

# **BVGer C-6989/2009 vom 18. April 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-04-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-6989\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6989_2009)

FR: TAF C-6989/2009 du 18 avril 2011

IT: TAF C-6989/2009 del 18 aprile 2011

## **Regeste**

Schwerwiegender persönlicher Härtefall

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Darunter fallen u.a. Verfügungen des BFM betreffend Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen gemäss Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 5 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

### **E. 1.2**

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

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführenden sind als Verfügungsadressaten legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann grundsätzlich nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war (bezogen auf die Abweichungen von den Zulassungsvoraussetzungen siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-636/2010 vom 14. Dezember 2010 E. 1.4 [mit Hinweisen] und 4.4). Gemäss Dispositiv des angefochtenen Entscheids hat das BFM die zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen erforderliche Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung verweigert. Im dargelegten Rahmen ist auf die Rechtsmitteleingabe vom 9. November 2009 einzutreten.

### **E. 2**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und - soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat - die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren 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 Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Entscheides (Urteil des Bundesgerichts 2A.451/2002 vom 28. März 2003 E. 1.2, teilweise publ. in: BGE 129 II 215).

### **E. 3.1**

Mit dem Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008 wurde das ehemalige Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) abgelöst (vgl. Art. 125 AuG i.V.m. Ziff. I des Anhangs 2 zum AuG) und damit auch gewisse Ausführungsverordnungen wie die Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, AS 1986 1791; vgl. Art. 91 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Auf Verfahren, die vor diesem Zeitpunkt eingeleitet wurden, bleibt das bisherige Recht anwendbar (Art. 126 Abs. 1 AuG sowie BVGE 2008/1, E. 2). Das Gesuch, auf welches sich die angefochtene Verfügung bezieht, wurde nach dem Inkrafttreten des AuG gestellt. Für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist daher auf das AuG und die VZAE abzustellen.

### **E. 3.2**

Die Anwendung des neuen Rechts hat nicht zur Folge, dass die bisherige Praxis des Bundesgerichts im Zusammenhang mit Art. 13 BVO unbeachtlich ist. Aus der Botschaft des Bundesrates zu Art. 30 AuG geht nämlich klar hervor, dass die "Ausnahmen von den Zulassungsvorschriften" bereits in der BVO enthalten sind und im neuen Recht übernommen und soweit notwendig ergänzt werden (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BB1 2002, S. 3786). Demnach hat die Vorinstanz, insbesondere was den Begriff des schwerwiegenden persönlichen Härtefalles nach Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG anbelangt, in der angefochtenen Verfügung zu Recht auf die bundesgerichtliche Praxis zum Härtefallbegriff des Art. 13 Bst. f BVO hingewiesen.

### **E. 4.1**

Abweichungen von den Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 30 AuG fallen, wie schon die Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung gemäss dem altrechtlichen Art. 13 Bst. f BVO, in die Zuständigkeit des BFM (Art. 40 Abs. 1 AuG). Die Vorinstanz und mithin auch das Bundesverwaltungsgericht sind daher nicht an die Einschätzung der kantonalen Behörde gebunden (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-1555/2008 vom 1. September 2009 E. 4.1 oder C-196/2006 vom 26. Oktober 2007 [BVGE 2007/45], nicht publizierte E. 3).

### **E. 4.2**

Gemäss Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG kann von den Zulassungsvoraussetzungen abgewichen werden, um schwerwiegenden persönlichen Härtefällen oder wichtigen öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Nach Art. 31 Abs. 1 VZAE sind bei der Beurteilung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles insbesondere die Integration des Gesuchstellers (Bst. a), die Respektierung der Rechtsordnung (Bst. b), seine Familienverhältnisse (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 Möglichkeit für eine Wiedereingliederung im Herkunftsland (Bst. g) zu berücksichtigen.

### **E. 4.3**

Schon aufgrund der Stellung des Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG im Gesetz (unter dem Abschnitt "Abweichungen von den Zulassungsvoraussetzungen"), seiner Formulierung und den vom

Bundesgericht in der Rechtsprechung zum entsprechenden Art. 13 Bst. f BVO genannten und jetzt in Art. 31 Abs. 1 VZAE aufgeführten Kriterien, die allerdings weder einen abschliessenden Katalog darstellen noch kumulativ erfüllt sein müssen, ergibt sich, dass dieser Bestimmung Ausnahmecharakter zukommt und dass die Voraussetzungen zur Anerkennung eines Härtefalls restriktiv zu handhaben sind. Die betroffene Person muss sich in einer persönlichen Notlage befinden. Das bedeutet, dass ihre Lebens- und Existenzberechtigung, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von ausländischen Personen, in gesteigertem Mass in Frage gestellt sein müssen bzw. die Verweigerung einer Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen für sie mit schweren Nachteilen verbunden wäre. 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. insbesondere BGE 130 II 39 E. 3 S. 41 f. und BVGE 2007/45 E. 4.2, je mit Hinweisen).

### **E. 5.1**

Die verwitwete Beschwerdeführerin 1 ist inzwischen 51 ½-jährig und hat ihr gesamtes Leben im Kosovo verbracht. Alle drei Kinder sind volljährige und haben sich mit ihren jeweiligen Ehepartnern in der Schweiz niedergelassen. Als Letzte soll anfangs 2009 die jüngste Tochter hierhin gezogen sein. Ob sich die Mutter je zu Besuchszwecken oder ferienhalber hierzulande aufgehalten hat, ist nicht bekannt. Gemäss elektronischer Datenbank war dies bislang nicht der Fall. Mit einem Anwesenheitsrecht weilte sie jedenfalls nie in der Schweiz. Die Dauer der Anwesenheit (Art. 31 Abs. 1 Bst. e VZAE) bildet ein wichtiges Kriterium bei der Frage der Anerkennung von Härtefällen. Wie eben angetönt, ist die Aufenthaltsdauer dabei im Rahmen einer Gesamtwürdigung der persönlichen Umstände in Beziehung zu den übrigen massgeblichen Kriterien zu setzen und entsprechend zu würdigen. Auch bei Personen ohne Aufenthaltsstatus in der Schweiz (wie dies bei der Beschwerdeführerin 1 der Fall ist) hat die Prüfung der Anwesenheitsdauer einzelfallgerecht zu erfolgen. Eine minimale Anwesenheitsdauer sehen aber weder Gesetz noch Rechtsprechung vor. Ein Härtefall setzt insbesondere nicht zwingend voraus, dass sich die ausländische Person je hier aufgehalten hat, sofern sich eine Anwesenheit in der Schweiz als unabdingbar zur Vermeidung einer bedrohlichen Notlage entpuppt (vgl. BGE 119 Ib 33 E. 4c. S. 43 f.). So sind in der Praxis Konstellationen denkbar, bei denen das Erfordernis einer Mindestfrist zu unbilligen Resultaten führen könnte, beispielsweise bei Fällen besonderer familiärer Abhängigkeiten. Solches wollte der Gesetzgeber mit den Ausnahmen von den ordentlichen Zulassungsvoraussetzungen vermeiden. Unter den konkreten Begebenheiten (kein Voraufenthalt der Beschwerdeführerin 1 in der Schweiz) könnten sich die Beschwerdeführenden gestützt auf Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG i.V.m. Art. 31 VZAE höchstens dann auf einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall berufen, wenn es sich bei der im Ausland ansässigen Person (also der Beschwerdeführerin 1) um eine

hilfs- und unterstützungsbedürftige Verwandte handelte, welche zwingend auf die Betreuung durch in der Schweiz wohnhafte Personen angewiesen oder von ihnen abhängig wäre.

### **E. 5.2**

Der vom Parteivertreter in diesem Zusammenhang angerufene Art. 8 EMRK schützt in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (vgl. etwa BGE 135 I 143 E. 1.3. S. 145 oder BGE 127 II 60 E. 1d/aa S. 64 f.). Geht es um Personen, die nicht der eigentlichen Kernfamilie zuzurechnen sind, setzt eine schützenswerte familiäre Beziehung voraus, dass die um eine ausländerrechtliche Bewilligung ersuchende ausländische Person vom hier Anwesenheitsberechtigten abhängig ist. Die Abhängigkeit eines Menschen von einem andern kann sich unabhängig vom Alter ergeben, namentlich aus besonderen Betreuungs- oder Pflegebedürfnissen wie bei körperlichen oder geistigen Behinderungen und schwerwiegenden Krankheiten (BGE 120 Ib 257 E. 1/d-e S. 260 ff. oder BVGE 2007/45 E. 5.3, je mit Hinweisen).

### **E. 5.3**

Ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis ist vorliegend nicht erkennbar. Die Beschwerdeführerin 1 wurde relativ früh Witwe, wann genau, ist aber aktenmässig nicht erstellt. Danach lebte sie noch eine Weile in Hausgemeinschaft mit der jüngsten Tochter, bevor diese im Frühjahr 2009 ebenfalls in die Schweiz emigrierte. Für ihren jetzigen Zivilstand ist die Beschwerdeführerin 1 vergleichsweise jung. Dementsprechend befindet sie sich bei guter Gesundheit, so lautete jedenfalls die Einschätzung der Beschwerdeführer 2 und 3 im ursprünglichen Familiennachzugsgesuch vom 20. Oktober 2008. In einer späteren Eingabe vom 20. Juli 2009 ergänzten sie, ihre Mutter sei psychisch angeschlagen, weil ihr die (erwachsenen) Kinder fehlten. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin 1 alleinstehend ist, berechtigt keineswegs zum Schluss, die Betroffene sei nun nicht mehr im Stande, ein selbständiges Leben zu führen. Der Rechtsvertreter bringt in dieser Hinsicht nichts Substantielles vor, das sich auf den konkreten Fall bezieht und eine andere Betrachtungsweise zuliesse. Dass seine (oberflächlich anmutenden) Behauptungen, die psychische Verfassung der Beschwerdeführerin 1 habe Krankheitswert (Depression) und allfällige Gutachten würden vom BFM sowieso nicht anerkannt, ohne nähere Erläuterungen nicht geeignet sind, gravierendere psychische Probleme zu belegen, versteht sich von selbst. Solche Leiden wären vielmehr mit ärztlichen Zeugnissen oder Berichten therapeutischer Stellen in adäquater Weise zu dokumentieren. Ebenso wenig belegt ist die angebliche soziale Ausgrenzung der Beschwerdeführerin 1 im Kosovo. Davon ist in den vorerwähnten Stellungnahmen der Beschwerdeführer 2 und 3 denn keine Rede. Es handelt sich mithin nicht um Beeinträchtigungen, die einen gefestigten Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machten.

### **E. 5.4**

Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin 1 nicht pflege- oder betreuungsbedürftig ist, sondern eher auf wohlwollende moralischen Unterstützung durch die nächsten Familienangehörigen angewiesen wäre. Einer solchen Situation kann indessen anders als mit einer Härtefallregelung begegnet werden. So haben die drei Kinder die Möglichkeit, ihre Mutter im Kosovo wechselweise zu besuchen, mit ihr regelmässig zu telefonieren und sie von der Schweiz aus finanziell zu unterstützen. Wenn nötig, können zudem gegebenenfalls geeignete Personen vor Ort beauftragt werden, mit konkreten

Dienstleistungen bei der Bewältigung des Alltags zur Hand zu gehen. Hervorzuheben ist aber nochmals, dass derartige Unterstützungen sich in einem üblichen Rahmen bewegen und keine Abhängigkeit im Sinne von Art. 8 EMRK zu begründen vermögen.

#### **E. 5.5**

Ein nicht unbeachtlicher Teil der Ausführungen bezieht sich auf die persönlichen Verhältnisse der Beschwerdeführer 2 und 3 (Engpässe bei der Kinderbetreuung; moralische Verpflichtung des ältesten Sohnes, für seine Mutter zu sorgen; Dilemma der Beschwerdeführerin 3, etc.). Mit Blick auf den Verfahrensgegenstand (es geht lediglich um eine allfällige Aufenthaltsmöglichkeit der Beschwerdeführerin 1 in der Schweiz) ist jedoch allein die Situation der gesuchstellenden ausländischen Person massgebend und nicht diejenige der in der Schweiz ohnehin bereits anwesenheitsberechtigten Familienangehörigen, weshalb sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

#### **E. 5.6**

Eine Gesamtwürdigung der wesentlichen Umstände führt somit zum Schluss, dass die Voraussetzungen für die Annahme eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles im Sinne von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG keineswegs erfüllt sind und eine Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen nicht gerechtfertigt erscheint.

#### **E. 6**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung kein Bundesrecht verletzt hat. Der rechtserhebliche Sachverhalt wurde richtig und vollständig festgestellt und die Vorinstanz hat das ihr zustehende Ermessen pflichtgemäss und zutreffend ausgeübt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

#### **E. 7**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind den Beschwerdeführenden die Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dispositiv Seite 11

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