

2023 VII/6

Auszug aus dem Urteil der Abteilung VI
i.S. A. gegen Staatssekretariat für Migration
F-895/2021 vom 12. April 2023

Ausländerrecht. Materielle Prüfung eines Gesuchs um Familiennachzug und Einbezug des Lebenspartners in die vorläufige Aufnahme. Vereinbarkeit von Art. 85 Abs. 7 AIG mit Art. 8 EMRK. Vorrang des Völkerrechts.

Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2, Art. 85 Abs. 7 AIG. Art. 8 EMRK.

- 1. Beschränkung des Begünstigtenkreises des Art. 85 Abs. 7 AIG auf Ehegatten und ledige minderjährige Kinder von vorläufig aufgenommenen Personen (E. 5). Möglicher Konflikt des Art. 85 Abs. 7 AIG mit Art. 8 EMRK, dessen Schutzbereich auch stabile eheähnliche Gemeinschaften umfasst (E. 6.1).**
- 2. Grenzen der völkerrechtskonformen Auslegung. Konfliktlösung zwischen AIG und EMRK durch den im AIG verankerten Vorrang abweichenden Völkerrechts. Bewilligung des Familiennachzugs und des Einbezugs in die vorläufige Aufnahme unmittelbar gestützt auf Art. 8 EMRK, wenn die Abweisung gestützt auf Landesrecht Art. 8 EMRK verletzen würde (E. 6.2–6.3).**
- 3. Verpflichtung, auf ein Gesuch um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme nach Art. 85 Abs. 7 AIG einzutreten und es auf der Grundlage von Art. 8 EMRK materiell zu prüfen, wenn mit vertretbaren Gründen ein sich aus Art. 8 EMRK ergebender Anspruch auf Regelung des Aufenthalts geltend gemacht wird (E. 7.2).**
- 4. Voraussetzungen, unter denen sich Konkubinatspaare im vorliegenden Zusammenhang (Familiennachzug durch Einbezug in die vorläufige Aufnahme) auf Art. 8 EMRK berufen können. Der fehlende Flüchtlingsstatus der vorläufig aufgenommenen Person und die Möglichkeit einer Eheschliessung stehen der Berufung auf Art. 8 EMRK nicht zum Vornherein entgegen (E. 7.3 f.).**

Droit des étrangers. Examen matériel d'une demande de regroupement familial et d'inclusion du concubin dans l'admission provisoire. Compatibilité de l'art. 85 al. 7 LEI avec l'art. 8 CEDH. Primauté du droit international.

Art. 2 al. 1, art. 3 al. 2, art. 85 al. 7 LEI. Art. 8 CEDH.

1. **Restriction du cercle des bénéficiaires de l'art. 85 al. 7 LEI au conjoint et aux enfants mineurs célibataires des personnes admises à titre provisoire (consid. 5). Conflit possible entre l'art. 85 al. 7 LEI et l'art. 8 CEDH, dont la portée s'étend aux communautés stables assimilables à un mariage (consid. 6.1).**
2. **Limites de l'interprétation conforme au droit international. Résolution du conflit entre la LEI et la CEDH par la primauté, ancrée dans la LEI, d'une norme divergente de droit international. Octroi du regroupement familial et inclusion dans l'admission provisoire directement déduits de l'art. 8 CEDH lorsque le rejet basé sur le droit national violerait ledit article (consid. 6.2-6.3).**
3. **Obligation d'entrer en matière sur une demande de regroupement familial et d'inclusion dans l'admission provisoire au sens de l'art. 85 al. 7 LEI et d'examiner au fond la demande sur la base de l'art. 8 CEDH lorsqu'est invoqué de manière plausible un droit au règlement du séjour en vertu de cette disposition (consid. 7.2).**
4. **Conditions auxquelles les concubins peuvent invoquer l'art. 8 CEDH dans un cas similaire (regroupement familial par inclusion dans l'admission provisoire). L'absence du statut de réfugié chez la personne admise provisoirement et la possibilité de conclure un mariage n'excluent pas à priori d'invoquer l'art. 8 CEDH (consid. 7.3 s.).**

Diritto degli stranieri. Esame materiale di una domanda di ricongiungimento familiare e inclusione del convivente nell'ammissione provvisoria. Compatibilità dell'art. 85 cpv. 7 LStrI con l'art. 8 CEDU. Preminenza del diritto internazionale.

Art. 2 cpv. 1, art. 3 cpv. 2, art. 85 cpv. 7 LStrI. Art. 8 CEDU.

1. **Limitazione della cerchia dei beneficiari dell'art. 85 cpv. 7 LStrI ai coniugi e ai figli minorenni non coniugati delle persone ammesse provvisoriamente (consid. 5). Possibile conflitto tra l'art. 85 cpv. 7**

LStrI e l'art. 8 CEDU, il quale tutela anche le unioni stabili analoghe al matrimonio (consid. 6.1).

- 2. Limiti dell'interpretazione conforme al diritto internazionale. Risoluzione del conflitto tra LStrI e CEDU mediante applicazione della preminenza del diritto internazionale divergente consacrata nella LStrI. Nel caso in cui il respingimento fondato sul diritto nazionale violerebbe l'art. 8 CEDU, il ricongiungimento familiare e l'inclusione nell'ammissione provvisoria devono essere concessi direttamente in virtù di quest'ultima disposizione (consid. 6.2-6.3).**
- 3. Obbligo di entrare nel merito di una domanda di ricongiungimento familiare e di inclusione nell'ammissione provvisoria ai sensi dell'art. 85 cpv. 7 LStrI e di esaminarla sulla base dell'art. 8 CEDU se viene invocato un diritto al disciplinamento del soggiorno derivante da quest'ultima disposizione e motivato da valide ragioni (consid. 7.2).**
- 4. Presupposti da adempiere affinché i concubini possano invocare l'art. 8 CEDU nel presente contesto (ricongiungimento familiare mediante inclusione nell'ammissione provvisoria). Il fatto che la persona ammessa provvisoriamente non abbia lo statuto di rifugiato e la possibilità di contrarre matrimonio non precludono a priori l'invocazione dell'art. 8 CEDU (consid. 7.3 seg.).**

Das Asylgesuch der Beschwerdeführerin (eritreische Staatsangehörige, geboren 1982) wurde 2012 abgelehnt, der Wegweisungsvollzug jedoch zufolge Unzumutbarkeit zugunsten einer vorläufigen Aufnahme mit Zuweisung an den Kanton Schwyz aufgeschoben.

Aus der langjährigen Beziehung der Beschwerdeführerin mit ihrem Lebenspartner, einem äthiopischen Staatsangehörigen (geboren 1980), sind zwei gemeinsame Kinder (geboren 2014 bzw. 2020) hervorgegangen. Beide wurden vom Staatssekretariat für Migration (SEM, nachfolgend: Vorinstanz) in die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin einbezogen und sind von deren Lebenspartner anerkannt.

Das Asylgesuch des 2012 dem Kanton St. Gallen zugewiesenen Lebenspartners wurde 2015 abgelehnt und seine vollziehbare Wegweisung aus der Schweiz angeordnet. Zwei Wiedererwägungsgesuche und ein Mehrfachgesuch blieben ohne Erfolg. Im Jahr 2019 entsprach die Vorinstanz

einem Kantonswechselgesuch und wies den Lebenspartner dem Wohnkanton der Beschwerdeführerin zu.

Am 26. September 2020 ersuchte die Beschwerdeführerin um Bewilligung des Familiennachzugs und Einbezug des Lebenspartners in ihre vorläufige Aufnahme. Die Vorinstanz trat auf das Gesuch am 27. Januar 2021 nicht ein. Zur Begründung führte sie aus, dass die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner nicht verheiratet seien und dieser somit nicht zum durch Art. 85 Abs. 7 AIG (SR 142.20) begünstigten Personenkreis gehöre.

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut und weist die Sache zum materiellen Entscheid an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Der eindeutige Wortlaut und Normsinn des Art. 85 Abs. 7 AIG beschränkt den Kreis der begünstigten Personen auf Ehegatten und minderjährige Kinder. Der Ehe gleichgestellt ist gemäss Art. 88a AIG die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare.

5.2 Die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner sind weder verheiratet noch bilden sie eine eingetragene Partnerschaft. Es steht daher ausser Frage, dass sie nicht zum von Art. 85 Abs. 7 (i.V.m. Art. 88a) AIG begünstigten Personenkreis gehören. Allein gestützt auf das Landesrecht wäre daher das Nichteintreten der Vorinstanz nicht zu beanstanden.

6.

6.1 Aus der dargelegten Beschränkung des begünstigten Personenkreises gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG kann sich in Fällen wie dem vorliegenden ein Konflikt mit Art. 8 EMRK ergeben, der auch andere zwischenmenschliche Beziehungen als Familienleben anerkennt und schützt, insbesondere auch stabile Konkubinatsbeziehungen (vgl. dazu E. 7.3). Der Konflikt lässt sich nicht durch eine völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts vermeiden. Denn die völkerrechtskonforme Auslegung legt dem Landesrecht *unter mehreren vertretbaren Lesarten* beziehungsweise Normsinnhypothesen diejenige Bedeutung bei, die dem Völkerrecht am besten entspricht (PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen

Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, § 9 Rz. 441). Sie vermag jedoch nicht, klares Landesrecht im Sinne des Völkerrechts zu korrigieren.

6.2 Lässt sich ein Konflikt zwischen Landes- und Völkerrecht nicht durch völkerrechtskonforme Auslegung beseitigen, geht gemäss der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Völkerrecht dem Landesrecht regelmässig vor. Uneingeschränkt gilt dies für völkerrechtliche Abkommen menschenrechtlichen Inhalts (vgl. dazu neben anderen BGE 144 I 126 E. 3; 142 II 35 E. 3.2). Da jedoch das AIG abweichendem Völkerrecht ohnehin explizit den Vorrang einräumt (Art. 3 Abs. 2 AIG; vgl. auch Art. 2 Abs. 1 AIG; vgl. ferner Art. 4 des durch das AIG abgelösten ANAG [BS 1 121]), ist in der vorliegenden Streitsache ein Rückgriff auf die erwähnten Konfliktregeln unnötig.

6.3 Nach dem Gesagten gelangt hinsichtlich des Gesuchs der Beschwerdeführerin um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme zugunsten ihres Lebenspartners Art. 8 EMRK unmittelbar zur Anwendung. Sollte sich bei entsprechender Prüfung erweisen, dass eine Verweigerung des nachgesuchten Familiennachzugs und Einbezugs in die vorläufige Aufnahme den in Art. 8 EMRK verbürgten Anspruch auf Achtung des Familienlebens der Beschwerdeführerin und ihres Partners verletzt, wäre dieser direkt gestützt auf die völkerrechtliche Bestimmung zu bewilligen.

7.

7.1 Im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist derweil lediglich zu prüfen, ob die Vorinstanz auch mit Blick auf Art. 8 EMRK zu Recht nicht auf das Gesuch der Beschwerdeführerin eingetreten ist ([...]).

7.2 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf das in Art. 8 EMRK verbrieftete Recht auf Achtung des Familienlebens. Ob der Familiennachzug und der Einbezug in die vorläufige Aufnahme gestützt auf die genannte Konventionsnorm zu bewilligen sind, ist nach Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Gegenstand der materiellen Prüfung und nicht des Eintretens. Für das Eintreten auf ein entsprechend begründetes Gesuch muss genügen, dass die gesuchstellende Person in vertretbarer Weise einen sich aus Art. 8 EMRK ergebenden Bewilligungsanspruch geltend macht. Davon ist bereits auszugehen, wenn der zu beurteilende Sachverhalt potenziell vom Schutzbereich des Art. 8 EMRK erfasst ist beziehungsweise wenn ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Konventionsgarantie des Art. 8 EMRK nicht zum Vornherein ausgeschlossen werden

kann (vgl. Urteil des BVGer F-3410/2021 vom 8. April 2022 E. 5.1 m.w.H. in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG).

7.3 Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantiert den Schutz des Familienlebens, das in erster Linie die Kernfamilie, das heisst die Gemeinschaft der Ehegatten beziehungsweise der Eltern mit ihren minderjährigen Kindern, umfasst (vgl. BGE 144 II 1 E. 6.1; 135 I 143 E. 1.3.2). Der Schutz des Art. 8 EMRK ist jedoch nicht auf den erwähnten Personenkreis beschränkt. Sofern eine stabile eheähnliche Gemeinschaft vorliegt, können sich auch Konkubinatspartner auf Art. 8 EMRK berufen (BGE 144 I 266 E. 2.5; 137 I 113 E. 6.1; 135 I 143 E. 1.3.2). Dies gilt im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz auch für Konkubinatspartner vorläufig aufgenommener Personen (Urteile des BVGer F-3410/2021 E. 5.2; F-2793/2020 vom 20. Oktober 2021 E. 5.1).

Die Konventionsgarantie des Art. 8 EMRK kann berührt (und damit potenziell verletzt) sein, wenn einer ausländischen Person, deren Familienangehörige sich hier aufhalten, die Anwesenheit untersagt und damit ihr Zusammenleben vereitelt wird. Sie ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich erst dann berührt, wenn eine staatliche Massnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung zu einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass den beteiligten Personen möglich beziehungsweise zumutbar wäre, das Familienleben andernorts zu führen (BGE 143 I 21 E. 5.1; 139 I 330 E. 2.1; je m.w.H.). Gleichwohl können sich auch solche Personen auf Art. 8 EMRK berufen, die zwar kein gefestigtes Aufenthaltsrecht im Sinne der langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung haben (Schweizer Bürgerrecht, Niederlassungsbewilligung, Aufenthaltsbewilligung auf deren Verlängerung ein Anspruch besteht, vgl. dazu BGE 144 II 1 E. 6.1; 135 I 143 E. 1.3.1; 130 II 281 E. 3.1), deren Anwesenheit in der Schweiz jedoch faktisch als Realität hingenommen wird beziehungsweise aus objektiven Gründen hingenommen werden muss (vgl. BGE 138 I 246 E. 3.3.1; 130 II 281 E. 3.2.2 m.w.H.; ferner Urteile des BGer 2C_360/2016 vom 31. Januar 2017 E. 5.2; 2C_1045/2014 vom 26. Juni 2015 E. 1.1.3; vgl. zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [EGMR] die Urteile *Jeunesse gegen Niederlande* vom 3. Oktober 2014, 12738/10 § 103 ff.; *Agraw gegen Schweiz* vom 29. Juli 2010, 3295/06 § 44 ff., und *Mengesha Kimfe gegen Schweiz* vom 29. Juli 2010, 24404/05 § 61 ff.).

7.4 Es steht vorliegend unbestrittenermassen fest, dass die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner seit vielen Jahren ein stabiles Konkubinats bilden, aus dem in den Jahren 2014 und 2020 zwei gemeinsame Kinder hervorgegangen sind, und dass zwischen ihnen ein echtes, tatsächlich gelebtes Familienleben besteht. Selbst wenn es der Beschwerdeführerin und ihrem Lebenspartner möglich wäre, die Ehe einzugehen (was in der Beschwerde unter Verweis auf administrative Hindernisse bestritten wird), stünde dies einer Berufung auf Art. 8 EMRK als Konkubinatspaar rechtssprechungsgemäss von vornherein nicht entgegen. Dies aufgrund der gemeinsamen Kinder, mit denen sie als Familiengemeinschaft zusammenleben (BGE 144 I 266 E. 2.4 m.H. auf die Botschaft vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [BBJ 2002 3709, 3740 Ziff. 1.3.4.1.1]). Die Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Lebenspartner fällt daher grundsätzlich unter den Schutz des Art. 8 EMRK. Gleiches gilt im Übrigen für die Beziehungen des Lebenspartners zu den gemeinsamen Kindern.

Es steht weiter fest, dass die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner ihr Familienleben schon aufgrund der jeweiligen Staatsangehörigkeit – die Beschwerdeführerin ist Eritreerin, ihr Lebenspartner ist Äthiopier – und der damit zusammenhängenden Probleme bis auf Weiteres nur in der Schweiz leben können. Gerade deshalb wurde dem Beschwerdeführer am 27. November 2019 der Wechsel von St. Gallen nach Schwyz, dem Wohnkanton der Beschwerdeführerin, gestattet ([...]).

Schliesslich ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin bereits seit Mai 2012, das heisst seit bald elf Jahren, mit einer vorläufigen Aufnahme in der Schweiz lebt und dass das ältere der beiden gemeinsamen Kinder aufgrund eines Entwicklungsrückstandes und eines frühkindlich diagnostizierten Autismus auf intensive Betreuung angewiesen ist ([...]). Aufgrund der Situation im Heimatland der Beschwerdeführerin und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sie Mutter zweier heute drei und neun Jahre alter Kinder ist, von denen das ältere aufgrund seiner Behinderung besonderer Pflege und Betreuung bedarf, kann nicht damit gerechnet werden, dass die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin und der beiden Kinder in absehbarer Zeit aufgehoben und die asylrechtliche Wegweisung nach Eritrea vollzogen werden kann. Auch wenn sie nicht über die Flüchtlingseigenschaft verfügt, ist unter den gegebenen Umständen entgegen der Auffassung der Vorinstanz und in Übereinstimmung mit der bundesver-

waltungsgerichtlichen Rechtsprechung von einem faktisch gefestigten Anwesenheitsrecht der Beschwerdeführerin auszugehen (vgl. dazu etwa Urteile des BVerfG F-3410/2021 E. 6.2; F-6531/2019 vom 18. März 2021 E. 7.3; F-398/2019 vom 23. Januar 2021 E. 6.3; F-5550/2020 vom 26. November 2020 E. 7.2.1 und 7.2.2; F-3028/2019 vom 27. Oktober 2021 E. 6.3; F-5929/2019 vom 19. April 2021 E. 7.3).

7.5 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin zugunsten ihres Lebenspartners in vertretbarer Weise einen Anspruch auf Bewilligung des Familiennachzugs und Einbezug in ihre vorläufige Aufnahme geltend macht. Die Vorinstanz wäre daher verpflichtet gewesen, auf das Gesuch einzutreten und es materiell zu prüfen.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Art. 8 EMRK und damit Bundesrecht im Sinne von Art. 49 VwVG verletzt. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zum materiellen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.