

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 417 vom 1. Dezember 2021**

BE Verwaltungsgericht, 2021-12-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2020\\_417](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2020_417)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 417 du 1 décembre 2021

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 417 del 1 dicembre 2021

## **Regeste**

Familiennachzug einer Tochter und eines Sohnes durch aufenthaltsberechtigte Mutter (Entscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern vom 21. Oktober 2020; 2020.SIDGS.557) | 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). Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist ein- zutreten.

### **E. 1.2**

Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführenden machen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Sie bringen vor, die Vorinstanz habe die Begründungspflicht verletzt (Beschwerde S. 10).

### **E. 2.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 21 ff. VRPG sowie Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 26 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern (KV; BSG 101.1) garantiert namentlich das Recht, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechts- stellung Betroffenen tatsächlich hört, prüft und bei der Entscheidungsfindung be- rücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (vgl. auch Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG), wobei nicht erforderlich ist, dass sich diese mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinander- setzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 142 I 135 E. 2.1, 140 II 262 E. 6.2; BVR 2018 S. 341 E. 3.4.2, 2016 S. 402 E. 6.2). – Die Vorinstanz hat sich mit den entscheiderelevanten Darlegungen der Beschwerdeführenden befasst und den Entscheid ausführlich – mit Be-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2021, Nr. 100.2020.417U, Seite 6 zugunahme auf Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) und Art. 44 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20) – begründet. Sie hat namentlich erwo- gen, es könne offengelassen werden, ob ein gefestigtes Anwesenheitsrecht nach Art. 8 EMRK bestehe, da selbst bei Annahme eines solchen für die Bewilligung des Familiennachzugs die Voraussetzungen von Art. 44 AIG erfüllt sein müssten (angefochtener Entscheid E. 3.4; vgl. dazu auch E. 3.2 hinten). Weiter hat sie rechtsgenüch dargelegt, warum ihres Erachtens die Voraussetzungen nach Art. 44 Abs. 1 AIG nicht vollständig erfüllt sind (an- gefochtener Entscheid E. 4 und 5). Gestützt darauf war es den Beschwerde- führenden ohne weiteres möglich, den Entscheid sachgerecht anzufechten. Ob die Begründung der Vorinstanz inhaltlich zutreffend ist, ist keine Frage des rechtlichen Gehörs, sondern der materiellen Beurteilung (vgl. etwa BGE 130 II 530 E. 4.3; BVR 2018 S. 310 E. 3.5; Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 21 N. 28).

### **E. 3**

Strittig ist, ob die SID den Beschwerdeführenden 4 und 5 Aufenthaltsbewilli- gungen zwecks Familiennachzugs verweigern durfte, ohne Recht zu verlet- zen.

#### **E. 3.1**

Anwendbar ist das AIG in seiner seit 1. Januar 2019 geltenden Fas- sung (Gesuchstellung im Oktober 2019). Gemäss Art. 44 Abs. 1 AIG kann ausländischen Ehegattinnen und -gatten und ledigen Kindern unter 18 Jah- ren von Personen mit Aufenthaltsbewilligung eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Bst. a), eine bedarfs- gerechte Wohnung vorhanden ist (Bst. b), sie nicht auf Sozialhilfe angewie- sen 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2021, Nr. 100.2020.417U, Seite 7 wegen des Familiennachzugs beziehen könnte (Bst. e). Art. 44 AIG ver- mittelt für sich genommen keinen Rechtsanspruch auf Familiennachzug. Vielmehr bleibt hier die Bewilligungserteilung – auch wenn die diesbezüg- lichen Voraussetzungen erfüllt sind – im fremdenpolizeilichen Ermessen (BGE 139 I 330 E. 1.2, 137 I 284 E. 1.2).

#### **E. 3.2**

Der aufenthaltsberechtigte ausländische Elternteil kann sich für den Familiennachzug allerdings auf den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV berufen, wenn sie oder er über ein ge- festigtes Anwesenheitsrecht verfügt und die familiären Beziehungen tatsäch- lich gelebt werden (vgl. BGE 144 II 1 E. 6.1 mit zahlreichen Hinweisen). Ein gefestigtes Anwesenheitsrecht hat gemäss ständiger bundesgerichtlicher Praxis, wer das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (vgl. BGE 144 I 266 E. 3.3, 144 II 1 E. 6.1; BVR 2015 S. 309 E. 5.1 und 5.2). Die Beschwerdeführerin 1 verfügt über eine auf

behördlichem Ermessen beruhende Aufenthaltsbewilligung im Sinn von Art. 30 Abs. 1 Bst. k AIG, welches kein gefestigtes Anwesenheitsrecht vermittelt (vgl. BGer 2C\_220/2019 vom 11.2.2020 E. 1.3; ferner BVR 2019 S. 314 E. 6.1). Ob sie aufgrund ihrer früheren Anwesenheit in der Schweiz (Niederlassungsbewilligung von 2008-2015) aus dem Recht auf Privatleben ein gefestigtes Anwesenheitsrecht ableiten kann, ist zweifelhaft, kann aber wie vor der Vorinstanz offengelassen werden (vgl. Beschwerde S. 7 f.; angefochtener Entscheid E. 3.4). Auch im Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK besteht ein Nachzugsanspruch nur dann, wenn alle Grundvoraussetzungen von Art. 44 AIG erfüllt sind. Die Anwendung der fraglichen Bewilligungskriterien gilt als mit der EMRK vereinbar, vorbehältlich einer abweichenden konventions- und verfassungsmässigen Auslegung im Einzelfall (vgl. BGE 146 I 185 E. 6.2 [Pra 110/2021 Nr. 36], 139 I 330 E. 2.4, 3.2 und 4.1 f., 137 I 284 E. 2.6 f.; BGer 2C\_947/2016 vom 17.3.2017 E. 4.1; vgl. zum Ganzen VGE 2020/236 vom 12.4.2021 E. 3.2). Aus dem Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107) ergeben sich keine weitergehenden Bewilligungsansprüche (BGE 143 I 21 E. 5.5.2).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2021, Nr. 100.2020.417U, Seite 8

#### **E. 4**

Die Vorinstanz hat das Vorhandensein einer bedarfsgerechten Wohnung für eine fünfköpfige Familie nach Art. 44 Abs. 1 Bst. b AIG verneint (angefochtener Entscheid E. 4.3).

##### **E. 4.1**

Das Verwaltungsgericht hat in jüngster Zeit zur gleichlautenden Bestimmung des alten Rechts Folgendes erwogen (BVR 2021 S. 463 E. 6.1): Das Erfordernis der bedarfsgerechten Wohnung dient primär dem Schutz der ausländischen Personen vor unwürdigen Lebensbedingungen; eine Wohnung hat daher den bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Vorschriften zu entsprechen. Der Umstand, dass Schweizerinnen und Schweizer in der Regel grosszügiger wohnen, stellt keinen Grund dar, eine Wohnung als nicht bedarfsgerecht einzustufen. Zu berücksichtigen ist, dass der Gesetzgeber beim Familiennachzug aus Integrationsgründen einen möglichst frühzeitigen Nachzug anstrebt, weshalb keine überhöhten Anforderungen an eine bedarfsgerechte Wohnung gestellt werden dürfen (vgl. Martina Caroni, in Handkommentar AuG, 2010, Art. 44 N. 11; s. auch Amarelle/Christen, in Nguyen/Amarelle [éd.], Code annoté de droit des migrations, Volume II: Loi sur les étrangers [LEtr], 2017, Art. 44 N. 19). Eine Wohnung gilt als bedarfsgerecht, wenn sie die Unterbringung der Gesamtfamilie ermöglicht und nicht zu einer Überbelegung der Wohnung führt. Nach gängiger kantonaler Praxis ist dieses Kriterium erfüllt, wenn die Wohnung ein Zimmer weniger aufweist, als Personen darin wohnen (vgl. BVR 2018 S. 89 E. 3.4 ff.). Auf diese Praxis nehmen die Weisungen und Erläuterungen Bezug, welche das SEM zur «Koordination der Praxis» zur Ausländergesetzgebung erlassen hat (Weisungen und Erläuterungen des SEM vom Oktober 2013 [Stand: 1.11.2021], Ausländerbereich [Weisungen AIG; einsehbar unter: <[www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch)>, Rubriken «Publikationen & Service», «Weisungen und Kreisschreiben/Ausländerbereich»]). Diese Weisungen richten sich «insbesondere an die rechtsanwendenden Behörden und die betroffenen Personen» (vgl. ebd. Ziff. 0.3.4); sie sehen soweit hier interessierend Folgendes vor (Ziff. 6.1.4 «Gemeinsame Wohnung»): «[...] Die zur Verfügung stehende Wohnung muss die

Gesamtfamilie tatsächlich beherbergen können. Ein Teil der kantonalen Ausländerbehörden stellt in diesem Zusammenhang auf die Anzahl Zimmer als Richtwert ab (Anzahl Personen minus 1 gleich Mindestwohnungsgrösse). [...]»

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2021, Nr. 100.2020.417U, Seite 9 Dieser Regel kommt als Verwaltungsverordnung zwar nicht die Verbindlichkeit eines Rechtssatzes zu, sie ist aber zu berücksichtigen, soweit ihre Anwendung eine einzelfallgerechte Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulässt bzw. die rechtlichen Vorgaben überzeugend und in praktikabler Weise konkretisiert. Ihr ist jedoch die Anwendung zu versagen, wenn das Ergebnis im Einzelfall mit Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmung nicht mehr in Einklang zu bringen ist oder die im Sinn des Rechtsgleichheitsgebots erforderlichen Differenzierungen allzu sehr vernachlässigt werden (statt vieler Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht,

#### **E. 4.2**

Eine Wohnung gilt vor diesem Hintergrund nach der Praxis des Verwaltungsgerichts in aller Regel als bedarfsgerecht, wenn die Anzahl Personen die Anzahl Zimmer um höchstens eins überschreitet. Umgekehrt erweist sie sich – im Sinn einer «groben Faustregel» (VGer ZH VB.2020.00040 vom 12.3.2020 E. 5.2) – als nicht mehr bedarfsgerecht, wenn die Zahl um mehr als eins überschritten wird (z.B. bei fünf Personen in einer 3,5-Zimmer-Wohnung). Eine Prüfung der konkreten Gesamtumstände kann aber ergeben, dass die Wohnung auch in diesen Fällen noch als angemessen erscheint. Bei dieser Prüfung sind neben der Anzahl Zimmer und der Fläche der Wohnung auch die Zusammensetzung der Familie (Alter, Geschlecht, besondere Bedürfnisse wie Behinderungen) sowie das Angebot auf dem lokalen Wohnungsmarkt zu berücksichtigen. Kulturell bedingten, bescheideneren Raumansprüchen ist Rechnung zu tragen. Letztlich ist massgebend, ob bei objektiver Betrachtung ein störungsfreies Zusammenleben möglich erscheint und das Kindeswohl gewahrt wird (BVR 2021 S. 463 E. 6.2 mit Hinweis auf: BGer 2C\_416/2017 vom 18.12.2017 E. 2.2 f.; OGer AG WBE.2015.341 vom 3.2.2017, in AGVE 2017 S. 132 E. 2.1.3; VGer ZH VB.2020.00040 vom 12.3.2020 E. 5.2; Marc Spescha, in Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 43 AIG N. 3). Das Erfordernis einer bedarfsgerechten Wohnung muss bereits im Gesuchs- bzw. spätestens im Entscheidungszeitpunkt der Ausländerbehörde vorhanden sein (vgl. BVR 2018 S. 89 E. 3.6.3).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2021, Nr. 100.2020.417U, Seite 10

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin 1 mietet seit September 2019 in der EG ... eine Dreizimmerwohnung im dritten Stock eines Mehrfamilienhauses (Akten MIDI 5B pag. 554 f.). Gemäss dem Grundrissplan besteht die Wohnung aus einem Wohn- und Esszimmer (26,8 m<sup>2</sup>), einem Elternzimmer (13,8 m<sup>2</sup>) und einem Kinderzimmer (10,4 m<sup>2</sup>). Mit Bad/WC und Küche beträgt die Gesamtfläche rund 60 m<sup>2</sup> (Akten SID 5A1 Beschwerdebeilage 3 zur Eingabe vom 11.9.2020). Mit der Vorinstanz ist diese Wohnung für fünf Personen – unter Berücksichtigung des Alters der Kinder (Jg. 2005, 2008, 2013 und 2016) – als zu klein anzusehen. Dass die Dreizimmerwohnung für sich betrachtet nicht als bedarfsgerecht gelten kann, wird von den Beschwerdeführenden auch vor Verwaltungsgericht nicht bestritten. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz verfügen die Beschwerdeführenden damit über keine gemeinsame Wohnung, die den Anforderungen

nach Art. 44 Abs. 1 Bst. b AIG entspricht. 5. 5.1 Die Beschwerdeführenden bringen jedoch vor, ihre (vorübergehende) Wohnsituation mit den im gleichen Gebäude in einer anderen Wohnung lebenden Schwiegereltern der Beschwerdeführerin 1 bzw. Grosseltern der Beschwerdeführenden 2-5 sei zwar nicht «klassisch». Aufgrund der räumlichen Nähe der beiden Wohnungen und der engen Beziehung zu den Schwieger- bzw. Grosseltern könne aber dennoch «von einer Art Zusammenleben» gesprochen werden (Beschwerde S. 6). Zu prüfen ist demnach, ob die von den Beschwerdeführenden gewählte Wohnlösung das nach Art. 44 Abs. 1 Bst. a AIG geforderte Zusammenwohnen erfüllt. – Die Bestimmungen über den Familiennachzug setzen voraus, dass die Familienmitglieder zusammenwohnen und ihre Beziehung als Lebens- und Schicksalsgemeinschaft anhaltend und nicht bloss punktuell bzw. während kurzer Zeit gelebt wird. Die Familiennachzugsbestimmungen nach Art. 42-44 und Art. 49 AIG sind generell nicht dazu bestimmt, dass jedes Familienmitglied für sich unabhängig leben kann bzw. das Getrenntleben ohne wichtigen Grund zum Regelfall wird (vgl. zu Art. 42 Abs. 1 AIG). Beim Zusammenwohnen ist hauptsächlich auf die nach aussen wahrnehmbare Wohngemeinschaft abzustellen (vgl. zu Art. 42 Abs. 1 bzw. 43 Abs. 1 Bst. a AIG BGE

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2021, Nr. 100.2020.417U, Seite 11 138 II 229 E. 2, 137 II 345 E. 3.1.2; BGer 2C\_48/2014 vom 9.10.2014 E. 3.2.2; zum Ganzen VGE 2019/367 vom 8.2.2021 E. 4.1). Für ein Zusammenwohnen nach Art. 44 Abs. 1 Bst. a AIG genügt eine Wohnlösung mit zwei separaten Wohnungen nicht, auch wenn sich diese im gleichen Gebäude befinden (vgl. zu Art. 42 Abs. 1 AIG BGer 2C\_638/2014 vom 10.11.2014 E. 2.3.1; vgl. auch VGE 2019/367 vom 8.2.2021 E. 4.1 f. [zur Publikation bestimmt]). 5.2 Die Wohnsituation der Beschwerdeführenden präsentierte sich während der Anwesenheit der beiden jüngeren Kinder (Beschwerdeführende 4 und 5) in der Schweiz von März 2020 bis Januar 2021 wie folgt: Die Beschwerdeführerin 1 lebte mit den zwei jüngeren Kindern in der von ihr gemieteten Dreizimmerwohnung im dritten Stock des Mehrfamilienhauses (vgl. vorne E. 4.3). Die beiden älteren Kinder (Beschwerdeführende 2 und 3) lebten dagegen mit ihren Grosseltern (Eltern des Ehemanns der Beschwerdeführerin 1) zusammen, zwar im gleichen Gebäude, jedoch in einer anderen Wohnung (Erdgeschoss; vgl. Beschwerde S. 4 f.). Die Beschwerdeführenden machen nicht geltend, dass sich diese Situation ab Januar 2021 verändert hätte. Es ist demnach nicht davon auszugehen, dass sich die Wohnsituation bei Zulassung der Beschwerdeführenden 4 und 5 verändern würde (davon abgesehen, dass für die bedarfsgerechte Wohnung auf den Gesuchs- bzw. Entscheidzeitpunkt abgestellt wird; vgl. vorne E. 4.2). 5.3 Die Beschwerdeführenden haben damit von März 2020 bis Januar 2021 – unabhängig vom Fortbestehen der Familiengemeinschaft (Beschwerde S. 6) – nie in einer gemeinsamen Wohnung zusammengelebt. 6. Für den Fall, dass von getrennten Wohnungen auszugehen ist, machen die Beschwerdeführenden geltend, es bestünden hierfür wichtige Gründe im Sinn von Art. 49 AIG. 6.1 Das Erfordernis des Zusammenwohnens nach Art. 44 Abs. 1 Bst. a AIG besteht nicht, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend gemacht werden und die Familiengemeinschaft weiter besteht (Art. 49 AIG).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2021, Nr. 100.2020.417U, Seite 12 Wichtige Gründe für eine Ausnahme vom Erfordernis des Zusammenwohnens können insbesondere durch berufliche Verpflichtungen oder durch eine vorübergehende Trennung wegen erheblicher familiärer Probleme entstehen (Art. 76 der Verordnung vom

24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201]). Die Regelung von Art. 49 AIG trägt den Charakter einer Ausnahmebestimmung, die in besonderen, nicht leichthin anzunehmenden Konstellationen von der grundsätzlichen Notwendigkeit des Zusammenlebens befreit (vgl. BGer 2C\_712/2014 vom 12.6.2015 E. 2.3; VGE 2017/225 vom 2.8.2018 E. 3.4, 2015/283 vom 7.7.2016 E. 3.2.1). Ein wichtiger Grund im Sinn von Art. 49 AIG i.V.m. Art. 76 VZAE muss objektivierbar sein und ein gewisses Gewicht aufweisen (BGer 2C\_48/2018 vom 5.9.2018 E. 2.1). Ein solcher ist umso eher zu bejahen, je weniger die Familie die Situation des Getrenntlebens beeinflussen kann, ohne einen grossen Nachteil in Kauf nehmen zu müssen (vgl. zu Art. 42 Abs. 1 AIG BGer 2C\_511/2019 vom 28.11.2019 E. 3.1; VGE 2017/225 vom 2.8.2018 E. 3.4; zum Ganzen VGE 2019/367 vom 8.2.2021 E. 5.1 [zur Publ. bestimmt]). Bei Kindern wird ein begründetes Getrenntleben etwa bejaht, wenn diese in einem Internat oder Heim untergebracht sind (Marc Spescha, in Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 49 AIG N. 1). 6.2 Die von den Beschwerdeführenden während ihrer (unbewilligten) gemeinsamen Anwesenheit in der Schweiz gewählte Wohnsituation mag für sie stimmig sein. Der Grund für diese Lösung liegt jedoch einzig im Nichtvorhandensein bzw. Nichtfinden einer bedarfsgerechten Wohnung (vgl. Beschwerde S. 5 f.). Dies reicht für die Anwendung von Art. 49 AIG nicht aus. Schwierigkeiten bei der Wohnungssuche mögen während Wochen, jedoch nicht während Jahren einen wichtigen Grund nach Art. 49 AIG darstellen (vgl. zu sechs Wochen Suchzeit im äusserst knappen Wohnungsangebot im Grossraum Zürich BGer 2C\_544/2010 vom 23.12.2010 E. 2.3.1; VGE 2019/367 vom 8.2.2021 E. 5.3, 2013/390 vom 10.4.2014 E. 3.4). Den Beschwerdeführenden ist es seit der Gesuchstellung im Oktober 2019 bzw. bis zur Verfügung des ABEV im Juni 2020 – und auch im Anschluss daran – nicht gelungen, im Kanton Bern eine genügend grosse Wohnung zu finden. Suchbemühungen sind dabei auch vor Verwaltungsgericht nicht ausgewiesen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2021, Nr. 100.2020.417U, Seite 13 6.3 Dass die Beschwerdeführenden ein erhebliches Interesse haben, gemeinsam in der Schweiz zu leben und eine Trennung der vier Kinder zu verhindern, stellt ebenfalls keinen wichtigen Grund nach Art. 49 AIG für eine Ausnahme vom Erfordernis des Zusammenlebens dar. Dabei ist nicht entscheidend, dass die Beschwerdeführenden die Ausreise 2014 bzw. 2015 und den damit einhergehenden Verlust der Niederlassungsbewilligungen mit der Wegweisung des Ehemanns bzw. Vaters wegen Straffälligkeit erklären (Beschwerde S. 5 f.). Die Beschwerdeführenden haben es selber in der Hand, dem «Auseinanderreissen» der Familie entgegenzuwirken, indem sie die Voraussetzungen nach Art. 44 AIG vollständig erfüllen, d.h. insbesondere eine bedarfsgerechte Wohnung für ein gemeinsames Zusammenwohnen finden. Sie können damit auf die Situation des Getrenntlebens ohne weiteres selber Einfluss nehmen (vgl. vorne E. 6.1). Zudem steht es ihnen nach wie vor offen, als Gesamtfamilie in Kosovo zu leben. Weitere Gründe für eine Ausnahme vom Erfordernis des Zusammenwohnens sind weder ersichtlich noch geltend gemacht. 7. 7.1 Zusammenfassend sind die Voraussetzungen von Art. 44 Abs. 1 AIG nicht vollständig erfüllt. Die von der Beschwerdeführerin 1 gemietete Dreizimmerwohnung ist für sich allein nicht bedarfsgerecht im Sinn von Art. 44 Abs. 1 Bst. b AIG. Die fünf Beschwerdeführenden wohnten während ihres Aufenthalts in der Schweiz von März 2020 bis Januar 2021 denn auch nicht zusammen (Art. 44 Abs. 1 Bst. a AIG), sondern bewohnten zwei separate Wohnungen. Wichtige Gründe für eine Ausnahme vom Erfordernis des Zusammenwohnens nach Art. 49 AIG sind nicht gegeben. Zu keiner anderen Beurteilung führt die Tatsache, dass der Ehemann der

Beschwerdeführerin 1 und Vater der vier gemeinsamen Kinder in der Zwischenzeit einen Visumsantrag zwecks Einreise und Wiedereinreise in der Schweiz gestellt hat (vorne Bst. C); soweit aktenkundig wurde hierüber noch nicht entschieden. Am Erfordernis des Zusammenwohnens in einer bedarfsgerechten Wohnung ändert dieses Gesuch aber ohnehin nichts. Da die Voraussetzungen von Art. 44 Abs. 1 AIG kumulativ erfüllt sein müssen, erübrigt sich mit der Vorinstanz die Prüfung der finanziellen Situation der Beschwerdeführenden

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2021, Nr. 100.2020.417U, Seite 14 (vgl. Art. 44 Abs. 1 Bst. c AIG; vgl. Beschwerde S. 7). Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich auch im Licht von Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV sowie der KRK als rechtmässig (Beschwerde S. 7 ff.; vgl. vorne E. 3.2). Das ABEV hat mit der Verweigerung des Familiennachzugs weder sein Ermessen unterschritten (Beschwerde S. 9), noch haben die Vorinstanzen überspitzt formalistisch bzw. willkürlich gehandelt oder gegen Treu und Glauben verstossen (Beschwerde S. 10). Die Beschwerde ist abzuweisen. Eine Rückweisung der Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz, wie sie die Beschwerdeführenden eventuell beantragen (vgl. vorne Bst. C), erübrigt sich. 7.2 Die von der Vorinstanz angesetzte Ausreisefrist ist abgelaufen. Da sich die Beschwerdeführenden 4 und 5 seit Januar 2021 wieder in ihrem Heimatland aufhalten (vgl. vorne Bst. C), kann darauf verzichtet werden, ihnen eine neue Ausreisefrist zu setzen. Sollten sie vor Rechtskraft dieses Urteils in die Schweiz zurückgekehrt sein, ist es Sache des ABEV, eine neue Frist festzulegen.

## **E. 8**

Aufl. 2020, N. 87; Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 66 N. 41 mit Praxisnachweisen, insb. BVR 2018 S. 139 E. 2.3, 2017 S. 7 E. 4.1 f., 2012 S. 121 E. 4.1.2, 2012 S. 193 E. 3.2.2).

### **E. 8.1**

Bei diesem Verfahrensausgang werden die unterliegenden Beschwerdeführenden an sich kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG) und sind nicht Parteikosten berechtigt (Art. 108 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG); die gleiche Kostenverlegung gilt für das Gesuchsverfahren betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen (vgl. Zwischenverfügung 100.2020.417X8-Z vom 1.4.2021). Sie haben aber um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung ihres Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt ersucht. Das Gesuch ist zu behandeln, obwohl die Beschwerdeführenden einen Kostenvorschuss geleistet haben (vorne Bst. C). Sie haben den Vorschuss nicht aus eigenen Mitteln beglichen (vgl. act. 3) und nachträglich Unterlagen eingereicht, um ihre Bedürftigkeit zu belegen.

### **E. 8.2**

Auf Gesuch hin befreit die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Verfahrenskosten, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 111 Abs. 1

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2021, Nr. 100.2020.417U, Seite 15 VRPG; vgl. auch Art. 117 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]). Unter den gleichen Voraussetzungen kann einer Partei überdies eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 111

Abs. 2 VRPG). Ein Prozess ist nicht aussichtslos, wenn berechtigte Hoffnung besteht, ihn zu gewinnen, das heisst, wenn Gewinnaussichten und Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Als aussichtslos sind demgegenüber Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist dabei, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen oder aber davon absehen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb austragen können, weil er sie nichts kostet (BGE 142 III 138 E. 5.1; BVR 2019 S. 128 E. 4.1; Lucie von Büren, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 111 N. 29 ff.).

### **E. 8.3**

Die Beschwerdeführerin 1 hat durch ihre Anstellung im Stundenlohn (Fr. 27.-- pro Stunde) ein geringfügiges und schwankendes Einkommen (vgl. act. 6A). Angesichts der vier Kinder ist bei den Beschwerdeführenden ohne weiteres von Prozessbedürftigkeit auszugehen. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erscheint sodann aufgrund der speziellen Situation, dass die Beschwerdeführenden 1-3 über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen und sich in der Schweiz aufhalten, nicht als von vornherein aussichtslos. Die Verhältnisse rechtfertigten auch den Beizug einer Rechtsvertreterin oder eines Rechtsvertreters. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist somit gutzuheissen, und den Beschwerdeführenden ist für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren ihr Rechtsvertreter als amtlicher Anwalt beizuzurechnen.

### **E. 8.4**

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.--, zuzüglich der Kosten des Gesuchsverfahrens betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen von Fr. 500.--, sind demnach vorerst durch den Kanton Bern zu tragen. Der geleistete Kostenvorschuss ist den Beschwerdeführenden zurückzuerstatten.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2021, Nr. 100.2020.417U, Seite 16 Der amtliche Anwalt ist aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Mit Blick auf den in der Sache gebotenen Zeitaufwand, die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses gibt die Kostennote des Rechtsvertreters zu keinen Bemerkungen Anlass (vgl. act. 28 und 29B [ab 18.8.2021]). Der tarifmässige Parteikostenersatz ist dementsprechend auf Fr. 3'300.--, zuzüglich Fr. 129.30 Auslagen und Fr. 264.05 MWSt (7,7 % von Fr. 3'429.30), insgesamt Fr. 3'693.35, festzusetzen (vgl. Art. 41 Abs. 3 i.V.m. Art. 42a Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 [KAG; BSG 168.11]).

### **E. 8.5**

Die amtliche Entschädigung bestimmt sich nach Art. 112 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 42 KAG. Demnach bezahlt der Kanton den amtlich bestellten Anwältinnen und Anwälten eine angemessene Entschädigung, die sich nach dem gebotenen Zeitaufwand bemisst und höchstens dem Honorar gemäss der Tarifordnung für den Parteikostenersatz entspricht (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 KAG). Der Stundenansatz beträgt Fr. 200.-- (Art. 42 Abs. 4 KAG i.V.m. Art. 1 der Verordnung vom 20. Oktober 2010 über die Entschädigung der amtlichen Anwältinnen und Anwälte [EAV; BSG 168.711]). Auslagen und Mehrwertsteuer werden zusätzlich entschädigt (Art. 42 Abs. 1 Satz 3 KAG). Bei einem massgeblichen Zeitaufwand von 13,2 Stunden ist die amtliche Entschädigung auf Fr. 2'640.-- (13,2 x Fr. 200.--),

zuzüglich Fr. 129.30 Auslagen und Fr. 213.25 MWSt (7,7 % von Fr. 2'769.30), insgesamt Fr. 2'982.55, festzusetzen. Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen. 3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 3'500.--, werden den Beschwerdeführenden auferlegt. Die Kosten trägt vorerst der Kanton Bern. Vorbehalten bleibt die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 01.12.2021, Nr. 100.2020.417U, Seite 17 Nachzahlungspflicht der Beschwerdeführenden. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- wird den Beschwerdeführenden zurückerstattet. 4. Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht wird den Beschwerdeführenden Rechtsanwalt ..., Zürich, als amtlicher Anwalt beigeordnet. Der tarifmässige Parteikostenersatz wird in diesem Verfahren auf Fr. 3'693.35 (inkl. Auslagen und MWSt) festgesetzt. Davon wird Rechtsanwalt ... aus der Gerichtskasse eine auf Fr. 2'982.55 (inkl. Auslagen und MWSt) festgesetzte Entschädigung vergütet. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht der Beschwerdeführenden. 5. Zu eröffnen: - Beschwerdeführende - Sicherheitsdirektion des Kantons Bern - Staatssekretariat für Migration Das präsidierende Mitglied: 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 die 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.