

100.2017.160U
DAM/CES

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 21. August 2017

Verwaltungsrichter Daum, präsidierendes Mitglied
Verwaltungsrichter Keller
Gerichtsschreiber Bieri

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...
Beschwerdeführer

gegen

Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern
Kramgasse 20, 3011 Bern

betreffend Wiedererteilung der Niederlassungsbewilligung oder Aufenthaltsbewilligung (Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 8. Mai 2017; 2016.POM.396)



Sachverhalt:

A.

A._____, geb. am ... 1965, Staatsbürger der Türkei, reiste 1988 in die Schweiz ein und lebte hier von 1989 bis 1996 mit seiner portugiesischen Ehefrau; zuletzt war er Inhaber einer Niederlassungsbewilligung. Der Ehe entstammt der Sohn B._____, geb. am ... 1990, der wie seine Mutter Staatsbürger von Portugal ist. Am 25. September 1996 verliessen die Eheleute die Schweiz und lebten fortan in Portugal. Die Ehefrau verstarb dort am 23. Januar 2012. B._____ lebt seit dem 12. März 2014 in der Schweiz und verfügt über eine Aufenthaltsbewilligung B EU/EFTA, die zur Erwerbstätigkeit berechtigt. Am 4. November 2014 ersuchte A._____ um Wiedererteilung der Niederlassungsbewilligung, eventuell um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Verbleibs bei seinem Sohn. Am 24. Juni 2016 wies das Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern (MIP), Migrationsdienst (MIDI), das Gesuch ab.

B.

Gegen diese Verfügung führte A._____ am 25. Juli 2016 Beschwerde bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM). Diese wies das Rechtsmittel mit Entscheid vom 8. Mai 2017 ab.

C.

Gegen den Entscheid der POM hat A._____ am 7. Juni 2017 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit folgenden Rechtsbegehren in der Sache:

- « 1. Die Niederlassungsbewilligung sei zu erteilen.
2. Eventualiter sei die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.
3. Subeventualiter sei von der Wegweisung abzusehen.
4. Ansonsten sei die Sache zurückzuweisen.
5. Die Ausreiseverpflichtung sei aufzuschieben.»

Die POM schliesst mit Vernehmlassung vom 5. Juli 2017 auf Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

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. Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten (vgl. aber E. 1.2 hier-nach).

1.2 Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde hinsichtlich des beantragten Verzichts auf die Wegweisung (Subeventualstandpunkt, Rechtsbegehren 3) sowie der Aufschiebung der Ausreiseverpflichtung (Rechtsbegehren 5). Die Vorinstanzen haben weder die Wegweisung des Beschwerdeführers verfügt noch eine Ausreisefrist angesetzt (vgl. auch Vernehmlassungen der POM vom 5.7.2017 [act. 3] sowie des MIP vom 2.8.2016 [Vorakten POM pag. 21]). Insofern fehlt es am erforderlichen Rechtsschutzinteresse für die Beschwerdeführung.

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

2.

2.1 Der Beschwerdeführer verlangt mit seinem Hauptantrag, ihm sei die Niederlassungsbewilligung zu erteilen (Rechtsbegehren 1). Zur Begründung verweist er auf seinen früheren Aufenthaltsstatus in der Schweiz; vor der Ausreise nach Portugal sei er hier niederlassungsberechtigt gewesen (Beschwerde S. 5 f.).

2.2 Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer vor seiner Ausreise aus der Schweiz am 25. September 1996 Inhaber einer Niederlassungsbewilligung war (vorne Bst. A). Nach Art. 9 Abs. 3 Bst. c des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; BS 1 S. 121, in Kraft bis 31.12.2007) erlischt die Niederlassungsbewilligung durch Abmeldung oder wenn sich die ausländische Person während sechs Monaten tatsächlich im Ausland aufhält; stellt sie vor deren Ablauf das Begehren, so kann diese Frist bis auf zwei Jahre verlängert werden. Nach diesen Bestimmungen ist die Niederlassungsbewilligung, die der Beschwerdeführer während seiner früheren Anwesenheit in der Schweiz besass, längstens erloschen, was er auch nicht in Abrede stellt.

2.3 Das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20, in Kraft seit 1.1.2008) vermittelt dem Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Wiedererteilung der erloschenen (altrechtlichen) Niederlassungsbewilligung. Ein solcher lässt sich insbesondere nicht aus Art. 30 AuG oder Art. 49 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) ableiten, die in diesem Zusammenhang angeführt werden (vgl. BGer 2C_234/2014 vom 17.11.2014 E. 1.5). Auch ermessensweise kann gestützt auf die erwähnten Vorschriften keine solche Bewilligung erteilt werden, wie bereits die Vorinstanz festgehalten hat (angefochtener Entscheid E. 4); zur Diskussion steht insoweit nur eine Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung, nicht aber die (erneute) Niederlassung (weiterführend dazu hinten E. 4).

3.

3.1 In seinem Eventualstandpunkt beantragt der Beschwerdeführer, ihm sei eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen (Rechtsbegehren 2). Dabei beruft er sich zunächst auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681; Beschwerde S. 5).

3.2 Als türkischer Staatsbürger gehört der Beschwerdeführer nicht zum Kreis der Staatsangehörigen aus einem EU-/EFTA-Mitgliedstaat, denen das Freizügigkeitsabkommen ein (originäres) Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit einräumt (Art. 4 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA) oder auf Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit (Art. 6 i.V.m. Art. 24 Anhang I FZA). Es fragt sich nur, ob er als Familienangehöriger unter die Nachzugsregelung des Freizügigkeitsabkommens fällt und gestützt darauf ein (abgeleitetes) Recht auf Aufenthalt in der Schweiz hat (Art. 7 Bst. d i.V.m. Art. 3 Anhang I FZA). Nach Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA haben die Familienangehörigen einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, das Recht, bei ihr Wohnung zu nehmen. Als Familienangehörige gelten ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit unter anderem die Verwandten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird (Art. 3 Abs. 2 Bst. b Anhang I FZA). Der Beschwerdeführer ist Vater eines Staatsangehörigen, der als portugiesischer Staatsbürger Freizügigkeit geniesst und in der Schweiz aufenthaltsberechtigt und erwerbstätig ist (vorne Bst. A). Er kann sich damit grundsätzlich auf das Freizügigkeitsabkommen berufen, sofern sein Sohn ihm Unterhalt gewährt.

3.3 Der erforderliche Unterhalt des nachzuziehenden Familienangehörigen ist grundsätzlich durch die hier aufenthaltsberechtigte Person sicherzustellen. Dabei kommt es darauf an, ob das Familienmitglied in Anbetracht seiner wirtschaftlichen und sozialen Situation in der Lage ist, seine Grundbedürfnisse selber zu decken, oder ob es auf zusätzliche Mittel angewiesen ist, die von der aufenthaltsberechtigten Person (oder mit ihm verbundenen Dritten) aufgebracht werden (BGE 135 II 369 E. 3.1 mit Hinweisen; Zünd/Hugi Yar, Staatliche Leistungen und Aufenthaltsbeendigung unter dem FZA, in Epiney/Gordzielik [Hrsg.], Personenfreizügigkeit und Zugang

zu staatlichen Leistungen, 2015, S. 157 ff., 185 f.). Eine faktische Unterstützung durch Gewährung von Kost und Logis genügt; vorausgesetzt sind jedenfalls fortgesetzte und regelmässige Leistungen, die einen nicht vernachlässigbaren Teil der Lebenshaltungskosten decken (Martina Caroni, in Handkommentar AuG, 2010, Vorb. Art. 42-52 N. 29; zum Ganzen VGE 2015/361 vom 1.11.2016 E. 2.2).

3.4 Die POM hat im angefochtenen Entscheid festgehalten, es sei nicht erstellt, dass der Beschwerdeführer auf zusätzliche Mittel angewiesen sei und sein Sohn tatsächlich für dessen Unterhalt aufkomme (E. 3b). Vor dem Verwaltungsgericht stellt der Beschwerdeführer diese Feststellung nicht in Frage; vielmehr pflichtet er der Beurteilung bei, indem er ausführt, seine «Bedürftigkeit» werde von der Vorinstanz ausgeschlossen (vgl. Beschwerde S. 5). Dies stimmt mit den Angaben im bisherigen Verfahren überein: Im vorinstanzlichen Verfahren wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, detailliert darzulegen und soweit möglich zu belegen, wie er seinen Lebensunterhalt vor und seit seiner Einreise (bis heute) bestritten habe bzw. bestreite (Vorakten POM pag. 28). Er hat in diesem Zusammenhang bloss ausgeführt, er finanziere seinen Lebensunterhalt mit seinen Ersparnissen und könne nach Erhalt der Bewilligung hier arbeiten (Eingabe vom 5.4.2017; Vorakten POM pag. 30). Es wird damit weder geltend gemacht noch ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer von seinem Sohn regelmässig in erheblichem Mass unterstützt wird. Das gilt namentlich auch mit Bezug auf die Wohnsituation. Der Beschwerdeführer lebt in einer eigenen 2-Zimmer-Wohnung, die sich im gleichen Gebäude befindet, in dem auch der Sohn wohnt (Beschwerde S. 5). Er ist aber alleiniger Mieter dieser Wohnung; am Untermietvertrag ist der Sohn nicht beteiligt (Vorakten POM pag. 26 und Vorakten MIDI pag. 139 f.). Inwiefern schliesslich die Partnerin des Beschwerdeführers, mit der er seit dem Jahr 2013 zusammen sei und die in Zürich wohnt (Vorakten MIDI pag. 15 f. bzw. 113 f., 136 f. und 175), für ihn aufkommt, erschliesst sich aus den Akten nicht, ist aber auch nicht von Belang.

3.5 An dieser Beurteilung ändert nichts, dass der Sohn am 27. Mai 2015 «unwiderruflich erklärt» hat, er komme für den Fall der Bewilligungserteilung an seinen Vater wenn nötig für dessen Unterhalt und Unterbrin-

gung während des Aufenthalts auf (Vorakten MIDI pag. 148), und am 10. September 2015 eine «Unterhaltsgarantie» abgegeben hat (Vorakten MIDI pag. 153 f.). Bis zum heutigen Zeitpunkt ist weder geltend gemacht noch erstellt, dass der Sohn effektiv Unterhaltsleistungen erbracht hat oder erbringt; allein darauf kommt es an (vorne E. 3.3; Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration [SEM] vom Juni 2017 zur Verordnung über die Einführungen des freien Personenverkehrs [Weisungen VEP] S. 126; zu den Anforderungen an den Nachweis auch Marc Spescha, in Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 3 Anhang I FZA N. 16). Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb es sich in Zukunft – mithin bei einer allfälligen Bewilligung des Familiennachzugs – anders verhalten sollte. Was die Unterbringung angeht, hat er Beschwerdeführer vielmehr darauf hingewiesen, er «würde alleine wohnen» (Vorakten MIDI pag. 137); er habe seine Wohnung «nicht beim Sohn gewählt, weil er sonst seiner zukünftigen Arbeit nicht oder nur schwer nachgehen» könne (Vorakten POM pag. 4). Weiter sind mit Blick auf das Nettoeinkommen des Sohnes von rund Fr. 3'450.-- pro Monat keine substantziellen finanziellen Leistungen zu erwarten (vgl. Lohnabrechnungen; Vorakten POM, Beilagen); auch hat die Gemeinde im Rahmen der «Unterhaltsgarantie» eine negative Solvenzeinschätzung hinsichtlich des Garanten abgegeben («geringes Erspartes»; Vorakten MIDI pag. 154). Der Beschwerdeführer dürfte seinerseits zumindest mittel- und längerfristig auf die Unterstützung angewiesen sein, wenn er in der Schweiz leben will. Dabei scheint er sich allerdings nicht im Klaren zu sein, dass ihm die FZA-Nachzugsregelung nicht dazu verhilft, hier eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Zwar hat die einem Familienangehörigen erteilte Aufenthaltserlaubnis die gleiche Gültigkeit wie die der Person, von der das Recht hergeleitet ist (Art. 3 Abs. 4 Anhang I FZA). Einen Anspruch auf Zugang zum Arbeitsmarkt hat der Beschwerdeführer als Verwandter in aufsteigender Linie jedoch nicht (vgl. Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA, Umkehrschluss; Marc Spescha, a.a.O., Art. 3 Anhang I FZA N. 18; Weisungen VEP, S. 127 Fn. 180).

3.6 Auch wenn im Zusammenhang mit der Unterhaltsgewährung ein freizügigkeits- bzw. nachzugsfreundlicher Massstab angesetzt wird (so Marc Spescha, a.a.O., Art. 3 Anhang I FZA N. 16), ist dieses Kriterium hier nicht erfüllt. Bei diesen Gegebenheiten kann offenbleiben, ob die Berufung

auf die FZA-Nachzugsregelung allenfalls rechtsmissbräuchlich ist, weil der Beschwerdeführer anderes bezweckt als die Pflege der familiären Beziehung zu seinem Sohn (Erwerbstätigkeit, Verhältnis zu seiner in der Schweiz wohnenden Partnerin; vgl. zum Aspekt des Rechtsmissbrauchs allgemein etwa BGE 139 II 393 E. 2.1; BGer 2C_71/2016 vom 14.11.2016 E. 3.4; BVR 2003 S. 513 E. 2d).

3.7 Soweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz schliesslich vorwirft, sie habe das Legalitätsprinzip und den Grundsatz der Gewaltenteilung verletzt, indem sie einen Aufenthaltsanspruch gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen nicht geprüft habe (Beschwerde S. 6 f.), erübrigen sich weitere Ausführungen. Wie vorstehend dargelegt hat die POM diese Prüfung sehr wohl vorgenommen, die Anspruchsvoraussetzungen jedoch richtigerweise verneint.

4.

4.1 Der Beschwerdeführer stützt sein Eventualbegehren auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Rechtsbegehren 2) weiter auf das nationale Ausländerrecht. Er verweist auf Art. 30 Abs. 1 Bst. k AuG, wonach unter anderem von den Zulassungsvoraussetzungen abgewichen werden kann, um die Wiederezulassung von Ausländerinnen und Ausländern zu erleichtern, die im Besitz einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung waren. Solchen Personen können laut Art. 49 Abs. 1 VZAE Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligungen erteilt werden, wenn ihr früherer Aufenthalt in der Schweiz mindestens fünf Jahre gedauert hat und nicht nur vorübergehender Natur im Sinn von Art. 34 Abs. 5 AuG war (Bst. a) und ihre freiwillige Ausreise aus der Schweiz nicht länger als zwei Jahre zurückliegt (Bst. b). Gestützt auf diese Vorschriften entscheidet die Behörde nach ihrem Ermessen über die Bewilligungserteilung (Kann-Vorschrift; BGer 2C_1115/2015 vom 20.7.2016 E. 1.3.4; Minh Son Nguyen, in Nguyen/Amarelle [éd.], Code annoté de droit des migrations, Volume II: Loi sur les étrangers [LEtr], 2017, Art. 30 N. 147), wobei die Zustimmung des SEM einzuholen ist (Art. 30 Abs. 2 AuG i.V.m. Art. 85 VZAE und Art. 5 Bst. i der Verordnung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement-

ments vom 13. August 2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide [SR 142.201.1]).

4.2 Wie die POM zutreffend erwogen hat (angefochtener Entscheid E. 4), erfüllt der Beschwerdeführer die zeitlichen Voraussetzungen von Art. 49 Abs. 1 Bst. b VZAE nicht, da er vor mehr als 20 Jahren freiwillig aus der Schweiz ausgereist ist (vgl. auch JTA 2013/388 vom 28.4.2014 E. 5). Es mag zutreffen, dass familiäre Gründe Anlass gaben, nach Portugal wegzuziehen (Beschwerde S. 6); ungeachtet dieser persönlichen Beweggründe handelt es sich aber um eine freiwillige Ausreise im Sinn der erwähnten Verordnungsbestimmung. Der Beschwerdeführer hat die Schweiz jedenfalls nicht zwangsweise verlassen (vgl. zu diesem Kriterium Peter Uebersax, Einreise und Anwesenheit, in Uebersax et al. [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII: Ausländerrecht, 2. Aufl. 2009, S. 221 ff., 275 Rz. 7.188). Das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) führt entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht zu einem anderen Verständnis von Art. 49 Abs. 1 Bst. b VZAE. Aus der Konvention bzw. aus Art. 13 der Bundesverfassung (BV; SR 101) ergibt sich weder ein Recht auf Einreise oder Aufenthalt in einem bestimmten Staat noch auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Ortes (BGE 139 I 37 E. 3.5.1, 130 II 281 E. 3.1).

4.3 Einzuräumen ist, dass die starre Obergrenze von zwei Jahren, wie sie in Art. 49 Abs. 1 Bst. b VZAE enthalten ist, mitunter kritisch gesehen wird; das gilt namentlich bei Personen, die früher – wie der Beschwerdeführer – über eine Niederlassungsbewilligung verfügten (in diesem Sinn Peter Uebersax, a.a.O., S. 275 Rz. 7.188; ferner Minh Son Nguyen, a.a.O., Art. 30 N. 150). Auch wenn man die Regelung nicht abschliessend verstehen und die gesamten Umstände des konkreten Falles in die Würdigung einbeziehen will (so VGer SO VWBES.2011.220 vom 14.11.2011, in SOG 2011 Nr. 30 E. 3a, u.a. mit Hinweis auf das Urteil 1-BE.2010.9 des Rekursgerichts im Ausländerrecht AG vom 25.6.2010, in AGVE 2010 S. 349), drängt sich hier aber keine andere Beurteilung auf. Die Landesabwesenheit des Beschwerdeführers beträgt ein Mehrfaches der Dauer sei-

nes Voraufenthalts; der Sohn lebt erst seit dem Jahr 2014 in der Schweiz (vorne Bst. A). Von einer besonderen Verbundenheit mit den hiesigen Verhältnissen, die eine vereinfachte Zulassung rechtfertigen könnte (vgl. Good/Bosshard, in Handkommentar AuG, 2010, Art. 30 N. 68), kann daher nicht (mehr) gesprochen werden. Solches bringt der Beschwerdeführer auch nicht vor.

4.4 Inwiefern sich aus anderen gesetzlichen Bestimmungen ein Anwesenheitsrecht für den Beschwerdeführer ergeben könnte, ist nicht ersichtlich. Insbesondere macht er auch vor Verwaltungsgericht nicht geltend, es liege ein schwerwiegender persönlicher Härtefall im Sinn von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG vor. Die POM hat eine ermessensweise Bewilligungserteilung gestützt auf diese Bestimmung denn auch verneint (angefochtener Entscheid E. 4; zu den Voraussetzungen im Einzelnen etwa BVR 2016 S. 369 E. 3.3, 2013 S. 73 E. 3.4), und es wäre Sache des Beschwerdeführers aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid in diesem Punkt rechtsfehlerhaft sein soll (statt vieler BVR 2015 S. 105 E. 2.2). Auf Weiterungen hierzu kann verzichtet werden.

5.

Die Beschwerde erweist sich nach dem Erwogenen in allen Teilen als offensichtlich unbegründet; es besteht insbesondere auch kein Grund, die Sache zur Neubeurteilung zurückzuweisen (Rechtsbegehren 4). Das Rechtsmittel ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (vorne E. 1.2). Das Verwaltungsgericht beurteilt solche Fälle in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Bei diesem Prozessausgang wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Ersatzfähige Parteikosten sind keine angefallen (Art. 108 Abs. 3 und Art. 104 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'500.--, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer
 - der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern
 - dem Staatssekretariat für Migration

Das präsidierende Mitglied:

Der Gerichtsschreiber:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung 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.