

100.2021.251U
HER/MAL/SRE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil der Einzelrichterin vom 20. Dezember 2022

Verwaltungsrichterin Herzog
Gerichtsschreiberin Marti

1. **A.** _____
2. **B.** _____
gesetzlich vertreten durch seine Mutter A. _____
beide vertreten durch Rechtsanwältin ...

Beschwerdeführende

gegen

Sicherheitsdirektion des Kantons Bern
Kramgasse 20, 3011 Bern

sowie

Einwohnergemeinde Bern
Einwohnerdienste, Migration und Fremdenpolizei, Predigergasse 5,
3011 Bern

betreffend Aufenthaltsbewilligung; Nichteintreten auf Gesuch;
Art. 14 AsylG (Entscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern
vom 9. Juli 2021; 2021.SIDGS.57)



Prozessgeschichte:

A.

A._____ (geb.1985) stammt aus der Mongolei und reiste im Jahr 2006 in die Schweiz ein, wo sie unter falschem Namen ein Asylgesuch stellte. Das damalige Bundesamt für Migration (BFM; heute: Staatssekretariat für Migration [SEM]) wies das Gesuch am 20. Juli 2009 (rechtskräftig) ab und A._____ aus der Schweiz weg. A._____ kam in der Folge ihrer Pflicht, die Schweiz bis 14. September 2009 zu verlassen, nicht nach. Ab August 2009 galt sie als untergetaucht, wobei sie am ... 2012 in Freiburg einen Sohn gebar, B._____. Dessen Vater ist C._____ (geb. 1985), welcher ebenfalls aus der Mongolei stammt. Er ist in Polen als Flüchtling anerkannt und verfügt dort über eine Aufenthaltsbewilligung, lebte aber offenbar mehrheitlich (illegal) in der Schweiz. Gemäss eigenen Angaben wohnte die Familie von Juli 2012 bis Februar 2014 in Genf und zog danach wieder in den Kanton Bern.

Anlässlich einer fremdenpolizeilichen «Schwarzarbeitskontrolle» am 12. März 2020 wurde C._____ bei der Arbeit in einem Restaurant in der Stadt Bern angetroffen. Im Nachgang zur Kontrolle gab C._____ an, er sei der Lebenspartner von A._____ und der Vater von B._____. Mit Eingabe vom 13. März 2020 ersuchte der damalige Rechtsvertreter der Familie unter anderem, es sei von einer Wegweisung vor Ende des Schuljahres abzusehen und abzuklären, ob eine Aufenthaltsbewilligung aufgrund eines schwerwiegenden Härtefalls erteilt werden kann. Mit Eingabe vom 17. April 2020 beantragte die neu mandatierte Rechtsvertreterin ergänzend und präzisierend die Erteilung einer Härtefallbewilligung an A._____ und B._____; eventuell sei dem SEM deren vorläufige Aufnahme zu beantragen. C._____ reiste nach Polen aus, nachdem ihn die Einwohnergemeinde (EG) Bern, Migration und Fremdenpolizei (EMF), am 22. April 2020 aus der Schweiz weggewiesen hatte. Auf das Gesuch von A._____ und B._____ trat die EG Bern mit Verfügung vom 8. Dezember 2020 nicht ein.

B.

Hiergegen erhoben A._____ und B._____ am 11. Januar 2021 Beschwerde bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (SID). Diese wies die Beschwerde mit Entscheid vom 9. Juli 2021 ab, soweit sie darauf eintrat (Ziff. 1). Gleichzeitig gewährte sie die unentgeltliche Rechtspflege und ordnete die Rechtsvertreterin amtlich bei (Ziff. 2-4).

C.

Gegen den Entscheid der SID haben A._____ und B._____ am 11. August 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Antrag, es sei Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und die Sache an die EG Bern zurückzuweisen zur materiellen Prüfung des Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, eventuell zur Beantragung einer vorläufigen Aufnahme. Mit Eventualbegehren beantragen sie, es sei Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und die Sache zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht haben sie vorsorglich um Duldung ihres Aufenthalts in der Schweiz während des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens und um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung ihrer Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin ersucht. Mit Beschwerde hat die Rechtsvertreterin darüber orientiert, dass sie gleichentags ein Wiedererwägungsgesuch beim SEM einreiche und die Sistierung jenes Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des kantonalen Bewilligungsverfahrens beantrage, weil das Bewilligungsverfahren «Vorrang» habe.

Mit Verfügung vom 13. August 2021 hat die stellvertretende Abteilungspräsidentin die EG Bern (EMF) angewiesen, Handlungen zum Vollzug der Wegweisung von A._____ und B._____ aus der Schweiz vorläufig zu unterlassen.

Die EG Bern hat mit Eingabe vom 17. August 2021 auf ihre Verfügung und die Stellungnahme an die SID verwiesen. Die SID beantragt mit Vernehmlassung vom 7. September 2021 die Abweisung der Beschwerde. Hinsicht-

lich des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege enthält sie sich eines Antrags.

Am 20. Oktober 2021 hat die EG Bern dem Verwaltungsgericht ein Schreiben des SEM vom 28. September 2021 eingereicht, welches den Eingang eines asylrechtlichen Wiedererwägungsgesuchs bestätigt und die kantonalen Behörden ersucht, den Vollzug der Wegweisung vorsorglich auszusetzen. Ob das SEM das Wiedererwägungsverfahren sistiert hat oder nicht, hat die Rechtsvertreterin nicht mitgeteilt; mangels gegenteiliger Orientierung ist davon auszugehen, dass das Gesuch nach wie vor beim SEM hängig ist.

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. 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 einzutreten (vgl. zur vorläufigen Aufnahme hinten E. 3).

1.2 Der angefochtene Entscheid hat eine Nichteintretensverfügung der EG Bern zum Gegenstand, weshalb die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (Art. 119 VRPG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 Bst. c des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]; Beschluss der erweiterten Abteilungskonferenz vom 29.11.2010).

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

2.

Umstritten ist, ob die Vorinstanzen das Gesuch der Beschwerdeführenden vom 17. April 2020 materiell hätten prüfen müssen.

2.1 Nach Auffassung der Vorinstanz ist die EG Bern zu Recht nicht auf das Gesuch eingetreten, weil die Beschwerdeführerin eine rechtskräftig ausgewiesene Asylbewerberin ist und kein (offensichtlicher) Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 14 Abs. 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31) bestehe. Nichts anderes gelte für ihren Sohn. Insbesondere vermittele das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) ihnen keinen offensichtlichen Anspruch auf Aufenthalt (angefochtener Entscheid E. 2.1 f. und 2.6). Die Vorinstanz hat zudem bestätigt, dass kein Anlass bestehe, von der Möglichkeit nach Art. 14 Abs. 2 AsylG Gebrauch zu machen (angefochtener Entscheid E. 2.4).

2.2 Nach Art. 14 Abs. 1 AsylG kann eine asylsuchende Person ab Einreichung des Asylgesuchs bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung («Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens»). Nach Art. 14 Abs. 2 AsylG kann der Kanton mit Zustimmung des SEM einer ihm nach dem Asylgesetz zugewiesenen Person jedoch eine Aufenthaltsbewilligung erteilen, wenn diese sich seit Einreichung des Asylgesuchs mindestens fünf Jahre in der Schweiz aufhält (Bst. a), ihr Aufenthaltsort den Behörden immer bekannt war (Bst. b), wegen fortgeschrittener Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Bst. c) und keine Widerrufsgründe vorliegen (Bst. d). Will der Kanton von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, so meldet er dies unverzüglich dem Staatssekretariat (Art. 14 Abs. 3 AsylG). Der betroffenen Person kommt nur in dessen Zustimmungsverfahren Parteistellung zu (Art. 14 Abs. 4 AsylG), nicht aber in einem wie auch immer ausgestalteten Verfahren vor der kantonalen Ausländerbehörde (BGE 2C_821/2021 vom 1.11.2022 E. 1.2 mit Hinweisen). Nach Art. 14 Abs. 5 AsylG werden hängige

Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung mit dem Einreichen eines Asylgesuchs gegenstandslos.

2.3 Im Streit liegt der Zugang zum ausländerrechtlichen Verfahren im Sinn von Art. 14 Abs. 1 AsylG. Das damalige BFM wies das Asylgesuch, welches die Beschwerdeführerin im Jahr 2006 unter falschem Namen gestellt hatte, am 20. Juli 2009 rechtskräftig ab. Gleichzeitig wurde die Beschwerdeführerin unter Ansetzung einer Ausreisefrist aus der Schweiz weggewiesen. Der rechtskräftigen Wegweisung ist die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen nicht nachgekommen. Sie fällt damit, was ebenfalls unstrittig ist, nach wie vor unter die Regelung von Art. 14 Abs. 1 AsylG, wonach sie bis zur Ausreise nach der rechtskräftig angeordneten Wegweisung kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten kann, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung (E. 2.2. hiavor); dies schliesst nicht aus, dass der Verbleib vorsorglich bewilligt wird, bis entschieden ist, ob ein ausländerrechtliches Bewilligungsverfahren eingeleitet werden kann (BVR 2012 S. 145 E. 3.3 m.w.H.; Daum/Rechsteiner, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 27 N. 27). Der Sinn von Art. 14 Abs. 1 AsylG liegt darin, dass nicht parallel zwei Verfahren durchgeführt werden. Die Regelung soll verhindern, dass Asylsuchende das Asylverfahren verschleppen oder eine drohende Wegweisung (bzw. deren Vollzug) hinauszögern, indem sie nach dem negativen Asylentscheid zusätzlich um eine fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligung nachsuchen (BVR 2012 S. 145 E. 3.3 m.w.H.; BGer 2C_947/2016 vom 17.3.2017 E. 3.4; Grasdorf-Meyer/Ott/Vetterli, Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht, 2021, Rz. 120). – Dahingestellt bleiben kann mit Blick auf den Ausgang des Verfahrens, ob zutrifft, dass das vorliegende ausländerrechtliche Verfahren gegenüber dem nachträglich anhängig gemachten asylrechtlichen Wiedererwägungsverfahren vorrangig zu behandeln sei (vorne Bst. C; Beschwerde S. 2), ebenso, ob das vorliegende Verfahren durch das Wiedererwägungsgesuch nicht gemäss Art. 14 Abs. 5 AsylG gegenstandslos geworden ist (er erfasst «Asylgesuche», während Art. 111b AsylG «Wiedererwägungsgesuche» eigens regelt). Jedenfalls stellt sich im vorliegenden Verfahren erst die Frage eines Anspruchs gemäss Art. 14 Abs. 1 AsylG, womit es nicht darum geht, das ausländerrechtliche Verfahren «weiterzuführen», weil «ein Anspruch auf die [...] beantragte Auf-

enthaltensbewilligung besteht» (vgl. Christian Hruschka, in Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 14 AsylG N. 12).

2.4 Der in Art. 14 Abs. 1 AsylG verankerte Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens wird gemäss gefestigter Praxis nur durchbrochen, wenn der Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung *offensichtlich* ist. Ein solcher Anspruch kann sich aus der ausländerrechtlichen Gesetzgebung ergeben, auf der Bundesverfassung beruhen oder völkerrechtliche Bestimmungen zur Grundlage haben (BGE 145 I 308 E. 3.1, 137 I 351 E. 3.1 [Pra 101/2012 Nr. 61], je mit Hinweisen; VGE 2021/176 vom 19.9.2022 E. 3.1, 2019/38 vom 24.10.2019 E. 3.1). – Die Beschwerdeführenden bestreiten nicht, dass ihnen kein gesetzlicher Bewilligungsanspruch zusteht. Sie sind jedoch der Auffassung, dass sie über einen Anspruch gestützt auf das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK verfügen (vgl. Beschwerde S. 9, 19). Die Vorinstanz hat einen solchen Anspruch verneint, zumal ein offensichtlicher Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung grundsätzlich nicht bestehe, wenn einzig das Recht auf Privatleben angerufen werden kann (vgl. angefochtener Entscheid E. 2.2).

2.5 Zum geltend gemachten Anspruch aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK (Privatleben) ist Folgendes zu erwägen:

2.5.1 Art. 8 EMRK verschafft grundsätzlich kein Recht auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen Aufenthaltstitel in einem bestimmten Staat. Nach einem gefestigten Grundsatz des Völkerrechts haben die Staaten das Recht, die Einwanderung und den Aufenthalt von Nicht-Staatsangehörigen auf ihrem Territorium zu regeln. Es ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers, im Rahmen einer demokratischen und pluralistischen Auseinandersetzung darüber zu befinden, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen es sich im Rahmen der Ausländer- und Einwanderungspolitik rechtfertigt, Bewilligungsansprüche einzuräumen (BGE 144 I 266 E. 3.2, 144 II 1 E. 6.1; BGE 2C_821/2021 vom 1.11.2022 E. 2.1.1, 2C_528/2021 vom 23.6.2022 E. 4.2).

2.5.2 Gemäss der Rechtsprechung kann sich zwar auch aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens ein Aufenthaltsanspruch ergeben. So ist nach

einer *rechtmässigen* Aufenthaltsdauer von rund zehn Jahren anzunehmen, dass die sozialen Beziehungen in der Schweiz so eng geworden sind, dass eine Aufenthaltsbeendigung besonderer Gründe bedarf (BGE 144 I 266 E. 3.9). 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 innert kürzerer Zeit bereits eine besonders ausgeprägte Integration vorliegt (vgl. BGE 144 I 266 E. 3.4-3.9; BGE 2C_528/2021 vom 23.6.2022 E. 4.3; BVR 2022 S. 19 E. 7.2, 2019 S. 314 E. 5.2.2). Nicht als rechtmässiger Aufenthalt gilt bezüglich des Schutzes des Privatlebens praxisgemäss der Aufenthalt während des Asylverfahrens, wenn das Asylgesuch abgewiesen wurde (BGE 2C_528/2021 vom 23.6.2022 E. 4.4 und 2C_821/2021 vom 1.11.2022 E. 2.1.4; BGer 2C_1062/2020 vom 25.3.2021 E. 1.2.3 [betreffend VGE 2020/330 vom 2.12.2020], 2D_19/2019 vom 20.3.2020 E. 1.3 mit Hinweis auf BGE 137 II 10 E. 4.6; Thomas Hugi Yar, Trotz Privatleben keinen Anspruch auf Schutz?, in dRSK 8.12.2022 Rz. 25).

2.5.3 Der Anspruch auf Schutz des Privatlebens gemäss Art. 8 EMRK, wie er im Leitentscheid BGE 144 I 266 anerkannt worden ist, soll einer ausländischen Person ermöglichen, im Hinblick auf die erfolgte Integration im Land verbleiben zu können. Der entsprechende Aufenthaltsanspruch betrifft die *Verlängerung* einer Aufenthaltsbewilligung (vgl. BGE 144 I 266 E. 3.3-3.9), nicht aber deren Neuerteilung. Diese Rechtsprechung bezieht sich auf Fallkonstellationen, in denen es um die Beendigung bzw. Nichtverlängerung eines Aufenthaltsrechts geht, nicht aber – wie hier – um dessen erstmalige Begründung nach einem (illegalen) Aufenthalt oder um eine weitere Anwesenheit, nachdem diese durch die Behörden rechtskräftig beendet worden ist (BGE 2C_821/2021 vom 1.11.2022 E. 2.1.3 mit zahlreichen Hinweisen, 2C_528/2021 vom 23.6.2022 E. 4.6; BGer 2C_5/2022 vom 17.8.2022 E. 4.2, 2C_141/2021 vom 13.4.2021 E. 2.4; kritisch dazu im Kontext erloschener Bewilligungen Christoph Raess, Die Neuerteilung von Aufenthaltsbewilligungen und das Recht auf Privatleben, in Jusletter 12.12.2022 Rz. 15 ff.; vgl. dazu auch Thomas Hugi Yar, a.a.O., Rz. 10 und 22).

2.5.4 Die Beschwerdeführerin hat nie eine Aufenthaltsbewilligung besessen (vorne Bst. A). Ihre faktische Anwesenheit von über 16 Jahren ist einzig

darauf zurückzuführen, dass sie in Missachtung des Wegweisungsentscheidungs in der Schweiz verblieben ist (vorne E. 2.3). Ihr Aufenthalt war nie legal ausser während der Dauer des Asylverfahrens, wobei dieser Aufenthalt hier nicht erheblich ist (vorne E. 2.5.2). Bei diesem Ergebnis hilft der Beschwerdeführerin nicht, dass sie – wie sie vorbringt – sehr gute Deutschkenntnisse habe, sozial bestens vernetzt sei und ihren Lebensunterhalt selbständig habe bestreiten können bzw. auch inskünftig bestreiten könnte (vgl. Beschwerde S. 11; Beschwerdebeilage 2). Ausländische Personen müssen sich den ausländerrechtlichen Kontrollen und Verfahren unterziehen und haben das Land zu verlassen, wenn sie durch einen rechtskräftigen Entscheid hierzu verpflichtet worden sind (BGE 144 II 16 E. 4.7.2; BGer 2C_663/2020 vom 2.3.2021 E. 3.6 mit Hinweisen). Anders zu entscheiden hiesse – so das Bundesgericht – jene Personen, die sich über rechtskräftige Wegweisungen hinwegsetzen gegenüber denjenigen zu bevorzugen, die sich an die behördlichen Vorgaben halten, was rechtsstaatlich nicht angeht (BGE 2C_821/2021 vom 1.11.2022 E. 2.1.5 mit Hinweisen; BGer 2C_5/2022 vom 17.8.2022 E. 4.3.4, 2C_1062/2020 vom 25.3.2021 E. 1.2.3 [betreffend VGE 2020/330 vom 2.12.2020]; vgl. auch Thomas Hugi Yar, a.a.O., Rz. 26).

2.5.5 Der heute 10-jährige Beschwerdeführer verfügt weder abgeleitet von der Mutter noch von seinem (in Polen lebenden) Vater (vorne Bst. A) über einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz, noch hat er einen eigenständigen Bewilligungsanspruch. Wie die SID zutreffend bemerkt, war er zwar nicht in das Asylverfahren seiner Mutter einbezogen und wurde nicht aus der Schweiz weggewiesen, da er erst Jahre später geboren wurde (vorne Bst. A). Als minderjähriges Kind teilt er aber das ausländerrechtliche Schicksal seiner Mutter als alleiniger Inhaberin des elterlichen Sorgerechts und der Obhut über ihn. Bereits aus familienrechtlichen Gründen (Art. 25 Abs. 1 und Art. 301 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]) hat er mit ihr auszureisen, wenn sie über keine Aufenthaltsberechtigung verfügt (BGE 143 I 21 E. 5.4; VGE 2020/335 vom 15.11.2021 E. 8.2 [bestätigt durch BGer 2C_4/2022 vom 11.8.2022 E. 7.5.1). Soweit die Beschwerdeführenden einen Anspruch aus dem Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107) ableiten wollten (vgl. Beschwerde S. 6 ff.), könnte ihnen nicht gefolgt werden. Die KRK begründet für sich genommen nach ständiger Recht-

sprechung keinen über die Garantien von Art. 8 EMRK hinausgehenden eigenständigen Aufenthaltsanspruch (BGE 144 I 91 E. 5.2 [Pra 108/2019 Nr. 11], 143 I 21 E. 5.5.2; BGer 2C_819/2018 vom 13.2.2020 E. 1.3, 2C_730/2018 vom 20.3.2019 E. 6.2.4). Nichts für sich ableiten können die Beschwerdeführenden auch aus den angeführten Entscheiden, in denen anders gelagerte Konstellationen zu beurteilen waren: Der Entscheid der (früheren) Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) ist nicht einschlägig, da dort die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs einer vorläufig aufgenommenen Familie und deren in der Schweiz geborenen Tochter zu beurteilen war (EMARK 2005/6). Im Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich aus dem Jahr 2009, in dem auf eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Privatleben) geschlossen worden war, ging es um die Wegweisung zweier minderjähriger Mädchen nach einem langjährigen bewilligten Aufenthalt (VGer ZH VB.2009.00167 vom 8.7.2009). Wegweisung und Wegweisungsvollzug (u.a.) dürften Gegenstand des hängigen Wiedererwägungsverfahrens vor dem SEM sein (vgl. vorne Bst. C; hinten E. 3.2). Diese Aspekte sind hier jedenfalls, wo es einzig um die Frage der Zulassung zum Bewilligungsverfahren über die Figur des «Anspruchs» geht, nicht zu prüfen. Mit Blick auf die massgebende bundesgerichtliche Rechtsprechung (vorne E. 2.5.3) kann sich auch der Beschwerdeführer nicht auf das Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK berufen. Daran vermag nichts zu ändern, dass der heute Zehnjährige in der Schweiz geboren ist, das 5. Schuljahr in Bern besucht, über ein breites soziales Umfeld verfüge und laut der behandelnden Psychologin spezieller Massnahmen im Bereich der Führung und der schulischen Förderung bedürfe (vgl. Beschwerde S. 12 ff.). Es fällt damit auch ein Anspruch der Mutter über den Sohn aus der Garantie des Familienlebens («umgekehrter Familiennachzug») ausser Betracht (vgl. Beschwerde S. 19).

2.6 Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz einen Aufenthaltsanspruch der Beschwerdeführenden im Sinn von Art. 14 Abs. 1 AsylG verneint hat. Die Beschwerdeführenden bestreiten vor Verwaltungsgericht im Übrigen nicht, dass ein Verfahren gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG ausser Betracht fällt, weil die Voraussetzung nach dessen Bst. b nicht erfüllt ist. Zudem hat die Vorinstanz insoweit zu Recht erkannt, dass die Beschwerdeführerin als rechtskräftig weggewiesene Asylbewerberin die Durchführung eines solchen Härtefallverfahrens nicht verlangen kann, zumal hier

die ausländerrechtliche Situation nicht unter die Garantien von Art. 8 Ziff. 1 EMRK fällt (vgl. BGE 2C_821/2021 vom 1.11.2022 E. 2.3 mit Hinweisen; VGE 2020/330 vom 2.12.2020 E. 3.6; vgl. auch Breitenbücher/Ege in Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 3. Aufl. 2022, N. 18.232 ff.).

3.

Im Übrigen halten die Beschwerdeführenden daran fest, dass die kantonalen Behörden die Prüfung der vorläufigen Aufnahme veranlassen müssen.

3.1 Die vorläufige Aufnahme wird vom SEM verfügt, wenn der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist (Art. 83 Abs. 1 AIG). Die Beschwerdeführenden stellen zu Recht nicht mehr in Frage, dass nach Art. 83 Abs. 6 AIG nur die kantonale Behörde einen Antrag auf vorläufige Aufnahme stellen kann, nicht aber sie selber (BGE 137 II 305 E. 3.2 mit Hinweisen; BVR 2013 S. 543 E. 7.1, 2015 S. 105 E. 4 und 5 [zusammengefasst]). – Hinsichtlich der Beschwerdeführerin hat die SID ausgeführt (angefochtener Entscheid E. 3.2), das SEM habe über Asyl und Wegweisung befunden, weshalb die kantonalen Behörden eine vorläufige Aufnahme nach Art. 83 AIG nur noch beantragen könnten, wenn der Vollzug der Wegweisung unmöglich wäre (vgl. Art. 17 Abs. 1 der Verordnung vom 11. August 1999 über den Vollzug der Weg- und Ausweisung sowie der Landesverweisung von ausländischen Personen [VWAL; SR 142.281]; kritisch dazu Ruedi Illes, in Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Kommentar zum AuG, 2010, Art. 83 N. 50 f., Peter Bolzli, in Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 83 AIG N. 37). Dazu wäre erforderlich, dass der Kanton rechtzeitig alle notwendigen Massnahmen für den Vollzug der Wegweisung getroffen hat, diese aber dennoch unmöglich ist. Verunmöglicht die Person den Vollzug der Wegweisung durch ihr eigenes Verhalten, so wird keine vorläufige Aufnahme verfügt (Art. 83 Abs. 7 Bst. c AIG; Art. 17 Abs. 2 VWAL). Die Beschwerdeführenden halten der Einschätzung der Vorinstanz nichts entgegen, wonach der Vollzug der Wegweisung als möglich zu bezeichnen sei.

3.2 Es ist jedoch geltend gemacht, es hätte zumindest die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers beantragt werden müssen. – Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens ist das Begehren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, welches nach Art. 14 Abs. 1 AsylG zu beurteilen ist. Die Wegweisung des minderjährigen Beschwerdeführers bildet(e) hingegen nicht Verfahrensgegenstand (vorne insb. E. 2.5.5). Ob der Wegweisungsvollzug für ihn zumutbar ist, ist hier daher nicht zu beurteilen. Ein Antrag auf vorläufige Aufnahme fällt damit ausser Betracht. Die Beschwerdeführenden haben zwischenzeitlich ein Wiedererwägungsgesuch beim SEM eingereicht (vorne Bst. C und act. 7A). Dieses Verfahren ist nach dem Kenntnisstand des Verwaltungsgerichts noch hängig. Damit dürften die Beschwerdeführenden grundsätzlich eine aktuelle Beurteilung von Wegweisungsvollzugshindernissen erwirken können (vgl. Peter Bolzli, a.a.O., Art. 83 AIG N. 37, Ruedi Illes, a.a.O., Art. 83 N. 50). Das SEM hat dem Grundsatz der Einheit der Familie Rechnung zu tragen und die Zumutbarkeit des Vollzugs zu prüfen (Art. 44 AsylG) und dabei unter dem Aspekt des Kindeswohls im Sinn von Art. 3 Abs. 1 KRK sämtliche Umstände einzubeziehen und zu würdigen, die im Hinblick auf eine Wegweisung wesentlich erscheinen. Namentlich bei Kindern kann nach der Asylrechtspraxis eine starke Verwurzelung in der Schweiz und damit einhergehende Entwurzelung im Heimatstaat die Rückkehr unter Umständen als unzumutbar erscheinen lassen (vgl. BVGE 2009/51 E. 5.6 und 2009/28 E. 9.3.2; BVGer E-2359/2020 vom 18.10.2022 E. 9.2 und 9.5.4 f.).

4.

Nach dem Gesagten hält der angefochtene Entscheid der Rechtskontrolle stand. Weitere Sachverhaltsabklärungen würden zu keinem anderen Ergebnis führen und können daher unterbleiben. Die beantragte Parteibefragung und Anhörung des Beschwerdeführers sowie die Einholung eines fachärztlichen Gutachtens (vgl. Beschwerde S. 10, 17) betreffen nicht den Verfahrensgegenstand, sind daher rechtsunerheblich und bedürfen von vornherein keiner (vorläufigen) Bewertung (vgl. Marlis Bickel, Antizipierte Beweiswürdigung – Unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrensrechts, Diss. Freiburg 2021, N. 129 ff., 149). Die Beweisanträge werden da-

her abgewiesen. Aus demselben Grund erweist sich der Vorwurf unbegründet, die Vorinstanz habe den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und den Sachverhalt unvollständig festgestellt (vgl. Beschwerde S. 6 und 9).

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

5.

5.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die unterliegenden Beschwerdeführenden an sich kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Sie haben indes für das verwaltungsgerichtliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung ihrer Rechtsvertreterin als amtliche Anwältin ersucht (vorne Bst. C; Beschwerde S. 20 f.)

5.2 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 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 (statt vieler BVR 2019 S. 128 E. 4.1; BGE 142 III 138 E. 5.1; zum Ganzen Lucie von Büren, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 111 N. 29 ff.).

5.3 Die Beschwerdeführenden sind anwaltlich vertreten. Sie haben sich in ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde hauptsächlich auf den Standpunkt gestellt, sie würden über einen Aufenthaltsanspruch gestützt auf Art. 8 EMRK verfügen. Mit den Erwägungen der Vorinstanz zur Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens nach Art. 14 Abs. 1 AsylG und zum Umstand, dass ein Anspruch grundsätzlich nicht besteht, wenn sich die gesuchstellende Person für die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung einzig auf ihr Recht auf Privatleben berufen kann, haben sie sich indes kaum auseinandergesetzt. Mit Blick auf die rechtlichen Grundlagen und die bereits im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids soweit hier interessierend deutliche (publizierte) Rechtsprechung muss die Beschwerde als von vornherein aussichtslos betrachtet werden. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist daher abzuweisen, ohne dass die Prozessarmut zu prüfen wäre.

5.4 Da über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege erst im Endentscheid befunden wird und die Beschwerdeführenden deshalb keine Gelegenheit hatten, ihr Rechtsmittel nach Abweisung des Begehrens zurückzuziehen und damit Kosten zu sparen, sind diese praxisgemäss bloss im Rahmen der üblichen Abschreibungsgebühr zu erheben (BVR 2014 S. 437 E. 7.9). Für das Gesuchsverfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege sind keine Kosten zu erheben (Art. 112 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG).

Demnach entscheidet die Einzelrichterin:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 500.--, werden den Beschwerdeführenden auferlegt.

4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

5. Zu eröffnen:

- Beschwerdeführende
- Sicherheitsdirektion des Kantons Bern
- Einwohnergemeinde Bern
- Staatssekretariat für Migration

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

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) geführt werden.