

SO_GERICHTE VWBES.2022.126 vom 8. Mai 2023

SO Obergericht, 2023-05-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2022.126

FR: SO_GERICHTE VWBES.2022.126 du 8 mai 2023

IT: SO_GERICHTE VWBES.2022.126 del 8 maggio 2023

Erwägungen

E. 1

A.____, geb. [...] 1982, chinesische Staatsangehörige tibetischer Herkunft (nachfolgend Beschwerdeführerin), reiste am 23. Mai 2013 in die Schweiz ein und stellte gleichentags ein Asylgesuch. Mit Entscheid des Bundesamtes für Migration (BFM, heute Staatssekretariat für Migration [SEM]) vom 20. November 2014 wurde die Beschwerdeführerin als Flüchtling im Sinne von Art. 3 Asylgesetz (AsylG, SR 142.31) anerkannt (Akten Migrationsamt des Kantons Solothurn in Sachen A.____, Seiten [nachfolgend I-AS] 34 - 40). Ihre Tochter [...], geb. [...] 2013, wurde in die Flüchtlingseigenschaft einbezogen. Das Asylgesuch der Beschwerdeführerin lehnte das BFM hingegen wegen des Asylabschlussgrundes von Art. 54 AsylG (sog. subjektive Nachfluchtgründe) ab (I-AS 37). Der Vollzug der Wegweisung in den Herkunfts- bzw. Heimatstaat oder in einen Drittstaat wurde im gegenwärtigen Zeitpunkt als unzulässig erachtet und deshalb zugunsten einer vorläufigen Aufnahme aufgeschoben. Die Migrationsbehörde des Kantons Solothurn (MISA) stellte der Beschwerdeführerin sowie deren Tochter erstmals am 20. November 2014 F-Ausweise aus (I-AS 42).

E. 2

B.____ (geb. [...] 1981) reiste am 2. August 2016 in die Schweiz ein, wobei das von ihm gestellte Asylgesuch vom SEM mit Entscheid vom 24. Januar 2019 abgelehnt und seine Wegweisung angeordnet wurde (Akten MISA in Sachen B.____ [nachfolgend II-AS] 55 - 66). Dagegen liess B.____ am 25. Februar 2019 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht (BVerG) erheben (II-AS 75 - 90).

E. 2.1

Da die Zuständigkeit des fremdenpolizeilichen Bewilligungsverfahrens (Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung) den kantonalen Ausländerbehörden zukommt, das Asylverfahren hingegen von den Bundesbehörden durchgeführt wird, besteht ein komplexes Zuständigkeitsgeflecht (Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel E3: Die Wegweisung, der Vollzug der Wegweisung und die Anordnung der vorläufigen Aufnahme, EJPD, SEM, Direktionsbereich Asyl, Abteilung Asylverfahren und Praxis, S. 7, abrufbar unter: www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/asylverfahren/nationale-verfahren/handbuch-asyl-rueckkehr.html, letztmals besucht am 26.4.2023). Art. 14 Abs. 1 AsylG regelt das Verhältnis des Asylverfahrens zum ausländerrechtlichen Verfahren und besagt, dass eine asylsuchende Person ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten kann, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung (Grundsatz der Ausschliesslichkeit bzw. Vorrang

des Asylverfahrens, vgl. BGE 137 I 351 E. 1.1, publ. in: Pra 101/2012 Nr. 61 S. 416). Der verfolgte Zweck besteht darin, die beiden Verfahren im Hinblick auf eine Beschleunigung der Behandlung der Asylgesuche deutlich zu trennen (BGE 128 II 26 E. 2.1, publ. in: Praxis 92/2003 Nr. 25). Es sollen nicht parallel zwei Verfahren durchgeführt werden, und die Regelung soll verhindern, dass Asylsuchende das Asylverfahren verschleppen oder eine drohende Wegweisung hinauszögern, indem sie nach dem negativen Asylentscheid zusätzlich um eine fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligung nachsuchen (Urteil des Bundesgerichts 2A.8/2005 vom 30.6.2005 E. 3.1).

E. 2.2

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Ausnahme vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens zumindest dann gegeben, wenn sich ein Gesuch nicht auf einen gesetzlichen Bewilligungsanspruch, sondern ausschliesslich auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK stützt, nur gerechtfertigt, wenn der Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung offensichtlich besteht (Urteil des Bundesgerichts 2C_947/2016 vom 17.3.2017 E. 3.3 mit Hinweis u.a. auf BGE 137 I 351 E. 3.1 S. 354 f.; Urteile 2C_647/2016 vom 2.12.2016 E. 3.1; 2C_1170/2013 vom 28.7.2014 E. 3.1; 2C_702/2011 vom 23.2.2012 E. 3.3.2; 2C_493/2010 vom 16.11.2010 E. 1.4). Dies ist grundsätzlich nicht der Fall, wenn sich der Gesuchsteller einzig auf sein Recht auf Privatleben beruft; es kann aber der Fall sein, wenn es um den Schutz des Familienlebens geht, namentlich um die Beziehungen zwischen Ehegatten zu schützen; das setzt allerdings neben einer engen und tatsächlichen Verbindung zwischen den Ehegatten voraus, dass die gesuchstellende Person mit einer Person verheiratet ist, die über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügt (BGE 137 I 351 E. 3.1 S. 354 f., publ. in: Pra 101/2012 Nr. 61 S. 417 f.), denn eine in der Schweiz lebende Angehörige kann ein Recht auf Aufenthalt gestützt auf Art. 8 EMRK nur an ausländische Angehörige (Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren) vermitteln, wenn sie selber über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt. Wer selbst keinen Anspruch auf längere Anwesenheit in der Schweiz hat, vermag einen solchen grundsätzlich auch nicht einer Drittperson zu vermitteln, selbst wenn eine gelebte familiäre Beziehung zur Diskussion steht (Urteil des Bundesgerichts 2C_251/2017 vom 6.6.2018 E. 2.1 mit Hinweis auf BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285; 126 II 335 E. 2a S. 339 f.).

E. 2.3

Ein gefestigtes Anwesenheitsrecht liegt vor, wenn die betreffende Person das Schweizer Bürgerrecht besitzt, ihr die Niederlassungsbewilligung gewährt wurde oder sie über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (BGE 144 I 266 E. 3.3 S. 273; BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145 f.; BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f.). Unter besonderen Umständen kann auch eine Aufenthaltsbewilligung für sich genommen ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verschaffen, sofern auf Anhieb klar erscheint, dass die Bewilligung langfristig zu erneuern sein wird, beispielsweise aus humanitären Gründen (Urteil des Bundesgerichts 2C_251/2017 vom 6.6.2018 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 137 I 351 E. 3.1 S. 354). «Es ist bei einer Anwesenheitsberechtigung, die über viele Jahre hinweg verlängert wurde und zu einem Dauerstatus geführt hat, nicht ausgeschlossen, dass dem Betroffenen ein ■faktisches■ Anwesenheitsrecht zukommen könnte, das einen Familiennachzug zu rechtfertigen bzw. die Schweiz im Sinne eines Rechtsanspruchs zu verpflichten vermöchte, dem Betroffenen ein Anwesenheitsrecht einzuräumen, welches ihm erlaubt, die für den Nachzug erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen zu erfüllen (Urteil des Bundesgerichts 2C_251/2017 vom 6.6.2018 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 130 II

281E. 3.2.2 S. 287 f.; Urteil 2C_360/2016 vom 31. Januar 2017 E. 5.1). Das Bundesgericht hielt in BGE 138 I 246 E. 3.3.1 mit Bezug auf das Urteil des EGMR Agraw gegen die Schweiz vom 29. Juli 2010 (Nr. 3295/06) fest, dass sich auf den Schutz des Privat- und Familienlebens in Ausnahmesituationen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch Personen berufen könnten, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt sei bzw. die allenfalls über kein (gefestigtes) Aufenthaltsrecht verfügten, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen werde bzw. aus objektiven Gründen hingenommen werden müsse.

E. 2.4

Nach der Rechtsprechung schützt Art. 8 EMRK im Zusammenhang mit der Bewilligung des Aufenthalts in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. In den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fallen aber auch nicht rechtlich begründete familiäre Verhältnisse, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Entscheidend ist die Qualität des Familienlebens und nicht dessen rechtliche Begründung (BGE 135 I 143 E. 1.3.2 S. 146 mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat hieraus abgeleitet, dass sich aus einem Konkubinat ein Bewilligungsanspruch dann ergibt, wenn die partnerschaftliche Beziehung seit langem eheähnlich gelebt wird. Dabei ist wesentlich, ob die Partner in einem gemeinsamen Haushalt leben. Ebenso ist der Natur und Länge ihrer Beziehung sowie ihrem Interesse und ihrer Bindung aneinander, etwa durch Kinder oder andere Umstände wie die Übernahme von wechselseitiger Verantwortung, Rechnung zu tragen (BGE 134 I 143 E. 3.1 S. 148).

E. 3

Am 22. August 2019 liess die Beschwerdeführerin für sich und ihre Tochter ein Härtefallgesuch im Sinne von Art. 84 Abs. 5 AIG (Umwandlung von F- in B-Status) einreichen (I-AS 91 - 100).

E. 3.1

Die Vorinstanz begründete ihren Nichteintretensentscheid im Wesentlichen wie folgt: Die Beschwerdeführerin sei zusammen mit ihrer Tochter in der Schweiz vorläufig aufgenommen worden, weil der Vollzug der verfügten Wegweisung aus der Schweiz nicht zulässig gewesen sei. Schliesslich sei der Beschwerdeführerin am 20. Dezember 2019 auf Gesuch hin gestützt auf Art. 30 i.V.m. Art. 84 Abs. 4 AIG eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen eines Härtefalls erteilt worden. Bei der Aufenthaltsbewilligung handle es sich sodann nicht um ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz, weshalb die Beschwerdeführerin ihrem Partner B.____ kein Aufenthaltsrecht vermitteln könne. Demnach habe dieser keinen gesetzlichen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung, zumal Art. 44 AIG nur eine «Kann»-Formulierung enthalte. Daneben seien die Beschwerdeführerin B.____ bis heute lediglich nach Brauch verheiratet, was wiederum in der Schweiz nicht anerkannt werde. Die summarische Prüfung ergebe, dass ein «offensichtlicher» Anspruch aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls nicht gegeben sei, weshalb auf das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG nicht einzutreten sei. B.____ habe nach erfolgter Ausreise und damit abgeschlossenem Asylverfahren die Möglichkeit, bei der für seinen Wohnort zuständigen Schweizer Vertretung im Ausland einen Antrag auf Erteilung einer Einreise- bzw. Aufenthaltsbewilligung zwecks Vorbereitung der Heirat resp. Familiennachzuges einzureichen.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Sichtweise und lässt durch ihre Rechtsvertreterin zusammengefasst Folgendes geltend machen: Das Nichteintreten der Vorinstanz sei rechtswidrig, da kein Fall der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens nach Art. 14 Abs. 1 AsylG vorliege. Nach einer wortwörtlichen Auslegung beziehe sich Art. 14 Abs. 1 AsylG auf die «asylsuchende Person», die während ihres eigenen Asylverfahrens «kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten» dürfe. Die Beschwerdeführerin, die ihren eigenen Anspruch geltend mache, gehöre hingegen gar nicht zu diesem Adressatenkreis. Aber auch bei einer weiten Auslegung von Art. 14 Abs. 1 AsylG gelange man zum Ergebnis, dass das ausländerrechtliche Verfahren des Familiennachzuges parallel zu der vor dem BVerG hängigen Beschwerde möglich und statthaft sei auf der Grundlage von Art. 8 EMRK. Während man bei einem möglicherweise ausschliesslich geltend gemachten Anspruch aus den Voraussetzungen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls annehmen könnte, dass dieser nicht unter Art. 14 Abs. 1 AsylG falle, sei dies bei Ansprüchen aus Art. 8 EMRK deutlich anders. Diese würden sowohl den Anspruch der Ehefrau auf den Nachzug ihres Ehemannes bzw. (aufgrund der Nicht-Anerkennung der nach tibetischem Brauch geschlossenen Ehe) ihres Lebenspartners (Konkubinats) als auch die Ansprüche der gemeinsamen (vom Vater anerkannten) Kinder aus dem sog. «umgekehrten Familiennachzug» einschliessen. Diese Ansprüche seien parallel zum laufenden Asyl- bzw. Beschwerdeverfahren zu prüfen, wenn sich aus dem Wortlaut ergebe, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen der angeführten Anspruchsgrundlage tatsächlich eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werdenmüsse und die Behörde keinen Ermessenspielraum habe, was insbesondere bei den aus Art. 8 EMRK geltend gemachten Ansprüchen der Fall sei. Der Einschätzung der Vorinstanz, wonach nicht ausreichend «offensichtlich» sei, dass die Voraussetzungen der Ansprüche der Beschwerdeführerin (oder ihrer Kinder) vorlägen, könne nicht gefolgt werden. Die Voraussetzungen des von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruches aus Art. 30 AIG i.V.m. Art. 31 VZAE als «Konkubinatspartner» lägen vor. Die Vorinstanz unterlasse es gänzlich, den Anspruch auf Familiennachzug basierend auf den beiden gemeinsamen Kindern der Beschwerdeführerin und des Vaters zu prüfen, obwohl die Voraussetzungen gerade in erforderlicher Masse «offensichtlich» vorlägen. Allein auf die eine Anspruchsgrundlage von Art. 44 AIG beziehe sich die Vorinstanz und komme zum (falschen) Schluss, dass die Voraussetzungen nicht «offensichtlich» gegeben seien.

E. 3.3

Soweit geltend gemacht wird, Art. 14 Abs. 1 AsylG beziehe sich ausschliesslich auf die «asylsuchende Person», so dass das von der Beschwerdeführerin in eigenem Namen gestellte Gesuch um Familiennachzug gar nicht vom Anwendungsbereich der Norm erfasst sei, verfängt die Argumentation nicht. Mit Blick auf die ratio legis der Bestimmung (Trennung zwischen dem Asylverfahren und dem ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahren, Beschleunigung der Behandlung der Asylgesuche; vgl. hierzu auch vorstehende Ziff. II.2.1) kann nicht entscheidend sein, wer das Gesuch eingereicht hat. Es ist vielmehr darauf abzustellen, zu wessen Gunsten das konkrete Gesuch gestellt wurde. Dies ist B.____, d.h. die «asylsuchende Person». Da das Asylgesuch von B.____ nach wie vor hängig ist (vgl. vorstehende Ziff. I.9.), fällt die vorliegende Konstellation in den Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 1 AsylG, der den Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens statuiert. Dieser Grundsatz wird nur ausnahmsweise durchbrochen,

wenn ein Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung besteht (Art. 14 Abs. 1, AsylG, in fine). Ob im zu beurteilenden Fall ein solcher Anspruch grundsätzlich besteht, ist nachfolgend (Ziff. II.3.4.1 und 3.4.2) zu prüfen.

3.4.1 Die Beschwerdeführerin ist aktuell nicht im Besitz einer Niederlassungsbewilligung, sondern bloss einer Aufenthaltsbewilligung. Gleiches gilt für die beiden Kinder ([...], geb. []2013; [...], geb. []2020), sie verfügen über denselben ausländerrechtlichen Status B wie die Kindsmutter. Bei Art. 84 Abs. 5 AIG geht es nicht um einen Wechsel vom Ermessens- in den Anspruchsbereich, vielmehr erhalten die ausländischen Personen zum ersten Mal überhaupt eine Bewilligung, erst jetzt können sie sich definitiv auf den dauerhaften Verbleib in der Schweiz einrichten, währenddem die vorläufige Aufnahme vom Gesetz lediglich als Ersatzmassnahme für den nicht durchführbaren Wegweisungsvollzug konzipiert ist (Peter Bolzli in: Orell Füssli Kommentar [OFK]/Migrationsrecht, 5. Auflage, Zürich 2019, Art. 83 AIG N 3, Art. 84 AIG N 20). B.____ hat folglich weder als Vater der beiden Kinder noch als Lebenspartner der Beschwerdeführerin gestützt auf das AIG einen gesetzlichen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung, da Art. 44 AIG nur eine «Kann»-Formulierung enthält (BGE 137 I 284 E. 1.2.S. 286 f.); die Bewilligung des Familiennachzugs liegt im behördlichen Ermessen.

3.4.2 Zu prüfen bleibt, wie es sich mit Art. 8 EMRK verhält. Hinsichtlich der Würdigung des gefestigten Anwesenheitsrechts hält der angefochtene Entscheid der Vorinstanz einer näheren Prüfung nicht stand. Wie unter vorstehender Ziff. II.2.2 bereits dargelegt, trifft zwar zu, dass das Bundesgericht für die Anerkennung eines Schutzanspruchs aus Art. 8 EMRK ein sog. gefestigtes Anwesenheitsrecht als Bedingung für den Rechtsanspruch auf Familiennachzug verlangt. Doch greift die Verneinung eines gefestigten Anwesenheitsrecht allein aufgrund einer blossen Aufenthalts-/Härtefallbewilligung bzw. aufgrund einer fehlenden Niederlassungsbewilligung zu kurz. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine rechtmässige Anwesenheit aufgrund eines persönlichen Härtefalls unter bestimmten Umständen ein gefestigtes Anwesenheitsrecht auf der Grundlage von Art. 8 EMRK begründen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_800/2022 vom 7.12.2022 E. 2.3 mit Hinweis auf BGE 146 I 185 E. 5.2). Dies ist namentlich der Fall, wenn von vornherein feststeht, dass die Härtefallbewilligung für einen längeren Zeitraum verlängert wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2D_19/2022 vom 16.11.2022 E. 1.2.2 mit Hinweisen). Es ist folglich unter Einbezug der hierzu ergangenen Rechtsprechung zu prüfen, ob im konkreten Einzelfall ein «faktisches» Anwesenheitsrecht zu bejahen ist, welches im Hinblick auf den Familiennachzug einem gesicherten Anwesenheitsrecht gleichzusetzen ist.

In 2C_800/2022 vom 7. Dezember 2022 hielt das Bundesgericht in E. 2.4 fest, der Beschwerdeführer halte sich seit sieben Jahren in der Schweiz auf, wovon drei Jahre auf das Asylverfahren, welches zur Abweisung seines Asylgesuchs geführt habe, und vier Jahre auf eine vorläufige Aufnahme entfielen. Erst seit dem 28. Januar 2021 sei er im Besitz einer Härtefallbewilligung, die ihm gestützt auf Art. 84 Abs. 5 AIG erteilt worden sei. Angesichts der konkreten Verhältnisse, namentlich des Umstandes, dass er seit weniger als zwei Jahren über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge, erscheine seine Situation im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht als genügend stabil, um von einem gefestigten Anwesenheitsrecht in der Schweiz ausgehen zu können. In BGE 130 II 281 E. 3.3 nahm das Bundesgericht ein faktisches Anwesenheitsrecht eines Beschwerdeführers an, dessen Aufenthaltsbewilligung während 20 Jahren erneuert worden war und dessen Ehe seit zwölf Jahren bestand, wobei er

wie auch seine Ehefrau und die Kinder nie im Heimatstaat gelebt hatte und das Familienleben praktisch nirgendwo anders in zumutbarer Weise gelebt werden konnte. Ebenso bejahte das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht mit Entscheid (810 15 77) vom 12. August 2015 (abrufbar unter www.bl.ch/kantonsgericht, letztmals besucht am 3.5.2023) ein faktisches und somit gefestigtes Anwesenheitsrecht einer Beschwerdeführerin, die zugunsten ihres Ehemannes ein Gesuch um Familiennachzug eingereicht hatte. Dabei war entscheidend, dass deren Aufenthalt seit 16 Jahren auf einem rechtmässigen Aufenthaltsgrund (F-Status) beruhte, die Beschwerdeführerin seit fünf Jahren über eine Aufenthaltsbewilligung verfügte und Mutter dreier Töchter (geb. 1996, 2000 und 2002) ist, die alle in der Schweiz zur Welt kamen und von ihr erfolgreich grossgezogen wurden bzw. werden. Die Rechtsprechung hinsichtlich des «faktischen Aufenthaltsrechts» erfuhr in der neueren Rechtsprechung weitere Akzentuierungen. In BGE 146 I 186 folgerte das Bundesgericht, eine ausländische Person, welche sich seit mehr als zehn Jahren rechtmässig in der Schweiz aufhalte, verfüge auf der Grundlage von Art. 8 EMRK (Anspruch auf Achtung des Privatlebens) in der Regel über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht (BGE 144 I 266). Daraus ergebe sich ein Anspruch auf Familiennachzug des Ehegatten, sofern die Voraussetzungen von Art. 44 und 47 AuG erfüllt seien (Regeste). Im dort zitierten Leitentscheid BGE 144 I 266 (E. 3.8) unterstrich das Bundesgericht die erhebliche Bedeutung der konkreten Aufenthaltsdauer in Kombination mit einer fortgeschrittenen Integration. Es sei davon auszugehen, dass ab einer gewissen Anwesenheitsdauer das Aufenthaltsrecht nicht mehr ohne Weiteres entzogen werden könne. Für die Beurteilung, wo eine solche zeitliche Schwelle liegen könnte, seien nebst der Empfehlung 2000/15 des Ministerkomitees des Europarats vom 13. September 2000 über den sicheren Aufenthalt von langjährigen Einwanderern auch landesrechtliche Regelungen zu berücksichtigen (mit Hinweis auf die Bestimmungen von Art. 34 Abs. 2, 3 und 4 AuG, neurechtlich: Art. 34 Abs. 2, 3 und 4 AIG).

Im vorliegenden Fall ist aufgrund folgender Umstände von einem faktischen Anwesenheitsrecht («Dauerstatus») der Beschwerdeführerin auszugehen, welches im Hinblick auf den Familiennachzug einem gesicherten Anwesenheitsrecht gleichzusetzen ist: Die Beschwerdeführerin hält sich faktisch seit zehn Jahren in der Schweiz auf und wurde als Flüchtling anerkannt. Seit 2014 (vorläufigen Aufnahme zufolge Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs) kann sie sich auf einen legalen Aufenthaltstitel berufen. Seit Ende 2019 verfügt sie, nachdem ihr die Integration in sprachlicher, beruflicher und gesellschaftlicher ausgesprochen rasch und vorbildlich gelungen ist (vgl. hierzu insbesondere I-AS 419 sowie die Beilagen zu ihrem Härtefallgesuch), über eine Aufenthaltsbewilligung B (Härtefallbewilligung im Sinne von Art. 84 Abs. 5 AIG), welche (gemäss eingeholter Auskunft beim MISA) letztmals am 24. Januar 2023 bis am 31. Dezember 2023 verlängert wurde. Sie ist Mutter zweier in der Schweiz geborener und (ausschliesslich) hier aufgewachsener Kinder mit Jahrgang 2013 und 2020. Eine Aufenthaltsalternative für die Familie im Ausland ist nicht zu erkennen. Der erreichte Status und die fortgeschrittene Integration wird auf absehbare Zeit einem Wegweisungsvollzug der Beschwerdeführerin entgegenstehen. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass bereits Ende 2024 die Fünfjahresfrist erreicht ist, die es der Beschwerdeführerin erlaubt, ein Gesuch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung im Sinne von Art. 34 Abs. 4 AIG (Erhalt des vorzeitigen «C») zu stellen. Die konkrete Situation der Beschwerdeführerin erweist sich im gegenwärtigen Zeitpunkt deshalb als derart stabil, dass von einem gefestigtem Anwesenheitsrecht in der Schweiz auszugehen ist.

Folglich kann sich die Beschwerdeführerin in Bezug auf das Gesuch um Familiennachzug zugunsten von B.____ auf Art. 8 EMRK berufen.

Zu prüfen bleibt, ob die geführte Lebensgemeinschaft in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fällt. Die Beschwerdeführerin ist nach tibetischem Gebrauch seit 29. November 2010 mit B.____ liiert. Die tibetische Heirat wird in der Schweiz jedoch nicht anerkannt. Eine Heirat in der Schweiz scheiterte am Umstand, dass B.____ vor dem Zivilstandsamt keinen Reisepass vorweisen konnte. Strittig ist die Frage, inwiefern es B.____ während des nach wie vor hängigen Asylverfahrens zumutbar ist, sich bei den zuständigen Behörden seines Heimat- oder Herkunftsstaates ein gültiges ausländisches Ausweispapier zu beschaffen. Anders als in dem von der Vorinstanz zitierten Urteil des Verwaltungsgerichts VWBES.2020.236 vom 15. Februar 2021 (vgl. I-AS 235) ist diese Frage vorliegend nicht abschliessend geklärt; ein rechtskräftiger Asylentscheid steht nach wie vor aus. Unstrittig ist hingegen, dass die Beziehung nach tibetischem Gebrauch vor nun annähernd 12 ½ Jahren geschlossen wurde, B.____ seit Mitte August 2016, d.h. im Anschluss an seine Einreise in die Schweiz am 2. August 2016, bei der Beschwerdeführerin wohnhaft ist und das Paar nun seit über 6 ½ Jahren hier einen gemeinsamen Haushalt führt. Aus der Beziehung zwischen B.____ und der Beschwerdeführerin sind eine Tochter (geb. 2013) und ein Sohn (geb. 2020) hervorgegangen, die von B.____ anerkannt sind und für welche beide Elternteile gemeinsam die elterliche Sorge ausüben. Kindsmutter und Kindsvater nehmen wechselseitig Verantwortung für das Familienleben wahr: Der Kindsvater ist die Hauptbezugsperson in der Erziehung und Betreuung der beiden Kinder im Kleinkind- bzw. Primarschulalter, während die Kindsmutter das Erwerbseinkommen für den Familienunterhalt beisteuert und sich ergänzend um die Kindererziehung und ■betreuung kümmert. Unter Berücksichtigung dieser konkreten Umstände ist von einer genügend nahen, echten und seit Langem tatsächlich gelebten eheähnlichen Beziehung auszugehen, welche als gefestigtes, anerkennungsfähiges Konkubinat zu werten ist und in den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK fällt. Dass das Paar ■ im Sinne einer rein formell-rechtlichen Betrachtungsweise ■ in der Schweiz als ledig gilt (so die Argumentation der Vorinstanz, vgl. insbesondere I-AS 235), kann nicht entscheidend sein und lässt insbesondere unberücksichtigt, dass es vorliegend nicht nur um die gelebte Beziehung unter Konkubinatspartnern, sondern auch um die Vater-Kind-Beziehung (umgekehrter Familiennachzug) geht, die mit Blick auf das Kindeswohl besonders schützenswert ist.

E. 3.5

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass vorliegend der Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK (Schutz des Familienlebens) eröffnet ist und sich gestützt auf diese Bestimmung grundsätzlich ein Anspruch auf Familiennachzug ergibt. Die Vorinstanz ist folglich zu Unrecht auf das Familiennachzugsgesuch der Beschwerdeführerin zugunsten von B.____ nicht eingetreten. Der angefochtene Entscheid vom 8. März 2022 ist deshalb aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird in einem neuen Entscheid umfassend zu prüfen haben, ob der Familiennachzug zu gewähren ist oder ob sich die Verweigerung des Familiennachzugs allenfalls gestützt auf Art. 8 Ziff. 2 EMRK (bzw. Art. 13 BV in Verbindung mit Art. 36 BV) rechtfertigt (vgl. auch BGE 130 II 281 E. 4.1).

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten von der Staatskasse zu tragen.

2. Der Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwältin Lena Weissinger, ist vom Kanton Solothurn eine Parteientschädigung zuzusprechen, die gestützt auf die eingereichte Honorarnote vom 26. Mai 2022, welche zu keinen Bemerkungen Anlass gibt, auf total CHF 1'830.90 (Auslagen: 8,25 Stunden zu je CHF 220.00; Auslagen: 15.90; MWST wird keine geltend gemacht) festzusetzen ist und die Aufwendungen des vorinstanzlichen Verfahrens beinhalten.

Demnach widerkannt:

1. Die Beschwerde von A. ___ wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Die Verfügung des Departements des Innern vom 8. März 2022 wird aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zur Beurteilung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.

3. Der Kanton Solothurn hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu tragen.

4. Der Kanton Solothurn hat der Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwältin Lena Weissinger, eine Parteientschädigung von CHF 1'830.90 auszurichten.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident

Müller

Der Gerichtsschreiber

Schaad

E. 4

Am 30. August 2019 stellte die Beschwerdeführerin erstmals ein Familiennachzugsgesuch (Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG) zugunsten ihres Lebenspartners B. ___ (II-AS 155 - 103), das in der Folge vom MISA gestützt auf Art. 74 Abs. 2 VZAE dem SEM zum Entscheid weitergeleitet wurde.

E. 5

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2019 beantragte das MISA dem SEM, das Härtefallgesuch der Beschwerdeführerin und deren Tochter gutzuheissen (I-AS 212 - 214), worauf das SEM seine Zustimmung erteilte, so dass beide seit dem 20. Dezember 2019 im Besitz einer B-Aufenthaltsbewilligung sind (I-AS 215 f.; Art. 30 Abs. 1 lit. b [schwerwiegender persönlicher Härtefall] i.V.m. Art. 84 Abs. 5 AIG). Mit der Erteilung der B-Bewilligung erlosch die vorläufige Aufnahme von Gesetzes wegen (vgl. Art. 84 Abs. 4 AIG).

E. 6

Zugleich ging die sachliche Zuständigkeit zur Prüfung des hängigen Familiennachzugsgesuches (vgl. vorstehende Ziff. I.4) vom SEM auf das MISA über (vgl. Art. 44 AIG). Das gestützt auf Art. 85 Abs. 7 AIG eingereichte Familiennachzugsgesuch der Beschwerdeführerin zugunsten von B.____ wurde vom SEM am 11. Mai 2020 als gegenstandslos abgeschrieben (II-AS 228 f.).

E. 7

Am 17. Februar 2020 wurde die Beschwerdeführerin Mutter eines Sohnes ([...]), der ebenfalls im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung ist (vgl. Akten MISA in Sachen [...], Seiten [nachfolgend III-AS] 2 und 10). Vater beider Kinder der Beschwerdeführerin ist B.____: Hinsichtlich der Tochter kann auf den Auszug aus dem Geburtsregister sowie die Bestätigung der Kindsanerkennung nach der Geburt verwiesen werden (II-AS 95 ■ 97, AS 100). Hinsichtlich des Sohnes erwuchs das Urteil vom 15. Juli 2020 betreffend Feststellung der Vaterschaft in Rechtskraft (II-AS 331 - 333).

E. 8

Am 28. Mai 2020 teilte das MISA der Beschwerdeführerin mit, es werde auf das Familiennachzugsgesuch zugunsten von B.____ nicht eintreten, da nach Art. 14 Abs. 1 AsylG der Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens gelte (I-AS 222 f.). Das MISA erliess (unter Berufung auf prozessökonomische Gründe) keine anfechtbare Verfügung bzw. machte eine solche von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig, die schliesslich unterblieb.

E. 9

Mit Urteil vom 7. Juli 2020 (II-AS 237 - 259) hob das BVerG den SEM-Entscheid vom 24. Januar 2019 in Sachen B.____ (vgl. vorstehende Ziff. I.2.) auf und wies die Sache zur vollständigen Sachverhaltsfeststellung und Neuurteilung an das SEM zurück. Dieses lehnte am 15. Dezember 2020 das Asylgesuch von B.____ ab, verfügte dessen Wegweisung aus der Schweiz und ordnete den Wegweisungsvollzug ■ unter Ausschluss der Wegweisung in die Volksrepublik China ■ an (II-AS 262 - 283). Diesen Entscheid focht B.____ mit Beschwerde vom 15. Januar 2021 beim BVerG an. Ein Entscheid des BVerG in der Sache steht noch aus.

E. 10

Am 2. Februar 2021 ging beim MISA das zweite Familiennachzugsgesuch der Beschwerdeführerin zugunsten von B.____ ein (II-AS 295 - 365). Wiederum lehnte das MISA es in Anwendung von Art. 14 Abs. 1 AsylG (Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens) ab, auf das Gesuch einzutreten, ohne eine anfechtbare Verfügung zu erlassen (vgl. Schreiben vom 13.4.2021: II-AS 370 - 374).

E. 11

Die vormalige Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin und von B.____ stellte am 2. Juni 2021 dem MISA eine Stellungnahme zu, ersuchte um unentgeltliche Prozessführung (Befreiung von der Leistung eines Kostenvorschusses) und darum, das Schreiben vom 13. April 2021 in Wiedererwägung zu ziehen und B.____ die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen (II-AS 377 - 380).

E. 12

Hierauf stellte das MISA am 18. Juni 2021 in Aussicht, in Anbetracht der finanziellen Verhältnisse auf die Leistung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Ebenso kündigte das MISA in Kürze den Erlass einer anfechtbaren Verfügung an (II-AS 382).

E. 13

Am 21. Januar 2022 teilte das MISA der Beschwerdeführerin mit, man gebe B.____ die Möglichkeit, seine Beschwerde bzw. sein Asylgesuch zurückzuziehen, in diesem Fall werde das MISA das Familiennachzugsgesuch weiterbearbeiten. Sofern das MISA innert der gesetzten Frist keine schriftliche Rückzugsbestätigung erhalte, werde mit kostenpflichtiger Verfügung auch auf das zweite Gesuch nicht eingetreten (II-AS 426).

E. 14

Mit Verfügung vom 8. März 2022 trat das MISA schliesslich androhungsgemäss auf das Familiennachzugsgesuch der Beschwerdeführerin zugunsten von B.____ nicht ein. Zudem wurde deren Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 6. Juli 2021 abgewiesen (II-AS 437 - 443).

E. 15

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwältin Lena Weissinger, am 21. März 2022 Beschwerde mit den folgenden Rechtsbegehren:

1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben.
2. Herrn B.____, geb. [...] 1981, China (Tibet), sei gestützt auf Art. 44 AIG, Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG i.V.m. Art 31 VZAE und Art. 8 EMRK sowie Art. 14 Abs. 1 AsylG eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.
3. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Der Beschwerdeführerin sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr sei ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person der Unterzeichnenden zu bestellen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners.

E. 16

Mit Eingabe vom 6. April 2022 verzichtete das Departement des Innern (Ddi), vertreten durch das MISA, auf eine weitere Vernehmlassung und verwies stattdessen auf die Begründung des angefochtenen Entscheids vom 8. März 2022 und die Akten.

E. 17

Mit Verfügung vom 3. Mai 2022 wurde der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung von Rechtsanwältin Lena Weissinger als unentgeltliche Rechtsbeistandin bewilligt.

E. 18

Am 27. Mai 2022 ging schliesslich die Honorarnote von Rechtsanwältin Lena Weissinger beim Verwaltungsgericht ein.

II.

1. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49

Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung des MISA vom 8. März 2022 durch den angefochtenen Entscheid beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung.

Ausgangspunkt des Streites ist, dass die Vorinstanz unter Berufung auf Art. 14 Abs. 1 AsylG auf das Familiennachzugsgesuch der Beschwerdeführerin zu Gunsten von B.____ nicht eingetreten ist. Nur diese Eintretensfrage wurde von der Vorinstanz beurteilt. Soweit die Beschwerdeführerin eine Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sowie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz verlangt, ist demnach auf die Beschwerde einzutreten. Wohingegen die Beschwerdeführerin über das Begehren um Aufhebung des angefochtenen Entscheids hinaus verlangt, das Verwaltungsgericht habe als Beschwerdeinstanz selbst und direkt das Familiennachzugsgesuch zugunsten von B.____ zu bewilligen, ist auf das Begehren nicht einzutreten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.