



Abteilung VI
F-895/2021

Urteil vom 12. April 2023

Besetzung

Richter Sebastian Kempe (Vorsitz),
Richterin Regula Schenker Senn,
Richter Daniele Cattaneo,
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch MLaw Eliane Schmid, Rechtsanwältin,
Caritas Schweiz,

gegen

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

Gegenstand

Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme
zu Gunsten von **B.**_____;
Verfügung des SEM vom 27. Januar 2021.

Sachverhalt:

A.

Die Beschwerdeführerin (geb. 1982) ist eritreische Staatsangehörige. Sie ersuchte am 9. Januar 2012 in der Schweiz um Asyl. Mit Verfügung vom 24. Mai 2012 lehnte die Vorinstanz das Gesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an, schob den Vollzug jedoch infolge Unzumutbarkeit zu Gunsten einer vorläufigen Aufnahme auf. Für die Dauer der vorläufigen Aufnahme wurde sie dem Kanton Schwyz zugewiesen. Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Aus einer langjährigen, heute noch bestehenden Beziehung der Beschwerdeführerin mit ihrem Lebenspartner B._____, einem äthiopischen Staatsangehörigen (geb. 1980; nachfolgend: Lebenspartner), sind die Kinder C.____ (geb. [...] 2014) und D.____ (geb. [...] 2020) hervorgegangen. Beide Kinder wurden von der Vorinstanz in die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin einbezogen und von deren Lebenspartner anerkannt.

B.

Der Lebenspartner der Beschwerdeführerin ersuchte am 28. Februar 2012 in der Schweiz um Asyl und wurde dem Kanton St. Gallen zugewiesen. Mit Verfügung vom 24. Februar 2015 lehnte die Vorinstanz das Asylgesuch ab und ordnete seine vollziehbare Wegweisung aus der Schweiz an. Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Zwei in der Folge eingereichte Wiedererwägungsgesuche und ein Mehrfachgesuch blieben ohne Erfolg (vgl. die in der Sache des Lebenspartners der Beschwerdeführerin ergangenen Urteile des BVGer E-3271/2015 vom 22. Juni 2015 und E-4590/2016 vom 29. August 2016 sowie Verfügung des SEM vom 21. November 2018).

C.

Mit Verfügung vom 27. November 2019 entsprach die Vorinstanz einem Kantonswechselgesuch der Beschwerdeführerin und ihres Lebenspartners und wies den letzteren dem Kanton Schwyz, dem Wohnkanton der Beschwerdeführerin, zu (Akten des SEM, Vorhaben: [...] / N [...] «Kantonswechsel» [SEM-act. «Kantonswechsel»] 14).

D.

Mit Eingabe vom 26. September 2020 ersuchte die Beschwerdeführerin zu Gunsten ihres Lebenspartners um Bewilligung des Familiennachzugs und um dessen Einbezug in ihre vorläufige Aufnahme (Akten des SEM,

Vorhaben: [...] / N [...] «Familiennachzug Art. 85 Abs. 7 AIG» [SEM-act. «Familiennachzug»] 1).

E.

Am 1. Dezember 2020 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin unter Gewährung des rechtlichen Gehörs mit, es werde erwogen, auf das Gesuch nicht einzutreten, da sie, 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 (SEM-act. «Familiennachzug» 5). Mit Eingabe vom 12. Januar 2021 machte die Beschwerdeführerin von ihrem Äusserungsrecht Gebrauch (SEM-act. «Familiennachzug» 10).

F.

Mit Verfügung vom 27. Januar 2021 trat die Vorinstanz auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bewilligung des Familiennachzugs und Einbezug ihres Lebenspartners in die ihr gewährte vorläufige Aufnahme nicht ein (SEM-act. «Familiennachzug» 13).

G.

Gegen die vorgenannte Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 26. Februar 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Akten des BVGer [Rek-act.] 1).

Die Beschwerdeführerin beantragte in der Sache, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf das Gesuch um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme einzutreten und es einer materiellen Prüfung zu unterziehen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur vollständigen Sachverhaltsermittlung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subeventualiter sei ihr Lebenspartner in ihre vorläufige Aufnahme einzubeziehen. In prozessualer Hinsicht ersuchte die Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Kostenbefreiung und Rechtsverteidigung durch ihre Rechtsvertreterin.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 14. April 2021 wurde der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG die unentgeltliche Rechtspflege gewährt: Sie wurde von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit, und es wurde ihr in der Person ihrer Rechtsvertreterin eine amtliche Rechtsbeiständin bestellt (Rek-act. 3).

I.

Die Vorinstanz schloss in ihrer Vernehmlassung vom 7. Mai 2021 auf Abweisung der Beschwerde (Rek-act. 4).

J.

Die Beschwerdeführerin hielt mit Replik vom 10. Juni 2021 an ihrem Rechtsmittel fest (Rek-act. 6).

K.

Auf den weiteren Akteninhalt wird – soweit erheblich – in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des SEM betreffend Familiennachzug mit Einbezug in die vorläufige Aufnahme nach Art. 85 Abs. 7 AIG unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

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

1.3 Mit der angefochtenen Verfügung ist die Vorinstanz auf ein Gesuch um Familiennachzug mit Einbezug in die vorläufige Aufnahme nicht eingetreten. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet folglich nur die Eintretensfrage (vgl. BGE 144 II 184 E. 1.1; 135 II 38 E. 1.2).

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

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und – solange wie vorliegend keine kantonale 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 Entscheids (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 und vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme nachgezogen und in diese eingeschlossen werden. Voraussetzung dafür ist, dass sie mit der nachziehenden Person zusammenwohnen (Bst. a), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (Bst. b), 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 (ELG, SR 831.30) bezieht oder wegen des Familiennachzugs beziehen könnte (Bst. e). Diese Bestimmung wird in materieller Hinsicht in der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) konkretisiert. Gemäss Art. 74 Abs. 3 VZAE ist ein Familiennachzugsgesuch innerhalb von fünf Jahren zu stellen, sobald die zeitlichen Voraussetzungen gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG erfüllt sind. Der Ehe gleichgestellt ist die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Art. 88a AIG, Art. 74 Abs. 6 VZAE).

4.

4.1 Die Vorinstanz stellte in der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen fest, dass die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner nicht zivilrechtlich verheiratet seien. Damit sei eine wesentliche formelle Bedingung des Art. 85 Abs. 7 AIG nicht erfüllt, und auf das Gesuch sei nicht einzutreten. Der Beschwerdeführerin und ihrem Lebenspartner stehe es offen, ein neues Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme einzureichen, falls sie zivilrechtlich die Ehe geschlossen hätten. Dem Nichteintreten auf das vorliegende Gesuch stehe auch Art. 8 EMRK nicht entgegen. Zwar könnten sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch Personen auf Art. 8 EMRK berufen, die kein gefestigtes Anwesenheitsrecht hätten, deren Anwesenheit in der Schweiz jedoch faktisch als Realität hingenommen werden müsse (Urteile des BGer 2C_360/2016 vom 30. Januar 2017; 2C_639/2012 vom 13. Februar 2013). Hingegen könne gemäss Bundesverwaltungsgericht bei Gesuchen um Familiennachzug von vorläufig

aufgenommenen Personen, welche die Flüchtlingseigenschaft nicht besässen, Art. 8 EMRK nicht zur Anwendung gelangen (Urteil D-1075/2018 des BVGer vom 19. April 2018 E. 5.3). Da die Beschwerdeführerin in der Schweiz vorläufig aufgenommen, ihr jedoch die Flüchtlingseigenschaft nicht zuerkannt worden sei, könne demnach im vorliegenden Verfahren Art. 8 EMRK nicht zur Anwendung kommen. An diesem Ergebnis ändere nichts, dass ihrem Lebenspartner der Kantonswechsel bewilligt und dabei «eine schützenswerte Beziehung im Sinne von Art. 8 EMRK» bejaht worden sei.

4.2 Auf Rechtsmittelebene wurde von der Beschwerdeführerin zusammenfassend vorgebracht, die Vorinstanz beschränke den Kreis der Begünstigten nach Art. 85 Abs. 7 AIG zu Unrecht auf zivilrechtlich getraute Ehegatten. Die Gesetzesbestimmung sei völkerrechtskonform auszulegen. Unter Umständen müsse der Familiennachzug direkt gestützt auf Art. 8 EMRK bewilligt werden. Es wäre entsprechend notwendig gewesen, auf das Gesuch einzutreten und eine materielle Prüfung des Art. 8 EMRK und der übrigen Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 7 AIG vorzunehmen. Des Weiteren könne der Vorinstanz nicht gefolgt werden, dass der Anwendungsbereich nicht eröffnet sei, weil sie und ihr Lebenspartner weder ein rechtlich noch ein faktisch gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz hätten. Zum einen sei gemäss jüngster bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung der Schutzbereich des Art. 8 EMRK unabhängig vom Aufenthaltsstatus eröffnet, wenn eine schützenswerte familiäre Beziehung gegeben sei (Urteil des BVGer E-7092/2017 vom 25. Januar 2021 E. 13.3), zum anderen werde in dem von der Vorinstanz zitierten Urteil des BVGer D-1075/2018 vom 18. April 2018 ausgeführt, dass auch ein faktisches Aufenthaltsrecht genügen könne. Dies insbesondere dann, wenn eine Person über viele Jahre hinweg in der Schweiz lebe, wobei eine Mindestaufenthaltsdauer von acht Jahren genannt werde. Vorliegend müsse zumindest bei ihr, der Beschwerdeführerin, von einem solchen faktisch gefestigten Aufenthaltsrecht ausgegangen werden. Sie sei sehr gut integriert, halte sich seit bereits neun Jahren in der Schweiz auf, davon praktisch die gesamte Zeit als vorläufig Aufgenommene. Es sei auch nicht davon auszugehen, dass ihre Wegweisung und die ihrer Kinder in absehbarer Zeit vollzogen werden könne. Im Übrigen sei ihrem Lebenspartner im Rahmen des Verfahrens auf Bewilligung des Kantonswechsels von der Vorinstanz zugestanden worden, dass auch er über ein faktisches Anwesenheitsrecht verfüge und die Beziehung zu seiner Partnerin und den Kindern schützenswert im Sinne von Art. 8 EMRK sei.

4.3 In ihrer Vernehmlassung ergänzte die Vorinstanz ihre ursprüngliche Argumentation insofern, als gemäss neuester bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung (Urteil des BVGer F-6531/2019 vom 18. März 2021) auch bei vorläufig aufgenommenen Personen ohne Flüchtlingseigenschaft unter gewissen Umständen ein faktisches Aufenthaltsrecht angenommen werden müsse. Allerdings habe die vom Urteil betroffene Person schon seit 15 Jahren in der Schweiz gelebt, während die Beschwerdeführerin sich erst seit neun Jahren in der Schweiz aufhalte. Das von der Rechtsvertretung zitierte Urteil des BVGer E-7092/2017 vom 25. Januar 2021 beziehe sich explizit auf den Kontext des Dublin-Verfahrens und sei nicht «unbedingt» geeignet, um im vorliegenden Fall einen Anspruch aus Art. 8 EMRK abzuleiten. Sie, die Vorinstanz, halte daher an ihrer Rechtsauffassung fest, dass im vorliegenden Fall ein Anspruch auf Einbezug in die vorläufige Aufnahme nicht direkt aus Art. 8 EMRK abgeleitet werden könne. Das gelte umso mehr, als der Lebenspartner der Beschwerdeführerin nicht zum Begünstigtenkreis des Art. 85 Abs. 7 AIG gehöre. Wohl spreche sich die Lehrmeinung dafür aus, dass auch ein gefestigtes Konkubinat in den Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 7 AIG falle. Dem könne jedoch entgegengehalten werden, dass es jedem Paar freistehe, sich für die zivilrechtliche Ehe mit den entsprechenden Rechtsfolgen zu entscheiden oder darauf zu verzichten. Das Bundesgericht habe zudem festgehalten, dass der Gesetzgeber in Art. 44 AIG die Rechtsstellung von Konkubinatspartnern nicht explizit geregelt habe, da grundsätzlich die Möglichkeit einer Ehe bestehe (Urteil des BGer 2C_105/2017 vom 8. Mai 2018 E. 2.4, publiziert als BGE 144 I 266). Wegen der Ähnlichkeit des Regelungsgegenstands könne diese Rechtsprechung auf die vorliegende Streitsache übertragen werden. Im Übrigen hielt die Vorinstanz daran fest, dass sich die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner nicht auf den bewilligten Kantonswechsel berufen könnten.

4.4 Im Rahmen der Replik hielt die Beschwerdeführerin an ihren bisherigen Ausführungen fest und widersprach der Auffassung der Vorinstanz, wonach sie aus der von ihr zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nichts für sich ableiten könne, denn die genannten Urteile enthielten grundsätzliche Ausführungen zur Anwendbarkeit des Art. 8 EMRK. Die Beschwerdeführerin kritisierte den Hinweis der Vorinstanz darauf, dass es jedem Paar freistehe, sich für die zivilrechtliche Ehe zu entscheiden. Sie unterlasse es, sich mit den zahlreichen Lehrmeinungen auseinanderzusetzen, aus denen hervorgehe, dass ein gefestigtes Konkubinat der Ehe gleichzustellen sei. Es sei nicht entscheidend, ob sich ein Paar für oder gegen die Ehe entscheide, sondern es stelle sich die Frage, ob eine eheähnliche Beziehung bestehe. Schliesslich sei auch darauf hinzuweisen,

dass sie und ihr Lebenspartner sich nicht etwa gegen eine zivilrechtliche Ehe entschieden hätten. Vielmehr seien es administrative Hindernisse gewesen, die sie bis anhin von einem Eheschluss abgehalten hätten. Es sei notorisch, dass eine zivilrechtliche Heirat zahlreiche Anforderungen an das Vorhandensein von Dokumenten stelle. Sie und ihr Lebenspartner seien seit Jahren ein Paar und hätten zwei gemeinsame Kinder. Ihre Absicht, weiterhin gemeinsam durchs Leben zu gehen, zeige sich deutlich aus den Akten und ihrem Verhalten der letzten Jahre. Mithin könne zweifellos von einem gefestigten Konkubinat ausgegangen werden. Der von der Vorinstanz gemachte Verweis auf BGE 144 I 266 gehe schliesslich fehl, da es dort um die Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung nach Trennung des Konkubinatspaares gegangen sei. Im Übrigen mache schon die von der Vorinstanz zitierte Erwägung des bundesgerichtlichen Urteils eine Ausnahme, wenn ein Konkubinatspaar gemeinsame Kinder habe. Eine analoge Berücksichtigung falle schon deshalb ausser Betracht.

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 bzw. Normsinnhypothesen* diejenige Bedeutung bei, die dem Völkerrecht am besten entspricht (PIERRE TSCHANEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl. 2016, § 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 Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [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 zu Gunsten 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 (siehe vorne Erw. 1.3).

7.2 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf das in Art. 8 EMRK verbriefte 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 vertreterbarer Weise einen sich aus Art. 8 EMRK ergebenden Bewilligungsanspruch geltend macht. Davon ist bereits auszugehen, wenn der zu beurteilende Sachverhalt potentiell vom Schutzbereich des Art. 8 EMRK erfasst ist, bzw. 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 bzw. 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 vom 8. April 2022 E. 5.2, F-2793/2020 vom 20. Oktober 2021 E. 5.1).

Die Konventionsgarantie des Art. 8 EMRK kann berührt (und damit potentiell 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 bzw. 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; BGE 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 BVGer 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 [Nr. 12738/10] § 103 ff., Agraw gegen Schweiz vom 29. Juli 2010 [Nr. 3295/06] § 44 ff. und Mengesha Kimfe gegen Schweiz vom 29. Juli 2010 [Nr. 24404/05] § 61 ff.).

7.4 Es steht vorliegend unbestrittenermassen fest, dass die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner seit vielen Jahren ein stabiles Konkubinat 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 mit Hinweis auf die Botschaft vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [BBI 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 (vgl. Korrespondenz im Rahmen des Verfahrens auf Kantonswechsel zwischen dem SEM und der Migrationsbehörde des Kantons Schwyz vom Oktober und November 2019, SEM-act. «Kantonswechsel» 7-9).

Schliesslich ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin bereits seit Mai 2012, d.h. 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 (vgl. Beilagen zur Eingabe der Rechtsvertretung des Lebenspartners der Beschwerdeführerin an das SEM vom 21. November 2019 zuhanden des Verfahrens auf Kantonswechsel, SEM-act. «Kantonswechsel» 12). 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

bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung von einem faktisch gefestigten Anwesenheitsrecht der Beschwerdeführerin auszugehen (vgl. dazu etwa Urteile des BVGer F-3410/2021 vom 8. April 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 zu Gunsten 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.

8.

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.

Die Vorinstanz wird zu prüfen haben, ob mit der Abweisung des Gesuchs, wie sie sich nach Landesrecht aus dem Fehlen einer formellen Ehe als gesetzliche Bewilligungsvoraussetzung gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG ergibt, ein Eingriff in die Konventionsgarantie des Art. 8 EMRK einhergeht und, falls ja, ob der Eingriff vor dessen Ziff. 2 standhält. Im Rahmen der dabei vorzunehmenden Interessenabwägung wäre namentlich auch zu berücksichtigen, inwieweit die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner die weiteren Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 7 AIG erfüllen. Erweist sich der allfällige Eingriff als unzulässig wird die Vorinstanz der Konventionsgarantie des Art. 8 EMRK den Vorrang einräumen und dem Gesuch unmittelbar gestützt darauf entsprechen müssen.

9.

Für dieses Verfahren sind keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

Der rechtskundig vertretenen Beschwerdeführerin ist zu Lasten der Vorinstanz eine angemessene Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über

die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

Unter Berücksichtigung der mit der Beschwerdeschrift eingereichten und mit der Replik ergänzten Liste der Aufwendungen ihrer Rechtsvertreterin sowie in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 8-13 VGKE) ist der Beschwerdeführerin zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'000.– (inkl. Auslagen) zuzusprechen.

Mit dieser Kosten- und Entschädigungsregelung ist die der Beschwerdeführerin gewährte unentgeltliche Rechtspflege infolge Subsidiarität gegenstandslos geworden (MARCEL MAILLARD, in: Praxiskommentar VwVG, N. 46 zu Art. 65 VwVG).

10.

Dieses Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 und 3 BGG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache zum materiellen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Vorinstanz wird angewiesen, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Sebastian Kempe

Julius Longauer

Versand: