
2022 VII/1

Auszug aus dem Urteil der Abteilung VI
i. S. A. gegen Staatssekretariat für Migration
F-3211/2020 vom 21. Februar 2022

Familiennachzug und Einschluss in die vorläufige Aufnahme. Berücksichtigung einer längerfristigen Freiheitsstrafe bei der nachzuziehenden Person.

Art. 62 Abs. 1 Bst. b, Art. 83 Abs. 7 Bst. a, Art. 85 Abs. 7 AIG.

- 1. Art. 85 Abs. 7 AIG weist hinsichtlich der Berücksichtigung einer bei der nachzuziehenden Person vorliegenden Straffälligkeit eine echte Lücke auf (E. 6).**
- 2. Die Lücke kann durch die analoge Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG geschlossen werden (E. 7).**
- 3. Der Familiennachzug und der Einschluss in die vorläufige Aufnahme gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG werden deshalb grundsätzlich verweigert, wenn bei der nachzuziehenden Person eine längerfristige Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG vorliegt. Bei der Beurteilung der strafrechtlichen Sanktion als hinreichender Ausschlussgrund ist auf die etablierte Praxis zu Art. 62 Abs. 1 Bst. b AIG zurückzugreifen. Wie alles staatliche Handeln hat die so begründete Verweigerung der vorläufigen Aufnahme verhältnismässig zu sein (E. 8).**

Regroupement familial et inclusion dans l'admission provisoire. Prise en compte d'une peine privative de liberté de longue durée prononcée à l'encontre de la personne en faveur de laquelle le regroupement familial est sollicité.

Art. 62 al. 1 let. b, art. 83 al. 7 let. a, art. 85 let. 7 LEI.

- 1. L'art. 85 al. 7 LEI ne dit rien de la prise en compte d'une condamnation prononcée à l'encontre de la personne en faveur de laquelle le regroupement familial est sollicité, ce qui constitue une véritable lacune (consid. 6).**
- 2. Cette lacune peut être comblée en appliquant par analogie l'art. 83 al. 7 let. a LEI (consid. 7).**

3. Par conséquent, le regroupement familial et l'inclusion dans l'admission provisoire au sens de l'art. 85 al. 7 LEI sont en principe refusés lorsque la personne en faveur de laquelle le regroupement familial est sollicité a été condamnée à une peine privative de liberté de longue durée au sens de l'art. 83 al. 7 let. a LEI. Pour évaluer la sanction pénale comme motif d'exclusion suffisant, il convient de se référer à la pratique établie en lien avec l'art. 62 al. 1 let. b LEI. A l'instar de toute action de l'Etat, le refus de l'admission provisoire ainsi motivé doit répondre au principe de la proportionnalité (consid. 8).

Ricongiungimento familiare e inclusione nell'ammissione provvisoria. Presa in considerazione di una pena detentiva di lunga durata inflitta alla persona da ricongiungere.

Art. 62 cpv. 1 lett. b, art. 83 cpv. 7 lett. a, art. 85 cpv. 7 LStrI.

1. L'art. 85 cpv. 7 LStrI contiene una lacuna propria per quanto concerne la presa in considerazione di una condanna a carico della persona da ricongiungere (consid. 6).
2. La lacuna può essere colmata mediante applicazione per analogia dell'art. 83 cpv. 7 lett. a LStrI (consid. 7).
3. Se la persona da ricongiungere è stata condannata a una pena detentiva di lunga durata secondo l'art. 83 cpv. 7 lett. a LStrI, il ricongiungimento familiare e l'inclusione nell'ammissione provvisoria ai sensi dell'art. 85 cpv. 7 LStrI sono pertanto, in linea di principio, rifiutati. Nel valutare se la sanzione penale inflitta costituisce un motivo di esclusione sufficiente occorre fare riferimento alla prassi consolidata relativa all'art. 62 cpv. 1 lett. b LStrI. Come ogni altra azione dello Stato, anche il rifiuto dell'ammissione provvisoria fondato su questo motivo deve rispettare il principio di proporzionalità (consid. 8).

Die syrische Beschwerdeführerin reiste am 5. September 2012 in die Schweiz ein und ersuchte um Asyl. Mit Verfügung vom 5. Februar 2014 stellte das damalige Bundesamt für Migration (BFM, heute: Staatssekretariat für Migration [SEM]) fest, dass sie die Flüchtlingseigenschaft nicht

erfülle, lehnte ihr Asylgesuch ab, wies sie aus der Schweiz weg und ordnete gleichzeitig ihre vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs an.

Im Jahr 2016 heiratete die Beschwerdeführerin den algerischen Staatsangehörigen X. Dieser war am 1. November 2011 in die Schweiz eingereist und hatte ein Asylgesuch gestellt. Das BFM hatte das Gesuch mit Verfügung vom 23. August 2013 abgelehnt und den Vollzug der Wegweisung angeordnet. X. hält sich seither ohne Aufenthaltstitel in der Schweiz auf.

Am 10. Dezember 2019 ersuchte die Beschwerdeführerin beim zuständigen Migrationsamt um Einbezug von X. in ihre vorläufige Aufnahme. Am 3. Februar 2020 übermittelte das Migrationsamt das Gesuch zusammen mit einer abschlägigen Stellungnahme an das SEM. Das SEM wies das Gesuch mit Verfügung vom 20. Mai 2020 ab.

Am 22. Juni 2020 gelangte die Beschwerdeführerin mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Vorfrageweise ist zu klären, ob entsprechend dem Dafürhalten der Vorinstanz die Regelung gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG (SR 142.20) im Rahmen des Familiennachzugs und des Einbezugs in die vorläufige Aufnahme nach Art. 85 Abs. 7 AIG sinngemässe Anwendung findet. Bejahendenfalls wäre der Ehemann der Beschwerdeführerin aufgrund seiner Straffälligkeit auch bei erfüllten Voraussetzungen grundsätzlich nicht in deren vorläufige Aufnahme miteinzuschliessen.

5.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich der genannten Frage bisher noch nicht explizit angenommen. In einem ähnlichen Fall wie dem vorliegenden kam es zum Schluss, dass die Delinquenz eines gestützt auf Art. 85 Abs. 7 AIG nachzuziehenden und in die vorläufige Aufnahme seiner Ehefrau miteinzuschliessenden Ehegatten sowohl unter dem Titel der Interessenabwägung gemäss Art. 96 Abs. 1 AIG als auch des Ausschlusses der vorläufigen Aufnahme gemäss Art. 83 Abs. 7 AIG zu berücksichtigen sei (Urteil des BVGer F-3028/2019 vom 27. Oktober 2021 E. 6.1). Die Frage, ob eine von der nachzuziehenden Person erwirkte längerfristige Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG einen

eigenständigen Ausschlussgrund für einen Familiennachzug und für einen Einbezug in die vorläufige Aufnahme gestützt auf Art. 85 Abs. 7 AIG darstellt, musste dort infolge der untergeordneten Delinquenz jedoch nicht geklärt werden.

5.3 Anders verhält es sich im vorliegenden Fall. X. wurde mit rechtskräftigem Urteil des Regionalgerichts (...) vom 18. Oktober 2018 des Verbrechens gegen das BetmG ([SR 812.121] mengenmässig qualifiziert begangen in der Zeit von September 2015 bis ca. April 2016 durch Erwerb, Besitz, nachfolgende Verarbeitung und Verkauf/Abgabe von 450 g Kokaingemisch, ausmachend 211,50 g reines Kokain), des Vergehens gegen das BetmG (begangen in der Zeit von Oktober 2015 bis ca. April 2016 durch Erwerb, Besitz, Vermittlung und Verkauf/Abgabe von 1,3 kg Haschisch und Ansichnahme sowie Abgabe von 10 g MDMA), der sexuellen Belästigung (begangen am 9. April 2016), des Diebstahls (begangen am 25. November 2016), der Hehlerei (begangen zwischen dem 25. und 26. Februar 2013) und der Übertretung gegen das BetmG (begangen in der Zeit von Oktober 2015 bis April 2017 durch Erwerb, Besitz und Konsum von Kokain, Amphetamin, Haschisch und Marihuana) schuldig gesprochen und zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten verurteilt ([...]).

Der Tatbestand von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG ist damit klarerweise erfüllt. Dieser stimmt im Wortlaut mit dem Widerrufsgrund nach Art. 62 Abs. 1 Bst. b AIG überein und ist gleich auszulegen (vgl. MARC SPESCHA, in: Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl. 2019, Art. 83 AIG N. 39; Urteil des BVGer D-806/2018 vom 23. März 2020 E. 5.4.2 m.w.H.). Eine längerfristige Freiheitsstrafe im Sinne der genannten Bestimmung liegt gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn sie eine Dauer von mehr als einem Jahr hat und sich auf ein einziges Urteil stützt. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Sanktion bedingt, teilbedingt oder unbedingt ausgesprochen wurde (vgl. statt vieler BGE 139 I 31 E. 2.1 m.w.H.). Die der Freiheitsstrafe zugrunde liegenden Straftaten müssen sodann hinreichend aktuell sein. Im Sinne eines Grundsatzes ist davon auszugehen, dass ein Zeitraum zwischen der Verübung der Straftat und der ausländerrechtlichen Massnahme von 15 Jahren für eine fehlende Aktualität spricht (vgl. Urteil des BGer 2C 408/2019 vom 9. September 2019 E. 2.4.3; PETER UEBERSAX et al., Migrationsrecht, 2021, S. 166).

6.

6.1 Die Vorinstanz fordert mit der sinngemässen Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG auf den vorliegenden Fall im Ergebnis eine Lückenfüllung durch Gesetzesanalogie. Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens ist nachfolgend zu prüfen.

6.2 Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich dieses als unvollständig erweist, weil es jede Antwort auf eine sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht aufgegeben, unechte zu korrigieren ist ihm grundsätzlich verwehrt (vgl. BGE 144 II 281 E. 4.5 m.w.H.).

6.3 Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Lücken wird in der Praxis immer weniger beachtet. Sie hilft bei der Beantwortung der Frage, ob und in welchem Rahmen im Verwaltungsrecht Lücken von rechtsanwendenden Organen gefüllt werden dürfen, kaum weiter. Deshalb verzichtet eine andere Auffassung der Methodenlehre auf diese Unterscheidung und bezeichnet die Lücke als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die von rechtsanwendenden Organen behoben werden darf. Dabei gelten als Massstab nur die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte, nicht hingegen Wertungen, die von aussen an das Gesetz herangetragen werden. Wenn eine Regelung im Hinblick auf eindeutige und wichtige Zielsetzungen des Gesetzes unvollständig ist, darf die rechtsanwendende Behörde diese Lücke füllen (vgl. zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 213 m.w.H.).

6.4 Im AIG ist keine Bestimmung zu finden, die sich explizit dazu äussert, wie eine längerfristige Freiheitsstrafe des nachzuziehenden Familienangehörigen im Rahmen des Einbezugs in die vorläufige Aufnahme gestützt auf Art. 85 Abs. 7 AIG zu berücksichtigen wäre. Es ist nicht davon

auszugehen, dass der Gesetzgeber eine solche Regelung bewusst unterlassen und damit zu dieser Frage qualifiziert geschwiegen hat. Vielmehr deuten die nicht vorhandenen Hinweise auf eine entsprechende Sachverhaltskonstellation in den Materialien zum hierzu einschlägigen Art. 14c Abs. 3^{bis} ANAG (BS 1 121), welcher später wörtlich in das AuG (AS 2007 5437) überführt wurde, darauf hin, dass diese Möglichkeit nicht bedacht wurde (vgl. die Botschaft vom 4. September 2002 zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [BB1 2002 6845, 6911], den Entwurf zum Asylgesetz [BB1 2002 6938, 6958], die parlamentarische Debatte [AB 2004 N 580 ff., 627 ff.; AB 2005 S 340 ff., 379 f.; AB 2005 N 1158 ff.] und zu den Gesetzgebungsarbeiten auch Urteil des BVGer D-2557/2013 vom 26. November 2014 E. 5.4.2; BVGE 2017 VII/4 E. 4). Im Hinblick auf die wichtige Zielsetzung des AIG, die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz zu wahren (vgl. dazu etwa Urteil des BGer 2C_846/2018 vom 26. März 2019 E. 5.3 m.w.H. und NÄGELI/SCHOCH, *Ausländische Personen als Straftäter und Straftäterinnen*, in: *Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis*, Bd. VIII, 2. Aufl. 2009, Rz. 22.173), erweist sich Art. 85 Abs. 7 AIG somit als lückenhaft. Es ist eine planwidrige Unvollständigkeit beziehungsweise eine echte Lücke anzunehmen, die von den rechtsanwendenden Organen behoben werden kann.

7.

7.1 Beim Füllen einer Lücke hat das Gericht nach der Regel zu entscheiden, die es als konsequenter Gesetz- oder Ordnungsgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Die richterliche Rechtsregel soll sich nach Möglichkeit in das vorgegebene System einfügen, im Bestreben, gleich gelagerte Rechtsfragen nicht ohne Not unterschiedlich zu beantworten. Rechtssetzungslücken sind mithilfe eines Analogieschlusses zu schliessen, wenn die infrage stehende Situation wertungsmässig einer bestehenden Regelung entspricht (vgl. statt vieler BGE 126 III 129 E. 4).

7.2 Die Nachzugsbestimmung für vorläufig aufgenommene Personen gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG ist derjenigen für «gewöhnliche» ausländische Personen nachgebildet (vgl. PETER BOLZLI, in: *Migrationsrecht Kommentar*, a.a.O., Art. 85 AIG N. 21). Das Bundesverwaltungsgericht kam in einem Grundsatzurteil aufgrund einer historischen, systematischen und grammatikalischen Auslegung des altrechtlichen Art. 85 Abs. 7 AuG zum Schluss, dass bei der Beurteilung der Voraussetzungen gemäss dieser

Bestimmung die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 44 AuG analog heranzuziehen ist (BVGE 2017/VII 4 E. 4; vgl. auch Urteil des BVer F-7288/2014 vom 5. Dezember 2016 E. 4.3 m.w.H.). Eine von den anderen Varianten des Familiennachzugs gemäss Art. 42 ff. AuG unabhängige Anwendung von Art. 85 Abs. 7 AuG erachtete das Bundesverwaltungsgericht in einem weiteren Grundsatzurteil aus einer systematischen Perspektive als unzulässig, zumal es sich um eine ausländerrechtliche Regelung handle. Sowohl Art. 85 Abs. 7 als auch Art. 42–44 AuG dienen im Ergebnis dem Familiennachzug zu einer in der Schweiz lebenden Person (vgl. BVGE 2017/VII 8 E. 5.2). Asylrechtliche Fragen würden sich bei der Beurteilung eines Einbezugs in die vorläufige Aufnahme grundsätzlich nicht stellen (vgl. BVGE 2017/VII 8 E. 5.3 m.H. auf BGE 141 I 49 E. 3.6). Diese Rechtsprechung hat auch unter dem AIG weiterhin Geltung. Art. 85 Abs. 7 und Art. 44 Abs. 1 AIG sind in Bezug auf die zu erfüllenden materiellen Nachzugsvoraussetzungen nach wie vor identisch.

7.3 Vor diesem Hintergrund ist die bereits im Urteil F-3028/2019 (E. 6.1) eingeleitete analoge Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG auf Sachverhaltskonstellationen wie die vorliegende systemgerecht. Die genannte Bestimmung nimmt in Bezug auf das Verhalten von ausländischen Personen eine Interessenabwägung vor und legt die Grenze fest, bei deren Überschreitung das öffentliche Interesse am Wegweisungsvollzug überwiegt und die vorläufige Aufnahme gemäss Art. 83 Abs. 2 und 4 AIG ausgeschlossen ist (vgl. BVGE 2014/26 E. 7.9.4). Denselben ordnungs- und sicherheitspolizeilichen Zweck verfolgt bei den Familiennachzugsbestimmungen gemäss Art. 42 ff. AIG – von denen Art. 85 Abs. 7 AIG aufgrund seiner ausländerrechtlichen Natur wie gesehen nicht unabhängig angewandt werden kann (vgl. vorstehend E. 7.2) – Art. 51 AIG. Dieser hält fest, dass die Nachzugsansprüche nach Art. 42 AIG erlöschen, wenn Widerrufsgründe nach Art. 63 AIG vorliegen (Art. 51 Abs. 1 Bst. b). Die Nachzugsansprüche nach den Art. 43, Art. 48 und Art. 50 AIG wiederum erlöschen, wenn Widerrufsgründe nach den Art. 62 oder Art. 63 Abs. 2 AIG vorliegen (Art. 51 Abs. 2 Bst. b). In sämtlichen der vorgenannten Normen spiegelt sich der Schutzzweck wider, welchen das Ausländerrecht für die schweizerische Gesellschaft verfolgt (vgl. vorstehend E. 6.4). Im Ergebnis kann eine längerfristige Freiheitsstrafe damit im Sinne der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowohl zum Erlöschen von Nachzugsansprüchen als auch zum Ausschluss einer vorläufigen Aufnahme infolge von Unzumutbarkeit oder

Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs führen. Weshalb sich eine solche strafrechtliche Sanktion nicht auch auf die Frage des Einschlusses in die vorläufige Aufnahme gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG auswirken sollte, ist nicht ersichtlich. Es handelt sich um gleich gelagerte Rechtsfragen, die nicht ohne Not anders entschieden werden sollten. Die von der Vorinstanz vorgenommene analoge Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG auf einen solchen Fall fügt sich in die Gesetzessystematik ein und entspricht wertungsgemäss der Regelung von Art. 51 AIG.

8.

8.1 Im Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass die Frage, ob eine durch den nachziehenden Familienangehörigen im In- oder Ausland erwirkte längerfristige Freiheitsstrafe gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. a beziehungsweise Art. 62 Abs. 1 Bst. b AIG im Rahmen des Einschlusses in die vorläufige Aufnahme gestützt auf Art. 85 Abs. 7 AIG zu berücksichtigen ist, im AIG nicht geregelt ist. Es handelt sich um eine echte Gesetzeslücke beziehungsweise um eine planwidrige Unvollständigkeit. Diese kann mit Blick auf die ausländerrechtliche Natur von Art. 85 Abs. 7 AIG, auf die inhaltliche Verwandtschaft dieser Bestimmung mit der Familiennachzugsregelung gemäss Art. 42 ff. AIG und auf den ordnungs- und sicherheitspolizeilichen Zweck des AIG durch die analoge Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG systemgerecht geschlossen werden.

8.2 Der Familiennachzug und der Einschluss in die vorläufige Aufnahme gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG werden folglich grundsätzlich nicht verfügt, wenn bei der nachziehenden Person eine längerfristige Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG vorliegt. Bei der Beurteilung der strafrechtlichen Sanktion als insofern hinreichender Ausschlussgrund ist auf die etablierte Praxis zu Art. 62 Abs. 1 Bst. b AIG zurückzugreifen. Wie alles staatliche Handeln hat zudem auch die so begründete Verweigerung der vorläufigen Aufnahme verhältnismässig zu sein (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV; Art. 8 Ziff. 2 EMRK; Art. 96 AIG). Die Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Ziffer 2 EMRK und jene nach Art. 96 AIG sind dabei deckungsgleich (vgl. statt vieler Urteil des BGer 2C_754/2018 vom 28. Januar 2019 E. 6.1 m.H. auf BGE 139 I 31 E. 2.3.2).

8.3 Nach dem Ausgeführten kann X. aufgrund seiner Verurteilung vom 18. Oktober 2018 zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten unabhängig von den Voraussetzungen gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG grundsätzlich nicht in die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin

eingeschlossen werden. Wie gesehen, erfüllt das Strafurteil den Tatbestand von Art. 83 Abs. 7 Bst. a beziehungsweise Art. 62 Abs. 1 Bst. b AIG ohne Weiteres (vgl. vorstehend E. 5.3). Damit liegt ein Ausschlussgrund für den Einbezug in die vorläufige Aufnahme vor. Zu prüfen bleibt die Grundrechtskonformität, insbesondere die Verhältnismässigkeit eines solchen Ausschlusses.