansprüche nach Art. 8 EMRK haben. In *I.M. v. the Netherlands* z. B. hatte eine kapverdische Antragstellerin ihre Tochter zurückgelassen, sich in den Niederlanden niedergelassen und einen Sohn zur Welt gebracht.<sup>140</sup> Sechseinhalb Jahre nach ihrer Ankunft in den Niederlanden stellte die Mutter einen Antrag auf Aufenthaltsgenehmigung für ihre Tochter, die inzwischen 12 Jahre alt war, um sie in die Niederlande zu holen. Der Gerichtshof war der Meinung, dass aufgrund des späten Zeitpunkts des Antrags auf Familiennachzug und des fortgeschrittenen Alters der Tochter kein Verstoß gegen Art. 8 EMRK vorlag. Insbesondere erklärte der Gerichtshof, dass die

<sup>133</sup> *Ibid.*, §§ 45-46.

<sup>134</sup> *Benamar v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100; EGMR, *I.M. v. the Netherlands*, Nr. 41266/98, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 25. März 2003, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=00123149>; und *Chandra v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100.

<sup>135</sup> *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 89, § 50.

<sup>136</sup> *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 55.

<sup>137</sup> *I.A.A. v. UK*, siehe oben Fn. 110, § 46.

<sup>138</sup> *Ibid.*, § 43.

<sup>139</sup> *Ibid.*, § 43.

<sup>140</sup> *I.M. v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 134.

Tochter ein Alter erreicht hatte, in dem sie vermutlich nicht mehr so viel Betreuung benötigte wie ein kleines Kind, und dass sie zudem zahlreiche Verwandte auf den Kapverdischen Inseln hatte.<sup>141</sup> Zudem befand der Gerichtshof, dass die antragstellende Mutter keinen ausreichenden Nachweis erbracht hatte, dass es ihr nicht möglich wäre, mit ihrem Sohn auf die Kapverdischen Inseln zurückzukehren.

Ähnlich betonte der Gerichtshof auch in *Chandra* und *Benamar* die Tatsache, dass die Kinder in der kulturellen und sprachlichen Umgebung ihres Heimatlandes aufgewachsen waren, wo sie andere Verwandte hatten,<sup>142</sup> und im Fall *Ly v. France*, dass der Antrag ohne plausible Erklärung erst sieben Jahre nach der Geburt des Kindes eingereicht worden war.<sup>143</sup>

Dies sind wichtige Faktoren, insbesondere im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Bestimmungen zum nachträglichen Familiennachzug in der Schweiz mit internationalen Menschenrechten. Als weiteren Aspekt betrachtet der Gerichtshof im Zusammenhang mit dem Kindeswohl die Sorgerechtsregelungen für Kinder, wie im folgenden Abschnitt dargestellt.

#### 4.2.3.2 Abhängigkeit von den antragstellenden und anderen Familienmitgliedern und Sorgerecht

Die Situation, in der die Kinder im Heimatland leben, ob sie von einem Elternteil oder von Verwandten versorgt werden, sowie das Sorgerecht für das Kind sind weitere wesentliche materielle Aspekte zu berücksichtigen in Art. 8 EMRK Fällen. Sowohl in *Şen v. the Netherlands* als auch in *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands* ging es um Familiennachzugsanträge mit beiden Eltern oder einem Elternteil, wobei der andere verstorben war. Zudem wird die Frage, ob andere Familienmitglieder oder ältere Geschwister da sind, die sich um die Kinder kümmern können, vom Gerichtshof berücksichtigt.<sup>144</sup>

Des Weiteren ist das Sorgerecht für das Kind relevant, wenn auch nicht entscheidend für die Einschätzung im Hinblick auf Art. 8 EMRK.<sup>145</sup> In *El Ghatet v. Switzerland* lebte das antragstellende Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung bei seiner Mutter, die jedoch später nach Kuwait auswanderte. Der Gerichtshof entschied, dass aufgrund der anfänglichen Situation nicht angenommen werden konnte, dass eine Zusammenführung in der Schweiz per se im besten Interesse des zweiten Antragstellers war.<sup>146</sup> Allerdings hatte der Vater das Sorgerecht für das Kind. Der Gerichtshof entschied in Bezug auf das Sorgerecht:

The Court observes that the first applicant had the right of custody for the second applicant pursuant to Egyptian law. While this legal status suggests that it would be in the best interests of the second applicant to live with his father in Switzerland, it cannot be the sole decisive factor. The Court considers that the second applicant's [sic] had lived almost all his life in Egypt and had strong social, cultural and linguistic ties to his country of origin. In Egypt he was cared for by his mother and later, after his mother's relocation to Kuwait, by his grandmother.<sup>147</sup>

<sup>141</sup> *Ibid.*, S. 8.

<sup>142</sup> *Chandra v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100; *Benamar v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100; siehe auch *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 89, § 49.

<sup>143</sup> EGMR, *Ly v. France*, Nr. 23851/10, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 17. Juni 2014, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145549>, § 37.

<sup>144</sup> Siehe z. B. *I.M. v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 134; *Benamar v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100; *I.A.A. v. UK*, siehe oben Fn. 110; *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92 (wo der Gerichtshof die Antragsteller in einem Zustand der Isolation fand, da ihre drei älteren Geschwister nicht in Kenia lebten, wie das Einwanderungsministerium behauptet hatte, sondern in Europa, wo sie alle Flüchtlingsstatus erhalten hatten § 55).

<sup>145</sup> Siehe z. B. *Ahmut v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 85 (wo der antragstellende Elternteil auch das Sorgerecht hatte, der Gerichtshof jedoch keine Verletzung von Art. 8 EMRK feststellte); und *Benamar v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100 (wo sich die Kinder in der Obhut des sorgeberechtigten Vaters in Marokko befanden und der Gerichtshof dies für wesentlich befand für die Ablehnung des Antrags der Mutter auf Familiennachzug).

<sup>146</sup> *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, § 50.

<sup>147</sup> *Ibid.*, § 51.

Gleichzeitig schliesst aber die Tatsache, dass ein Antragsteller nicht das Sorgerecht für das Kind hat, den Familiennachzug nicht aus. In mehreren Urteilen über den Anspruch auf Familienzusammenführung von Elternteilen, die sich illegal im Land aufhielten, mit ihren Kindern, für die der andere Elternteil das Sorgerecht hatte, entschied der Gerichtshof, dass eine Ausschaffung des Elternteils einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK darstellen würde.<sup>148</sup>

### 4.3 Weitere relevante Aspekte hinsichtlich Art. 8 EMRK

#### 4.3.1 Beurteilung der Existenz von Familienleben

Als Ausgangspunkt muss in Familiennachzugsfällen festgestellt werden, ob die Beziehung zwischen den Antragstellern ein Familienleben darstellt. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zeigt relativ deutlich, welche Art von Familienbeziehungen als Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK gelten. Sie unterscheidet zwischen *de-jure*- und *de-facto*-Familienleben. Die folgenden Familienbeziehungen gelten als *de-jure*-Familienleben: verheiratete Paare,<sup>149</sup> eingetragene Lebenspartner,<sup>150</sup> Eltern und deren eheliche<sup>151</sup> oder in einer festen Partnerschaft geborene Kinder, adoptierte Kinder und ihre Adoptiveltern.<sup>152</sup> Unter Halbgeschwistern kann ebenfalls Familienleben bestehen.<sup>154</sup> Die Familienbindung zwischen Eltern und ihren ehelichen oder in einer festen Partnerschaft geborenen Kindern kann nur unter aussergewöhnlichen Umständen aufgehoben werden, jedoch nicht einfach durch eine schwierige Eltern-Kind-Beziehung oder durch Nicht-Zusammenleben.<sup>155</sup>

Zwischen biologischen Vätern und ihren unehelichen, nicht in einer festen Partnerschaft geborenen Kindern besteht ein *de-facto*-Familienleben, sofern eine enge persönliche Beziehung besteht und der Vater nachweislich Interesse und Verbindlichkeit gegenüber dem Kind zeigt.<sup>156</sup> Unverheiratete Paare haben ebenfalls ein *de-facto*-Familienleben, wenn eine enge persönliche Beziehung in der realen Praxis gelebt wird, wie Zusammenleben, eine langjährige Beziehung oder ein gemeinsames Kind.<sup>157</sup>

<sup>148</sup> *Rodrigues da Silva and Hoogkamer*, siehe oben Fn. 97, § 41; *Polidario v. Switzerland*, siehe oben Fn. 99, § 74; *M.P.E.V. v. Switzerland*, siehe oben Fn. 28, § 46; *Nuñez v. Norway*, siehe oben Fn. 99, § 79.

<sup>149</sup> *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, siehe oben Fn. 81, § 62.

<sup>150</sup> EGMR, Grosse Kammer, *Burden v. United Kingdom* (GC), Nr. 13378/05, Urteil vom 29. April 2008, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86146>, § 65.

<sup>151</sup> EGMR, *Berrehab v. the Netherlands*, Nr. 10730/84, Urteil vom 21. Juni 1988, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57438>, § 21; *Ahmut v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 85, § 60; *Gül v. Switzerland*, siehe oben Fn. 82, § 32; EGMR, *Boughanemi v. France*, Nr. 22070/93, Urteil vom 24. April 1996, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57991>, § 35; *M.P.E.V. v. Switzerland*, siehe oben Fn. 28, § 33.

<sup>152</sup> EGMR, *Kroon v. the Netherlands*, Nr. 18535/91, Urteil vom 27. Oktober 1994, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57904>, § 30; EGMR, *Keegan v. Ireland*, Nr. 28867/03, Urteil vom 18. Juli 2006, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76453>, § 45.

<sup>153</sup> EGMR, *Pini et al. v. Romania*, Nr. 78028/01, 78030/01, Urteil vom 22. Juni 2004, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61837>, § 148.

<sup>154</sup> *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, zustimmende Stellungnahme des Richters Serghides.

<sup>155</sup> *Boughanemi v. France*, siehe oben Fn. 151, § 35; *Berrehab v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 151, § 21; *Ahmut v. Netherlands*, siehe oben Fn. 85, § 60; EGMR, *Moustaquim v. Belgium*, Nr. 12313/86, Urteil vom 18. Februar 1991, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57652>, § 36; *Şen v. Netherlands*, siehe oben Fn. 87, § 28.

<sup>156</sup> EGMR, *Nylund v. Finland*, Nr. 27110/95, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 29. Juni 1999, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-21999>; EGMR, *Nekvedavicius v. Germany*, Nr. 46165/99, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 19. Juni 2003, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23277>.

<sup>157</sup> EGMR, Grosse Kammer, *K. and T. v. Finland* (GC), Nr. 25702/94, Urteil vom 12. Juli 2001, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59587>, § 150; EGMR, *L. v. the Netherlands*, Nr. 45582/99, Urteil vom 1. Juni 2004, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61799>, § 36; EGMR, *Al-Nashif v. Bulgaria*, Nr. 50963/99, Urteil vom 20. Juni 2002, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60522>, § 112.

Die Beziehung zwischen Grosseltern und Enkeln kann mitunter auch als Familienleben gelten,<sup>158</sup> ebenso Beziehungen zwischen Onkel/Tante und Nefte/Nichte.<sup>159</sup> Die Beziehungen zwischen erwachsenen Geschwistern gelten nur als Familienleben, wenn zusätzliche Elemente der Abhängigkeit vorliegen, die mehr als die normalen emotionalen Bindungen sind.<sup>160</sup>

#### 4.3.2 Verfahrensgarantien und Verzögerungen im innerstaatlichen Entscheidungsprozess

Art. 8 EMRK erlegt den Staaten in Familiennachzugsfällen verfahrensrechtliche Verpflichtungen auf. Diese erfordern „Flexibilität, Raschheit und Wirksamkeit“ bei den Verfahren.<sup>161</sup> Für die Qualität des Familiennachzugsverfahrens ist besonders dessen Schnelligkeit von Bedeutung.<sup>162</sup>

In einer Reihe von Fällen, in denen es um Familiennachzugsanträge von Flüchtlingen ging, stellte der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 8 EMRK aufgrund von Verzögerungen fest. In *Tanda-Muzinga v. France* wurde die Verzögerung um dreieinhalb Jahre bis zur Gewährung des Familiennachzugs selbst als Verstoss gegen Art. 8 EMRK angesehen.<sup>163</sup> In *Mugenzi v. France* befand der Gerichtshof die Verfahrensdauer von fünf Jahren für unverhältnismässig und stufte sie als Verstoss gegen Art. 8 EMRK ein.<sup>164</sup>

Aber auch in Fällen, in denen es nicht um Flüchtlinge geht, können lange Verzögerungen bei der Erfüllung der positiven Pflichten nach Art. 8 EMRK einen Verstoss gegen den Artikel darstellen, wie z. B. in *Polidario v. Switzerland* mit einem Verzug von über sechs Jahren.<sup>165</sup> Des Weiteren können auch lange Bearbeitungszeiten seitens der Behörden bei der Ablehnung von Asylanträgen oder der Ausschaffung von Einwanderern, die sich illegal im Land aufhalten, in der Bewertung hinsichtlich Art. 8 EMRK eine Rolle spielen. In *Nuñez v. Norway* hielt es der Gerichtshof für einen relevanten Aspekt, dass die Behörden vier Jahre gebraucht hatten, bis sie die Ausweisung der sich illegal aufhaltenden antragstellenden Mutter anordneten.<sup>166</sup> Ähnlich mass der Gerichtshof in *M.P.E.V. v. Switzerland* der zehnjährigen Bearbeitungszeit des Asylgesuchs des antragstellenden Vaters, das schliesslich abgelehnt wurde, hohes Gewicht bei.<sup>167</sup> In *Jeunesse v. the Netherlands* hob der Gerichtshof hervor, dass der niederländische Staat den Aufenthalt der surinamischen Antragstellerin, die ihre niederländische Staatsbürgerschaft durch die Unabhängigkeit Surinams 1975 verloren hatte, 16 Jahre lang geduldet hatte, was einer der wesentlichen Gründe war, aus denen eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt wurde.<sup>168</sup>

Im Allgemeinen haben Staaten in Familiennachzugsfällen einen gewissen Ermessensspielraum im Hinblick auf die Bewertung der Nachweise, da sie besser in der Lage sind, die Echtheit der vom Antragsteller eingereichten Dokumente zu beurteilen. Allerdings müssen die nationalen

<sup>158</sup> EGMR, *Marckx v. Belgium*, Nr. 6833/74, Urteil vom 13. Juni 1979, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57534>, § 45; EGMR, *L. v. Finland*, Nr. 25651/94, Urteil vom 27. April 2000, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-58783>, § 101.

<sup>159</sup> EGMR, *Boyle v. United Kingdom*, Nr. 16580/90, Urteil vom 9. Februar 1993, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57864>, § 45; EGMR, *Butt v. Norway*, Nr. 47017/09, Urteil vom 4. Dezember 2012, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-115012>, § 76.

<sup>160</sup> EGMR, *Ezzouhdi v. France*, Nr. 47160/99, Urteil vom 13. Februar 2001, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-63772>, § 34; EGMR, *Konstatinov v. the Netherlands*, Nr. 16351/03, Urteil vom 26. April 2007, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-80312>, § 52; EGMR, *Advic v. United Kingdom*, Nr. 25525/94, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 6. September 1995, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-2300>; EGMR, *Samsonnikov v. Estonia*, Nr. 52178/10, Urteil vom 3. Juli 2012, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001111842>, § 81.

<sup>161</sup> *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92, § 82; *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 62; *Senigo Longue v. France*, siehe oben Fn. 95, § 75.

<sup>162</sup> *Tanda-Muzinga v. France*, *ibid.*, § 68; *Mugenzi v. France*, *ibid.*, § 46.

<sup>163</sup> *Tanda-Muzinga v. France*, *ibid.*, §§ 55, 58.

<sup>164</sup> *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 61; vgl. auch *Senigo Longue v. France*, siehe oben Fn. 95.

<sup>165</sup> *Polidario v. Switzerland*, siehe oben Fn. 99, § 77.

<sup>166</sup> *Nuñez v. Norway*, siehe oben Fn. 99, § 82; siehe auch EGMR, *A.A. v. United Kingdom*, Nr. 8000/08, Urteil vom 20. September 2011, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-106282>, §§ 61, 66; EGMR, *Mokrani v. France*, Nr. 52206/99, Urteil vom 15. Juli 2003, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-65778>, §§ 34-35.

<sup>167</sup> *M.P.E.V. v. Switzerland*, siehe oben Fn. 28, § 55.

<sup>168</sup> *Jeunesse v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 125, §§ 115-116.

Behörden den Antrag dennoch zügig, aufmerksam und mit besonderer Sorgfalt bearbeiten und dem Antragsteller jegliche Gründe, die zur Ablehnung des Antrags führen, ggf. mitteilen.<sup>169</sup> Wenn Kinder involviert sind, müssen die Behörden das Kindeswohl in diesem Zusammenhang berücksichtigen<sup>170</sup> und bei Flüchtlingen müssen zudem die Gegebenheiten, die zur Unterbrechung des Familienlebens und zur Anerkennung des Flüchtlingsstatus geführt haben, beachtet werden.<sup>171</sup> Der Gerichtshof betonte in *Tanda-Muzinga v. France*:

In diesem Zusammenhang befindet der GH, dass es wesentlich war, dass die nationalen Behörden die Verwundbarkeit und den besonders schweren persönlichen Weg des Bf. berücksichtigten, dass sie seinen sachdienlichen Argumenten zum Gegenstand des Streits grosse Aufmerksamkeit schenkten, dass sie ihm die Gründe bekanntgaben, die der Familienzusammenführung entgegenstanden, und schliesslich dass sie binnen kurzer Zeit über die Visaanträge entschieden.<sup>172</sup>

Bei Familiennachzugsanträgen von Flüchtlingen ist eine gewisse Flexibilität im Hinblick auf den Nachweis der Familienverhältnisse erforderlich. Der Gerichtshof erinnert daran, dass Flüchtlinge meist keine Möglichkeit haben, offizielle Dokumente aus ihren Heimatländern zu beschaffen.<sup>173</sup> Daher besteht, auch wenn die Rechtsprechung, wie in Abschnitt 4.3.1 dargelegt, recht klare Massstäbe für die Existenz von Familienleben angibt, bei Familiennachzugsanträgen von Flüchtlingen die Schwierigkeit aufgrund mangelnder oder unzuverlässiger Dokumente oft darin, biologische Verwandtschaft oder rechtmässige Ehe nachzuweisen. Der Gerichtshof stellt daher bei Familiennachzugsanträgen von Flüchtlingen weniger strenge Beweisanforderungen. Im Hinblick auf von Flüchtlingen eingereichte Dokumente und abgegebene Erklärungen sollte im Zweifel zugunsten des Flüchtlings entschieden werden.<sup>174</sup> Wenn allerdings die angegebenen Informationen Anlass zu Zweifeln an der Richtigkeit der Angaben des Antragstellers geben, liegt es in der Verantwortung des Antragstellers, eine zufriedenstellende Erklärung für die Widersprüche oder jegliche relevanten Einwände gegen die Echtheit der von ihm eingereichten Dokumente abzugeben.<sup>175</sup>

#### 4.3.3 Das relevante Datum für die Beurteilung und Erreichen der Volljährigkeit eines Kindes

Im Allgemeinen ist das relevante Datum für die Behandlung eines Familiennachzugsfalls vor dem Gerichtshof das Datum des endgültigen innerstaatlichen Urteils und nicht das Datum des ersten Antrags auf Familiennachzug oder das Datum des Urteils des EGMR.<sup>176</sup> Allerdings können Entwicklungen davor bzw. danach berücksichtigt werden. In *Tuquabo-Tekle* beachtete der Gerichtshof auch die Situation zu der Zeit, als die beschwerdeführende Mutter zum ersten Mal Antrag auf Familiennachzug für ihre Tochter stellte (insbesondere das geringere Alter der Tochter zu jenem Zeitpunkt).<sup>177</sup> Ähnlich stützte sich der Gerichtshof in *El Ghatet* in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht auf das Alter des betreffenden Kindes zu dem Zeitpunkt, als der Antrag auf Familiennachzug eingereicht wurde, sowie auf die Tatsache, dass die Mutter später Ägypten verlassen hatte und nach Kuwait gezogen war.<sup>178</sup>

Bei Familiennachzugsanträgen für Kinder betrachtet der Gerichtshof die Tatsache, dass ein Kind inzwischen volljährig geworden ist, an sich nicht als Grund für eine Ablehnung des Familiennachzugs. In *El Ghatet* sieht der EGMR nichtsdestotrotz einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK.<sup>179</sup>

<sup>169</sup> *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, §§ 51-52; vgl. auch *Senigo-Longue v. France*, siehe oben Fn. 95, §§ 66-67.

<sup>170</sup> *Senigo-Longue v. France, ibid.*, § 67.

<sup>171</sup> *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 52.

<sup>172</sup> *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92, § 75.

<sup>173</sup> EGMR, *N. v. Sweden*, Nr. 23505/09, Urteil vom 20. Juli 2010, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99992>, § 53; EGMR, *F.N. et al. v. Sweden*, Nr. 28774/09, Urteil vom 18. Dezember 2012, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115396>, § 67.

<sup>174</sup> *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 47; vgl. auch *Senigo Longue v. France*, siehe oben Fn. 95, § 63.

<sup>175</sup> *Mugenzi v. France, ibid.*, § 47; *Senigo Longue v. France, ibid.*, § 63.

<sup>176</sup> *Chandra v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100.

<sup>177</sup> *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 89, § 51; vgl. auch *Senigo Longue v. France*, siehe oben Fn. 95, § 52.

<sup>178</sup> *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, §§ 33, 51.

<sup>179</sup> Siehe *El Ghatet v. Switzerland, ibid.*, und *Benamar v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100, von denen keiner auf dieser Grundlage abgelehnt wurde.

#### 4.3.4 Bedeutung der Qualität der innerstaatlichen Beurteilung

Der Gerichtshof hat wiederholt hervorgehoben, dass er nur eingreift, wenn innerstaatliche Gerichte in den wichtigen Aspekten des Falls Fehler in ihrer Beurteilung begangen haben, da die innerstaatlichen Behörden nach Art. 8 EMRK in Familiennachzugsfällen einen beträchtlichen Ermessensspielraum haben.<sup>180</sup>

Insbesondere legt der Gerichtshof jedoch an die innerstaatliche Beurteilung hohe Maßstäbe an, wenn das Kindeswohl betroffen ist. In dem Fall *M.P.E.V. v. Switzerland* betont der Gerichtshof die Tatsache, dass das BVGer bei der Behandlung des Falls keinen Bezug auf das Kindeswohl genommen hatte, da das Gericht zu dem Schluss gekommen war, dass kein Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK vorlag. Der Gerichtshof war daher nicht überzeugt, dass das Kindeswohl ausreichend berücksichtigt worden war. Ähnlich erklärte der Gerichtshof auch in *El Ghatet v. Switzerland*, dass es nicht seine Aufgabe ist, bei der Beurteilung des Kindeswohls die Rolle der zuständigen Behörden zu übernehmen, sondern zu prüfen, ob die innerstaatlichen Gerichte die in Art. 8 EMRK festgesetzten Rechte gewährleisten, insbesondere im Hinblick auf das Kindeswohl, das sich in der Argumentation der innerstaatlichen Gerichte genügend widerspiegeln muss.<sup>183</sup>

Lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est analysé "brièvement [et] de manière relativement Wenn das Wohl des Kindes nur sehr knapp und eher zusammenfassend betrachtet wird, bildet dies bereits eine Verletzung von Art. 8 EMRK, da das innerstaatliche Gericht es versäumt hat, das Kindeswohl ausreichend ins Zentrum seiner Abwägungen und Argumentationen zu stellen<sup>184</sup> und daher nicht überzeugend gezeigt hat, dass der betreffende Eingriff in ein Recht der Konvention in Bezug auf ein verfolgtes Ziel verhältnismässig war und daher eine dringende gesellschaftliche Notwendigkeit darstellte.<sup>185</sup>

In einer zustimmenden Stellungnahme in *El Ghatet* erklärte Richter Serghides sogar, dass das Schweizer BGer die Rechtsstaatlichkeit verletzt hat, eines der fundamentalen Prinzipien der demokratischen Gesellschaft, das allen Bestimmungen der Konvention und seiner Protokolle inhärent ist.<sup>186</sup> Richter Serghides betonte, dass die Abwägung konkurrierender Interessen, insbesondere in Fällen, in denen es um das Wohl von Kindern geht, gründlich und wohldurchdacht sein muss. Zudem legte er dar, dass in Fällen, die das Wohl eines Kindes betreffen, die Abwägung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK einer strengen Verhältnismässigkeitsprüfung, wie der nach Art. 2 Abs. 2 EMRK (wo die absolute Notwendigkeit einer Massnahme, die einen Eingriff in das Recht auf Leben bildet, nachgewiesen werden muss), gleichkommt.

#### 4.3.5 Rolle des Einwanderungsverlaufs und der illegalen Einreise

Der Hintergrund der Einwanderung ist besonders relevant in Familiennachzugsfällen, in denen die Familienangehörigen bereits in das Zielland eingereist sind, ohne Status sind und auf die Entscheidung über den Familiennachzug warten.<sup>187</sup> Der Gerichtshof erklärt allgemein, dass in solchen Fällen „nur unter aussergewöhnlichen Umständen“ ein Verstoss gegen Art. 8 EMRK vorliegt.<sup>188</sup> Z. B. hob der Gerichtshof in *Chandra v. the Netherlands* hervor, dass die Kinder mit einem Besuchervisum in die Niederlande eingereist waren und entschieden hatten, kein vorläufiges Aufenthaltvisum von Indonesien aus zu beantragen, bevor sie in die Niederlande reisten.<sup>189</sup>

<sup>180</sup> Siehe z. B. *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92; *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92; *Senigo Longue v. France*, siehe oben Fn. 95.

<sup>181</sup> *Neulinger and Shuruk*, siehe oben Fn. 126, §§ 133, 141; EGMR, *B. v. Belgium*, Nr. 4320/11, Urteil vom 10. Juli 2012, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112087>, § 60; EGMR, *X. v. Latvia*, Nr. 27853/09, Urteil vom 26. November 2013, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138992>, §§ 106-107; *M.P.E.V. v. Switzerland*, siehe oben Fn. 28, § 57; *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, §§ 47, 52-53; *Jeunesse v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 125, § 120.

<sup>182</sup> *M.P.E.V. v. Switzerland*, *ibid.*, § 57.

<sup>183</sup> *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, § 47.

<sup>184</sup> *Ibid.*, § 53.

<sup>185</sup> *Ibid.*, § 47.

<sup>186</sup> *Ibid.*, zustimmende Stellungnahme des Richters Serghides.

<sup>187</sup> *Solomon v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 99.

<sup>188</sup> *Jeunesse v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 125, §§ 108, 114; *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 97, § 39.

<sup>189</sup> *Chandra v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100; s. auch *Benamar v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100.

Ähnlich entschied der Gerichtshof auch in *Gereghier Geremedhin v. the Netherlands*<sup>190</sup>, dass der Antragsteller den Antrag auf Familiennachzug hätte stellen müssen, als sich die Kinder noch im Ausland befanden. Er erklärte:

Taking into account that the applicant was assisted by counsel at the material time, the Court has found no reason in the present case why at the material time it could not be expected of the applicant, who chose to seek an advice only on his four oldest children's eligibility for refugee family reunification, to ensure that his four children would lodge a formal request for such reunification at the Netherlands mission in Khartoum which would have allowed the applicant, as the children's sponsor, to appeal a negative decision on that visa application and which would afford the Netherlands administrative and judicial authorities the opportunity to examine his allegation of a violation of Article 8 and, if that allegation were to be considered well-founded, to prevent or put right that violation]<sup>191</sup>

Allerdings beurteilt der EGMR nicht alle Fälle in gleicher Weise. In *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands* nämlich entschied der Gerichtshof, dass die niederländischen Behörden in übertriebenem Formalismus gehandelt haben, als sie der Tatsache, dass die Mutter sich illegal in den Niederlanden aufhielt, zentrale Bedeutung beimassen.<sup>192</sup>

Zudem gelten die Rechte nach Art. 8 EMRK hinsichtlich des Familiennachzugs u. U. sogar für zwei sich illegal im Land aufhaltende abgelehnte Asylbewerber, wenn diese nicht abgeschoben werden können und durch die Behörden am Zusammenleben gehindert werden.<sup>193</sup>

## 5. MÖGLICHE KONFLIKTE ZWISCHEN DER SCHWEIZER FAMILIENNACHZUGSPRAXIS UND ART. 8 EMRK

Dieser Abschnitt befasst sich mit generellen Fallszenarien, in denen die Schweizer Familiennachzugspraxis möglicherweise gegen Art. 8 EMRK verstösst.

### 5.1 Art. 85 Abs. 7 AuG: Flüchtling mit F-Ausweis, der Familiennachzug vor Ablauf der 3-Jahres-Frist beantragen möchte

Gemäss Art. 85 Abs. 7 AuG dürfen Personen mit F-Ausweis innerhalb der ersten drei Jahre nach der Erteilung der vorläufigen Aufnahme noch keinen Familiennachzug beantragen. Zudem müssen sie für die Beantragung Bedingungen, beispielsweise in Bezug auf die Wohnung und die Unabhängigkeit von Sozialhilfe, erfüllen (Art. 85 Abs. 7 lit. a-c AuG). In dieser Hinsicht sind sie gegenüber Flüchtlingen mit B-Ausweis, die Familiennachzug sofort nach der Gewährung des Asyls und ohne jegliche Bedingungen beantragen können (Art. 51 Abs. 1 und 4 AsylG), *in einer ungünstigeren Situation*.

#### 5.1.1 Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK

Die Unterscheidung zwischen zwei Gruppen von Flüchtlingen auf der Grundlage der Art der Bewilligung ist *problematisch*. Mehrere Argumente stützen die Annahme, dass dies insbesondere im Fall anerkannter Flüchtlinge mit F-Ausweis nicht mit Art. 8 EMRK vereinbar ist.

Erstens spricht der EGMR Flüchtlingen einen dringenderen Anspruch auf Familiennachzug zu als anderen Migranten, einschliesslich F-Ausweis-Inhabern. Er vertritt die Ansicht, dass die Familieneinheit „ein grundlegendes Recht des Flüchtlings“ ist und dass „Familienzusammenführung ein wesentliches Element ist, um es Personen zu gestatten, die vor Verfolgungen geflüchtet sind,

<sup>190</sup> EGMR, *Gereghier Geremedhin v. the Netherlands*, Nr. 45558/09, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 23. August 2016, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166754>.

<sup>191</sup> *Ibid.*, § 42.

<sup>192</sup> *Rodrigues Da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 97, § 44.

<sup>193</sup> *Mengesha Kimfe v. Switzerland; Agraw v. Switzerland*, siehe oben Fn. 99.



ein normales Leben wiederaufzunehmen“.<sup>194</sup> Flüchtlinge sollten daher „von einem günstigeren Verfahren der Familienzusammenführung [...] profitieren als jenem, das den anderen Ausländern vorbehalten ist“.<sup>195</sup> Dies müsste für Flüchtlinge mit F-Ausweis genauso wie für Flüchtlinge mit B-Ausweis gelten.

Zweitens folgt aus Art. 8 EMRK die positive Verpflichtung, den Familiennachzug von Flüchtlingen zügig zu ermöglichen,<sup>196</sup> und im Fall eines Flüchtlings wurde die Verfahrensdauer von dreieinhalb Jahren für unverhältnismässig befunden.<sup>197</sup> Vor diesem Hintergrund ist die dreijährige Sperre für den Familiennachzug besonders problematisch, da dies in fast jedem Fall eine Verzögerung von mehr als dreieinhalb Jahren mit sich bringen würde.

Drittens ist die positive Verpflichtung nach Art. 8 EMRK nicht absolut, sondern wird von folgenden relevanten Aspekten bestimmt: i) War die Trennung der Familie freiwillig? ii) Gibt es unüberwindbare Hindernisse, die einem Familienleben woanders entgegenstehen? iii) Sind Kinder betroffen und wenn ja, was ist für das Kindeswohl erforderlich?

Im Hinblick auf i) wird im Fall von Flüchtlingen, die durch die Flucht von ihren Familienangehörigen getrennt wurden, die Trennung als unfreiwillig angesehen.<sup>198</sup> Allerdings kann im Fall von „*sur place*“-Flüchtlingen mit F-Ausweis, damit argumentiert werden, dass ihre ursprüngliche Ausreise freiwillig war und sie erst später zu Flüchtlingen geworden sind. Diese Argumentation vertrat z. B. das BVGer kürzlich in einem Urteil, das die Rechtsbeschwerde zu einem Antrag auf Familiennachzug von einem Flüchtling mit F-Ausweis zurückwies:<sup>199</sup>

So gilt es zunächst in Erinnerung zu rufen, dass die Beschwerdeführerin ihre Vorfluchtgründe nicht glaubhaft machen konnte; ihre Flüchtlingseigenschaft wurde vielmehr allein aufgrund der illegalen Ausreise aus Eritrea anerkannt. Es ist mithin davon auszugehen, dass sie ohne Not ausgereist ist und die Familiengemeinschaft ohne zwingende Gründe aufgegeben hat.<sup>200</sup>

Im individuellen Fall hängt die Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK also von der Natur der ursprünglichen Gründe für das Asyl ab (und von der Argumentation der Behörde oder des Gerichts bei der Ablehnung der Vorfluchtgründe). Zudem ist es wichtig, die vorsichtige Herangehensweise des Gerichtshofs in *El Ghatet* zu beachten, wo der Asylantrag des Vaters von den schweizerischen Behörden abgelehnt worden war. Der Gerichtshof entschied, dass bei der Beurteilung, ob der Antragsteller das Kind aus eigenem Willen zurückgelassen hatte, Vorsicht geboten sei und dass diese Frage nicht eindeutig zu beantworten sei.<sup>201</sup>

Im Hinblick auf ii) ist bei Flüchtlingen davon auszugehen, dass unüberwindbare Hindernisse bestehen, die gegen ein Familienleben woanders sprechen. Familiennachzug ist daher das einzige Mittel, durch welches das Familienleben wiederhergestellt werden kann.<sup>202</sup>

Wenn schliesslich Kinder von Flüchtlingen involviert sind, spricht dies für einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK. Der Gerichtshof erinnert an die besondere Verletzlichkeit von Flüchtlingen<sup>203</sup> und hat betont, dass unter diesen Umständen eine zügige Zusammenführung mit den Kindern besonders wichtig ist.<sup>204</sup> Zudem nimmt der Gerichtshof offenbar prekäre Fürsorgebedingungen

<sup>194</sup> *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92, § 75; *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 54; siehe auch das frühere Urteil in *Mubianza Mayeka v. Belgium*, siehe oben Fn. 93, § 75.

<sup>195</sup> *Tanda-Muzinga v. France, ibid.*, § 75; *Mugenzi v. France, ibid.*, § 54.

<sup>196</sup> *Tanda-Muzinga v. France, ibid.*, § 68; *Mugenzi v. France, ibid.*, § 46.

<sup>197</sup> *Tanda-Muzinga v. France, ibid.*, §§ 55, 58.

<sup>198</sup> *Mubianza Mayeka v. Belgium*, siehe oben Fn. 93, § 75; *Tanda-Muzinga v. France, ibid.*, § 74.

<sup>199</sup> BVGer, Urteil F-2186/2015, siehe oben Fn. 21, E. 6.3.5.

<sup>200</sup> Hier enthalten die englische und französische Versionen des Berichts eine inoffizielle Übersetzung des deutschen Originaltextes.

<sup>201</sup> *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, § 48.

<sup>202</sup> *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 53; *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92, § 74.

<sup>203</sup> *Tanda-Muzinga v. France, ibid.*, § 75, mit Verweis auf *Hirsi v. Italy*, siehe oben Fn. 106, § 155.

<sup>204</sup> *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 55.

für die Kinder im Ausland bei Familiennachzugsfällen von Flüchtlingen besonders ernst.<sup>205</sup>

Die Auslegung von Art. 8 EMRK als Gewährleistung von gleichen Familiennachzugsansprüchen auch für Personen mit einem weniger dauerhaften Einwanderungsstatus wird auch von dem Beschluss Nr. 15 des UNHCR-ExKom gestützt, der bestätigt, dass der Familiennachzug für nahe Familienangehörige auch Flüchtlingen mit temporärem Status erleichtert werden sollte.<sup>206</sup> Die PACE-Empfehlung Nr. 1327 (1997) legt ebenso nahe, die Grundsätze zur Familienzusammenführung bei Personen, denen vorläufiger Schutz oder eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen gewährt wurde, zu überdenken.<sup>207</sup>

### 5.1.2 Vereinbarkeit mit Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK

Vieles spricht dafür, dass wenn ein Flüchtling mit F-Ausweis einen Familiennachzug vor Ablauf der 3-Jahres-Frist beantragt, dies könnte einen Verstoss gegen das Recht auf Nichtdiskriminierung nach Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK in Bezug auf seinem „sonstigen Status“ darstellen, da der Einwanderungsstatus bzw. die Art der Bewilligung als „sonstiger Status“ anzusehen ist.<sup>208</sup> Zudem beinhaltet das Szenario ungleiche Behandlung, nämlich strengere v. weniger strenge Bedingungen beim Familiennachzug für Personen in ähnlicher Situation, nämlich anerkannte Flüchtlinge mit B-Ausweis gegenüber solchen mit F-Ausweis.<sup>209</sup>

Es stellt sich die Frage, ob es eine objektive und angemessene Rechtfertigung hierfür gibt. *Die ursprüngliche Rechtfertigung des Bundesrates* für die unterschiedliche Behandlung wurde bereits in Abschnitt 2.2 diskutiert. Insbesondere lässt sich nicht behaupten, dass Personen mit F-Ausweis sich nur temporär in der Schweiz aufhalten, da über 96 Prozent letztendlich dauerhaft bleiben. Ebenso wenig kann argumentiert werden, dass Flüchtlinge nur einen geringen Anteil der Personen mit F-Ausweis ausmachen, da tatsächlich jede vierte ein anerkannter Flüchtling ist (siehe Abschnitt 2.1). Zudem beruhte die Einschätzung des Bundesrates auf nicht mehr aktueller Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK (siehe Abschnitt 4.1).

Das BVGer hat die Behauptung, dass die unterschiedliche Behandlung von Flüchtlingen mit F-Ausweis und solchen mit B-Ausweis rechtswidrige Diskriminierung sei, zurückgewiesen. Es hat damit argumentiert, dass Flüchtlinge kein Recht auf Familiennachzug nach der Flüchtlingskonvention selbst haben und daher die relevante Vergleichsgruppe für Flüchtlinge mit F-Ausweis andere vorläufig aufgenommene Ausländer sein sollten und nicht Flüchtlinge mit B-Ausweis.<sup>210</sup> Allerdings ist diese Argumentation problematisch, da erstens die ungleiche Behandlung verschiedener Flüchtlinge nicht damit gerechtfertigt werden kann, dass die Flüchtlingskonvention dieses spezifische Recht nicht vorsieht, angesichts der Tatsache, dass das Recht auf Familiennachzug von der EMRK garantiert wird. Zweitens zieht sie als Vergleichsgruppe andere Personen mit F-Ausweis heran, jedoch nicht andere Ausländer mit temporärem Status, wie z. B. B-Ausweis-Inhaber, für die keine dreijährige Sperre gilt (siehe Art. 44 AuG).

Des Weiteren verliert eine objektive Rechtfertigung auf der Grundlage der behaupteten Vorläufigkeit des F-Ausweises an Stichhaltigkeit bei Herkunftsländern, die sich in Konflikt- oder Kriegssituationen befinden, insbesondere bei Betrachtung der derzeitigen Vorgehensweise beim

<sup>205</sup> Vergleiche *I.A.A. v. UK*, siehe oben Fn. 110 (keine Familienangehörigen, die sich um sie kümmern konnten, aber keine Verletzung von Art. 8) mit *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92 (wo der Gerichtshof die Antragsteller in einem Zustand der Isolation fand, da ihre drei älteren Geschwister nicht in Kenia lebten, wie das Einwanderungsministerium behauptet hatte, sondern in Europa, wo sie alle Flüchtlingsstatus erhalten hatten, § 55).

<sup>206</sup> UNHCR, ExKom-Beschluss Nr. 15, siehe oben Fn. 58, lit. e.

<sup>207</sup> PACE Recommendation 1327 (1997), siehe oben Fn. 79, § 8.7 lit. q.

<sup>208</sup> EGMR, *Hode and Abdi v. United Kingdom*, Nr. 22341/09, Urteil vom 6. November 2012, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114244>, § 48.

<sup>209</sup> Siehe EGMR, *Grosse Kammer, D.H. v. Czech Republic* (GC), Nr. 57325/00, Urteil vom 13. November 2013, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83256>, §§ 175, 196.

<sup>210</sup> Siehe Urteil des BVGer F-8197/2015, siehe oben Fn. 30: „*que dite Convention ne leur accorde ainsi aucun privilège en matière de séjour, «ce qui fait que, sur ce point, les réfugiés admis provisoirement sont sur un pied d'égalité avec les autres étrangers admis provisoirement» (cf. ch. 6.3.7 de la Directive du SEM du 1er janvier 2008 [état au 24 octobre 2016], document publié sur le site internet [www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch) Accueil SEM Publications & service Directives et circulaires III. Loi sur l'asile 6. Situation juridique; site consulté en février 2017)*“.

Familiennachzug für syrische Flüchtlinge. Syrische Flüchtlinge mit F-Ausweis erhalten derzeit unter sehr lockeren Bedingungen Visa aus humanitären Gründen für ihre Familienangehörigen als Teil allgemeiner Massnahmen zur Aufnahme von syrischen Flüchtlingen.<sup>211</sup>

Eine weitere objektive Rechtfertigung, die angeführt werden könnte, ist, dass Flüchtlinge mit F-Ausweis diese Art der Bewilligung aufgrund ihres eigenen Handelns oder aus selbstverursachten Gründen innehaben. Einerseits sind Personen mit F-Ausweis, denen das Asyl und der B-Ausweis auf der Grundlage von Art. 54 AsylG verweigert wurden, „sur place“-Flüchtlinge. Normalerweise ist ihr anfänglicher Bericht zu den Gründen ihrer Flucht von den Schweizer Behörden bezweifelt worden. Dies könnte als Beweis angeführt werden, dass die tatsächliche Entscheidung des Flüchtlings, das Heimatland zu verlassen, freiwillig war, auch wenn dieser inzwischen Flüchtlingsstatus hat. Hierdurch wäre die unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt. Das o. g. Urteil des BVGer scheint diese Argumentation zu unterstützen. Angesichts der Abneigung des EGMR, aus der Verweigerung eines Asylantrags weiterreichende Schlüsse zu ziehen, kann diese Argumentation allerdings im überzeugenden Einzelfall (z. B. mit einer glaubwürdigen Fluchtdarstellung und in Abhängigkeit von der Argumentation der Behörde oder des Gerichts, wo der Antrag abgelehnt wurde) durchaus angefochten werden.<sup>212</sup>

Nach Art. 53 AsylG sind Flüchtlinge, welche die Schweizer Sicherheit verletzt oder gefährdet haben, verwerfliche Handlungen begangen haben oder gegen die eine Landesverweisung ausgesprochen wurde, des Asyls unwürdig und nicht zu einer B-Bewilligung berechtigt. Dies könnte als objektive und angemessene Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung angeführt werden.

Ein weiterer Faktor, der als Argument im Hinblick auf Art. 14 EMRK dienen kann, ist die Entscheidung des CERD-Ausschusses in *A.M.M. v. Switzerland*, in dem der Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung zwar feststellte, dass keine Rassendiskriminierung zwischen Personen mit F-Ausweis allgemein und anderen Einwanderern vorlag (da die unterschiedliche Behandlung auf der Art der Bewilligung und nicht auf der Abstammung beruhte), die Schweizer Regierung jedoch mahnte, die grundlegenden rechtlichen Einschränkungen für Personen mit F-Ausweis zu reduzieren:

Notwithstanding the conclusion it has reached in this case, the Committee notes that the State party has itself acknowledged the adverse consequences of temporary admission status on essential areas of life for this category of non-nationals, some of whom find themselves permanently in a situation that ought to be temporary...

Accordingly, the Committee recommends that the State party review the regulations governing its temporary admission regime, with a view to limiting as far as possible the restrictions on the enjoyment and exercise of fundamental rights and in particular rights relating to freedom of movement, particularly when that regime is applied for a long period.<sup>213</sup>

Dies belegt den Mangel an objektiver Rechtfertigung für die weitreichenden Konsequenzen eines nachteiligen Status im Falle von Personen mit F-Ausweis, der von der Schweiz in A.M.M. eingeräumt wurde. Da Art. 14 EMRK Diskriminierung aufgrund des Einwanderungsstatus verbietet, könnte dies vor dem EGMR (aber nicht dem CERD-Ausschuss) geltend gemacht werden.

<sup>211</sup> Siehe SEM, *Humanitäre Krise in Syrien*, verfügbar unter: <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/syrien.html>.

<sup>212</sup> *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, aber auch *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 89.

<sup>213</sup> CERD-Ausschuss, *A.M.M. v. Switzerland*, Comm. Nr. 50/2012, 18. Februar 2014, verfügbar unter: [www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/Jurisprudence.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/Jurisprudence.aspx), §§ 10-11.

### 5.1.3 Mögliche Rechtfertigungsgründe nach Art. 8 EMRK

Angesichts der Dauer der innerstaatlichen Verfahren wäre es wahrscheinlich, dass die dreijährige Frist abgelaufen wäre zu dem Zeitpunkt, wo eine EMRK-Beschwerde eingereicht würde, und ganz gewiss zu der Zeit, wenn der Gerichtshof darüber entschieden hätte. Eine strategische Erwägung in diesem Zusammenhang besteht darin, ob es nicht am besten wäre, die Unvereinbarkeit mit Art. 8 EMRK im Namen eines Antragstellers vor Gericht zu bringen, der sehr wahrscheinlich in der Lage wäre, die finanziellen u. a. Anforderungen nach Art. 85 Abs. 7 AuG zu erfüllen, und daher zu dem Zeitpunkt, wo der EGMR den Fall entscheidet, den Familiennachzug bereits erlangt hätte. Dieses Szenario wäre analog zu der Situation in den Fällen *Tanda-Muzinga v. France* und *Senigo Longue v. France*, wo jeweils die Kinder zum Zeitpunkt des Urteils des EGMR bereits Visa erhalten hatten.<sup>214</sup>

Ein weiterer Aspekt, der für die Wahl eines Falls spricht, in dem der Familiennachzug nach Ablauf der drei Jahre gewährt worden ist, besteht darin, dass Familiennachzugsfälle derzeit vor dem EGMR offenbar keine Priorität haben. Das Verfahren in *El Ghatet v. Switzerland* wurde 2010 eingeleitet und der Fall wurde erst beinahe sechs Jahre später, im November 2016, entschieden. Zum Zeitpunkt des Urteils war der Sohn bereits 26 Jahre alt.

Ein weiteres Szenario, in dem diese Bestimmung möglicherweise unvereinbar mit Art. 8 EMRK ist, ergibt sich, wenn ein Flüchtling mit F-Ausweis aus gesundheitlichen Gründen oder aufgrund einer Behinderung nicht in der Lage ist, die finanziellen Bedingungen nach Art. 85 Abs. 7 AuG zu erfüllen. Spezifische Aspekte zu Behinderungen werden in Abschnitt 5.4 diskutiert. Ein weiterer unterstützender Faktor ist es, wenn nachgewiesen werden kann, dass die Person sich bemüht hat, Arbeit zu finden, jedoch aufgrund ihrer Behinderung oder gesundheitlichen Probleme dabei keinen Erfolg hatte (vgl. das weiter unten betrachtete Urteil des EGMR in *Haydarie*).

Die Qualität der Argumentation eines Urteils des BVGer wäre ein weiterer Punkt, der zu betrachten ist, und insbesondere die Frage, ob die Rechte von Flüchtlingen und Kindern vom BVGer angemessen berücksichtigt worden sind. Art. 8 EMRK stellt hinsichtlich der Beurteilung des Kindeswohls einen hohen Anspruch und der Gerichtshof unterzieht in solchen Fällen die Argumentation des innerstaatlichen Gerichts einer besonders strengen Überprüfung.<sup>215</sup> In Fällen, in denen Kinder betroffen sind, ist es daher umso wahrscheinlicher, dass eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt wird.

### 5.1.4 Zusammenfassung

Es bestehen gute Gründe, die eine Verletzung von Art. 8 EMRK durch die dreijährige Sperre für Familiennachzug, insbesondere im Kontext von Flüchtlingen mit F-Ausweis, vermuten lassen. Die Wartezeit kann jedoch auch im Fall von F-Ausweis-Inhabern allgemein eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstellen, auch wenn die Rechtsprechung des Gerichtshofs hierüber weniger eindeutig ist. Sowohl Art. 8 EMRK als auch Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK würden eine solide Grundlage für eine Beschwerde an den EGMR bieten.

Das ideale Szenario für Rechtsverfahren wäre es, so schnell wie möglich nach der Erteilung eines F-Ausweises Familiennachzug zu beantragen und zwar möglichst in einem Fall, wo der Antragsteller in der Lage ist, Arbeit zu finden und bei Ablauf der drei Jahre die finanziellen Bedingungen für den Familiennachzug zu erfüllen, so dass irgendwelche Verzögerung des Gerichtshofs bei der Entscheidung des Falls die betreffende Person nicht so sehr beeinträchtigt und die negativen Auswirkungen der dreijährigen Sperre umso deutlicher sichtbar werden.

<sup>214</sup> *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92, § 55; *Senigo Longue v. France*, siehe oben Fn. 95, § 52.

<sup>215</sup> *M.P.E.V. v. Switzerland*, siehe oben Fn. 28, § 57; *El Ghatet v. Switzerland*, siehe oben Fn. 102, § 47.

<sup>216</sup> *Hode and Abdi v. UK*, siehe oben Fn. 208, und siehe EUGH, Urteil *Rhimou Chakroun v. Minister van Buitenlandse Zaken*, Rechtssache C-578/08, 4. März 2010, verfügbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-578/08&td=ALL>, in dem keine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung von nach gegenüber vor der Flucht geheirateten Partnern in Verbindung mit der Abhängigkeit von staatlichen Mitteln nach der Richtlinie über die Familienzusammenführung 2003/86/EG (von der Schweiz nicht angenommen) gefunden wurde.

## 5.2 Art. 44 AuG: Familiennachzug für nach der Flucht geheiratete Ehepartner (und nach der Flucht geborene Kinder) eines Flüchtlings mit B-Ausweis, der auf Sozialhilfe angewiesen ist

Flüchtlinge mit B-Ausweis, die Familiennachzug für nach der Flucht geheiratete Ehepartner beantragen wollen, können dies nicht auf der Grundlage von Art. 51 Abs. 1 und 4 AsylG, sondern müssen sich auf den restriktiveren Art. 44 AuG berufen, der Bedingungen hinsichtlich der Unabhängigkeit von Sozialhilfe und der bedarfsgerechten Wohnung enthält. Die Bestimmungen zum Familiennachzug für nach der Flucht geheiratete Ehepartner sind wesentlich strenger als für vor der Flucht geheiratete Ehepartner.

### 5.2.1 Vereinbarkeit mit Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK

Ein ähnliches Szenario wurde vom Gerichtshof im Fall *Hode and Abdi v. UK* behandelt.<sup>216</sup> Der Gerichtshof entschied, dass die ungleiche Behandlung von nach der Flucht geheirateten Ehepartnern gegenüber vor der Flucht geheirateten eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung aufgrund des „sonstigen Status“ als Flüchtling und dessen nach der Flucht geheirateter Ehepartner darstellte, die im Widerspruch zu Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK stand.<sup>217</sup>

Es ist dabei zunächst notwendig, die Argumente nach Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK zu betrachten. Im vorliegenden Szenario bezüglich Familiennachzug für nach der Flucht geheiratete Ehepartner liegt eine Ungleichbehandlung auf der Grundlage des „sonstigen Status“ des Ehepartners vor (Eheschliessung vor der Flucht oder nach der Flucht), in einer ähnlichen Situation, nämlich in einer Ehe mit einem Flüchtling in der Schweiz.

Eine weitere relevante Vergleichsgruppe können Schweizer Staatsbürger und C-Ausweis-Inhaber (Niederlassungsbewilligung) sein, die wohl in einer vergleichbaren Situation wie Flüchtlinge (sowohl mit F-Ausweis als auch mit B-Ausweis) sind, da der Status von Flüchtlingen dauerhaft ist. Das BGer hat anerkannt, dass Flüchtlinge mit B-Ausweis einen dauerhaften Status haben (auf der Grundlage des damals geltenden Rechts, nach fünf Jahren einen C-Ausweis zu beantragen – diese Bestimmung ist inzwischen widerrufen worden).<sup>218</sup> Es kann die Auffassung vertreten werden, dass Flüchtlinge mit B-Ausweis aufgrund des *refoulement*-Verbots in der Flüchtlingskonvention sowie der *de facto*-Situation von Flüchtlingen mit B-Ausweis als dauerhaft bleibende Personen tatsächlich in einer ähnlichen Situation wie C-Ausweis-Inhaber und Schweizer Staatsbürger sind. C-Ausweis-Inhaber und Schweizer Staatsbürger unterliegen nicht den Einkommensanforderungen nach Art. 44 AuG (vgl. Art. 42 und 43 AuG). Sie dürfen sogar selbst von Sozialhilfe abhängig sein, allerdings darf das Familienmitglied, dessen Nachzug beantragt wird, keinen wesentlichen zusätzlichen Bedarf an Sozialhilfe verursachen. Die ungleiche Behandlung basiert also auf dem Einwanderungsstatus, der unter „sonstiger Status“ fällt.<sup>219</sup> Eine Person, die nur in begrenztem Masse von Sozialhilfe abhängig ist, oder eine Person, die von Sozialhilfe lebt, deren Ehepartner jedoch in der Lage wäre, zu arbeiten, könnte einen Präzedenzfall im Rahmen dieses Szenarios darstellen.

Die zentrale Frage ist, ob eine objektive und angemessene Rechtfertigung für eine solche Ungleichbehandlung existiert. Während der EGMR dies in *Hode and Abdi* in Abrede stellte, muss die Situation in der Schweiz zumindest in gewissem Masse von der Situation im Vereinigten Königreich unterschieden werden. Die Probleme bei einer direkten Bezugnahme auf *Hode and Abdi* werden in Abschnitt 5.2.3. diskutiert.

### 5.2.2 Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK

Diese Situation kann zudem mit Art. 8 EMRK unvereinbar sein, da aus Art. 8 EMRK in diesem Kontext positive Verpflichtungen hervorgehen. Allerdings betrafen die Fälle, in denen der Gerichtshof einen Verstoß gegen die positiven Verpflichtungen aus Art. 8 EMRK feststellte, allesamt Kinder<sup>220</sup>

<sup>217</sup> *Hode and Abdi v. UK*, siehe oben Fn. 208, §§ 48, 52.

<sup>218</sup> Siehe z. B. BGE 139 I 330.

<sup>219</sup> *Hode and Abdi v. UK*, siehe oben Fn. 208, § 48.

<sup>220</sup> Siehe z. B. *Mubilanza Mayeka v. Belgium*, siehe oben Fn. 93, §§ 76, 82; *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Netherlands*, siehe oben Fn. 97, § 38; *Senigo Longue v. France*, siehe oben Fn. 95, § 64.

Wenn ein Kind mitbetroffen ist, sind die relevanten Faktoren für das Bestehen einer positiven Verpflichtung: i) War die Trennung der Familie freiwillig? ii) Gibt es unüberwindbare Hindernisse die einem Familienleben woanders entgegenstehen? iii) Was ist für das Wohl des Kindes erforderlich?

Im Hinblick auf i), Freiwilligkeit der Trennung, hat der Gerichtshof bereit erklärt, dass Staaten die ehelichen Entscheidungen von Migranten nach der Einwanderung nicht berücksichtigen müssen. Er sieht diese tatsächlich als freiwillige Entscheidung für eine Trennung an. In *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom* hat der Gerichtshof entschieden:

The Court observes that the present proceedings do not relate to immigrants who already had a family which they left behind in another country until they had achieved settled status in the United Kingdom. It was only after becoming settled in the United Kingdom, as single persons, that the applicants contracted marriage (see paragraphs 39-40, 44-45 and 50-52 above). The duty imposed by Article 8 (art. 8) cannot be considered as extending to a general obligation on the part of a Contracting State to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to accept the non-national spouses for settlement in that country.<sup>221</sup>

Die Situation wäre allerdings anders, wenn es um einen Ehepartner ginge, der während der Flucht vom Antragsteller getrennt wurde. Der Ehepartner würde in diesem Fall zwar nicht unter die enge Auffassung von Familienmitgliedern in Art. 51 Abs. 4 AsylG fallen, jedoch würde die Trennung höchstwahrscheinlich dennoch im Rahmen von Art. 8 EMRK als freiwillig gelten. Dies wird auch von den Beschlüssen des UNHCR-ExKom gestützt, die regelmässig von „getrennten Flüchtlingsfamilien“ sprechen, ohne genau anzugeben, dass die Trennung im Heimatland stattgefunden haben muss.<sup>222</sup>

Zudem gelten auch hier die o. g. Aussagen des Gerichtshofs zur besonderen Situation und Verletzlichkeit von Flüchtlingen (Abschnitt 5.1.1) und deren Recht auf Familiennachzug.

Ein weiteres Argument gegen die Einkommensbedingung findet sich im Beschluss Nr. 24 des UNHCR-ExKom, der ebenfalls hervorhebt, dass der Familiennachzug „durch besondere Massnahmen zur Unterstützung des Familienoberhauptes erleichtert werden [...], damit wirtschaftliche Schwierigkeiten und Wohnungsprobleme im Asylland die Erteilung einer Einreiseerlaubnis für Familienmitglieder nicht ungebührlich verzögern“.<sup>223</sup>

Es ist besonders relevant, dass die Beschäftigungsraten unter Flüchtlingen mit B-Ausweis in der Schweiz in den ersten drei Jahren eher niedrig sind, sie erreichen gerade einmal 20 Prozent (siehe Abschnitt 2.2). Die Integration auf dem Arbeitsmarkt ist für Flüchtlinge äusserst schwierig. Auch wenn die Beschäftigungsrate nach fünf Jahren auf 48 Prozent steigt, sind die ersten Jahre besonders schwer. Aus strategischer Sicht wäre ein Flüchtling, der sich aktiv um einen Arbeitsplatz bemüht, aber es nicht geschafft hat, eine feste Anstellung zu finden, ein passender Fall (siehe dazu Haydarie und Abschnitt 5.3.2).

Im Hinblick auf ii), Hindernisse für eine Umsiedelung, die zweite Voraussetzung für eine positive Verpflichtung in diesem Szenario, ist wiederum offensichtlich, dass von einem Flüchtling nicht verlangt werden kann, woanders zu leben (siehe Abschnitt 5.1.1).

Im Hinblick auf iii), das Kindeswohl, sprechen auch im Fall von nach der Flucht geborenen Kindern Argumente in Bezug auf das Kindeswohl für eine Verpflichtung zum Familiennachzug nach Art. 8 EMRK (siehe Abschnitt 5.1.1). Hier sind dieselben Erwägungen zur zügigen Zusammenführung von Flüchtlingen mit ihren Kindern sowie Erwägungen hinsichtlich prekärer Lebensumstände im Ausland von Bedeutung.<sup>224</sup>

<sup>221</sup> *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. UK*, siehe oben Fn. 81, § 68 (vier von 14 Richtern schrieben zustimmende Stellungnahmen, laut denen zwar ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 vorlag, dieser jedoch durch Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt war).

<sup>222</sup> UNHCR-ExKom Beschluss Nr. 24 (XXXII) von 1981 über Familienzusammenführung, §§ 1-3.

<sup>223</sup> *Ibid.*, § 9.

<sup>224</sup> *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92, § 75; *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 55.

### 5.2.3 Mögliche Rechtfertigungsgründe nach Art. 14 und 8 EMRK

Mögliche Rechtfertigungsgründe nach Art. 8 EMRK wurden bereits in Abschnitt 5.1.3 dargestellt.

Im Hinblick auf eine Beschwerde unter Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK muss beachtet werden, dass die Situation im Vereinigten Königreich vor dem Urteil in *Hode and Abdi v. UK* sich stark von der aktuellen Situation in der Schweiz unterscheidet. Im Vereinigten Königreich hatten Flüchtlinge früher gar keine Möglichkeit, Familiennachzug für Mitglieder einer nach der Flucht gegründeten Familie zu beantragen. Daher hatten die Gerichte im Vereinigten Königreich bereits vor dem Urteil des EGMR erklärt, dass die damalige Gesetzgebung im Widerspruch zu Art. 8 EMRK stand.<sup>225</sup> Der EGMR nahm bei seiner Entscheidung, dass für die ungleiche Behandlung keine objektive Rechtfertigung gegeben war, dieses innerstaatliche Urteil als Grundlage:

The Court accepts that offering incentives to certain groups of immigrants may amount to a legitimate aim for the purposes of Article 14 of the Convention. However, it observes that this “justification” does not appear to have been advanced in the recent domestic cases cited by the applicants. While the Court recognises that the Government were estopped from arguing this point in *A* (Afghanistan), it notes that in the later case of *FH* (Post-flight spouses) Iran the Upper Tribunal (Asylum and Immigration) found no justification for the particularly disadvantageous position that refugees had found themselves to be in when compared to students and workers, whose spouses were entitled to join them. In fact, the Tribunal went so far as to call on the Secretary of State for the Home Department to give urgent attention to amending the Immigration Rules so as to extend them to the spouses of those with limited leave to remain as refugees. The Immigration Rules were subsequently amended in the manner suggested by the Tribunal.<sup>226</sup>

Der Unterschied zwischen der Situation im Vereinigten Königreich und der Situation in der Schweiz besteht also darin, dass im Vereinigten Königreich die Ungleichbehandlung ein deutlich grösseres Ausmass hatte. In der Schweiz können Flüchtlinge Familiennachzug für nach der Flucht geheiratete Ehepartner beantragen, vorausgesetzt sie erfüllen die Bedingungen in Art. 44 lit. a-c AuG. Die Frage ist daher, ob der Gerichtshof zu dem Schluss kommen würde, dass keine objektive Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung existiert. Hierbei sind zwei verschiedene Vergleichsszenarios relevant: Ist es gerechtfertigt, Mitglieder von schon vor der Flucht bestehenden Familien und Mitglieder von nach der Flucht gegründeten Familien unterschiedlich zu behandeln? Und ist es gerechtfertigt, Flüchtlinge mit B-Ausweis anders zu behandeln als Inhaber eines C-Ausweises und Schweizer Staatsbürger?

Der Gerichtshof hat sich zwar noch nicht über die Frage geäussert, ob finanzielle Bedingungen im Fall von Familiennachzug für Mitglieder nach der Flucht gegründeter Familien von Flüchtlingen zulässig sind, jedoch hat er in *Haydarie v. the Netherlands* derartige Bedingungen im Fall einer Person, die vor einer allgemeinen Kriegssituation geflohen war, betrachtet.<sup>227</sup>

Der Fall betraf eine Mutter aus Afghanistan, die zusammen mit einem ihrer Söhne und ihrer Schwester zunächst nach Pakistan und dann weiter in die Niederlande geflohen war. Sie hatte drei weitere Kinder in Afghanistan in der Obhut von deren Grossvater mütterlicherseits zurückgelassen. Der Vater der Kinder war 1998 vermutlich von den Taliban gefangen genommen worden und seitdem nicht mehr gesehen worden. Der Antragstellerin, ihrem Sohn und ihrer Schwester wurde das Asyl verweigert, jedoch erhielten sie eine bedingte Aufenthaltsgenehmigung, da ihre Rückkehr nach Afghanistan eine unbillige Härte bedeutet hätte. Die Aufenthaltsgenehmigungen wurden zunächst verlängert und dann durch befristete Aufenthaltsgenehmigungen zum Zweck des Asyls ersetzt, die später in unbefristete umgewandelt wurden. Die antragstellende Mutter war nicht erwerbstätig, sondern kümmerte sich um ihre im Rollstuhl sitzende Schwester und

<sup>225</sup> UK, Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), *FH* (Nach der Flucht verheiratete Ehepartner) *Iran v. Entry Clearance Officer, Tehran*, [2010] UKUT 275 (IAC), 19. Juli 2010, verfügbar unter: [www.refworld.org/cases,GBR\\_UTIAC,4c6962f92.html](http://www.refworld.org/cases,GBR_UTIAC,4c6962f92.html).

<sup>226</sup> *Hode and Abdi v. UK*, siehe oben Fn. 208, § 53.

<sup>227</sup> *Haydarie v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 109.

hatte Sprach- und Nähkurse in den Niederlanden besucht. Die Hauptfrage in dem Fall war, ob von der Antragstellerin verlangt werden konnte, die Einkommensbedingung der innerstaatlichen Einwanderungsgesetze zu erfüllen, laut der sie ein unabhängiges und dauerhaftes Einkommen in Höhe der Leistungen nach der Sozialgesetzgebung haben musste.

Der Gerichtshof machte in *Haydarie* deutlich, dass er die Bedingung, dass ein Ausländer, der Familiennachzug beantragt, ein hinreichend unabhängiges und dauerhaftes Einkommen, ausser Sozialleistungen, zur Abdeckung der grundlegenden Lebenskosten des nachgezogenen Partners vorweisen muss, nicht unangemessen fand.<sup>228</sup> Insbesondere erklärte der Gerichtshof, dass sinnvollerweise eine solche Einkommensbedingung nur für drei Jahre gelten sollte, wenn der Antragsteller erfolglos versucht hat, Arbeit zu finden:

The Court further understands that the Netherlands authorities would not maintain this income requirement if the first applicant could demonstrate to have made, during a period of three years, serious but unsuccessful efforts to find gainful employment, also bearing in mind the possible existence of an objective obstacle for the applicants' return to Afghanistan.<sup>229</sup>

#### 5.2.4 Zusammenfassung

Aus strategischer Sicht steht Art. 44 AuG bei nach der Flucht geheirateten Ehepartnern höchst wahrscheinlich im Widerspruch zu Art. 8 EMRK, wenn der Flüchtling entweder erfolglos versucht hat, Arbeit zu finden, oder er die Familie während der Flucht gegründet hat und in einem Transitland vom Ehepartner getrennt wurde.

Zudem würde diese Argumentation nach Art. 8 EMRK gestärkt, wenn auch Kinder betroffen sind, die nach Verlassen des Heimatlandes geboren wurden, beispielsweise wenn der Vater seine Frau und neugeborene Kinder in einem Transitland zurückgelassen hat und in die Schweiz geflohen ist.

#### 5.3 Art. 44 AuG: Von Sozialhilfe abhängige Flüchtlingsmutter mit Kind(ern) in der Schweiz, die Familiennachzug für den nach der Flucht geheirateten Ehemann beantragt

Dies ist das gleiche Szenario wie oben in Abschnitt 5.2, jedoch mit leicht veränderter Sachlage. Insbesondere sind Kinder involviert, was einen wichtigen zusätzlichen Aspekt in der Beurteilung, ob positive Verpflichtungen nach Art. 8 EMRK bestehen, darstellt.

##### 5.3.1 Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK

Im Hinblick auf ii), Hindernisse für eine Umsiedelung, spricht die Tatsache, dass in diesem Szenario die Kinder bei der Mutter in der Schweiz leben und sehr wahrscheinlich eine enge Beziehung zu dem Land entwickelt haben, gegen ein Familienleben in einem anderen Land. Allerdings ist der Rechtsprechung des Gerichtshofs zufolge auch allgemein bei Flüchtlingen klar, dass nicht von ihnen erwartet werden kann, woanders zu leben (siehe Abschnitt 5.1).

Im Hinblick auf i), die Freiwilligkeit der Trennung, ergibt sich eine ähnliche Beurteilung wie in Abschnitt 5.2.

Ein weiterer Punkt, der eine Verletzung von Art. 8 EMRK vermuten lässt, ist, dass der Vater wahrscheinlich nach einer gewissen Zeit in der Schweiz Arbeit finden und dadurch die Belastung der Sozialkassen verringern würde.

##### 5.3.2 Vereinbarkeit mit der Frauenrechtskonvention (CEDAW)

In diesem Szenario geht es auch um die *de facto*-Diskriminierung von Frauen. Männer fliehen typischerweise ohne ihre Kinder, während Frauen üblicherweise ihre Kinder während der Flucht bei sich behalten und daher auch häufiger Asyl für ihre Kinder mitbeantragen. Die Schweizer

<sup>228</sup> *Ibid.*, S. 13.

<sup>229</sup> *Ibid.*, S. 13.



Behörden halten jedoch Flüchtlingsfrauen mit kleinen Kindern manchmal aktiv von einer Erwerbstätigkeit ab, da die Kosten für staatlich finanzierte Kinderbetreuung höher wären als die Kosten für die Sozialhilfe. Wenn einer Flüchtlingsmutter vom Arbeiten abgeraten wurde, ist dies ein wichtiges Argument für eine positive Verpflichtung nach Art. 8 EMRK.

Zudem kann es Gründe geben, diese Situation vor den CEDAW-Ausschuss zu bringen. Der Ausschuss hat erklärt, dass „Wanderarbeiterinnen, die vorübergehend in einem anderen Land leben und arbeiten, [...] die gleichen Rechte wie Männer auf Nachzug ihrer Ehegatten, Partner und Kinder haben [sollten]“<sup>230</sup> und dass Familiennachzugsregelungen für Wanderarbeiter weder direkt noch indirekt diskriminierend auf der Grundlage des Geschlechts sein sollten.<sup>231</sup> Zudem stellt der CEDAW-Ausschuss fest, dass Wanderarbeiterinnen u. U. besonders nachteiligen Bedingungen hinsichtlich ihres Aufenthalts in einem Land unterliegen.<sup>232</sup>

Wenn statistische Daten gesammelt werden können, die eine tatsächliche nachteilige Situation für Frauen hinsichtlich des Rechts auf Familiennachzug zeigen, würde dies das Argument unterstützen, dass eine solche Situation eine Diskriminierung von Frauen und damit einen Verstoss gegen Art. 2 lit. f CEDAW sowie eine Verletzung des Rechts von Frauen auf freie Wahl ihres Wohnsitzes nach Art. 15 Abs. 4 CEDAW bedeuten könnte. Somit könnte dann eine Beschwerde beim CEDAW-Ausschuss eingereicht werden, da die Schweiz das Fakultativprotokoll über individuelle Mitteilungen ratifiziert hat.

### 5.3.3 Mögliche Rechtfertigungsgründe nach Art. 8 EMRK und CEDAW

Die problematischen Aspekte einer Beschwerde im Hinblick auf Art. 8 EMRK wurden bereits in Abschnitt 5.1.3 diskutiert. Die Existenz von Kindern im vorliegenden Szenario würde zwar den Fall leicht stärken, jedoch ist zu beachten, dass die Kinder nicht unbedingt mit dem nach der Flucht geheirateten Ehepartner verwandt wären und ihre Existenz daher nur einen begrenzten Einfluss hätte.

Im Hinblick auf eine CEDAW-Beschwerde ist der wesentliche Punkt eine Frage der Beweise, nämlich ob gezeigt werden kann, dass die Situation eine *de facto*-Diskriminierung von Frauen darstellt. Dies würde eine Studie anhand statistischer Daten über die Situation erfordern.

### 5.3.4 Zusammenfassung

Eine Beschwerde unter Art. 8 EMRK würde besonders durch die Tatsache gestärkt, dass der nach der Flucht geheiratete Ehepartner wahrscheinlich in der Schweiz eine Arbeit finden würde und dadurch die Sozialkassen entlasten würde (was durch seine Qualifikationen oder die Versicherung eines zukünftigen Arbeitgebers, der dem Ehepartner eine Stelle garantiert, nachgewiesen werden könnte). Interessant wäre hier eine Beschwerde im Hinblick auf die CEDAW, da sie ein Problem des Systems und eine *de facto* diskriminierende Einstellung gegenüber solchen Fällen anprangern würde. Die Erfolgchancen einer solchen Beschwerde würden in erster Linie von den gesammelten Daten zum Nachweis der *de facto* diskriminierenden Situation gegenüber Frauen abhängen.

## 5.4 Behinderte/krankte Flüchtlinge, die auf Sozialhilfe angewiesen sind und Familiennachzug für Mitglieder ihrer nach der Flucht gegründete Familie (Ehepartner und/oder Kinder) beantragen

Dieses Szenario, bei dem ein Flüchtling, der auf Grund einer Behinderung oder Krankheit auf Sozialhilfe angewiesen ist, die Familienzusammenführung für Mitglieder seiner nach der Flucht gegründete Familie (Ehepartner und/oder Kinder) beantragt, ist wiederum den in Abschnitt 5.2 und 5.3 dargestellten ähnlich. Allerdings ist der Antragsteller in der Schweiz krank oder behindert, was bedeutet, dass er/sie arbeitsunfähig ist und der Person jedoch nicht vorgeworfen werden kann, dass sie sich nicht ausreichend um Arbeit bemühen würde.

<sup>230</sup> CEDAW-Ausschuss, *Allgemeine Empfehlung Nr. 21*, siehe oben Fn. 67.

<sup>231</sup> CEDAW-Ausschuss, *Allgemeine Empfehlung Nr. 26*, siehe oben Fn. 65, § 26 lit. e.

<sup>232</sup> *Ibid.*, § 19.

#### 5.4.1 Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK

Die Argumente nach Artikel 8 EMRK gleichen denen in Abschnitt 5.2 und 5.3. Jedoch kommt im vorliegenden Fall die Behinderung/Krankheit des Antragstellers als materieller Faktor hinzu. Nach Meinung des Gerichtshofs sind Flüchtlinge ohnehin bereits besonders schutzbedürftig.<sup>233</sup> Wenn eine zusätzliche Verletzlichkeit, wie eine Behinderung oder Krankheit, hinzukommt, stuft der Gerichtshof dies als Häufung besonderer Umstände ein. So hat er in dem Fall *Nasri v. France* entschieden, in dem es um die Ausweisung einer behinderten Person ging.<sup>234</sup> Der Antragsteller benötigte die Unterstützung seiner Familie, um ein minimales psychisches und soziales Gleichgewicht zu erlangen, weshalb der Gerichtshof entschied, dass seine Ausweisung im Hinblick auf Art. 8 EMRK unverhältnismässig gewesen wäre.<sup>235</sup>

Zudem ist hier das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD),<sup>236</sup> das für die Schweiz am 15. Mai 2014 in Kraft getreten ist, relevant. Die CRPD verbietet die Diskriminierung von behinderten Personen und verlangt von den Staaten, angemessene Vorkehrungen zu treffen, d. h. „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten geniessen oder ausüben können“ (Art. 2 CRPD). Zudem fordert Art. 23 von den Staaten, „wirksame und geeignete Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen auf der Grundlage der Gleichberechtigung mit anderen in allen Fragen, die Ehe, Familie, Elternschaft und Partnerschaften betreffen,“ zu treffen.

Dies kann als Argument für eine Auslegung von Art. 8 EMRK dienen, die Behinderte besonders berücksichtigt. Der Gerichtshof hat erklärt, dass im Zusammenhang mit behinderten Personen positive Verpflichtungen entstehen können.<sup>237</sup> Zwar hat der Gerichtshof eine besondere Berücksichtigung von Behinderten im Zusammenhang mit Art. 3 EMRK abgelehnt,<sup>238</sup> im Fall *Nasri v. France* zeigt er jedoch, dass diese Ablehnung nicht für Art. 8 EMRK gilt.

Zudem ist, sofern Kinder von dem Antrag auf Familiennachzug betroffen sind, das Kindeswohl als vorrangiges Kriterium zu beachten. Normalerweise sprechen auf dem Kindeswohl basierende Argumente für eine Verpflichtung zum Familiennachzug im Sinne von Art. 8 EMRK (siehe Abschnitt 5.1.1), auch wenn der EGMR manchmal eine überraschende Haltung in Bezug auf Kinder, die unter prekären Bedingungen auf die Zusammenführung warten, einnimmt. Zudem werden wiederum die Argumente dafür, dass ein Verstoss gegen Art. 8 EMRK vorliegt, gestärkt, wenn es um Flüchtlinge geht.<sup>239</sup>

#### 5.4.2 Mögliche Rechtfertigungsgründe nach Art. 8 EMRK

Das Urteil des Gerichtshofs in *Haydarie v. the Netherlands* legt in diesem Zusammenhang eine gewisse Vorsicht nahe. In diesem Fall war die Antragstellerin nicht in der Lage, die Einkommensbedingung für den Familiennachzug zu erfüllen, weil sie sich um ihre im Rollstuhl sitzende Schwester kümmerte. Der Gerichtshof zeigte für die Situation der behinderten Angehörigen

<sup>233</sup> *Hirsi v. Italy*, siehe oben Fn. 106, § 155; *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92; *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92.

<sup>234</sup> EGMR, *Nasri v. France*, Nr. 19456/92, Urteil vom 13. Juli 1995, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57934>.

<sup>235</sup> *Ibid.*, § 46.

<sup>236</sup> UNGA, *Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen*, 13. Dezember 2006, A/RES/61/106, Annex I, verfügbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20122488/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20122488/index.html).

<sup>237</sup> C. O’Cinneide, “Extracting Protection for the Rights of Persons with Disabilities from Human Rights Frameworks: Established Limits and New Possibilities”, in O. Mjöll Arnardóttir und G. Quinn (Hrsg.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives* (Martinus Nijhoff 2009), 168-170; I.E. Koch, “Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective” (2006) 10 IJHR 405.

<sup>238</sup> EGMR, *S.H.H. v. United Kingdom*, Nr. 6036710, Urteil vom 29. Januar 2013, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116123>, vgl. aber die abweichenden Stellungnahmen der Richter Ziemele, Thór Björgvinsson und De Gaetano, die sich für eine Auslegung nach CRPD, die Behinderungen berücksichtigt, aussprachen.

<sup>239</sup> *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92, § 75; *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 55.

gen in diesem Fall wenig Anteilnahme. Unter den besonderen Bedingungen des Falls entschied der Gerichtshof, dass die antragstellende Mutter sich nicht aktiv um Erwerbstätigkeit bemüht hatte, weil sie es offenbar vorzog, sich zuhause um ihre behinderte Schwester zu kümmern.<sup>240</sup> Nach Meinung des Gerichtshofs hätte sie versuchen sollen, eine hierfür geeignete Einrichtung mit der Betreuung der Schwester zu beauftragen. Der Gerichtshof befand daher die Beschwerde für offenkundig unbegründet und erklärte sie für unzulässig.

#### 5.4.3 Zusammenfassung

Ein solches Szenario würde also den ersten Fall vor dem Gerichtshof darstellen, in dem eine Auslegung von Art. 8 EMRK mit besonderer Berücksichtigung einer Behinderung im Zusammenhang mit dem Familiennachzug verhandelt wird. Die existierende Rechtsprechung lässt gute Erfolgschancen erwarten.

#### 5.5 Art. 44 lit. c AuG oder Art. 85 Abs. 7 lit. c AuG: Erwerbstätige Arme, z. B. mit mehreren Kindern, die Nachzug des Ehepartners beantragen

Dieses Szenario, bei dem ein erwerbstätige Flüchtling mit mehreren Kindern, noch immer teilweise von Sozialhilfe abhängig, den Nachzug des Ehepartners beantragt, ist dem in Abschnitt 5.2 dargestellten ähnlich. Allerdings unterscheidet es sich von jenem in zwei wichtigen Aspekten. Erstens arbeitet der Antragsteller in der Schweiz und tut alles, was in seiner Macht steht. Zweitens sind Kinder involviert, die wie in dem Szenario in Abschnitt 5.3 eine entscheidende Rolle spielen.

##### 5.5.1 Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK

Die allgemeinen Erwägungen zu Art. 8 EMRK sind dieselben, wie oben dargelegt. Die folgenden zusätzlichen Faktoren beeinflussen jedoch die Beurteilung des Szenarios.

Die Tatsache, dass der Antragsteller arbeitet, aber trotzdem nicht genug verdient, um die Einkommensanforderung zu erfüllen, ist ein wichtiger Unterschied zu dem Szenario in *Haydarie v. the Netherlands*, wo der Gerichtshof entschied, dass die Antragstellerin keine ausreichenden Anstrengungen unternommen hatte, um erwerbstätig zu werden. Insbesondere wenn die Familie mehrere Kinder hat, ist es oft unmöglich, als gering qualifizierte Arbeitskraft genügend Geld zu verdienen, um von Sozialhilfe unabhängig zu sein.

Wenn der Fall einen Flüchtling mit F-Ausweis nach Art. 85 Abs. 7 AuG, statt einem Flüchtling mit B-Ausweis nach Art. 44 lit. c AuG betrifft, könnte es auch um einen vor der Flucht geheirateten Lebenspartner gehen. In diesem Fall würden die verschiedenen in Abschnitt 5.1 aufgeführten Faktoren, die für positive Verpflichtungen nach Art. 8 EMRK in Familiennachzugsfällen von Flüchtlingen sprechen, hier ebenfalls gelten.

Zudem würde das Kindeswohl im Fall eines Flüchtlings mit F-Ausweis und seines vor der Flucht geheirateten Ehepartners eine grosse Rolle spielen. Wenn die Person, für welche die Einreisegenehmigung angestrebt wird, ein Elternteil des Kindes in der Schweiz ist, wäre dies ein Aspekt, der klar für den Nachzug spricht.<sup>241</sup>

##### 5.5.2 Zusammenfassung

Die potentiell problematischen Aspekte sind hier dieselben wie in den vorher beschriebenen Szenarios. Allerdings ist in strategischer Hinsicht das Szenario eines Flüchtlings mit F-Ausweis, der mit seinen Kindern im Zielland lebt und den Nachzug seines vor der Flucht geheirateten Ehepartners beantragt, besonders stark, da nach Art. 8 EMRK stärkere positive Verpflichtungen gelten, wenn es um von einem Elternteil getrennte Kinder geht.

<sup>240</sup> *Haydarie v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 109.

<sup>241</sup> Siehe *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Netherlands*, siehe oben Fn. 97; *Nunez v. Norway*, siehe oben Fn. 99; *Polidario v. Switzerland*, siehe oben Fn. 99; *M.P.E.V. v. Switzerland*, siehe oben Fn. 28.

## 5.6 Art. 75 VZAE oder Art. 47 AuG: Fälle späten Familiennachzugs

Dieses Szenario betrifft die Bestimmungen der Schweiz, die verspäteten Familiennachzug nur in Ausnahmefällen aus wichtigen familiären Gründen erlauben (Art. 75 VZAE für Personen mit F-Ausweis und Art. 47 AuG für Flüchtlinge mit B-Ausweis beim Nachzug von nach der Flucht gegründeter Familie).

### 5.6.1 Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK

Im Hinblick auf i), Freiwilligkeit der Trennung, und ii), unüberwindbare Hindernisse für das Familienleben anderswo, gelten dieselben Erwägungen wie oben mit unterschiedlicher Stärke, je nachdem, ob es sich um einen Flüchtling oder einen F-Ausweis-Inhaber handelt. Zusätzlich ist hier iii) das Kindeswohl zu berücksichtigen.

Dieses Szenario wäre besonders wahrscheinlich bei Flüchtlingen mit F-Ausweis oder F-Ausweis-Inhabern, die Nachzug für ein Kind über 12 Jahren beantragen. Er oder sie müsste den Ablauf der dreijährigen Sperre abwarten und dann innerhalb der Frist von einem Jahr den Antrag stellen. Da jedoch nur 20 Prozent der Personen mit F-Ausweis nach drei Jahren eine Anstellung gefunden haben (siehe Abschnitt 2.3), ist es sehr wahrscheinlich, dass die Person noch nicht in der Lage wäre, die finanziellen Anforderungen nach Art. 85 Abs. 7 lit. c AuG zu erfüllen. Wenn eine solche Person also die Beantragung des Familiennachzugs für das Kind verschiebt, bis sie über ein ausreichendes Einkommen verfügt, und die Frist von einem Jahr inzwischen abgelaufen ist, ergibt sich eine interessante Ablehnungssituation. In diesem Szenario kann es wichtige objektive Gründe für den Verzug geben, wie die schwierige Beschäftigungssituation für Personen mit F-Ausweis (anerkannt durch die Schweizer Regierung in *A.M.M. v. Switzerland*, siehe Abschnitt 5.1.2). Dies spricht für positive Verpflichtungen nach Art. 8 EMRK.

Ein weiterer Faktor, der hierfür spricht, wäre es, wenn die Kinder durch die Situation in ihrem Heimatland oder einem Transitland traumatisiert sind. Die traumatisierenden Erfahrungen von Flüchtlingskindern gelten als relevant, unabhängig von deren Alter.<sup>242</sup>

Des Weiteren haben besondere Risikofaktoren für das Kind im Heimat- oder Transitland, wie im Fall *Tuquabo-Tekle*, wo das fortgeschrittene Alter der Tochter der Antragstellerin sie verletzlicher machte, da sie gefahrlich, zwangsverheiratet zu werden, deutliches Gewicht zugunsten positiver Verpflichtungen.<sup>243</sup>

### 5.6.2 Mögliche Rechtfertigungsgründe nach Art. 8 EMRK

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist sehr streng in Bezug auf späte Familiennachzugsanträge und den Nachzug von älteren Kindern.<sup>244</sup> Fristüberschreitungen von sechseinhalb Jahren in *I.M. v. the Netherlands* und sieben Jahren in *Ly v. France* wurden im Hinblick auf die Angemessenheit der Ablehnung der jeweiligen Anträge für wesentlich befunden.<sup>245</sup> Zudem misst der Gerichtshof der kulturellen und sprachlichen Umgebung, in der die Kinder aufgewachsen sind,<sup>246</sup> grosse Bedeutung bei und ebenso dem Alter, da grössere Kinder nicht so viel Betreuung benötigen wie kleine Kinder und zunehmend für sich selbst sorgen können.<sup>247</sup>

<sup>242</sup> *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 55.

<sup>243</sup> *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 89, § 50.

<sup>244</sup> *I.A.A. v. UK*, siehe oben Fn. 110, § 43.

<sup>245</sup> *I.M. v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 134; *Ly v. France*, siehe oben Fn. 143, § 37; vgl. auch *I.A.A. v. UK*, siehe oben Fn. 110.

<sup>246</sup> *Chandra v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100; *Benamar v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 100; vgl. auch *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 89, § 49.

<sup>247</sup> *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands*, *ibid.*, § 49.

Der wichtigste Punkt, um die Schwierigkeiten bei verspäteten Familiennachzugsanträgen zu lösen, ist es, nachzuweisen, dass das antragstellende Elternteil alles getan hat, was in seiner Macht stand, um den Familiennachzug so schnell wie möglich zu beantragen. Dies würde das Szenario von *I.A.A. v. UK* unterscheiden, wo die Mutter mehrere Jahre lang nichts unternommen hatte, um den Nachzug ihrer Kinder zu ermöglichen.<sup>248</sup> Das Szenario entspricht somit eher der Konstellation im Fall *Tuquabo-Tekle*, wo die Mutter alles in ihrer Macht Stehende unternommen hatte, um ihre Tochter so schnell wie möglich nachzuziehen, und den ersten Antrag sogar direkt nach der Erteilung der Bewilligung aus humanitären Gründen gestellt hatte.<sup>249</sup>

### 5.6.3 Zusammenfassung

Ein solcher Fall wäre höchst wahrscheinlich nicht mit Art. 8 EMRK vereinbar, wenn es um einen Flüchtling mit F-Ausweis geht, der den Nachzug seiner vor der Flucht geborenen Kinder beantragt. Idealerweise müsste die Person Familiennachzug zum frühestmöglichen Zeitpunkt beantragt haben und von Anfang an ein deutliches Interesse am Nachzug gezeigt haben, jedoch aufgrund der Einkommensanforderung gescheitert sein.

## 5.7 Familiennachzugsrechte von Kindern

Dieses Szenario liegt z. B. bei unbegleiteten Minderjährigen vor, denen Asyl oder vorläufige Aufnahme gewährt worden ist und die nun den Nachzug der Eltern oder eines Elternteils beantragen. Die Schweizer Gesetzgebung enthält keine gesetzliche Grundlage für den Nachzug der im Ausland lebenden Eltern durch eingewanderte Kinder. Die einzige Situation, in der das BGer Rechte im Sinne von Art. 8 EMRK gewährt hat, ist die von Schweizer Kindern, welche den Nachzug ihrer ausländischen Eltern beantragen (sogenannter „umgekehrter Familiennachzug“). Das BGer hat entschieden, dass Schweizer Kinder Familiennachzug ihrer Eltern auf der Grundlage von Art. 8 EMRK beantragen können, wenn der Elternteil Sorgerecht für das Kind oder eine enge Beziehung mit dem Kind hat. Kinder mit C-Ausweis oder B-Ausweis sind jedoch nicht dazu berechtigt.<sup>250</sup>

### 5.7.1 Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK

Dieses Szenario impliziert positive Verpflichtungen der Schweiz in Bezug auf unbegleitete Kinder. Art. 8 EMRK setzt strengere Maßstäbe, wenn es um Kinder geht. Der Gerichtshof hat entschieden, dass Staaten einer positiven Verpflichtung unterliegen, die Zusammenführung zwischen Kindern und Eltern zu erleichtern, beispielsweise im Fall *Mayeka Mitunga v. Belgium*:

The Court further notes that, far from assisting her reunification with her mother, the authorities' actions in fact hindered it. Having been informed at the outset that the first applicant was in Canada, the Belgian authorities should have made detailed enquiries of their Canadian counterparts in order to clarify the position and bring about the reunification of mother and daughter. The Court considers that that duty became more pressing from 16 October 2002 onwards, that being the date when the Belgian authorities received the fax from the UNHCR contradicting the information they had previously held.<sup>251</sup>

Zudem erklärt die Empfehlung Nr. R (99) 23 des Ministerkomitees in Bezug auf unbegleitete Minderjährige, dass die Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Familiennachzug mit Kindern und ihren Bevollmächtigten kooperieren sollten, um Familienangehörige unbegleiteter Minderjähriger ausfindig zu machen (in § 5).

<sup>248</sup> *I.A.A. v. UK*, siehe oben Fn. 110, § 43.

<sup>249</sup> *Tuquabo-Tekle v. the Netherlands*, siehe oben Fn. 89, §§ 45-46.

<sup>250</sup> Urteil des BGer vom 19. Mai 2011 (2C\_327/2010, 2C\_328/2010), siehe zudem M. Spescha, *Kommentar zum Migrationsrecht*, siehe oben Fn. 20, Nr. 18 Kommentar BV/EMRK/UNO-KRK, N 18, 19-21a.

<sup>251</sup> *Mubilanza Mayeka v. Belgium*, siehe oben Fn. 93, § 82.

Zudem hat der UNO-Kinderrechtsausschuss betont, dass die Staaten nach Art. 9 und 10 CRC zum Familiennachzug verpflichtet sind, wenn eine Familienzusammenführung im Heimatland nicht möglich ist.<sup>252</sup> Die Schweiz hat jedoch einen Vorbehalt zu Art. 10 Abs. 1 CRC über Familiennachzug eingereicht, mit der Erklärung, dass dessen Bestimmungen möglicherweise für bestimmte Kategorien von Einwandererkindern nicht gelten. Es ist allerdings fraglich, ob dieser Vorbehalt spezifisch genug ist und ob er mit anderen Verpflichtungen der Schweiz nach der Kinderrechtskonvention vereinbar ist, insbesondere nach Art. 3 CRC über das Kindeswohl und nach Art. 2 CRC über Nichtdiskriminierung, der auch einen „sonstigen Status“ als Diskriminierungsgrund aufführt. Zudem garantiert Art. 9 CRC, dass ein Kind nicht gegen seinen Willen von seinen Eltern getrennt werden darf, wogegen die Schweiz keinen Vorbehalt geäussert hat.

Die Rechtmässigkeit des Vorbehalts ist also fraglich, erstens, weil er vage ist und nicht genauer angibt, welche Gruppen von Einwanderern betroffen sind, und zweitens, weil die Schweiz keine weiteren Vorbehalte gegen andere Bestimmungen, die den gleichen Sachverhalt betreffen, insbesondere Art. 2, 3 und 9 CRC, geäussert hat. Es wäre daher interessant, die Rechtmässigkeit des Vorbehalts vor dem Kinderrechtsausschuss anzufechten, da inzwischen das Fakultativprotokoll betreffend ein Mitteilungsverfahren für die Schweiz in Kraft getreten ist.<sup>253</sup>

In jedem Falle erlegt Art. 22 Abs. 2 CRC der Schweiz positive Verpflichtungen auf, bei anerkannten Flüchtlingskindern die Eltern ausfindig zu machen und deren Nachzug zu erleichtern. Art. 22 Abs. 2 CRC kann als *lex specialis* zu Art. 10 im Hinblick auf asylsuchende und Flüchtlingskinder angesehen werden und gilt daher in jedem Falle für den Familiennachzug bei diesen Kindern.

UNHCR hat zudem wiederholt geäussert, dass die Staaten jegliche Anstrengungen unternehmen sollten, um die Eltern von unbegleiteten Minderjährigen ausfindig zu machen. Seine Richtlinien von 1997 über allgemeine Grundsätze und Verfahren zur Behandlung asylsuchender unbegleiteter Minderjähriger erklären in Bezug auf die Suche der Eltern:

Die Ausforschung der Eltern oder Angehörigen ist von grösster Bedeutung und sollte so rasch wie möglich beginnen. Bei Bedarf sind dazu die Dienste der nationalen Gesellschaften vom Roten Kreuz oder Roten Halbmond und des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (IKRK) in Anspruch zu nehmen. In Fällen, in denen das Leben oder die Unversehrtheit des Kindes oder seiner nächsten Verwandten, vor allem derjenigen, die in der Heimat zurückgeblieben sind, bedroht ist, muss sichergestellt sein, dass die Beschaffung, Auswertung und Weitergabe von Informationen über diesen Personenkreis unter strengster Vertraulichkeit erfolgt, um ihre Sicherheit nicht zu gefährden.<sup>254</sup>

Der Mangel an Familiennachzugsrechten für Kinder ist aus mehreren Gründen nicht mit Art. 8 EMRK und der Kinderrechtskonvention vereinbar.

#### 5.7.2 Vereinbarkeit mit Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK

Des Weiteren stellt diese Situation möglicherweise einen Verstoss gegen Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK dar, da eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen Schweizer Kindern und Flüchtlingskindern vorliegt. Es können auch Kinder mit F-Ausweis allgemein einbezogen werden, jedoch haben Flüchtlinge in dem Vergleich eine stärkere Position (vgl. die Argumentation hierzu in Abschnitt 5.2). Es kann damit argumentiert werden, dass die beiden Gruppen im Hinblick auf ihre Aufenthaltsrechte in einer sehr ähnlichen Situation sind. In Wirklichkeit sind Flüchtlingskinder in der schlechteren Position, da sie im Gegensatz zu Schweizer Kindern nicht einmal die Möglichkeit eines Familienlebens im Heimatland haben. Ansonsten ist die Situation von Flüchtlingskindern aus folgendem Grund mit der von Schweizer Kindern vergleichbar: Schweizer Kinder haben ein Recht

<sup>252</sup> CRC-Ausschuss, *Allgemeine Bemerkung Nr. 6 (2005)*, siehe oben Fn. 71, § 83.

<sup>253</sup> Die Schweiz hat das Fakultativprotokoll betreffend ein Mitteilungsverfahren am 24. April 2017 ratifiziert und es trat am 24. Juli 2017 in Kraft; siehe Schweizerischer Bundesrat, *Beitritt der Schweiz zum dritten Fakultativprotokoll zur UNO-Kinderrechtskonvention*, verfügbar unter: [www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-66468.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-66468.html).

<sup>254</sup> UNHCR, *Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, Februar 1997, verfügbar unter: [www.refworld.org/docid/3ae6b3360.html](http://www.refworld.org/docid/3ae6b3360.html), § 5.17.

auf Niederlassungsfreiheit und geniessen ein Ausweisungsverbot (Art. 24 und 25 BV).<sup>255</sup> Das BGer erachtet dies als einen wesentlichen Punkt für das Recht auf umgekehrten Familiennachzug von Schweizer Kindern.<sup>256</sup> Ähnlich gilt für Flüchtlingskinder ein Verbot der Zurückweisung (Art. 33 Flüchtlingskonvention, Art. 3 EMRK) und sie haben das Recht, sich im aufnehmenden Land frei zu bewegen und den Aufenthaltsort zu wählen (Art. 26 Flüchtlingskonvention, zusätzlich zu Art. 12 Abs. 1 und 4 IPbPR).

Die Frage ist daher, ob es eine objektive und angemessene Rechtfertigung für die ungleiche Behandlung gibt. Da die Schweiz keinen Vorbehalt gegen Art. 22 CRC geäussert hat, wäre es für sie schwierig, eine objektive und angemessene Rechtfertigung für die mangelnde Einhaltung ihrer Pflichten nach internationalem Recht vorzulegen.

### 5.7.3 Zusammenfassung

Dieses Szenario zeigt starke Anhaltspunkte für die Feststellung einer Verletzung der EMRK. Es sollte zunächst auf innerstaatlicher Ebene vor Gericht gebracht werden und hat innerstaatlich hohe Erfolgswahrscheinlichkeit, sowohl im Hinblick auf Art. 8 EMRK als auch auf Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK.

## 5.8 Familiennachzug bei entfernteren Familienmitgliedern

Anträge auf Familiennachzug für Angehörige, die nicht zur Kernfamilie gehören, wie unverheiratete erwachsene Kinder, Onkel oder Tanten oder abhängige Eltern, werden hier aus den folgenden Gründen nicht eingehender betrachtet. Obwohl der Gerichtshof theoretisch eine relativ flexible Auffassung von Familienleben mit entfernteren Familienangehörigen postuliert (vgl. die oben dargestellte Rechtsprechung, Abschnitt 4.3.1), bildet die Bedingung der zusätzlichen Abhängigkeit, die erfüllt sein muss, damit die Beziehung als Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK gilt, ein äusserst grosses Hindernis.<sup>257</sup> Zudem sind die innerstaatlichen gesetzlichen Bestimmungen hierzu auch wieder zurückgenommen worden (der frühere Art. 51 Abs. 2 AsylG), was laut § 2 der Empfehlung Nr. R (99) 23 des Ministerkomitees des Europarates ein wichtiger Umstand ist.

Bisher hat noch kein Familiennachzugsfall mit nicht zur Kernfamilie gehörenden Familienmitgliedern vor dem EGMR Erfolg gehabt.<sup>258</sup> Daher ist dies ein Rechtsgebiet, auf dem es nicht sinnvoll ist, die strategische Prozessführung zu untersuchen, zumindest nicht, bevor mehr positive Urteile in Fällen, in denen die Unvereinbarkeit mit Art. 8 EMRK offenkundiger ist, vorliegen.

## 5.9 Praktische und verfahrensbezogene Probleme

In der Praxis treten in Familiennachzugsfällen verschiedene praktische und verfahrensbezogene Probleme auf. Das SEM verweigert regelmässig die Anerkennung des Familienlebens von zusammenlebenden Ehepartnern vor der Flucht, insbesondere in Fällen aus Eritrea. Zudem kann es Probleme bei der Durchführung von DNA-Tests geben. Des Weiteren treten regelmässig Probleme mit den Unterlagen auf, die von den Antragstellern zum Nachweis der Familienverhältnisse eingereicht werden, wobei die Schwierigkeit oft darin besteht, dass keine oder keine zuverlässigen Dokumente vorliegen, um die biologische Verwandtschaft oder rechtmässige Eheschliessung zu überprüfen.

<sup>255</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, siehe oben Fn. 24.

<sup>256</sup> Urteil des BGer 2C\_327/2010, 2C\_328/2010, siehe oben Fn. 250, E. 4.2.3.

<sup>257</sup> Zu den erforderlichen Elementen zusätzlicher Abhängigkeit, siehe EGMR, *Kwakyé-Nti and Dufie v. the Netherlands*, Nr. 31519/96, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 7. November 2000, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-31668>; und EGMR, Grosse Kammer, *Slivenko v. Latvia (GC)*, Nr. 48321/99, Urteil vom 9. Oktober 2003, verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61334>, § 97.

<sup>258</sup> Vgl. z. B. *M.P.E.V. v. Switzerland*, siehe oben Fn. 28, wo der Gerichtshof die erwachsene und verheiratete Stieftochter ausdrücklich aus dem Geltungsbereich des Urteils ausschloss (§§ 36-37).

<sup>259</sup> *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92, § 82; *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 62; *Senigo Longue v. France*, siehe oben Fn. 95, § 75.

Art. 8 EMRK impliziert strikte verfahrensbezogene Verpflichtungen in Bezug auf Familiennachzugsfälle, insbesondere hinsichtlich „Flexibilität, Schnelligkeit und Wirksamkeit“. Die Empfehlung Nr. R (99) 23 des Ministerkomitees erklärt zudem, dass in Verfahren zum Familiennachzug für Flüchtlinge und andere Personen, die des internationalen Schutzes bedürfen, eine wohlwollende, humane und zügige Bearbeitung angezeigt ist.<sup>260</sup>

Allgemein hat der Gerichtshof erklärt, dass insbesondere im Fall von Flüchtlingen den Aussagen des Antragstellers Vertrauen geschenkt werden sollte. Flüchtlinge sind oft nicht in der Lage, offizielle Unterlagen aus ihrem Heimatland zu beschaffen,<sup>261</sup> und daher sollte in Bezug auf die eingereichten Dokumente und getätigten Aussagen im Zweifel zu ihren Gunsten entschieden werden.<sup>262</sup>

Die Empfehlung Nr. R (99) 23 des Ministerkomitees schliesst hierbei auch andere Personen, die unter internationalem Schutz stehen, ein und erklärt, dass die Mitgliedsstaaten zunächst einmal auf die verfügbaren Dokumente vertrauen, die vom Antragsteller eingereicht bzw. von zuständigen humanitären Organisationen oder auf andere Weise beschafft wurden (in § 4). Das Fehlen solcher Dokumente sollte nicht *per se* als Hindernis für die Antragstellung gesehen werden, zudem können die Mitgliedsstaaten die Antragsteller auffordern, die existierende Familienbeziehung auf andere Weise nachzuweisen.<sup>263</sup>

Wenn jedoch die vom Antragsteller eingereichten Informationen berechtigten Anlass zu Zweifeln an der Richtigkeit von dessen Aussage geben, stellt der Gerichtshof fest, dass es in der Verantwortung des Antragstellers liege, eine zufriedenstellende Erklärung für die Widersprüche bzw. alle relevanten Vorbehalte gegen die Authentizität der von ihm eingereichten Dokumente abzugeben.<sup>264</sup> Zudem kann der Antragsteller, sofern er kein Flüchtling ist, aufgefordert werden, Unstimmigkeiten zu korrigieren und neue, zuverlässige Dokumente vorzulegen, wenn Ungereimtheiten hinsichtlich der Unterlagen oder Erklärungen auftreten.<sup>265</sup>

Zudem ist zu bedenken, dass Staaten in Familiennachzugsfällen einen gewissen Ermessensspielraum im Hinblick auf die Bewertung der Nachweise haben, da sie besser in der Lage sind, die Echtheit der vom Antragsteller eingereichten Dokumente zu beurteilen. Sie haben den Antrag zügig, aufmerksam und mit besonderer Sorgfalt zu prüfen und dem Antragsteller jegliche Gründe, die zur Ablehnung des Antrags führen, ggf. mitzuteilen.<sup>266</sup> Je wichtiger die auf dem Spiel stehenden Interessen sind (z. B. Kinder und Flüchtlinge), desto geringer ist der Ermessensspielraum der Staaten und umso strenger auch die Kontrolle durch den Gerichtshof.

Schliesslich, wenn Mitgliedsstaaten oft auf Unterlagen bestehen, wo dies nicht angemessen ist, und das zu erheblichen Verzögerungen beim Familiennachzug führt, dann kann dies selbst einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK darstellen.<sup>267</sup>

<sup>260</sup> Ministerkomitee, *Recommendation No. R (99) 23*, siehe oben Fn. 74, § 4.

<sup>261</sup> *N. v. Sweden*, siehe oben Fn. 173, § 53; *F.N. v. Sweden*, siehe oben Fn. 173, § 67.

<sup>262</sup> *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 47; vgl. auch *Senigo Longue v. France*, siehe oben Fn. 95, § 63.

<sup>263</sup> Ministerkomitee, *Recommendation No. R (99) 23*, siehe oben Fn. 74, § 4.

<sup>264</sup> *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, § 47; *Senigo Longue v. France*, siehe oben Fn. 95, § 63.

<sup>265</sup> *Ly v. France*, siehe oben Fn. 143.

<sup>266</sup> *Mugenzi v. France*, siehe oben Fn. 92, §§ 51-52; vgl. auch *Senigo-Longue v. France*, siehe oben Fn. 95, §§ 66-67.

<sup>267</sup> Siehe *Tanda-Muzinga v. France*, siehe oben Fn. 92; *Mugenzi v. France*, *ibid.*; *Senigo-Longue v. France*, *ibid.*



## 6. FAZIT

Die in dieser Publikation vorgelegte Analyse ergibt, dass die gesetzlichen Regelungen zum Recht auf Familiennachzug bei Flüchtlingen in der Schweiz aus einer Menschenrechtsperspektive betrachtet *sehr problematisch* sind. Deren Recht auf Familiennachzug ist in mehrfacher Hinsicht stark eingeschränkt. Insbesondere ist die Situation von Flüchtlingen mit F-Ausweis und von F-Ausweis-Inhabern *problematisch*, da für sie nach der Erteilung des F-Ausweises eine dreijährige Sperre gilt, bevor der Antrag auf Familiennachzug gestellt werden kann. Zudem ist der Familiennachzug an die Erfüllung finanzieller Anforderungen und Bedingungen in Bezug auf die Wohnung gebunden. Bei nach der Flucht gegründeten Familien (einschliesslich während der Flucht entstandener Familienverhältnisse) sind auch die Bedingungen für Flüchtlinge mit B-Ausweis recht einschränkend und *problematisch*, da die strengen finanziellen Anforderungen in diesem Fall auch für sie gelten.

Sowohl im Hinblick auf die internationalen menschenrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, insbesondere nach der CRC, CEDAW, CRPD und CERD, als auch auf ihre Verpflichtungen nach der EMRK ist der bestehende Rechtsrahmen zum Familiennachzug in mehrfacher Hinsicht unhaltbar.

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass der EGMR in seiner Rechtsprechung über Familiennachzug drei Aspekte besonders beachtet: i) ob die Trennung der Familie freiwillig war; ii) ob ein gemeinsames Familienleben woanders möglich wäre; und iii) das Kindeswohl. Zudem prüft er Fälle, in denen es um Kinder oder Flüchtlinge geht, besonders genau. Wie oben dargestellt, könnte zu verschiedenen individuellen Fallszenarios erfolgreich auf internationaler Ebene Prozess geführt werden. In den meisten Fällen geschieht dies auf der Grundlage von Art. 8 EMRK. Die Rechtsprechung des EGMR macht deutlich, dass die höchsten Erfolgsaussichten in Fällen bestehen, in denen Kinder betroffen sind, in Anbetracht der Tatsache, dass der Gerichtshof bisher nur bei Familiennachzugsfällen mit Kindern einen Verstoß gegen Art. 8 allein festgestellt hat. Des Weiteren ist nach der Rechtsprechung des EGMR der Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK umso wichtiger, wenn es um Flüchtlinge geht. Das bedeutet, dass die Erfolgsaussichten bei Flüchtlingen mit B-Ausweis oder F-Ausweis besser sind als bei anderen F-Ausweis-Inhabern.

In einigen Fällen können zusätzliche Konflikte im Hinblick auf das Verbot der Diskriminierung nach Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK auftreten. Am auffälligsten ist dabei die Situation von nach der Flucht gegründeten Familien von Flüchtlingen mit B-Ausweis im Vergleich zu den Familiennachzugsrechten von Flüchtlingen mit B-Ausweis für vor der Flucht gegründete Familie. Weitere Fallszenarios, in denen eine Beschwerde auf der Grundlage von Art. 14 EMRK (in Verbindung mit Art. 8 EMRK) geführt werden könnte, sind einerseits die Familiennachzugsrechte von Flüchtlingskindern im Vergleich zu Schweizer Kindern und andererseits die unterschiedliche Behandlung von Flüchtlingen mit F-Ausweis und solchen mit B-Ausweis in Bezug auf die dreijährige Sperre im Falle des F-Ausweises.

Bei manchen Fallszenarios sollte die Beschwerde am besten an einen der Ausschüsse der Vereinten Nationen im Bereich der Menschenrechte gerichtet werden. Insbesondere können Fälle unbegleiteter Flüchtlingskinder, die den Nachzug ihrer Eltern beantragen, unter Berufung auf Art. 22 CRC vor den Ausschuss für die Rechte des Kindes gebracht werden, da nun das Fakultativprotokoll zur CRC für die Schweiz in Kraft getreten ist. In Bezug auf andere Kinder ist die Situation schwieriger aufgrund des Vorbehalts der Schweiz gegenüber Art. 10 CRC zu den Rechten des Kindes auf Familiennachzug.

Des Weiteren können Fallszenarios von Frauen mit Kindern in der Schweiz, die den Nachzug ihres Ehemanns oder weiterer Kinder beantragen, unter die Definition von *de facto*-Diskriminierung gegen Frauen nach CEDAW fallen, wenn sie die finanziellen Bedingungen für den Nachzug aufgrund ihrer Kinderbetreuungspflichten nicht erfüllen können