



Abteilung VI
F-3211/2020

Urteil vom 21. Februar 2022

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richter Gregor Chatton,
Richter Daniele Cattaneo,
Gerichtsschreiber Michael Spring.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Melanie Aebli, Rechtsanwältin,
Advokatur 4A GmbH, Effingerstrasse 4a,
Postfach 2019, 3001 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin, eine am 15. Februar 1974 geborene syrische Staatsangehörige, reiste am 5. September 2012 in die Schweiz ein und ersuchte am 11. September 2012 um Asyl. Mit Verfügung vom 5. Februar 2014 stellte das damalige Bundesamt für Migration (BFM, heute: 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.

B.

Am (...) 2016 heiratete die Beschwerdeführerin in (...) den algerischen Staatsangehörigen B._____, geboren am (...). Dieser war seinerseits am 1. November 2011 in die Schweiz eingereist und hatte ein Asylgesuch gestellt. Die Vorinstanz hatte dieses mit Verfügung vom 23. August 2013 abgelehnt und den Vollzug der Wegweisung angeordnet. B._____ hält sich seither ohne Aufenthaltstitel in der Schweiz auf.

C.

Am 27. November 2018 erledigte die Vorinstanz ein am 11. Februar 2016 eingeleitetes Verfahren betreffend Einbezug von B._____ in die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin durch Nichteintreten.

D.

Am 10. Dezember 2019 ersuchte die Beschwerdeführerin beim Amt für Migration und Personenstand des Kantons (...) (nachfolgend: Migrationsamt) erneut um Einbezug von B._____ in ihre vorläufige Aufnahme. Am 3. Februar 2020 übermittelte das Migrationsamt das Gesuch zusammen mit seiner Stellungnahme an die Vorinstanz. Es teilte mit, dass es die Bedingungen für den Familiennachzug und den Einbezug in die vorläufige Aufnahme als nicht erfüllt erachte.

E.

Nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs wies die Vorinstanz das Gesuch vom 10. Dezember 2019 mit Verfügung vom 20. Mai 2020 ab.

F.

Am 22. Juni 2020 gelangte die Beschwerdeführerin mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben, das Gesuch sei zu bewilligen und B._____ sei in ihre vorläufige Aufnahme einzuschliessen. Eventualiter

sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur ergänzenden Feststellung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Juli 2020 wies der Instruktionsrichter das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zufolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde ab und forderte die Beschwerdeführerin auf, einen Kostenvorschuss in Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten. Mit Zwischenverfügungen vom 4. August 2020 und vom 7. September 2020 wies er diesbezügliche Wiedererwägungsgesuche der Beschwerdeführerin ab. Die Beschwerdeführerin leistete den Kostenvorschuss fristgerecht.

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 17. September 2020 hielt die Vorinstanz vollumfänglich an der angefochtenen Verfügung fest.

I.

Mit Replik vom 21. Oktober 2020 ersuchte die Beschwerdeführerin um Gutheissung der Beschwerde.

J.

Im Rahmen des nachfolgenden Schriftenwechsels tätigte die Vorinstanz weitere Sachverhaltsabklärungen und beurteilte die Einkommenssituation der Eheleute aufgrund aktueller Unterlagen mehrmals neu. Am 2. September 2021 teilte sie dem Bundesverwaltungsgericht abschliessend mit, sie komme unter Berücksichtigung sämtlicher Aspekte zum Schluss, dass die Voraussetzungen für den Einbezug von B. _____ in die vorläufige Aufnahme seiner Ehefrau nicht erfüllt seien. Am 11. Oktober 2021 liess sich die Beschwerdeführerin hierzu vernehmen und hielt an ihren Beschwerdebegehren fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des SEM betreffend Familiennachzug gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG (SR 142.20) unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG). Dieses entscheidet endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG; Urteil des BGer 2C_855/2019 vom 11. Oktober 2019 E. 3 m.H. auf Urteil 2C_941/2017 vom 7. Februar 2018 E. 1.4).

1.2 Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Die Beschwerdeführerin als Verfügungsadressatin ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und Art. 52 VwVG).

2.

Mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhaltes sowie – falls nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2).

3.

Gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG können Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Personen frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme nachgezogen und in diese eingeschlossen werden. Voraussetzung dafür ist, dass sie zusammenwohnen (Bst. a), dass eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (Bst. b), dass die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist (Bst. c), sie sich in der am Wohnort gesprochenen Landessprache verständigen können (Bst. d) und die nachziehende Person keine jährlichen Ergänzungsleistungen nach dem Bundesgesetz über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006

(ELG, SR 831.10) bezieht oder wegen des Familiennachzugs beziehen könnte (Bst. e). In Konkretisierung dieser Bestimmung sieht Art. 74 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) vor, dass das Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme innerhalb von fünf Jahren nach Ablauf der dreijährigen Karenzfrist eingereicht werden muss (vgl. Abs. 3). Ein nachträglicher Familiennachzug kann nur bewilligt werden, wenn wichtige familiäre Gründe vorliegen (vgl. Abs. 4).

4.

4.1 Die Vorinstanz stützte die Gesuchsabweisung in der angefochtenen Verfügung vom 20. Mai 2020 auf die unzureichende finanzielle Situation der Eheleute. Die übrigen Voraussetzungen gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG prüfte sie nicht. In ihrer Stellungnahme vom 2. September 2021 stellte sie sich zudem auf den Standpunkt, dass die Straffälligkeit von B._____ dem Einbezug in die vorläufige Aufnahme seiner Ehegattin entgegenstehe. Sie führte aus, B._____ sei vom Regionalgericht (...) am 18. Oktober 2018 unter anderem wegen Verbrechen gegen das BetmG (SR 812.121), begangen in den Jahren 2015 und 2016, verurteilt und mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten bestraft worden. Gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG werde die vorläufige Aufnahme infolge Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nicht verfügt, wenn die ausländische Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne der Art. 59-61 oder Art. 64 StGB angeordnet worden sei. Diese Bestimmung müsse sinngemäss auf die nachziehende Person im Rahmen des Familiennachzugs gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG anwendbar sein. Der Einbezug in die vorläufige Aufnahme werde nicht verfügt, wenn selbige straffällig im Sinne von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG geworden sei. Auch eine Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 96 AIG führe im Übrigen zu keinem anderen Ergebnis. B._____ lebe zwar bereits seit mehreren Jahren in der Schweiz, den grossen Teil davon jedoch ohne Aufenthaltsberechtigung. Er sei nachweislich mehrfach straffällig geworden, habe 15 Monate in Haft verbracht und die Probezeit für den bedingten Teil der Haftstrafe sei noch nicht abgelaufen (vgl. Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 31 S. 2).

4.2 Die Beschwerdeführerin erachtete es in ihrer Eingabe vom 11. Oktober 2021 als unverhältnismässig, ihrem Ehemann die vorläufige Aufnahme aufgrund seiner Straffälligkeit nicht zu erteilen. Es gehe vorliegend darum, dem Einzelfall gerecht zu werden und dem Ehepaar das Zusammenleben

und ein selbständiges Auskommen zu ermöglichen. Neben der langen Anwesenheitsdauer in der Schweiz und dem sehr guten sozialen Netz sei B._____ seit über fünf Jahren mit der Beschwerdeführerin verheiratet. Auch wenn kein direkter Aufenthaltsanspruch bestehe, so müssten die Grundrechte bei der Ermessensausübung zur Geltung kommen. In der Interessenabwägung würden die privaten Interessen des Paares aufgrund des gemeinsamen Familienlebens und der gegenseitigen Unterstützung schwerer wiegen als die öffentlichen Interessen (vgl. BVGer-act. 33).

5.

5.1 Vorfrageweise ist zu klären, ob entsprechend dem Dafürhalten der Vorinstanz die Regelung gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG 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 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. B._____ wurde mit rechtskräftigem Urteil des Regionalgerichts (...) vom 18. Oktober 2018 des Verbrechens gegen das BetmG (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 An-

sichnahme 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 (vgl. Akten der Vorinstanz [SEM-act.] A 29).

5.4 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 zu Grunde 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 zu Grunde 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 [BBI 2002 6845, 6911], den Entwurf zum Asylgesetz [BBI 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: Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, 2. Aufl. 2009, Rz. 22.173), erweist sich Art. 85 Abs. 7 AIG somit als lückenhaft. Es ist eine planwidrige Unvollständigkeit bzw. 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 Verordnungsgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Die richterliche Rechtsregel soll sich nach Möglichkeit in das vorgegebene System einfügen, im Bestreben, gleichgelagerte Rechtsfragen nicht ohne Not unterschiedlich zu beantworten. Rechtssetzungslücken sind mit Hilfe eines Analogieschlusses zu schliessen, wenn die in Frage 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 BVGer 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 (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 (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 gleichgelagerte 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 nachzuziehenden Familienangehörigen im In- oder Ausland erwirkte längerfristige Freiheitsstrafe gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. a bzw. 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 bzw. 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 nachzuziehenden 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 Ziff. 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 B. _____ 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 bzw. 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.

9.

9.1 Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantiert den Schutz des Familienlebens, welches in erster Linie die Kernfamilie, das heisst die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern, umfasst (vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.2 und 129 II 11 E. 2). Die Garantie kann verletzt sein, wenn einer ausländischen Person, deren Familienangehörige in der Schweiz weilen, die Anwesenheit untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird. Das in Art. 8 EMRK beziehungsweise Art. 13 BV geschützte Recht ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts berührt, wenn eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt wird, ohne dass es dieser möglich beziehungsweise zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (BGE 144 II 1 E. 6.1; 143 I 21 E. 5.1). Von einer gefestigten Anwesenheitsberechtigung wird bei Vorliegen des Schweizer Bürgerrechts, einer Niederlassungsbewilligung

oder einer Aufenthaltsbewilligung, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht, ausgegangen (BGE 135 I 143 E. 1.3.1; 130 II 281 E. 3.1). In der jüngeren Rechtsprechung wird der Begriff des gefestigten Anwesenheitsrechts auf weitere Personenkategorien ausgeweitet. So hat das Bundesgericht in Bezug auf Flüchtlinge mit Asylstatus ein gefestigtes Anwesenheitsrecht und damit eine Berufung auf Art. 8 EMRK bejaht (BGE 139 I 330 E. 1.2 und E. 3.1). Das Bundesverwaltungsgericht hat in bestimmten Konstellationen vorläufig aufgenommenen *Flüchtlingen* (welche ebenfalls den Schutz des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [Flüchtlingskonvention, SR 0.142.30] geniessen) ein «faktisches Anwesenheitsrecht» in der Schweiz zuerkannt, da sie in der Regel nicht nur vorübergehend, sondern langfristig nicht mehr in ihren Herkunftsstaat zurückkehren können (BVGE 2017 VII/4 E. 6.3 und E. 6.4). Auf den Schutz des Privat- und Familienlebens können sich in Ausnahmesituationen auch Personen berufen, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt ist beziehungsweise die kein gefestigtes Aufenthaltsrecht im Sinn der zitierten Rechtsprechung haben, 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 m.w.H.). Diese Rechtsprechung wird in Ausnahmefällen auch auf vorläufig aufgenommene Personen *ohne Flüchtlingseigenschaft* angewendet, wobei in der Regel ein mehrjähriger Aufenthalt vorausgesetzt wird (vgl. Urteile des BVGer F-1251/2020 vom 30. März 2020 E. 6.2.2 f.; F-7054/2016 vom 17. Dezember 2018 E. 5.8 ff.).

9.2 Als vorläufig Aufgenommene ohne Flüchtlingseigenschaft verfügt die Beschwerdeführerin gemäss Rechtsprechung nicht über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht. Sie hält sich jedoch seit rund neuneinhalb Jahren in der Schweiz auf, während derer ihr Ausweis F stets verlängert wurde. Die Frage, ob damit der Schutzbereich von Art. 8 EMRK in Bezug auf ihre Beziehung zu B. _____ eröffnet ist, steht im Raum, kann vorliegend aber offen bleiben. Selbst bejahendenfalls würde sich ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens gestützt auf Art. 8 Ziff. 2 EMRK als gerechtfertigt erweisen.

9.3 Die Europäische Menschenrechtskonvention verschafft keinen absoluten Anspruch auf Einreise und Aufenthalt, respektive auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts, oder auf einen besonderen Aufenthaltstitel. Vielmehr erweist sich eine aufenthaltsbeendende oder -verweigernde, im Schutz- und Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK

liegende Massnahme als zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinn von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig erscheint (vgl. BGE 143 I 21 E. 5.1; 135 I 153 E. 2.1). In Fällen, die sowohl das Familienleben als auch die Immigration betreffen, hängt der Umfang der Pflicht, ausländische Familienmitglieder auf dem Staatsgebiet zu dulden oder ihren Aufenthalt ermöglichen zu müssen, jeweils von den Umständen des Einzelfalls ab. Es wird eine Gesamtbetrachtung verlangt, bei welcher der Grad der konkreten Beeinträchtigung des Familienlebens, der Umstand, ob und wieweit dieses in zumutbarer Weise im Heimatstaat oder allenfalls in einem Drittstaat gelebt werden kann sowie die Natur der Bindungen zum und im Aufenthaltsstaat ins Gewicht fallen, wobei zu prüfen ist, ob eine gute, auch wirtschaftliche, Integration vorliegt (vgl. zum Letzteren BGE 144 I 266 E. 3.7). Von wesentlicher Bedeutung ist zudem, ob Gründe der Migrationsregulierung (z.B. illegaler Aufenthalt), andere Motive zum Schutz der öffentlichen Ordnung (z.B. Kriminalität) oder solche des wirtschaftlichen Wohlergehens des Landes (z.B. Sozialhilfeabhängigkeit) der Bewilligung entgegenstehen. Von besonderem Gewicht erscheint schliesslich, ob die betroffenen Personen aufgrund ihres migrationsrechtlichen Status vernünftigerweise davon ausgehen durften, ihr Familienleben künftig im Konventionsstaat pflegen zu können. Ist dies nicht der Fall, bedarf es besonderer beziehungsweise aussergewöhnlicher Umstände («exceptional circumstances»), damit Art. 8 EMRK den einzelnen Staat verpflichten kann, die Anwesenheit von Familienangehörigen zu dulden (vgl. zum Ganzen statt vieler BGE 139 I 330 E. 2.2 f. sowie Urteile des EGMR *Jeunesse gegen Niederlande* vom 3. Oktober 2014 [Nr. 12738/10] § 100 ff. m.w.H., *Tanda-Muzinga gegen Frankreich* vom 10. Juli 2014 [Nr. 2260/10] § 64 ff., *Biraga und andere gegen Schweden* vom 3. April 2012 [Nr. 1722/10] § 49 ff. sowie *Darren Omoregie und andere gegen Norwegen* vom 31. Juli 2008 [Nr. 265/07] § 57).

9.4 Der Nichteinschluss von B. _____ in die vorläufige Aufnahme seiner Ehefrau erweist sich unter Berücksichtigung der dargelegten Kriterien als zulässig im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 96 AIG. Für diese Massnahme sprechen infolge der langjährigen illegalen Anwesenheit des Ehemannes erhebliche Gründe der Migrationsregulierung, aufgrund seiner schwerwiegenden Delinquenz der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und schliesslich infolge der einkommensmässig zumindest instabilen Situation der Eheleute auch das wirtschaftliche Wohlergehen des Landes. Diesen gesamthaft sehr gewichtigen öffentlichen Interessen haben sich die privaten Interessen der Eheleute unterzuordnen. Im Zeitpunkt

des Eheschlusses am (...) 2016 hielt sich B. _____ bereits geraume Zeit illegal in der Schweiz auf. Dass der Beschwerdeführerin dies nicht bewusst war, ist nicht anzunehmen. Einen erheblichen Teil der dem Strafurteil vom 18. Oktober 2018 zugrundeliegenden Straftaten hatte B. _____ sodann bis zur Heirat schon begangen. Aufgrund dieser Ausgangslage durften weder er noch seine Ehefrau zum Zeitpunkt des Eheschlusses vernünftigerweise davon ausgehen, ihr Familienleben künftig in der Schweiz pflegen zu können. Von der Ausübung der weiteren Delikte liess B. _____ sich im Übrigen auch durch den Eheschluss nicht abhalten. Seine Integration, die bereits aufgrund der illegalen Anwesenheit in ständiger Praxis nur untergeordnet zu berücksichtigen ist (vgl. BGE 137 II 1 E. 4.3), muss gesamthaft als klar unzureichend eingestuft werden. Am vorliegenden Ausgang der Interessenabwägung vermag infolge der gewichtigen öffentlichen Sicherheitsinteressen, die gegen eine vorläufige Aufnahme von B. _____ sprechen, schliesslich auch der Umstand nichts zu ändern, dass es der Beschwerdeführerin nur schwer zumutbar sein dürfte, das Eheleben im Heimatstaat ihres Ehemannes zu pflegen. Das Gleiche gilt für die Tatsache, dass infolge Ablaufs der Fristen gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG und Art. 74 Abs. 4 VZAE ein weiteres Gesuch gestützt auf Art. 85 Abs. 7 AIG künftig grundsätzlich nicht mehr gutgeheissen werden kann. Eine Familienvereinigung bleibt denn auch nicht völlig ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin hat bei erfolgreicher Integration die Möglichkeit, gestützt auf Art. 84 Abs. 5 AIG eine Aufenthaltsbewilligung zu erlangen und ihren Ehemann – dessen zwischenzeitliche Ausreise und eine hinreichende Bewährungsdauer im Ausland vorausgesetzt (vgl. sinngemäss Urteil des BGer 2C_484/2020 vom 19. Januar 2021 E. 3 m.w.H.) – gemäss Art. 44 AIG nachzuziehen.

10.

Nach dem Ausgeführten erweist sich die Verweigerung des Familiennachzugs vorliegend als rechtmässig. Es gelingt der Beschwerdeführerin nicht, darzutun, inwiefern die vorinstanzliche Verfügung Bundesrecht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig oder unvollständig feststellt oder unangemessen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

11.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und auf insgesamt Fr. 800.– festzusetzen (Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE,

SR 173.320.2]). Der am 17. August 2020 in gleicher Höhe einbezahlte Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 800.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie sind durch den in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Fulvio Haefeli

Michael Spring

Versand: