

BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 188 vom 5. Oktober 2021

BE Verwaltungsgericht, 2021-10-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2020_188

FR: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 188 du 5 octobre 2021

IT: BE_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 188 del 5 ottobre 2021

Regeste

Familiennachzug von Ehefrau und Tochter (Entscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern vom 17. April 2020; 2019.POMGS.750) | Ausländerrecht

Erwägungen

E. 1.1

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Hinsichtlich des teilweisen Nichteintretensentscheids (vgl. E. 1.2 hiernach) ergibt sich ihre Beschwerdebefugnis unmittelbar aus dem negativen Prozessentscheid (BVR 2017 S. 459 E. 1.2; Michael Pflüger, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 65 N. 23). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

E. 1.2

Soweit die Beschwerdeführenden im vorinstanzlichen Verfahren (auch) die Bewilligung des Familiennachzugs der Tochter (Beschwerdefüh-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 4 rerin 3) beantragt haben, ist die SID auf die Beschwerde nicht eingetreten, weil die Tochter «durch die ursprüngliche Verfügung nicht geregelt» worden sei (angefochtener Entscheid E. 1.2). In diesem Punkt bildet Prozessthema des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens grundsätzlich nur die Frage, ob die SID zu Recht keinen Sachentscheid gefällt hat (vgl. BVR 2017 S. 459 E. 2.3 mit Hinweisen; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 74 N. 17 f.). Allerdings kann es sich im Einzelfall aus prozessökonomischen Gründen und mit Rücksicht auf die verschiedenen fallrelevanten Verfassungsanliegen als gerechtfertigt erweisen, dass das Verwaltungsgericht die materiellen Streitfragen (gegebenenfalls unter Ausdehnung seiner Kognition) gleichwohl unmittelbar selbst beurteilt (vgl. BVR 2017 S. 459 E. 5.4, 2017 S. 437 E. 2.4; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 84 N. 13). Mit Blick darauf erscheint es in der vorliegenden Konstellation angezeigt, auf die Beschwerde auch hinsichtlich des reformatorischen (Haupt-)Antrags betreffend den Familiennachzug der Beschwerdeführerin 3 einzutreten (vgl. auch hinten E. 2).

E. 1.3

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG). Da die Streitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung ist, urteilt es in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichts- behörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

E. 2.1

Das Verwaltungsgericht prüft von Amtes wegen, ob im vorinstanzli- chen Verfahren die Eintretens- bzw. Prozessvoraussetzungen erfüllt waren (vgl. Art. 20a VRPG; BVR 2021 S. 285 [VGE 2020/399 vom 22.4.2021] nicht publ. E. 1.2, 1993 S. 446 E. 1b; VGE 2017/210 vom 27.8.2018 E. 2.1; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 20a N. 38). Hier fragt sich, ob das teilweise Nichteintreten der SID (vgl. vorne E. 1.2) rechters ist.

E. 2.2

Die Personen, deren Rechtsbeziehung zum Gemeinwesen die Be- hörde mit der zu erlassenden Verfügung regeln will, gelten als notwendige

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 5 Parteien und sind am Verfahren von Amtes wegen zu beteiligen (Art. 12 Abs. 1 VRPG; Michel Daum, a.a.O., Art. 12 N. 4). Beteiligt eine Behörde eine Person zu Unrecht nicht am Verfahren, begeht sie eine formelle Rechtsver- weigerung und verletzt verfassungsrechtliche Gehörsansprüche (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101] und Art. 26 Abs. 2 der Verfas- sung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]). Eine zu Unrecht nicht beteiligte Person kann nach der Praxis des Verwaltungsgerichts noch in das Be- schwerdeverfahren einbezogen werden. Für ein solches Vorgehen spricht insbesondere der Grundsatz der Prozessökonomie. Die Heilung des Man- gels bedingt jedoch, dass die betroffene Person ihre Rechte im Rechtsmit- telverfahren umfassend wahrnehmen kann und die Rechtsmittelbehörde die Sache frei prüft (BVR 2018 S. 43 E. 2.2, 2010 S. 129 E. 2.1; Michel Daum, a.a.O., Art. 12 N. 10).

E. 2.3

Das Familiennachzugsgesuch wurde am 31. Januar 2019 gestellt und die Beschwerdeführerin 3 am 2019 geboren. Das MIP hat die Beschwerdeführerin 3 nach ihrer Geburt nicht formell in das Verwaltungsver- fahren einbezogen und im Dispositiv seiner Verfügung vom 21. Oktober 2019 einzig das Familiennachzugs- bzw. Visumsgesuch der Beschwerde- führerin 2 abgewiesen. In seiner Begründung hat es festgehalten, dass für die Tochter «bis dato kein Visumsantrag» vorliege, und weiter erwogen, das Gesuch sei (auch deshalb) abzuweisen, weil im Fall des Nachzugs von einer künftigen Sozialhilfeabhängigkeit ausgegangen werden müsse. Dabei ist das MIP auch vom Nachzug der Tochter ausgegangen und hat eine Bedarfs- berechnung für einen Dreipersonenhaushalt vorgenommen, die einen Fehl- betrag ergeben hat (Verfügung vom 21.10.2019 S. 2 ff.; vgl. auch Akten MIDI Beschwerdeführerin 2 [Bf. 2] pag. 256). Entgegen der SID hat das MIP somit den Nachzug der Beschwerdeführerin 3 materiell beurteilt. Die Verfügung vom 21. Oktober 2019 hat auch diesbezüglich Rechtswirkungen entfaltet, selbst wenn sich das Verfügungsdispositiv (und das Rubrum) insoweit als unvollständig erweisen (vgl. BVR 2015 S. 234 E. 3.4; Michel Daum, a.a.O., Art. 52 N. 12). Indem das MIP es unterliess, die Beschwerdeführerin 3 als notwendige Partei auch formell als direkte Verfügungsadressatin am Fami- liennachzugsverfahren zu beteiligen, hat es eine formelle Rechtsverweige- rung

bzw. eine Gehörsverletzung begangen. Diese wurde im vorinstanzlichen Verfahren nicht geheilt, hat die SID das teilweise Nichteintreten doch

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 6 gerade (unzutreffend) damit begründet, die Beschwerdeführerin 3 sei in der ursprünglichen Verfügung «nicht geregelt» worden (vorne E. 1.2). War die SID der Meinung, es bedürfe für das Kind, für das ebenfalls Beschwerde erhoben worden war, noch eines förmlichen Visumsantrags, hätte sie zu dessen Nachreichung Gelegenheit bieten müssen, zumal offensichtlich ist, dass das neugeborene Kind der um Zulassung ersuchenden Mutter von der Verfügung direkt betroffen ist (vgl. Ruth Herzog, Verfahrensgarantien im Ausländerrecht, in Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/2009, 2009, S. 3 ff., 26 f.).

E. 2.4

Wie dargelegt (vorne E. 1.2) kann es sich aus prozessökonomischen Gründen als gerechtfertigt erweisen, dass das Verwaltungsgericht die materielle Streitfrage trotz vorinstanzlichen Nichteintretensentscheids selbst beurteilt. Dieses Vorgehen drängt sich hier indes nicht auf, denn die Sache ist – wie noch zu zeigen ist – auch hinsichtlich des Nachzugs der Beschwerdeführerin 2 an die SID zurückzuweisen. Diese wird dabei auch den Nachzug der Beschwerdeführerin 3 materiell zu überprüfen haben.

E. 3

Auf den 1. Januar 2019 ist eine Teilrevision des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20) in Kraft getreten, die auch den Gesetzesartikel und die offizielle Abkürzung geändert hat. Der Erlass heisst neu Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG). Die Beschwerdeführerin 2 hat mit ihrem Visumsgesuch vom 31. Januar 2019 erstmals um eine Aufenthaltsbewilligung im Familiennachzug ersucht, weswegen das neue Recht anwendbar ist (Art. 126 Abs. 1 AIG [Umkehrschluss]).

E. 4.1

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführenden eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Äusserungsrecht). Die SID habe eine Gehörsverletzung durch das MIP zu Unrecht verneint. Dieses habe es unterlassen, ihnen Gelegenheit zu geben, zur beabsichtigten Abweisung des Einreisegesuchs Stellung zu nehmen. Zudem habe ihnen gar nicht bewusst sein kön-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 7 nen, dass es sich beim Visumsgesuch der Beschwerdeführerin 2 um ein Familiennachzugsgesuch (Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung) gehandelt habe (Beschwerde S. 5 f.).

E. 4.2

Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet unter anderem das Recht, sich vor Erlass einer Verfügung oder eines Entscheids zu den Sachumständen zu äussern (Art. 29 BV; Art. 26 Abs. 2 KV; Art. 21 Abs. 1 VRPG; BVR 2018 S. 281 E. 3.1). Voraussetzung des Äusserungsrechts sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, was auf den Anspruch hinausläuft, in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden. Das rechtliche Gehör beschlägt in erster Linie die

für die Verfügung oder den Entscheid erheblichen Sachfragen; hingegen besteht grundsätzlich kein Anspruch, zur rechtlichen Beurteilung derselben noch besonders angehört zu werden, da die Behörden das Recht von Amtes wegen anwenden (Art. 20a Abs. 1 VRPG; BVR 2018 S. 139 E. 5.1.1, 2016 S. 247 [VGE 2015/332 vom 23.2.2016] nicht publ. E. 4.2.1). Entscheidend ist, ob der betroffenen Person ermöglicht wurde, ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (zum Ganzen BGE 144 I 11 E. 5.3 mit zahlreichen Hinweisen).

E. 4.3

Zur Prüfung des Familiennachzugs der Beschwerdeführerin 2 (und der Beschwerdeführerin 3) hat das MIP via Einwohnergemeinde (EG) D. _____ mehrmals Auskünfte und weitere Unterlagen beim nachziehenden Ehemann bzw. Vater (Beschwerdeführer 1) angefordert, die dieser – teilweise nach erneuter Aufforderung des MIP – jeweils eingereicht hat (Akten MIDI Bf. 2 pag. 181 ff., 243 ff.). Bereits das (erste) Schreiben des MIP vom 19. Februar 2019 war mit dem Betreff «Einreisegesuch zwecks Familiennachzugs» überschrieben (Akten MIDI Bf. 2 pag. 181). Gemäss einer Mitteilung der EG D. _____ an das MIP vom 28. Januar 2019 war der Beschwerdeführer 1 zudem «im Bilde, dass seine Ehefrau in Colombo ein neues Einreisegesuch stellen muss und der Familiennachzug neu geprüft wird» (Akten MIDI Bf. 2 pag. 157). Die Beschwerdeführenden stellen dies nicht substantiiert in Abrede. Sie konnten demnach nicht davon ausgehen, es handle sich beim Einreisegesuch um eine «blosse Formalität» (vgl. Beschwerde S. 5). Das MIP hat den rechtserheblichen Sachverhalt genügend abgeklärt. Die Beschwerdeführenden ihrerseits haben

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 8 massgeblich an der Sachverhaltsfeststellung mitgewirkt und konnten somit ihren Standpunkt zu den wesentlichen Sachfragen einbringen. Es liegt zudem kein Fall einer überraschenden Rechtsanwendung vor, zu der die Beschwerdeführenden speziell hätten angehört werden müssen (vgl. BGE 144 II 386 [BGer 2C_761/2017 vom 25.6.2018] nicht publ. 3.1.1; BVR 2018 S. 139 E. 5.1.1). Mit der SID ist deshalb festzuhalten, dass das MIP nicht verpflichtet war, die Beschwerdeführenden vor Erlass der Verfügung über die beabsichtigte Abweisung in Kenntnis zu setzen und ihnen Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.3). Die Rüge der Gehörsverletzung erweist sich (insoweit) als unbegründet.

E. 5

Der Sachverhalt stellt sich im Wesentlichen wie folgt dar:

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin 2 (geb. 1974) ist Staatsangehörige von Sri Lanka. Sie reiste am 18. Dezember 2006 illegal in die Schweiz ein. Das Bundesamt für Migration (BFM; heute: Staatssekretariat für Migration [SEM]) lehnte ihr Asylgesuch am 31. Oktober 2007 ab (Akten MIDI Bf. 2 pag. 55 ff.). Während des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht heiratete sie am 14. Juli 2008 in ... den Beschwerdeführer 1 (geb. 1970), ebenfalls Staatsangehöriger von Sri Lanka (Akten MIDI Bf. 2 pag. 187 ff.). Dieser war am 14. August 2007 als Asylbewerber in die Schweiz gelangt. Mit Verfügung vom 9. Februar 2009 wies das BFM das Asylgesuch des Beschwerdeführers 1 ab, nahm ihn jedoch wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig auf (Akten MIDI Beschwerdeführer 1 [Bf. 1] pag. 61 ff.). Am 29. April 2009 gewährte das BFM der

Beschwerdeführerin 2 (von Amtes wegen) gestützt auf die Ehe ebenfalls die vorläufige Aufnahme (Akten MIDI Bf. 1 pag. 72 f.). Am 20. Januar 2014 erhielten die Eheleute Aufenthaltsbewilligungen im Rahmen einer Härtefallregelung nach Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG (Akten MIDI Bf. 1 pag. 124 f., 132). Die Aufenthaltsbewilligungen wurden jährlich verlängert, jene der Beschwerdeführerin 2 zuletzt bis zum 18. Januar 2019 (Akten MIDI Bf. 2 pag. 173).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 9

E. 5.2

Der von den Beschwerdeführenden 1 und 2 gehegte Kinderwunsch ging zunächst nicht in Erfüllung. Auch eine Behandlung bei einem Facharzt für Gynäkologie und Geburtshilfe in Bern blieb insoweit erfolglos (vgl. Beschwerde S. 4). Auf Empfehlung des behandelnden Gynäkologen versuchten es die Eheleute schliesslich mit einer – in der Schweiz nicht zugelassenen – Eizellenspende (vgl. Bestätigung von Dr. med. ... vom 27.2.2019, wonach er in der gegebenen Situation eine Eizellenspende als effizienteste Behandlungsmethode empfohlen habe [Akten MIDI Bf. 2 pag. 186]). Zu diesem Zweck begab sich die Beschwerdeführerin 2 am 10. Januar 2018 in ihr Heimatland, wobei sie offenbar mit einem drei- bis viermonatigen Aufenthalt rechnete (Akten MIDI Bf. 2 pag. 153, 156, 185). In Sri Lanka scheiterten die ersten beiden Versuche, eine Schwangerschaft herbeizuführen. Der dritte Embryotransfer im Oktober 2018 verlief schliesslich erfolgreich (Akten MIDI Bf. 2 pag. 155, 176). Am ... 2019 brachte die Beschwerdeführerin 2 die Tochter C._____ zur Welt, als deren Eltern die Beschwerdeführenden 1 und 2 im Geburtenregister Sri Lankas eingetragen sind (Akten MIDI Bf. 2 pag. 250 ff.). Aus einem Arztzeugnis des behandelnden Arztes in Sri Lanka vom 4. Juni 2018 geht hervor, dass der Beschwerdeführer 1 zumindest zeitweise ebenfalls an der Kinderwunschbehandlung beteiligt gewesen war und sich namentlich im Juni 2018 im Heimatland aufgehalten hatte (Akten MIDI Bf. 2 pag. 177). Im Juli 2019 weilte er erneut dort, als er die Geburt des Kindes in das sri-lankische Geburtenregister eintragen liess (vgl. die Unterschrift des Beschwerdeführers 1 auf der Geburtsurkunde [Akten MIDI Bf. 2 pag. 253]).

E. 5.3

Mit Schreiben vom 1. Oktober 2018 teilte der Beschwerdeführer 1 der EG D._____ (erstmalig) mit, dass sich seine Ehefrau seit Januar 2018 zwecks künstlicher Befruchtung in Sri Lanka aufhält (Akten MIDI Bf. 2 pag. 155). Am 6. Dezember 2018 reichte der Beschwerdeführer 1 die Gesuche der Eheleute um Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligungen bei der EG D._____ ein; beide Gesuche waren handschriftlich mit der Ortsangabe D._____ versehen und auf den 6. Dezember 2018 datiert (Akten MIDI Bf. 1 pag. 149 f., Bf. 2 pag. 150 f.). Die EG D._____ meldete die Beschwerdeführerin 2 in der Folge rückwirkend per 10. Januar 2018 nach Sri Lanka ab und teilte dem Beschwerdeführer 1 mit, dass seine Ehefrau in Colombo ein neues Einreisegesuch stellen müsse (Akten MIDI

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 10 Bf. 2 pag. 157). Am 31. Januar 2019 reichte die Beschwerdeführerin 2 bei der Schweizerischen Botschaft in Colombo ein Gesuch um Erteilung eines Visums für den langfristigen Aufenthalt (Visum D) zwecks Verbleibs beim Ehemann ein (Akten MIDI Bf. 2 pag. 161 ff.). Die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers 1 wurde soweit

ersichtlich weiterhin verlängert.

E. 6

In der Sache ist zunächst strittig, ob die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin 2 erloschen ist.

E. 6.1

Die Beschwerdeführenden machen geltend, die SID sei in Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 9 BV) vom Erlöschen der Bewilligung ausgegangen. Die Beschwerdeführerin 2 sei in Sri Lanka verblieben, weil sie auf eine Auskunft der EG D._____ vertraut habe, wonach sie sich nach der Geburt der Tochter bei der schweizerischen Vertretung zwecks Einreisevisums melden solle. Die Frist von Art. 61 Abs. 2 AIG sei deshalb «nicht anzuwenden» (Beschwerde S. 6). – Die Aufenthaltsbewilligung erlischt unter anderem, wenn die ausländische Person, ohne sich abzumelden, die Schweiz für mehr als sechs Monate verlässt (Art. 61 Abs. 2 AIG). Nach konstanter Rechtsprechung kommt es für das Erlöschen weder auf die Motive der Landesabwesenheit noch auf die Absichten der betroffenen Person an (BGE 145 II 322 E. 2.3; BGer 2C_424/2020 vom 18.8.2020 E. 3.2, je betreffend Erlöschen der Niederlassungsbewilligung). Auch das unfreiwillige Verweilen im Ausland (z.B. infolge einer Hospitalisierung) über die genannte Frist hinaus lässt die Bewilligung erlöschen (BVR 2019 S. 314 E. 3.2 [bestätigt durch BGer 2C_292/2019 vom 8.4.2019]).

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin 2 hält sich seit dem 10. Januar 2018 ununterbrochen in Sri Lanka auf (vorne E. 5.2). Ihre Aufenthaltsbewilligung ist mithin am 10. Juli 2018 erloschen. Die Beschwerdeführenden legen nicht dar, wann ihnen die angeblich vertrauensbegründende Auskunft erteilt worden sein soll. Gemäss dem festgestellten Sachverhalt erhielt die EG D._____ gestützt auf das Schreiben des Beschwerdeführers 1 vom 1. Oktober 2018 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 11 erstmals Kenntnis vom Auslandsaufenthalt der Beschwerdeführerin 2, zumal sich diese nicht selber abgemeldet hat (vgl. vorne E. 5.3). Die fragliche Auskunft der EG D._____ kann deshalb nicht vor diesem Zeitpunkt erteilt worden sein, weshalb sie als Vertrauensgrundlage von vornherein nicht in Frage kommt (vgl. auch Vernehmlassung SID S. 2 [act. 5]). Die Beschwerdeführenden können sich deshalb nicht mit Erfolg auf Vertrauensschutz berufen. Im Übrigen erlischt die Aufenthaltsbewilligung bei einem (ununterbrochenen) Auslandsaufenthalt von mehr als sechs Monaten von Gesetzes wegen, weshalb eine Verhältnismässigkeitsprüfung regelmässig nicht erforderlich ist (BVR 2019 S. 314 E. 3.5 [bestätigt durch BGer 2C_292/2019 vom 8.4.2019]; BGer 2C_691/2017 vom 18.1.2018 E. 3.1). Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die SID die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin 2 als infolge längeren Auslandsaufenthalts erloschen erachtet hat. Eine Wiederezulassung nach Art. 30 Abs. 1 Bst. k AIG, wie sie die Beschwerdeführenden eventuell geltend machen, kommt sodann nicht in Betracht: Art. 49 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) setzt hierfür einen früheren Aufenthalt in der Schweiz von mindestens fünf Jahren voraus, der nicht nur vorübergehender Natur (Art. 34 Abs. 5 AIG) war. Wie die SID zu Recht erwogen hat, kann einzig die Anwesenheit der Beschwerdeführerin 2 mit einer Aufenthaltsbewilligung (20.1.2014 bis 10.1.2018; vorne E. 5.1 f.) an die Fünfjahresfrist angerechnet werden, weshalb diese Frist nicht erfüllt ist

(angefochtener Entscheid E. 7.2). Was die Beschwerdeführenden dagegen vorbringen (vgl. Beschwerde S. 13), ist nicht stichhaltig.

E. 7

Zu prüfen ist weiter, ob die SID den Familiennachzug der Beschwerdeführerin 2 zu Recht verweigert hat.

E. 7.1

Gemäss Art. 44 Abs. 1 AIG kann ausländischen Ehegattinnen und -gatten und ledigen Kindern unter 18 Jahren von Personen mit Aufenthaltsbewilligung eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Bst. a), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 12 ist (Bst. b), sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind (Bst. c), sie sich bei Volljährigkeit in der am Wohnort gesprochenen Landessprache verständigen können oder sich zu einem entsprechenden Sprachförderungsangebot anmelden (Bst. d sowie Abs. 2 und 3) und die nachziehende Person keine jährlichen Ergänzungsleistungen nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) bezieht oder wegen des Familiennachzugs beziehen könnte (Bst. e). Ein entsprechendes Gesuch muss innerhalb von fünf Jahren gestellt werden; Kinder über zwölf Jahre müssen innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden (Art. 47 Abs. 1 AIG; Art. 73 Abs. 1 VZAE). Die Fristen beginnen bei Familienangehörigen von aufenthaltsberechtigten Personen mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses zu laufen (Art. 47 Abs. 3 Bst. b AIG; Art. 73 Abs. 2 VZAE). Ein Nachzug ausserhalb der erwähnten Fristen wird nur bewilligt, wenn – zusätzlich zu den Voraussetzungen von Art. 44 AIG – wichtige familiäre Gründe vorliegen (Art. 47 Abs. 4 Satz 1 AIG; Art. 73 Abs. 3 Satz 1 VZAE). Einen Rechtsanspruch auf Familiennachzug vermittelt Art. 44 AIG für sich genommen nicht. Vielmehr bleibt die Bewilligungserteilung – auch wenn die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind – im fremdenpolizeilichen Ermessen (BGE 139 I 330 E. 1.2, 137 I 284 E. 1.2). Die aufenthaltsberechtigte ausländische Person hat nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber gestützt auf das Recht auf Familienleben (Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK; SR 0.101] bzw. Art. 13 Abs. 1 BV) einen Anspruch auf Familiennachzug, wenn sie über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt, die Voraussetzungen von Art. 44 AIG erfüllt und die Nachzugsfristen (Art. 47 AIG; Art. 73 Abs. 1 VZAE) eingehalten sind (BGE 146 I 185 E. 6.2 [Pra 110/2021 Nr. 36]; BGer 2C_641/2020 vom 21.10.2020 E. 3.1, 2C_35/2019 vom 15.9.2020 E. 3.3).

E. 7.2

Der Beschwerdeführer 1 verfügt seit dem 20. Januar 2014 über eine auf behördlichem Ermessen basierende Härtefallbewilligung (vgl. vorne E. 5.1). Diese verschafft ihm unbestrittenermassen keine gefestigte Aufenthaltsberechtigung. Die Beschwerdeführenden machen jedoch geltend, der Beschwerdeführer 1 verfüge aufgrund seiner Aufenthaltsdauer von mehr als

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 13 zehn Jahren über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht im Sinn von Art. 8 EMRK. Der Familiennachzug sei deshalb im Rahmen eines Rechtsanspruchs zu prüfen

(Beschwerde S. 8). Die SID hat offengelassen, ob sich die Beschwerdeführenden gestützt auf Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV auf einen Anspruch auf Familiennachzug berufen können (angefochtener Entscheid E. 4.3). – Ein gefestigtes Anwesenheitsrecht kann sich unter Umständen aus dem Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK; Art. 13 Abs. 1 BV) ergeben. Nach einer rechtmässigen Aufenthaltsdauer von rund zehn Jahren ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis regelmässig davon auszugehen, dass die sozialen Beziehungen in der Schweiz so eng geworden sind, dass es für eine Aufenthaltsbeendigung besonderer Gründe bedarf. Im Einzelfall kann es sich aber anders verhalten und die Integration auch bei einer über zehnjährigen Anwesenheit für die Aufrechterhaltung der Bewilligung nicht genügen, wie sich umgekehrt nicht ausschliessen lässt, dass in kürzerer Zeit nebst engen sozialen Beziehungen namentlich in sprachlicher, beruflicher und wirtschaftlicher Hinsicht eine ausgeprägt gelungene Integration vorliegt (BGE 144 I 266 E. 3.9; BVR 2019 S. 314 E. 5.2.2). Die Anwesenheit während eines Asylverfahrens und während einer vorläufigen Aufnahme werden nicht an die Zehnjahresfrist angerechnet (vgl. BGE 146 I 185 E. 5.2 [Pra 110/2021 Nr. 36]; BVR 2020 S. 443 E. 4.2.2). Der Beschwerdeführer 1 ist seit 2014 im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung und kann damit keinen geregelten Aufenthalt von mehr als zehn Jahren im Sinn der Praxis zu Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV vorweisen. Ob seine Integration, zu der sich die SID nicht geäussert hat, derart fortgeschritten ist, dass ihm dennoch ein gefestigtes Anwesenheitsrecht und den Beschwerdeführenden ein Anspruch auf Familiennachzug zukommt, erscheint zweifelhaft, kann aber mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen offenbleiben.

E. 7.3

Allemaal müssen die Nachzugsfristen eingehalten sein bzw. wichtige familiäre Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug vorliegen (vgl. vorne E. 7.1). Die Fristenregelung von Art. 47 AIG ist ein Element der Steuerung bzw. Begrenzung der Einwanderung. Bezweckt wird damit eine verstärkte Förderung der Integration durch einen möglichst frühen Nachzug der Familienmitglieder, der nur beim Vorliegen besonderer familiärer Gründe über die vom Gesetzgeber aufgestellten Nachzugsfristen hinaus aufgeschoben werden können soll. Wiewohl sie besonders beim Nachzug von Kindern

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 14 bedeutsam sind, gelten die Nachzugsfristen (und die diesen zugrunde liegenden Integrationsüberlegungen) nach dem klaren Gesetzeswortlaut und dem Willen des Gesetzgebers auch für die Ehegattin bzw. den Ehegatten (BGer 2C_979/2019 vom 7.5.2020 E. 4.1, 2C_323/2018 vom 21.9.2018 E. 4.2.2 und 4.2.4; BVR 2020 S. 231 E. 5.4.1).

E. 7.4

Die SID hat erwogen, das Gesuch für den Nachzug der Beschwerdeführerin 2 sei nicht fristgerecht gestellt worden (angefochtener Entscheid E. 5). Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Nachzugsfrist sei eingehalten, da für deren Beginn auf das Datum der Ausreise aus der Schweiz abzustellen sei (Beschwerde S. 9 f.). – Wie dargelegt beginnt die Nachzugsfrist bei Familienangehörigen von aufenthaltsberechtigten Personen mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses (vorne E. 7.1). Bei Familienangehörigen von vorläufig aufgenommenen Personen beginnen die in Art. 47 Abs. 3 Bst. b AIG genannten Fristen drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme oder mit der Entstehung des Familienverhältnisses (Art. 85 Abs. 7 AIG i.V.m. Art. 74 Abs. 3 VZAE). Der Beschwerdeführer 1 wurde am 9. Februar

2009 vorläufig aufgenom- men (vorne E. 5.1). Die Frist für den Nachzug der Beschwerdeführerin 2 begann folglich am 9. Februar 2012 und endete am 9. Februar 2017. Das Nachzugsgesuch wurde unbestrittenermassen erst nach Ablauf dieser Frist gestellt und muss als verspätet angesehen werden. Es erscheint zwar fragwürdig, die Fristen von Art. 47 AIG, welche die Integrationsförderung bezwecken (vorne E. 7.3), auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden und von einem nachträglichen Familiennachzug auszugehen. Denn es lag gar nie eine Konstellation vor, in welcher ein ordentliches (rechtzeitiges) Familiennachzugsgesuch auch nur in Betracht kam. Die Beschwerdeführerin 2 reiste bereits am 18. Dezember 2006 – mithin früher als der Beschwerdeführer 1 – in die Schweiz ein, wurde ebenfalls vorläufig aufgenommen und erhielt zeitgleich mit ihrem Ehemann eine Aufenthaltsbewilligung (vorne E. 5.1). Die Frage des Familiennachzugs stellte sich erstmals, nachdem die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin 2 am 10. Juli 2018 erloschen und die ordentliche Nachzugsfrist bereits abgelaufen war. Da die Beschwerdeführerin 2 freiwillig aus der Schweiz ausgereist ist, kann sie sich für den Beginn des Fristenlaufs aber nicht auf einen von der gesetzlichen Regelung abweichenden (späteren) Zeitpunkt berufen (vgl. BGer 2C_147/2015 vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 15 22.3.2016 E. 2.4.2; ferner BGer 2C_979/2019 vom 7.5.2020 E. 3). Vielmehr kann der Familiennachzug in einer solchen Konstellation nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur beim Vorliegen wichtiger Gründe im Sinn von Art. 47 Abs. 4 AIG bewilligt werden (vgl. BGer 2C_784/2019 vom 10.3.2020 E. 2.3 [betreffend den erneuten Nachzug der ausländischen Ehegattin eines Schweizerers]).

E. 7.5

Zu prüfen bleibt somit, ob die SID den nachträglichen Nachzug der Beschwerdeführerin 2 zu Recht verweigert hat.

E. 7.5.1

Die Beschwerdeführenden machen geltend, es lägen wichtige Gründe im Sinn von Art. 47 Abs. 4 AIG vor. Die Verweigerung des (nachträglichen) Familiennachzugs stelle einen unverhältnismässigen Eingriff in das Recht auf Familienleben nach Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV dar. Die Beschwerdeführerin 2 sei einzig für die Eizellenspende nach Sri Lanka gereist. Die Behandlung sei zunächst erfolglos geblieben und habe sich deshalb verzögert. Eine Landesabwesenheit von mehr als sechs Monaten sei ebenso wenig beabsichtigt gewesen wie eine Trennung vom Beschwerdeführer 1. Vielmehr habe die in der Schweiz gelebte Beziehung durch die Erfüllung des gemeinsamen Kinderwunschs intensiviert werden sollen. Dem Beschwerdeführer 1, der seit 2007 in der Schweiz lebe und 2009 vorläufig aufgenommen worden sei, sei es nicht zumutbar, nach Sri Lanka zurückzukehren. Sinngemäss bringen die Beschwerdeführenden zudem vor, der Familiennachzug entspreche auch dem Kindeswohl. Sodann berufen sie sich auf das bundesgerichtliche Urteil 2C_784/2019 vom 10. März 2020 (Beschwerde S. 10 ff.).

E. 7.5.2

Die Bewilligung des Nachzugs nach Ablauf der Frist muss nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausnahme bleiben; dabei ist Art. 47 Abs. 4 Satz 1 AIG (bzw. Art. 73 Abs. 3 Satz 1 VZAE) aber so zu handhaben, dass der Anspruch auf Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung gewahrt bleibt (vgl. etwa BGE 146 I 185 E. 7.1.1 [Pra 110/2021 Nr.

36]; BGer 2C_943/2018 vom 22.1.2020 E. 3.2, 2C_889/2018 vom 24.5.2019 E. 3.1, je mit weiteren Hinweisen). Praxisgemäss geht das Bundesgericht davon aus, dass eine Familie, die freiwillig jahrelang getrennt gelebt hat, dadurch ihr beschränktes Interesse an einem ortsgebundenen (gemeinsamen) Familienleben zum

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 16 Ausdruck bringt. In einer solchen Konstellation, in der die familiären Beziehungen während Jahren über die Grenzen hinweg besuchsweise und über die modernen Kommunikationsmittel gelebt werden, überwiegt regelmässig das dem Sinn von Art. 47 Abs. 4 AIG zugrunde liegende Interesse an der Einwanderungsbeschränkung, solange nicht stichhaltige Gründe zum Wohle der Familie etwas anderes nahelegen (vgl. BGE 146 I 185 E. 7.1.1 [Pra 110/2021 Nr. 36]; BGer 2C_889/2018 vom 24.5.2019 E. 3.1; zum Ganzen BVR 2020 S. 243 E. 6.1). Ein nachträglicher Nachzug kommt nicht in Betracht, wenn die nachzugswillige Person die Einhaltung von Fristen, die ihr die Zusammenführung der Familie ermöglicht hätte, versäumt hat und keine gewichtigen Gründe geltend macht, um erst später einen derartigen Nachzug zu beantragen (BGer 2C_481/2018 vom 11.7.2019 E. 6.2, 2C_914/2014 vom 18.5.2015 E. 3.1 mit Hinweisen). Ob wichtige familiäre Gründe vorliegen, ist aufgrund einer Gesamtschau unter Berücksichtigung aller relevanten Elemente im Einzelfall zu entscheiden. Bei der Interessenabwägung ist auch zu berücksichtigen, ob dem hier anwesenden Familienmitglied die Rückkehr ins Heimatland zumutbar ist (BGer 2C_943/2018 vom 22.1.2020 E. 3.2, 2C_889/2018 vom 24.5.2019 E. 3.1, 2C_386/2016 vom 22.5.2017 E. 2.3.2).

E. 7.5.3

Dem von den Beschwerdeführenden angerufenen BGer 2C_784/2019 vom 10. März 2020 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die thailändische Beschwerdeführerin (Jg. 1964) reiste 2011 in die Schweiz ein, heiratete einen Schweizer und erhielt gestützt auf die Ehe eine Aufenthaltsbewilligung. Die Ehe blieb kinderlos. Im Oktober 2016 kehrte die Beschwerdeführerin in ihr Heimatland zurück, worauf ihre Aufenthaltsbewilligung nach sechs Monaten Landesabwesenheit erlosch. Am 13. Juni 2018 verweigerte das Waadtländer Migrationsamt den (erneuten) Nachzug der Beschwerdeführerin zu ihrem Ehemann, was von den kantonalen Rechtsmittelinstanzen bestätigt wurde. Das Bundesgericht hiess die dagegen erhobene Beschwerde gut. Es hielt im Zusammenhang mit Art. 47 Abs. 4 AIG fest, wenn eine ausländische Person bereits eine erste (Aufenthalts-)Bewilligung im Familiennachzug zu ihrer Schweizer Ehefrau bzw. zu ihrem Schweizer Ehemann erhalten habe, diese jedoch (infolge Landesabwesenheit) erloschen sei, könne ihr bei intakter Ehegemeinschaft der erneute Familiennachzug nicht von vornherein verweigert werden. Es obliege zwar

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 17 grundsätzlich der ausländischen Ehegattin bzw. dem ausländischen Ehegatten, die sechsmonatige Frist nach Art. 61 Abs. 2 AIG zu beachten. Wenn diese Frist jedoch versehentlich nicht eingehalten werde und die ausländische Person dadurch ihre Aufenthalts- oder Niederlassungsberechtigung verliere, könnten unter Umständen wichtige familiäre Gründe angenommen werden, welche die Erteilung eines neuen Aufenthaltstitels rechtfertigten, weil dies das einzige Mittel sei, um dem Paar die Weiterführung der zuvor bewilligten Lebensweise zu ermöglichen. Allerdings könnten derartige familiäre Umstände zwecks Unterbindens von Rechtsmissbrauch nur einmalig anerkannt werden (E. 2.3).

E. 7.5.4

Im hier zu beurteilenden Fall liegt keine Situation vor, in der die Familie bzw. die Eheleute jahrelang freiwillig getrennt voneinander gelebt haben. Im Gegenteil: Die Beschwerdeführenden 1 und 2 haben die ersten neuneinhalb Jahre ihres Ehelebens in der Schweiz verbracht, bevor die Beschwerdeführerin 2 für rund zwölf Monate (bis zu ihrem Familiennachzugsgesuch gerechnet) nach Sri Lanka zurückgekehrt ist, um den gemeinsamen Kinderwunsch mithilfe einer in Sri Lanka, nicht aber in der Schweiz zugelassenen Eizellenspende doch noch zu erfüllen. Zu dieser Behandlung hatte ihr der behandelnde Gynäkologe ausdrücklich geraten (vgl. vorne E. 5.2). Bei dieser Sachlage hat das Ehepaar ein gewichtiges Interesse, seine eheliche Beziehung auch künftig in der Schweiz leben zu können. Hingegen ist dem öffentlichen Interesse an der Einwanderungsbeschränkung hier kein massgebliches Gewicht beizumessen, zumal die Beschwerdeführerin 2 während ihres früheren Aufenthalts soweit ersichtlich zu keinen Klagen Anlass gegeben hat und insofern mit keinen Integrationsschwierigkeiten zu rechnen ist. Dass die Beschwerdeführerin 2 nach dem Eintritt der Schwangerschaft im Oktober 2018 im Heimatland verblieb, deutet entgegen der SID nicht darauf hin, den Beschwerdeführenden sei das gemeinsame Zusammenleben in der Schweiz nicht wichtig gewesen (vgl. angefochtener Entscheid E. 6.4). Vielmehr war der Verbleib der Beschwerdeführerin 2 in Sri Lanka bis im Februar 2019 medizinisch indiziert (vgl. Bestätigung des behandelnden Arztes vom 11.11.2018 [Akten MIDI Bf. 1 pag. 153]). Im Übrigen würde sich die Sachlage nicht (wesentlich) anders darstellen, wenn die Beschwerdeführerin 2 ihr Familiennachzugsgesuch unmittelbar nach Eintritt der Schwangerschaft ge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 18 stellt hätte, war doch ihre Aufenthaltsbewilligung bereits im Juli 2018 erloschen (vgl. vorne E. 6.2).

E. 7.5.5

Die Beschwerdeführenden 1 und 2 haben sodann keine Nachzugsfristen versäumt, denn es kam für sie von vornherein nur ein nachträglicher Nachzug in Betracht (vgl. vorne E. 7.4). Der Beschwerdeführerin 2 ist mit der SID zwar vorzuwerfen, dass sie sich nicht um ihre weitere Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz gekümmert hat, als sich aufgrund der ersten beiden erfolglosen Embryotransfers abgezeichnet hatte, dass sie länger als geplant im Heimatland bleiben würde. Es bestehen indes keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass sie und ihr Ehemann die Frist von Art. 61 Abs. 2 AIG wesentlich nicht eingehalten haben. Die vorliegende Konstellation ist vergleichbar mit jener, die dem angeführten Urteil 2C_784/2019 vom 10. März 2020 zugrunde lag (vgl. vorne E. 7.5.3). Zwar handelt es sich hier beim Ehegatten, der seine Ehefrau nachziehen will, nicht um einen Schweizer, sondern um einen aufenthaltsberechtigten Ausländer. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern dies zu einer anderen Gesamtbeurteilung führen sollte, zumal dem ursprünglich vorläufig aufgenommenen Beschwerdeführer 1 eine Rückkehr nach Sri Lanka nicht ohne weiteres zumutbar ist. Hier gilt es zudem und im Speziellen die Interessen der Tochter zu berücksichtigen (vgl. Art. 75 VZAE; Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107]). Die nunmehr zweijährige Beschwerdeführerin 3 hat ein grosses Interesse daran, in engem Kontakt mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können. Unter Einbezug der Kindsinteressen sind wichtige Gründe im Sinn von Art. 47 Abs. 4 AIG somit zu bejahen.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Kindsverhältnis in der Schweiz registerrechtlich anerkannt werden kann, was insbesondere an einem Verstoss gegen den schweizerischen Ordre public scheitern könnte (vgl. Art. 32 i.V.m. Art. 27 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht [IPRG; SR 291]). Gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG wird eine im Ausland ergangene Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt, wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar wäre. Dasselbe gilt hinsichtlich der Anerkennung einer ausländischen Urkunde der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. Art. 31 IPRG). Nicht jeder Verstoss gegen das Rechtsempfinden, die Wertvorstellungen oder zwingendes Recht rechtfertigt den Eingriff mit dem Ordre public.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 19 Für die Verletzung ist vielmehr erforderlich, dass die Anerkennung und Vollstreckung des ausländischen Entscheids oder der ausländischen Urkunde in der Schweiz mit den hiesigen rechtlichen und ethischen Werturteilen schlechthin unvereinbar wäre. Ob der Ordre public verletzt ist, beurteilt sich nicht abstrakt. Entscheidend sind die Auswirkungen der Anerkennung und Vollstreckung im Einzelfall. Die Anwendung des Ordre public-Vorbehalts ist im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Urteils oder einer ausländischen Urkunde nach dem Wortlaut des Gesetzes («offensichtlich») restriktiv anzuwenden, denn mit der Weigerung der Anerkennung werden hinkende Rechtsverhältnisse geschaffen (zum Ganzen BGE 141 III 328 E. 5 f., 141 III 312 E. 4 f.). Aus heutiger Sicht erscheint zweifelhaft, dass eine registerrechtliche Anerkennung des Kindsverhältnisses in der Schweiz mit den hiesigen rechtlichen und ethischen Werturteilen schlechthin unvereinbar wäre (vgl. auch BGE 141 III 328 E. 5.3, 141 III 312 E. 4.2.3). Anders als die Leihmutterchaft (Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV) ist die Eizellenspende verfassungsrechtlich nicht verboten. Hinzu kommt, dass die Geburtsurkunde, um deren Anerkennungsfähigkeit es geht, hinsichtlich der darin beurkundeten Verwandtschaftsverhältnisse der schweizerischen Rechtslage entspricht: Die gebärende Mutter gilt (unumstösslich) als rechtliche Mutter des Kindes (Art. 252 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]), und ihr Ehemann gilt als rechtlicher Vater, sofern das Kind während der Ehe geboren ist (Art. 252 Abs. 2 i.V.m. Art. 255 Abs. 1 ZGB). Anders formuliert würde die Anerkennung der Geburtsurkunde zum gleichen Ergebnis führen, wie wenn der Geburtsvorgang in der Schweiz stattgefunden hätte. Es ist mit Blick auf den Ausgang des Verfahrens aber nicht Sache des Verwaltungsgerichts, diesen Aspekt abschliessend zu beurteilen.

E. 7.5.6

Diskutabel ist, ob der Anerkennung wichtiger familiärer Gründe entgegensteht, dass sich die Beschwerdeführenden 1 und 2 zur Befruchtung mittels Eizellenspende nach Sri Lanka begeben haben. Denn die Eizellenspende ist in der Schweiz verboten (vgl. Art. 4 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung [Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG; SR 810.11]). Die Art der Zeugung ist aber jedenfalls für die Beurteilung und Gewichtung der Interessen des Kindes, mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können, nicht relevant. Das Ver-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 20 halten der Beschwerdeführerin 2 stellt zwar eine Rechtsumgehung dar, da sie zur Inanspruchnahme einer in der Schweiz verbotenen Praktik nach Sri Lanka gereist ist. Diese Verbotsumgehung wäre indes – wenn schon – mittels einer Verwaltungsanktion (gestützt

auf das FMedG) zu ahnden und nicht durch Verweigerung des Familiennachzugs, welche auch das Kind trifft (vgl. insoweit auch Montisano/Uebersax, Die Leihmutterschaft im Migrationsrecht, in SJZ 2020 S. 595 ff., 603). Nach dem Übertretungstatbestand von Art. 37 Bst. c FMedG ist jedoch einzig strafbar und wird mit Busse bis zu Fr. 100'000.-- bestraft, wer in der Schweiz (als praktizierende Ärztin oder als praktizierender Arzt) gespendete Eizellen verwendet, mit gespendeten Eizellen und gespendeten Samenzellen einen Embryo entwickelt oder einen gespendeten Embryo auf eine Frau überträgt. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers macht sich mithin die Empfängerin einer gespendeten Eizelle selbst dann nicht strafbar, wenn der Eingriff in der Schweiz vorgenommen wird (vgl. Botschaft des Bundesrats zum FMedG, in BBl 1996 III 205 ff., 279 [zur Strafnorm von Art. 31 betreffend Leihmutterschaft]). Ebenfalls nicht unter Strafe gestellt sind Vermittlungstätigkeiten, d.h. in der Schweiz ausgeführte Handlungen, die der Vorbereitung eines im Ausland unter Zuhilfenahme von gespendeten Eizellen durchgeführten Fortpflanzungsverfahrens dienen (vgl. Stellungnahme des Bundesrats vom 21.8.2019 zur Interpellation Nr. 19.3778 «Eizellenspende in Schweizer IVF-Zentren» von Nationalrätin Irène Kälin vom 20.6.2019, einsehbar unter <www.parlament.ch>, Rubriken «Ratsbetrieb/Curia Vista/Geschäfte»). Nach dem Erwogenen steht die Eizellenspende der Anerkennung wichtiger familiärer Gründe nicht entgegen.

E. 7.5.7

Soweit die SID schliesslich erwogen hat, die Beschwerdeführerin 2 habe ihr Verlängerungsgesuch vom 6. Dezember 2018 wahrheitswidrig mit der Ortsangabe D._____ unterzeichnet und damit die Behörden zu täuschen versucht (vgl. angefochtener Entscheid E. 6.3 f.), kann ihr nicht gefolgt werden: Auf eine Täuschungsabsicht ist schon deshalb nicht zu schliessen, weil die Beschwerdeführerin 2 offenbar keine Kenntnis der Frist von Art. 61 Abs. 2 AIG hatte und die EG D._____ spätestens seit dem Schreiben des Beschwerdeführers 1 vom 1. Oktober 2018 von ihrem Auslandsaufenthalt wusste (vorne E. 5.3).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 21

E. 7.5.8

Zusammenfassend haben die Beschwerdeführenden 1 und 2 die ersten neuneinhalb Jahre ihres Ehelebens in der Schweiz verbracht, bevor die Beschwerdeführerin 2 zwecks künstlicher Befruchtung auf ärztlichen Rat hin für rund ein Jahr (bis zum Familiennachzugsgesuch gerechnet) in ihr Heimatland zurückgekehrt ist. Als sich die Frage des Familiennachzugs erstmals stellte, stand von vornherein nur noch ein nachträglicher Nachzug zur Diskussion. In dieser spezifischen Konstellation, namentlich mit Blick auf die gewichtigen Interessen des Kindes, sind – registerrechtliche Hindernisse vorbehalten – ausnahmsweise wichtige familiäre Gründe im Sinn von Art. 47 Abs. 4 AIG zu bejahen. Daran vermag die Verbotsumgehung bezüglich der Eizellenspende grundsätzlich nichts zu ändern.

E. 7.6

Nach dem Erwogenen hat die SID den nachträglichen Familiennachzug der Beschwerdeführerin 2 zu Unrecht mit der Begründung verweigert, es lägen keine wichtigen familiären Gründe vor. Auch in diesem Fall müssen für die Bewilligung des Familiennachzugs die Voraussetzungen von Art. 44 AIG erfüllt sein (vorne E. 7.1). Die SID

hat sich dazu bisher nicht geäußert (vgl. angefochtener Entscheid E. 6.4 am Ende; Vernehmlassung SID S. 2 [act. 5]). Es ist nicht Sache des Verwaltungsgerichts, die Voraussetzungen von Art. 44 AIG als erste und einzige kantonale Beschwerdeinstanz zu prüfen und die hierfür allfällig erforderlichen ergänzenden Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen. Die Sache ist daher zur weiteren Behandlung an die SID zurückzuweisen. Die SID wird bei dieser Gelegenheit auch den Nachzug der Beschwerdeführerin 3 materiell zu überprüfen haben (vorne E. 2.4). Diese wird, sofern notwendig, einzuladen bzw. aufzufordern sein, vorgängig bei der schweizerischen Vertretung in Sri Lanka ein Visumsgesuch zwecks Familiennachzugs einzureichen. Weiter wird die SID auch der Frage der registrierrechtlichen Anerkennung des Kindsverhältnisses nachzugehen haben.

E. 8.1

Die Beschwerde ist somit dahin gutzuheissen, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur weiteren Behandlung im Sinn der Erwägungen an die SID zurückzuweisen ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 22

E. 8.2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringen die Beschwerdeführenden mit ihrem Rechtsmittel nur teilweise durch. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist indes im Kostenpunkt von einem vollumfänglichen Obsiegen auszugehen, sofern bei Vorliegen eines reformatorischen (Haupt-)Antrags ein Rückweisungsentscheid ergeht und die infolge Rückweisung vorzunehmende Neuurteilung – wie hier – noch zu einer vollständigen Gutheissung der Begehren führen kann (BVR 2016 S. 222 E. 4.1). Demnach sind die Beschwerdeführenden für die Kostenverlegung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren als vollständig obsiegend zu betrachten. Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sind keine Kosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG) und der Kanton Bern (SID) hat den Beschwerdeführenden die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote des Rechtsvertreters vom 10. August 2020 weist auch Aufwendungen aus, die im Verfahren vor der SID entstanden sind. Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren (ab 21.4.2020) macht der Rechtsvertreter ausgehend von einem Zeitaufwand von 9,58 Stunden ein Honorar von Fr. 2'395.-- zuzüglich Fr. 100.80 Auslagen und MWSt geltend (vgl. Kostennote vom 10.8.2020 [act. 7A]). Insoweit gibt die Kostennote zu keinen Bemerkungen Anlass. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist als gegenstandslos geworden abzuschreiben (vgl. Art. 39 Abs. 1 VRPG).

E. 8.3

Die SID wird die im vorinstanzlichen Verfahren entstandenen Kosten neu zu verlegen haben; dazu hat sich das Verwaltungsgericht im Rückweisungsentscheid nicht zu äussern (vgl. VGE 2019/388 vom 5.10.2020 E. 8.3; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 7).

E. 9

Auf dem Gebiet des Ausländerrechts ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]) gegen die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen ausgeschlossen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumen (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG). Beim Fehlen eines solchen

Rechtsanspruchs ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu ergreifen (Art. 39 ff. und 113 ff).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 23 BGG). Hier wurde offengelassen, ob den Beschwerdeführenden ein Bewilligungsanspruch aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV zukommt; fehlt ein solcher, steht mangels anderer Bewilligungsansprüche einzig die Erteilung von sog. Ermessensbewilligungen in Frage (vgl. vorne E. 7.1 f.). Dementsprechend wird in der Rechtsmittelbelehrung auf beide Rechtsmittel verwiesen. Da es sich um einen Zwischenentscheid im Sinn von Art. 93 BGG handelt (vgl. etwa BGE 135 II 30 E. 1.3, 133 V 477 E. 4.2), ist die Beschwerde aber nur zulässig, wenn eine der zusätzlichen Voraussetzungen von (Art. 117 i.V.m.) Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt ist. Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird dahin gutgeheissen, dass der Entscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern vom 17. April 2020 aufgehoben und die Sache zur weiteren Behandlung im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Der Kanton Bern (Sicherheitsdirektion) hat den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf Fr. 2'688.-- (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen. 4. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht wird als gegenstandslos geworden vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben. 5. Zu eröffnen: - Beschwerdeführende - Sicherheitsdirektion des Kantons Bern - Staatssekretariat für Migration

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 05.10.2021, Nr. 100.2020.188U, Seite 24 Der Abteilungspräsident: Der Gerichtsschreiber: Rechtsmittelbelehrung Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) oder, soweit es eine Ermessensbewilligung betrifft, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. BGG geführt werden.

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