



## **Urteil vom 10. Juni 2020**

---

Besetzung

Richterin Susanne Genner (Vorsitz),  
Richter Daniele Cattaneo,  
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,  
Gerichtsschreiberin Maria Wende.

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_,  
handelnd durch die Eltern **B.**\_\_\_\_\_  
und **C.**\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Hansjörg Trüb,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Art. 84 Abs. 5 AuG).

**Sachverhalt:****A.**

Die Eltern des Beschwerdeführers und sein damals zweijähriger Bruder, alle türkische Staatsangehörige, ersuchten am 16. Dezember 2002 in der Schweiz um Asyl. Mit Verfügung vom 9. Februar 2004 lehnte die Vorinstanz (damals noch Bundesamt für Flüchtlinge) die Asylgesuche ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an. Dagegen erhoben die Eltern des Beschwerdeführers am 8. März 2004 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Während des laufenden Beschwerdeverfahrens kam am (...) 2009 der Beschwerdeführer zur Welt. Mit Urteil E-3528/2006 vom 13. Juli 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde teilweise gut und wies die Vorinstanz an, die vorläufige Aufnahme der Familie wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges zu verfügen.

**B.**

Am 22. März 2017 reichte die Familie beim Migrationsdienst des Kantons Bern (nachfolgend Migrationsdienst) ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ein. Mit Verfügung vom 22. Januar 2018 wies der Migrationsdienst das Gesuch ab.

**C.**

Die dagegen erhobene Beschwerde hiess die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (nachfolgend POM) mit Entscheid vom 28. Mai 2018 teilweise gut, indem es den Migrationsdienst anwies, dem Beschwerdeführer und seinem (mittlerweile volljährigen) Bruder, unter Vorbehalt der Zustimmung der Vorinstanz, eine Härtefallbewilligung zu erteilen. In Bezug auf die Eltern des Beschwerdeführers wies sie die Beschwerde ab, im Wesentlichen mit der Begründung, diese könnten aufgrund ihrer Sozialhilfeabhängigkeit nicht als hinreichend integriert gelten.

Bezüglich des Beschwerdeführers hielt sie zur Begründung fest, wenn ihm keine Aufenthaltsbewilligung erteilt würde, hätte dies nicht unerhebliche Nachteile in Bezug auf seine schulische und berufliche Zukunft. Seine fortgeschrittene Integration und Verwurzelung in der Schweiz überwiege die fehlende wirtschaftliche Integration seiner Eltern.

**D.**

Am 30. Mai 2018 unterbreitete der Migrationsdienst der Vorinstanz die Gesuche zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers und seines Bruders zur Zustimmung.

**E.**

Mit Verfügung vom 5. Juni 2018 stimmte die Vorinstanz der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an den Bruder des Beschwerdeführers zu. Hingegen verweigerte sie mit Verfügung vom 9. August 2018 die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer.

**F.**

Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 10. September 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Befreiung von den Verfahrenskosten unter Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

**G.**

In ihrer Vernehmlassung vom 22. Oktober 2018 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

**H.**

In seiner Replik vom 23. November 2018 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen und deren Begründung fest.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Verfügungen des SEM betreffend Zustimmung zur Erteilung einer kantonalen Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 84 Abs. 5 AuG i.V.m. Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG (SR 142.20, seit 1. Januar 2019: AIG; vgl. dazu E. 3.1 hiernach) sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 112 Abs. 1 AuG 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** Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

**1.4** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Streit-sache endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 und 5 BGG).

**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 – soweit 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 Entscheids (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.; 2011/43 E. 6.1).

**3.**

**3.1** Am 1. Januar 2019 hat das Ausländergesetz (vgl. E. 1.1 hiavor) eine Teilrevision und Namensänderung erfahren (Änderung vom 16. Dezember 2016, AS 2018 3171). Es heisst nunmehr «Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration» vom 16. Dezember 2005 (AIG). Ebenfalls mit Wirkung ab 1. Januar 2019 ist die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE; SR 142.201) revidiert worden (Änderung vom 15. August 2018, AS 2018 3173).

**3.2** Die streitige Verfügung datiert vom 9. August 2018. Eine gesetzliche Übergangsregelung fehlt, weshalb aufgrund allgemeiner Grundsätze über das anwendbare Recht entschieden werden muss. Weder ist das neue Recht günstiger noch liegen zwingende Gründe vor, welche für dessen sofortige Anwendung sprechen würden. In materieller Hinsicht gelangen somit die einschlägigen Bestimmungen der erwähnten Erlasse in der bis am 31. Dezember 2018 gültig gewesenen Fassung zur Anwendung (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-501/2018 vom 13. Dezember 2019 E. 4).

**4.**

**4.1** Gemäss Art. 40 Abs. 1 AuG sind die Kantone zuständig für die Erteilung und Verlängerung von ausländerrechtlichen Bewilligungen. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des SEM für das Zustimmungsverfahren (Art. 99

AuG in der bis zum 31. Mai 2019 gültig gewesenen Fassung vom 16. Dezember 2005 [AS 2007 5437 5470]) i.V.m. Art. 85 VZAE und Art. 5 Bst. d der Verordnung des EJPD vom 13. August 2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide [SR 142.201.1]).

**4.2** Die kantonale Migrationsbehörde hat ihren Entscheid korrekterweise der Vorinstanz zur Zustimmung vorgelegt (vgl. dazu BGE 141 II 169 E. 4.3.1 f. und 6.1).

## **5.**

**5.1** Gesuche um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländern, die sich seit mehr als fünf Jahren in der Schweiz aufhalten, werden gemäss Art. 84 Abs. 5 AuG unter Berücksichtigung der Integration, der familiären Verhältnisse und der Zumutbarkeit einer Rückkehr in den Herkunftsstaat vertieft geprüft. Die ausführende Bestimmung von Art. 31 VZAE zum sogenannten schwerwiegenden persönlichen Härtefall legt ergänzend die Beurteilungskriterien zur Prüfung von Aufenthaltsbewilligungsgesuchen fest, welche insbesondere gestützt auf Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG eingereicht werden (vgl. zum Ganzen Urteile des BVGer F-4727/2017 vom 15. März 2019 E. 5.1 und 5.3; F-3332/2015 vom 13. Februar 2018 E. 4.1 f.). Demnach sind gemäss Art. 31 Abs. 1 VZAE in der hier anwendbaren Fassung vom 24. Oktober 2007 (AS 2007 5497 5507) bei der Beurteilung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls insbesondere die Integration der gesuchstellenden Person (Bst. a), die Respektierung der Rechtsordnung (Bst. b), die Familienverhältnisse, insbesondere der Zeitpunkt der Einschulung und die Dauer des Schulbesuchs der Kinder (Bst. c), die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung (Bst. d), die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz (Bst. e), der Gesundheitszustand (Bst. f) und die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat (Bst. g) zu berücksichtigen.

**5.2** Die Voraussetzungen zur Anerkennung eines Härtefalls sind aufgrund des Ausnahmecharakters von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG und aArt. 31 Abs. 1 VZAE restriktiv zu handhaben. Die betroffene Person muss sich in einer persönlichen Notlage befinden (Urteil des BVGer F-4727/2017 vom 15. März 2019 E. 6). Bei der Beurteilung eines Härtefalles müssen sämtliche Umstände des jeweiligen Einzelfalles berücksichtigt werden. Die Anerkennung als Härtefall setzt nicht zwingend voraus, dass die Anwesenheit

in der Schweiz das einzige Mittel zur Verhinderung einer persönlichen Notlage darstellt. Auf der anderen Seite reichen eine lang dauernde Anwesenheit und eine fortgeschrittene soziale und berufliche Integration sowie klagloses Verhalten für sich alleine nicht aus, um einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall zu begründen. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass die ausländische Person so enge Beziehungen zur Schweiz unterhält, dass von ihr nicht verlangt werden kann, in einem anderen Land, insbesondere in ihrem Heimatstaat zu leben. Berufliche, freundschaftliche und nachbarschaftliche Beziehungen, welche die betroffene Person während ihres Aufenthaltes in der Schweiz knüpfen konnte, genügen normalerweise nicht für eine Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen (vgl. BVGE 2017 VII/6 E. 6.3).

**5.3** Besonderes Augenmerk ist Kindern zu widmen. Gemäss Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (im Folgenden: Kinderrechtskonvention, KRK, SR 0.107) ist das Kindeswohl bei allen Massnahmen, die Minderjährige betreffen, ein Aspekt von vorrangiger Bedeutung. Dem wird in der Praxis insofern Rechnung getragen, als der fortgeschrittenen sozialen und schulischen Integration von Kindern in der Schweiz regelmässig besonderes Gewicht beigemessen wird (vgl. Urteil des BVGer F-3332/2015 vom 13. Februar 2018 E. 4.4).

## **6.**

**6.1** Der in der Schweiz geborene und vorläufig aufgenommene Beschwerdeführer erfüllt mit seinem mittlerweile elfjährigen Aufenthalt die formellen Voraussetzungen zur Einleitung eines Aufenthaltsbewilligungsverfahrens gestützt auf Art. 84 Abs. 5 AuG. Strittig ist, ob er die in der vorangehenden Erwägung dargelegten materiellen Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung erfüllt beziehungsweise ob diese überhaupt zu prüfen sind.

**6.2** Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, die Kriterien für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in Bezug auf den (damals) neunjährigen und damit nicht handlungsfähigen Beschwerdeführer liessen sich nur schwer beurteilen. Aus familienrechtlichen Gründen habe er das ausländische Schicksal seiner Eltern, welche vorläufig aufgenommen seien, zu teilen. Ob bei einer hypothetischen Rückkehr in die Türkei dem Kindeswohl Rechnung getragen würde, müsse nicht geprüft werden, da eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers und sei-

ner Eltern gegenwärtig nicht vorgesehen sei. Sobald er eine gewisse Selbständigkeit erreicht haben werde und sich seine Integration werde beurteilen lassen, könne er ein neues Gesuch stellen.

**6.3** Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, die Vorinstanz habe nicht dargelegt, weshalb sie in einem anderen Fall der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an zwei Minderjährige zugestimmt habe, obwohl den Eltern zum damaligen Zeitpunkt eine Aufenthaltsbewilligung verweigert worden sei. Ferner würden sich aus Art. 31 VZAE genügende Leitlinien ergeben, um seine Integration zu beurteilen. Schliesslich habe die Vorinstanz das Kindeswohl nicht genügend geprüft. Insbesondere habe sie sich nicht zu den mit dem Status eines vorläufig Aufgenommenen verbundenen Einschränkungen in Bezug auf die schulische und persönliche Entwicklung auseinandergesetzt.

**6.4** Die Vorinstanz stellt sich mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2C\_27/2016 vom 17. November 2016 auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer habe aus familienrechtlichen Gründen das ausländerrechtliche Schicksal seiner Eltern zu teilen. Damit spricht sie die Situation an, in welcher ein Wegweisungsvollzug des sorgeberechtigten Elternteils in Frage steht und das unmündige Kind, unabhängig von seinem Aufenthaltsstatus, das Land mit diesem verlassen muss (vgl. BGE 143 I 21 E. 5.4). Daraus kann nichts für den vorliegenden Fall abgeleitet werden, da keine Wegweisung in Frage steht und auch wenn dies der Fall wäre, der Beschwerdeführer – selbst wenn er über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen würde – aus zivilrechtlichen Gründen die Schweiz mit seinen Eltern verlassen müsste. Damit geht auch das Argument der Vorinstanz fehl, wonach durch einen einheitlichen Status zwischen Eltern und Kind sichergestellt werde, dass beide Elternteile für die Erziehung des Beschwerdeführers verantwortlich bleiben. Dies ist unabhängig vom Aufenthaltsstatus des Beschwerdeführers der Fall. Gleichzeitig widerspricht sich die Vorinstanz, indem sie festhält, der Beschwerdeführer könne ein neues Gesuch stellen, sobald er eine gewisse Selbständigkeit erreicht habe (bspw. Beginn einer Lehre). Damit geht sie selbst (zu Recht) davon aus, dass der Aufenthaltsstatus zwischen Eltern und Kind – auch vor dessen Volljährigkeit – divergieren kann. Ihr kann zwar darin zugestimmt werden, dass bei Härtefallgesuchen die Familie in der Regel als Einheit betrachtet und die Situation der einzelnen Mitglieder nicht isoliert beurteilt wird (BVGE 2007/16 E. 5.3). Diese Rechtsprechung ist jedoch dahingehend zu präzisieren, dass damit nicht eine Einzelfallprüfung in Bezug auf die einzelnen Familienmitglieder, kon-

kret minderjährige Kinder, formell ausgeschlossen werden soll. Angesprochen ist vielmehr die materielle Prüfung der Härtefallkriterien, in deren Rahmen die Familie in ihrer Gesamtheit zu betrachten ist (vgl. Art. 84 Abs. 5 AuG: «unter Berücksichtigung der [...] familiären Verhältnisse»). So kann beispielweise die Frage, ob es einem Familienmitglied zumutbar ist, in den Heimatstaat zurückzukehren, in der Regel nicht losgelöst von den übrigen Familienmitgliedern beantwortet werden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Voraussetzungen in Bezug auf jedes Familienmitglied – und damit auch die Kinder – einzeln zu untersuchen sind. Wenngleich ein Kind bei der Einreise oder – wie hier – bei der Geburt in den Aufenthaltsstatus seiner Eltern einbezogen wird, bedeutet dies nicht, dass es diesen Status bis zur Volljährigkeit zwingend beibehält. Das Kind kann aufgrund seiner Rechtsfähigkeit (Art. 11 ZGB) jede Art von Bewilligung – bis hin zur Einbürgerung – erhalten, sofern es die Voraussetzungen erfüllt. Ein unterschiedlicher Aufenthaltsstatus der einzelnen Familienmitglieder ist damit nicht von vornherein ausgeschlossen. Es mag bei Kleinkindern, deren Hauptbezugspersonen die Eltern sind und bei welchen keine von den Eltern unabhängige Integration vorliegen kann, regelmässig auf die Integration der Eltern abzustellen sein und damit derselbe ausländerrechtliche Status resultieren. Vorliegend sind jedoch die Verfahren der Eltern und des Bruders des Beschwerdeführers ohnehin rechtskräftig abgeschlossen und bilden nicht Verfahrensgegenstand. Nachfolgend ist somit zu untersuchen, ob der Beschwerdeführer die Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG i.V.m. Art. 84 Abs. 5 AuG erfüllt.

## **6.5**

**6.5.1** Der Beschwerdeführer ist in der Schweiz geboren und hat sein gesamtes bisheriges Leben hier zusammen mit seinen Eltern und seinem Bruder, der bereits über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, verbracht. Im Alter von elf Jahren befindet er sich in der frühen Pubertät, in welcher soziale Beziehungen ausserhalb der Familie erheblich an Bedeutung gewinnen und damit auch eine von den Eltern unabhängige Integration stattfindet. Er ist sowohl sprachlich als auch sozial integriert und durch das hiesige soziokulturelle Umfeld geprägt (vgl. bereits Entscheid der POM vom 28. Mai 2018). Negative Vorkommnisse sind nicht aktenkundig. Die Integration in wirtschaftlicher Hinsicht kann bei einem Kind in seinem Alter keine Rolle spielen. Insbesondere kann dem Beschwerdeführer nicht entgegengehalten werden, dass seine Eltern die Sozialhilfe in Anspruch nehmen mussten. Dies aber war der Hauptgrund dafür, dass ihnen – und zunächst auch den beiden Söhnen – die Erteilung einer Härtefallbewilligung



verwehrt worden war. Die Integration des Beschwerdeführers ist – im Unterschied zu jener seiner Eltern – als erfolgreich zu bezeichnen.

**6.5.2** Im Hinblick auf das Kindeswohl ist darauf hinzuweisen, dass die mit dem Status der vorläufigen Aufnahme verbundenen rechtlichen und faktischen Einschränkungen negative Auswirkungen auf die berufliche Integration des Beschwerdeführers in der Schweiz haben könnten, indem er beispielsweise bei der Lehrstellensuche gegenüber Mitkonkurrenten, welche über ein geregeltes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügen, einen erheblichen Nachteil hätte. Der Beschwerdeführer ist in der Schweiz geboren und wird sein Leben voraussichtlich hier verbringen. Unter dieser Prämisse gereicht ihm die Verweigerung der Bewilligung zum Nachteil, ohne dass er dies zu verantworten hätte.

**6.5.3** Soweit ersichtlich hat der Beschwerdeführer zum Heimatland seiner Eltern – der Türkei – keine über die Staatsbürgerschaft hinausgehende Beziehung. Aufgrund der fortgeschrittenen Integration in der Schweiz wäre auch eine Eingliederung in der Türkei mit nicht zu unterschätzenden Schwierigkeiten verbunden und käme einer Entwurzelung gleich (vgl. die Kasuistik in BGE 123 II 125 E. 4b).

**6.6** Zusammenfassend ist unter Berücksichtigung des Kindeswohls, der fortgeschrittenen Integration des Beschwerdeführers in der Schweiz, seiner Zukunftsperspektiven und der Integrationsschwierigkeiten, welche er in der Türkei zu gewärtigen hätte, ein schwerwiegender persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 84 Abs. 5 i.V.m. Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG zu bejahen.

## **7.**

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 84 Abs. 5 i.V.m. Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG zu erteilen.

## **8.**

**8.1** Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird folglich gegenstandslos.

**8.2** Der Beschwerdeführer wäre für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten zu entschädigen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Sein Rechtsvertreter hat jedoch keine Parteientschädigung beantragt und keine Kostennote eingereicht. Aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen ist davon auszugehen, dass dieser die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers ehrenamtlich übernommen hat (vgl. < <https://asylbruecke.ch/unsere-aufgaben/> > unter Rubrik Rechtsdienst, abgerufen am 18.05.2020), weshalb dem Beschwerdeführer keine Kosten im Sinne der massgeblichen Bestimmungen entstanden sind. Deshalb ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen.

(Dispositiv nachfolgende Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben und der Erteilung der Aufenthaltbewilligung durch den Kanton Bern wird die Zustimmung erteilt.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten-Nr. [...] / N [...] retour)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Genner

Maria Wende

Versand: