

Der Schutz der Einheit der Familie in Dublin-Verfahren

Auf dem Weg zu einer schutzorientierten Umsetzungspraxis

Francesco Maiani, Universität Lausanne

Oktober 2019

Case postale 171
CH 1211 Genève 8
Tél : 022 807 07 14
Fax : 022 807 07 01
info@centre-csdm.org
www.centre-csdm.org



CSDM
Centre Suisse pour la Défense
des Droits des Migrants

Professor Francesco Maiani ist Mitglied des Beirats des Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants (CSDM). Die in dieser Studie geäußerten Ansichten sind die des Autors. Dieses Papier darf ohne vorherige Genehmigung des CSDM für akademische, pädagogische oder andere nicht-kommerzielle Zwecke frei zitiert und kopiert werden, vorausgesetzt, dass Quelle und Autor genannt werden.

Diese Studie ist online verfügbar unter www.centre-csdm.org und www.refworld.org.

Übersetzung aus dem Englischen ins Deutsche durch Isabelle Suremann.

Diese Studie wurde mit der Unterstützung des UNHCR-Büros für die Schweiz und Liechtenstein veröffentlicht.



INHALTSVERZEICHNIS

Zusammenfassung	5
1. Einleitung	10
2. Das Dublin-System: institutionelle und interpretative Elemente	14
2.1. «Asylum sharing arrangements» und Einheit der Familie: Grundsätzliche Überlegungen.....	14
2.2. Das Dublin-System: Institutionelle Aspekte	16
2.3 Das Dublin-System: allgemeine Auslegungsüberlegungen	19
2.4 Die Dublin-Regeln und -Verfahren im Überblick.....	22
2.5 Zusammenfassung der wichtigsten Punkte	24
3. Schutz des Familienlebens bei der Auslegung und Anwendung der Dublin-Kriterien	25
3.1 Überblick über die Familienkriterien und -definitionen in der Verordnung.....	25
3.2 Die Definitionen von «Familienangehörigen» der Verordnung: Auslegungsfragen .	26
3.2.1 Die Anforderung, die Definitionen umfassend und flexibel auszulegen.....	26
3.2.2 Die Anforderung, die Familienkriterien in nicht-diskriminierender Weise anzuwenden	29
3.3 Die Definitionen von «Familienangehörigen» der Verordnung: Beweisfragen.....	31
3.3.1 Beweismittel und Beweisanforderungen	31
3.3.2 Die Pflichten der Verwaltung zur proaktiven Feststellung familiärer Bindungen	34
3.3.3 Fragen der Rechtzeitigkeit des Nachweises von familiären Bindungen.....	35
3.4 Auslegungsfragen in Bezug auf einzelne Kriterien	37
3.4.1 Kriterien in Bezug auf Minderjährige und Probleme hinsichtlich der Altersbestimmung	37
3.4.2 Die «regulären» Familienkriterien von Art. 9-11 Dublin-III-VO	40
3.4.3 Abhängige Personen nach Art. 16 Dublin-III-VO	41
3.5 Zusammenfassung der wichtigsten Punkte	45
4. Das Familienleben durch die Ermessensklauseln schützen	46
4.1 Einleitung.....	46
4.2 Sollten die Ermessensklauseln restriktiv angewendet werden?	49
4.3 Die Anwendung der Ermessensklauseln zur Wahrung menschenrechtlicher Verpflichtungen.....	52
4.3.1 Die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK im Dublin-Kontext.....	52
4.3.2 Ein faires Gleichgewicht nach Art. 8 EMRK herstellen: allgemeine Aspekte	54
4.3.3 Ein faires Gleichgewicht nach Art. 8 EMRK herstellen: Dublin-spezifische Aspekte.....	56
4.3.4 Besondere Überlegungen betreffend Situationen der Abhängigkeit und der Verletzlichkeit.....	61
4.3.5 Der gleichberechtigte Genuss des Familienlebens nach der Dublin-Verordnung.....	64
4.4 Die Anwendung der Ermessensklauseln aus humanitären Gründen und von Härtefällen	65
4.4.1 Humanitäre Gründe nach der Dublin-Verordnung: Über die anhaltende Relevanz des Urteils im Falle <i>K</i>	65
4.4.2 Humanitäre Gründe nach Art. 29a Asylverordnung 1.....	67
4.5 Möglichkeiten zur Vorbeugung oder Beendigung der Trennung von Familienangehörigen mithilfe der Ermessensklauseln.....	68
4.6 Zusammenfassung grundlegender Punkte	69
5. Abschliessende Bemerkungen und Hinweise zum Rechtsschutz	71

Abkürzungsverzeichnis

AsylV 1	Asylverordnung 1 (CH)
BFM	Bundesamt für Migration
BVGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheid
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
CAT	UN-Ausschuss gegen Folter
CH	Schweiz
CSDM	Centre Suisse pour la Défense des Droits des Migrants
DAA	Dubliner Assoziierungsabkommen (CH)
DRC	Danish Refugee Council
Dublin-II-VO	Dublin-II-Verordnung
Dublin-III-VO	Dublin-III-Verordnung
EASO	European Asylum Support Office (EU)
ECRE	European Council on Refugees and Exiles
EFTA	Europäische Freihandelsassoziiierung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMN	European Migration Network
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EP	Europäisches Parlament
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GA	Generalanwalt (EU)
HEKS/EPER	Hilfswerk der evangelischen Kirchen der Schweiz
GRC	Grundrechtscharta der Europäischen Union
ICFi	ICF International
IJRL	International Journal of Refugee Law
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
KRK	Kinderrechtskonvention (UNO)
LIBE Ausschuss	Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres
OUP	Oxford University Press
NRO	Nichtregierungsorganisation
SEM	Staatssekretariat für Migration (CH)
SFH	Schweizerische Flüchtlingshilfe
UN	Vereinte Nationen
UNHCR	Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen
VAEU	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
VEU	Vertrag über die Europäische Union

Zusammenfassung

In der Praxis gibt es erhebliche Spannungen zwischen der Umsetzung des Dublin-Systems und dem Schutz der Einheit der Familie. Bei korrekter Auslegung und Anwendung könnte die Dublin III-Verordnung jedoch denen, für die sie gilt, einen umfassenden Schutz der Familie gewähren.

Im Einklang mit dem Grundsatz der einheitlichen Auslegung des Dublin-Besitzstandes, sollten die Schweizer Behörden die Rechtsprechung des EuGH berücksichtigen. Ebenso müssen sie jederzeit die relevanten internationalen Normen, einschliesslich der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK), der UN-Antifolterkonvention (CAT), der Kinderrechtskonvention (KRK) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des jeweiligen Gremiums einhalten.

Im Einklang mit der Präambel der Dublin III-Verordnung und wie die Rechtsprechung des EuGH seit dem *Ghezelbash*-Urteil bestätigt, sollten die Menschenrechte in der Dublin-Praxis vollumfänglich berücksichtigt werden. In Erwägungsgrund 14 der Dublin- III- VO wird ausdrücklich gefordert, dass die Achtung des Familienlebens eine «vorrangige Erwägung» sein soll. Dies impliziert, dass:

- familienbezogene Bestimmungen der Verordnung so weit wie möglich und ohne übermässigen Formalismus ausgelegt werden sollen;
- dem Interesse der Einheit der Familie in allen Situationen, in denen es gegen konkurrierende Interessen abgewogen wird, erhebliches Gewicht beigemessen wird;
- der Entscheidungsfindungsprozess eine Evaluation der Auswirkung voraussichtlicher Entscheidungen auf das Familienleben beinhalten soll.

Entsprechend der Verordnung und anderen anzuwendenden Normen müssen familienbezogene Aspekte in allen Stadien des Dublin-Verfahrens geprüft werden. In Aufnahmeverfahren müssen die Familienkriterien zuerst geprüft und ihre Anwendbarkeit muss ausgeschlossen werden, bevor niederrangige Kriterien überhaupt berücksichtigt werden. Darüber hinaus ist im Falle eines negativen Einflusses auf das Familienleben durch die Anwendung der Kriterien oder durch andere Massnahmen der Verordnung (z. B. Wiederaufnahmeüberstellungen) zu prüfen, ob eine Ausnahmeregelung entsprechend relevanter Menschenrechtsnormen – insbesondere Artikel 8 EMRK – oder humanitärer Gründen und Härtefällen in Frage kommt.

Laut Empfehlung der Europäischen Kommission sollten die Mitgliedstaaten «die die Familienzusammenführung betreffenden Klauseln proaktiv und konsequent anwenden».¹ Die in der Verordnung festgelegten Familiendefinitionen sollten weit und flexibel ausgelegt und angewendet werden. Insbesondere im Falle von Ehebeziehungen

¹ Europäische Kommission, *Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Die Europäische Migrationsagenda*, 13. Mai 2015, COM(2015) 240 endgültig, S. 16, verfügbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&from=EN>.

und Eltern-Kind-Beziehungen wird im Art. 2g Dublin-III-VO keine Anforderung an die faktische Intensität oder Stabilität gestellt. Es wird nur verlangt, dass die angebliche familiäre Bindung zum relevanten Zeitpunkt besteht. Auch sollte die «Gültigkeit» von Ehebeziehungen auf nicht-formalistische Weise bewertet werden.

Gemäss Art. 14 EMRK dürfen die in der Verordnung festgelegten Familiendefinitionen nicht in einer Weise angewendet werden, die zu ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen führt. Insbesondere sollte die Anforderung, dass die Familie bereits im Herkunftsland bestanden haben soll nach Art. 2g Dublin-III-VO als Anti-Missbrauchs-Klausel angewendet werden und das zur Erreichung des Zieles notwendige Mass nicht überschreiten. Aus demselben Grund erfordern die Familiendefinitionen einiger Bestimmungen eine weite Auslegung: Demzufolge sollten Ehepartnerinnen und Ehepartner unter Art. 16 Dublin-III-VO und Kinder, die nach der Flucht geboren wurden, in den Anwendungsbereich des Art. 20 Dublin-III-VO einbezogen werden.

In Bezug auf den Nachweis familiärer Bindungen legt die Dublin-Verordnung eine Reihe wichtiger Grundsätze fest. Erstens soll die Zuständigkeitsermittlung möglichst wenige Beweiserfordernisse mit sich bringen. Zweitens ist ein Nachweis familiärer Bindung (z.B. ein Registerauszug) ausreichend und darf nur im Falle eines Gegenbeweises – und nicht aufgrund eines allgemeinen Verdachtes – für ungültig erklärt werden. Drittens kann die Zuständigkeit *inter alia* durch «nachweisbare Information des Antragstellers» sowie durch «Erklärungen der betroffenen Familienmitglieder» festgestellt werden. Diese Indizien müssen ernsthaft geprüft und als ausreichend angesehen werden, wenn sie kohärent, überprüfbar und ausreichend detailliert sind. Viertens müssen die Mitgliedstaaten bei der Beweisaufnahme die besonderen Schwierigkeiten in Betracht ziehen, mit denen die Schutzsuchenden bei der Erlangung eines formellen Beweises konfrontiert sind. Fünftens sollen DNA-Tests nur als *ultima ratio* verwendet werden und sechstens soll im Zweifel für die antragsstellende Person entschieden werden.

Bei der Anwendung dieser Regeln und Prinzipien ist der Untersuchungsgrundsatz von grösster Bedeutung. Sobald von der antragsstellenden Person die Kooperationspflicht erfüllt wurde, obliegt es dem SEM, allfällige Fragen zu klären. Diese Pflichten werden verstärkt, wenn die Kriterien für unbegleitete Minderjährige anwendbar sind, insbesondere in Bezug auf die Verpflichtung aus Art. 6(4) Dublin-III-VO, Familienangehörige ausfindig zu machen. Im Sinne einer good practice sollte das SEM diese Bestimmungen auch auf andere Kategorien antragsstellender Personen anwenden. Nach Art. 7(3) Dublin-III-VO, der für alle Familienkriterien einschliesslich Art. 9 und 11 Dublin-III-VO anzuwenden ist, müssen die nationalen Behörden Nachweise familiärer Bindungen akzeptieren, die vor der Annahme eines Gesuches vorgelegt wurden.

Alterseinschätzungen sollten konform der Empfehlungen des UN-Ausschusses für die Rechte des Kindes durchgeführt werden. Insbesondere sollte bereits während der Alterseinschätzung eine qualifizierte Vertretung zur Seite gestellt werden; Identitätsdokumente sollten nur dann nicht anerkannt werden, wenn sie sich als gefälscht erweisen; die Alterseinschätzung sollte von qualifizierten Sachverständigen im Rahmen einer ganzheitlichen Beurteilung erfolgen; der Staat soll von Methoden auf der Basis von Knochen- und Zahn-Untersuchungen absehen und im Zweifel soll zu Gunsten der betroffenen Person entschieden werden.

Bezüglich der Auslegung einzelner Kriterien sind folgende Punkte festzuhalten:

- Der Begriff des «internationalen Schutzes» nach Art. 9 Dublin-III-VO umfasst die vorläufige Aufnahme, wenn sie aus ähnlichen Gründen wie den in Art. 15 der Qualifikationsrichtlinie dargelegten gewährt wurde. Art. 9 Dublin-III-VO bleibt anwendbar, wenn die vorläufige Aufnahme einer schutzbegünstigten Person mit einem regulären Aufenthaltsdokument ersetzt wird. Dasselbe Prinzip sollte logischerweise im Falle einer Einbürgerung gelten.
- Art. 11 Dublin-III-VO sollte immer angewendet werden, wenn es technisch möglich ist, ein gemeinsames Dublin-Verfahren für die Familienangehörigen durchzuführen. Die Tatsache, dass sich die Dublin-Verfahren «nicht in vergleichbarem Stadium» befinden oder dass die Schweiz implizit die Zuständigkeit für gewisse Familienangehörige übernommen hat, ohne formell ein Dublin-Verfahren einzuleiten, sollte nicht entscheidend sein.
- Art. 16 Dublin-III-VO über abhängige Personen fällt nicht unter das «Sachverhaltsversteinerungsprinzip» von Art. 7(2) Dublin-III-VO. Diese Bestimmung ist, wie die anderen Kriterien auch, in allen Bestandteilen weit auszulegen. Für die Anwendung ist weder ein «bestimmtes» noch ein «intensives Abhängigkeitsverhältnis» zwischen den betroffenen Personen erforderlich. Im Gegenteil: Gemäss den Hinweisen des EuGH sollte Art. 16 Dublin-III-VO immer angewendet werden, wenn eine der aufgeführten Situationen von Verletzlichkeit vorliegt; die erforderliche familiäre Bindung und der «rechtmässige Aufenthalt» nachgewiesen werden können; die Person, die Unterstützung bieten sollte, dazu in der Lage ist und wenn die betroffenen Personen ihre Zustimmung erteilen. Wenn diese Bedingungen erfüllt sind, sollten die betroffenen Personen zusammengeführt werden oder zusammen bleiben können und unterliegen nur den in Art. 16 Abs. 2 Dublin-III-VO dargelegten Ausnahmen.

Die Anwendung der Ermessensklauseln nach Art. 17 Dublin-III-VO kann potenziell negative Auswirkungen durch die Anwendung der Kriterien auf die Einheit der Familie verhindern. Dies ist durchaus eines ihrer Hauptziele. Wie der EU-Rat feststellte, sei *inter alia* ihr Ziel «Situationen zu vermeiden, in denen Familienmitglieder aufgrund der strengen Anwendung der Dublin-Kriterien getrennt werden». ² Ihre Anwendung ist obligatorisch, wenn die Einhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz, einschliesslich jener zum Schutz des Familienlebens, dies erfordert. Ebenso können zwingende humanitäre Gründe die Anwendung obligatorisch machen.

Anders als dies in einigen Grundsatzurteilen des BVGer festgehalten wurde, verlangt oder fördert nichts in der Dublin-Verordnung einen restriktiven Ansatz in der Anwendung der Ermessensklauseln. Im Gegenteil: In Anbetracht der erklärten Absichten des Gesetzgebers, wie sie insbesondere in der Präambel der Verordnung ausgedrückt werden, sollten die Klauseln weit und systematisch ausgelegt werden, wenn das Familienleben betroffen ist.

² Rat der Europäischen Union, Dok. Nr. 12364/09, Fussnote 101, S. 35.

Art. 8 EMRK ist in diesem Zusammenhang eine der zentralen Bestimmungen. Dessen Anwendung kommt immer dann zum Tragen, wenn nach der Dublin-Verordnung vorgenommene oder unterlassene Massnahmen sich negativ auf das «Familienleben» im Sinne von Art. 8 EMRK auswirken könnten. Entsprechend der Rechtsprechung des EGMR ist ein «dauerhafter Status» der oder des Familienangehörigen der antragsstellenden Person keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK.

Ehebeziehungen stellen nach Art. 8 EMRK «Familienleben» dar, auch wenn sie faktisch noch nicht vollständig hergestellt sind. Gleichermassen gelten die Beziehungen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern *ispo jure* als «Familienleben». Die Existenz oder Stabilität dieses «Familienlebens» zwischen den antragsstellenden Personen und den Angehörigen der Kernfamilie alleine aufgrund von Trennungen – die vollkommen unfreiwillig sein können und dies oftmals auch sind – zu leugnen steht im Widerspruch zu dieser Bestimmung. Zur Feststellung, ob andere familiäre Bindungen als «Familienleben» gelten, ist das Bestehen von engen persönlichen Bindungen der entscheidende Faktor. Wie auch die Dublin-Verordnung verlangt die EMRK, dass die Verwaltung bei der Beurteilung des Bestehens von «Familienleben» einen nicht-formalistischen und flexiblen Ansatz verfolgt, die Untersuchungspflicht erfüllt, sowie in Anbetracht ihrer besonderen Situation im Zweifel für die schutzsuchende Person entscheidet. Da die anwendbaren Grundsätze weitgehend übereinstimmen und im Sinne einer good practice sollte die erstinstanzliche Behörde die familiäre Situation zu Beginn des Dublin-Verfahrens sowohl unter dem Blickwinkel der Dublin-Verordnung als auch der EMRK ganzheitlich beurteilen und die von der Dublin-Verordnung zur Verfügung gestellten Verfahrensmassnahmen (z.B. das Recht auf ein Gespräch und die Familienermittlung) nutzen.

Die Anwendung von Art. 8 EMRK löst eine Reihe von Verpflichtungen aus: Es ist sicherzustellen, dass der Entscheidungsfindungsprozess «fair ist und die durch Art. 8 geschützten Interessen gebührend berücksichtigt werden»; es ist ein «faires Gleichgewicht zwischen den konkurrierenden Interessen des Einzelnen und der Gesellschaft» herzustellen; es ist ein wirksames Beschwerdemittel gegen mutmassliche Verstösse sowie Nichtdiskriminierung beim Genuss des Familienlebens zu gewährleisten.

Wenn private und öffentliche Interessen im Rahmen eines Dublin-Verfahrens gemäss Art. 8 EMRK gegeneinander abgewogen werden sollten folgende Aspekte in Betracht gezogen werden:

- Es sollte nicht angenommen werden, dass die Möglichkeit zu Etablierung und Genuss des Familienlebens anderswo ohne übermässige Hindernisse besteht. Im Gegenteil: Die Grundannahme sollte vielmehr sein, dass die Möglichkeiten zum Genuss des Familienlebens «anderswo» im Dublin-Raum stark eingeschränkt sind. Selbst wenn eine solche Möglichkeit besteht muss geprüft werden, ob die zu erbringenden Opfer für die bereits in der Schweiz anwesenden Personen verhältnismässig wären.
- Der potenziell «zeitlich begrenzte» Charakter einer durch eine Dublin-Überstellung ausgelösten Trennung kann in Betracht gezogen werden. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Trennung durchaus über einen beachtlichen

Zeitraum hinweg andauern könnte und dass selbst relativ kurze Trennungszeiten gegen Art. 8 EMRK verstossen können, z. B. wenn Kinder betroffen sind.

- Asylsuchenden steht als besonders verletzte Gruppe besonderen Schutz zu.
- Wenn die Vereinbarkeit von Massnahmen nach der Dublin-Verordnung mit Art. 8 EMRK geprüft wird, ist das öffentliche Interesse korrekt festzustellen und zu bewerten. In Dublin-Fällen dürfte die Intensität des Interesses der öffentlichen Ordnung zur «Einwanderungskontrolle» wohl weniger ausgeprägt sein als in regulären Fällen des Familiennachzugs. Das öffentliche Interesse wird weiter verringert, wenn Antragsstellende nachweislich die Voraussetzungen für einen Familiennachzug in die Schweiz, einschliesslich des Familienasyls, erfüllen.
- Wie bereits erwähnt verlangt die Erwägung 14 der Präambel, dass dem Interesse der Einheit der Familie mehr Gewicht beigemessen werden muss als dies normalerweise allein nach Art. 8 EMRK der Fall wäre.

Insgesamt sollte in einem System, in dem der Schutz des Familienlebens eine «vorrangige Erwägung» ist, die Wahrung oder die Förderung der Einheit der Familie vielmehr die Regel als die Ausnahme darstellen.

Die Verpflichtungen aus Art. 8 EMRK sind insbesondere relevant, wenn besonders verletzte Personen betroffen sind. In Fällen in denen solche Personen, einschliesslich Kinder, mit ihrer Familie überstellt werden, verlangt die Rechtsprechung des EGMR angemessene Garantien, dass die Einheit der Familie bei der Aufnahme gewährleistet ist. Um die Einheit der Familie zu bewahren, sollte in Fällen, in denen die Überstellung aufgrund der Verletzlichkeit der betroffenen Person nicht durchgeführt wird, auch der Rest der Familie nicht überstellt werden. Im Einklang mit der Entscheidung des UN-Ausschusses gegen Folter im Falle A.N. ist die Überstellung eines Folteropfers in einen anderen Mitgliedstaat und die damit einhergehende Trennung vom unterstützenden Familienumfeld generell verboten. Gemäss der EMRK und anderen internationalen Normen sollte diese Überlegung auf weitere Kategorien besonders verletzlicher Personen ausgeweitet werden. Die gilt insbesondere für Kinder, die in den Anwendungsbereich von Art. 39 KKK fallen.

Gemäss Art. 14 EMRK müssen Grenzfälle, d.h. Fälle, die knapp aus dem Anwendungsbereich der Kriterien der familiären Verantwortung liegen, einer sorgfältigen Prüfung unterzogen werden. Diese umfasst auch eine Analyse der Vergleichbarkeit der betreffenden Situationen, der objektiven Gründe, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können und die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit.

Wie erwähnt, können humanitäre Erwägungen die Anwendung der Ermessensklauseln bedingen, selbst wenn keine menschenrechtlichen Verpflichtungen bestehen. In den Fällen, die früher unter Art. 15 Abs. 2 Dublin-II-VO gefallen sind und nun aus dem Anwendungsbereich des Art. 16 Dublin-III-VO fallen – z.B. Abhängigkeit zwischen Schwiegermutter und -tochter – besteht entsprechend dem Urteil des EuGH im Falle *K* eine qualifizierte Verpflichtung, die betroffenen Verwandten zusammenzuhalten oder zusammenzuführen. Art. 29a Abs. 3 AsylV1 muss ebenfalls berücksichtigt werden. Es

handelt sich dabei um eine Kann-Vorschrift, die dem SEM einen weiten Ermessensspielraum einräumt. Ungeachtet dessen hat jedoch das SEM gemäss der Rechtsprechung des BVGer die Pflicht in jedem Fall zu prüfen, ob die Bestimmung angewendet werden soll sowie alle relevanten Tatsachen zu klären und diese in die Entscheidung einzubeziehen. Die Entscheidung selbst muss auf der Grundlage transparenter, angemessener Kriterien einschliesslich der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Personen, dem Wohl des Kindes und Erwägungen bezüglich der Einheit der Familie getroffen werden. Wenn eine Überstellung insgesamt aus humanitärer Sichtweise problematisch erscheint, muss die Anwendung dieser Bestimmung in Betracht gezogen werden. Ausserdem unterliegt das SEM einer erhöhten Begründungspflicht.

Wenn Menschenrechte oder zwingende humanitäre Erwägungen die Wahrung oder Wiederherstellung der Einheit der Familie fordern, kann dies gegebenenfalls dazu verpflichten, die Selbsteintrittsklausel anzuwenden (oder davon abzusehen, sie anzuwenden) oder Anträge gemäss der humanitären Klausel zu stellen oder zu akzeptieren.

Die durch die Verordnung geschaffenen oder implizierten Verfahrensgarantien und die geltenden EU- und internationalen Normen – z.B. das Recht auf Information, auf ein Gespräch, auf eine Vertretung für unbegleitete oder getrennte Kinder und auf ein wirksames Rechtsmittel – sind während des gesamten Dublin-Verfahrens zu beachten. Insbesondere muss umfassender Rechtsschutz gewährleistet werden. Während Art. 27 DV III lediglich ein Beschwerderecht im Falle von Überstellungsentscheidungen vorsieht, müssen wirksame Beschwerdemittel gegen jegliche Entscheidungen zur Verfügung stehen, welche die den antragsstellenden Personen gewährten Rechte nach EU-Recht (Art. 47 GRC) und EMRK (Art. 13 EMRK) betreffen, einschliesslich des Rechtes auf die Einheit der Familie. Die Möglichkeiten internationaler Beschwerdeverfahren müssen ebenfalls berücksichtigt werden. In diesem Sinne könnte es sinnvoll sein, dieselbe nationale Praxis der Kontrolle mehrerer internationalen Gremien zu unterziehen – insbesondere des EGMR, des UN-Ausschusses gegen Folter und des UN-Ausschusses für die Rechte des Kindes.

1. Einleitung

Das Recht auf den Genuss des Familienlebens ohne unrechtmässige Einmischung gilt als eines der grundlegendsten Menschenrechte. Dementsprechend wird die Familie als «natürliche Kernzelle der Gesellschaft» in universalen und regionalen Menschenrechtsinstrumenten geschützt.³ Die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 beinhaltet keine Bestimmungen dazu; die Konferenz der Bevollmächtigten, die letztere

³ Siehe insbesondere UNO-Vollversammlung, *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, 16. Dezember 1966, Bundesgesetzblatt S. 1544 (im Folgenden «IPBPR»), Art. 23 (1), verfügbar unter: <https://www.un.org/Depts/german/uebereinkommen/ar2200-a-xxi-dbgbl-1533.pdf>; Rat der Europäischen Union, *Europäische Menschenrechtskonvention, in der Fassung der Protokolle Nr. 11 und 14*, 4. November 1950 (im Folgenden «EMRK»), Art. 8, verfügbar unter: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_DEU.pdf; Generalversammlung der UNO, *Übereinkommen über die Rechte des Kindes*, 20 November 1989, AS 1998 2055 (im Folgenden «KRK»), Art. 10, verfügbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19983207/index.html>

verabschiedete, stellte jedoch fest, dass die Einheit der Familie ein essenzielles Recht von Flüchtlingen sei und dass diese Einheit ständig bedroht werde. In Anbetracht dessen wurde den Regierungen empfohlen, erforderliche Schutzmassnahmen zu ergreifen.⁴ Internationalen Strategiedokumenten, die seither verabschiedet wurden, betonen denn auch regelmässig die Bedeutung der Achtung der Einheit der Familie für Personen, die sich auf der Flucht oder in flüchtlingsähnlichen Situationen befinden.⁵

Die rechtlichen und politischen Entwicklungen spiegeln dringliche persönliche und soziale Bedürfnisse wider. Wie in dem von einem runden Tisch des UNHCR verabschiedetem Beratungsergebnisse vom Dezember 2017 gekonnt formuliert:⁶

Wenn Flüchtlinge infolge ihrer Flucht von ihren Familienangehörigen getrennt werden, kann eine längere Trennung verheerende Auswirkungen auf das Wohlbefinden der Flüchtlinge und ihrer Familien haben. Die negativen Auswirkungen beeinflussen die Fähigkeit der Flüchtlinge, sich in ihrem Asylland zu integrieren, sich aktiv in der Gesellschaft zu beteiligen und ihr Leben wieder aufzubauen. Familienangehörige zu finden und sich wieder mit ihnen zu vereinen ist oft eines der dringendsten Anliegen für Asylsuchende und Flüchtlinge. (eigene Übersetzung)

Wie aus dem letzten Satz hervorgeht, gelten diese Überlegungen in vollem Umfang für «Schutzsuchende», d. h. Personen die sich als Flüchtlinge oder anderweitig schutzbedürftige Personen bezeichnen, deren Gesuch aber noch zu prüfen ist. Im Falle von Schutzsuchenden bringt die Förderung der Einheit der Familie tatsächlich besondere Chancen und Herausforderungen mit sich. Die Phasen der Ankunft und der Erstaufnahme sind oft von grosser Instabilität und Verletzlichkeit geprägt. Familiäre Unterstützung – unabhängig davon, ob die Familienangehörigen mit der antragsstellenden Person

⁴ UNO-Konferenz der Bevollmächtigten über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und Staatenlosen, *Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, 25. Juli 1951, A/CONF.2/108/Rev.1, Empfehlung B, auf Englisch und Französisch verfügbar unter: <http://www.refworld.org/docid/40a8a7394.html>.

⁵ Siehe insbesondere UNHCR-Exekutivkomitee, *Beschluss über Familienzusammenführung*, Nr. 9 (XXVIII), 1977 und Nr. 24 (XXXII), 1981; UNHCR-Exekutivkomitee, *Beschluss über Flüchtlingskinder und jugendliche Flüchtlinge*, Nr. 84 (XLVIII), 1997; UNHCR-Exekutivkomitee, *Beschluss über den Schutz von Flüchtlingsfamilien*, Nr. 88 (L), 1999; und UNHCR-Exekutivkomitee, *Beschluss über die Integration vor Ort*, Nr. 104 (LVI), Abs. (n), über die Relevanz der Familienzusammenführung bei der Förderung der Integration. Sämtliche Beschlüsse sind enthalten in UNHCR, *Conclusions on International Protection Adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme 1975 –2017* (Conclusion No. 1–114), October 2017, HCR/IP/3/Eng/REV. 2017, auf Englisch und Französisch verfügbar unter: <http://www.refworld.org/docid/5a2ead6b4.html>. Siehe auch Generalversammlung der UNO, *New Yorker Erklärung für Flüchtlinge und Migranten: Resolution der Generalversammlung*, 3. Oktober 2016, A/RES/71/1, Abs. 79 und Angang 1, Abs. 14(a), verfügbar unter: <https://www.un.org/depts/german/gv-71/band1/ar71001.pdf>.

⁶ Original-Zitat: «[w]hen refugees are separated from family members as a consequence of their flight, a prolonged separation can have devastating consequences on the wellbeing of the refugees and their families. The negative consequences impact on the refugees' ability to integrate in their country of asylum, become active contributors to the society, and rebuild their lives. Finding and being reunited with family members is often one of the most pressing concerns for asylum-seekers and refugees.» Quelle: UNHCR, *Summary Conclusions on the Right to Family Life and Family Unity in the Context of Family Reunification of Refugees and Other Persons In Need Of International Protection*, 4. Dezember 2017, Expert Roundtable, Abs. 1, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/docid/5b18f5774.html>.

geflüchtet sind oder sich bereits im Aufnahmestaat befinden – kann sowohl materiell als auch emotional von entscheidender Bedeutung sein. Dies gilt insbesondere für besonders verletzte Personen wie unbegleitete Minderjährige oder Folteropfer.

Gleichzeitig bietet die Förderung der Einheit der Familie für Schutzsuchende deutliche Vorteile für das Aufnahmeland. Da Schutzsuchende während der Prüfung ihres Antrages oft *de jure* oder *de facto* von Arbeitsmarkt ausgeschlossen sind, können dank der Unterstützung von aufgenommenen Familienangehörigen die durch die Aufnahme entstehenden finanziellen Kosten für den Staat gesenkt werden. Darüber hinaus trägt die gemeinsame Bearbeitung der Anträge mehrerer Mitglieder derselben Familie zur Effizienz und Gründlichkeit des Sachverhaltserstellungsprozesses, sowie zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen bei.⁷ Und schliesslich können grosszügige und umfassende Bestimmungen zur Förderung der Einheit der Familie von Schutzsuchenden die Anreize zur irregulären Weiterwanderung (in rechtlichen Dokumenten und Richtlinien der EU «Sekundärmigration» genannt) verringern.⁸

Leider werden solche Vorteile oft ausgeblendet und viele verschiedene Faktoren werden letztendlich gegen die Zusammenführung angeführt. Trotz aller Vorteile stellt die Einheit der Familie tatsächlich bei weitem keine Selbstverständlichkeit für Schutzsuchende dar. Ihr Aufenthaltsstatus ist vorübergehend und umfasst selten, wenn überhaupt, das Recht sich Familienangehörigen anzuschliessen, die sich bereits in einem potenziellen Aufnahmeland befinden, oder das Recht auf Nachzug von Familienmitgliedern die sich anderswo befinden – auch in Fällen, in denen die betroffenen Personen *en route* getrennt wurden. In der Praxis kann es zudem durchaus vorkommen, dass eine antragsstellende Person ihre Familienangehörigen gar nicht ausfindig machen kann.

In diesem Zusammenhang stellen zwischenstaatliche Vereinbarungen zur Verteilung der Verantwortlichkeit im Asylbereich – auch «asylum sharing agreements»⁹ genannt – sowohl eine Gefahr als auch eine Chance dar. Wenn sie Regeln umfassen, die im Kern darauf abzielen, Familien auf der Flucht zusammenzuführen oder Schutzsuchende mit Familienangehörigen mit einem geregelten Aufenthaltsstatus zusammenzubringen, können sie von grossem Nutzen sein. Wenn der Fokus bei Entwurf und Umsetzung der Regeln überwiegend auf verschiedene politische Prioritäten gelegt wird – z. B. «sichere

⁷ Rat der Europäischen Union (EU), *Verordnung (EU) No. 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 (Neufassung)*, AB L 2013 180/31 (im Folgenden «Dublin-III-Verordnung» oder «Dublin-III-VO»), Erwägungsgrund 15, verfügbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:180:0031:0059:de:PDF>

⁸ Siehe Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates 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 (Neufassung)*, 3. Dezember 2008, KOM(2008) 820 endgültig, (im Folgenden: Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung zur Bestimmung des Mitgliedstaates*), S. 13, verfügbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0820:FIN:DE:PDF>: «[Zusätzliche Schutzbestimmungen zur Einheit der Familie] sorgen nicht nur für ein höheres Schutzniveau für Asylbewerber, sondern tragen auch zur Eindämmung der Sekundärmigration bei».

⁹ T. Clark, F. Crépeau, «Human Rights in Asylum Sharing and Other Human Transfer Agreements», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 22, Nr. 2 (2004), Seiten 217-240.

Drittstaaten» oder «Erstasyllandern» in die Pflicht zu ziehen –, so bergen sie das Risiko, die Herausforderungen, mit denen sich Flüchtlingsfamilien konfrontiert sehen, zu verschärfen.

Das Dublin-System, das wichtigste Beispiel für ein multilaterales Asyl-Aufteilungs-System und Fokus der vorliegenden Studie, stellt einen Zwischenfall dar. Die EU-Gesetzgebung, auf dem das System basiert, hat zunehmend familienbezogene Überlegungen einbezogen und die neuste Version – die Dublin-III-Verordnung – hat das *Potenzial*, Familien auf der Flucht umfassend zu schützen. Die Anwendung des Dublin-Systems wurde jedoch traditionellerweise durch andere Überlegungen bestimmt, weshalb sich das System insgesamt negativ auf die Einheit der Familie ausgewirkt hat.

Die vorliegende Studie analysiert die verschiedenen Rechtsfragen, die sich den Schweizer Behörden in diesem Zusammenhang stellen und schlägt verschiedene Möglichkeiten zur Bewältigung vor. Da das von der erstinstanzlichen Schweizer Behörde, dem Staatssekretariat für Migration (SEM), publizierte Handbuch Asyl und Rückkehr nicht ausreichend detailliert ist,¹⁰ stellen die Urteile der zweiten und letzten Instanz, des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer), die wichtigste Quelle zur Rekonstruktion der Schweizer Praxis dar. Ebenso wird auf Berichte zivilgesellschaftlicher und internationaler Organisationen Bezug genommen. Um die durch diese Dokumente gewonnenen Einsichten zu bestätigen, kontextualisieren und vervollständigen, hat der Autor ausserdem eine Reihe von Interviews mit Stakeholdern nationaler und internationaler NGO's durchgeführt.¹¹

Obwohl die vorliegende Studie auf die Schweizer Praxis fokussiert, können die gewonnenen Erkenntnisse auch für andere «Dublin-Mitgliedstaaten» von Nutzen sein können. Im Grossen und Ganzen werden hier Probleme behandelt die im ganzen «Dublin-Gebiet» beobachtet werden können,¹² wie dies *inter alia* in der 2017 vom UNHCR publizierten Studie *Left in Limbo*¹³ dokumentiert wurde, und die Analyse bezieht sich auf Standards, die auf dem gesamten Gebiet angewendet werden können.

In einem ersten Schritt wird das Dublin-System kurz erklärt. Dabei werden grundlegende institutionelle und interpretative Elemente in Erinnerung gerufen, welche die Gesetzgeber bei der Anwendung berücksichtigen müssen (Punkt 2). Anschliessend wird sich die Studie mit den familienbezogenen Dublin-Kriterien, und den darin enthaltenen Herausforderungen in Verständnis und Anwendung, befassen sowie grundsätzliche Lösungen präsentieren, die sich aus geltenden EU- und internationalen Normen ableiten (Punkt 3). Nachfolgend wird die Studie die Regeln und Grundsätze untersuchen, welche

¹⁰ Siehe hierzu SEM, *Handbuch Asyl und Rückkehr* Ausgabe 2019, Sektion C3, verfügbar unter: <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/asylverfahren/nationale-verfahren/handbuch-asyl-rueckkehr.html>.

¹¹ Für die gewährten Einblicke möchte der Autor, in alphabetischer Reihenfolge, folgenden Personen danken: Karine Povlakic (Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende, HEKS), Valerio Prato (Internationaler Sozialdienst Schweiz), Gabriella Tau (Caritas Schweiz und Centre suisse de défense des droits des migrants, CSDM) und Muriel Trummer (Amnesty International Switzerland). Die Verantwortung für etwaige Ungenauigkeiten in der Analyse liegt ausschliesslich beim Autor.

¹² D. h. die Summe der Staaten, die das Dublin-System anwenden: die 28 EU- und die 4 EFTA-Staaten.

¹³ UNHCR, *Left in Limbo: UNHCR Study on the Implementation of the Dublin III Regulation*, August 2017, auf Englisch verfügbar unter: <http://www.refworld.org/docid/59d5dcb64.html>.

die Ermessensausübung im Rahmen der Verordnung strukturieren (Punkt 4). In den abschliessenden Bemerkungen werden die wichtigsten Ergebnisse zusammengefasst und die nationalen und internationalen Beschwerderechte kommentiert, über durch welche die Schutzsuchenden ihre Rechte geltend machen können (Punkt 5).

Die vorliegende Studie ist eine Ergänzung zu der Studie «Familiennachzug für Flüchtlinge in der Schweiz», welche Dr. Stephanie Motz für das CSDM und den UNHCR verfasst hat.¹⁴

2. Das Dublin-System: institutionelle und interpretative Elemente

2.1. «Asylum sharing arrangements» und Einheit der Familie: Grundsätzliche Überlegungen

Insofern dass die Verteilung der Asylzuständigkeit zwischen den Staaten eine physische «Verteilung» der Schutzsuchenden auf ihren Gebieten nach sich zieht, haben «asylum sharing arrangements» unweigerlich Auswirkungen auf die Einheit der Familie, die davon abhängt, dass die Familienangehörigen gleichzeitig am selben Ort anwesend sein dürfen. Diese Auswirkungen können, wie bereits erwähnt, sowohl positiv als auch negativ sein, je nachdem wie die Vereinbarung konzipiert und umgesetzt wird.

Der allererste Entwurf wurde 1979 vom Exekutivausschuss des Programms des Hochkommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (UNHCR) vorgelegt. In seinem *Beschluss über Flüchtlinge ohne Asylland* hat der Ausschuss ein internationales System der Zuständigkeitszuweisung vorgeschlagen, um «refugees-in-orbit» zu vermeiden.¹⁵ Der Exekutivausschuss hat vorgeschlagen, dass das System *inter alia* auf den Grundsätzen basieren soll, dass die «Vorstellungen des Asylsuchenden [...] so weit wie möglich berücksichtigt» werden sollten sowie, dass antragstellende Personen dazu aufgefordert werden sollten, nur dann Gesuche bei einem anderen Staat einzureichen, wenn «Beziehungen in oder enge Bindungen zu einem anderen Staat» dies rechtfertigen und nur wenn dies «fair und vernünftig» erscheint. Gemäss UNHCR umfassen «Beziehungen oder enge Bindungen» Familienbande zu Personen, die bereits in dem Staat leben, kulturelle Verbindungen und frühere Wohnsitze.¹⁶ Der UNHCR betonte ausserdem, dass ein solches Zuständigkeitszuweisungssystem in jedem Fall von der zentralen Erwägung des Interesses des Flüchtlings ausgehen sollte, dass «sein / ihr Gesuch fair und unverzüglich ermittelt wird, in einem Umfeld, das seine / ihre psychologischen und

¹⁴ S. Motz, *Familiennachzug für Flüchtlinge in der Schweiz – Rechtsrahmen und strategische Überlegungen*, CSDM Oktober 2017, verfügbar unter: https://centre-csdm.org/wp-content/uploads/2019/07/CH_Familiennachzug-f%C3%BCr-Fl%C3%BChtlinge-in-der-Schweiz_DE.pdf.

¹⁵ UNHCR Exekutiv-Komitee, *Beschluss über Flüchtlinge ohne Asylland*, Nr. 15 (XXX), 1979, verfügbar unter: <https://www.refworld.org/pdfid/5db8304415.pdf>. Für einen breiteren Kontext siehe A. Hurwitz, «The Collective Responsibility of States to Protect Refugees», *OUP*, 2009, Seiten 17-30. Zu Flüchtlingen 'im Orbit' siehe G. Melander, «Refugees in Orbit», *AWR Bulletin*, Vol. 16 (1978), Seiten 59-75.

¹⁶ Eigene Übersetzung, Originaltext: «the intentions of the asylum-seeker [be taken into account] as far as possible»; «connection or close links»; «if [...] fair and possible». UNHCR, *Revisiting the Dublin Convention: Some Reflections by UNHCR in Response to the Commission Staff Working Paper*, 19. Januar 2001, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b34c0.html>, S. 5.

sozialen Bedürfnisse unterstützt» (eigene Übersetzung).¹⁷ Alles in allem sprechen die Dokumente des UNHCR und des Exekutiv-Ausschusses für eine möglichst umfassende Anwendung des Grundsatzes der Einheit der Familie unter entsprechender Berücksichtigung der individuellen Ziele der Schutzsuchenden.

Entsprechend der Beschlüsse des Exekutiv-Ausschusses zielt das Dublin-System darauf ab, «orbit-Situationen» zu vermeiden und den Zugang zu Asylverfahren sicherzustellen. Ursprünglich wurde es allerdings als «flankierende Massnahme» zur Abschaffung von Grenzkontrollen innerhalb der EU konzipiert und ist von unterschiedlichen Prioritäten geprägt:¹⁸ die Verhinderung der Prüfung von Mehrfachanträgen, die Verhinderung der Wahl des für ihren Antrag zuständigen Staates durch die antragsstellenden Personen und die Eindämmung von Sekundärmigration. Aufgrund der letztgenannten politischen Ziele der Richtlinie werden die «Absichten» der Schutzsuchenden beider Zuständigkeitsermittlung nicht berücksichtigt. Stattdessen wenden die Mitgliedstaaten «objektive», politisch vereinbarte Kriterien an.¹⁹ Darüber hinaus bauen diese Kriterien nicht alle auf «engen Bindungen» zu bestimmten Mitgliedstaaten auf. Vielmehr spiegeln sie vor allem die politische Bestrebung im Zusammenhang mit dem schrittweisen «Ausbau eines Raums ohne Binnengrenzen» (Erwägungsgrund 25 Dublin-III-VO) wider. Gemäss der Kommission ist das Dublin-System auf dem Grundsatz aufgebaut, wonach

für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz in erster Linie der Mitgliedstaat zuständig ist, der bei der Einreise des Asylbewerbers und dessen Aufenthalt in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten maßgeblich beteiligt war. *Ausnahmen* zum Schutz der Einheit der Familie bleiben davon unberührt. (Hervorhebung hinzugefügt)²⁰

Diese starke Betonung der staatlichen Zuständigkeit ist eher nachteilig für einen vollumfänglichen Schutz der Einheit der Familie. Dieses Problem wird ausserdem dadurch verschärft, dass Dublin-Verfahren traditionellerweise von Beschleunigungs-Bestrebungen geprägt sind. Dies kann zur Verhinderung einer gründlichen Überprüfung der individuellen Umstände führen.²¹ Insbesondere aus diesen Gründen stehen das Dublin-System und der Schutz der Einheit der Familie in einem starken Spannungsverhältnis.

¹⁷ Originaltext: «[t]he interest of the refugee to have his/her claim determined fairly and promptly, in an environment supportive of his/her psychological and social needs»; Ebenda, S. 1 f.

¹⁸ Für eine historische Rekonstruktion, siehe D. Joly, «The Porous Dam: European Harmonization on Asylum In The Nineties», *IJRL*, Vol. 6, Nr. 2, (1994), Seiten 159-193.

¹⁹ Für die Anwendung der Kriterien, die auf familiären Bindungen basieren, ist jedoch das Einverständnis der betreffenden Person erforderlich, wie in Kapitel 3 ausgeführt.

²⁰ Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung zur Bestimmung des Mitgliedstaates*, weiter oben Fussnote 8, S. 5.

²¹ Gemäss dem Erwägungsgrund 5 Dublin-III-VO muss die Zuständigkeitsbestimmung «rasch» erfolgen und das «Ziel einer zügigen Bearbeitung der Anträge auf internationalen Schutz» nicht gefährden. Generell hat der EuGH festgestellt, dass das Dublin-System verabschiedet wurde «um die Behandlung der Asylanträge zu rationalisieren [...] wobei [...] dies hauptsächlich bezweckt, die Bearbeitung der Anträge im Interesse sowohl der Asylbewerber als auch der teilnehmenden Staaten zu beschleunigen» (EuGH, *N. S. gegen Secretary of State for the Home Department*, C-411/10, Rechtssache vom 21. Dezember 2011, Ziff. 79, verfügbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=117187&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8243870>).

Es ist jedoch wichtig zu betonen, dass selbst ein System, das primär dem Migrationsmanagement dient, einen umfassenden Schutz der Einheit der Familie gewähren könnte. Dies hängt letztendlich davon ab, wie umfassend die «Ausnahmen zum Schutz der Einheit der Familie» ausgestaltet und angewendet werden. So beinhaltet beispielsweise das «Abkommen über sichere Drittstaaten» zwischen den Vereinigten Staaten und Kanada eine sehr weite «Familien-Ausnahme» von der grundsätzlichen Regel des «Staates des letzten Aufenthalts»: Gemäss Artikel 1(1b) und 4(2a-b) liegt die Zuständigkeit zur Prüfung des Anspruchs der antragsstellenden Person bei dem Staat, in dem sich Familienangehörige entsprechend einer umfassenden Definition (einschliesslich z. B. Tanten und Nichten) nicht lediglich zu Besuchszwecken rechtmässig aufhalten oder in dem sie sich aufhalten und befugt sind einen Asylantrag zu stellen.²²

Die im Dublin-System enthaltenen Familienklauseln waren nie so umfassend. Wie im Weiteren aber erläutert wird, wurden seit dem Entwurf der Schengen- und Dublin-Übereinkommen von 1990 erhebliche Fortschritte verzeichnet und die Einheit der Familie ist mittlerweile zum wichtigsten der Aspekte geworden, welche bei der Auslegung und Umsetzung der Verordnung berücksichtigt werden sollten.

2.2. Das Dublin-System: Institutionelle Aspekte

Das Dublin-System wurde durch das Schengen- und Dublin-Übereinkommen von 1990 eingeführt. Infolge des Vertrags von Amsterdam (in Kraft seit Mai 1999) wurde das Dubliner Übereinkommen mit der «Dublin-II-Verordnung» (Dublin-II-VO)²³ von 2003 in die Gesetzgebung der EU überführt und 2013 zur «Dublin-III-Verordnung» (Dublin-III-VO) überarbeitet, welche noch immer in Kraft ist.²⁴

Als Teil der Sekundärgesetzgebung der EU unterliegt die Dublin-Verordnung dem «primären Recht» der EU und ist dementsprechend auszulegen und anzuwenden. Dies schliesst die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)²⁵ mit ein, sowie über

²² Siehe *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for cooperation in the examination of refugee status claims from nationals of third countries* (Safe Third Country Agreement), 5. Dezember 2002, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/pdfid/42d7b9944.pdf>. Für praktische Schwierigkeiten zur Umsetzung der Bestimmung, siehe jedoch E. Arbel, "Shifting Borders and the Boundaries of Rights: Examining the Safe Third Country Agreement between Canada and the United States", *IJLR*, vol. 25, Nr. 1 (2013), Seiten 65-86, auf Seite 69.

²³ Rat der Europäischen Union, *Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist*, AB L 2003 50/1 (im Folgenden "Dublin-II-Verordnung" oder "Dublin-II-VO"), verfügbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0343&from=de>

²⁴ Für eine ausführliche Analyse, siehe C. Filzwieser, A. Sprung, *Dublin III-Verordnung – das europäische Asylzuständigkeitssystem: Kommentar*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2014; C. Hruschka, F. Maiani, "Dublin III Regulation (EU) No 604/2013", in Hailbronner and Thym (Eds.), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, Beck, 2016, Seiten 1478-1604.

²⁵ Europäische Union, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, AB 2000 C 364/1, verfügbar unter: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_de.pdf.

Art. 78(1) den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (VAEU),²⁶ die Genfer Konvention und «andere relevante Verträge». ²⁷ Das letzte Wort bezüglich Gültigkeit und Bedeutung der Bestimmungen der Verordnung hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH: siehe Art. 19 des Vertrags über die Europäische Union, VEU).²⁸

Die Sachlage präsentiert sich diesbezüglich für die vier EFTA-Staaten, einschliesslich der Schweiz, etwas anders. Da diese Staaten nicht Mitglieder der EU sind, sind die Urteile des EuGH für sie nicht direkt bindend. Allerdings setzen die Assoziierungsabkommen zum Dublin-System rechtliche Einheitlichkeit innerhalb des gesamten «Dublin-Gebiets» voraus. ²⁹ Genauer gesagt wird in den Abkommen zum gemeinsamen Ziel der Vertragsparteien erklärt, eine «möglichst einheitliche Anwendung und Auslegung [des Dublin-Besitzstands] zu erreichen». Ausserdem werden spezielle Verfahren vorgesehen, um «wesentliche Abweichungen» zu verhindern oder unterdrücken. ³⁰ Dementsprechend, obschon die Rechtsprechung des EuGH *stricto sensu* nicht bindend ist, hat das BVGer durchwegs betont, dass

das Bundesverwaltungsgericht [...] zu einer einheitlichen Rechtsanwendung beizutragen [hat], indem es die Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt [...] und nicht ohne triftige Gründe davon abweicht.³¹

Es ist auch anzumerken, dass die Verordnung entsprechend Erwägungsgrund 32 Dublin-III-VO weder einen Einfluss auf die internationalen Menschenrechtsverpflichtungen der Mitgliedstaaten, noch auf die Kompetenz der entsprechenden Überwachungsorgane hat.³² Dementsprechend ist die Rechtsprechung z. B. des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) für nationale Behörden ebenso massgebend wie jene des EuGH in allen Fragen betreffend die EMRK-Konformität aller im Rahmen des Dublin-Systems ergriffenen Massnahmen.

²⁶ EU, *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. (Konsolidierte Fassung)*, AB 2016 C 326/47 (im Folgenden «VAEU»), verfügbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>.

²⁷ Siehe hierzu unter anderem *N. S.*, Rechtssache C-411/10, Fussnote 21, Abschnitte 64 ff und 75.

²⁸ EU, *Vertrag über die Europäische Union (Konsolidierte Fassung)*, AB 2012 C 326/13 (im Folgenden «VEU»), verfügbar unter: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0020.02/DOC_1&format=PDF.

²⁹ Siehe hierzu das Dubliner Assoziierungsabkommen, Artikel 5-7 (*Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizer Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags*, RS 0.142.392.68, im Folgenden «DAA»)

³⁰ *Ebenda.* A. Cornu, «Les aspects institutionnels des Accords d'association de la Suisse à Schengen et à Dublin», in C. Kaddous, M. Jametti Greiner (Hrsg.), *Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres Accords récents*, Helbing & Lichtenhahn, 2006, Seiten 207-244.

³¹ BVGE (publizierte Entscheide des BVGer) 2017 VI/9, Erw. 5.3.1. Siehe auch BVGE 2010/27, 2014/1, 2015/19. Urteile des BVGer können unter <https://www.bvger.ch/bvger/de/home/rechtsprechung/entscheiddatenbank-bvger.html> unter Angabe der Referenznummer des Urteils gefunden werden.

³² Insbesondere gilt die sogenannte Bosphorus-Vermutung über die Einhaltung der EMRK nicht für Massnahmen im Rahmen der Dublin-Verordnung, siehe hierzu EGMR, *M.S.S. gg. Belgien und Griechenland*, Nr. 30696/09, Urteil vom 21. Januar 2011, Ziff. 338 f., nicht-amtliche Übersetzung auf Deutsch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160236>; auf Englisch und Französisch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103050>.

Folglich müssen die nationalen Behörden, welche die Dublin-Verordnung anwenden, stets die Verpflichtungen berücksichtigen, die sich aus den Menschenrechtsinstrumenten, denen sie beigetreten sind, und aus dem EU-Primärrecht gemäss Auslegung des EuGH ergeben. Unmittelbar für unsere Studie relevant sind insbesondere die folgenden Verpflichtungen, welche hier allgemein in Erinnerung gerufen werden sollen:

- Wenn eine im Rahmen der Verordnung vorgenommene oder unterlassene Massnahme das «Familienleben» im Sinne von Art. 8 EMRK beeinträchtigen könnte, welches als Konzept unabhängig und umfassender ist als jenes der «Familie» entsprechend der Verordnung³³, sind die Verfahrensbehörden generell verpflichtet, «einen gerechten Ausgleich zwischen den konkurrierenden Interessen des Einzelnen und der Gesellschaft als Ganzes zu schaffen» (eigene Übersetzung).³⁴ Diese Verpflichtung hat auch eine verfahrensrechtliche Dimension: Der Entscheidungsfindungsprozess über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen, die das «Familienleben» beeinflussen können, muss «fair sein und die durch Art. 8 geschützten Interessen angemessen berücksichtigen» (eigene Übersetzung).³⁵ Daher müssen die nationalen Behörden unter Berücksichtigung aller individuellen Umstände die Konsequenzen vorgenommener oder unterlassener Massnahmen auf das «Familienleben» der betreffenden Personen prüfen.³⁶ Dies setzt in erster Linie voraus, dass sie sich vollumfänglich mit den relevanten Fakten vertraut machen.
- Jede vorgenommene oder unterlassene Massnahme die das «Familienleben» beeinflusst, muss von einer unabhängigen und ordnungsgemäss ermächtigten nationalen Behörde im Rahmen einer «wirksamen Beschwerde» im Sinne von Art. 13 EMRK überprüfbar sein.
- Der Schutz des Familienlebens muss ohne ungerechtfertigte Unterscheidungen gewährleistet werden. Daher können Regeln und Entscheidungen, die *per se* mit Art. 8 EMRK konform sind, mit dem Übereinkommen in Konflikt geraten, wenn sie diskriminierend im Sinne von Art. 14 EMRK sind.³⁷

³³ Siehe hierzu die Punkte 3.3.1 und 4.3.1.

³⁴ Originaltext: «strike a fair balance between the competing interests of the individual and of society as a whole». Siehe hierzu z.B. EGMR, *L.H. und V.S. gg. Belgien*, Nr. 67429/10, Urteil vom 7. Mai 2013, Ziff. 72-74, auf Französisch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120614>; EGMR, *Paposhvili gg. Belgien*, Nr. 41738/10, Urteil vom 13. Dezember 2016, Ziff. 221, auf Französisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5859459b4.html>.

³⁵ Originaltext: «fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by Article 8». Siehe: EGMR, *Tanda-Muzinga gg. Frankreich*, Nr. 2260/10, Urteil vom 10. Juli 2014, Ziff. 68, nicht-amtliche deutsche Übersetzung verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169636>; verfügbar auf Englisch und Französisch unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145653>.

³⁶ *Paposhvili gg. Belgien*, Ziff. 222 ff., Fussnote 34.

³⁷ Siehe hierzu z.B. EGMR, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali gg. das Vereinigte Königreich*, Nr. 9214/80, 9473/81 und 9474/81, Urteil vom 28. Mai 1985, nicht-amtliche Übersetzung auf Deutsch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188528>, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fc18.html>; EGMR, *Hode und Abdi gg. das Vereinigte Königreich*, Nr. 22341/09, Ziff. 42 ff., Urteil vom 6. November 2012, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,509b93792.html>.

- Wenn Kinder involviert sind, sowohl begleitete als auch unbegleitete, muss ihr Wohl entsprechend der UN-Kinderrechtskonvention und des Art. 24 der GRC eine vorrangige Erwägung sein. Diese Verpflichtung wirkt sich auch auf die Auslegung und Anwendung von den oben genannten aus der EMRK abgeleiteten Rechten und Grundsätzen aus, wenn Kinder betroffen sind.³⁸

Die vom SEM publizierten Richtlinien erwähnen menschenrechtliche Verpflichtungen nur als Grundlage für «Ausnahmen» zur normalen Funktionsweise des Dublin-Systems.³⁹ Menschenrechte können gemäss der Verordnung durchaus zur Anwendung der Ermessensklauseln verpflichtet, ihre Relevanz einzig auf diesen Aspekt zu reduzieren widerspricht aber dem der Verordnung zugrunde liegenden legislativen Konzept. Wie direkt im Anschluss gezeigt wird, ist der Schutz und die aktive Förderung der Menschenrechte ein übergeordnetes Ziel der Dublin-Verordnung. Dementsprechend sollten Menschenrechte gemäss der erklärten Absicht des Gesetzgebers nicht nur – falls notwendig durch die Abweichung im Einzelfall – geachtet, sondern vollumfänglich in die Auslegung und Anwendung der Dublin-Verordnung integriert werden.

2.3 Das Dublin-System: allgemeine Auslegungsüberlegungen

Die grundlegenden Funktionen und Grundsätze des Dublin-Systems sind seit seiner Einführung 1990 trotz ständiger Kritik und Änderungsvorschlägen unverändert geblieben.⁴⁰ Der EU-Gesetzgeber hat zweimal die dem «System zugrunde liegenden Prinzipien [...] bestätig[t]» und betont, dass «gleichzeitig die notwendigen Verbesserungen [...] vorzunehmen» seien (siehe hierzu Erwägungsgrund 5 Dublin-II-VO und 9 Dublin-III-VO).

Artikel 3(1) der Dublin-III-VO fasst diese «zugrunde liegenden Grundsätze» zusammen:

1. Jeder durch eine drittstaatenangehörige Person innerhalb des «Dublin-Gebiets» gestellte Antrag muss von einem der Mitgliedstaaten geprüft werden. Gemäss dem EuGH spiegelt dies das «hauptsächliche Ziel» des Systems wider, nämlich «einen effektiven Zugang zur Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft des Antragstellers zu gewährleisten».⁴¹

³⁸ Siehe hierzu Punkt 4.3.2.

³⁹ SEM, S. 8, siehe Fussnote 10.

⁴⁰ Siehe hierzu z.B. E. Guild *et al.*, *New Approaches, Alternative Avenues and Means of Access to Asylum Procedures for Persons Seeking International Protection*, 2014, Studie für das Europäische Parlament (EP), verfügbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509989/IPOL_STU\(2014\)509989_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/509989/IPOL_STU(2014)509989_EN.pdf); E. Guild *et al.*, *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, 2015, Studie für das EP, verfügbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU\(2015\)519234_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519234/IPOL_STU(2015)519234_EN.pdf); F. Maiani, *The Reform of the Dublin III Regulation*, 2016, Studie für das EP, verfügbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU\(2016\)571360_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571360/IPOL_STU(2016)571360_EN.pdf); M. Di Filippo, «The Allocation of Competence in Asylum Procedures under EU law: The Need to Take the Dublin Bull by the Horns», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 59, 2018, Seiten 41-95.

⁴¹ EuGH, *MA, BT und DA gegen Secretary of State for the Home Department*, C-648/11, Rechtssache vom 6. Juni 2013, Ziff. 54, verfügbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138088&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4118556>.

2. Prinzipiell muss jeder Antrag «von einem einzigen Mitgliedstaat» geprüft werden.
3. Der zuständige Staat wird «nach den Kriterien [der Verordnung] bestimmt». Diese Kriterien sind, wie bereits erwähnt, «objektiv» (Erwägungsgrund 5 Dublin-III-VO), insofern dass sie unabhängig von der Zustimmung oder den Präferenzen der antragsstellenden Person angewendet werden.⁴²

Abgesehen von diesen Aspekten hat sich das Dublin-System konstant weiterentwickelt, insbesondere in Bezug auf den Schutz der Menschenrechte und des Familienlebens. Gemäss Erwägungsgrund 9 der neuen Verordnung ist das Ziel der Überarbeitung von 2013, «die Leistungsfähigkeit des Dublin-Systems und den auf der Grundlage dieses Systems *gewährten Schutz der Antragsteller*» zu stärken (Hervorhebung hinzugefügt). Dieser Aspekt wird in 13 weiteren Erwägungsgründen weiter ausgeführt. Die relevantesten für diese Studie sind die folgenden:

- Während in der Fassung von 2003 festgestellt wurde, dass die Einheit der Familie «gewahrt werden [sollte], soweit dies mit den sonstigen Zielen [des Dublin-Systems] vereinbar ist», (Erwägungsgrund 6 Dublin-II-VO) wird in der Fassung von 2013 betont, dass das Wohl des Kindes und die Achtung des Familienlebens im Sinne der EMRK und der GRC «vorrangige Erwägungen» bei der Anwendung der Verordnung darstellen müssen.
- Während die Fassung von 2003 als Rechtfertigung für eine gemeinsame Bearbeitung der Anträge von mehreren Mitgliedern einer Familie lediglich die Effizienz anführte (Erwägungsgrund 7 Dublin-II-Verordnung), betont die Fassung von 2013 zusätzlich, dass dadurch sichergestellt werden kann, dass die Mitglieder einer Familie nicht voneinander getrennt werden (Erwägungsgrund 15 Dublin-III-Verordnung).
- Erwägungsgrund 17 empfiehlt nun die Ermessensklauseln «insbesondere aus humanitären Gründen oder in Härtefällen» anzuwenden, wie in Punkt 4 weiter ausgeführt wird.

Nach den im EU-Recht geltenden hermeneutischen Grundsätze sind diese Erwägungsgründe – ebenso wie weitere Grundsätze, die den zentralen Platz der Gesetzgeber den Rechten und dem Wohlbefinden der antragsstellenden Personen eingeräumt hat (siehe hierzu Erwägungsgrund 18-21, 24 und 27 Dublin-III-VO) – für die Auslegung der Verordnung äusserst relevant.⁴³ Dementsprechend hat der in der Präambel widergespiegelte «neue Geist» der Verordnung tief greifende Auswirkungen auf die Art und Weise, wie der EuGH selbst den Text als Ganzes auslegt. Unter der alten Verordnung beschrieb der Gerichtshof das Dublin-System als «organisatorische

⁴² Nur bei der Anwendung der Kriterien und Bestimmungen im Zusammenhang mit den familiären Bindungen ist die Zustimmung der betreffenden Personen eine Voraussetzung: siehe hierzu Artikel 9, 10, 16 und 17(2) Dublin-III-VO.

⁴³ «Hierzu ist festzustellen, daß der verfügende Teil eines Rechtsakts nicht von seiner Begründung getrennt werden kann, so daß er, wenn dies erforderlich ist, unter Berücksichtigung der Gründe auszulegen ist, die zu seinem Erlaß geführt haben.» (EuGH, *TWD Textilwerke gegen Kommission*, C-355/95 P, Rechtssache vom 15. Mai 1997, Ziff. 21).

Vorschriften[...], die die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten regeln» und legte sie mit starker Betonung auf Effizienz aus – teilweise zum Nachteil des umfassenden Rechtsschutzes.⁴⁴

Der Gerichtshof hat seine Position mit dem *Ghezelbash*-Urteil angepasst. So hat er z.B. festgestellt, dass bisherige Einschränkungen des Beschwerderechts der antragsstellenden Personen als aufgehoben anzusehen seien. Der Schlüsselpunkt für diese Anpassung war nicht nur die Formulierung der unmittelbar relevanten Bestimmungen und Erwägungsgründe, sondern auch die allgemeine Stossrichtung der durch die Neufassung der Verordnung bewirkten Änderungen. Diesbezüglich hat der Gerichtshof festgehalten, dass die neu eingeführten oder verbesserten Rechte die antragsstellenden Personen zu Akteuren innerhalb des Systems gemacht haben, welches daher nicht mehr lediglich als zwischenstaatliche Regelung erachtet werden könne. Er betonte die feste Absicht des Gesetzgebers, mit der Neufassung den Schutz für die antragsstellenden Personen zu verbessern.⁴⁵ Diese neue Ausrichtung der Rechtsprechung betrifft sämtliche Aspekte der Dublin-III-VO,⁴⁶ insbesondere auch die Einheit der Familie.⁴⁷

Mit Blick auf das Ziel dieser Studie lohnt es sich, den Erwägungsgrund 14 genauer zu betrachten. Der Erwägungsgrund besagt, dass «[i]m Einklang mit der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, [...] die Achtung des Familienlebens eine vorrangige Erwägung der Mitgliedstaaten sein [sollte], wenn sie diese Verordnung anwenden». Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die Bedeutung dieser Formulierung nicht auf die Pflicht zur Achtung des Rechts auf Familienleben beschränkt⁴⁸, da eine solche Auslegung redundant wäre (siehe hierzu Erwägungsgrund 32 und 39 Dublin-III-VO). Vielmehr sollte Erwägungsgrund 14 so verstanden werden, dass er die Absicht des Gesetzgebers zur vollständigen Integration widerspiegelt:

- Indem der Gesetzgeber in der Präambel die Achtung des «Familienlebens» als «vorrangige Erwägung» für die vollziehenden Behörden bezeichnet, weist er

⁴⁴ EuGH, *Shamso Abdullahi gegen Bundesasylamt*, C-394/12, Rechtssache vom 10. Dezember 2013, Ziff. 56ff, verfügbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=145404&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8594971>

⁴⁵ EuGH, *Mehrdad Ghezelbash gegen Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-63/15, Rechtssache vom 7. Juni 2016, Ziff. 45ff, verfügbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=179661&doclang=DE>

⁴⁶ Siehe hierzu z.B. EuGH, *Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie gegen Al Chodor*, C-528/15, Rechtssache vom 15. März 2017, Ziff. 33ff, verfügbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188907&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8603388>; EuGH, *Tsegezab Mengesteab gegen Bundesrepublik Deutschland*, C-670/16, Rechtssache vom 26. Juli 2017, Ziff. 45ff, verfügbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=193208&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8602313>

⁴⁷ Für ein Beispiel, siehe hierzu: EuGH, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie gegen H. und R.*, verbundene Rechtssachen C-582/17 und C-583/17, Rechtssache vom 2. April 2019, Ziff. 81 ff.

⁴⁸ Siehe hierzu z.B. BVGer, E-2700/2015, S. 6. Urteile des BVGer können unter <https://www.bvger.ch/bvger/de/home/rechtsprechung/entscheidendatenbank-bvger.html> unter Angabe der Referenznummer des Urteils gefunden werden.

darauf hin, dass die Verordnung in ihrer Gesamtheit im Lichte dieses Konzepts gelesen und angewandt werden soll. Dementsprechend sollten die zuständigen Behörden nicht nur Verstösse gegen Art. 8 EMRK vermeiden, sondern die Bestimmungen der Verordnung auf der Grundlage der nach dieser Bestimmung entwickelten Methoden und Konzepte auslegen. Insbesondere sollten sie gemäss der Rechtsprechung des EGMR mechanische und zu formalistische Auslegungen der Bestimmung vermeiden.⁴⁹

- Darüber hinaus muss nach dem Wortlaut der Erklärung, wonach das Familienleben eine «vorrangige Erwägung» sein müsse, dem Familienleben in all jenen Situationen, in denen es gegen konkurrierende Interessen abgewogen wird, erhebliches Gewicht beigemessen werden (siehe Punkt 4).
- Schliesslich ist interessant festzustellen, dass im Erwägungsgrund 14 ein von Art. 3 KRK abgeleiteter Begriff verwendet, welcher der Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK im Wesentlichen fremd ist. Diese Wortwahl, die nicht zufällig sein kann (siehe hierzu Erwägungsgrund 13), wird in den vorbereitenden Arbeiten nicht erklärt. Sie ist wohl Ausdruck der Absicht des Gesetzgebers, den im Rahmen der KRK entwickelten Ansatz des «Wohle des Kindes» in Familienfragen anzuwenden. Nach dieser Lesart sollte die Achtung des Familienlebens als «dreifaches Konzept» in der Auslegung und Anwendung der Verordnung behandelt werden: (a) als materielles Recht im eben beschriebenen Sinne – d. h. das Recht, dass das Familienleben geprüft wird und von den zuständigen Behörden als «vorrangige Erwägung» berücksichtigt wird; (b) als ein Auslegungsgrundsatz der vorschreibt, dass rechtliche Bestimmungen, die für mehr als eine Auslegung offen sind in dem Sinne gelesen werden, der dem Schutz des Familienlebens am wirksamsten dient; (c) als eine Verfahrensvorschrift, die verlangt, dass die Auswirkungen von anstehenden Entscheidungen auf das Familienleben geprüft werden – und die voraussetzt, dass das Familienleben zuvor von den Behörden korrekt festgestellt werden muss.⁵⁰

2.4 Die Dublin-Regeln und -Verfahren im Überblick

Die Dublin-Verordnung stellt die Regeln auf, nach denen bestimmt wird, welcher Staat für eine antragsstellende Person zuständig ist und definiert den Inhalt und das Ausmass ebenjener Zuständigkeit – einschliesslich der Verpflichtungen, die antragsstellende Person «aufzunehmen» und sie «wiederaufzunehmen», falls sie sich in einen anderen

⁴⁹ Siehe hierzu z.B. *Abdulaziz, Cabales und Balkandali*, Fussnote 37. Über die Vermeidung von übermässigem Formalismus nach Art. 8 EMRK siehe: EGMR, *Rodzevillo gg. Ukraine*, Nr. 38771/05, Urteil vom 14. Januar 2016, Ziff. 85, auf Englisch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159791>; EGMR, *Penchevi gg. Bulgarien*, Nr. 77818/12, Urteil vom 10. Februar 2015, Ziff. 57 und 71, auf Englisch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150999>.

⁵⁰ Entsprechend UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013) zum Recht des Kindes auf Berücksichtigung seines Wohles als ein vorrangiger Gesichtspunkt (Art. 3, Abs. 1)*, April 2013, CRC/C/GC/14, nicht-amtliche deutsche Übersetzung verfügbar auf: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Weitere_Publikationen/GC_14_barrierefrei_2019-04-26.pdf, auf Englisch und Französisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>. Das dreifache Konzept kann zu grossen Teilen direkt von Art. 8 EMRK abgeleitet werden (Siehe Punkt 2.2).

Mitgliedstaat begibt – und legt die entsprechenden Beweis- und Verfahrensregeln fest. Eine detaillierte Beschreibung der Dublin-Verordnung und der Dublin-Verfahren würde den Rahmen dieser Studie übersteigen.⁵¹ In einem ersten Schritt sollen vielmehr die Schlüsselemente in Erinnerung gerufen werden, während die folgenden Punkte einer detaillierten Analyse der familienbezogenen Bestimmungen und den daraus hervorgehenden Fragen bezüglich Auslegung und Anwendung gewidmet sind.

Der erste Schritt des Dublin-Verfahrens ist die Prüfung der Zuständigkeitskriterien, unabhängig davon, ob die Schweiz die Zuständigkeit ermittelt oder Empfängerin eines Aufnahmegesuchs ist.⁵² Die meisten Kriterien sind in Kapitel III der Verordnung zu finden. Diese Kriterien werden aufgrund der zum Zeitpunkt der ersten Antragstellung in einem Mitgliedstaat gegebenen Sachlage angewendet, («Sachverhaltsversteinerungsprinzip» des Art. 7(2) Dublin-III-VO). Sie sind hierarchisch geordnet und müssen grundsätzlich in der vorgegebenen Rangfolge angewendet werden (Art. 7(1) Dublin-III-VO). Die zuständige Behörde muss dementsprechend zuerst die übergeordneten Kriterien prüfen und kann nachrangige Kriterien nur dann berücksichtigen, wenn sie zum Schluss kommt, dass die übergeordneten nicht anwendbar sind.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Kriterien auf der Grundlage familiärer Bindungen (im Folgenden «Familienkriterien») an oberster Stelle der Rangfolge stehen und vor den Kriterien bezüglich Aufenthaltstitel und Visa, Einreise oder Aufenthalt geprüft werden müssen. Dies bedeutet, dass die zuständigen Behörden auch im Fall der Erhebung relevanter Beweise keine Aufnahmegesuche aufgrund niederrangiger Kriterien (z. B. einer Eurodac-Treffermeldung, die auf irreguläre Einreise von einem anderen Mitgliedstaat hinweist) stellen darf, bevor sie nicht nach Beweisen, die zur Anwendung der Familienkriterien führen könnten, gesucht und diese berücksichtigt hat. Ein entgegengesetztes Vorgehen würde einen klaren Verstoss gegen die Verordnung darstellen und die Wahl des Gesetzgebers untergraben, der Einheit der Familie Priorität zuzumessen.⁵³ Die Zuständigkeitsbestimmung kann auch aufgrund von Kriterien ausserhalb des Kapitel III erfolgen: nach Art. 16 Dublin-III-VO betreffend «Abhängige Personen», der auf familiäre Bindungen basiert, und Art. 3(2) Dublin-III-VO, der die Kriterien festlegt, die standardmässig gelten, wenn die anderen Kriterien nicht anwendbar sind. Art. 22 Dublin-III-VO legt den relevanten Beweismassstab fest.

All diese Aspekte werden im dritten Punkt dieser Studie weiter behandelt, insoweit als sie die Einheit der Familie betreffen.

Die Prüfung der Kriterien führt weder zum Abschluss des Verfahrens noch der Zuständigkeitsermittlung. In der Tat ermöglichen es die Ermessensklauseln von Art. 17 Dublin-III-VO den Mitgliedstaaten von den Kriterien und anderen Regeln der Verordnung

⁵¹ Für eine vollständige Analyse siehe C. Filzwieser, A. Sprung, Fussnote 24; C. Hruschka, F. Maiani, Fussnote 24. Für eine umfassende Analyse der Schweizer Rechtsprechung im Dublin-System, siehe J.-P. Monnet, «La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de transferts Dublin», in S. Breitenmoser, S. Gless, O. Lagodny, *Schengen und Dublin in die Praxis – Aktuelle Fragen*, Dike/Nomos, 2015, Seiten 359-439.

⁵² In Wiederaufnahmeverfahren spielen die Kriterien lediglich eine marginale Rolle, siehe *H. und R.*, verbundene Rechtssachen C-582/17 und C-583/17, Ziff. 80 ff., Fussnote 47.

⁵³ Siehe UNHCR, *Left in Limbo*, Fussnote 13, S. 43. Siehe auch BVGer, D-2987/2019.

abzuweichen. Wenn die Anwendung der Kriterien das Familienleben negativ beeinträchtigen könnte, muss in jedem Fall geprüft werden, ob sich mit Blick auf relevante Menschenrechtsnormen sowie aus humanitären Gründen eine solche Ausnahmeregelung aufdrängt.⁵⁴ Diese Frage kann zu jedem Zeitpunkt des Dublin-Verfahrens auftauchen, nicht nur im Stadium des Aufnahmegesuches. Diese Aspekte werden im vierten Punkt analysiert.

Den antragsstellenden Personen steht während des Verfahrens eine breite Palette an Verfahrensgarantien zu: das Recht auf Information, einschliesslich der Möglichkeit familienbezogene Informationen und Anträge einzugeben (Art. 4 Dublin-III-VO); das Recht auf ein persönliches Gespräch, auf das nur in Ausnahmefällen verzichtet werden darf (Art. 5 Dublin-III-VO); das Recht auf ein wirksames Rechtsmittel, d.h. eines mit aufschiebender Wirkung, gegen eine Überstellungsentscheidung, welches alle Rechtsfragen, die sich aus der Verordnung und relevanten Menschenrechtsnormen ergeben, sowie allen Tatsachenfragen abdeckt (Art. 26 und 27 Dublin-III-VO); das Recht auf rechtliche und sprachliche Unterstützung (Art. 27 (5) und (6) Dublin-III-VO).

Unbegleitete und / oder von ihrer Familie getrennte Minderjährige haben ausserdem Anspruch auf eine qualifizierte Vertretung, sowie auf die Ermittlung der Familie (Art. 6 Dublin-III-VO). Diese Fragen werden in dieser Studie nicht vertieft behandelt, der fünfte Punkt enthält jedoch einige Überlegungen zu nationalen und internationalen Rechtsmitteln, die schutzsuchenden Personen zur Verfügung stehen.

2.5 Zusammenfassung der wichtigsten Punkte

Schweizer Behörden müssen die Dublin-Verordnung im Einklang mit der Grundrechte-Charta der EU und relevanten internationalen Instrumenten einschliesslich der Genfer Konvention, der CAT, der KRK und der EMRK auslegen. Sie müssen ausserdem die Rechtsprechung des EuGH, des EGMR und anderen relevanten Überwachungsorgane angemessen berücksichtigen.

Die Menschenrechte sollten in allen Aspekten der Auslegung und Anwendung der Dublin-Verordnung integriert werden. Insbesondere verlangt Erwägungsgrund 14 Dublin-III-VO explizit, dass die Achtung des Familienlebens eine «vorrangige Erwägung» sein muss. Daraus folgt, dass:

- familienbezogene Bestimmungen der Verordnung ohne übermässigen Formalismus und im Sinne des bestmöglichen Schutzes der Einheit der Familie ausgelegt und angewendet werden sollen;
- dem Interesse der Einheit der Familie bei der Abwägung mit anderen konkurrierenden Interessen erhebliches Gewicht beigemessen wird;
- der Entscheidungsfindungsprozess eine Evaluation der Auswirkung anstehender Entscheidungen auf das Familienleben beinhalten soll.

⁵⁴ J.-P. Monnet, Fussnote 51, S. 429 f.

Familienbezogene Aspekte müssen in allen Stadien des Dublin-Verfahrens geprüft werden. In Aufnahmeverfahren müssen die Familienkriterien zuerst geprüft und ihre Anwendbarkeit muss ausgeschlossen werden, bevor niederrangige Kriterien überhaupt berücksichtigt werden. Wenn die Anwendung der Kriterien oder eine andere Massnahme der Verordnung (z. B. Wiederaufnahmeüberstellung) das Familienleben negativ beeinflussen würde, muss in Hinblick auf relevante internationale Menschenrechtsnormen – insbesondere Art. 8 EMRK – sowie aufgrund humanitärer Gründe und in Härtefällen geprüft werden, ob die Anwendung der Ermessensklauseln erforderlich ist. Die von der Verordnung festgestellten oder implizierten Verfahrensgarantien – z. B. das Recht auf Information, auf ein persönliches Gespräch, auf eine Vertretung für unbegleitete oder von der Familie getrennte Minderjährige, auf Rechtsmittel – sind durchgängig zu beachten.

3. Schutz des Familienlebens bei der Auslegung und Anwendung der Dublin-Kriterien

3.1 Überblick über die Familienkriterien und -definitionen in der Verordnung

Nach Art. 8-11, 16 und 20(3) Dublin-III-VO wird den Mitgliedstaaten die Zuständigkeit aufgrund vorhandener familiärer Beziehungen der antragsstellenden Person im Hoheitsgebiet des entsprechenden Mitgliedstaats zugewiesen. Der Anwendungsbereich dieser Kriterien wird auf unterschiedliche Weise begrenzt durch Bezugnahme auf (a) die Art der berücksichtigten familiären Bindungen; (b) den Zeitpunkt der Entstehung dieser Bindung; (c) den Status der familiären Beziehung der antragsstellenden Person zum jeweiligen Zeitpunkt. Das zuvor beschriebene «Sachverhaltsversteinerungsprinzip» kann ebenfalls eine wichtige Einschränkung darstellen, da es den Behörden verunmöglicht Situationen einzubeziehen, die erst nach der ersten Antragsstellung in einem Mitgliedstaat entstehen – einschliesslich der Begründung familiärer Bindungen oder des Erwerbs des «richtigen» Status durch einer oder eines Familienangehörigen.⁵⁵

Art. 2(g) Dublin-III-VO liefert die Grunddefinition von «Familienangehörigen», die im Rahmen der Verordnung zur Anwendung kommt. Diese Definition schliesst sowohl verheiratete als auch unverheiratete Partnerinnen und Partner der antragsstellenden Person ein⁵⁶, unverheiratete minderjährige Kinder und im Falle unverheirateter Minderjähriger den Vater, die Mutter oder andere für sie verantwortliche Erwachsene. Diese familiären Bindungen werden nur abgedeckt «sofern die Familie bereits im Herkunftsland bestanden hat» (im Folgenden «Vor-Flucht-Voraussetzung» genannt).

Diese grundlegende Definition wird durch die einzelnen Kriterien unterschiedlich verändert und ergänzt, so z. B. in Bezug auf die erwähnten Statusbeschränkungen. Dementsprechend sieht Art. 8 Dublin-III-VO vor, dass unbegleitete Minderjährige dem

⁵⁵ Siehe hierzu z.B. BVGE 2013/24, Erw. 4.3; J.-P. Monnet, S. 431 – 432, Fussnote 51.

⁵⁶ Die Partnerin / der Partner ist nur eingeschlossen, wenn es sich um eine «stabile Beziehung» handelt und wenn das Landesrecht oder die Praxis in Bezug auf Drittstaatenangehörige unverheiratete Paare gleich wie verheiratete Paare behandelt.

Mitgliedstaat zugewiesen werden, in dem sich «Familienangehörige»⁵⁷, Geschwister oder «Verwandte»⁵⁸ «rechtmässig aufhalten». Art. 9 Dublin-III-VO sieht die Wiedervereinigung der antragsstellenden Person mit Familienangehörigen, die «Begünstigte internationalen Schutzes» sind, «ungeachtet der Frage, ob die Familie bereits im Herkunftsland bestanden hat». Art. 10 Dublin-III-VO – die einzige Bestimmung, welche die Definition von Art. 2(g) Dublin-III-VO ohne Änderungen übernimmt – sieht die Wiedervereinigung der antragsstellenden Person mit «Familienangehörigen, die internationalen Schutz beantragt haben» und noch auf eine Erstentscheidung warten, vor. Art. 11 Dublin-III-VO ermöglicht «Familienangehörigen» oder unverheirateten minderjährigen Geschwistern, die gleichzeitig oder in grosser zeitlicher Nähe einen Antrag gestellt haben, zusammenzubleiben. Art. 20(3) Dublin-III-VO schreibt vor, dass die Situation einer antragsstellenden Person untrennbar mit jener des sie begleitenden Kindes verbunden ist, wenn es sich dabei um «Familienangehörige» handelt oder das Kind nach der Ankunft der antragsstellenden Person im Mitgliedstaat geboren wird. Schliesslich beruht Art. 16 Dublin-III-VO auf einer vollkommen anderen Definition von Familie, da darin vorgesehen wird, die antragsstellende Person mit ihrem Kind (unabhängig von Alter), ihren Geschwistern oder ihren Eltern, die sich «rechtmässig» in einem Mitgliedstaat aufhalten, zusammenzuhalten oder zusammenzuführen, falls eine Abhängigkeitsbeziehung entsprechend einer Reihe spezifischer Ursachen besteht und vorausgesetzt, dass die Familie schon im Herkunftsland bestanden hat.

Entsprechend des im zweiten Punkt dargelegten Auslegungsgrundsatzes sollten die Kriterien umfassend angewendet werden. So hat die Kommission denn auch selbst empfohlen, dass die Mitgliedstaaten «die die Familienzusammenführung betreffenden Klauseln *proaktiv* und konsequent anwenden» (Hervorhebung hinzugefügt) sollen.⁵⁹

In der Praxis stellt die Anerkennung der Relevanz der familiären Bindungen durch die Schweizer Behörden die grösste Herausforderung für die antragsstellenden Personen dar, wenn sie sich auf die Familienkriterien berufen. Das grösste Hindernis in diesem Zusammenhang ist eine zu enge Auslegung der relevanten Familiendefinition (Punkt 3.2) und die Tendenz der Verwaltung die familiären Bindungen aus Beweisgründen zu missachten oder zu leugnen (Punkt 3.3). Weitere Probleme treten bei der Auslegung der individuellen Kriterien auf, wie im Punkt 3.4 dargelegt wird.

3.2 Die Definitionen von «Familienangehörigen» der Verordnung: Auslegungsfragen

3.2.1 Die Anforderung, die Definitionen umfassend und flexibel auszulegen

Die vielfältigen Beziehungen zwischen den Definitionen von «Familie» in der Verordnung und dem Begriff des «Familienlebens» nach Art. 8 EMRK sind wichtige Faktoren, die bei der Auslegung und Anwendung der Verordnung berücksichtigt werden müssen.

⁵⁷ Diese Regel schliesst auch die Mutter, den Vater, einen verantwortlichen Erwachsenen oder Geschwister verheirateter Minderjähriger ein, wenn sich deren Partnerin oder Partner nicht rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhalten.

⁵⁸ D. h. erwachsene Tanten, Onkel oder Grosseltern. Art. 8 Dublin-III-VO verlangt zudem, dass solche Verwandte fähig sein müssen «für den unbegleiteten Minderjährigen zu sorgen».

⁵⁹ Europäische Kommission, *Die Europäische Migrationsagenda*, S. 13, Fussnote 1.

- Erstens gibt es erhebliche Überschneidungen. Der Begriff «Familienleben» beinhaltet sämtliche familiären Bindungen nach Art. 2(g) der Dublin-III-VO. Je nach Umständen kann dieser Begriff auch die erweiterten familiären Bindungen gemäss anderen Stellen der Verordnung umfassen.⁶⁰ In der Praxis sollte grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass «Familienleben» in allen durch die Definitionen und Kriterien abgedeckten Situationen vorliegt. Dies hat bedeutende Auswirkungen auf die Auslegung und Anwendung der Definition, die im Weiteren ausgeführt werden.
- Gemäss Erwägungsgrund 14 der Präambel soll die Achtung des Familienlebens eine «vorrangige Erwägung» darstellen. Wie bereits erwähnt, schliesst dies Formalismus aus und fordert eine umfassende und flexible Auslegung der Begriffe der Verordnung (siehe Punkt 2.3).
- Gleichzeitig sind die Definitionen von «Familie» gemäss Verordnung rechtlich unabhängig vom Begriff des «Familienleben» nach Art. 8 EMRK und *vice versa*. Daher sollten Bedingungen in Bezug auf das Bestehen von «Familienleben» (z. B. eine Beurteilung der tatsächlichen Intensität) nicht automatisch Vorrang gegenüber der Definition von Familie in der Verordnung gegeben werden.

Das SEM tendiert in der Praxis dazu, diese hermeneutischen Grundsätze zu missachten und zieht eine restriktive Lesart der Familiendefinitionen vor, indem es sowohl inhaltlich als auch formell eine hohe Schwelle ansetzt:

- Einerseits verlangt das SEM in der Praxis zusätzlich zu den Bedingungen nach Art. 2(g) Dublin-III-VO einen Beweis dafür, dass es sich bei einer Ehebeziehung oder einer Eltern-Kind-Beziehung um eine tatsächlich gelebte und dauerhafte Beziehung handelt⁶¹. Allerdings führt die Verordnung Tatbestandsvoraussetzungen dieser Art explizit auf, wenn solche verlangt werden (siehe insbesondere 2(g), erster Gedankenstrich, und 8(2) Dublin-III-VO). In allen anderen Fällen ist entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BVGer einzig die Frage relevant, ob die entsprechende familiäre Bindung existiert (z. B. Ehe oder Abstammung), ohne dass die faktische Intensität eine Rolle spielt.⁶² Bezeichnenderweise sind in solchen Fällen Auszüge aus öffentlichen Registern als Nachweis entsprechend der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzestextes ausreichend (siehe auch 3.3.1).⁶³

⁶⁰ Siehe EGMR, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights - Right to respect for private and family life*, 31. Dezember 2016, Zif. 235 ff und 245 ff., auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/docid/5a016ebe4.html>.

⁶¹ Siehe z.B. BVGE 2017 VI/1. Siehe auch BVGE 2013/24, Erw. 4.2 und 5.3; BVGer, D-4248/2015, Erw. 6.4; BVGer, D-840/2017, Erw. C und D; BVGer, D-2137/2017, Erw. I; BVGer, D-2987/2019, Erw. 7.1.

⁶² Siehe BVGE 2013/24, Erw. 5.3; BVGE 2015/41 und BVGE 2017 VI/1, Erw. 4.2.

⁶³ Siehe Europäische Kommission, *Durchführungsverordnung (EU) Nr. 118/2014 der Kommission vom 30. Januar 2014 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1560/2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist* (im Folgenden «Durchführungsbestimmungen»), AB L 2014 39/1, Anhang I.

- Andererseits werden Ehen, welche aus irgendeinem Grund in der Schweiz die Voraussetzungen für die Anerkennung nicht erfüllen, tendenziell von der Definition des Art. 2(g) Dublin-III-VO ausgeschlossen.⁶⁴ Obwohl es normal ist, dass nationale Behörden sich auf solche Kriterien der «Gültigkeit» der Ehe beziehen, sollte mit höchster Sorgfalt darauf geachtet werden, eine übermässig starre Anwendung zu verhindern. Art. 2(g) Dublin-III-VO bezieht sich nur auf das Gesetz und die Praxis der Aufnahmeländer, um zu bestimmen ob (a) unverheiratete Paare in vergleichbarer Weise wie verheiratete zu behandeln sind⁶⁵ und (b) ob eine andere erwachsene Person als der Vater oder die Mutter als «verantwortlich» für ein Kind angesehen werden kann. In Bezug auf alle anderen Fälle findet sich kein Verweis dieser Art und das Landesrecht, beispielsweise zur Gültigkeit von Ehen, kann nicht automatisch angewendet werden. Mangels gegenteiliger Hinweise stellt der Begriff des «Familienangehörigen» einen unabhängigen Begriff des EU-Rechts⁶⁶ dar, der, wie erwähnt, entsprechend Erwägungsgrund 14 Dublin-III-VO weit und flexibel ausgelegt werden sollte. Zudem unterscheidet sich die «Anerkennung» einer Ehe zum Zwecke der Dublin-Verordnung grundlegend von der Anerkennung zum zivilrechtlicher Zweck, insofern als erstere einzig darauf abzielt, den Staat zu bestimmen, der am besten in der Lage ist, die antragsstellende Person für die Dauer des Asylverfahrens aufzunehmen. Im Sinne des vom EMRK-Recht abgeleiteten Ansatzes des Nicht-Formalismus sollte den Behörden das Bestehen der Ehe zum Zwecke des Art. 2(g) Dublin-III-VO ausreichen, wenn die antragsstellende Person und ihr Partner oder seine Partnerin «sich als verheiratet ansehen und ernsthaft zusammenleben wollen» (eigene Übersetzung), auch wenn die formale Gültigkeit der Ehe nicht vollständig nachgewiesen wurde.⁶⁷ Natürlich stellt sich in Fällen, in denen die Ehe klarerweise gegen die *ordre public* des Aufnahmelandes verstösst, die Frage, ob diese überhaupt, d.h. auch unter der Dublin-Verordnung, Rechtswirkung entfalten.⁶⁸ Es ist jedoch anzumerken, dass auch in solchen Fällen das Kriterium der *ordre public* mit Vorsicht angewendet werden sollte. Insbesondere bei Ehen, an denen Minderjährige beteiligt sind, kann ein gänzlicher Ausschluss der familiären Bindung vom Schutzrahmen des Art. 2(g) Dublin-III-VO zu weitgehend sein, und eine individualisierte Beurteilung des «Wohle des Kindes», wie in Art. 8 Dublin-III-VO vorgesehen, der beste Ansatz.⁶⁹

⁶⁴ Siehe z.B. BVGer, D-4424/2016, S. 9; BVGer, E-4791/2017, S. 5.

⁶⁵ Zu Beziehungen zwischen unverheirateten Partnerinnen und Partnern entsprechend Schweizer Recht, siehe BVGE 2012/5, Erw. 3.3.2; BVGer, E-747/2015, Erw. 2.4.

⁶⁶ Siehe sinngemäss EuGH, *D.M. Levin gegen Staatssecretaris van Justitie*, Fall 53/81, Rechtssache vom 23. März 1982.

⁶⁷ Originaltext: «believe themselves to be married and [...] genuinely [wish] to cohabit». *Abdulaziz, Cabales und Balkandali*, Abs. 63, Fussnote 37. Siehe auch BVGE 2013/24, Erw. 4.3.2 *in fine*.

⁶⁸ Siehe z.B. BVGer, D-7084/2016.

⁶⁹ Im (unterschiedlichen) Zusammenhang mit Art. 8 EMRK, siehe: EGMR, *Z.H. und R.H. gg. die Schweiz*, Nr. 60119/12, Ziff. 44, Urteil vom 8. Dezember 2015, nicht-amtliche Übersetzung auf Deutsch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-176580>, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,566843824.html>. Es ist anzumerken, dass der Gerichtshof in diesem Urteil die Frage offen liess, ob «Familienleben» bestanden habe (Abs. 45 f), und dass, wie von Richter Nicolaou in der zustimmenden Meinung hervorgehoben, wenig Zweifel bestanden habe, dass die zwei antragsstellenden Personen faktisch ein «Familienleben» genossen. Siehe auch Punkt 4.

In Bezug auf die restlichen von Art. 2(g) Dublin-III-VO umfassten familiären Beziehungen sollte ein ähnlicher Ansatz bei der Beurteilung des Bestehens der familiären Beziehungen und Flexibilität bei der Auslegung der Verordnung angewandt werden.

3.2.2 Die Anforderung, die Familienkriterien in nicht-diskriminierender Weise anzuwenden

Die Familienkriterien der Verordnung legen Unterscheidungen fest, die zu starken Ungleichbehandlungen führen können. Dies kann sich unter der EMRK als problematisch erweisen. Wie bereits erwähnt kann immer, wenn eine familiäre Bindung gemäss der Verordnung besteht, angenommen werden, dass Art. 8 EMRK, und damit auch Art. 14 EMRK, anwendbar sind. Dementsprechend ist jegliche Diskriminierung betreffend den Genuss des Familienlebens aufgrund der Anwendung dieser Kriterien verboten und muss vermieden werden.

Im Folgenden werden einige Beispiele für eine mögliche Ungleichbehandlung aufgeführt, die sich aus der Verordnung ergeben:

- Während die Umstände der Entstehung und Trennung der Familie auch nach Art. 8 EMRK⁷⁰ legitimerweise berücksichtigt werden können, ist eine zu strenge Unterscheidung zwischen Familien, die vor oder nach der Flucht aus dem Herkunftsland entstanden nicht zulässig, da dies zu einer unterschiedlichen Behandlung von Situationen führt, die eigentlich absolut vergleichbar sein können.⁷¹ Die Tatsache, dass die Verordnung diese «Vor-Flucht-Voraussetzung» nur für bestimmte Fälle vorsieht – z. B. weder für die in Art. 9 Dublin-III-VO vorgesehenen Fälle, noch für die weiteren familiären Bindungen, die in den individuellen Kriterien enthalten sind (z. B. «Verwandte» und «Geschwister» nach Art 8 Dublin-III-VO) –, verstärkt die allgemeine Inkonsistenz und kann weitere ungerechtfertigte Unterscheidungen nach sich ziehen. So würde beispielsweise nach einer wörtlichen Lesart der Art. 2(g) und 8 Dublin-III-VO die «Vor-Flucht-Voraussetzung» auf die Beziehung zwischen einem unverheirateten Kind und seiner Mutter angewendet werden, nicht aber auf die Beziehung zwischen demselben Kind und seinem Onkel.
- Wie bereits erwähnt, ist nach Art. 20 Dublin-III-VO die Stellung einer erwachsenen antragsstellenden Person untrennbar mit der Stellung eines sie begleitenden Kindes verbunden, sofern es sich um «Familienangehörige» handelt oder das Kind nach der Ankunft in der EU von der Antragsstellerin geboren wurde. Kinder, die in einem Transitland geboren wurden, fallen zwischen Stuhl und Bank, ausser es kann belegt werden, dass die familiäre Bindung in *deren* Herkunftsland gebildet wurde und dies nach Art. 2(g) Dublin-III-VO als ausreichend anerkannt wird.
- Die besondere Definition von Familie von Art. 16 Dublin-III-VO umfasst Kind, Geschwister oder Elternteil der antragsstellenden Person, schliesst aber die Ehepartnerin oder den Ehepartner aus. Eine Begründung dafür ist nicht ersichtlich

⁷⁰ Siehe Punkt 4.3.3 in Bezug auf familiäre Bindungen, die während «geduldeten» Aufhalten entstanden sind.

⁷¹ *Hode und Abdi*, Fussnote 37.

und kann auch den vorbereitenden Arbeiten nicht entnommen werden.⁷² Ein Ausschluss in den erwähnten Fällen ist dann besonders problematisch, wenn ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis besteht: Ist es zulässig, die Zusammenführung einer schwangeren Frau mit ihrer Schwester oder ihrem Vater mit rechtmässigen Aufenthaltsstatus vorzusehen aber *nicht* mit ihrem Ehemann und dem Vater ihres zukünftigen Kindes, der ebenfalls über einen rechtmässigen Aufenthaltsstatus verfügt?

- Über die Familiendefinitionen *stricto sensu* hinaus schaffen zahlreiche Bestimmungen der Verordnung einen starken Schwellenwerteffekt. Nehmen wir beispielsweise den Fall eines Antragsstellers, dessen Partnerin lange einen Flüchtlingsstatus genoss, die aber eingebürgert wird, kurz bevor er – ohne das Wissen seiner Partnerin und der Einbürgerungsbehörde – einen Antrag in einem anderen Staat stellt. In solchen Situationen wäre Art. 9 Dublin-III-VO streng genommen nicht anwendbar – aber kann akzeptiert werden, dass die Einheit der Familie von solch trivialen Unterschieden bezüglich der Sachlage abhängig gemacht wird?

Das traditionelle Rechtsmittel, um diese verschiedenen Unzulänglichkeiten und Unstimmigkeiten der Dublin-III-VO zu heilen, ist der Rückgriff auf die Ermessensklauseln, auf die im vierten Punkt eingegangen wird. Es ist aber anzumerken, dass es zumindest in einigen der oben beschriebenen Fällen nicht darum geht, für bestimmte Fallkonstellationen von diesen Bestimmungen abzuweichen, sondern vielmehr diese im Licht der Ziele, Strukturen und Grundsätze der Verordnung auszulegen.

So wird beispielsweise weitgehend anerkannt, dass die «Vor-Flucht-Voraussetzung» bezwecken soll, Missbrauch durch antragsstellende Personen vorzubeugen, welche durch Manipulation die Anwendung der Kriterien zu verhindern versuchen.⁷³ Sollte dies zutreffen, ist die Bestimmung *nicht* so auszulegen, dass automatisch alle familiären Beziehungen ausgeschlossen werden, die nach der Flucht entstanden sind. Dies würde über das Ziel der Bestimmung hinausgehen. Vielmehr sollten nur familiäre Bindungen ausgeschlossen werden, die ausserhalb des Herkunftslandes entstanden sind *und* für die Hinweise auf missbräuchliche Absichten vorliegen.⁷⁴ Eine solche teleologische Auslegung, wogegen aus methodischer Sicht nichts einzuwenden ist⁷⁵, ist notwendig um die «Vor-Flucht-Voraussetzung» mit dem aus Art. 14 EMRK abgeleiteten Verhältnismässigkeitsprinzip in Einklang zu bringen.

⁷² C. Filzwieser, A. Sprung, Fussnote 24, Article 16, K1, nennen diese Auslassung «überraschend».

⁷³ C. Filzwieser, A. Sprung, Fussnote 24, Art. 2, K26

⁷⁴ Für eine ausführlichere Formulierung des Arguments, siehe C. Hruschka, F. Maiani, Fussnote. 24. Siehe auch sinngemäss: EuGH, *Staatssecretars van Veiligheid en Justitie gegen H. und R.*, verbundene Rechtssachen C-582/17 und C-583/17, Schlussanträge von GA Sharpston vom 29. November 2018, Ziff. 67 ff.

⁷⁵ K. Lenaerts, J. Gutierrez-Fons, *To Say What the Law of the EU is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice* (2013), Academy of European Law Distinguished Lectures AEL 2013/9, verfügbar unter: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/28339>, S. 28 f.

Weitere Unstimmigkeiten könnten durch eine umfassende oder analoge Auslegung beseitigt werden.⁷⁶ Beispielsweise sollte vor dem Rückgriff auf die Ermessensklauseln sorgfältig geprüft werden, ob der Ausschluss der Ehepartnerin oder des Ehepartners aus dem Anwendungsbereich des Art. 16 Dublin-III-VO oder der Ausschluss von Kindern, die in einem Transitland geboren wurden, von Art. 20 Dublin-III-VO, vom Gesetzgeber beabsichtigt waren oder eher als Lücken innerhalb der Verordnung angesehen werden sollte. Gleichermassen könnte (oder je nach Umständen sollte) die eingebürgerte geflüchtete Person mit Blick auf Art. 9 Dublin-III-VO als Flüchtling behandelt werden⁷⁷, in ähnlicher Weise wie das BVGer ehemalige Begünstigte internationalen Schutzes, die inzwischen einen «regulären» Migrationsstatus geniessen, in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung einbezieht (siehe Punkt 3.4 weiter unten).

3.3 Die Definitionen von «Familienangehörigen» der Verordnung: Beweisfragen

3.3.1 Beweismittel und Beweisanforderungen

Ein weiteres bedeutendes Hindernis, mit welchem sich antragsstellende Personen bei der Berufung auf die Familienkriterien vor den Schweizer Behörden konfrontiert sehen, ist die Erbringung eines Nachweises für das Bestehen der angeführten familiäre Bindung.⁷⁸

Die Dublin-Verordnung und deren Durchführungsverordnung legen diesbezüglich zwei wichtige Grundsätze fest.⁷⁹

- Zunächst muss jeder Mitgliedstaat «auf *umfassende* und *objektive* Weise und unter Berücksichtigung sämtlicher ihm *unmittelbar* und *mittelbar verfügbaren* Informationen [überprüfen], ob seine Zuständigkeit [entsprechend der Kriterien] begründet ist» (siehe Art. 3(2) Durchführungsverordnung; Hervorhebung hinzugefügt). Dieser Grundsatz unterstreicht, dass es sich bei Dublin-Verfahren um objektive, nicht streitige Verfahren handelt und betont die Untersuchungspflichten der Verwaltung (siehe auch Punkt 3.3.2). In der Praxis sollte das SEM, wenn es Informationen über das Bestehen familiärer Bindungen erhält oder besitzt (z. B. durch Aussagen der antragsstellenden Personen), diese nicht missachten, sondern diesen im Gegenteil von Amtes wegen nachgehen. Dies auch dann, wenn Hinweise dafür sprechen, dass die Schweiz der zuständige Staat werden würde.⁸⁰

⁷⁶ Zur analogen Argumentation in EU-Recht, siehe z.B. K. Langenbucher, «Argument by Analogy in European Law», *Cambridge Law Journal*, 1998, vol. 57, Nr. 3, S. 481-521, insbesondere S. 510 ff.

⁷⁷ Für ein ähnliches Beispiel, bei dem sich die nationalen Behörden jedoch für die wiederholte Anwendung der Ermessensklauseln entschieden haben, siehe: European Council on Refugees and Exiles (ECRE), *Dublin II Regulation – Lives on Hold*, Februar 2013, S. 35, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/pdfid/513ef9632.pdf>.

⁷⁸ Siehe z.B. BVGE 2013/24, Erw. 4.2, 4.3.2 und 5.3; BVGE 2015/41, Erw. 7.1. Siehe auch BVGer, E-747/2015.

⁷⁹ Beide Grundsätze betreffen formell den «ersuchten Mitgliedstaat», aber das BVGer hat festgehalten, dass sie auch in Situationen anwendbar sind, in denen ein Staat seine eigene Zuständigkeit ermittelt: BVGE 2015/41, Erw. 7.3 *in fine*.

⁸⁰ Siehe BVGer, D-2987/2019, insbesondere Erw. 8.3 f. Siehe auch C. Filzwieser, A. Sprung, Art. 7, K6, Fussnote 22.

- Art. 22(4) Dublin-III-VO legt weiter fest, dass «das Beweiserfordernis [...] nicht über das für die ordnungsgemäße Anwendung dieser Verordnung erforderliche Maß hinausgehen [sollte]». Sowohl der grundlegende Zweck des Verfahrens – die Zuständigkeit zu ermitteln und nicht die langfristige Familienzusammenführung zu garantieren – als auch das der Verordnung zugrunde liegende Beschleunigungsgebot⁸¹ führen zu verringerten Beweisanforderungen. Wie das BVGer bestätigt, ist «[d]ie Zuständigkeit für die Durchführung eines Asylverfahrens [...] mit einem möglichst geringen Beweisaufwand zu bestimmen»⁸². Dabei handelt es sich um einen seit langem bestehenden Grundsatz, der durch die Mitgliedstaaten im Beschluss 1/97 des Ausschusses nach Artikel 18, einem nach dem Dublin-Übereinkommen von 1990 gegründeten Gremium, vereinbart wurde. Der Beschluss 1/97, der *inter alia* im Kommissionsvorschlag zur Dublin-II-Verordnung mit Zustimmung zitiert wurde, hält weiter fest, dass «[d]ie Mitgliedstaaten [...] bereit sein [sollten], die Zuständigkeit für die Prüfung eines Asylantrags auch auf der Grundlage eines Indizienbeweises zu übernehmen, wenn sich bei der Gesamtprüfung der Lage des Asylbewerbers ergibt, dass der betreffende Mitgliedstaat aller Wahrscheinlichkeit nach zuständig ist»⁸³. Dies hat sich im Text der Verordnung selbst niedergeschlagen (siehe Art. 22(5) Dublin-III-VO, im Weiteren dargelegt) und verbietet insbesondere, auf einen Nachweis bestehender familiärer Beziehungen zu bestehen.

Über diese allgemeinen Grundsätze hinaus unterscheidet Art. 22 Dublin-III-VO zwischen «Beweismitteln» und «Indizien» – während erstere zur Ermittlung der Zuständigkeit ausreichen, wenn sie nicht durch Gegenbeweise widerlegt werden, reichen letztere nur dann aus, wenn sie «kohärent, nachprüfbar und hinreichend detailliert sind» (siehe Art. 22(3) und (5) Dublin-III-VO)⁸⁴. Anhang 2, Liste A der Durchführungsverordnung zählt als gültige Beweise unter anderem einen «Registerauszug» auf, sowie offene Anhaltspunkte wie «Dokument zum Nachweis des Verwandtschaftsverhältnisses» (Verzeichnis A). Wie das BVGer bestätigt hat, müssen solche Beweise als ausreichend anerkannt werden um das Bestehen der familiären Bindung zu belegen, ausser wenn der Nachweis zusätzlicher Indizien erforderlich ist (siehe oben, Punkt 3.2.1). Darüber hinaus reichen Zweifel an der Echtheit der eingereichten Dokumente und Beweismittel nicht aus, um sie nicht anzuerkennen. Dazu muss die Behörde den Gegenbeweis, d.h. den Nachweis für die fehlende Echtheit, erbringen⁸⁵. Schliesslich dürfen gemäss dem sehr klaren Text der Durchführungsbestimmungen (ebenda) DNA-Analysen nur, wenn andere Beweismittel «fehlschlagen» und «falls notwendig» durchgeführt werden. Sie sind daher als *ultimo*

⁸¹ Siehe Erwägungsgrund 5 Dublin-III-VO und Fall *N. S.*, C-411/10, Fussnote 19.

⁸² Siehe BVGE 2015/41, Erw. 7.2

⁸³ Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines Asylantrags zuständig ist, den ein Staatsangehöriger eines dritten Landes in einem Mitgliedstaat gestellt hat*, 26. Juli 2001, KOM(2001) 447 endgültig, S. 20, verfügbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11355-2001-INIT/de/pdf>.

⁸⁴ Siehe auch BVGE 2015/18, Erw. 4.1.4, in dem das BVGer die Beweisanforderungen zur Ermittlung des Bestehens einer familiären Beziehung mit einem Beweismittel oder einer «kohärenten, überprüfbaren und ausreichend detaillierten Reihe von Indizien» (eigene Übersetzung) festlegt.

⁸⁵ Siehe BVGE 2013/24, Erw. 5.3; BVGE 2015/41, Erw. 7.1 und 7.3.

ratio anzusehen und nicht als eine Art von Beweisen, die routinemässig eingefordert werden können⁸⁶.

«Nachprüfbare Erklärungen des Asylbewerbers» sowie «Erklärungen der beteiligten Familienangehörigen» werden in den Durchführungsbestimmungen als Indizien aufgelistet (Verzeichnis B), ebenso wie «Berichte/ Bestätigung der Angaben durch eine internationale Organisation, beispielsweise durch den UNHCR». Solche Indizien sollten wie erwähnt nicht missachtet, sondern im Gegenteil seriös geprüft und als ausreichend anerkannt werden, wenn sie die in Art. 22(5) Dublin-III-VO dargelegten Eigenschaften aufweisen⁸⁷. Darüber hinaus müssen die Mitgliedstaaten, wie der EuGH in einem vergleichbaren rechtlichen Zusammenhang bekräftigt hat, bei Fehlen eines Nachweises für die familiäre Bindung die spezifische Situation der Schutzsuchenden, die Schwierigkeiten mit welchen sie bei der Beweiserbringung konfrontiert sind und das Kindeswohl bei der Prüfung der Indizien in Betracht ziehen.⁸⁸

Diese Grundsätze betreffend die Beweisführung stimmen mit jenen überein, die der EGMR in Bezug auf Art. 8 EMRK aufgestellt hat.⁸⁹ Im Fall *Tanda-Muzinga* hat der Gerichtshof festgestellt, dass in Verfahren, die das Familienleben betreffen, «Garantien der *Flexibilität*, *Raschheit* und *Wirksamkeit*» (Hervorhebung hinzugefügt; nicht-amtliche Übersetzung) gewährleistet werden müssen.⁹⁰ Ebenso hat er betont, dass die Entscheidungsträger neben förmlichen Beweismitteln auch andere Quellen berücksichtigen müssen, einschliesslich Erklärungen der beteiligten Familienangehörigen und Informationen internationaler Organisationen. In Bezug auf die besonderen Schwierigkeiten, mit welchen sich Asylsuchende konfrontiert sehen, hat der Gerichtshof schliesslich in Erinnerung gerufen, dass es «in zahlreichen Fällen angebracht ist, im Rahmen der Prüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben der Asylsuchenden und der

⁸⁶ Europäische Kommission, *Commission Staff Working Document: Accompanying document to the Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system*, 6. Juni 2007, SEC(2007) 742, S. 24, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/docid/47fdfb080.html>. Siehe auch *UNHCR Note on DNA Testing to Establish Family Relationships in the Refugee Context*, Juni 2008, S. 4, auf Englisch verfügbar unter: <http://www.refworld.org/docid/48620c2d2.html>.

⁸⁷ Für ein positives Beispiel der Schweizer Praxis in diesem Belangen, siehe BVGE 2013/24, Erw. 4.3.2.

⁸⁸ EuGH, *E. gegen Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-635/17, Rechtssache vom 13. März 2019, Ziff. 65 und 76ff, verfügbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211670&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=794110>. Die im Urteil beschriebenen rechtlichen Rahmenbedingungen – jene der *Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung*, AB L 2003 251/12, verfügbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:de:PDF> – ist in vielerlei Hinsicht vergleichbar mit der Dublin-Verordnung. Die Beweisregeln der Richtlinie sind zwar weniger spezifisch, verlangen aber ebenfalls, dass, in Anbetracht des Wohles des Kindes und der Achtung der Einheit der Familie, auch andere Beweismittel als der schriftliche Nachweis der familiären Bindung in Betracht gezogen werden: siehe ebenda, Abs. 7 ff.

⁸⁹ Solche Grundsätze sind aufgrund der Verknüpfung zwischen Art. 8 EMRK und den Familiendefinitionen der Verordnung, siehe Punkt 3.2.1, anwendbar.

⁹⁰ *Tanda-Muzinga*, Ziff. 82, Fussnote 35. Nicht-amtliche deutsche Übersetzung verfügbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22GER%22%5D,%22appno%22:%5B%222260/10%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-169636%22%5D%7D>

zur Stützung der Angaben vorgelegten Dokumente geprüft wurden im Zweifel im Sinn der Asylsuchenden zu entscheiden» (eigene Übersetzung).⁹¹

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass alle anwendbaren Regeln die Notwendigkeit für die nationalen Behörden aufzeigen, bei der Beurteilung von Beweisen zu familiären Bindungen einen flexiblen, konstruktiven und verhältnismässigen Ansatz zu verfolgen. Die Verordnung und deren Durchführungsbestimmungen wird, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, jedes formelle Beweismittel als beweiskräftig anerkannt, welches die antragsstellenden Personen vorlegen können. Auch gewähren sie den antragsstellenden Personen das Recht, sich auf ein breites Spektrum von Beweismaterial stützen zu können, einschliesslich ihrer eigenen nachprüfaren Aussagen. Schliesslich legt die Verordnung reduzierte Beweisanforderungen fest, welche durch das von Art. 8 EMRK abgeleitete Prinzip von «im Zweifel für die antragsstellende Person» weiter verstärkt werden.

3.3.2 Die Pflichten der Verwaltung zur proaktiven Feststellung familiärer Bindungen

Die das Dublin-Verfahren durchführenden Behörden sollten nicht nur das der antragsstellenden Personen angebotene Beweismaterial annehmen, sondern auch proaktiv dabei helfen, die Existenz familiärer Bindungen festzustellen. Dies ergibt sich eindeutig aus verschiedenen Quellen.

Nach Schweizer Recht ist das Dublin-Verfahren entsprechend dem Untersuchungsgrundsatz (*maxime inquisitoire*) durchzuführen und stellt kein Streitiges Verfahren dar. Demnach ist es die Pflicht des SEM, von Amtes wegen alle relevanten Tatsachen zu ermitteln, einschliesslich jener zur familiären Situation der antragsstellenden Person. Diese Pflicht wird abgeschwächt durch die Mitwirkungspflicht der antragsstellenden Person, sowie durch ihr Recht am Verfahren mitzuwirken, *inter alia* durch ein persönliches Gespräch (siehe Art. 4 und 5 Dublin-III-VO). Die antragesstellende Person hat die Behörden insbesondere bei der Ermittlung ihrer persönlichen Umstände zu unterstützen. Die Behörde darf die Beweislast für die familiären Bindungen dennoch nicht der antragsstellenden Person auferlegen: Gibt es nach der Erfüllung der Mitwirkungspflicht durch die antragsstellende Person weiterhin Klärungsbedarf, obliegt es dem SEM entsprechende Abklärungen vorzunehmen, bis die weiter oben abgehandelten Beweisanforderungen erfüllt sind.⁹²

Dieses Prinzip des Schweizerischen Öffentlichen Rechts entspricht den Bestimmungen der Dublin-Verordnung und deren Durchführungsverordnung, die ebenfalls eine aktive Rolle der Behörde vorsehen, die das Verfahren durchführt (siehe Punkt 3.3.1).

Bei der Anwendung der in Art. 8 Dublin-III-VO aufgeführten Kriterien in Bezug auf unbegleitete Minderjährige kommen die Anforderungen an die Behörde, sich proaktiv zu verhalten, in stärkerem Ausmass zur Anwendung. Zum einen verlangt Art. 6(4) der Dublin-III-VO von jedem Mitgliedstaat so rasch wie möglich «geeignete Schritte, um die

⁹¹ *Ebenda*, Ziff. 69 und 79.

⁹² Für weiteres zum Untersuchungsgrundsatz und seinem Verhältnis zur Mitwirkungspflicht der antragsstellenden Person, siehe z.B. BVGE 2015/4, Erw. 3.2. Für eine spezifische Anwendung, siehe z.B. BVGer, D-5170/2018, S. 5 ff.

Familienangehörigen [...] im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu ermitteln» zu unternehmen, «wobei er das Wohl des Kindes schützt». Zur Erfüllung dieser Ermittlungspflicht kann der Mitgliedstaat Unterstützung von relevanten Organisationen (z.B. dem Roten Kreuz) in Anspruch nehmen. Zum anderen verlangt Art. 12(4) der Durchführungsbestimmungen vom ermittelnden Mitgliedstaat, andere Mitgliedstaaten zu konsultieren, wenn er «über Informationen verfügt, die es ermöglichen, mit dem Identifizieren und/ oder Aufspüren eines Familienangehörigen, eines der Geschwister oder eines Verwandten zu beginnen». Entscheidend ist, dass solche Schritte von Amtes wegen so rasch wie möglich nach der Antragsstellung unternommen werden müssen, selbst wenn die / der Minderjährige keine Informationen über den Aufenthaltsort ihrer / seiner Familie liefern kann.⁹³

Die Bestimmungen von Art. 6(4) Dublin-III-VO und 12(4) Durchführungsbestimmungen sollten zu staatlicher Praxis über den formellen Anwendungsrahmen hinaus inspirieren. Die Suche nach Familienmitglieder mit Unterstützung relevanter internationalen Organisationen und der Austausch mit anderen Mitgliedstaaten, wenn Anhaltspunkten vorliegen, wonach dort familiäre Beziehungen bestehen, können als Mittel zur Erfüllung der oben beschriebenen Untersuchungspflicht der Behörde angesehen werden. Im Sinne einer good practice sollte das SEM diese Bestimmungen systematisch auch für andere Personen als unbegleitete Minderjährige anwenden, insbesondere wenn die antragstellende Person anderweitig besonders verletzlich ist.

3.3.3 Fragen der Rechtzeitigkeit des Nachweises von familiären Bindungen

Für die Anwendung von drei familienbezogenen Kriterien – Art. 8, 10 und 16 Dublin-III – verpflichtet Art. 7(3) Dublin-III-VO die Mitgliedstaaten jeglichen verfügbaren Nachweis für die Präsenz eines Familienangehörigen oder Verwandten in einem Mitgliedstaat zu berücksichtigen, vorausgesetzt, dass der Nachweis vor der Annahme eines Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuches⁹⁴ vorgelegt wird und dass keine Erstentscheidung in der Sache ergangen ist.⁹⁵ Eine wichtige Folge dieser Regel ist, dass nationale Behörden den Nachweis von familiären Bindungen nicht unter dem Vorwand ignorieren können, dass bereits ein Aufnahme- oder ein Wiederaufnahmegesuch gestellt wurde und das Verfahren damit aus ihrer Perspektive «abgeschlossen» ist.⁹⁶

⁹³ Siehe UNHCR, *Left in Limbo*, Fussnote 13, S. 75 ff; ICFI, *Evaluation of the Implementation of the Dublin III Regulation – Final Report, Study for the European Commission*, März 2016, S. 17 f., auf Englisch verfügbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants/docs/evaluation_of_the_implementation_of_the_dublin_iii_regulation_en.pdf.

⁹⁴ Über die eingeschränkte Relevanz der Familienkriterien in Wiederaufnahmeverfahren, siehe *H. und R.*, verbundene Rechtssachen C-582/17 und C-583/17, Ziff. 80 ff., Fussnote 47. Für eine Auslegung von Art. 7(3) Dublin-III-VO als eine generelle Ausnahme zur Regel, wonach Zuständigkeitskriterien in Wiederaufnahmeverfahren nicht angewendet werden sollen, siehe BVGE 2017 VI/5, Erw. 6.2 ff und 8.2 ff.

⁹⁵ Zum Begriff der “Erstentscheidung in der Sache”, siehe Punkt 3.4.2.

⁹⁶ C. Filzwieser, A. Sprung, Fussnote 24, Art. 7, K7.

Es ist unklar, weshalb die übrigen Familienkriterien – Art. 9 und 11 Dublin-III-VO – von dem Anwendungsbereich von Art. 7(3) Dublin-III-VO⁹⁷ ausgenommen sind und ob dieser Ausschluss wörtlich genommen und strikt⁹⁸ angewendet werden soll oder nicht⁹⁹. Die vorbereitenden Arbeiten deuten auf einen redaktionellen Fehler hin. Die ursprünglich von der Kommission vorgeschlagene Regel war als Ausnahme vom «Sachverhaltsversteinerungsprinzip» von Art. 7(2) Dublin-III-VO gedacht gewesen, welche auf alle Familienkriterien anwendbar wäre.¹⁰⁰ Im Rat wurden Bedenken geäußert, dass eine solche Ausnahme die antragsstellenden Personen dazu ermutigen könnte, Zweckehe zu schließen um die Anwendung von Art. 9 Dublin-III-VO auszulösen, der bei familiären Bindungen angewendet wird, die nach der Flucht gebildet wurden.¹⁰¹ Dementsprechend schlug der Vorsitz als Kompromiss einen Text vor, der Art. 9 Dublin-III-VO vom Anwendungsbereich von Art. 7(3) Dublin-III-VO ausschliesst. Der derzeitige Art. 11 Dublin-III-VO, von dem kein solches Risiko ausgeht, wurde ohne jegliche Erklärung und mutmasslich versehentlich ebenfalls davon ausgenommen.¹⁰² Später wurde Art. 7(3) Dublin-III-VO von einer Ermessung des «Sachverhaltsversteinerungsprinzip» in eine reine Beweisregel umgewandelt.¹⁰³ Damit besteht kein Risiko mehr, dass Ehen, die nach dem Antrag geschlossen wurden, dazu genutzt werden könnten die Anwendung von Art. 9 Dublin-III-VO auszulösen. Damit ist auch der Ausschluss von Art. 9 Dublin-III-VO überflüssig geworden, was den Verfasserinnen und Verfassern aber entgangen zu sein scheint.¹⁰⁴ Zusammenfassend liegen keine objektiven Gründe vor, welche den Ausschluss von Art. 9 und 11 Dublin-III-VO vom Anwendungsbereich des Art. 7(3) Dublin-III-VO zu rechtfertigen vermögen. Darüber hinaus löst der Ausschluss Unsicherheiten bezüglich den Fristen aus, welche für

⁹⁷ *Ebenda*, K8.

⁹⁸ Siehe z.B. BVGer, E-6932/2016, Erw. 6.3.

⁹⁹ Siehe implizit BVGer, D-2359/2014.

¹⁰⁰ Siehe Europäische Kommission *Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung zur Bestimmung des Mitgliedstaates*, Art. 7 (3), Fussnote 8.

¹⁰¹ Rat der Europäischen Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person*, Dok. Nr. 12364/09, 27. Juli 2009, S. 37 f., auf Englisch verfügbar unter: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12364-2009-INIT/en/pdf>.

¹⁰² Rat der Europäischen Union, *Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)*, Dok. Nr. 12328/09, 29. Juli 2009, Art. 7 (3), auf Englisch verfügbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12328-2009-INIT/en/pdf>.

¹⁰³ Siehe S. Peers *et al.*, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition – Volume 3: EU Asylum Law*, Brill/Nijhoff, 2015, S. 357. Angenommen dass Art. 7(3) von Art. 7(2) abgeleitet wird, siehe C. Filzwieser, A. Sprung, Fussnote 24, Art. 7, K9.

¹⁰⁴ Siehe Rat der Europäischen Union, *Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)*, Dok. Nr. 17167/09, 16. Dezember 2009, S. 17, auf Englisch verfügbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17167-2009-INIT/en/pdf>, und Rat der Europäischen Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)*, Dok. Nr. 9191/11, 26 April 2011, S. 34, auf Englisch verfügbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9191-2011-INIT/en/pdf>.

die Erbringung von Nachweisen für diese beiden Familienkriterien gelten sollen. Die vernünftigste Lösung ist die Auslegung von Art. 7 Dublin-III-VO, wonach dieser auf alle Familienkriterien anwendbar ist. Alternativ sollte der Ausschluss, da er ursprünglich aus Angst vor Missbrauch begründet wurde, wie von GA Sharpston¹⁰⁵ vorgeschlagen, nur bei Vorliegen von Beweisen für Missbrauch angewendet werden.

Es ist wichtig zu betonen, dass Art. 7(3) Dublin-III-VO lediglich Minimalvorgaben für die Anwendung des Kriteriums auferlegt: Er *verbietet* Mitgliedstaaten nicht, später vorgelegte Beweise einzubeziehen. Zudem ist Art. 7(3) Dublin-III-VO nicht anwendbar, wenn es um den Nachweis des Bestehens von «Familienleben» nach Art. 8 EMRK geht (siehe Punkt 4).¹⁰⁶

3.4 Auslegungsfragen in Bezug auf einzelne Kriterien

3.4.1 Kriterien in Bezug auf Minderjährige und Probleme hinsichtlich der Altersbestimmung

Art. 8 Dublin-III-VO steht in der Rangfolge an erster Stelle und legt eine Reihe eigenständiger Kriterien fest, die für unbegleitete, minderjährige Antragsstellende gelten.¹⁰⁷ Nach Art. 8(1) Dublin-III-VO ist der Mitgliedstaat für zuständig zu erklären, in dem sich «Familienangehörige» oder Geschwister rechtmässig aufhalten. Abs. 2 weist dem Staat die Zuständigkeit zu, in dem sich «Verwandte» rechtmässig aufhalten, die für die Minderjährige oder den Minderjährigen sorgen können. Wenn keine solchen familiären Verbindungen bestehen ist jener Staat zuständig, in dem die oder der Minderjährige den Antrag gestellt hat und sich aufhält.¹⁰⁸

Anders als die «Rangfolge» von Art. 7(1) Dublin-III-VO dies vermuten lassen könnte, gibt es keine vorgegebene Reihenfolge für die Anwendung der Kriterien von Art. 8 Dublin-III-VO. Die Auswahl des anwendbaren Absatzes und die Wahl des zuständigen Staates in Fällen, in denen in mehr als einem Staat familiäre Beziehungen bestehen, sind aufgrund einer individuellen Beurteilung des Wohles des Kindes zu treffen (siehe Art. 8(3) und 6(1) Dublin-III-VO). Darüber hinaus weisen Art. 8 Dublin-III-VO, der diesen bestimmenden Grundsatz des Kindeswohls sowie der dem Artikel zugrundeliegenden Ziel – «besonders schutzbedürftigen»¹⁰⁹ antragsstellenden Personen die bestmöglichen Möglichkeiten zu bieten, die Pflege ihrer Familienangehörigen geniessen zu können – darauf hin, dass der Begriff «rechtmässiger Aufenthalt» weit auszulegen ist und jegliche Art des gesetzmässigen Aufenthalts im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates umfassen sollte.¹¹⁰

Nach Art. 20(3) Dublin-III-VO ist die Situation von Minderjährigen untrennbar mit jener der sie begleitenden erwachsenen Person verbunden, wenn es sich dabei um

¹⁰⁵ *H. und R.*, verbundene Rechtssachen C-582/17 und C-583/17, GA Sharpston, Ziff. 67 ff., Fussnote 74.

¹⁰⁶ Siehe ebenso C. Filzwieser, A. Sprung, Fussnote 24, Art. 7, K10.

¹⁰⁷ Von allen anderen Kriterien sind nur die Bestimmungen von Art. 11 ausdrücklich auf unbegleitete Minderjährige anzuwenden (siehe Kapitel 3.4.2).

¹⁰⁸ Siehe *MA und Andere*, C-648/11, Fussnote 41.

¹⁰⁹ Siehe sinngemäss *MA und Andere*, C-648/11, Ziff. 54 ff., Fussnote 41.

¹¹⁰ Siehe in diesem Sinne BVGE 2016/1, Erw. 4.2.

«Familienangehörige» handelt und dies dem Kindeswohl entspricht. Diese Bestimmung hat zum Zweck, Trennungen zu verhindern und ergänzt somit Art. 8 Dublin-III-VO. Wie oben dargelegt, sollte Art. 20(3) weit ausgelegt werden, um Situationen abzudecken, die ansonsten aufgrund der «Vor-Flucht-Voraussetzung» aus dessen Anwendungsbereich fallen würden.

Diese Kriterien und deren weitreichenden «Familienzusammenführungs»-Klauseln nur für Minderjährige gelten, stellt die Altersbestimmung einen entscheidenden und oft umstrittenen Schritt dar. Im Mai 2019 hat der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (KRK) die anzuwendenden Grundsätze infolge mehrerer Individualbeschwerden gegen Spanien zusammengefasst.¹¹¹ Es lohnt sich, diese an dieser Stelle auszuführen und den Bezug zur Schweizer Praxis herzustellen.

Erstens müssen Personen, die angeben, minderjährig zu sein, im Zweifelsfall als minderjährig anerkannt und zumindest während dem Verfahren zur Altersbestimmung als Minderjährige behandelt werden. Dementsprechend ist das Prinzip des «Kindeswohls» durchgehend zu beachten und bereits in dieser Phase ist eine qualifizierte rechtliche Vertretung mit den notwendigen Sprachkenntnissen zuzuweisen.¹¹² Es ist fraglich, ob Letzteres nach Schweizer Recht und in der Schweizer Praxis uneingeschränkt und systematisch eingehalten wird.¹¹³

Hinsichtlich der Beweismittel und -anforderungen hat die KRK Folgendes festgehalten:

- Wie auch gemäss der Verordnung müssen von der Person vorgelegte Identitätsdokumente als echt angesehen werden, solange nicht bewiesen wird, dass sie gefälscht sind.¹¹⁴ Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn die Dokumente aufgrund der allgemeinen Vermutung, dass gefälschte Dokumente im Herkunftsland erworben werden können, missachtet werden.¹¹⁵
- Von der Weigerung, sich einem medizinischen Alterstest zu unterziehen, kann nicht auf die Volljährigkeit geschlossen werden.¹¹⁶

¹¹¹ UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (KRK), *A.L. v. Spain*, Mitteilung Nr. 16/2017, 10. Juli 2019, CRC/C/81/D/16/2017, auf Englisch verfügbar unter: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%252FC%252F81%252FD%252F16%252F2017&Lang=en; UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (KRK), *J. A.B. v. Spain*, Mitteilung Nr. 22/2017, 9. Juli 2019, CRC/C/81/D/22/2017, auf Englisch verfügbar unter: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%252FC%252F81%252FD%252F22%252F2017&Lang=en.

¹¹² KRK, *A.L. v. Spain*, Ziff. 12.3 und 12.8, Fussnote 111.

¹¹³ See European Asylum Support Office (EASO), *EASO-Praxisleitfaden für die Altersbestimmung, Zweite Auflage*, 2018, S. 107, verfügbar unter: https://easo.europa.eu/sites/default/files/EASO-Practical-Guide-on-Age-Assessment-2018_DE.pdf; BVGer, E-7333/2018, § 2.3.

¹¹⁴ KRK, *A.L. gg. Spanien*, Ziff. 12.4 (Geburtsurkunde); KRK, *J.A.B. gg. Spanien*, Fussnote 111, Ziff. 13.4 (Pass), Fussnote 111.

¹¹⁵ Siehe BVGer, D-5795/2015, Erw. 3.5 (unveröffentlichte Passage von BVGE 2016/1); für ein Beispiel für die im Text kritisierte Argumentation, siehe jedoch, BVGE 2018 VI/3, Erw. 5.2.

¹¹⁶ KRK, *J.A.B. gg. Spanien*, Ziff. 13.4, Fussnote 111.

- Wenn keine Identitätsdokumente oder andere geeignete Nachweise vorhanden sind, müssen die Staaten eine umfassende Beurteilung der physischen und psychischen Entwicklung der Minderjährigen durch einen Facharzt für Pädiatrie oder eine andere qualifizierte Fachperson vornehmen lassen. Die physische Erscheinung allein kann nie als schlüssig für das tatsächliche Alter angesehen werden, weshalb eine Alterseinschätzung nicht nur die physische Erscheinung, sondern auch die psychologische Reife einbeziehen muss.¹¹⁷ Die Beurteilung muss unverzüglich und in einem kinderfreundlichen, geschlechtssensiblen und kulturell angemessenem Rahmen stattfinden, einschliesslich einer Befragung in einer für die Minderjährige oder den Minderjährigen verständlichen Sprache. In diesem Zusammenhang müssen die Erklärungen der Minderjährigen berücksichtigt werden.¹¹⁸ Insbesondere schliesst das Erfordernis einer umfassenden Beurteilung in jedem Fall die Möglichkeit aus, sich automatisch auf die explizite oder implizite Alterseinschätzungen oder Altersregistrierung anderer Mitgliedstaaten zu stützen.¹¹⁹

Abgesehen von einigen Punkten scheint die Rechtsprechung des BVGer diesen Grundsätzen zu entsprechen. Allerdings zeichnet sich die Schweizer Praxis dadurch aus, dass zunehmend auf medizinische Methoden auf Grundlage von Knochen- und Zahn-Untersuchungen zurückgegriffen wird. Sowohl die KRK als auch das BVGer haben darauf hingewiesen, dass eine Röntgenaufnahme der Hand, verbunden mit dem Greulich- und Pyle-Atlas, nicht ausreichend zuverlässig ist.¹²⁰ Das BVGer scheint jedoch ausgereifteren Techniken der Knochen- und Zahn-Untersuchungen eine hohe Beweiskraft beizumessen, auf Kosten der von der KRK vorgesehenen ganzheitlichen Untersuchung.¹²¹ Dies sollte überdacht werden angesichts der klaren Haltung des KRK, wonach Mitgliedstaaten von den potenziell ungenauen medizinischen Methoden auf der Grundlage der Knochen- und Zahn-Untersuchungen absehen sollten, da diese traumatisch sein und zu unnötigen rechtlichen Verfahren führen können.¹²²

Als letzter wichtiger Punkt ist zu erwähnen, dass die KRK betont hat, dass es entscheidend ist im Zweifel zugunsten der betroffenen minderjährigen Person zu entscheiden, wenn die Behörden nicht zu einem eindeutigen Schluss bezüglich des Alters gelangt sind.¹²³ Unter diesem Blickwinkel ist die Argumentation des BVGer in einigen Urteilen nicht ganz zufriedenstellend.¹²⁴

¹¹⁷ KRK, *A.L. gg. Spanien*, Ziff. 12.7, Fussnote 111. Siehe in diesem Sinne auch BVGer, E-7333/2018, Erw. 2.3.

¹¹⁸ KRK, *A.L. gg. Spanien*, Ziff. 12.4, Fussnote 111.

¹¹⁹ Siehe in diesem Sinne BVGer, D-5795/2015, Erw. 3.6 (unveröffentlichte Passage von BVGE 2016/1).

¹²⁰ KRK, *A.L. gg. Spanien*, Ziff. 12.6, Fussnote 111; BVGer, D-5795/2015, Erw. 3.3.1 f. (unveröffentlichte Passage von BVGE 2016/1); BVGer, E-7333/2018, Erw. 2.3. Es ist bedenklich, dass das SEM diese Methode, auch in aktuelleren Entscheidungen übernommen hat, in Verbindung mit dem subjektiven Eindruck des Aussehens der antragsstellenden Person: siehe BVGer, D-5795/2015, *loc. cit.* und aktueller BVGer, E-7333/2018, Erw. D.

¹²¹ Siehe namentlich BVGE 2018 VI/3, insbesondere Erw. 4.2.2 und 4.4.

¹²² KRK, *A.L. gg. Spanien*, Ziff. 12.4, Fussnote 111.

¹²³ Ebenda.

¹²⁴ Siehe z.B. BVGE 2018 VI/3, Erw. 6.

3.4.2 Die «regulären» Familienkriterien von Art. 9-11 Dublin-III-VO

Art. 9-15 Dublin-III-VO führen die Kriterien auf, die bei antragsstellenden Personen anzuwenden sind, die nicht unbegleitete Minderjährige sind. Art. 12-15 Dublin-III-VO, in welchen die Kriterien zu Aufenthaltstiteln und Visa, Einreise sowie Aufenthalt festgehalten sind, werden hier nicht genauer betrachtet.

Nach Art. 9 Dublin-III-VO ist der zuständige Staat derjenige, in dem sich eine Familienangehörige oder ein Familienangehöriger der antragsstellenden Person als «Begünstigte oder Begünstigter internationalen Schutzes», d.h. als anerkannter Flüchtling oder als Person mit «subsidiärem Schutz» aufhält. Der Status des «subsidiären Schutzes» basiert auf EU-Recht¹²⁵ und ist dem Schweizerischen Asylrecht unbekannt, welches stattdessen den von der Funktion her ähnlichen und teilweise identischen Status der «vorläufigen Aufnahme» vorsieht.¹²⁶ Um festzustellen, ob Art. 9 Dublin-III-VO im Falle einer oder eines «vorläufig aufgenommenen» Familienangehörigen in der Schweiz zur Anwendung kommt, muss gemäss dem BVGer im Einzelfall geprüft werden, ob die Gründe für die vorläufige Aufnahme in den Anwendungsbereich von Art. 15 Qualifikationsrichtlinie, entsprechend der Auslegung des EuGH, fallen. Eine restriktive Auslegung basierend auf Definitionen des Schweizer Rechts ist explizit ausgeschlossen. Im Zweifelsfall kann die Verwaltung Art. 9 Dublin-III-VO aber umfassend anwenden.¹²⁷ Das BVGer hat ausserdem klargestellt, dass Art. 9 Dublin-III-VO auch dann anwendbar bleibt, wenn die vorläufige Aufnahme einer schutzbedürftigen Person durch ein reguläres Aufenthaltstitel (in *casu*: Ausweis B) ersetzt wird, solange die Gründe für den Schutz weiterhin bestehen – ein Umstand, der angenommen werden muss.¹²⁸ Logischerweise sollte derselbe Grundsatz im Falle einer Einbürgerung gelten (siehe Punkt 3.2.2).

Art. 10 Dublin-III-VO weist die Zuständigkeit dem Staat zu, in dem sich eine Familienangehörige oder ein Familienangehöriger als antragsstellende Person für internationalen Schutz aufhält und über deren Antrag noch keine Erstentscheidung «in der Sache» gefällt wurde – ein Begriff der Unzulässigkeits- oder Verfahrensentscheidungen ausschliesst. Das darauffolgende Kriterium von Art. 11 Dublin-III-VO ist mit Art. 10 verknüpft. Während durch letzteren Familien von Schutzsuchenden, die in verschiedenen Staaten angekommen sind, wieder zusammengeführt werden sollen, hat Art. 11 zum Ziel ihre Trennung zu verhindern. Dieser Artikel beinhaltet wiederum seine ganz eigene Familiendefinition, die «Familienangehörige» und unverheiratete minderjährige Geschwister umfasst. Wenn mehrere Personen, die unter diese Definition fallen, ihren Antrag im selben Staat gleichzeitig oder in grosser zeitlicher Nähe stellen, sodass es möglich ist ein gemeinsames Dublin-Verfahren durchzuführen, ist dieser Mitgliedstaat für alle von ihnen zuständig.

¹²⁵ Rat der Europäischen Union, *Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung) (Anerkennungsrichtlinie)*, AB L 2011 337/9, verfügbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095&from=DE>.

¹²⁶ Siehe S. Motz, S. 8, Fussnote 14.

¹²⁷ BVGE 2015/18, Erw. 3.7 und 3.8.

¹²⁸ BVGE 2018 VI/1.

Wenn nach den allgemeinen Kriterien nicht derselbe Staat für die ganze Gruppe zuständig ist, enthält Art. 11 zusätzliche Kriterien, wonach etwa derjenige Staat für die ganze Gruppe zuständig ist, der für die grösste Anzahl von Personen zuständig ist, oder, falls dies nicht möglich ist, der Staat, der für die älteste antragsstellende Person zuständig ist. Das zentrale Auslegungsproblem liegt in der Voraussetzung, dass die Anträge «in grosser zeitlicher Nähe» gestellt werden müssen. Entsprechend dem Ziel der Bestimmung und den Absichten des Gesetzgebers, die Einheit der Familie als vorrangige Erwägung zu betrachten, sollte die Anwendung von Art. 11 nicht aus rein verwaltungstechnischen Gründen (z. B. weil ein erstes Wiederaufnahmegesuch gestellt wurde) abgewiesen werden, sondern nur, wenn es unmöglich ist ein gemeinsames Dublin-Verfahren durchzuführen, beispielsweise weil dies nicht mit den Fristen von Art. 21 Dublin-III-VO vereinbar wäre.

Aus dieser Perspektive erscheint das teilweise von BVGer angewendete Kriterium, dass sich die Verfahren in «einem vergleichbaren Stadium» befinden müssen, fragwürdig.¹²⁹ Ebenso ist die Argumentation des BVGer wenig überzeugend, wonach Art. 11 Dublin-III-VO ausser Betracht zur Ermittlung der Zuständigkeit des Familienverhältnisses falle, wenn die Zuständigkeit für einige Familienangehörige ermittelt wurde, ohne «dass ein Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates erforderlich [gewesen] wäre».¹³⁰ Wie der EuGH klargestellt hat, ist die Dublin-Verordnung bei *jedem* Antrag einer oder eines Drittstaatenangehörigen in einem Mitgliedstaat anzuwenden. Demzufolge sollte, wenn ein Mitgliedstaat implizit die Zuständigkeit für eine oder mehrere antragsstellende Person/-en akzeptiert, angenommen werden, dass ein Dublin-Verfahren durchgeführt wurde, unabhängig davon, ob diesbezüglich spezifische Schritte unternommen wurden oder nicht.¹³¹ In solchen Fällen sollte Art. 11 Dublin-III-VO angewendet werden, solange immer noch möglich ist, von Neuem die Zuständigkeit für die antragsstellenden Personen und ihre Familienangehörigen und Geschwister in der Schweiz zu ermitteln.

3.4.3 Abhängige Personen nach Art. 16 Dublin-III-VO

Art. 16 Dublin-III-VO weist die Mitgliedstaaten an, die antragsstellende Person und sich rechtmässig aufhaltende Familienangehörige¹³² «in der Regel [...] nicht zu trennen, bzw. sie zusammenzuführen», wenn eine der Personen aufgrund einer der aufgelisteten Gründe von einer anderen abhängig ist.¹³³ Während die Wortwahl und Stellung der Bestimmung ausserhalb von Kapitel III gewisse Zweifel aufkommen lassen können, wird in der Präambel klargestellt, dass im Gegensatz zum früheren Art. 15(2) Dublin-II-VO, der eine Ermessensklausel vorsah, durchaus ein «verbindliches Zuständigkeitskriterium» vorliegt (siehe Erwägungsgrund 16)¹³⁴.

¹²⁹ BVGer, E-2794/2018, Erw. 5.2.

¹³⁰ Ebenda.

¹³¹ EuGH, *Bahtiyar Fathi gegen Predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite*, C-56/17, Rechtssache vom 4. Oktober 2018, Ziff. 44 ff.

¹³² Kind, Geschwister, Elternteil, sofern die familiäre Bindung bereits im Herkunftsland bestanden hat. Siehe die in Punkt 3.2.2 dargelegten Argumente zum Einschluss der Ehepartnerin / des Ehepartners.

¹³³ Schwangerschaft, ein neugeborenes Kind, schwere Krankheit, ernsthafte Behinderung oder hohes Alters.

¹³⁴ BVGE 2017 VI/5, Erw. 8.3.2.

Da er sich ausserhalb von Kapitel III findet, unterliegt Art. 16 Dublin-III-VO weder dem «Sachverhaltsversteinerungsprinzip», noch der Rangfolge der Kriterien. Entsprechend ist das Kriterium auch dann anwendbar, wenn seine Bedingungen erst nach der ersten Antragsstellung in einem Mitgliedstaat erfüllt wurden, beispielsweise wenn die antragsstellende Person erst später schwanger oder krank wird. Gemäss Art. 7(3) Dublin-III-VO, der im Gegensatz zu Art. 7(2) spezifisch auf Art. 16 anzuwenden ist, müssen die relevanten Beweise allerdings vorgelegt werden, bevor ein Mitgliedstaat einem Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuch stattgegeben hat oder eine Erstentscheidung in der Sache ergangen ist. Darüber hinaus hat Art. 16 Dublin-III-VO, entsprechend seines Zieles und seines *effet utile*, Vorrang gegenüber jedem anderen anwendbaren Kriterium, das zur Trennung führen würde, vorausgesetzt, dass die betroffenen Personen dem zustimmen (siehe Art. 16(1) Dublin-III-VO *in fine*).

Die Formulierung «*in der Regel* [...] nicht zu trennen oder zusammenzuführen» bedeutet, dass die Einheit der Familie in der Regel gewährleistet werden muss und Ausnahmen nur in besonderen Fällen erlaubt werden dürfen, wenn die Voraussetzungen von Art. 16 erfüllt sind. Unter der alten Verordnung hielt der Gerichtshof in der Auslegung eines identischen Wortlauts fest, dass die Mitgliedstaaten Familienangehörige nur in «Ausnahmesituationen» trennen oder auseinanderhalten dürfen.¹³⁵ Aufgrund der Ähnlichkeit des Textes übernimmt das BVGer diese Auslegung im Zusammenhang mit Art. 16(1) Dublin-III-VO.¹³⁶ Dies ist natürlich eine vertretbare Auslegung. Sie macht allerdings die Absicht des Gesetzgebers zunichte, den vormaligen Art. 15(2) Dublin-II-VO in ein «verbindliches Zuständigkeitskriterium» umzuwandeln, d. h. in eine Bestimmung mit strengeren Verpflichtungen. Aus dieser Perspektive scheint es vorteilhafter die neue Bestimmung derart auszulegen, dass nur *explizite* Ausnahmen erlaubt sind, d. h. dass Familienangehörige nur in den explizit in Abs. 2 vorgesehenen Fällen einer verlängerten Reiseunfähigkeit auseinandergehalten werden dürfen.¹³⁷

Der Anwendungsbereich von Art. 16 wird durch eine Vielzahl kumulativer Bedingungen eingeschränkt, wovon einige schon angeführt wurden: (a) eine der aufgezählten familiären Bindungen muss vorliegen; (b) die familiäre Bindung muss bereits im Herkunftsland bestanden haben; (c) die Verwandten der antragsstellenden Person müssen sich «rechtmässig» in einem Mitgliedstaat aufhalten; (d) eine Person muss aufgrund einer der aufgeführten Umstände (z. B. Schwangerschaft) «auf die Unterstützung [der anderen Person] angewiesen» sein; (e) die andere Person muss «in der Lage [sein], die abhängige Person zu unterstützen» und (f) die betroffenen Personen müssen ihren Wunsch zusammenzubleiben oder zusammengeführt zu werden schriftlich äussern.¹³⁸ Durch die strikte Anwendung dieser Voraussetzungen hat Art. 16 Dublin-III-VO in der Praxis bisher leider nicht Fuss gefasst und die rechtliche Wirksamkeit wurde ihm in weiten Teilen entzogen.¹³⁹

¹³⁵ EuGH, *K. gegen Bundesasylamt*, C-245/11, Rechtssache vom 6. November 2012, Ziff. 46, verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50b338662>

¹³⁶ BVGE 2017 VI/5, Erw. 8.3.3.

¹³⁷ Im selben Sinne, C. Filzwieser, A. Sprung, Fussnote 24, Art. 16, Abs. K4.

¹³⁸ Siehe auch BVGer, E-7488/2014, Erw. 6.2.2.

¹³⁹ Siehe UNHCR, *Left in Limbo*, Fussnote 13, S. 109 ff.

Die Präambel der Verordnung und der humanitäre Charakter der Bestimmung verlangen allerdings eher nach einer *weiten* Auslegung. Wie in Punkt 3.2.2 dargelegt, sollte die Definition der «Familie» in Art. 16 Dublin-III-VO weit ausgelegt werden, auf eine Art und Weise, die auch die Ehepartnerin oder den Ehepartner einschliesst. Ebenso sollte die «Vor-Flucht-Voraussetzung» nicht automatisch angewendet werden, sondern entsprechend ihres Ziels, als «Anti-Missbrauchs-Bestimmung». Weiter sollte der Begriff «rechtmässiger Aufenthalt» so ausgelegt werden, dass damit lediglich der irreguläre Aufenthalt ausgeschlossen wird.¹⁴⁰ Die Aufzählung von Art. 16 Dublin-III-VO – Schwangerschaft, ein neugeborenes Kind, schwere Krankheit, ernsthafte Behinderung und hohes Alter – stellt keine abschliessende Liste dar. Darin werden vielmehr «die wesentlichsten Lebenssachverhalte genannt [...], die eine Person in einer solchen Weise verletzlich machen können, dass die Zusammenführung mit bestimmten Bezugspersonen zur humanitären Pflicht wird».¹⁴¹ Und während eine Krankheit «schwer» und eine Behinderung «ernsthaft» sein müssen, um den Anforderungen zu genügen,¹⁴² reichen Schwangerschaft, ein neugeborenes Kind und hohes Alter an sich aus, um die Bestimmung auszulösen.

Die Anwendung von Art. 16 Dublin-III-VO wird vom SEM oft mit dem Argument verweigert, dass die antragsstellende Person das Vorliegen eines besonderen oder intensiven Abhängigkeitsverhältnis nicht belegen kann.¹⁴³ Dies traf bisher beispielsweise im Fall einer alleinerziehenden Mutter zweier Kinder zu, die eine onkologische Entfernung ihrer Gebärmutter vornehmen musste und die, da sie immer noch unter schweren physischen und psychischen Problemen litt, auf die Hilfe ihrer älteren Schwester in der Schweiz angewiesen war. Zwar wurde nicht bestritten, dass die Beziehung zu ihrer Schwester eng ist, dass sie schwer krank war und dass ihre Schwester ihr und ihrer Familie die dringend benötigte Unterstützung zukommen liess – dennoch war das SEM der Ansicht, dass es sich dabei nicht um ein «besonderes Abhängigkeitsverhältnis» handle.¹⁴⁴

Damit stellt sich natürlich die Frage, was einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis entspricht. In der Realität ist diese Frage aber nicht relevant. Diese Argumentationslinie ist begrifflich fehlerhaft, da «Abhängigkeit» keine gesonderte Voraussetzung nach Art. 16 Dublin-III-VO darstellt, wie dies der Text der Verordnung und der Durchführungsbestimmungen suggeriert und was auch die Rechtsprechung des EuGH und des BVGer bestätigt. Die Bestimmung verlangt lediglich, dass Person A (z.B. schwer krank ist) und dass sie aufgrund dessen auf Unterstützung von Person B angewiesen ist, zu der eine familiäre Bindung gemäss Art. 16 Dublin-III-VO besteht und die gewillt und fähig ist, Person A zu unterstützen. Die «Abhängigkeit» ist ein Nebenprodukt des Zustandes von Person A und ihrer Beziehung zu Person B, aber keine eigenständige Voraussetzung. Im Einklang mit dieser Prämisse verlangt Art. 11 Durchführungsverordnung von der antragsstellenden Person kein «besonderes Abhängigkeitsverhältnis» im Sinne einer langen Lebensgemeinschaft, einer über das normale Mass familiärer Beziehungen hinausgehenden emotionalen Bindung etc.

¹⁴⁰ BVGer, E-4303/2014.

¹⁴¹ BVGer, E-7488/2014, Erw. 6.2.1.

¹⁴² Siehe BVGer F-6844/2017, Erw. 3.3.2.2.

¹⁴³ Siehe z.B. die Position des SEM in BVGer, D-3794/2014, Erw. 3.3 und in BVGer, D-2069/2016, Erw. 5.2.

¹⁴⁴ BVGer, D-2069/2016, *passim*.

Stattdessen setzt sie voraus, dass zur Bewertung des Abhängigkeitsverhältnisses «nach Möglichkeit objektive Schriftstücke, z.B. *ärztliche Atteste*, herangezogen» werden (Hervorhebung hinzugefügt). Folglich muss nur bewiesen werden, dass sich Person A in einer nach Art. 16 Dublin-III-VO vorgesehenen verletzlichen Situation befindet und dass Person B die erforderlichen Eigenschaften aufweist.

Das Grundsatzurteil des EuGH zu dieser Frage, *K*, bestätigt diese Auslegung vollumfänglich. In Bezug auf die anzuwendende Prüfung hält der Gerichtshof darin lediglich Folgendes fest: «Sofern die familiäre Bindung bereits im Herkunftsland bestanden hat, ist zu prüfen, ob der Asylbewerber oder die Person, die eine familiäre Bindung zu ihm aufweist, tatsächlich der Hilfe bedarf und, gegebenenfalls, ob derjenige, der der anderen Person Hilfe leisten soll, dazu in der Lage ist.»¹⁴⁵ In diesem Fall war die Schwiegertochter der Antragsstellerin zweifelsohne in einer schwierigen Lage¹⁴⁶ und die Antragsstellerin stellte ihr die benötigte Unterstützung zur Verfügung – und das genügte. Der Sachverhalt des Falles liess nichts erkennen, was im Sinne eines «besonderen Abhängigkeitsverhältnisses» über diese Umstände hinausgehen würde. Im Gegenteil, die Antragsstellerin war erst in den wenigen Wochen zwischen ihrer Ankunft in Österreich und ihrer Antragsstellung die «engste Beraterin und Vertraute» ihrer Schwiegertochter geworden, nachdem sie während mehreren Jahren nicht zusammen gewohnt hatten.¹⁴⁷ Diesbezüglich ist anzumerken, dass der letztgenannte Punkt die wiederkehrende Argumentation des SEM widerlegt, wonach kein Abhängigkeitsverhältnis zwischen zwei Personen bestehen kann, die für lange Zeit voneinander getrennt lebten.¹⁴⁸

Obwohl das BVGer teilweise Formulierungen verwendete, die den Anwendungsbereich des Art. 16 Dublin-III-VO durch das Erfordernis eines «besonderen Abhängigkeitsverhältnisses»¹⁴⁹ einzuschränken scheinen, befolgte es insgesamt die eben dargelegte Haltung.

Abschliessend ist festzuhalten, dass Blutsbande und Bindungen der Zuneigung an sich zwar nicht ausreichen, um die Anwendung von Art. 16 Dublin-III-VO¹⁵⁰ auszulösen, die Bestimmung aber immer dann angewendet und, einzig unter Vorbehalt von Abs. 2, die Einheit der Familie bewahrt werden sollte, wenn eine Verletzlichkeit im Sinne von Art. 16 Dublin-III-VO festgestellt wurde, die sich rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhaltende familiäre Bezugsperson über die notwendigen Eigenschaften verfügt und beide Personen zustimmen.

¹⁴⁵ *K*, C-245/11, Ziff. 42, Fussnote 135. Siehe auch BVGE 2017 VI/5, Erw. 8.3.3.

¹⁴⁶ EuGH, *K. gegen. Bundesasylamt*, C-245/11, Schlussanträge von GA Trstenjak vom 27. Juni 2012, Ziff. 9 ff, verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=500d54a92>,

¹⁴⁷ Ebenda, Ziff. 7 ff.

¹⁴⁸ Siehe z.B. BVGer, E-7488/2014, Erw. 6.2.3; BVGer, D-3794/2014, Erw. 3.3.

¹⁴⁹ Siehe z.B. BVGE 2017 VI/5, Erw. 8.3.5 («*une assistance immédiate et importante [...] que seul le requérant serait à même d'offrir* »); BVGer, F-6844/2017, Erw. 3.3.2.3 («*une relation de dépendance telle que seule la présence du recourant serait à même de répondre aux besoins spécifiques [...]*»). Die Vorstellung, dass die geleistete Unterstützung in irgendeiner Form einzigartig sein muss und nur von dieser Person erbracht werden kann, entspricht nicht der Formulierung, dem Zweck und dem Ziel von Art. 16 Dublin-III-VO.

¹⁵⁰ BVGE 2017 VI/5, Erw. 8.3.5.

3.5 Zusammenfassung der wichtigsten Punkte

Wie die Europäische Kommission empfohlen hat, sollten die Mitgliedstaaten «die die Familienzusammenführung betreffenden Klauseln proaktiv und konsequent anwenden». ¹⁵¹ Die Familiendefinitionen der Verordnung sollten weit und flexibel ausgelegt und angewendet werden. Insbesondere stellt Art. 2(g) Dublin-III-VO für Ehebeziehungen und Eltern-Kind-Beziehungen keine Anforderung an die faktische Intensität oder Stabilität der Beziehung, sondern verlangt lediglich, dass die angebliche familiäre Bindung zum relevanten Zeitpunkt besteht. Die «Gültigkeit» von Ehebeziehungen sollte auf nicht-formalistische Weise beurteilt werden. Auch dürfen die in der Verordnung festgelegten Familiendefinitionen nicht auf eine Art und Weise angewendet werden, die zu ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen führt. Um Diskriminierung vorzubeugen, sollte die «Vor-Flucht-Voraussetzung» im Sinne ihrer Zielsetzung als Anti-Missbrauchs-Klausel angewendet werden. Aus demselben Grund benötigen die Familiendefinitionen einiger Bestimmungen eine umfassende Auslegung. Dementsprechend sollte Art. 16 Dublin-III-VO die Ehepartnerin oder den Ehepartner einschliessen und Kinder, die nach der Flucht geboren wurden, sollten in den Anwendungsbereich von Art. 20 Dublin-III-VO fallen.

Bezüglich des Nachweises familiärer Bindungen sind verschiedene Grundsätze zu beachten. Erstens soll die Zuständigkeitsermittlung so wenig Beweiserfordernisse wie möglich mit sich bringen. Zweitens darf ein Nachweis für eine familiäre Bindung (z.B. ein Registerauszug) nur bei Erbringung des Gegenbeweises – und nicht aufgrund eines allgemeinen Verdachtes – nicht anerkannt werden. Drittens kann die Zuständigkeit *inter alia* anhand «nachweisbare[r] Information des Antragstellers» sowie «Erklärungen der betroffenen Familienmitglieder» festgestellt werden. Solche Indizien müssen ernsthaft geprüft und als ausreichend erachtet werden, wenn sie kohärent, überprüfbar und ausreichend detailliert sind. Die Mitgliedstaaten müssen viertens bei der Beweisaufnahme die besonderen Schwierigkeiten in Betracht ziehen, mit denen die Schutzsuchenden bei der Erlangung eines formellen Beweises konfrontiert sind. Fünftens sollen DNA-Tests nur als *ultima ratio* verwendet werden. Sechstens soll im Zweifel für die antragsstellende Person entschieden werden. Bei der Anwendung dieser Regeln und Prinzipien gilt es, den Untersuchungsgrundsatz zu berücksichtigen. Sobald die Mitwirkungspflicht durch die antragsstellende Person erfüllt wird, obliegt es dem SEM allfällige verbleibende Fragen zu klären. Diese Pflichten werden verstärkt, wenn die Kriterien für unbegleitete Minderjährige zur Anwendung kommen, insbesondere in Bezug auf die Verpflichtung von Art. 6(4) Dublin-III-VO, Familienangehörige ausfindig zu machen. Im Sinne einer good practice sollte das SEM diese Bestimmungen auch auf andere Kategorien antragsstellender Personen anwenden. Nach Art. 7(3) Dublin-III-VO, der auf alle Familienkriterien einschliesslich Art. 9 und 11 Dublin-III-VO anzuwenden ist, müssen die nationalen Behörden Nachweise für familiäre Bindungen akzeptieren, die vor der Annahme eines Gesuches vorgelegt wurden.

Alterseinschätzungen sollten gemäss den Empfehlungen des UN-Ausschusses für die Rechte des Kindes durchgeführt werden. Insbesondere sollte der minderjährigen Person bereits während der Alterseinschätzungen eine qualifizierte Vertretung zur Seite gestellt werden; Identitätsdokumente sollten nur dann nicht anerkannt werden, wenn sie sich als

¹⁵¹ Europäische Kommission, *Die Europäische Migrationsagenda*, S. 16, Fussnote 1.

gefälscht erweisen; falls keine solchen Dokumente vorliegen ist eine Altersbestimmung durch qualifizierte Sachverständige im Rahmen einer ganzheitlichen Beurteilung durchzuführen; der Staat soll von Methoden auf der Basis von Knochen- und Zahn-Untersuchungen absehen; im Zweifel soll zu Gunsten der betroffenen Person entschieden werden.

Bezüglich der Auslegung der individuellen Kriterien muss Folgendes festgehalten werden:

- Der Begriff des «internationalen Schutzes» nach Art. 9 Dublin-III-VO umfasst die vorläufige Aufnahme, wenn sie aus ähnlichen Gründen wie den in Art. 15 Qualifikationsrichtlinie dargelegten gewährt wurde. Art. 9 Dublin-III-VO bleibt auch dann anwendbar, wenn die vorläufige Aufnahme einer schutzbegünstigten Person mit einem regulären Aufenthaltstitel ersetzt wird. Dasselbe Prinzip sollte logischerweise im Falle einer Einbürgerung gelten.
- Art. 11 Dublin-III-VO sollte in allen Fällen angewendet werden, in welchen es technisch möglich ist, ein gemeinsames Dublin-Verfahren für die Familienangehörigen durchzuführen. Die Tatsache, dass sich die Dublin-Verfahren «nicht in vergleichbarem Stadium» befinden oder dass die Schweiz implizit die Zuständigkeit für gewisse Familienangehörige übernommen hat, ohne formell ein Dublin-Verfahren einzuleiten, sollte nicht entscheidend sein.
- Art. 16 Dublin-III-VO über abhängige Personen unterliegt Art. 7(2) Dublin-III-VO nicht. Wie alle anderen Kriterien auch, ist die Bestimmung in all ihren Bestandteilen weit auszulegen. Für die Anwendung der Bestimmung ist weder ein «bestimmtes» noch eine «intensives Abhängigkeitsverhältnis» zwischen den betroffenen Personen erforderlich. Im Gegenteil: Art. 16 Dublin-III-VO sollte immer angewendet werden, wenn eine der aufgeführten Situationen von Verletzlichkeit vorliegt; wenn die erforderliche familiäre Bindung und der «rechtmässige Aufenthalt» nachgewiesen werden können; wenn die Person, die Unterstützung bieten sollte, dazu in der Lage ist und wenn die betroffenen Personen ihre Zustimmung erteilen. Wenn diese Bedingungen erfüllt sind, sollten die betroffenen Personen zusammengeführt werden oder zusammen bleiben können, und unterliegen nur den in Art. 16 Abs. 2 DV III dargelegten Ausnahmen.

4. Das Familienleben durch die Ermessensklauseln schützen

4.1 Einleitung

Wie im vorherigen Punkt dargelegt, können die Familienkriterien der Verordnung in einer weiten und auf den Zweck ausgerichteten Auslegung einen grossen Beitrag zum Schutze der Familien von antragsstellenden Personen leisten.

Dennoch sind die Kriterien alleine, selbst im Fall der bestmöglichen Auslegung, unzureichend, um einen umfassenden Schutz der Familie zu gewährleisten.

Zusätzlich zu den inhärenten Einschränkungen der einzelnen Kriterien – z. B. im Fall einer schwer kranken antragsstellende Person, die auf Unterstützung eines Cousins oder einer Tante angewiesen ist – schafft die Entscheidung, mehrere unvollständige «Kriterien» mit inkonsistenten Familiendefinitionen statt eines einheitlichen Familienkriteriums wie in der USA-Kanda-Vereinbarung (siehe Punkt 2.1) festzustellen, Lücken. Stellen wir uns die Notlage der 17-jährigen Senait und von Mariam, ihrer Mutter, vor. Falls sie gemeinsam in der EU ankommen, sollte Art. 20 Dublin-III-VO garantieren, dass sie zusammenbleiben können. Diese Bestimmung kommt jedoch nicht zur Anwendung, wenn die arme Senait zur Heirat gezwungen wurde – möglicherweise genau der ausschlaggebende Fluchtgrund der beiden. In einem solchen Fall wäre eine Trennung auf der Flucht paradoxerweise vorteilhafter gewesen. So wäre nämlich ihre Zusammenführung durch Art. 8(1) Dublin-III-VO gewährleistet, wenn Mariam einen legalen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat erhält, bevor Senait Asyl beantragt. Wenn nicht, sind Art. 9-11 Dublin-III-VO aufgrund von Senaits Status als verheiratete Minderjährige nicht anwendbar. Wie unschwer zu erkennen ist, ist der durch die Kriterien gewährte Schutz lückenhaft und Bemühungen der zuständigen Behörde sind notwendig, um ihn umfassend zu gestalten.

Das Zusammenspiel des «Sachverhaltsversteinerungsprinzips» und der Kriterien führt ebenfalls häufig zu Familientrennungen. In einem von dem BVGer entschiedenen Fall floh eine afghanische Mutter gemeinsam mit ihrem zwei Kindern aus ihrem Herkunftsland. Ihr ältester Sohn wurde auf der Flucht von ihnen getrennt und kam in der Schweiz an, während die Mutter und der jüngere Bruder in Bulgarien zurückblieben. Als sie ihn schliesslich wieder ausfindig machen konnten, hatte er bereits einen Schutzstatus erhalten. Art. 9 Dublin-III-VO wäre zwar anwendbar gewesen, sie dachten aber nicht daran in Bulgarien einen Antrag zu stellen und dadurch die Situation, wie sie zu diesem Zeitpunkt war, zu «versteinern». Als sie in der Schweiz ankamen, einen Antrag stellten und somit das «Sachverhaltsversteinerungsprinzip» auslösten, war der älteste Sohn gerade 18 Jahre alt geworden und keines der Kriterien konnte mehr angewendet werden. Trotz der verzweifelten Versuche der Mutter wurden sie und ihr jüngerer Sohn zurück nach Bulgarien überstellt, während ihr älterer Sohn – von dem sie sich nie trennen wollten – in der Schweiz blieb.¹⁵²

In solchen und vielen anderen Konstellationen erlauben es die Kriterien, dass Familien voneinander ferngehalten oder getrennt werden aufgrund zufälliger Umstände oder weil die Konsequenzen ihrer Handlungen für sie nicht vorhersehbar waren – was fairerweise auch nicht von ihnen erwartet werden könnte. In einem System, welches das Familienleben als «vorrangige Erwägung» erachtet und ungerechtfertigte Behandlungsunterschiede verbietet, kann dies kaum als zufriedenstellend erachtet werden.

An diesem Punkt kommen die zwei Ermessensklauseln von Art. 17 Dublin-III-VO zum Zug. Diese erlauben den Mitgliedstaaten sowohl von den regulären Kriterien als auch von der Regeln der «einen Chance» von Art. 3(1) Dublin-III-VO abzuweichen. Ein solcher Ermessensspielraum war schon immer ein unerlässlicher Bestandteil des Dublin-Systems, auch zum Schutze des Familienlebens. So hält Erwägungsgrund 17 der Verordnung denn auch fest, dass die Klauseln «insbesondere aus humanitären Gründen oder in Härtefällen» anzuwenden sind, sowie «um Familienangehörige, Verwandte oder

¹⁵² Siehe BVGer, D-3794/2014.

Personen jeder anderen verwandtschaftlichen Beziehung zusammenzuführen». Oder, wie der Rat es formulierte: Die Klauseln zielen *inter alia* darauf ab «Situationen zu vermeiden, bei denen Familienangehörige wegen einer strikten Anwendung der Dublin-Kriterien getrennt werden». ¹⁵³ Die zwei Klauseln erlauben den Behörden die auf dem Spiel stehenden Interessen zu überdenken, auf eine blinde Anwendung der Kriterien zu verzichten und Lücken und Schlupflöcher der Dublin-Kriterien zu schliessen.

Art. 17(1) Dublin-III-VO, die «Selbsteintrittsklausel», bemächtigt jeden Mitgliedstaat, in dem ein Antrag gestellt wurde, diesen zu prüfen und somit zum zuständigen Staat zu werden. Art. 17(2) Dublin-III-VO, die «humanitäre Klausel» ermächtigt den ermittelnden oder zuständigen Staat einen anderen Mitgliedstaat um Übernahme der Zuständigkeit zu ersuchen. Ein solches Gesuch muss gestellt werden, bevor eine Erstsentscheidung in der Sache des Antrages ergangen ist und muss zum Ziel haben jede «verwandtschaftliche Beziehung» – ein undefinierter und offener Begriff ¹⁵⁴ – aus humanitären Gründen, insbesondere aufgrund von Erwägungen betreffend den familiären oder kulturellen Kontext, zusammenzuführen. Der Bezug zum «kulturellem Kontext» impliziert, dass der Mitgliedstaat das Bestehen familiärer Bindungen in einer kulturell sensiblen Weise beurteilen soll. Der ersuchte Staat muss das Gesuch innerhalb von zwei Monaten beantworten und die betroffenen Personen müssen der Zuständigkeitsübernahme zustimmen.

Die Anwendung der Klauseln ist in der Regel fakultativ. Insbesondere die Selbsteintrittsklausel ermöglicht es jedem Mitgliedstaat «aus politischen, humanitären oder praktischen Erwägungen [...] einen Antrag auf internationalen Schutz zu prüfen». ¹⁵⁵ Gemäss der ständigen Rechtsprechung des BVGer wird die Anwendung der Klauseln allerdings zwingend, wenn dies notwendig ist um die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz zu respektieren – einschliesslich der Pflicht, das Familienleben zu schützen. ¹⁵⁶ Der EU-Gerichtshof hat sich dieser Argumentationslinie noch nicht angeschlossen im Rahmen der Auslegung der Verordnung. ¹⁵⁷ Die Mitgliedstaaten sind jedoch dazu berechtigt, für sich selbst Fälle zu bestimmen, bei denen sie die Anwendung der Ermessensklauseln vorsehen, genau wie dies die Rechtsprechung des BVGer getan hat.

¹⁵³ Rat der Europäischen Union, Dok. Nr. 12364/09, S. 35, Fussnote 101.

¹⁵⁴ Siehe sinngemäss *K*, C-245/11, Ziff. 40, Fussnote 135. Anzumerken ist, dass im Gegensatz zu Art. 2(g) und 16 Dublin-III-VO die «Vor-Flucht-Voraussetzung» für den Begriff der «verwandtschaftlichen Beziehungen» nicht gilt.

¹⁵⁵ Siehe unter anderem EuGH, *M.A. und Andere gegen The International Protection Appeals Tribunal and Others*, C-661/17, Rechtssache vom 23. Januar 2019, Ziff 58.

¹⁵⁶ In Bezug auf die Selbsteintrittsklausel, siehe z.B. BVGE 2013/24, Erw. 5.1; BVGE 2017 VI/5, Erw. 8.5.2. In diesem Zusammenhang hat das BVGer auch darauf hingewiesen, dass die Selbsteintrittsklausel dem Staat einen Ermessensspielraum überträgt und nicht *per se* von der antragsstellenden Person geltend gemacht werden kann, jedoch in Verbindung mit internationalen und nationalen Bestimmungen zum Schutz der antragsstellenden Person (Siehe BVGE 2010/45, Erw. 5). Die Rechtsprechung in Bezug auf die humanitäre Klausel ist weniger entwickelt, es gilt aber derselbe *ratio decidendi*. Die Mitgliedstaaten müssen die Menschenrechte bei der Anwendung der Dublin-Verordnung jederzeit wahren und somit Bestimmungen, die dies in den entsprechenden Umständen möglich machen anwenden – einschliesslich, wenn nötig, ein Gesuch nach Art. 17(2) Dublin-III-VO zu stellen oder zu akzeptieren.

¹⁵⁷ Siehe insbesondere EuGH, *Bundesrepublik Deutschland gegen Kaveh Puid*, C-4/11, Rechtssache vom 14. November 2013, Ziff 24ff, verfügbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=144489&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1627681>; *M.A. und Andere*, C-661/17, Ziff. 71 f., Fussnote 155, Ziff 71 f.

Darüber hinaus stimmt die Rechtsprechung des EuGH, trotz unterschiedlicher Argumentationsweise, in den zentralen Punkten mit derjenigen des BVGer überein, d. h. dass Überstellungen nicht durchgeführt werden dürfen, wenn sie relevante internationale und EU-Normen verletzen¹⁵⁸ und, in allgemeiner Weise, dass die Verordnung so angewendet werden muss, dass der Respekt der Menschenrechte jederzeit gewährleistet werden muss.¹⁵⁹

Die Anwendung der Ermessensklauseln im Zusammenhang mit der Achtung des Familienlebens und anderen grundlegenden Rechten wird weiter unter Punkt 4.3 ausgeführt. Abgesehen von internationalen Verpflichtungen könnten (und sollten) die Ermessensklauseln auch aus humanitären Gründen und in Härtefällen angewendet werden. Unter Schweizer Recht stellt dies tatsächlich den einzigen zusätzlichen Grund dar, in welchem eine Abweichung von den regulären Dublin-Regeln als zulässig erachtet wird.¹⁶⁰ Die in dieser Hinsicht geltenden Grundsätze werden unter Punkt 4.4 besprochen.

Bevor diese Aspekte genauer betrachtet werden, ist es notwendig, ein in der Schweizer Praxis wiederkehrendes Argument kritisch zu hinterfragen, wonach nur mit Zurückhaltung von den Dublin-Regeln abgewichen werden soll und das sich in dem restriktiven Ansatz der Ermessensklauseln zum Schutze der Familie zeigt (Punkt 4.2).

4.2 Sollten die Ermessensklauseln restriktiv angewendet werden?

Wie eben dargelegt wurde, ist ein wiederkehrendes Konzept in der Rechtsprechung des BVGer, dass die Anwendung der Ermessensklauseln nicht zu grosszügig sein sollte, damit der *effet utile* des Dublin-Systems nicht untergraben wird.¹⁶¹ Diese Argumentation ist jedoch nicht mit den Bestimmungen und der Präambel der Verordnung vereinbar.

Erstens sieht der Text von Art. 17 Dublin-III-VO in keiner Weise vor, dass die Klauseln nur in «Ausnahmefällen» angewendet werden sollten. Tatsächlich hat der EuGH mehrfach bestätigt, dass die Anwendung der Selbsteintrittsklausel «an keine besondere Bedingung geknüpft ist».¹⁶² Bezüglich der humanitären Klausel legt Art. 17(2) Dublin-III-VO zwar einige Bedingungen (z. B. zeitbezogene) fest, jedoch deutet nichts auf eine restriktive Auslegung hin. Dies wird dadurch bestätigt, dass sich der EuGH bei der einzigen Gelegenheit, bei der er eine Auslegung der humanitären Klausel (*recte* Art. 15(2) Dublin-

¹⁵⁸ Siehe z.B. EuGH, *C. K., H. F., A. S. gegen Republika Slovenija*, C-578/16, Rechtssache vom 16. Februar 2017, insbesondere Ziff. 65, verfügbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=C%25E2%2580%2591578%252F16&docid=187916&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1623690#ctx1>

¹⁵⁹ Siehe insbesondere *N. S.*, Fall C-411/10, Ziff. 77, Fussnote 21.

¹⁶⁰ Siehe *Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999* (Im Folgenden: «Asylverordnung 1» oder «AsylV1»), RS 142.311, Art. 29a(3); J.-P. Monnet, S. 407, Fussnote 51.

¹⁶¹ BVGE 2015/9, Erw. 7.2. Siehe auch C. Filzwieser, A. Sprung, Fussnote 24, Art. 17, K2, und sinngemäss BVGE 2011/9, Erw. 8.1.

¹⁶² EuGH, *Zuheyr Frayeh Halaf gegen Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, C-528/11, Rechtssache vom 30. Mai 2013, Ziff. 36, verfügbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137826&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1632323>; *M.A. und Andere*, C-661/17, Ziff. 58 f, Fussnote 155.

II-VO) vornahm, für eine weite Auslegung aussprach und die verschiedenen vorgelegten, restriktiven Auslegungen zurückwies.¹⁶³

In Bezug auf den *effet utile* der Verordnung ist in Erinnerung zu rufen, dass diese «hauptsächlich bezweckt die Bearbeitung der Anträge im Interesse sowohl der Asylbewerber als auch der teilnehmenden Staaten zu beschleunigen»¹⁶⁴, indem rasch bestimmt wird, welcher Mitgliedstaat zuständig ist. Die Anwendung der Selbsteintrittsklausel ist unbestreitbar der schnellste und direkteste Weg zur Erreichung dieses Zieles. Dies trifft auch in Bezug auf die humanitäre Klausel zu, deren Anwendung entweder zu einer einvernehmlichen Überstellung – per Definition schneller und einfacher durchzuführen als eine erzwungene – oder zu einer Überprüfung des Antrages im Staat, in dem sich die antragsstellende Person befindet, führt. Wie in der Einleitung angemerkt, hat eine weite Auslegung der Ermessensklauseln im Interesse der Einheit der Familie das Potenzial, den Anreiz für die irreguläre Weiter-Bewegung («sekundäre») in ein anderes Land zu verhindern¹⁶⁵ – ein weiteres Ziel, das oft mit der Dublin-Verordnung in Verbindung gebracht wird.

Zu guter Letzt ist es das eindeutig formulierte Ziel des Gesetzgebers, dass die Verordnung, einschliesslich der Ermessensklauseln, folgendermassen angewendet wird: (a) mit dem Familienleben und dem Wohle des Kindes als «vorrangige Erwägungen» (siehe Punkt 2.3); (b) mit Abweichungen «aus humanitären Gründen oder in Härtefällen, [...] um Familienangehörige [...] zusammenzuführen»; und (c) unter vollständiger Wahrung der Menschenrechte. Gemäss der Präambel fördert die Verordnung in keiner Weise eine restriktive Anwendung der Ermessensklauseln, sondern schlägt vielmehr ziemlich eindeutig das Gegenteil vor: Nämlich dass der Gesetzgeber, wenn die regulären Kriterien nicht erfüllt werden, einen systematischen Rückgriff auf die Ermessensklauseln zur Gewährleistung des Familienlebens und dem Wohle des Kindes beabsichtigt. Entsprechend dieser Auffassung hat die Kommission über die Jahre hinweg die Mitgliedstaaten dazu aufgefordert, «umfassender und regelmässig die Ermessensklauseln [zu] nutzen», und nicht, diese zurückhaltend anzuwenden.¹⁶⁶

¹⁶³ K, C-245/11, Ziff. 29 ff., Fussnote 135.

¹⁶⁴ N. S., Fall C-411/10, Ziff. 79, Fussnote 21.

¹⁶⁵ Europäische Union, *Europäische Kommission, Staff Working Document Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (Recast), Impact Assessment*, 3. Dezember 2008, SEC(2008) 2962, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/docid/49997ad90.html>, S. 20; Rat der Europäischen Union, Dok. Nr. 12364/09, S. 35, Fussnote 101.

¹⁶⁶ Europäische Kommission, *Die Europäische Migrationsagenda*, Fussnote 59, S. 13. Siehe auch Europäische Kommission, *Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Bewertung des Dublin-Systems*, 6. Juni 2007, KOM(2007) 299 endgültig, S. 8, verfügbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10517-2007-INIT/de/pdf>. *De lege ferenda*, hat die Kommission die gegenteilige Position dargelegt und vorgeschlagen die Anwendung der Selbsteintrittsklausel einzuschränken (siehe Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates 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 (Neufassung)*, 4. Mai 2016, KOM(2016) 270, Erwägungsgrund 21 and Art. 19). Dies ist jedoch irrelevant zur Auslegung der Dublin-III-VO. Darüber hinaus hat der einzige Zweig des Gesetzgebers, der sich bisher zum Dublin-IV-Vorschlag geäußert hat diese Position der Kommission durchweg abgelehnt. (Europäisches

An diesem Punkt ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Dublin-Verordnung weder einen restriktiven Ansatz in der Anwendung der Ermessensklauseln verlangt, noch dazu ermutigt. Das Gegenteil ist der Fall: Mit Blick auf die Ziele und Grundsätze der Dublin-Verordnung, wie sie insbesondere in der Präambel dargelegt werden, sollten die Klauseln umfassend und systematisch angewendet werden, wenn immer das Familienleben gefährdet ist.

Ein ähnliches, aber konzeptionell anderes Argument ist, dass es sich bei der Anwendung der Ermessensklauseln zum Schutze des Familienlebens nach Art. 8 EMRK um «Ausnahmefälle» handeln sollte, da es der Absicht des Gesetzgebers entsprach, dass die Kriterien die meisten Situationen abdecken sollte, in denen Art. 8 EMRK die Einheit der Familie vorschreibt.¹⁶⁷ Eine solche Argumentationslinie kann sicherlich verwendet werden, um eine weite Auslegung der Kriterien zu unterstützen (siehe Punkt 3). Umgekehrt ist aber fragwürdig, ob sie gebraucht werden kann, um eine restriktive Anwendung der Ermessensklauseln abzustützen.

Erstens muss die Beurteilung, ob die EMRK die Einheit der Familie in einem bestimmten Fall vorschreibt aufgrund der EMRK selbst erfolgen und nicht aufgrund der *a priori* bestehenden Absicht des Gesetzgebers, dass es sich um «Ausnahmefälle» handeln sollte. Anders ausgedrückt: Selbst wenn der Gesetzgeber die Kriterien als ausreichend erachtet hat, um in den «meisten» Fällen der EMRK entsprechende Ergebnisse zu gewährleisten, wäre es methodisch falsch, diese Annahme die Beurteilung beeinflussen zu lassen, die aufgrund der Rechtsprechung des EGMR definierten Kriterien zu erfolgen hat (siehe Punkt 4.3 und 4.4).

Zweitens sind die Kriterien, wie in Punkt 4.1 überdeutlich dargelegt, nicht ausreichend, um einen Schutz des Familienlebens im Sinne der EMRK zu gewährleisten.¹⁶⁸ Die EU-Gesetzgeber waren sich dessen bereits bei der letzten Überarbeitung des Dublin-Systems durchaus bewusst. Um es noch einmal zu betonen: Die Klauseln wurden in der aktuellen Verordnung bewusst beibehalten, um den Situationen Rechnung zu tragen, in denen «die strikte Anwendung der verbindlichen Kriterien zu einer Trennung von Familienmitgliedern oder anderen Angehörigen führt».¹⁶⁹

Parlament, *Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates 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 (Neufassung)*, 6. November 2017, Dok. A8-0345/2017, Änderungsantrag 11 und 125-129; der Bericht wurde vom Plenum gebilligt: Europäisches Parlament, *Beschluss über die Aufnahme von interinstitutionellen Verhandlungen: 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 (Neufassung)*, 16. November 2017, PV 16/11/2017 – 7.4, verfügbar unter: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-8-2017-11-16-ITM-007-04_DE.html). Sollte also die methodologisch falsche Option gewählt werden, die Dublin-III-Verordnung im Licht der vorbereitenden Arbeiten für ihren Nachfolger auszulegen, wäre die gewichtigere Position immer noch diejenige, die für eine breite Anwendung der Ermessensklauseln spricht.

¹⁶⁷ Ebenda.

¹⁶⁸ Siehe auch J.-P. Monnet, S. 430, Fussnote 51.

¹⁶⁹ Siehe Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung zur Bestimmung des Mitgliedstaates*, Fussnote 8, S. 9. Siehe auch Rat der Europäischen Union, Dok. Nr. 12364/09, S. 35, Fussnote 101.

Das Argument, dass die Kriterien in der Regel ausreichen sollten, um Ergebnisse entsprechend der EMRK zu erzielen und dass deshalb die Klauseln zum Zwecke der Familienzusammenführung nur in Ausnahmefällen angewendet werden sollen, ist daher nicht stichhaltig.

4.3 Die Anwendung der Ermessensklauseln zur Wahrung menschenrechtlicher Verpflichtungen

4.3.1 Die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK im Dublin-Kontext

Wie dargelegt wurde, gibt es Umstände, in denen die Anwendung des Dublin-Systems zur Trennung verwandtschaftlicher Beziehungen führen kann oder deren Zusammenführung verhindert. Die antragsstellende Person kann sich in einem Staat aufhalten, in dem Verwandte von ihr leben, selbst aber in den Zuständigkeitsbereich eines anderen Staates fallen. In einigen Fällen kann die Anwendung der Kriterien zur Trennung der antragsstellenden Person von ihrer Familie führen, weil nur ein Teil der Familie überstellt werden soll oder weil sie in unterschiedliche Staaten überstellt werden sollen.¹⁷⁰ Auch ist es möglich, dass der Staat, in dem sich Verwandte aufhalten, die Zuständigkeit für die antragsstellende Person abweist oder dass die Überstellung aus anderen Gründen nicht klappt.

Art. 8 EMRK kommt immer dann zum Zug, wenn die Vornahme oder das Unterlassen von Massnahmen im Rahmen der Verordnung das «Familienleben» beeinträchtigen. Nach Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, die vom BVGer im Zusammenhang mit Dublin etwas widersprüchlich angewendet wird¹⁷¹, muss eine zusätzliche Bedingung zur Anwendung von Art. 8 EMRK erfüllt sein: Die Verwandten, die sich im Hoheitsgebiet der Schweiz aufhalten, haben über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht zu verfügen.¹⁷² Dies widerspricht der Rechtsprechung des EGMR. Mehrere Urteile zeigen auf, dass der Status keine Bedingung für die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK darstellt, auch wenn er bei der Abwägung privater und öffentlicher Interessen von entscheidender Bedeutung sein kann (siehe Punkt 4.3.1).¹⁷³ Wie erwähnt, ist die einzig relevante Frage zu diesem Zeitpunkt, ob das Familienleben beeinträchtigt ist.

¹⁷⁰ Siehe z.B. BVGer, verbundene Rechtssachen D-3153/2014 und D-3154/2014.

¹⁷¹ Siehe z.B. BVGE 2012/4, Erw. 4.3 und 4.4 (zurückgerufene Bedingung); BVGE 2013/24, Erw. 5.2 und BVGer, verbundene Rechtssachen D-3153/2014 und D-3154/2014, Erw. 9.7, sowie BVGer, E-7670/2016 (Bedingung angewendet). Für die Prüfung der Frage, ob die Bedingung im Falle einer Person mit einem vorläufigen Aufenthaltsstatus auf jeden Fall erfüllt ist, siehe BVGer, F-762/2019, Erw. 6.2 und 7.1.

¹⁷² Für eine Diskussion, siehe J.-P. Monnet, S. 432 f., Fussnote 51.

¹⁷³ Siehe z.B. EGMR, *Mengsha Kimfe gg. die Schweiz*, Nr. 24404/05, Urteil vom 29. Juli 2010, Ziff. 55 und 61, auf Französisch verfügbar: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4c56cc952.html>; EGMR, *Agraw gg. die Schweiz*, Nr. 3295/06, Urteil vom 29. Juli 2010, Ziff. 44 auf Französisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4c56caa92.html>; EGMR, *M.P.E.V. und Andere gg. die Schweiz*, Nr. 3910/13, Urteil vom 8. Juli 2014, Ziff. 24, 33, 45 und 51 ff., auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,53bd356f4.html>, Siehe auch *Z.H. and R.H.*, Fussnote 69, Ziff 44 ff; S. Besson, E. Kleber, "Commentaire des Articles 3, 5, 8, 12, 13, 14 et 16 CEDH et du Protocole No 7, CEDH", in M.S. Nguyen, C. Amarelle (Eds.), *Code annoté de droit des migrations : Droits humains*, Vol. 1, Stämpfli, 2014, Seiten 1-72, S. 40 f.

Gemäss dem EGMR hat «Familienleben» keine starre Definition. Das Bestehen von Familienleben ist vielmehr «im Wesentlichen eine Tatsachenfrage, ob in der Praxis tatsächlich enge persönliche Bindungen bestehen» (eigene Übersetzung).¹⁷⁴ Diese Passage kann jedoch missverstanden werden. Ehebeziehungen, deren Bestehen in einer nicht-formalistischer Weise beurteilt werden soll (siehe sinngemäss Punkt 3.2.1), stellen auch dann Familienleben dar, wenn sie tatsächlich noch nicht vollständig gebildet sind.¹⁷⁵ Auch stellen Beziehungen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern *ispo jure* «Familienleben» dar und das Fehlen enger persönlicher Bindungen zur Verweigerung des nach Art. 8 EMRK garantierten Schutzes kann nur ausnahmsweise geltend gemacht werden.¹⁷⁶ Es ist wichtig diese Punkte zu betonen, da das SEM dazu tendiert das Bestehen und die Stabilität von «Familienleben» zwischen antragsstellenden Personen und selbst deren engsten Familienangehörigen unter Bezugnahme auf Phasen der Trennung zu abzusprechen.¹⁷⁷ Dies steht im Widerspruch zu Art. 8 EMRK, insbesondere in Bezug auf die Familien von Flüchtlingen und Schutzsuchenden, die aufgrund von ihnen nicht anzulastenden Umständen auch längere Phasen der Trennung erfahren können.

Für andere Formen familiärer Bindungen spielen faktische Aspekte unter Art. 8 EMRK eine wichtigere Rolle. Im Falle von unverheirateten Paaren messen sowohl der EGMR als auch das BVGer folgenden Aspekten Gewicht zu: dem Zusammenleben, der Geburt gemeinsamer Kinder sowie allgemein Umständen, die die Tatsache belegen, dass die Beziehung auch ohne Ehe stabil ist.¹⁷⁸ Beziehungen zwischen Geschwistern, zwischen Eltern und erwachsenen Kindern und zwischen Angehörigen der erweiterten Familie stellen dann «Familienleben» dar, wenn sie real und effektiv sind und durch zusätzliche Abhängigkeitselemente (siehe Punkt 4.4) gekennzeichnet sind.¹⁷⁹

Die anzuwendenden Grundsätze bezüglich der Beweisführung wurden bereits in Punkt 3.3 dargelegt: Nichtformalismus bei der Würdigung des Bestehens von familiären Bindungen, Flexibilität bei der Bewertung der vorgelegten Beweise und, im Falle von Asylsuchenden, der Grundsatz, wonach im Zweifel für die antragsstellende Person entschieden wird. Auch gelten der Untersuchungsgrundsatz und die Pflicht der Verwaltung, die relevanten Tatsachen unter Mitwirkung der antragsstellenden Person zu ermitteln. Im Gegensatz dazu sind die Regeln und Grundsätze, die aus Art. 7(3) und 22 Dublin-III-VO und aus der Durchführungsverordnung hervorgehen, formell nicht anwendbar. In der Praxis gibt es jedoch erhebliche Überschneidungen zwischen den Beweisfragen, welche sich in Bezug auf Art. 8 EMRK und auf die Dublin-Verordnung stellen, sowie erhebliche Überschneidungen in Bezug auf die anwendbaren Regeln. Im Sinne einer good practice sollte die Erstinstanz die Familiensituation zu Beginn des Dublin-Verfahrens sowohl unter dem Blickwinkel der Dublin-Verordnung als auch der

¹⁷⁴ EGMR, *K. und T. gg. Finnland*, Nr. 25702/94, Urteil vom 12. Juli 2001, Ziff. 150, auf Englisch und Französisch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58576>.

¹⁷⁵ *Abdulaziz, Cabales und Balkandali*, Fussnote 37, Ziff. 62 f.

¹⁷⁶ Siehe S. Besson, E. Kleber, S. 31, Fussnote 173. Siehe auch BVGE 2017 VI/5, Erw. 8.5.4.1. Für das schockierende Argument, dass die Beziehung zwischen einem Vater und einem sehr jungen Kind «zu frisch» seien um als «enge Beziehung» zu gelten, siehe BVGer, F-762/2019, Erw. 5.

¹⁷⁷ Siehe z.B. die Haltung des Bundesamt für Migration in BVGE 2013/24, Erw. 5.1.

¹⁷⁸ Siehe BVGE 2012/4, Erw. 3.3.3.

¹⁷⁹ Siehe S. Besson, E. Kleber, S. 31, Fussnote 173; *M.P.E.V. und Andere*, Ziff. 31, Fussnote 173.

EMRK ganzheitlich ermitteln und dabei die verfahrensrechtliche Infrastruktur der Dublin-Verordnung (z. B. das Recht auf ein persönliches Gespräch und die Familienermittlung) in vollem Umfang nutzen.

Die Erkenntnis, dass Art. 8 EMRK anwendbar ist, löst eine Reihe von Verpflichtungen aus, die bereits unter Punkt 2.2 hervorgehoben wurden: Gewährleistung eines fairen Entscheidungsfindungsprozesses, in dessen Rahmen die durch Art. 8 EMRK geschützten Interessen gewahrt werden; Herstellung eines fairen Gleichgewichts zwischen den konkurrierenden Interessen des Einzelnen und der Gesellschaft; Sicherstellung eines effektiven Beschwerdemittels gegen mutmassliche Rechtsverletzungen sowie Nichtdiskriminierung beim Genuss des Familienlebens.

In Anwendung der allgemeinen Verpflichtung ein «fares Gleichgewicht» herzustellen und je nach den Umständen des Einzelfalles kann Art. 8 EMRK den Staat dazu verpflichten sicherzustellen, dass Familienangehörige bei der Anwendung der Dublin-Verordnung nicht getrennt oder dass sie zusammengeführt werden.

4.3.2 Ein faires Gleichgewicht nach Art. 8 EMRK herstellen: allgemeine Aspekte

Art. 8 EMRK garantiert Ausländerinnen und Ausländern nicht *per se* das Recht, in ein bestimmtes Land einzureisen oder sich dort aufzuhalten.¹⁸⁰ Ebenso wenig bringt es die «die generelle Verpflichtung auf Seiten eines Vertragsstaates [mit sich], die Wahl des Familienwohnsitzes durch ein verheiratetes Paar zu respektieren und Ehegatten, die nicht die Nationalität des Vertragsstaates haben, zur Niederlassung zu akzeptieren» (nicht-amtliche Übersetzung).¹⁸¹ Dennoch ist immer, wenn die Einwanderungskontrolle einen Einfluss auf das Familienleben hat eine sorgfältige Prüfung erforderlich, unter Einhaltung der soeben genannten Verpflichtungen.

Im Falle von Migrantinnen und Migranten mit einer Aufenthaltsbewilligung stellt eine vorgeschlagene oder tatsächliche Wegweisung, die zur Trennung von Familienangehörigen führt, einen verbotenen Eingriff dar, ausser er kann nach Art. 8(2) EMRK gerechtfertigt werden. Im Falle von Ausländerinnen und Ausländern, die um Aufnahme ersuchen – einschliesslich Schutzsuchender, die auf eine Entscheidung bezüglich ihres Antrages warten – stellt sich die Frage, ob die Behörden des Gaststaates «angesichts der Gesamtumstände nach Art. 8 EMRK verpflichtet waren, [...] einen Aufenthaltstitel zu gewähren und [den betroffenen Personen] damit die Ausübung von Familienleben auf [dem Hoheitsgebiet des Gaststaates] zu gestatten» (nicht-amtliche Übersetzung).¹⁸² Da Personen in einem Dublin-Verfahren in der Regel über kein Aufenthaltsdokument verfügen, fallen Dublin-Fälle normalerweise in die letztgenannte Kategorie.¹⁸³

¹⁸⁰ EGMR, *Jeunesse gg. die Niederlande*, Nr. 12738/10, Urteil vom 3. Oktober 2014, Ziff. 100, nicht-amtliche deutsche Übersetzung verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169929>, auf Englisch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147117>.

¹⁸¹ *Abdulaziz, Cabales und Balkandali*, Ziff. 68, Fussnote 37.

¹⁸² *Jeunesse*, Fussnote 180, Ziff. 104 ff. Siehe auch: EGMR, *Jihana Ali und Andere gg. die Schweiz und Italien*, Nr. 30474/14, Urteil vom 4. Oktober 2016, Ziff. 42ff, auf Englisch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168401>.

¹⁸³ Siehe z.B. *Z.H. und R.H.*, Ziff. 39 ff., Fussnote 69. Schutzsuchende, die über ein Aufenthaltsdokument des Staates verfügen, der die Zuständigkeit ermittelt, fallen unter dessen Zuständigkeit und können daher

Die Rechtsprechung unterscheidet sich in Fällen von Migrantinnen und Migranten mit einer Aufenthaltsbewilligung von jenen Fällen, in denen die Migrantinnen und Migranten auf ihre Aufnahme warten hinsichtlich der Argumentationsstruktur und vermutlich auch hinsichtlich des gewährten Schutzniveaus.¹⁸⁴ Die anwendbaren Grundsätze sind allerdings ähnlich: «in beiden Kontexten ist auf einen gerechten Ausgleich zwischen den konkurrierenden Interessen des Einzelnen und der Gesellschaft als Ganzes zu achten; und in beiden Kontexten genießt der Staat einen gewissen Ermessensspielraum» (eigene Übersetzung).¹⁸⁵ Bei dieser Abwägung müssen – wie vom Gerichtshof selbst dargelegt – folgende Faktoren berücksichtigt werden: «das Ausmaß, in dem Familienleben tatsächlich unterbrochen würde, das Ausmaß der Bindungen im Vertragsstaat, das Bestehen unüberwindbarer Hindernisse für ein gemeinsames Leben der Familie im Herkunftsstaat des betroffenen Fremden und das Bestehen von Faktoren der Einwanderungskontrolle» (nicht-amtliche Übersetzung).¹⁸⁶ Ein weiterer äusserst wichtiger Faktor, der in dieser Passage nicht explizit erwähnt wird, ist die Art und die Intensität der familiären Beziehung – in anderen Worten: die familiäre Situation der betroffenen Personen.¹⁸⁷ In diesem Zusammenhang ist wichtig anzumerken, dass die Behörden nicht nur die Situation und die Interessen der antragsstellenden Person, sondern auch jene ihrer Familienangehörigen berücksichtigen müssen.¹⁸⁸ Immer wenn Kinder auf die eine oder andere Weise betroffen sind, muss ihr Wohle in den Erwägungen der Behörden an erster Stelle stehen und als deren Herzstück fungieren.¹⁸⁹

Insgesamt neigt der Strassburger Gerichtshof dazu, das Recht der Vertragsstaaten auf die Kontrolle über Einreise und Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern zu respektieren und nur in besonders dringlichen Fällen Verpflichtungen über den Aufenthalt nach Art. 8 EMRK abzuleiten.¹⁹⁰ Dies scheint auch auf die wenigen Urteile und

nicht überstellt werden, es sei denn sie stimmen der Anwendung höherrangiger Familienkriterien zu. Siehe Art. 12 und 19 Dublin-III-VO.

¹⁸⁴ Für eine eingehende Analyse, siehe F. Maiani, *L'unité familiale et le système de Dublin - Entre gestion des flux migratoires et respect des droits fondamentaux*, Helbing & Lichtenhahn, 2006, Kapitel VI, insbesondere zu Abs.106 ff.

¹⁸⁵ Originaltext: «in both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation». Siehe z.B. EGMR, *El Ghatet gg. die Schweiz*, Beschwerde Nr. 56971/10, Urteil vom 8. November 2016, Ziff. 43, nicht-amtliche deutsche Übersetzung verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182125>; auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5836a1854.html>. Siehe auch *Tanda-Muzinga*, Ziff. 64, Fussnote 35.

¹⁸⁶ *Tanda-Muzinga*, Ziff. 66, Fussnote 35; *Jeunesse*, Ziff. 107, Fussnote 180. Siehe auch: EGMR, *A.S. gg. die Schweiz*, Nr. 39350/13, Urteil vom 30. Juni 2015, Ziff. 47, nicht-amtliche deutsche Übersetzung verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-173128>; auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5592b8064.html>. Ausserdem *Z.H. und R.H.*, Ziff. 41, Fussnote 69.

¹⁸⁷ Siehe z.B. EGMR, *Haliti gg. die Schweiz*, Nr. 14015/02, Urteil vom 1. März 2005, auf Französisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,42d3ea164.html>; EGMR, *Boultif gg. die Schweiz*, Nr. 54273/00, Urteil vom 2. August 2001, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,468cbc9e12.html>.

¹⁸⁸ Siehe in diesem Zusammenhang *Jeunesse*, Ziff. 117, Fussnote 180.

¹⁸⁹ Siehe z.B. *Tanda-Muzinga*, Ziff. 67, Fussnote 35 und *El Ghatet*, Ziff. 46, Fussnote 185.

¹⁹⁰ Für eine überzeugende Gesamtanalyse und eine besonders kritische Würdigung, siehe M.-B. Dembour, *When Humans Become Migrants*, OUP, 2015, Kapitel 4.

Entscheidungen zuzutreffen, die bisher im Dublin-Kontext zu Art. 8 EMRK getroffen wurden.¹⁹¹ Diese werden im Folgenden untersucht. Als Vorbemerkung sei darauf hinzuweisen, dass besondere Zurückhaltung geboten ist, diese als Präzedenzfälle zu behandeln. Erstens ist ihre aktuelle Relevanz mit Blick auf jüngere Entwicklungen in der Praxis anderer internationaler Organe zu überprüfen (siehe Punkt 4.3.4). Zweitens ist die Rechtsprechung noch spärlich und im Grossen und Ganzen stark von den spezifischen Tatsachen im Einzelfall abhängig.¹⁹² Drittens, wie im folgenden Punkt 4.3.3 dargelegt, ist die Argumentation des Gerichtshof in diesen Entscheidungen bei weitem nicht vollständig ausgereift.

Das BVGer hat der Frage seinerseits zwei Leiturteile und eine beachtliche Anzahl an «unveröffentlichten» Urteilen – wovon viele eher kasuistischer Natur sind – gewidmet. Einen Überblick über diese ausgiebige Rechtsprechung geben zu wollen, würde den Rahmen dieser Studie sprengen. Stattdessen wird im Folgenden auf jene Argumente, die innerhalb des Dublin-Kontextes oft entscheidend sind – oder sein sollten – fokussiert. Besondere Überlegungen, die sich aus Situationen der Verletzlichkeit ergeben, werden in Punkt 4.3.4 besprochen.

4.3.3 Ein faires Gleichgewicht nach Art. 8 EMRK herstellen: Dublin-spezifische Aspekte

Immer wenn im Zusammenhang von Art. 8 EMRK die Interessen des Einzelnen und die Interessen der Gesellschaft gegeneinander abgewogen werden, stellt die Möglichkeit, dass das Bestehen und der Genuss von Familienleben anderswo nicht ohne ungerechtfertigte Beschränkungen möglich einen überaus wichtigen Bestandteil der Beurteilung dar.

Im Zusammenhang mit dem Dublin-System wird leider oft leichtfertig angenommen, dass die Möglichkeit besteht, das Familienleben an einem anderen Ort leben zu können. Daher stellte das BVGer in BVGE 2012/4 fest, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die antragsstellende Person – deren Asylantrag in Frankreich bereits abgewiesen wurde – dort ein Verfahren zur Familienzusammenführung in Anspruch nehmen könne.¹⁹³ In ähnlicher Weise wies das EGMR in *Z.H. und R.H.* den Vorwurf, dass Art. 8 EMRK verletzt worden war, *inter alia* damit zurück, dass nicht vorgebracht worden sei, dass die Frau des Antragsstellers – selbst eine Schutzsuchende ohne Recht auf Bewegungsfreiheit – jemals «daran gehindert gewesen [sei], sich dem zweiten Beschwerdeführer anzuschliessen, nachdem dieser nach Italien ausgewiesen worden war» (nicht-amtliche Übersetzung).¹⁹⁴

¹⁹¹ A.S., Fussnote 186; EGMR, *A.M. gg. die Schweiz*, Nr. 37466/13, Urteil vom 3. November 2015, auf Englisch und Französisch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-158985>; *Z.H. und R.H.*, Fussnote 69; *Jihana Ali*, Fussnote 182.

¹⁹² Siehe z.B. *Z.H. und R.H.*, insbesondere Ziff. 43-45 und die zustimmende Meinung von Richter Nicolaou, der auf Unsicherheiten in Bezug auf das Bestehen von «Familienleben» und die sehr kurze Trennungsdauer hinweist. Als ein weiteres Beispiel war im Fall von *Jihana Ali* das Argument für die Familieneinheit besonders schwach und wurde durch den gewaltsamen Widerstand der Erstantragstellerin gegen ihre eigene Überstellung und die ihres Sohnes weiter untergraben. Fussnote 69

¹⁹³ Siehe z.B. BVGE 2012/4, Erw. 4.4.4.

¹⁹⁴ *Z.H. und R.H.*, Ziff. 45, Fussnote 69.

Solch spekulative Annahmen sind problematisch, weil sie dazu führen können, dass die Behörden einen Anspruch nach Art. 8 EMRK ablehnen, wenn realistischerweise *keine* Möglichkeit besteht, sich an einem anderen Ort zu vereinen. Im Dublin-Kontext sollte vielmehr grundsätzlich angenommen werden, dass die Möglichkeiten zum Genuss des Familienlebens an einem anderen Ort stark eingeschränkt sind. Erstens ist eine Rückkehr der Familie in den Herkunftsstaat der antragsstellenden Person, um dort das Familienleben zu geniessen, ausgeschlossen so lange der Asylantrag hängig ist. Zweitens haben Familienangehörige gemäss EU-Gesetzgebung nicht das Recht, der antragsstellenden Person in den zuständigen Staat zu folgen, sofern die Familienangehörigen nicht EU- oder EFTA-Bürgerinnen und -Bürger sind – insbesondere nicht, wenn es sich um Schutzsuchende handelt.¹⁹⁵ Drittens könnte ihnen ein solches Recht zwar später durch den Erhalt des Flüchtlingsstatus zukommen,¹⁹⁶ wenn die antragsstellende Person hingegen subsidiären Schutz oder einen «humanitären» Schutzstatus erhält, kann sie nicht vom EU-weiten Recht der Familienzusammenführung profitieren und die Möglichkeiten der Zusammenführung sind von der nationalen Gesetzgebung oder Praxis abhängig.¹⁹⁷ Ebenso wenig zieht ein Aufenthaltsstatus in einem anderen Mitgliedstaat automatisch das Recht nach sich, sich mit der Familie zu einem späteren Zeitpunkt in der Schweiz niederzulassen. Tatsächlich ist die Schweiz nicht einmal dazu verpflichtet, die begrenzten Freizügigkeitsrechte anzuerkennen, welche den Schutzbegünstigten theoretisch durch die Richtlinie über die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatenangehörigen zustehen.¹⁹⁸ Viertens sind die Ersatzformen für den zwischenmenschlichen Kontakt durch moderne Kommunikationsmittel¹⁹⁹ nicht mit dem Genuss der «Gesellschaft des Anderen» zu vergleichen, welche den Kern des Rechts auf die Achtung des Familienlebens bildet.²⁰⁰

Kurz zusammengefasst: Zwar kann die Möglichkeit bestehen, nach einer Dublin-Überstellung das Familienleben unter sehr spezifischen Umständen wieder herzustellen.

¹⁹⁵ Drittstaatenangehörige in Besitz eines Schweizer Aufenthaltsdokument geniessen ausser für Kurzaufenthalte nach dem Schengener Grenzcode keine Personenfreizügigkeit. (Rat der Europäischen Union, *Verordnung (EG) No. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex)*, AB L 2006 105/1, verfügbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R0562&from=EN>.

¹⁹⁶ Siehe Rat der Europäischen Union, *Richtlinie 2003/86/EC des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung*, AB L 2003 251/12, Art. 9 ff, verfügbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0086&from=EN>.

¹⁹⁷ Siehe Europäisches Migrationsnetzwerk, *Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2016 Family Reunification of Third-Country Nationals in the EU plus Norway: National Practices*, April 2017, insbesondere Seiten 12, 15 und 20, auf Englisch verfügbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/00_family_reunification_synthesis_report_final_en_print_ready_0.pdf
Die Gesetzgebung des Staates, nach der ein Status gewährt wurden, könnte auch ein Reisehindernis darstellen: siehe BVGer, F-762/2019, Erw. 7.4.

¹⁹⁸ Rat der Europäischen Union, *Richtlinie 2003/109/EG vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatenangehörigen*, 23. Januar 2004, AB L 16-44, verfügbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0109&from=en>.

¹⁹⁹ Siehe z.B. BVGer, D-4424/2016, S. 11; BVGer, F-6/2019, S. 9.

²⁰⁰ EGMR, *Olsson gg. Schweden Nr. 1*, Nr. 10465/83, Urteil vom 24. März 1988, Ziff. 59, nicht-amtliche deutsche Übersetzung verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-188597>; auf Englisch und Französisch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57548>. Siehe auch BVGer, F-762/2019, Erw. 7.4.

Davon kann aber nicht ausgegangen werden und die Möglichkeit ist, wenn sie denn überhaupt in Betracht gezogen wird, einer sehr gründlichen und realistischen Prognose zu unterziehen.²⁰¹ Dementsprechend sollten Behörden im Dublin-Zusammenhang geltend gemachte Ansprüche nach Art. 8 EMRK nicht aufgrund der generellen Annahme, dass eine solche Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, missachten.

Hinzu kommt dass, selbst wenn es *stricto sensu* für die betroffenen Personen möglich wäre, das Familienleben anderswo zu leben, in Betracht gezogen werden sollte, ob die zu erbringenden Opfer für die bereits in der Schweiz anwesenden Personen verhältnismässig wären.²⁰² Diesbezüglich überprüfen die Schweizer Behörden, ob die Familie als Ganzes engere Bindungen zu der Schweiz oder zum anderen Mitgliedstaat, in dem die Zusammenführung möglich wäre, unterhält.²⁰³ Dagegen ist *per se* nichts einzuwenden. Es sollte allerdings wiederum die Situation aller betroffenen Personen (inklusive deren Migrationsstatus) konkret und ganzheitlich berücksichtigt werden, statt isolierte Umstände wie die voraussichtliche Aufenthaltsdauer im Hoheitsgebiet eines Staates.²⁰⁴

Ein weiteres wiederkehrendes Argument, mit dem Personen konfrontiert sehen, die sich auf Art. 8 EMRK berufen, um eine Dublin-Überstellung zu verhindern, ist, dass eine Trennung akzeptiert werden muss, da sie nur «vorübergehend» sein wird. Dieses Argument ist insbesondere einem publizierten Urteil des BVGer von 2012 zu entnehmen.²⁰⁵ Im Grundsatz ist die Argumentation stichfest: Die Länge der Trennung ist durchaus ein relevanter Faktor, um die Vereinbarkeit einer staatlichen Massnahme mit Art. 8 EMRK²⁰⁶ zu bewerten, auch im Dublin-Kontext.²⁰⁷ Aufgrund des weiter oben beschriebenen gesetzlichen Rahmens, der die Bewegungsfreiheit innerhalb der EU für Drittstaatenangehörige regelt, und aufgrund der unterschiedlich langen Dauer der Asyl-Verfahren in den verschiedenen Dublin-Staaten ist es in der Regel aber schwierig diesbezüglich eine verlässliche Prognose zu machen und «vorübergehend» kann durchaus eine Trennung über einen beachtlichen Zeitraum hinweg bedeuten. Darüber hinaus können je nach Sachverhalt bereits kurze Phasen der Trennung gegen Art. 8 EMRK verstossen, worauf das BVGer im BVGE 2013/24 richtigerweise selbst hingewiesen hat.²⁰⁸ Dies trifft insbesondere dann zu, wenn Kinder von einem ihrer Elternteile getrennt

²⁰¹ Siehe z.B. BVGE 2013/24, Erw. 5.1 *in fine*.

²⁰² Siehe EGMR, *Sen gg. die Niederlande*, Nr. 31465/96, Urteil vom 21. Dezember 2001, Ziff. 38 – 41, auf Französisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.402a26b74.html>; EGMR, *Tuquabo-Tekle und Andere gegen die Niederlande*, Beschwerde Nr. 60665/00, Urteil vom 1. Dezember 2005, Ziff. 47ff, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases.ECHR.43a29e674.html>; *Jeunesse*, Ziff. 120 ff., Fussnote 180.

²⁰³ J.-P. Monnet, S. 435 und angegebene Referenzen, Fussnote 51.

²⁰⁴ Vergleiche BVGE 2012/4, Erw. 4.4.4 und BVGE 2013/24, Erw. 5.1.

²⁰⁵ Siehe wiederum BVGE 2012/4, Erw. 4.4.4.

²⁰⁶ Siehe z.B. EGMR, *Gül gg. die Schweiz*, Nr. 23218/94, Urteil vom 19. Februar 1996, Ziff. 36, auf Englisch und Französisch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57975>; EGMR, *Yilmaz gg. Deutschland*, Nr. 52853/99, Urteil vom 17. April 2003, Ziff. 48, deutsche Übersetzung des Bundesministeriums der Justiz verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139222>.

²⁰⁷ *Z.H. und R.H.*, Ziff. 45, Fussnote 69 und zustimmende Meinung von Richter Nicolaou *in fine*.

²⁰⁸ Siehe BVGE 2013/24, Erw. 5.1.

werden²⁰⁹ oder, analog dazu, wenn abhängige Personen von denjenigen getrennt werden, die ihnen emotionale und praktische Unterstützung bieten.

Während die eben aufgeführten Aspekte in Rechtsstreitigkeiten zu Dublin-Verfahren ziemlich intensiv diskutiert wurden, wurden andere, mindestens ebenso relevante, Aspekte bisher weitgehend sowohl vom EGMR als auch vom BVGer ignoriert:

- Erstens, wie der EGMR vielfach festhielt, handelt es sich bei Asylsuchenden und Flüchtlingen um eine verletzbare Gruppe, der besonderer Schutz zusteht.²¹⁰ Dieser Aspekt, welcher in Diskussionen betreffend die Vereinbarkeit von Überstellungen mit Art. 3 EMRK dominiert,²¹¹ bleibt in «Familien»-Fällen oft unbeachtet. Der Fall *A.S.*, der im nächsten Punkt besprochen wird, ist ein unerhörtes Beispiel hierfür. Selbst im Fall *Z.H. und R.H.* hat der Strassburger Gerichtshof das durch die Überstellung ihres Ehemannes ausgelöste, grosse Leid der jungen Braut nicht berücksichtigt.²¹² Die besondere Verletzlichkeit (und die besondere Stellung) von Schutzsuchenden und Flüchtlingen sollte insbesondere in Entscheidungen über Familiengründung und Familientrennung in Betracht gezogen werden. Aus der ständigen Rechtsprechung, die auch auf Schutzsuchende anzuwenden ist, ergibt sich zwar, dass familiäre Bindungen, die während Phasen eines «geduldeten» Aufenthalts gebildet wurden, in der Regel keine Ausnahmeverpflichtung für den Gaststaat mit sich bringen.²¹³ Hingegen sollte aber familiären Bindungen, die vor der oftmals unfreiwilligen Trennung gebildet wurden, erhebliches Gewicht zugunsten der Interessen der antragsstellenden Person beigemessen werden.²¹⁴ Ebenso ist es, wie in Punkt 4.3.1 dargelegt, unzulässig die tatsächlich gelebte familiäre Bindung aufgrund Phasen der unfreiwilligen Trennung, ausgelöst durch die Umstände der Flucht und der Weiterreise, infrage zu stellen.
- Wenn die Vereinbarkeit einer Überstellung oder einer anderen Massnahme nach der Dublin-Verordnung mit Art. 8 EMRK überprüft wird, ist es wichtig, das auf dem Spiel stehende öffentliche Interesse korrekt zu ermitteln und beurteilen.
 - Unter der Annahme, dass keine besonderen Umstände vorliegen, ist das Interesse an einer Dublin-Überstellung – nach der Taxonomie von Art. 8 EMRK – «das öffentliche Interesse der belangten Regierung an der Einwanderungskontrolle» (nicht-amtliche Übersetzung).²¹⁵ Während dies unbestreitbar ein legitimes öffentliches Interesse

²⁰⁹ Generell zum Zeitfaktor in Verfahren zur Familienzusammenführung, siehe *Tanda-Muzinga*, Ziff. 80, Fussnote 35.

²¹⁰ Siehe z.B. *M.S.S.*, Ziff. 251, Fussnote 32, Ziff; EGMR, *Tarakhel gg. die Schweiz*, Nr. 29217/12, Urteil vom 4. November 2014, Ziff. 118 ff., nicht-amtliche deutsche Übersetzung verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170514>; auf Englisch verfügbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148070>.

²¹¹ Siehe z.B. *M.S.S.*, Fussnote 32.

²¹² *Z.H. und R.H.*, Fussnote 69, Zustimmende Meinung von Richter Nicolaou, S. 13.

²¹³ Siehe insbesondere *Jeunesse*, Ziff. 103 f., Fussnote 180 sowie *A.S.*, Ziff. 44, Fussnote 186 und *Z.H. und R.H.*, Ziff. 38, Fussnote 69. Zu Schweizer Praxis, siehe BVGE 2012/4, Erw. 4.4.3 f.

²¹⁴ Siehe *Tanda-Muzinga*, Ziff. 74 ff., Fussnote 35.

²¹⁵ Siehe z.B. *Jeunesse*, Ziff. 121, Fussnote 180; *Z.H. und R.H.*, Ziff. 46, Fussnote 69.

darstellt, übersehen die Entscheidungsträger oft, dass die Intensität dieses Interessens weit weniger ausgeprägt ist als in Strafsachen. Darüber hinaus ist das öffentliche Interesse an der Einwanderungskontrolle in Dublin-Fällen wohl weniger ausgeprägt als in Fällen der regulären Familienzusammenführung. Denn während es sich bei den Dublin-Fällen um eine Art vorübergehende Aufnahme handelt, die dauerhaft werden kann oder nicht, geht es in den regulären Fällen unmittelbar darum, ob sich eine Ausländerin oder ein Ausländer in einem Land *niederlassen* darf.²¹⁶

- Wie Jean-Pierre Monnet dargelegt hat, ist das öffentliche Interesse an einer Überstellung noch geringer, wenn die antragsstellende Person nachweislich die Bedingungen für einen späteren Familiennachzug in die Schweiz erfüllt – insbesondere wenn ihr das Recht auf Familienasyl nach Art. 51 AsylG zusteht.²¹⁷ In solchen Fällen würde die Überstellung in einen anderen Mitgliedstaat keinem erkennbaren öffentlichen Interesse dienen, weshalb darauf in der Regel zugunsten der Anwendung der Selbsteintrittsklausel verzichtet werden sollte.
- Das öffentliche Interesse reicht *a priori* auch nicht aus, um einen Eingriff ins Familienleben zu rechtfertigen, wenn die Verwaltung bloss aus praktischer Gründen beschliesst, die Zuständigkeit im Rahmen der Selbsteintrittsklausel zu übernehmen und damit die Anwendung der familienbezogenen Kriterien verhindert.²¹⁸ In solchen Fällen sollte die Anwendung der Selbsteintrittsklausel als Eingriff in das Recht auf die Achtung des Familienlebens erachtet werden und unseres Erachtens nach deckt keines der in Art. 8(2) EMRK aufgeführten Interessen die reine Zweckmässigkeit für die Verwaltung ab.
- In Bezug auf «Dublin-Recht» und nicht EMRK-Recht sollte bei der Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen der Erwägungsgrund 14 Dublin-III-VO berücksichtigt werden, der die «Achtung des Familienlebens» als «*vorrangige* Erwägung» für die Dublin-Verordnung durchführenden Behörden erwähnt (Hervorhebung hinzugefügt). Wie in Punkt 2.3 dargelegt, bedeutet dies entsprechend dem Grundsatz des Kindeswohls, dass der Einheit der Familie bei

²¹⁶ Für eine ähnliche Argumentationslinie, siehe J.-P. Monnet, S: 433, Fussnote 51. Der EGMR hat seinerseits noch nicht solch feine Unterscheidungen getroffen: siehe *A.S.*, Ziff. 46, Fussnote 186; *Z.H. und R.H.*, Ziff. 40, Fussnote 69. Dies schliesst natürlich nicht aus, dass in besonderen Fällen, die durch den klaren Versuch gekennzeichnet sind, die regulären Regeln der Familienzusammenführung zu umgehen, das öffentliche Interesse an der Einwanderungskontrolle besonders ausgeprägt sein kann: siehe BVGer, F-762/2019, Erw. 7.2.1.

²¹⁷ *Asylgesetz vom 26. Juni 1998*, RS 142.31, verfügbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995092/index.html>. J.-P. Monnet, S. 433, Fussnote 51. Zum Rahmen der Anwendung von Art. 51, siehe BVGE 2017 VI/4 sowie BVGer, E-5669/2016 und BVGer, E-1721/2019. Zu Art. 51(4) und den Bedingungen der Familienbildung vor der Flucht, siehe BVGer, D-3664/2016.

²¹⁸ *M.A. und Andere*, C-661/17, Ziff. 58, Fussnote 155. Für Beispiele, siehe UNHCR, *Left in Limbo*, S. 126, Fussnote 13. Solche Situationen sollten in der Schweiz theoretisch nicht vorkommen, da humanitäre Gründe neben der Einhaltung internationaler Verpflichtungen die einzigen Gründe darstellen, die es erlauben von den regulären Kriterien abzuweichen. In der Praxis kann es dennoch nicht vollkommen ausgeschlossen werden: siehe J.-P. Monnet, S. 409, Fussnote 51.

der Umsetzung des Dublin-Systems erhebliches Gewicht beigemessen werden muss.

Diese Argumente sprechen eindeutig für die Wahrung oder die Wiederherstellung der Einheit der Familie innerhalb des Dublin-Kontexts und untermauern die in Punkt 4.1 dargelegte Schlussfolgerung, wonach die Fälle, in welchen Art. 8 EMRK dies verlangt, nicht als «Ausnahmefälle» behandelt werden sollten. In einem System, in dem der Schutz der Familie eine «vorrangige Erwägung» darstellt, sollte der Erhalt oder die Förderung der Einheit der Familie in der Tat die Regel und nicht die Ausnahme darstellen. Diese Schlussfolgerung gilt *a fortiori* in den in der Folge vertieft betrachteten Situationen, welche sich durch besondere Verletzlichkeiten auszeichnen.

4.3.4 Besondere Überlegungen betreffend Situationen der Abhängigkeit und der Verletzlichkeit

Während Schutzsuchende generell als «verletzliche Gruppe» gelten, kann die Anwendung der Dublin-Verordnung Personen in Situationen besonderer Verletzlichkeit oder Abhängigkeit (z. B. kranke oder ältere Personen, Kinder, schwangere Frauen, Mütter mit jungen Kindern) betreffen. Aufgrund des begrenzten Anwendungsbereichs bietet Art. 16 Dublin-III-VO für diese Personen keinen umfassenden Schutz vor der Härte der Dublin-Verfahren. Deshalb kann sich die Anwendung der Ermessensklauseln als notwendig erweisen.

Aus menschenrechtlicher Perspektive kann die Verletzlichkeit einer Person bestimmte Fragen aufwerfen.

Zunächst einmal kann der Gesundheitsstatus einer Person *per se* unvereinbar mit einer Überstellung sein²¹⁹ oder es können Zweifel über die Verfügbarkeit angemessener Aufnahmeeinrichtungen oder medizinischer Versorgung im zuständigen Staat bestehen. Solche Fragen – die normalerweise in Bezug auf das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung analysiert werden – stehen nicht notwendigerweise in Bezug zur Einheit der Familie²²⁰ und sind nicht *per se* Gegenstand der vorliegenden Studie. Dennoch ist zu unterstreichen, dass in eben beschriebenen Fällen angemessene Garantien vorliegen müssen, dass die Einheit der Familie bewahrt wird:

- Wie im *Tarakhel*-Urteil des EGMR explizit bestätigt wurde, hat der überstellende Staat die Verpflichtung, Garantien vom zuständigen Staat einzuholen, dass Familien mit Kindern bei der Aufnahme oder Wiederaufnahme nicht getrennt werden.²²¹ Das BVGer hat die Anwendung solcher Verpflichtungen auf andere

²¹⁹ Siehe z.B. *C. K.*, C-578/16, Fussnote 158

²²⁰ Siehe z.B. UN-Ausschuss gegen Folter (CAT), *Adam Harun gg. die Schweiz*, Mitteilung Nr. 758/2016, 8. Februar 2019, auf Französisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/pdfid/5c5ab4bc4.pdf>.

²²¹ *Tarakhel*, Ziff. 120, Fussnote 210. In der Praxis werden immer noch Probleme beobachtet: siehe SFH/DRC, *Is mutual trust enough?*, 9. Februar 2017, S. 13 und 17, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.osar.ch/assets/news/2017/drc-osar-drmp-report-090217.pdf>; SFH/DRC, *Mutual trust enough is still not enough*, 12. Dezember 2018, S. 22, auf Englisch verfügbar unter: <https://drc.ngo/media/5015811/mutual-trust.pdf>.

Kategorien verletzlicher Personen verneint.²²² Jedoch ist der Rechtssache *A.S.* des EGMR eindeutig zu entnehmen, dass sämtliche im *Tarakhel*-Fall dargelegten Grundsätze, einschliesslich jener zur Einheit der Familie, zumindest auch für «ernsthaft kranke» zu überstellende Personen gelten.²²³ Darüber hinaus hat der UN-Ausschuss gegen Folter jüngst die Anwendbarkeit von Pflichten, die mit den aus dem *Tarakhel*-Urteil abgeleiteten vergleichbar sind, auf Folteropfer bekräftigt.²²⁴

- Als logische Folge des im *Tarakhel*-Urteil bekräftigten Prinzips der Einheit der Familie sollte beim Verzicht auf eine Überstellung aufgrund der Verletzlichkeit bestimmter Familienangehöriger darauf geachtet werden, dass diese dadurch nicht vom Rest ihrer Familie getrennt werden, da letzterer überstellt wird.²²⁵

Dublin-Überstellungen in Situationen, die durch besondere Verletzlichkeit gekennzeichnet sind, können auch direkter Fragen der Einheit der Familie aufwerfen. Beispielsweise, wenn die zu überstellende Person als besonders verletzlich gilt und ihr durch eine Überstellung die familiäre Unterstützung im überstellenden Staat entzogen werden würde – oder *vice versa*, wenn eine Überstellung es für die überstellende Person unmöglich machen würde, einer oder einem verletzlichen Familienangehörigen Pflege und Unterstützung zu leisten.

Ein solcher Fall wurde vom EGMR in *A.S. gegen die Schweiz* sowohl hinsichtlich Art. 3 als auch Art. 8 EMRK untersucht. In diesem Fall sollte ein Folteropfer, das an einer post-traumatischen Belastungsstörung litt und Unterstützung seiner Schwestern in Genf erhielt, nach Italien überstellt werden. Es ist anzumerken, dass nach der in Punkt 3.4.3 dargelegten Interpretation Art. 16 Dublin-III-VO hätte angewendet und dass die Frage nicht unter dem Blickwinkel der Ermessensklauseln hätte behandelt werden sollen.

Vor dem EGMR verwies der Antragssteller sowohl auf die unangemessenen Bedingungen, die ihn in Italien erwarten würden, als auch auf die negativen Auswirkungen, die er durch den Entzug der familiären Unterstützung erleiden würde. Der Gerichtshof hat beide Anträge zurückgewiesen. Erstens kam er unter Anwendung des restriktiven Tests gemäss *N. gegen das Vereinigte Königreich* zum Schluss, dass die Krankheit des Antragsstellers unter Art. 3 EMRK kein Problem aufwerfe.²²⁶ Dieser Teil des Urteils stellt jedoch nicht mehr geltende Rechtsprechung dar. Zum einen hat der Gerichtshof den anwendbaren Test mittlerweile überarbeitet.²²⁷ Zum Anderen hat der Europäische Gerichtshof einen milderen Test festgelegt, der im Dublin-Kontext angewendet werden soll.²²⁸ Zweitens hat

²²² Siehe BVGE 2017 VI/10, Erw. 5.3 ff.

²²³ *A.S.*, Ziff. 36, Fussnote 186.

²²⁴ Siehe insbesondere CAT, *A.N gg. die Schweiz*, Mitteilung Nr. 742/2016, 3. August 2018, Ziff. 8.6 und 8.8., auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/cases,CAT,5b964c664.html>. Siehe auch CAT, *Adam Harun gg. die Schweiz*, Fussnote 220.

²²⁵ Für ein Beispiel wie rein administrative Fehler zu einer solchen Trennung führen können, siehe *Z.H. und R.H.*, Fussnote 69.

²²⁶ *A.S.*, Ziff. 31 – 38, Fussnote 186.

²²⁷ *Paposhvili v. Belgium*, Ziff. 181 ff., Fussnote 34. Siehe auch BVGE 2017 VI/7, Erw. 6.2.

²²⁸ *C. K.*, C-578/16, Ziff. 74, Fussnote 158. Nach dieser Rechtsprechung stellen Überstellungen, die ein tatsächliches und nachweisliches Risiko einer erheblichen und dauerhaften Verschlechterung des

der Gerichtshof hinsichtlich Art. 8 EMRK lediglich standardmässige Formulierungen von zweifelhafter Relevanz für den vorliegenden Fall wiederholt²²⁹ und festgehalten, dass der Antragssteller während seines kurzen Aufenthalts in der Schweiz keine starken familiären Bindungen zu seinen Schwestern hätte aufbauen und entwickeln können.²³⁰ Dieses letzte Argument hatte allerdings nichts mit den vom Antragssteller vorgebrachten Aspekten zu tun. Was die Einheit der Familie betrifft, so hatte der Antragssteller argumentiert, dass er (a) als Folteropfer nachweislich auf die Unterstützung seiner Schwestern angewiesen sei und dass (b) die vorgeschlagene Überstellung ihm diese Unterstützung entziehen würde. Der Gerichtshof hat sich weder unter dem Blickwinkel von Art. 3 noch demjenigen von Art. 8 EMRK mit diesen Punkten vollständig auseinandergesetzt.²³¹

Dieses bedauerliche Urteil hat das SEM offenbar dazu ermutigt, einen restriktiven Kurs einzuschlagen.²³² Diese Praxis muss in Hinblick auf die jüngsten Mitteilungen des UN-Ausschuss gegen Folter überdacht werden. Im Fall *A.N.*, der vom Fall *A.S.* kaum zu unterscheiden ist und die Frage aufwirft, ob eine Überstellung nach Italien mit der CAT vereinbar sei, hat der Ausschuss der Tatsache erhebliches Gewicht beigemessen, dass eine solche Massnahme dem Antragssteller die Unterstützung seiner erweiterten Familie (in diesem Falle des Bruders) entziehen und somit seine Rehabilitation gefährden würde.²³³ Der Ausschuss kam zum Schluss, dass eine Überstellung mit der CAT unvereinbar wäre.

Es wäre falsch, diesen Beschluss als eine isolierte Entscheidung zu betrachten. Im Gegenteil: Im Falle *A.N.* wurden grundlegende Fragen aufgeworfen und ein wichtiger Präzedenzfall geschaffen. Folteropfer fliehen oftmals in ein Land, in dem sich Familienangehörige aufhalten, da familiäre Unterstützung für den Wiederaufbau ihres Lebens in einer neuen und ungewohnten Umgebung unerlässlich ist. In Anerkennung dessen hat der Ausschuss klargestellt, dass Folteropfer nach Art. 14 CAT ein Recht auf medizinische und soziale Rehabilitation haben und der Entzug der familiären Unterstützung durch die Überstellung in einen anderen Staat in der Regel gegen diese Bestimmung verstösst.

Der Fall von *A.N.* sollte auch zu einer Neubetrachtung des Falles von *A.S.* aus Sicht des Art. 8 EMRK führen. Aufgrund dessen, was soeben zur Relevanz der familiären Unterstützung für die Rehabilitation von Folteropfern gesagt wurde und aufgrund der aussergewöhnlichen Verletzlichkeit dieser Personen, sollten besondere Abhängigkeitselemente im Sinne von Art. 8 EMRK per Definition als vorhanden erachtet werden.

Gesundheitszustandes des Antragstellers mit sich bringen eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung dar. Siehe auch BVGE 2017 VI/10, Erw. 6.4 ff.

²²⁹ z.B. *A.S.*, Ziff. 44, Fussnote 186, über die Konfrontation der staatlichen Behörden mit dem Familienleben als *fait accompli*, wobei faktisch nicht ernsthaft bestritten wurde, dass die Beziehung zwischen dem Antragssteller und seinen Schwestern bereits im Herkunftsland bestand.

²³⁰ Ebenda, Ziff. 49.

²³¹ Ebenda, Ziff. 20 und 41. Siehe auch S. Nicolosi, R. Delbaere, *A.S. v. Switzerland: missed opportunity to explain different degrees of vulnerability in asylum cases*, 16. Juli 2015, auf Englisch verfügbar unter: <https://strasbourgobservers.com/2015/07/16>.

²³² Siehe z.B. BVGer, D-7674/2015; BVGer, D-6273/2017; BVGer, D-2069/2016.

²³³ CAT, *A.N. gg. die Schweiz*, Ziff. 8.7 und 8.10, Fussnote 224.

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass die Behörden in ähnlichen Konstellationen wie jenen von *A.S.* und *A.N.* von der Annahme ausgehen sollten, dass die Überstellung in einen anderen Mitgliedstaat unzulässig ist und dass stattdessen von der Selbsteintrittsklausel Gebrauch gemacht werden sollte. Da diese Argumentationslinie zu grossen Teilen auf der Verletzlichkeit der betroffenen Personen beruht, spricht vieles dafür, dass der Präzedenzfall von *A.N.* nicht nur für Folteropfer, sondern auch auf andere Kategorien von besonders verletzlichen Personen anzuwenden ist, die in der Schweiz familiäre Unterstützung erhalten und aus dem einen oder anderen Grund nicht in den Anwendungsbereich des Art. 16 Dublin-III-VO oder anderen Familienkriterien fallen.

Dies ist insbesondere bei Kindern der Fall, die Opfer «irgendeiner Form von Vernachlässigung, Ausbeutung oder Mißhandlung, der Folter oder einer anderen Form grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe oder aber bewaffneter Konflikte geworden» sind. Nach Art. 39 KRK müssen Staaten alle geeigneten Massnahmen vornehmen, um die physische und psychische Genesung und die soziale Wiedereingliederung dieser Kinder zu fördern, in einer Umgebung, die «der Gesundheit, der Selbstachtung und der Würde» des Kindes förderlich ist. Dies sollte in der Regel die Überstellung des Kindes aus einem unterstützenden familiären Umfeld ausschliessen.

4.3.5 Der gleichberechtigte Genuss des Familienlebens nach der Dublin-Verordnung

Bei der Anwendung der Dublin-Verordnung müssen die Mitgliedstaaten, wie in jedem anderen Rechtsbereich, gemäss Art. 14. EMRK den Genuss des Familienlebens ohne Diskriminierung sicherstellen (siehe insbesondere Erwägungsgrund 32 Dublin-III-VO). Dies bedeutet, dass ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen verhindert werden müssen. In ähnlicher Weise hat das BVGer das Gleichheitsgebot als einer der Grundsätze genannt, auf den sich die antragsstellenden Personen in Verbindung mit der Selbsteintrittsklausel berufen können.

Die Lücken und Inkonsistenzen der familienbezogenen Bestimmungen der Dublin-Verordnung wurden bereits in den Punkten 3.2.2 und 4.1 aufgezeigt. In Punkt 3.2.2 wurde argumentiert, dass umfassender auf die teleologische und analoge Auslegung zurückgegriffen werden sollte, um aus diesen Bestimmungen abgeleitete ungerechtfertigte Unterschiede systematisch beseitigen zu können. Aus methodologischer Sicht stellt die systematische Anwendung der Ermessensklauseln die Alternative, dafür dar.²³⁴ Was die EMRK betrifft, ist unerheblich, welche rechtliche Methode angewandt wird, solange keine Diskriminierung vorliegt.

Unter dem Gesichtspunkt der Nichtdiskriminierung werden die Ermessensklauseln insbesondere dazu genutzt werden müssen, um die «Kanten» der Zuständigkeitskriterien «abzurunden»²³⁵ und, wie das BVGer es formulierte, um zu vermeiden, dass einige antragsstellende Personen «zwischen Stuhl und Bank» fallen.²³⁶ In Grenzfällen – d. h. in

²³⁴ Siehe z.B. C. Filzwieser, A. Sprung, Art. 16, K1, Fussnote 24, darüber, wie auf diese Weise die mangelhafte Formulierung des Art. 16 zur Abhängigkeit behoben werden kann.

²³⁵ Siehe als Beispiel für diese Argumentationslinie J.-P. Monnet, S. 431, Fussnote 51.

²³⁶ BVGer, D-3794/2014, Erw. 7.6. Leider hat das BVGer in diesem Fall nicht überprüft, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung in diesem Fall eine umfassende Anwendung von Art. 9 Dublin-III-VO über die Ermessensklauseln vorschreibt.

Fällen, die gerade aus dem Anwendungsbereich der familienbezogenen Kriterien fallen - ist daher eine sorgfältige Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Nichtdiskriminierung erforderlich, einschliesslich einer Analyse der Vergleichbarkeit der betreffenden Situationen, der objektiven Gründe, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten, und der Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit.

4.4 Die Anwendung der Ermessensklauseln aus humanitären Gründen und von Härtefällen

Abgesehen von internationalen Verpflichtungen können humanitäre Erwägungen ausreichend bedeutend sein, um die Nutzung des Ermessens zugunsten der Einheit der Familie zu rechtfertigen. Zum einen dürfte das Urteil des EuGH in der Rechtssache *K* im Rahmen von Art. 27 Dublin-III-VO für die nicht unter Art. 16 Dublin-III-VO fallenden Situationen weiterhin anwendbar sein. Zum Anderen müssen die erstinstanzlichen Entscheidungsträger die vom BVGer in Bezug auf Art. 29a(3) der Asylverordnung 1 anerkannten Grundsätze berücksichtigen.²³⁷

4.4.1 Humanitäre Gründe nach der Dublin-Verordnung: Über die anhaltende Relevanz des Urteils im Falle *K*

Nach dem ehemaligen Art. 15(2) Dublin-II-VO sollten abhängige Verwandte normalerweise zusammen gehalten oder zusammengeführt werden, vorausgesetzt, dass die familiäre Bindung bereits im Herkunftsland bestanden hat. In der Rechtssache *K* hat der EuGH klargemacht, dass der Begriff «Verwandte» weit ausgelegt werden sollte, einschliesslich beispielsweise der Schwiegertochter oder der Enkelkinder der asylsuchenden Person.²³⁸ Der Gerichtshof hat darüber hinaus den Artikel derart ausgelegt, dass die Staaten ausser in «aussergewöhnlichen Umständen» die Einheit der Familie aufrechterhalten oder wiederherstellen sollen.²³⁹

Die vormalige Bestimmung wurde durch Art. 16 Dublin-III-VO ersetzt, der ein zwingendes Kriterium darstellt und strengere Verpflichtungen auferlegt, aber einen wesentlich engeren Anwendungsbereich hat (siehe Punkt 3.4.3). In Anbetracht seiner Formulierung und selbst unter der weiter oben vorgeschlagenen umfassenden Auslegung, kann Art. 16 Dublin-III-VO kaum derart ausgelegt werden, dass er Verpflichtungen mit sich bringt, die antragsstellende Person und Verwandte im weitesten Sinne wie z. B. Cousins oder Schwiegereltern «zusammen zu halten oder zusammen zu bringen».²⁴⁰ Daher sind alle

²³⁷ Asylverordnung 1, Fussnote 160.

²³⁸ *K*, C-245/11, Ziff. 38, Fussnote 135.

²³⁹ *K*, C-245/11, Fussnote 135.

²⁴⁰ Siehe C. Filzwieser, A. Sprung, Art. 16 MN K1, Fussnote 24. Für die entgegengesetzte Position, dass Art. 16 Dublin-III-VO im Hinblick auf das *K*-Urteil ausgelegt werden muss, siehe ECRE, *ECRE Comments on Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)*, März 2015, S. 21, auf Englisch verfügbar unter: <https://www.refworld.org/docid/552254094.html>. Es ist anzumerken, dass sich der Gerichtshof im

bisher von der Rechtsprechung in der Rechtssache *K* erfassten und nicht unter Art. 16 Dublin-III-VO fallenden Situationen der Abhängigkeit im Licht der «allgemeinen» Ermessensklauseln nach Art. 17 Dublin-III-VO zu überprüfen. Es stellt sich die Frage, ob die in der Rechtssache *K* festgestellte qualifizierte Pflicht trotz der Veränderungen des rechtlichen Rahmens noch immer gilt.

Diese Frage scheint in der Rechtsprechung des BVGer, welches sich offenbar nur im Zusammenhang mit Art. 16 Dublin-III-VO auf die Rechtssache *K* bezieht, nicht behandelt worden zu sein.²⁴¹ Es gibt allerdings gewichtige Argumente, die für eine Anwendung des *K*-Urteils über die Grenzen dieser Bestimmung hinaus sprechen. Erstens, wie die vorbereitenden Arbeiten zeigen, stellt die restriktive Formulierung von Art. 16 Dublin-III-VO eine Antwort auf die vorgeschlagene Umwandlung des alten Art. 15(2) Dublin-II-VO von einem «halb-verbindlichen» in ein vollverbindliches Kriterium dar²⁴², kann aber nicht als eine Ablehnung des *K*-Urteils durch den Gesetzgeber angesehen werden.²⁴³ Zweitens würde eine Auslegung, wonach die in *K* bekräftigten Verpflichtungen – über den Anwendungsbereich von Art. 16 Dublin-III-VO hinaus – durch die neue Verordnung verschwinden, dem erklärten Ziel der Dublin-III-Verordnung widersprechen, «notwendige[...] Verbesserungen mit Hinblick auf [...] den auf der Grundlage dieses Systems gewährten Schutz der Antragsteller vorzunehmen» (Erwägungsgrund 9). Drittens und letztens würde die hier vorgeschlagene Auslegung Art. 16 Dublin-III-VO überflüssig machen. Wie bereits dargelegt, wird durch diese Bestimmung eine enge Unterkategorie von Abhängigkeitssituationen, sowie eine strengere Verpflichtung zum «zusammen halten oder zusammen bringen» definiert (siehe Punkt 3.4.3). Für alle anderen Fälle, die früher unter Art. 15(2) der Dublin-II-VO erfasst wurden und nun unter Art. 17 Dublin-III-VO fallen – z. B. die Abhängigkeit zwischen Schwiegermutter und Schwiegertochter – bleibt es eine qualifizierte Verpflichtung, im Sinne des *K*-Urteils Familienangehörige «zusammen zu halten oder zusammen zu bringen».²⁴⁴

Falle *K* auf die nun aufgehobene Formulierung von Art. 15(2) Dublin-II-VO stützte, siehe *K*, C-245/11, Ziff. 38 – 41, Fussnote 135.

²⁴¹ Siehe insbesondere BVGE 2017 VI/5, Erw. 8.3.3. Siehe auch BVGer, D-3566/2018; BVGer, D-5090/2017.

²⁴² Es ist anzumerken, dass Art. 15(2) Dublin-II-VO vor der Rechtssache *K* als halbverbindlich oder implizit verbindlich beschrieben wurde: siehe Rat der Europäischen Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) – Certain issues*, Dok Nr. 14950/10, 15. Oktober 2010, S. 2, auf Englisch verfügbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14950-2010-INIT/en/pdf>.

²⁴³ Die Verhandlungen über die Bestimmung wurden im Wesentlichen Monate vor dem Urteil des EuGH abgeschlossen: siehe Rat der Europäischen Union, *Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates 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*, Dok Nr. 12746/2/12, 27. Juli 2012, verfügbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12746-2012-REV-2/de/pdf>.

²⁴⁴ Im selben Sinne, siehe auch “Family Unity and Family Reunification in the Dublin System: Still Utopia or Already Reality?” in: V. Chetail, P. De Bruycker, F. Maiani (Eds.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Brill/Nijhoff, 2016, Seiten 143-158, auf S. 153.

4.4.2 Humanitäre Gründe nach Art. 29a Asylverordnung 1

Art. 29a Abs. 3 Asylverordnung 1 (AsylV1) berechtigt das SEM aus «humanitären Gründen» Asylanträge zu überprüfen, für die andere Mitgliedstaaten zuständig wären. Wie bereits erwähnt, stellen die humanitären Gründe, abgesehen von der Anwendung der Klauseln zur Erfüllung von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, rechtlich gesehen die einzigen zulässigen Gründe zur Anwendung der Selbsteintrittsklausel für das SEM dar.²⁴⁵

Art. 29a(3) AsylV1 ist eine Kann-Vorschrift und verschafft dem SEM einen weiten Ermessensspielraum. Die Entscheidungen des SEM können daher nur dahingehend überprüft werden, ob von diesem Ermessen in rechtskonformer Weise Gebrauch gemacht wurde. Dies bedeutet nicht, dass der Ermessensspielraum des SEM uneingeschränkt ist. Erstens hat das SEM die positive Pflicht zu überprüfen, ob Art. 29a AsylV1 im Einzelfall anzuwenden ist. Dafür muss es alle relevanten Tatsachen korrekt und umfassend feststellen und diese in seine Entscheidung einbeziehen.²⁴⁶ Die Entscheidung selbst muss auf der Grundlage transparenter, angemessener Kriterien einschliesslich der folgenden getroffen werden:²⁴⁷

- besondere Verletzlichkeit der betroffenen Personen;
- das Wohle des Kindes;
- traumatische Erlebnisse, insbesondere innerhalb des Staates, in welchen eine Überstellung vorgeschlagen wird;
- Erwägungen betreffend der Einheit der Familie;
- die Dauer des Dublin-Verfahrens oder der Anwesenheit der betroffenen Personen in der Schweiz.

Einzeln sind solche Faktoren in der Regel nicht ausreichend zur Anwendung des Art. 29a AsylV1. Wenn jedoch einer Mehrzahl von Gründen eine Überstellung aus humanitärer Perspektive problematisch erscheinen lassen, muss die Anwendung der Bestimmung in Betracht gezogen werden.²⁴⁸ Leider hat das SEM seine Richtlinien nicht bekannt gegeben²⁴⁹, was die Transparenz grundlegend beeinträchtigt, welche in publizierten BVGer-Rechtsprechung gefordert wird.

Schliesslich darf die Entscheidung des SEM nicht willkürlich sein und das rechtliche Gehör sowie die allgemeinen Grundsätze der Gleichheit und Verhältnismässigkeit müssen geachtet werden. Um eine wirksame gerichtliche Überprüfung zu ermöglichen und

²⁴⁵ Art. 29a(3) AsylV1 stellt die "Konkretisierung" der Selbsteintrittsklausel im innerstaatlichen Recht dar: siehe BVGE 2010/45, Erw. 8.2.1; BVGE 2015/9, § 7.5.

²⁴⁶ BVGE 2015/9, Erw. 8.1.

²⁴⁷ Siehe BVGE 2015/9, Erw. 8.1; BVGE 2017 VI/10, Erw. 6; BVGer, E-504/2016, Erw. 5.4. Siehe auch J.-P. Monnet, S. 426 ff., Fussnote 51.

²⁴⁸ Siehe BVGE 2011/9, Erw. 8.2. Siehe auch BVGer, E-504/2016, Erw. 5.2.

²⁴⁹ Siehe SEM, Punkt, 2.3.3., Fussnote 10.

angesichts des grossen Ermessensspielraums des SEM unterliegt es einer erhöhten Begründungspflicht.²⁵⁰

4.5 Möglichkeiten zur Vorbeugung oder Beendigung der Trennung von Familienangehörigen mithilfe der Ermessensklauseln

In den vorherigen Paragrafen wurden die Situationen beschrieben, in denen eine völkerrechtliche oder humanitäre Verpflichtung vorliegt, Familienangehörige zusammen zu behalten oder zusammenzuführen. Üblicherweise ergeben sich solche Situationen, wenn sich die antragsstellende Person gegen die Abschiebung aus der Schweiz zur Wehr setzt und die Behörden um die Anwendung der Selbsteintrittsklausel ersucht. Dabei handelt es sich jedoch nicht um die einzige Konstellation, in welcher es erforderlich sein kann, die Einheit der Familie zu wahren oder wiederherzustellen. Ebenso wenig stellt die Selbsteintrittsklausel den einzigen Weg zur Erreichung dieses Ziels dar. Falls sich die antragsstellende Person und ihre Familie auf dem Hoheitsgebiet des Staates aufhalten, kann die Einheit der Familie durch die Selbsteintrittsklausel oder, sofern nichts dagegen spricht, die Überstellung der ganzen Familie sichergestellt werden.²⁵¹ Falls sich die antragsstellende Person in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, können aus der EMRK oder von humanitären Überlegungen abgeleitete positive Verpflichtungen zu ihrer Aufnahme in die Verpflichtung, ein an die Schweiz übermitteltes Ersuchen nach Art. 17(2) Dublin-III-VO anzunehmen, umgewandelt werden. Dabei wird lediglich dieselbe Logik auf eine andere Art von Umständen angewendet, welcher das BVGer folgte, indem es festhielt, dass Art. 8 EMRK zur Anwendung der Selbsteintrittsklausel verpflichten kann. Ebenso kann, falls sich die antragsstellende Person in der Schweiz und ihre Familie in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, die Pflicht zur Förderung von Familienzusammenführung die Pflicht zur Stellung eines Aufnahmegesuchs und zu dessen sorgfältiger Durchführung gemäss Artikel 17(2) Dublin-III-VO nach sich ziehen.²⁵²

Es gibt allerdings auch Fälle, in denen Erwägungen zur Familieneinheit zur *Unzulässigkeit* der Anwendung der Selbsteintrittsklausel führen. Art. 17 Dublin-III-VO gibt den Mitgliedstaaten zwar das Recht, von den Kriterien abzuweichen und ihre Ausübung ist an keine besonderen Bedingungen geknüpft (siehe 4.1). Wie bereits erwähnt, kann aber die Anwendung dieses Rechts in einer Situation, in denen die Familienkriterien im Prinzip anwendbar wären, eine derartige Einmischung in das Familienleben darstellen, dass sie – angenommen, dass die Selbsteintrittsklausel aus praktischen Gründen angewendet wird – im Licht von Art. 8(2) EMRK nicht gerechtfertigt werden kann.²⁵³

Kurz: Wenn menschenrechtliche oder zwingende humanitäre Überlegungen verlangen, dass die Einheit der Familie gewahrt oder wiederhergestellt wird, so können die entsprechenden Pflichten die unterschiedlichen Anwendungsarten von sämtlichen Facetten des Art. 17 Dublin-III-VO (respektive den Verzicht darauf) nach sich ziehen. Die Einheit der Familie stellt dabei den einzigen Imperativ dar.

²⁵⁰ Siehe BVGE 2015/9, Erw. 8.1 und 8.2.2; BVGer, E-504/2016, Erw. 5.4 ff; BVGer, E-2780/2016, Erw. 7.4.

²⁵¹ Siehe z.B. *Z.H. und R.H.*, zustimmende Meinung des Richters Nicolaou *in fine*, Fussnote 69.

²⁵² Siehe BVGer, D-3153/2014, Erw. 9.9-9.19.

²⁵³ Siehe Punkt 4.3.4.

4.6 Zusammenfassung grundlegender Punkte

Die Ermessensklauseln zielen *inter alia* darauf ab, Situationen zu vermeiden, in denen «die strikte Anwendung der verbindlichen Kriterien zu einer Trennung von Familienmitgliedern oder anderen Angehörigen führt».²⁵⁴ Ihre Anwendung ist zwingend, wenn dies zur Achtung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz notwendig ist, einschliesslich jenen zum Schutze des Familienlebens. Zwingende humanitäre Gründe können die Anwendung der Klauseln ebenfalls verpflichtend machen.

Nichts in der Dublin-Verordnung verlangt oder fördert einen restriktiven Ansatz bei der Anwendung der Ermessensklauseln. Im Gegenteil: In Anbetracht der Ziele und der Grundsätze der Verordnung, wie sie insbesondere in der Präambel dargelegt werden, sollten die Klauseln weit und systematisch angewendet werden, wenn das Familienleben betroffen ist.

Art. 8 EMRK kommt dann zum Einsatz, wenn vorgenommene oder unterlassene Massnahmen nach der Dublin-Verordnung das «Familienleben» im Sinn seiner Definition beeinträchtigen könnten. Ein «gefestigtes Aufenthaltsrecht» der Familienangehörigen der antragsstellenden Person stellt keine Bedingung zur Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK dar.

Ehebeziehungen stellen «Familienleben» dar, auch wenn sie faktisch noch nicht vollständig hergestellt sind. Gleichermassen gelten die Beziehungen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern *ispo jure* als «Familienleben». Die Existenz oder Stabilität von «Familienleben» zwischen der antragsstellenden Person und den Angehörigen der Kernfamilie aufgrund von vorübergehenden Trennungsphasen zu verneinen läuft entgegen Art. 8 EMRK. In anderen Fällen stellt das tatsächliche Bestehen enger persönlicher Bindungen den entscheidenden Faktor dar.

Bei der Beurteilung des Bestehens von «Familienleben» sollte die Verwaltung einen nicht-formalistischen, flexiblen Ansatz verfolgen, ihre Untersuchungspflichten achten und im Zweifel zugunsten der Schutzsuchenden entscheiden in Anbetracht ihrer besonderen Situation. Im Sinne einer *good practice* sollte die erstinstanzliche Behörde die familiäre Situation gleich zu Beginn des Dublin-Verfahrens sowohl unter dem Blickwinkel der Dublin-Verordnung als auch der EMRK ganzheitlich feststellen, sowie die von der Dublin-Verordnung zur Verfügung gestellten Verfahrensmassnahmen (z. B. das Recht auf eine Anhörung und die Familienermittlung) vollumfänglich nutzen.

Die Feststellung, dass Art. 8 EMRK anzuwenden ist, löst eine Reihe von Verpflichtungen aus: Es ist sicherzustellen, dass der Entscheidungsfindungsprozess «fair ist und die durch Art. 8 geschützten Interessen gebührend berücksichtigt werden»; es ist ein «faires Gleichgewicht zwischen den konkurrierenden Interessen des Einzelnen und der Gesellschaft» herzustellen; es sind eine wirksame Beschwerdemöglichkeit gegen mutmassliche Verstösse sowie Nichtdiskriminierung beim Genuss des Familienlebens zu gewährleisten.

²⁵⁴ Rat der Europäischen Union, Dok. Nr. 12364/09, Fussnote 101, S. 35.

Wenn im Rahmen eines Dublin-Verfahrens private und öffentliche Interessen gemäss Art. 8 EMRK gegeneinander abgewogen werden, sollten folgende Aspekte berücksichtigt werden:

- Es sollte nicht ohne weiteres angenommen werden, dass es ohne ungerechtfertigte Hindernisse möglich ist, das Familienleben an einem anderen Ort herzustellen und zu geniessen. Im Gegenteil: Grundsätzlich sollte davon ausgegangen werden, dass die Möglichkeiten das Familienleben «anderswo» im Dublin-Raum zu leben stark eingeschränkt sind. Selbst wenn eine solche Möglichkeit besteht muss geprüft werden, ob die zu erbringenden Opfer für die bereits in der Schweiz anwesenden Personen verhältnismässig wären.
- Der potenziell «vorübergehende» Charakter einer durch eine Dublin-Überstellung verursachten Trennung kann in Betracht gezogen werden. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Trennung durchaus über einen beachtlichen Zeitraum hinweg andauern kann und dass selbst relativ kurze Trennungsphasen gegen Art. 8 EMRK verstossen können, z. B. wenn Kinder betroffen sind.
- Asylsuchenden steht als Angehörigen einer besonders verletzlichen Gruppe besonderer Schutz zu.
- Wenn die Vereinbarkeit von unter der Dublin-Verordnung ergriffenen Massnahmen mit Art. 8 EMRK geprüft wird, ist es wichtig, das öffentliche Interesse korrekt festzustellen und zu beurteilen. In Dublin-Fällen dürfte die Intensität des Interesses der öffentlichen Ordnung zur «Einwanderungskontrolle» weniger ausgeprägt sein als in Fällen des regulären Familiennachzugs. Das öffentliche Interesse wird weiter verringert, wenn Antragsstellende nachweislich die Voraussetzungen für einen Familiennachzug in die Schweiz erfüllen.
- Als Bestandteil des «Dublin-Rechts», und nicht des EMRK-Rechts verlangt Erwägungsgrund 14 der Präambel Dublin-III-VO, dass dem Interesse der Einheit der Familie zusätzliches Gewicht beigemessen wird.
- In einem System, in dem der Schutz der Familie eine «vorrangige Erwägung» darstellt, sollte der Erhalt oder die Förderung der Einheit der Familie die Regel statt die Ausnahme sein.

In Fällen, in denen besonders verletzliche Personen, einschliesslich Kinder, mit ihrer Familie überstellt werden, müssen angemessene Garantien dafür vorliegen, dass die Einheit der Familie bei der Ankunft gewahrt wird. Wenn aufgrund der Verletzlichkeit der betroffenen Person auf die Überstellung verzichtet wird, sollte auch der Rest der Familie nicht überstellt werden.

Wenn ein Folteropfer durch die Überstellung in einen anderen Mitgliedstaat von seinem unterstützenden familiären Umfeld getrennt würde, sollten die Behörden grundsätzlich davon ausgehen, dass die Überstellung unzulässig ist und dass stattdessen die Selbsteintrittsklausel angewendet werden sollte. Diese Argumentationslinie sollte auf andere besonders verletzliche Personen angewendet werden, insbesondere auf Kinder, die in den Anwendungsbereich von Art. 39 KRK fallen.

In Grenzfällen – d.h. Fällen, die knapp aus dem Anwendungsbereich der familienbezogenen Kriterien fallen – ist eine sorgfältige Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Nichtdiskriminierung erforderlich, einschliesslich einer Analyse über die Vergleichbarkeit der betroffenen Situationen, der objektiven Gründe, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten, und der Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit.

In Bezug auf alle anderen Fälle, die früher von Art. 15(2) der Dublin-II-VO erfasst wurden und die nun nicht mehr in den Anwendungsbereich von Art. 16 Dublin-III-VO fallen – z. B. das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Schwiegermutter und Schwiegertochter – bleibt es eine qualifizierte Verpflichtung im Sinne der Rechtssache *K* des EuGH, die betroffenen Familienangehörigen «zusammenzuhalten oder zusammen zu bringen».

Art. 29a(3) AsylV1 ist eine Kann-Vorschrift und verschafft dem SEM einen weiten Ermessensspielraum. Das SEM ist dennoch verpflichtet zu überprüfen, ob sie im Einzelfall angewendet werden soll. Dafür muss es alle relevanten Tatsachen korrekt und umfassend feststellen und diese in seiner Entscheidung berücksichtigen. Die Entscheidung selbst muss auf der Grundlage transparenter, vernünftiger Kriterien, einschliesslich und insbesondere der Verletzlichkeit der betroffenen Personen, dem übergesetzten Interessen des Kindes und Erwägungen im Zusammenhang mit der Familieneinheit getroffen werden. Wenn sich aus einer Mehrzahl von Gründen ergibt, dass eine Überstellung aus humanitärer Perspektive problematisch wäre, muss die Anwendung der Bestimmung in Betracht gezogen werden. Ausserdem unterliegt das SEM einer erhöhten Begründungspflicht.

Wenn völkerrechtliche oder zwingende humanitäre Überlegungen verlangen, dass die Familieneinheit bewahrt oder wiederhergestellt wird, können solche Pflichten unterschiedliche Auswirkungen auf Pflichten haben, Art. 17 Dublin-III-VO in all seinen Aspekten anzuwenden: die Anwendung (oder das Absehen der Anwendung) der Selbsteintrittsklausel; das Senden von Gesuchen nach der humanitären Klausel; oder die Annahme solcher Gesuche.

5. Abschliessende Bemerkungen und Hinweise zum Rechtsschutz

Korrekt ausgelegt und angewendet bietet die Dublin-Verordnung jenen Familien, für die sie gilt, einen umfassenden Schutz.

In Anbetracht der Präambel, welche die Achtung des Familienlebens zur vorrangigen Erwägung erklärt, sollten die Kriterien umfassend, flexibel und ohne übermässigen Formalismus ausgelegt und angewendet werden. Insofern hat die Verwaltung ein breites Spektrum an Belegen für das Bestehen der Familie zu überprüfen und die durch die Verordnung und die Durchführungsbestimmungen vorgesehenen verringerten Beweiserfordernisse zu beachten. Sie sollte darüber hinaus proaktiv die relevanten Tatsachen gemeinsam mit der antragsstellenden Person und ihren Familienangehörigen ermitteln. Die Verpflichtung, Familienangehörige aufzuspüren, die formell nur bei unbegleiteter Minderjähriger zur Anwendung kommt, sollte im Sinne einer good practice systematisch auf alle antragsstellenden Personen angewendet werden, da dies eine weite

Auslegung der Familienkriterien fördert. Alterseinbestimmungen, welche die Anwendbarkeit der grosszügigen Bestimmung zugunsten Minderjähriger bestimmen, sollten entsprechend der Empfehlungen des UN-Ausschusses für die Rechte des Kindes durchgeführt werden. Sie sollten daher in einer ganzheitlichen und kinderfreundlichen Art und Weise durchgeführt werden, unter Einhaltung der wichtigsten Verfahrensgarantien, einschliesslich der Ernennung einer qualifizierten Vertretung. Darüber hinaus sollte nicht übermässig auf medizinische Methoden abgestützt werden und im Falle uneindeutiger Ergebnisse ist zugunsten der antragsstellenden Person zu entscheiden.

Da die Anwendung der Kriterien prinzipiell auf die Aufnahmephase begrenzt ist, ist es entscheidend, bereits in diesem Stadium umfassenden rechtlichen Schutz zu bieten. Art. 27 Dublin-III-VO sieht explizit das Recht der antragsstellenden Person vor, rechtlich gegen Überstellungsentscheidungen vorzugehen und in diesem Zusammenhang können jegliche Argumente in Bezug auf die inkorrekte Anwendung der Verordnung geäussert werden, einschliesslich der falschen Anwendung der Kriterien sowie damit verbundene Verstösse gegen die Verfahrens- und Beweisregeln.²⁵⁵ Eine Vielzahl weiterer unter der Verordnung vorgenommener – expliziter oder impliziter²⁵⁶ – Entscheidungen können weitreichende Auswirkungen auf die Anwendung der Kriterien und auf das Leben der antragsstellenden Personen und deren Familien haben: Entscheidungen, ein Aufnahmegesuch nicht zu senden oder nicht zu akzeptieren; und Entscheidungen, die Zuständigkeit zu übernehmen und somit keine Überstellung auszulösen, wenn die antragsstellende Person Familienangehörige in einem anderen Staat hat, der entsprechend der Kriterien eigentlich zuständig wäre. Die Tatsache, dass Art. 27 Dublin-III-VO nicht explizit ein Recht vorsieht, gegen diese Entscheidungen vorzugehen ist nicht entscheidend. Auch wenn die der Verordnung zugrunde liegende Effizienz-Erwägungen gegen das sprechen, was der EuGH als «multiple Rechtsmittel» bezeichnet, – z. B. das Recht die Entscheidung, zum Gebrauch der Selbsteintrittsklausel und später die daraus folgende Überstellungsentscheidung anzufechten²⁵⁷ – muss gegen jede Entscheidung, welche einen Einfluss auf die der antragsstellenden Person zustehenden Rechte nach Art. 47 GRC haben, ein wirksames Rechtsmittel verfügbar sein.²⁵⁸

Dieselben Grundsätze gelten *mutatis mutandis* während der Wiederaufnahmephase, die Kriterien spielen dabei aber lediglich eine eingeschränkte Rolle.²⁵⁹

Während aller Stadien des Dublin-Verfahrens müssen die Menschenrechte vollumfänglich eingehalten und humanitäre Erwägungen ausreichend in Betracht gezogen werden. Das SEM ist verpflichtet, die Ermessensklauseln anzuwenden – d. h. die Zuständigkeit nach der Selbsteintrittsklausel zu übernehmen, Aufnahmegesuche nach der

²⁵⁵ Siehe *H. und R.*, verbundene Rechtssachen C-582/17 und C-583/17, Ziff. 38 ff., Fussnote 47. Zur Verletzung der Beweisregeln, siehe BVGE 2017 VI/1.

²⁵⁶ Siehe *Fathi*, C-56/17, Ziff. 57ff, Fussnote 131.

²⁵⁷ *M.A. und Andere*, C-661/17, Ziff. 63 ff, Fussnote 155.

²⁵⁸ Ebenda, Ziff. 77. In Bezug auf Art. 8 EMRK, siehe Meijers Committee, *Note on the Proposal of the European Commission of 26 June 2014 to amend Regulation (EU) 604/2013 (the Dublin III Regulation)*, 2. Dezember 2014, CM1415, S. 5, auf Englisch verfügbar unter: https://www.commissie-meijers.nl/sites/all/files/cm1415_note_on_the_proposal_of_the_european_commission_of_26_june_2_014_to_amend_the_dublin_iii_regulation_0.pdf.

²⁵⁹ *H. und R.*, verbundene Rechtssachen C-582/17 und C-583/17, Ziff. 41ff, Fussnote 47.

humanitären Klausel zu akzeptieren oder solche Gesuche zu stellen – wenn sich dies für die Achtung der EMRK, der CAT, des IPBPR, der KRK oder anderer relevanter Standards als notwendig erweist. In besonderen Fällen können menschenrechtliche Verpflichtungen zur Folge haben, dass die Behörden von der Anwendung der Selbsteintrittsklausel absehen müssen. Das SEM hat auch die Pflicht, humanitäre Gründe zu überprüfen, auf der Grundlage relevanter und transparenter Kriterien Entscheidungen zu treffen und diese zu begründen. Die Kumulation solcher Gründe kann eine Überstellung aus einer humanitären Perspektive als problematisch erscheinen lassen und den Ermessensspielraum der Verwaltung einschränken.

Menschenrechtliche Verpflichtungen haben auch wichtige Auswirkungen auf das Verfahren – z. B. das Recht der Kinder, in allen sie betreffenden Verfahren gehört zu werden und das Ergebnis der Alterseinschätzung anzufechten.²⁶⁰ Allgemein muss immer, wenn vorgebracht wird, dass gegen eine anzuwendende menschenrechtliche Norm verstossen wurde, ein effektives innerstaatliches Rechtsmittel vorhanden sein – unabhängig vom Stadium des Dublins-Verfahrens oder der Art der vorgenommenen oder unterlassenen Massnahme, welche den vorgebrachten Verstoss ausgelöst hat. Ebenso sind die Möglichkeiten, die durch internationale Beschwerdeverfahren eröffnet werden, zu berücksichtigen, wie die Entscheidungen des CAT in den Fällen von *A.S. gegen die Schweiz* und *A.H. gegen die Schweiz* aufgezeigt haben.²⁶¹ Darüber hinaus kann es äusserst hilfreich sein, dieselbe Praxis mehreren internationalen Gremien zur Prüfung vorzulegen, wie der Vergleich zwischen diesen Entscheidungen und dem Urteil *A.S. gegen die Schweiz* des EGMR zeigt. Die Schweiz unterliegt der Gerichtsbarkeit des EGMR und hat die Instrumente ratifiziert, welche Einzelpersonen das Recht einräumen, individuelle Beschwerden vor den CAT und den UN-Ausschuss über die Rechte des Kindes zu bringen.²⁶² Diese Gremien können, alle von ihrem Standpunkt aus, die menschenrechtlichen Auswirkungen des Dublin-Systems beleuchten und, im Dialog untereinander, einen wesentlichen Beitrag zu einer menschenrechtskonformen und humanen Dublin-Praxis leisten, einschliesslich und insbesondere in Bezug auf Fragen betreffend die Einheit der Familie.

²⁶⁰ KRK, *A.L. gg. Spanien*, Ziff. 12.3, Fussnote 111; KRK, *J.A.B. gg. Spanien*, Ziff. 13.3., Fussnote 111; BVGer, E-7333/2018, Erw. 2.4-2.5.

²⁶¹ CAT, *A.N. gg. die Schweiz*, Fussnote 224 ; CAT, *Adam Harun gg. die Schweiz*, Fussnote 220.

²⁶² UN-Menschenrechtsrat, *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure*, 14. Juli 2011, A/HRC/RES/17/18, verfügbar auf Englisch und Französisch auf: <https://www.refworld.org/docid/4e72fbb12.html>, Art. 5; Bundesversammlung, *Bundesbeschluss vom 6. Oktober 1986* (Fakultative Erklärung nach Art. 21 CAT), RO 1987 1306, Art. 1, Abs. 1.