



## Urteil vom 25. Januar 2021

---

Besetzung

Richterin Constance Leisinger (Vorsitz),  
Richter Simon Thurnheer,  
Richterin Esther Marti,  
Richterin Regula Schenker Senn,  
Richterin Muriel Beck Kadima,  
Gerichtsschreiberin Annina Mondgenast.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Beschwerdeführerin,  
sowie deren Töchter  
B. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
C. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Syrien,  
vertreten durch lic. iur. Michael Steiner, Rechtsanwalt,  
(...),  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Staatssekretariat für Migration (SEM),**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung  
(Dublin-Verfahren; Wiedererwägung);  
Verfügung des SEM vom 6. Dezember 2017 / N (...).

**Sachverhalt:****A.**

Die Beschwerdeführerin reiste am 4. Dezember 2015 in die Schweiz ein und ersuchte am 7. Dezember 2015 um Asyl. Anlässlich der Befragung zur Person vom 22. Dezember 2015 machte sie geltend, sich am Tag ihrer Einreise mit ihrem in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Cousin D. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Ehemann), einem syrischen Staatsangehörigen, religiös verheiratet zu haben.

**B.**

Mit Verfügung vom 17. März 2016 trat die Vorinstanz in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (SR 142.31) auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin nicht ein und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug nach Kroatien als zuständigen Dublin-Mitgliedstaat an.

Eine dagegen erhobene Beschwerde vom 31. März 2016 wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-2027/2016 vom 27. Mai 2016 ab. Es hielt unter anderem fest, die religiöse Heirat begründe in der Schweiz kein Eheverhältnis und ihr religiös angetrauter Ehemann gelte deshalb nicht als Familienangehöriger im Sinne der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (nachfolgend: Dublin-III-VO). Eine Zuständigkeit der Schweiz liege damit nicht vor und eine Überstellung der Beschwerdeführerin nach Kroatien verstosse somit auch nicht gegen das Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK.

**C.**

Die Vorinstanz sprach am 23. September 2016 gegen die Beschwerdeführerin ein dreijähriges Einreiseverbot aus. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 21. Oktober 2016 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Mit Urteil F-6530/2016 vom 7. September 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde teilweise gut, soweit es darauf eintret. Es bestätigte das Einreiseverbot an sich, befristete dieses jedoch bis zum 22. September 2018.

**D.**

Die Beschwerdeführerin reichte am 26. September 2016 bei der Vorinstanz ein neues Asylgesuch ein.

**E.**

Am 12. Oktober 2016 wurde die Beschwerdeführerin nach Kroatien überstellt.

**F.**

Die Vorinstanz nahm die Eingabe der Beschwerdeführerin als Wiedererwägungsgesuch entgegen. Mit Verfügung vom 3. November 2016 trat sie auf dieses nicht ein, nachdem der auferlegte Kostenvorschuss nicht geleistet worden war.

**G.**

Die Beschwerdeführerin ersuchte am 14. Dezember 2016 die kantonale Migrationsbehörde um Familiennachzug und um Einbezug in die vorläufige Aufnahme ihres Partners. Das Gesuch wurde an die Vorinstanz zur Behandlung unter dem Aspekt von Art. 85 Abs. 7 AIG (SR 142.20; vormals – bis zum 31. Dezember 2018 – AuG) weitergeleitet.

**H.**

Auf das Familiennachzugsgesuch der Beschwerdeführerin vom 14. Dezember 2016 trat das SEM mit Entscheid vom 22. Mai 2017 nicht ein. Es befand, die formellen Voraussetzungen für einen Einbezug seien aufgrund der fehlenden zivilrechtlichen Heirat nicht erfüllt. Zudem sei ein Einbezug nicht möglich, wenn sich die nachzuziehende Person zum Zeitpunkt des Entscheids bereits in der Schweiz aufhalte.

**I.**

Am 6. Mai 2017 reiste die Beschwerdeführerin erneut in die Schweiz ein und brachte am (...) eine Tochter zur Welt.

**J.**

Eine schriftliche Eingabe der Beschwerdeführerin vom 3. Juli 2017 nahm die Vorinstanz als Mehrfachgesuch entgegen. Die kroatischen Behörden stimmten am 25. Juli 2017 der Rückübernahme der Beschwerdeführerin und der Tochter im Sinne der Dublin-III-VO zu. Mit Verfügung vom 7. August 2017 trat die Vorinstanz auf das zweite Asylgesuch nicht ein und ordnete die Wegweisung der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug nach Kroatien an. Zur Begrün-

derung führte sie aus, in Kroatien würden keine systemischen Mängel vorliegen und eine Überstellung sei auch für eine alleinstehende Frau mit einem Kind zumutbar. Eine Berufung auf Art. 8 EMRK sei nicht möglich, da ihr religiös angetrauter Ehemann nur vorläufig aufgenommen sei und deshalb nicht über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht verfüge. Weiter lasse sich aus dem kurzen Zusammenleben keine eheähnliche Beziehung ableiten. An dieser Einschätzung ändere auch die Geburt des gemeinsamen Kindes nichts. Ein Selbsteintritt aus humanitären Gründen sei nicht geboten, da keine Hinweise auf ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zu ihrem Ehemann und zu weiteren Verwandten der Beschwerdeführerin in der Schweiz bestünden.

**K.**

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 18. August 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

**L.**

Mit Urteil F-4617/2017 vom 2. Oktober 2017 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht ein, nachdem der einverlangte Kostenvorschuss nicht fristgerecht geleistet worden war.

**M.**

Gleichentags, am 2. Oktober 2017, heirateten die Beschwerdeführerin und ihr religiös angetrauter Ehemann in der Schweiz zivilrechtlich.

**N.**

Mit Eingabe vom 4. Oktober 2017 ersuchte die Beschwerdeführerin erneut um Asyl, eventualiter um eine vorläufige Aufnahme als Flüchtling, subeventualiter um Bewilligung des Familiennachzugs beziehungsweise um Einbezug in die vorläufige Aufnahme des Ehemannes und Kindsvaters. Für den Fall, dass weder auf das Asylgesuch noch auf das Gesuch um Familiennachzug eingetreten werde, begehrte sie die Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK. Sie machte im Wesentlichen geltend, zufolge der zivilrechtlichen Heirat und der Geburt der Tochter würden veränderte Verhältnisse vorliegen.

**O.**

Die Vorinstanz nahm die Eingabe der Beschwerdeführerin als Wiedererwägungsgesuch entgegen. Mit Zwischenverfügung vom 17. Oktober 2017

forderte sie einen Gebührevorschuss in Höhe von Fr. 600.– ein, unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfall. Sie hielt zudem fest, dass der Vollzug der Wegweisung nicht ausgesetzt werde.

**P.**

Die gegen die Zwischenverfügung erhobene Beschwerde vom 30. Oktober 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-6095/2017 vom 15. November 2017 gut, soweit es darauf eintrat. Es wies die Sache zur Fortsetzung der Behandlung des Wiedererwägungsverfahrens an die Vorinstanz zurück. Zur Begründung hielt das Gericht im Wesentlichen fest, mit der zivilrechtlichen Heirat der Beschwerdeführerin sei ein neuer Sachverhaltsumstand hinzugetreten, welcher nicht Gegenstand des vorherigen ordentlichen Verfahrens gebildet habe und der im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens einer vertieften Prüfung zu unterziehen sei. Dies betreffe insbesondere den Aspekt des zwingenden Selbsteintritts und des Selbsteintritts aus humanitären Gründen. Es wies die Vorinstanz an, dem Wiedererwägungsgesuch vom 4. Oktober 2017 die aufschiebende Wirkung zu erteilen, und es stellte fest, dass bis zum Erlass der entsprechenden Verfügung durch die Vorinstanz die einstweilige Vollzugsaussetzung durch das Gericht aufrechterhalten bleibe.

**Q.**

Mit Verfügung vom 6. Dezember 2017 wies die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerin ab, soweit sie auf dieses eintrat. Die Verfügung vom 7. August 2017 erklärte sie für rechtskräftig und vollstreckbar, erhob eine Gebühr in Höhe von Fr. 600.– und hielt fest, einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung komme keine aufschiebende Wirkung zu.

**R.**

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin – handelnd durch ihren Rechtsvertreter und ihre Tochter darin einschliessend – mit Eingabe vom 15. Dezember 2017 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Sache zur vollständigen und richtigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf das Asylgesuch vom 4. Oktober 2017 einzutreten und das nationale Asyl- und Wegweisungsverfahren durchzuführen. Subeventualiter sei die Vorinstanz aufzufordern, bei den kroatischen Behörden eine Zusicherung einer menschenwürdigen Behandlung sowie der Berücksichtigung der rechtlichen

Grundlagen einzuholen. In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um sofortige Aussetzung des Wegweisungsvollzugs und Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, ihr sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, unter Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

Als Beweismittel reichte sie ein Foto, auf welchem sie mit ihrem Ehemann und dem gemeinsamen Kind zu sehen ist, ein weiteres Foto des gemeinsamen Kindes sowie eine Kopie einer Postquittung als Nachweis der Bezahlung der Gebühr in Höhe von Fr. 600.– ein.

#### **S.**

Mit Zwischenverfügung vom 22. Dezember 2017 erteilte die zuständige Instruktionsrichterin der Beschwerde die aufschiebende Wirkung und hielt fest, die Beschwerdeführerin und ihre Tochter könnten den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wurde verzichtet und festgehalten, dass über die weiteren Anträge zu einem späteren Zeitpunkt befunden werde. Die Beschwerdeführerin wurde aufgefordert, ihre Mittellosigkeit zu belegen und die Vorinstanz wurde zur Vernehmlassung eingeladen.

#### **T.**

Mit Eingabe vom 27. Dezember 2017 reichte die Beschwerdeführerin als Beleg ihrer Fürsorgeabhängigkeit ein Schreiben der Asylkoordination der Stadt E. \_\_\_\_\_ vom 5. Dezember 2017 ein.

#### **U.**

Die Vorinstanz liess sich mit Eingabe vom 5. Januar 2018 zur Beschwerde vernehmen und hielt an ihren Ausführungen fest.

#### **V.**

Mit Zwischenverfügung vom 16. Januar 2018 hiess die zuständige Instruktionsrichterin das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gut und lud die Beschwerdeführerin zur Replik ein.

#### **W.**

Die Beschwerdeführerin replizierte mit Eingabe vom 31. Januar 2018 und reichte ein weiteres Beweisfoto sowie einen Internetartikel vom 11. Januar 2018 mit dem Titel "Kroatien will Flüchtling aus Bern an die Türkei ausliefern" zu den Akten. Mit Schreiben vom 11. September 2018 legte die Beschwerdeführerin weitere Familienfotos ins Recht.

**X.**

Am (...) brachte die Beschwerdeführerin eine zweite Tochter zur Welt.

**Y.**

Mit Zwischenverfügung vom 30. Oktober 2019 gab das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz Gelegenheit zur Duplik. Diese ging fristgerecht beim Gericht ein und wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt.

**Z.**

Mit Eingaben vom 2. und 10. November 2020 reichte die Beschwerdeführerin Fotos von sich und ihrer Familie, Kopien von Deutschkursbestätigungen sowie Kopien von Unterlagen betreffend Kinderbetreuung ein.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (vgl. Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG). Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die am (...) und (...) geborenen Kinder sind in das Beschwerdeverfahren eingeschlossen, da auch ihnen die Überstellung nach Kroatien im Rahmen der Wegweisung ihrer Mutter droht. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (aArt. 108 Abs. 1 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

**2.**

Am 1. März 2019 ist eine Teilrevision des AsylG in Kraft getreten (AS 2016 3101); für das vorliegende Verfahren gilt das bisherige Recht (vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015).

**3.**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG.

**4.**

Dieses Urteil ergeht in Anwendung von Art. 21 und Art. 25 VGG i.V.m.

Art. 32 Abs. 2 und 3 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht (VGR, SR 173.320.1) in Besetzung mit fünf Richterinnen beziehungsweise Richtern.

Die Erwägungen 11–15.5 bildeten Gegenstand eines von der vereinigten Richterschaft der Abteilungen IV, V und VI im Sinne von Art. 25 Abs. 2 und 3 VGG getroffenen Entscheids.

## **5.**

**5.1.** In der Beschwerde werden verschiedene formelle Rügen (Verletzung des rechtlichen Gehörs inklusive Verletzung der Begründungspflicht, Verstoß gegen das Willkürverbot sowie eine Verletzung der Pflicht zur vollständigen und richtigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts) erhoben. Diese sind vorab zu beurteilen, da sie allenfalls geeignet wären, eine Kassation der vorinstanzlichen Verfügung zu bewirken.

**5.2.** Gemäss Art. 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Grundsatz dient einerseits der Aufklärung des Sachverhalts, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Partei dar. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die verfügende Behörde die Vorbringen des Betroffenen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt, was sich entsprechend in der Entscheidungsbegründung niederschlagen muss. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BVGE 2015/10 E. 3.3, BVGE 2016/9 E. 5.1).

**5.3.** Im Asylverfahren gilt – wie in anderen Verwaltungsverfahren – der Untersuchungsgrundsatz (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 12 VwVG). Demnach hat die Behörde von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen, die für das Verfahren notwendigen Unterlagen zu beschaffen, die rechtlich relevanten Umstände abzuklären und ordnungsgemäss darüber Beweis zu führen (vgl. BVGE 2015/10 E. 3.2 m.w.H.).

**5.4.** Die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts bildet einen Beschwerdegrund (Art. 106 Abs. 1 Bst. b AsylG). Unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn der Verfügung ein falscher und aktenwidriger Sachverhalt zugrunde gelegt wird oder Beweise falsch

gewürdigt worden sind; unvollständig ist sie, wenn nicht alle für den Entscheid rechtswesentlichen Sachumstände berücksichtigt werden (vgl. BVGE 2016/2 E. 4.3).

## **6.**

**6.1.** Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihre Eingabe vom 4. Oktober 2017 als Wiedererwägungsgesuch qualifiziert habe, ohne ihr Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Weiter habe die Vorinstanz mit keinem Wort gewürdigt, dass sie sich lediglich zur Durchreise in Kroatien befunden habe und in der Schweiz nebst ihrem Ehemann über weitere Familienmitglieder verfüge.

Bereits im Urteil E-6095/2017 vom 15. November 2017 (E. 5.3) wurde festgehalten, dass die Vorinstanz die erfolgte zivilrechtliche Heirat zutreffend als Wiedererwägungsgrund entgegengenommen hat. Auf dieses Urteil ist zu verweisen. Die Vorinstanz war nicht verpflichtet, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, zumal deren Rechtsvertreter der Unterschied zwischen einem Mehrfach- und Wiedererwägungsgesuch bekannt sein muss. Hinsichtlich der weiteren Vorbringen hat die Beschwerdeführerin nicht dargelegt, worin die Verletzung ihres rechtlichen Gehörs bestehen soll, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

**6.2.** Die Beschwerdeführerin moniert weiter, die Vorinstanz habe ihre Abklärungspflicht mehrfach verletzt. Sie habe davon abgesehen, bei den kroatischen Behörden eine individuelle Zusicherung betreffend eine menschenwürdige Behandlung und Berücksichtigung der Grundrechte einzuholen. Sie habe nicht abgewartet, bis der Gesundheitszustand der (älteren) Tochter und die weiteren nötigen Behandlungsschritte eindeutig geklärt seien. Ferner habe sie keine Garantie betreffend die angemessene Behandlung der älteren Tochter eingeholt und den kroatischen Behörden deren gesundheitlichen Probleme auch nicht mitgeteilt. Mit den im Urteil E-6095/2017 aufgeworfenen Fragestellungen habe sie sich nicht auseinandergesetzt und keine vertiefte Prüfung zu den vom Bundesverwaltungsgericht aufgeworfenen Fragen (namentlich zur Trennung der Familie bei einer Überstellung nach Kroatien, der Auswirkung der zivilrechtlichen Eheschliessung auf Art. 8 EMRK, das Verhältnis der Tochter zum Vater) vorgenommen.

Die Vorinstanz hat den gesundheitlichen Zustand der Tochter der Beschwerdeführerin in der Verfügung berücksichtigt und erklärt, ihre Krankheit könne auch in Kroatien behandelt werden. Ausschlaggebend sei die

Reisefähigkeit zum Zeitpunkt der Überstellung. Gemäss geltender Rechtsprechung zu Kroatien war die Vorinstanz nicht gehalten, individuelle Zusicherungen einzuholen. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin auf Beschwerdeebene keine aktuellen Arztberichte die Tochter betreffend eingereicht hat, weshalb keine weiteren Abklärungen der Vorinstanz angezeigt waren. Die Vorinstanz befand sodann, Art. 8 EMRK sei vorliegend nicht anwendbar, da der Ehemann nicht über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht verfüge. Dabei stützte sie sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts. Die zivilrechtliche Heirat wurde in der Verfügung berücksichtigt, ebenso das Kindesverhältnis zum Vater und die Auswirkungen auf das Familienleben bei einer Überstellung der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter nach Kroatien. Weitere Abklärungen waren nicht angezeigt.

**6.3.** Die Beschwerdeführerin begründete sodann nicht substantiiert, weshalb das Verhalten der Vorinstanz willkürlich sein soll. Darauf ist deshalb nicht näher einzugehen. Das Asylverfahren des Ehemannes (Mehrfachgesuch) ist zudem nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

**6.4.** Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, es sei willkürlich, dass die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung vom 6. Dezember 2017 einen Vorschuss von Fr. 600.– gefordert habe, nachdem bereits mit Zwischenverfügung vom 17. Oktober 2017 eine Gebühr in gleicher Höhe erhoben worden sei, welche fristgerecht einbezahlt worden sei. Diese Rüge erweist sich ebenfalls als unbegründet, nachdem die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung klargestellt hat, dass die erhobene Gebühr durch den bereits geleisteten Vorschuss gedeckt sei, und eingeräumt hat, dass dies in der angefochtenen Verfügung unerwähnt geblieben sei. Dem hält die Beschwerdeführerin in ihrer Replik nichts entgegen.

**6.5.** Zusammenfassend erweisen sich die formellen Rügen als unbegründet. Der Antrag auf Rückweisung der Sache zur vollständigen und richtigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts und zur Neu Beurteilung ist demnach abzuweisen.

## **7.**

**7.1.** Das Wiedererwägungsverfahren ist im Asylrecht spezialgesetzlich geregelt (vgl. Art. 111b ff. AsylG). Ein entsprechendes Gesuch ist dem SEM innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes schriftlich und begründet einzureichen (Art. 111b aAbs. 1 AsylG).

**7.2.** In seiner praktisch relevantesten Form bezweckt das Wiedererwägungsgesuch die Änderung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche Veränderung der Sachlage in Bezug auf bestehende Wegweisungsvollzugshindernisse (vgl. BVG E 2014/39 E. 4.5 m.w.H.).

**7.3.** Prozessgegenstand bei einem Wiedererwägungsgesuch hinsichtlich eines gestützt auf Art. 31a Bst. b AsylG gefällten Nichteintretensentscheids (Dublin-Verfahren) kann lediglich die Frage bilden, ob sich seit Abschluss des ordentlichen Verfahrens eine nachträglich veränderte Sachlage respektive Gründe nach Art. 66 Abs. 2 VwVG im Hinblick auf die staatsvertragliche Zuständigkeit des fraglichen Mitgliedstaates oder der Völkerrechtskonformität einer Wegweisung dorthin beziehungsweise humanitäre Gründe nach Art. 29a Abs. 3 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311) ergeben haben.

## **8.**

**8.1.** Zur Begründung ihres ablehnenden Entscheids vom 6. Dezember 2017 führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, das Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates nach Dublin-III-VO werde eingeleitet, sobald in einem Mitgliedstaat erstmals ein Asylantrag gestellt werde. Dabei seien in einem Aufnahmeverfahren (take charge) die in Kapitel III (Art. 8–15) der Dublin-III-VO genannten Kriterien anzuwenden und es sei von der Situation im Zeitpunkt des ersten Antrags auszugehen (sog. Versteinerungsprinzip nach Art. 7 Dublin-III-VO). Zum Zeitpunkt des ersten Asylgesuchs sei die Beschwerdeführerin nicht verheiratet gewesen, weshalb bereits im ersten Dublin-Verfahren Art. 9 Dublin-III-VO nicht zur Anwendung gelangt sei. Im Rahmen des vorliegenden Wiederaufnahmeverfahrens (take back) finde grundsätzlich keine erneute Zuständigkeitsprüfung nach Kapitel III der Dublin-III-VO statt, sondern es sei primär zu prüfen, ob die bisherige Zuständigkeit erloschen sei. Dies sei nicht der Fall, weshalb die kroatischen Behörden am 25. Juli 2017 dem Ersuchen um Wiederaufnahme der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter zugestimmt hätten. Der Ehemann der Beschwerdeführerin verfüge sodann als vorläufig abgewiesener Asylsuchender in der Schweiz nicht über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht, weshalb sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK berufen könne. Daran ändere auch die zivilrechtliche Heirat nichts. Diese sei erst nach der zweimaligen Feststellung der Zuständigkeit Kroatiens für das Asylverfahren, der gerichtlichen Bestätigung der Wegweisung, einer Überstellung nach Kroatien und einer illegalen Wiedereinreise in die Schweiz erfolgt. Zu diesem Zeitpunkt

sei den Beteiligten bekannt gewesen, dass aufgrund des fehlenden Aufenthaltsrechts der Beschwerdeführerin in der Schweiz die Aufrechterhaltung des Familienlebens hier nicht gesichert sei. Art. 8 EMRK garantiere das Recht auf Achtung des Familienlebens, gewähre aber weder ein Recht auf Einreise oder Aufenthalt in einen bestimmten Staat noch ein Recht auf die Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Ortes. Es sei dem Familienvater zuzumuten, für die Erfüllung der Voraussetzungen des Familiennachzugsgesuchs nach Art. 85 Abs. 7 AIG persönlich besorgt zu sein. Der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter sei es zuzumuten, den Ausgang des ausländerrechtlichen Verfahrens allenfalls im Ausland abzuwarten. Der Eingriff in das Familienleben sei als verhältnismässig einzustufen. In der Zwischenzeit seien Besuche und anderweitige Kontaktpflege auch bei räumlicher Trennung möglich. Beim weniger als (...) Monate alten Säugling sei nicht von einer Gefährdung des Kindeswohls auszugehen, bleibe das Kind doch mit seiner Mutter zusammen, an die es hauptsächlich gebunden sei. Die Vorinstanz berücksichtigte weiter den Gesundheitszustand der Tochter und hielt fest, in Kroatien sei die erforderliche medizinische Versorgung gewährleistet. Die konkrete Reisefähigkeit und die allfällige Notwendigkeit einer medizinischen Begleitung würden zum Zeitpunkt der Überstellung beurteilt werden. Nach umfassender Abwägung der einander gegenüberstehenden öffentlichen Interessen (Durchsetzung des Vollzugs der rechtskräftigen Wegweisung) und der privaten Interessen (Verbleib der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter beim Ehemann und Vater) gebiete sich auch kein Selbsteintritt aus humanitären Gründen. Auf das Gesuch um Familiennachzug beziehungsweise um Einbezug in die vorläufige Aufnahme des Ehemannes sowie um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung trat die Vorinstanz nicht ein und verwies die Beschwerdeführerin diesbezüglich an die zuständigen kantonalen Behörden.

**8.2.** In der Beschwerde wird im Wesentlichen gerügt, die angefochtene Verfügung sei unverhältnismässig. Die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der Familieneinheit nach Art. 8 EMRK ausser Acht gelassen, dass die Beschwerdeführerin eigens für die Geburt des gemeinsamen Kindes wiederholt illegal zu ihrem Ehemann in die Schweiz eingereist sei. Auch wenn sie durch ihre Handlung möglicherweise formell gegen die Dublin-III-Verordnung verstossen habe, sei sie nur aufgrund der Verbundenheit zu ihrem Ehemann in die Schweiz gereist. Ihre Beziehung zu ihrem Ehemann sei inzwischen langandauernd und werde tatsächlich gelebt. Aufgrund des Schutzstatus des Ehemannes könnten sie nur in der Schweiz als Familie zusammenleben. Im Zusammenhang mit dem Selbsteintritt gemäss Art. 17

Abs. 1 Dublin-III-VO würden nicht dieselben Voraussetzungen von Art. 8 EMRK gelten, wie bei der Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung oder beim Familiennachzug. Die Vorinstanz habe sich nicht mit der Frage beschäftigt, ob mit ihrer Überstellung und der ihres Kindes nach Kroatien eine dauerhafte Trennung der Familie herbeigeführt würde. Davon sei jedoch auszugehen, weshalb sich die Überstellung nach Kroatien als unverhältnismässig erweise. In einem derart offensichtlichen Fall hätte die Vorinstanz Gebrauch vom Selbsteintrittsrecht machen müssen. Kroatien könne keine Gewähr für ein faires Asylverfahren und angemessene Aufnahmebedingungen leisten. Die Vorinstanz habe weiter ausgeblendet, dass die Beschwerdeführerin eine abhängige Person im Sinne von Art. 16 Dublin-III-VO sei. Sie sei auf die Unterstützung ihres Ehemannes angewiesen, weil sie sich um ein Kleinkind kümmern müsse. Aus Art. 9 Dublin-III-VO ergebe sich, dass ihr Asylgesuch in der Schweiz behandelt werden müsse. Bei ihrem Ehemann handle es sich um einen Begünstigten internationalen Schutzes und um einen Familienangehörigen im Sinne von Art. 2 lit. g Dublin-III-VO. Gestützt auf Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO müsse die Schweiz auf ihr Asylgesuch eintreten, denn bei einer Überstellung nach Kroatien bestehe das Risiko einer Verletzung von Art. 3 EMRK im Sinne einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung.

**8.3.** Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung im Wesentlichen aus, sich genügend mit den im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. November 2017 aufgeworfenen Fragen auseinandergesetzt und insbesondere die erfolgte zivilrechtliche Heirat berücksichtigt zu haben. Die Ernsthaftigkeit der Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann werde nicht angezweifelt. Die Beschwerdeführerin und ihre Tochter könnten sich jedoch nicht auf Art. 8 EMRK berufen, da der Ehemann und Vater in der Schweiz nur vorläufig aufgenommen sei und damit über kein gefestigtes Aufenthaltsrecht verfüge. Dies entspreche der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Der Beschwerdeführerin beziehungsweise ihrem Ehemann stehe es frei, ein Verfahren für einen Familiennachzug nach Art. 85 Abs. 7 AIG einzuleiten. Zur Frage des Selbsteintritts sei dargelegt worden, auf welchen Kriterien der Entscheid basiere. Damit sei der Pflicht zur gesetzeskonformen Begründung nachgekommen und das Ermessen gesetzeskonform ausgeübt worden. Die erfolgte zivilrechtliche Heirat ändere nichts an der grundsätzlichen Zuständigkeit Kroatiens. Der Gesundheitszustand der Tochter sei bereits in der rechtskräftigen Verfügung vom 7. August 2017 ausführlich gewürdigt worden. Es sei im vorliegenden Verfahren keine relevante Veränderung des

Gesundheitszustands geltend gemacht worden, weshalb dieser nicht Bestandteil des vorliegenden Wiedererwägungsverfahrens sei. Kroatien als zuständiger Dublin-Staat könne angemessene medizinische Versorgungsleistungen erbringen und der Zugang zur notwendigen medizinischen Behandlung sei gewährleistet. Es würden keine Hinweise vorliegen, wonach Kroatien der Tochter eine medizinische Behandlung zukünftig verweigern würde. Die Reisefähigkeit werde erst kurz vor der Überstellung definitiv beurteilt, weshalb keine vorgängige individuelle Zusicherung betreffend Unterbringung oder medizinische Versorgung einzuholen sei.

**8.4.** Replizierend verweist die Beschwerdeführerin vornehmlich auf ihre Ausführungen in der Beschwerde. Ergänzend führt sie aus, es würden konkrete Hinweise bestehen, dass sich die kroatischen Behörden nicht an das internationale Rückschiebeverbot und an die Grundsätze der Flüchtlingskonvention halten würden. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die kroatischen Behörden ihr Asylgesuch nicht ernst nehmen und nicht behandeln würden. Sie unterliege der Gefahr, in die Türkei und im schlimmsten Fall nach Syrien überstellt zu werden. Aufgrund der Beschaffung der Unterlagen zwecks Heirat in der Schweiz seien ihr Vater sowie ihre Schwiegermutter von den syrischen Behörden verhaftet worden. Ihre Schwiegermutter sei wieder nach Hause zurückgekehrt, der Aufenthaltsort des Vaters der Beschwerdeführerin sei weiterhin unbekannt.

**8.5.** Duplizierend führt die Vorinstanz aus, auch durch die Geburt der zweiten Tochter würden keine erheblichen neuen Tatsachen vorliegen, weshalb vollumfänglich an den Ausführungen in der Verfügung festgehalten werde.

## **9.**

Aufgrund des eingereichten Familienausweises vom 2. Oktober 2017 (vgl. SEM-Akten Beilage zu D1) steht für das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Ehe zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann in der Schweiz gültig geschlossen und amtlich registriert wurde. Die Beschwerdeführerin hat mittlerweile zwei Töchter zur Welt gebracht. Die erste Tochter anerkannte ihr Ehemann noch vor der zivilen Hochzeit, bei der zweiten Tochter gilt die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes (Art. 255 Abs. 1 ZGB). Der Sachverhalt hat sich somit aufgrund der zivilrechtlichen Heirat am 2. Oktober 2017 und der Geburt der zweiten Tochter nachträglich – nach Erlass der mittlerweile rechtskräftigen Verfügung vom 7. August 2017 – erheblich verändert. Zu prüfen ist, ob damit auch nachträglich entstandene Überstellungshindernisse zu bejahen sind, die einem Wegweisungsvollzug nach Kroatien entgegenstehen könnten.

**10.**

**10.1.** Den vorliegenden Akten ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin auf ihrer Reise in die Schweiz in Kroatien registriert wurde. Das SEM ersuchte die kroatischen Behörden deshalb am 13. Januar 2016 gestützt auf Art. 13 Abs. 1 Dublin-III-VO (illegale Einreise in den Dublin-Raum) um Aufnahme der Beschwerdeführerin (take charge). Die kroatischen Behörden liessen das Übernahmeersuchen innert der in Art. 22 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehenen Frist unbeantwortet, womit sie die Zuständigkeit Kroatiens für das Asylgesuch der Beschwerdeführerin implizit anerkannten (Art. 22 Abs. 7 Dublin-III-VO). Im Oktober 2016 wurde die Beschwerdeführerin nach Kroatien überstellt. Am 6. Mai 2017 reiste sie erneut in die Schweiz ein. Damit handelt es sich nun um eine take-back-Konstellation, bei der keine erneute Zuständigkeitsprüfung nach Kapitel III der Dublin-III-VO stattfindet (vgl. BVGE 2012/4 E. 3.2.1; BVGE 2017 VI/5 E. 6.2 und 8.2.1; Urteil des BVGer F-1499/2018 vom 25. Oktober 2019 E. 6.3–6.5 [zur Publikation vorgesehen]). Auf die weiteren Ausführungen in der Beschwerdeschrift im Zusammenhang mit Art. 9 Dublin-III-VO ist deshalb nicht einzugehen und diesbezüglich auf die vorangegangenen Verfahren zu verweisen.

Die Vorinstanz stellte bei den kroatischen Behörden zu Recht gestützt auf Art. 18 Abs. 1 Bst. b Dublin-III-VO ein Gesuch um Wiederaufnahme der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter. Dieses Gesuch wurde am 25. Juli 2017 von den kroatischen Behörden gutgeheissen. Die grundsätzliche Zuständigkeit Kroatiens für die Durchführung des Asylverfahrens ist nach wie vor gegeben.

**10.2.** Im Lichte von Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO ist zu prüfen, ob sich die Situation in Kroatien seit der Verfügung der Vorinstanz vom 7. August 2017 verändert hat und es wesentliche Gründe für die Annahme gibt, das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Asylsuchende in Kroatien würden zum heutigen Zeitpunkt systemische Schwachstellen aufweisen, die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Artikels 4 der EU-Grundrechtecharta mit sich bringen würden.

Die Vorinstanz prüfte bereits in der Verfügung vom 7. August 2017 das Vorliegen von systemischen Mängeln in Kroatien unter Berücksichtigung der damals wenigen Monate alten Tochter mit gesundheitlichen Problemen und verneinte diese. Die Beschwerdeführerin reichte am 14. Oktober 2016 in Kroatien ein Asylgesuch ein. Sie verschwand jedoch am 26. April 2017

aus dem Empfangszentrum ohne den kroatischen Behörden ihren Aufenthaltsort mitzuteilen, weshalb diese vom Rückzug des Asylgesuchs ausgingen (vgl. act. C13 Antwortschreiben Kroatien zur Wiederaufnahme). Es bestehen damit keine Anzeichen, die kroatischen Behörden würden das Asylgesuch der Beschwerdeführerin nicht prüfen und sie ohne Entgegennahme ihres Asylgesuchs nach Bosnien-Herzegowina zurückschicken (vgl. zur sogenannten "Push-Back"-Problematik in Kroatien: Referenzurteil des BVGer 3078/2019 vom 12. Juli 2019 E. 5.6). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin liegen keine wesentlichen Gründe für die Annahme vor, das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für rückkehrende Antragstellende in Kroatien würden systemische Schwachstellen aufweisen, die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Art. 4 der EU-Grundrechtecharta mit sich bringen. Des Weiteren bestehen keine konkreten Anhaltspunkte, dass Kroatien seine staatsvertraglichen Verpflichtungen im vorliegenden Fall missachten würde. Es ist weder anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin und ihre Töchter unter Verletzung der EMRK einer menschenunwürdigen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt würden, noch, dass das flüchtlingsrechtliche Non-Refoulement-Gebot verletzt würde. Kroatien ist Signatarstaat der EMRK, des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) sowie des Zusatzprotokolls der FK vom 31. Januar 1967 (SR 0.142.301).

Unter Verweis auf die für Kroatien verbindliche Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 2013/33/EU vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (sog. Aufnahmerichtlinie) hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung sodann zutreffend dargelegt, dass Kroatien eine erforderliche medizinische Versorgung zu erbringen hat und über eine ausreichende medizinische Infrastruktur verfügt. Es sind keine Hinweise zu erkennen, wonach Kroatien der älteren Tochter der Beschwerdeführerin eine adäquate medizinische Behandlung verweigern würde. Ferner hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung erklärt, dass dem aktuellen Gesundheitszustand des Kindes bei der Organisation der Überstellung Rechnung getragen werde und die kroatischen Behörden im Sinne von Art. 31 und Art. 32 Dublin-III-VO vor der Überstellung über dessen Gesundheitszustand und die notwendige medizinische Behandlung informiert würden (angefochtene Verfügung, S. 5). Die Vorinstanz war entgegen der Auffas-

sung der Beschwerdeführerin weder verpflichtet, bei den kroatischen Behörden eine „individuelle Zusicherung betreffend die menschenwürdige Behandlung der Beschwerdeführerin und die Berücksichtigung der Grundrechte“ noch eine „Garantie betreffend die angemessene Behandlung“ der älteren Tochter der Beschwerdeführerin einzuholen. Sie war unter den gegebenen Umständen auch nicht gehalten, Abklärungen betreffend die Bedingungen in den kroatischen Asylunterkünften zu tätigen. Unter diesen Umständen ist die Anwendung von Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO auch zum heutigen Zeitpunkt nicht gerechtfertigt.

**10.3.** Die Beschwerdeführerin kann sich auch nicht auf das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses zu ihrem Ehemann gemäss Art. 16 Dublin-III-VO berufen. Als abhängige Personen gelten gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung Kinder, Geschwister oder Elternteile des Antragsstellers, zu welchen bereits im Herkunftsland eine familiäre Bindung bestand (Art. 16 Abs. 1 Dublin-III-VO). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

## **11.**

**11.1.** Die Beschwerdeführerin beruft sich schliesslich auf Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO i.V.m. Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Familienlebens) sowie Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte der Kinder (KRK [SR 0.107]; Kindeswohl), namentlich darauf, dass eine Überstellung nach Kroatien eine Verletzung der genannten konventionsrechtlichen Bestimmungen darstellen würde und daher ein Selbsteintritt vorzunehmen sei.

**11.2.** Gemäss Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO kann jeder Mitgliedstaat abweichend von Art. 3 Abs. 1 beschliessen, einen bei ihm von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen gestellten Antrag auf internationalen Schutz zu prüfen, auch wenn er nach den in dieser Verordnung festgelegten Kriterien nicht für die Prüfung zuständig ist. Die genannte Bestimmung ist im Beschwerdeverfahren nicht direkt anwendbar, sondern kann nur in Verbindung mit einer anderen Norm des nationalen oder internationalen Rechts angerufen werden. Droht ein Verstoss gegen übergeordnetes Recht, namentlich ein solcher gegen eine zwingende Norm des Völkerrechts, so hat die Schweiz von einer Überstellung abzusehen und das Asylverfahren in der Schweiz durchzuführen (BVGE 2010/45 E. 5 und 7.2).

## **12.**

**12.1.** Gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in

einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer (Art. 8 Abs. 2 EMRK).

**12.2.** Der Schutzbereich von Art. 8 EMRK umfasst den Schutz des Familienlebens. Der Bestimmung liegt das Konzept einer durch soziale Verbindungen begründeten Familie zugrunde. Es ist von einem natürlichen Familienbegriff auszugehen, der vom Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) weit gefasst und auf verschiedene familiäre Verhältnisse angewendet wird. Entscheidend sind in erster Linie die tatsächlich gelebten Beziehungen. In jedem Fall vom Schutzbereich umfasst ist die Kernfamilie, welche aus der Gemeinschaft der Eheleute mit ihren minderjährigen Kindern besteht. Es bedarf einer nahen, echten und tatsächlich gelebten Beziehung zwischen den Familienmitgliedern. Diesbezüglich sind als wesentliche Faktoren das gemeinsame Wohnen respektive der gemeinsame Haushalt, die finanzielle Verflochtenheit, die Dauer und Stabilität der Beziehung sowie das Interesse und die Bindung der Partner aneinander zu berücksichtigen (vgl. CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München/Basel/Wien 2016, S. 204; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 365, BGE 144 II 1 E. 6.1 und 139 I 330 E. 2.1, je m.w.H; EGMR Slivenko gegen Lettland vom 9. Oktober 2003 [Nr. 48321/99] § 97).

Die Beschwerdeführerin ist mit ihrem Ehemann seit dem 2. Oktober 2017 in der Schweiz zivilrechtlich verheiratet und lebt mit ihm und den gemeinsamen Töchtern in einem Haushalt. Die Töchter sind am (...) und am (...) in der Schweiz zur Welt gekommen. Zum heutigen Zeitpunkt ist von einer nahen, echten und tatsächlich gelebten familiären Beziehung auszugehen. Dies wird auch von der Vorinstanz nicht in Frage gestellt.

### **13.**

**13.1.** Das SEM stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführerin und ihre Töchter sich von vornherein nicht auf den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen könnten, da der Ehemann und Vater in der Schweiz lediglich den Aufenthaltsstatus eines vorläufig Aufgenommenen innehat und mithin nicht über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht verfügt, welches Voraussetzung für die Berufung auf Art. 8 EMRK sei.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bisher noch nicht in grundsätzlicher Weise zur aufgeworfenen Frage geäußert, ob im Dublin-Verfahren für die generelle Berufung auf den Schutzbereich von Art. 8 EMRK das Vorliegen eines „gefestigten Anwesenheitsrechts“ notwendig ist. Die Rechtsprechung ist vielmehr einzelfallspezifisch erfolgt und divergiert in Bezug auf die Frage der Schutzbereichseröffnung. Einerseits wurde für die Berufung auf Art. 8 EMRK ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht eines in der Schweiz lebenden Familienmitglieds respektive eine Anwesenheit, die als faktische Realität angenommen werden müsse, vorausgesetzt (vgl. beispielweise BVGE 2013/49 E. 8.4; 2012/4 E. 4.3; Urteile des BVGer E-7613/2016 vom 11. Januar 2017 E. 4.4; F-6161/2017 vom 16. Januar 2018 E. 6.4). In anderen Entscheiden wurde diesem Kriterium, wenn teilweise auch implizit, keine besondere Relevanz beigemessen oder auf das Erfordernis eines "gefestigten Anwesenheitsrechts" verzichtet (vgl. beispielweise Urteile des BVGer E-2231/2015 vom 23. Juni 2015 E. 9; E-676/2016 vom 23. August 2017 E. 5.2 und F-762/2019 vom 25. September 2019 E. 6.2 und 7.1). Diese Frage ist daher nachfolgend zu klären.

**13.2.** In diesem Zusammenhang hat zunächst eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR zu erfolgen, da dieser die Konventionsbestimmungen mit seiner Rechtsprechung verbindlich auslegt (vgl. BGE 139 I 16 S. 30 E. 5.2.2).

Gemäss Rechtsprechung des EGMR ist das gefestigte Aufenthaltsrecht keine Eintrittsvoraussetzung, um sich grundsätzlich auf den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen zu können. Vorausgesetzt für die Eröffnung des Schutzbereichs ist vielmehr einzig eine enge und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung zu einem sich im Konventionsstaat aufhaltenden Familienangehörigen, welcher vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK erfasst ist. Diesen dogmatischen Ansatz vertritt der EGMR ohne Einschränkungen und hat ihn unter anderem auch in Urteilen, welche die Schweizer Praxis betreffen, wiederholt bestätigt. Im Urteil Gül gegen die Schweiz liess der EGMR beispielsweise eine Berufung auf Art. 8 EMRK zu, nachdem die Schweizer Behörden den lediglich mit einer Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen in der Schweiz lebenden Eheleuten Gül den Nachzug ihres in der Türkei lebenden minderjährigen Sohnes verweigert hatten. Zuvor war auf eine gegen die Verweigerung des Nachzugs erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht, die eine Verletzung von Art. 8 EMRK rügte, nicht eingetreten worden. Dies mit der Begründung, die Eltern würden über kein „gefestigtes Anwesenheitsrecht“ verfügen, weshalb sie sich nicht auf Art. 8 EMRK berufen könnten. Der

EGMR hingegen stellte fest, es liege ein Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK vor, weshalb sich das Ehepaar Gül auf das angerufene Grundrecht berufen könne (EGMR Gül gegen die Schweiz vom 19. Februar 1996, Nr. 23218/94, Ziff. 41). In den Urteilen Agraw und Mengesha Kimfe gegen die Schweiz liess der EGMR die Berufung auf den Schutz des Familienlebens im Falle zweier abgewiesener Asylgesuchstellender zu. Nach dem negativen Entscheid verblieben die Betroffenen in der Schweiz, heirateten einander und wurden Eltern eines gemeinsamen Kindes. Ihnen wurde während fünf Jahren das Zusammenleben im selben Kanton verweigert. Der EGMR befand auch in diesem Fall Art. 8 EMRK für anwendbar (EGMR Agraw gegen die Schweiz vom 29. Juli 2010, Nr. 3295/06, Ziff. 44 ff.; Mengesha Kimfe gegen die Schweiz vom 29. Juli 2010, Nr. 24404/05, Ziff. 61). In der Sache M.P.E.V. u.a. gegen die Schweiz hatte der EGMR einen Fall einer ecuadorianischen Familie zu beurteilen, welche mehrmals erfolglos in der Schweiz ein Asylverfahren durchlaufen hatte. Der von der Familie getrenntlebende Familienvater sollte wegen seiner Straffälligkeit nach Ecuador ausgewiesen werden, während seine Ehefrau, seine Tochter und seine Stieftochter eine vorläufige Aufnahme erhalten hatten. Obwohl die Ehefrau und die Kinder lediglich über eine vorläufige Aufnahme verfügten, hielt der Gerichtshof fest, die Familie könne sich auf den Schutzbereich von Art. 8 EMRK berufen und erachtete eine Ausweisung des Familienvaters aus der Schweiz als Verletzung von Art. 8 EMRK. Zu dieser Auffassung gelangte der EGMR nach einer umfassenden Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen (EGMR M.P.E.V. u.a. gegen die Schweiz vom 8. Juli 2014, Nr. 3910/13, Ziff. 51–59).

**13.3.** Wie aufgezeigt, ist nach der Rechtsprechung des EMGR bei Vorliegen einer schützenswerten gelebten familiären Beziehung der Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK grundsätzlich eröffnet und zwar unabhängig vom Aufenthaltsstatus der Betroffenen. Die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 Abs. 1 EMRK führt nach der Rechtsprechung des EGMR jedoch nicht per se zu einem Anspruch auf Gewährleistung der Einreise und des Aufenthalts in einem Konventionsstaat. Es kann aus Art. 8 Abs. 1 EMRK keine generelle Verpflichtung eines Staates abgeleitet werden, die Wahl des gemeinsamen Wohnsitzes von Familienangehörigen zu akzeptieren. Vielmehr sind die Konventionsstaaten berechtigt, die Aufenthaltsberechtigung von ausländischen Personen national zu regeln. Eine Verletzung von Art. 8 EMRK kommt nach der Rechtsprechung des EGMR nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall ein Aufenthaltsrecht versagt oder entzogen wird und eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen zum Ergebnis führt, dass die Interessen der um Aufenthalt ersuchenden Personen die

nationalen Interessen eines Staates über Einreise und Aufenthalt zu entscheiden, überwiegen. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist daher in einem zweiten Schritt jeweils die Rechtmässigkeit eines Eingriffs (in ein bestehendes Aufenthaltsrecht) oder einer Verweigerung der Einreise respektive der Gewährung des Aufenthalts zu prüfen (vgl. EGMR Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen das Vereinigte Königreich vom 28. Mai 1985, Nr. 9214/80, Ziff. 68; Polidario gegen die Schweiz vom 30. Juli 2013, Nr. 33169/10, Ziff. 71–77; Nunez gegen Norwegen vom 28. Juni 2011, Nr. 55597/09, Ziff. 67, 72, 84; M.P.E.V. u.a. gegen die Schweiz a.a.O.; Gül gegen die Schweiz a.a.O.; Agraw und Mengesha Kimfe gegen die Schweiz a.a.O.). Ein respektive der Aufenthaltsstatus der betroffenen Personen im Konventionsstaat ist mithin zwar keine Voraussetzung für die Berufung auf den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK, stellt aber eines der relevanten Kriterien bei der Frage der Interessenabwägung und Verhältnismässigkeitsprüfung dar (vgl. zur Darstellung der Rechtsproblematik auch STEPHANIE MOTZ, Das Recht auf Familienleben von vorläufig aufgenommenen Personen, Asyl 4/2014 S. 18 ff.).

**13.4.** Das Bundesgericht forderte in langjähriger Rechtsprechung grundsätzlich als Voraussetzung für die Berufung auf Art. 8 Abs. 1 EMRK im Sinne einer Eintrittsvoraussetzung, dass das in der Schweiz lebende Familienmitglied über ein "gefestigtes Aufenthaltsrecht" (Schweizer Bürgerrecht, Niederlassungsbewilligung oder Aufenthaltsbewilligung, die auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht) verfügt (vgl. BGE 144 II 1 E. 6.1). Es hat diese Rechtsprechung im Laufe der vergangenen Jahre jedoch relativiert und festgehalten, dass sich in Ausnahmefällen auch Personen auf Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen können, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt ist beziehungsweise die allenfalls über kein (gefestigtes) Aufenthaltsrecht verfügen, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen wird beziehungsweise die aus objektiven Gründen hingenommen werden muss (vgl. BGE 138 I 246 E. 3.3.1; BGE 130 II 281 E. 3.2.2). So ging das Bundesgericht etwa in einem Urteil aus dem Jahr 2013 (2C\_636/2012 vom 13. Februar 2013 E.1.2.2 und E. 4.4) in folgender Konstellation – die geschützte Familienbeziehung war unbestritten – von einem de facto Anwesenheitsrecht aus: Der Vater war 2002 als Asylbewerber in die Schweiz gekommen und verfügte seit 2007 über eine Aufenthaltsbewilligung. Die Mutter war 2005 in die Schweiz gekommen und verfügte seit 2011 über eine vorläufige Aufnahme. Die 15-jährige Tochter (Beschwerdeführerin) war 2010 in die Schweiz gelangt. Das Bundesgericht hielt dazu fest, aufgrund des mehrjährigen Aufenthalts der Eltern und der spezifischen Situation der Mutter als vorläufig aufgenommene Person (die jedenfalls derzeit

nicht in den Heimatstaat weggewiesen werden könne) sei die Situation selbst dann als genügend stabil und dauerhaft zu erachten, wenn sich die Situation aufgrund einer späteren Aufhebung der vorläufigen Aufnahme verändern könnte. Es anerkannte entsprechend ein de facto Anwesenheitsrecht der Eltern, das den Schutzbereich von Art. 8 EMRK für die Beschwerdeführerin (die Tochter der beiden) öffne. Diese Rechtsprechung führte das Bundesgericht weiter (vgl. Urteile des BGer 2C\_1045/2014 vom 26. Juni 2015 E.1.1.3; 2C\_360/2016 vom 31. Januar 2017 E. 5.2).

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

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

**14.**

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

**14.2.** Bei der Prüfung, ob ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK gerechtfertigt ist, unterscheidet der EGMR in ständiger Rechtsprechung zwischen einer "negativen" und "positiven" Verpflichtung des Konventionsstaates zur Gewährleistung der aus Art. 8 EMRK resultierenden Schutzpflichten (vgl. DIRK SANDER, Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Schriften zum Europäischen Recht [EUR], Band 139, 2008, S. 94). Von einer "negativen Verpflichtung" ist auszugehen, wenn es um den Entzug eines bereits bestehenden und legalisierten Aufenthaltsrechts geht. Eine "positive Verpflichtung" ergibt sich für die Konventionsstaaten, wenn der Staat darum ersucht wird, die Einreise oder den Aufenthalt von Familienangehörigen zu gestatten. Bei einer negativen Verpflichtung ist ein Eingriff dann gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK erfüllt sind. Für den Eingriff in ein bestehendes Recht bedarf es mithin einer genügenden gesetzlichen Grundlage, der Verfolgung eines zulässigen Zwecks und der Notwendigkeit zur Erreichung des verfolgten Ziels. Die Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen erfolgt der Eingriff unrechtmässig und es liegt eine Verletzung von Art. 8 EMRK vor. Im Falle der "positiven Verpflichtung" sind die Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung nach Praxis des EGMR nicht so hoch anzusetzen. Die Prüfung der Rechtmässigkeit erfolgt in diesem Fall nicht nach Art. 8 Abs. 2 EMRK sondern sie bewegt sich im Rahmen von Absatz 1 der Konventionsbestimmung. Dies folgt aus der Überlegung, dass der Entzug eines Aufenthaltsrechts in einem Staat an sich bereits schwerer wiegt als die Versagung einer erstmaligen Bewilligung der Einreise oder des Aufenthalts. Allerdings lassen sich Abgrenzungen zwischen "positiver" und "negativer" Verpflichtung nicht immer sauber ziehen und der EGMR verzichtet teilweise auch auf eine klare Aussage hierzu, weil die anzuwendenden Kriterien ähnlich sind und es letztlich immer um eine Gesamtabwägung der betroffenen Interessen geht. So entsprechen auch die im Rahmen einer "positiven Verpflichtung" vom EGMR zu berücksichtigenden Aspekte sinngemäss den

Kriterien, die auch im Rahmen der nach Art. 8 Abs. 2 EMRK vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung relevant sind. Dem Aspekt der Notwendigkeit und insbesondere der Verhältnismässigkeit kommt in beiden Konstellationen entscheidende Bedeutung zu (MARTINA CARONI, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, Berlin 1999, S. 328).

## **15.**

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

**15.2.** Für den EGMR ist es – vor dem Hintergrund des Prinzips, dass aus Art. 8 EMRK keine generelle Verpflichtung zur Gestattung der Familienzusammenführung ableitbar ist – entscheidend, ob der Nachzug der einzige Weg wäre, auf dem ein Familienleben gelebt werden könnte (vgl. EGMR I.A.A. u.a. gegen Vereinigtes Königreich vom 8. März 2016, Nr. 25960/13, Ziff. 40., Ahmet gegen die Niederlande vom 28. November 1996, Nr. 21702/93, Gül a.a.O., Ziff. 39 ff.). Diese Rechtsprechung entwickelte der EGMR weiter. Im Verfahren Sen gegen die Niederlande relativierte der EGMR erstmals das Kriterium der Möglichkeit, das Familienleben anderswo als im Konventionsstaat zu leben, dahingehend, dass geprüft wurde, ob es der Familie auch zumutbar sei, die Familiengemeinschaft an einem anderen Ort als dem Konventionsstaat (im Heimatstaat) zu leben (vgl. EGMR Sen gegen die Niederlande vom 21. Dezember 2001, Nr. 31465/96, Ziff. 40).

**15.3.** Weiter wird als massgeblich erachtet, ob die Familienmitglieder auf ein gemeinsames Familienleben im Gaststaat hoffen durften. Musste den Beteiligten bewusst sein, dass keine Aussicht auf einen Aufenthaltstitel besteht, so kann nur ausnahmsweise ein Anspruch auf Familienzusammenführung geltend gemacht werden (vgl. EGMR Darren Omoregie u.a. gegen Norwegen vom 31. Juli 2008, Nr. 265/07, Ziff. 61–64). In diesem Zusammenhang ist auch relevant, ob das Familienleben bereits vor der Einwanderung bestand oder erst danach begründet wurde. Vor allem bei Eheschliessungen, die nach der Ausreise aus dem Herkunftsland erfolgt sind, geht der EGMR davon aus, dass keine legitime Hoffnung auf ein gemeinsames Familienleben im Gaststaat bestand. Er lehnt in ständiger Recht-

sprechung ein Recht von Ehepaaren auf freie Wahl des gemeinsamen Aufenthaltsstaats ab und erachtet es als mit Art. 8 EMRK vereinbar, von niedergelassenen Ausländern zu erwarten, im Fall einer Eheschliessung mit einer ausländischen Person das Land zu verlassen, um ein gemeinsames Familienleben in einem anderen Staat zu führen (vgl. EGMR Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen Vereinigtes Königreich vom 28. Mai 1985, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81, Ziff. 68; zum Ganzen PHILIP CZECH, Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, in: EuGRZ – 44 [2017], 7/10, S. 231 ff.; DIRK SANDER, a.a.O. S. 125 ff.).

In jenen Fällen, in denen es um die Legalisierung des Aufenthalts eines Familienmitglieds geht, das sich bereits unrechtmässig in den betroffenen Konventionsstaat begeben hat, um dort ein Familienleben fortzusetzen, oder dieses während des illegalen Aufenthalts begründet hat, sind regelmässig folgende Faktoren zu beachten: das Ausmass, in dem das Familienleben durch die Verweigerung des Aufenthaltstitels tatsächlich beeinträchtigt wird, die Bindungen im Aufenthaltsstaat und schliesslich das Gewicht der Verstösse gegen das Einwanderungsrecht sowie etwaiger sonstiger für die Ausreise sprechender Überlegungen der öffentlichen Ordnung (EGMR [grosse Kammer] Jeunesse gegen Niederlande vom 3. Oktober 2014, Nr. 12738/10, Ziff. 107 f.; EGMR Rodrigues da Silva und Hoogkamer gegen Niederlande vom 31. Januar 2006, Nr. 50435/99, Ziff. 39). Die Tatsache der Unrechtmässigkeit des Aufenthalts kann als solche nicht allein entscheidend sein, weil sich ansonsten in jenen Fällen, in denen es um die Legalisierung des bereits faktisch gegebenen Aufenthalts eines Familienmitglieds geht, eine Interessenabwägung erübrigen würde. Der Faktor ist dennoch von grosser Relevanz (vgl. CZECH, a.a.O., S. 239 m.w.H.).

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

**15.5.** Der EGMR leitet weiter aus Art. 3 der Kinderrechtskonvention die besondere Bedeutung des Kindeswohls als vorrangige Überlegung bei allen Entscheidungen ab. Die Behörden sind demnach verpflichtet, die Interessen der betroffenen Kinder in den Mittelpunkt ihrer Erwägungen zu stellen

und ihnen wesentliches Gewicht beizumessen. Bei der Einschätzung der Interessen der Kinder sind unter anderem das Alter, die Situation im Herkunftsland und der Grad der Abhängigkeit von den Eltern zu bedenken. Die Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung der Interessen von Kindern läuft allerdings nicht darauf hinaus, dass diese als "Trumpfkarte" ("trump card") alle anderen Interessen ausstechen und im Ergebnis stets einen Anspruch auf Aufenthalt in einem Staat gewähren, in dem einem Kind bessere Lebensbedingungen und Entwicklungschancen geboten werden. Die innerstaatlichen Behörden und Gerichte müssen in der Begründung ihrer Entscheidung nachvollziehbar machen, inwiefern das Kindeswohl bei der Interessenabwägung berücksichtigt wurde und gegebenenfalls darlegen, warum es hinter öffentliche Interessen zurücktreten musste (vgl. EGMR El Ghatet gegen die Schweiz vom 8. November 2016, Nr. 56971/10 Ziff. 46 f.; EGMR Jeunesse, a.a.O., Ziff. 118; zum Ganzen CZECH, a.a.O. S. 237 f.; EGMR Nunez, a.a.O., Ziff. 84).

## **16.**

**16.1.** Vorliegend kann die Verweigerung des Selbsteintrittes zur Prüfung des Asylgesuchs der Beschwerdeführerin und ihrer Töchter eine mögliche Verletzung "positiver Verpflichtungen" darstellen, geht es doch darum, ob die Schweiz dazu verpflichtet ist, das Asylgesuch der Beschwerdeführerin und ihrer Kinder zu prüfen und ihr den Aufenthalt in der Schweiz während des Asylverfahrens zu gestatten. Es ist daher eine Abwägung der Interessen in Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien vorzunehmen.

**16.2.** Zunächst ist festzuhalten, dass ein öffentliches Interesse an der Einwanderungskontrolle und dem Recht der Schweiz besteht, wirksame Massnahmen zu ergreifen, um die Einhaltung der nationalen Gesetze zur Einreise und zum Aufenthalt sicherzustellen. Die Dublin-Verordnung ist zwar kein nationales Gesetz zur Regelung der Einwanderung. Mit der Dublin-Verordnung haben die Mitgliedstaaten aber die Zuständigkeit für die Prüfung der im Dublin-Raum gestellten Gesuche verbindlich geregelt, mit den bereits in den vorangegangenen Erwägungen normierten Zielen (Verhinderung des "asylum shopping"). Im weiteren Sinn dient dieses Vertragswerk daher auch einer Einwanderungskontrolle. Hinzu treten klar wirtschaftliche Interessen der Schweiz, die insbesondere auch auf eine Entlastung der sozialen Systeme beziehungsweise den Schutz vor Überlastung dieser Systeme gerichtet sind. Es dürfte absehbar sein, dass die Beschwerdeführerin und ihre Kinder für die Dauer eines Asylverfahrens in der Schweiz finanzieller Unterstützungsleistungen bedürfen.

**16.3.** Dem öffentlichen Interesse ist das Interesse der Beschwerdeführerin und ihrer Töchter am Verbleib in der Schweiz gegenüberzustellen. Bezüglich der persönlichen Situation der Familie ergibt sich Folgendes:

**16.3.1.** Der Ehemann der Beschwerdeführerin und Vater ihrer Töchter reiste im Oktober 2011 in die Schweiz ein und wurde im September 2013 wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nach Syrien vorläufig aufgenommen. Die vorläufige Aufnahme ist kein selbstständiger aufenthaltsrechtlicher Status, sondern eine Ersatzmassnahme für eine nicht vollziehbare Wegweisung. Damit setzt sie eine rechtskräftige Wegweisungsverfügung voraus. Die vorläufige Aufnahme erlischt, wenn der Wegweisungsvollzug durchführbar ist oder eine ausländerrechtliche Bewilligung erteilt wird. Bei Personen aus Syrien, denen die vorläufige Aufnahme gewährt wurde, ist aktuell von längerfristig bestehenden Vollzugshindernissen auszugehen. Damit hat sich die vorläufige Aufnahme in Bezug auf das Herkunftsland Syrien faktisch zu einem aufenthaltsrechtlichen Status entwickelt (vgl. dazu: Vorläufige Aufnahme und Schutzbedürftigkeit: Analyse und Handlungsoptionen, Bericht des Bundesrates vom 12. Oktober 2016, Ziff. 2.2 und 2.5). Der Ehemann verfügt in der Schweiz mithin zwar über keinen dauerhaften Aufenthaltsstatus, er lebt jedoch seit nunmehr über neun Jahren in der Schweiz, davon über sieben Jahre mit einer vorläufigen Aufnahme. Eine Rückkehr des Ehemannes nach Syrien ist zum heutigen Zeitpunkt und in absehbarer Zukunft wegen der anhaltenden Kriegssituation nicht zumutbar. Für die Beschwerdeführerin und die Töchter, über deren in Kroatien anhängig gemachtes Asylgesuch noch nicht entschieden wurde, wird ebenfalls aufgrund der aktuellen Situation in ihrem Heimatstaat eine Rückkehr nach Syrien zum heutigen Zeitpunkt kaum in Betracht kommen. Demnach bestehen zumindest aktuell erkennbare Hindernisse für ein gemeinsames Familienleben in Syrien.

**16.3.2.** Den Akten ist sodann zu entnehmen, dass der Ehemann seit seiner Einreise in die Schweiz – mit Ausnahme des Zeitraumes vom 1. Januar bis 30. September 2017 – zwar auf Sozialhilfeleistungen angewiesen ist (vgl. Beilage zu act. 5). Gemäss Auszug aus dem Zentralen Migrationsinformationssystem (ZEMIS) ist er jedoch seit dem 1. Februar 2014 bemüht, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und war immer wieder für einige Monate als (...) tätig. Seit dem 18. Dezember 2018 arbeitet er bei der F. \_\_\_\_\_ GmbH. Daraus kann geschlossen werden, dass er sich stets um eine Anstellung und damit um finanzielle Unabhängigkeit bemüht hat.

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

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

**16.3.5.** Die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann nahmen ihr Familienleben erst nach ihrer Ausreise aus Syrien auf. Sie sind eigenen Angaben gemäss Cousin sowie Cousine, und vor der Einreise der Beschwerdeführerin in die Schweiz bestand keine partnerschaftliche Verbindung zwischen beiden, weshalb sich die Beschwerdeführerin nicht auf die familienspezifischen Regelungen der Dublin-III-VO stützen konnte. Zuzufügen ist, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der fehlenden dauerhaften Aufenthaltsbewilligung des Ehemannes durfte die Beschwerdeführerin bei Aufnahme des Familienlebens und auch nach der Geburt der Kinder nicht damit rechnen, dass auf ihr Asylgesuch in der Schweiz eingetreten würde. Weiter versties die Beschwerdeführerin gegen die Bestimmungen der Einwanderungskontrolle, indem sie trotz ihrer Überstellung nach Kroatien und einem gegen sie verhängten Einreiseverbot erneut in die Schweiz einreiste. Mit ihrem Verhalten stellte sie die schweizerischen Behörden vor vollendete Tatsachen. Sie befindet sich mithin in einer Situation, welche sie im Wissen um die geltenden Zuständigkeitsregelungen für die Prüfung ihres Asylgesuchs (spätestens seit dem Urteil des BVGer E-2027/2016 vom 31. März 2016) freiwillig und rechtswidrig herbeigeführt hat. Eine solchermassen begründete Situation kann nach der Rechtsprechung des EGMR in der Regel keine "positive Verpflichtung" zum Selbsteintritt begründen. Der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann wäre es sodann möglich und zumutbar gewesen, trotz des Aufenthaltes der Beschwerdeführerin in Kroatien ein Eheverbreitungsverfahren zu durchlaufen, die Heirat zu vollziehen und sich dann geregelt – unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben nach Art. 85 Abs. 7 AIG – um eine Familienzusammenführung zu bemühen.

**16.3.6.** In die Interessenabwägung ist als wesentliches Element das Kindeswohl der beiden Töchter und das grundlegende Bedürfnis von Kindern, in möglichst engem Kontakt mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können, zu berücksichtigen. Die Töchter leben seit ihrer Geburt sowohl mit ihrer Mutter als auch mit ihrem Vater in einem gemeinsamen Haushalt. Aufgrund ihres noch sehr jungen Alters sind sie stark von den Eltern abhängig. In diesem Alter sind für den Aufbau einer Beziehung regelmässige und unmittelbare Kontakte von grosser Wichtigkeit. Bei einer Überstellung nach Kroatien wäre der direkte Kontakt zum Vater und damit die Ausübung der Vaterrolle nur eingeschränkt gewährleistet. Nicht absehbar ist weiter, wie lange das Asylverfahren der Beschwerdeführerin und ihrer Kinder in Kroatien dauern würde und wie lange die Kinder effektiv von ihrem Vater getrennt wären. Die Länge und die Umstände der räumlichen Trennung der Familie hängt sodann auch vom Ausgang des Asylverfahrens in Kroatien ab. Hierbei ist zu betonen, dass Kroatien als Unterzeichnerstaat der EMRK, der FK und auch der Kinderrechtskonvention ebenfalls an die sich aus diesen Konventionsbestimmungen ergebenden Verpflichtungen gebunden ist. Im konkreten Fall ist sodann festzuhalten, dass der Ehemann zufolge der angeordneten vorläufigen Aufnahme nur unter eingeschränkten Bedingungen ins Ausland reisen kann. Jeder Auslandsaufenthalt des Ehemannes ist mit einem Bewilligungsverfahren bei der Vorinstanz verbunden (vgl. Art. 7 und 9 der Verordnung über die Ausstellung von Reisedokumenten für ausländische Personen vom 14. November 2012 [RDV, SR 143.5]); er ist jedoch nicht von vornherein verunmöglicht. Der Kontakt zwischen Kindern und Vater kann sodann eingeschränkt über die zur Verfügung stehenden Kommunikationswege aufrechterhalten werden.

**16.4.** Insgesamt bestehen vorliegend gewichtige öffentliche Interessen an der Überstellung der Beschwerdeführerin und ihrer Kinder in den zuständigen Mitgliedstaat Kroatien. Diese Interessen überwiegen die privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz zur Durchführung eines Asylverfahrens. Bei einer Überstellung der Beschwerdeführerin und ihrer Töchter dürfte eine Trennung der Familie zwar von längerer Dauer sein und gerade bei kleinen Kindern ist – wie erwähnt – ein regelmässiger persönlicher Kontakt zu beiden Elternteilen wichtig, da ansonsten eine Entfremdung droht. Entscheidend ist vorliegend jedoch, dass die Beschwerdeführerin diese Situation selbst und im Wissen um die Zuständigkeit Kroatiens herbeigeführt hat, indem sie sich von Beginn an über die Entscheide der Schweizer Asylbehörden hinweggesetzt hat. Bei ihrer Einreise konnte sie nicht mit einem legalen Aufenthalt in der Schweiz rechnen, da zu diesem Zeitpunkt noch keine Ehegemeinschaft oder ein gefestigtes Konkubinat vorlag.

Durch die erst später erfolgte Heirat und die Geburt der Kinder schuf sie einen neuen Lebenssachverhalt im Wissen darum, dass sie keinen Anspruch auf die Prüfung ihres Asylgesuchs in der Schweiz hatte und mit Kroatien bereits ein zuständiger Staat für die Durchführung des Asylverfahrens bestimmt war. Das vorliegende Verfahren dauert zwar bereits lange, die Aussetzung des Vollzugs während des Zeitraumes dieses Verfahrens stellt jedoch nur eine provisorische Massnahme dar und die Beschwerdeführerin konnte sich nicht darauf verlassen, deshalb in der Schweiz bleiben zu können. Der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann ist es sodann – wie bereits erwähnt – möglich, einen Familiennachzug gestützt auf Art. 85 Abs. 7 AIG nochmals zu beantragen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Dies betrifft namentlich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, nachdem der Ehemann inzwischen die zeitliche Voraussetzung des Aufenthalts in der Schweiz erfüllt und mittlerweile eine zivilrechtliche Heirat vorliegt. Trotz Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt zufolge seiner vorläufigen Aufnahme ist es dem Ehemann zuzumuten, eine Arbeitstätigkeit auszuüben, mit der er für seine Familie aufkommen kann.

**16.5.** Das Gericht kommt nach einer Abwägung der betroffenen Interessen deshalb zum Schluss, dass in der vorliegenden Einzelfallkonstellation der Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK gerechtfertigt und verhältnismässig ist.

**16.6.** Nach dem Gesagten liegt keine Verletzung von Art. 8 EMRK vor und es besteht damit kein Überstellungshindernis, welches die Schweiz zu einem Selbsteintritt gemäss Art. 17 Dublin-III-VO zwingt.

## **17.**

**17.1.** Gestützt auf Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO, respektive der – das Selbsteintrittsrecht im Landesrecht konkretisierenden – Bestimmung von Art. 29a Abs. 3 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311), kann das SEM das Asylgesuch "aus humanitären Gründen" auch dann behandeln, wenn dafür gemäss Dublin-III-VO ein anderer Staat zuständig wäre. Gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts verfügt das SEM bei der Anwendung der Kann-Bestimmung von Art. 29a Abs. 3 AsylV 1 über einen Ermessensspielraum (vgl. BVGE 2015/9 E. 7 f.). Seit der Kognitionsbeschränkung durch die Asylgesetzrevision vom 1. Februar 2014 (Streichung der Angemessenheitskontrolle des Bundesverwaltungsgerichts gemäss Art. 106 Abs. 1 Bst. c AsylG) überprüft das Gericht den vorinstanzlichen Verzicht der Anwendung von Art. 29a Abs. 3 AsylV 1 nicht mehr auf Angemessenheit hin; das Gericht beschränkt seine Beurteilung

zunehmend im Wesentlichen darauf, ob das SEM den Sachverhalt diesbezüglich korrekt und vollständig erhoben, allen wesentlichen Umständen Rechnung getragen und seinen Ermessensspielraum genutzt hat (vgl. Art. 106 Abs. 1 Bst. a und b AsylG).

**17.2.** Mit der Geburt der zweiten Tochter ist seit Erlass der angefochtenen Verfügung ein neuer Sachverhalt eingetreten. Die Vorinstanz äusserte sich anlässlich der letzten Vernehmlassung vom 11. November 2019 nicht zu einem allfälligen Selbsteintritt aus humanitären Gründen im Sinne von Art. 29a Abs. 3 AsylV 1 zufolge der veränderten Tatsachen; dies, obwohl das Bundesverwaltungsgericht in der Verfügung vom 30. Oktober 2019 zur entsprechenden Vernehmlassung unter Verweis auf die Geburt einer weiteren Tochter eingeladen hatte. Aufgrund der eingeschränkten Kognition des Bundesverwaltungsgerichts kann damit nicht geprüft werden, ob die Vorinstanz diesbezüglich den Sachverhalt korrekt und vollständig erhoben, allen wesentlichen Umständen Rechnung getragen und seinen Ermessensspielraum genutzt hat. Die Sache ist deshalb zur Neuurteilung zurückzuweisen, jedoch einzig unter dem Aspekt eines allfälligen Selbsteintritts aus humanitären Gründen.

**18.**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung hinsichtlich eines allfälligen Selbsteintritts aus humanitären Gründen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**19.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

**20.**

**20.1.** Den vertretenen Beschwerdeführerinnen ist angesichts ihres Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihnen notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen.

**20.2.** Es wurde keine Kostennote zu den Akten gereicht, weshalb die notwendigen Parteikosten aufgrund der Akten zu bestimmen sind (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Die von der Vorinstanz auszurichtende Parteientuschädigung wird in Anwendung der genannten Bestimmungen und unter

Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren demnach von Amtes wegen auf insgesamt Fr. 1'500.– festgelegt.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Das SEM wird angewiesen, den Beschwerdeführerinnen für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'500.– auszurichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, das SEM und die kantonale Migrationsbehörde.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Constance Leisinger

Annina Mondgenast

Versand: