

100.2021.252U  
STN/SRE

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

**Urteil des Einzelrichters vom 22. Februar 2023**

Verwaltungsrichter Stohner  
Gerichtsschreiberin Marti

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwältin ...  
Beschwerdeführer

gegen

**Sicherheitsdirektion des Kantons Bern**  
Kramgasse 20, 3011 Bern

betreffend Verweigerung der Niederlassungsbewilligung gemäss  
Niederschrift Schweiz-Bundesrepublik Deutschland (Entscheid der  
Sicherheitsdirektion des Kantons Bern vom 12. Juli 2021;  
2021.SIDGS.328)



## **Prozessgeschichte:**

### **A.**

Der aus Deutschland stammende A.\_\_\_\_\_ (Jg. 1975) reiste im Januar 2016 in die Schweiz ein und erhielt eine bis am 1. Februar 2021 gültige Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zwecks Erwerbstätigkeit. Anlässlich der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA leitete das Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern (ABEV), Migrationsdienst (MIDI), am 8. Februar 2021 von Amtes wegen ein Verfahren um Umwandlung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA in eine Niederlassungsbewilligung ein.

Mit Verfügung vom 23. März 2021 verweigerte der MIDI die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung an A.\_\_\_\_\_ wegen dessen Arbeitslosigkeit bzw. mangels eines unbefristeten oder eines auf mindestens ein Jahr befristeten Arbeitsverhältnisses. Zugleich verlängerte der MIDI die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA.

### **B.**

Gegen die Verweigerung der Niederlassungsbewilligung erhob A.\_\_\_\_\_ am 26. April 2021 Beschwerde bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (SID).

Mit Entscheid vom 12. Juli 2021 wies die SID die Beschwerde ab.

### **C.**

Gegen diesen Entscheid hat A.\_\_\_\_\_ am 12. August 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Er beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und ihm sei eine Niederlassungsbewilligung zu erteilen.

Mit Vernehmlassung vom 7. September 2021 beantragt die SID die Abweisung der Beschwerde.

Am 19. Oktober 2022 hat der Beschwerdeführer Unterlagen eingereicht, aus denen hervorgeht, dass er in den Kanton Graubünden umgezogen ist und dort seit Juli 2022 als selbständiger Kaminfeger tätig ist.

Mit Eingabe vom 16. Dezember 2022 hat die SID hierzu Stellung genommen. Sie beantragt nunmehr die Gutheissung der Beschwerde.

Am 19. Januar 2023 hat sich der Beschwerdeführer zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen geäußert.

## **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 einzutreten.

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

### **2.**

Strittig ist die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung an den Beschwerdeführer.

**2.1** Das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz,

AIG; SR 142.20; bis 31.12.2018: Ausländergesetz, AuG) gilt für Ausländerinnen und Ausländer, soweit keine anderen Bestimmungen des Bundesrechts oder von der Schweiz abgeschlossene völkerrechtliche Verträge zur Anwendung kommen (Art. 2 Abs. 1 AIG). Für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (EG) gilt das Ausländer- und Integrationsgesetz nur so weit, als das Freizügigkeitsabkommen (FZA; SR 0.142.112.681) keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das AIG günstigere Bestimmungen vorsieht (Art. 2 Abs. 2 AIG). Der Beschwerdeführer ist deutscher Staatsangehöriger. Er kann sich folglich auf das FZA berufen. Das FZA regelt nur den Aufenthalt im Rahmen der Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. Für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung an Angehörige von EU/EFTA-Mitgliedstaaten gelten die Bestimmungen des AIG und allfällige Niederlassungsvereinbarungen mit den betroffenen Ländern (vgl. Art. 5 der Verordnung vom 22. Mai 2002 über die Einführung des freien Personenverkehrs [VFP; SR 142.203]; BGer 2C\_1144/2014 vom 6.8.2015 E. 4.1; BVR 2014 S. 395 E. 4.1). Zu berücksichtigen ist daher die Niederschrift vom 19. Dezember 1953 zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland über Niederlassungsfragen (SR 0.142.111.364; nachfolgend: Niederschrift).

**2.2** Gemäss Ziff. I/1 Niederschrift haben Deutsche nach einem ununterbrochenen ordnungsgemässen Aufenthalt von fünf Jahren in der Schweiz Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung im Sinn des Art. 6 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; BS 1 S. 121). Das AIG als Nachfolgeerlass regelt die Erteilung der Niederlassungsbewilligung in Art. 34. Gemäss Art. 34 Abs. 2 AIG kann Ausländerinnen und Ausländern die Niederlassungsbewilligung erteilt werden, wenn sie sich insgesamt mindestens zehn Jahre mit einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufgehalten haben und sie während den letzten fünf Jahren ununterbrochen im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung waren (Bst. a), keine Widerrufsgründe nach Art. 62 oder Art. 63 Abs. 2 AIG vorliegen (Bst. b) und sie integriert sind (Bst. c). Die Niederschrift erleichtert deutschen Staatsangehörigen den Erhalt der Niederlassungsbewilligung somit insofern, als sie lediglich einen fünfjährigen Aufenthalt in der Schweiz voraussetzt. Sie lässt aber die weiteren Voraussetzungen von Art. 34 Abs. 2 Bst. b und Bst. c AIG nicht entfallen. Vielmehr verweist die

Niederschrift ausdrücklich auf die entsprechende Regelung im ANAG bzw. auf den hier massgeblichen Art. 34 AIG (BGer 2C\_1144/2014 vom 6.8.2015 E. 4.4; VGE 2018/92 vom 11.6.2019 E. 4.1).

**2.3** Die Vorinstanz hat erwogen, der Beschwerdeführer erfülle die Voraussetzungen des ununterbrochenen ordnungsgemässen Aufenthalts von fünf Jahren. Der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung stünden auch keine Widerrufsgründe nach Art. 62 oder Art. 63 Abs. 2 AIG entgegen (angefochtener Entscheid E. 3.3). Der Beschwerdeführer sei integriert (Art. 34 Abs. 2 Bst. c AIG). Die Mindestvoraussetzungen von Art. 34 Abs. 2 AIG seien folglich erfüllt (angefochtener Entscheid E. 3.7). Auf Erhalt der Niederlassungsbewilligung nach Art. 34 AIG bestehe indes kein Anspruch. Auch wenn die positivgesetzlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt seien, entscheide die Bewilligungsbehörde im Rahmen des Ermessens, ob die Bewilligung zu erteilen sei. Der Beschwerdeführer sei für diverse Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber (Kaminfegerfirmen) erwerbstätig gewesen. Phasenweise sei er keiner geregelten Arbeit in Festanstellung nachgegangen. Insgesamt erscheine die berufliche Situation des Beschwerdeführers nicht stabil, zumal er im Entscheidzeitpunkt nun seit fast einem Jahr stellenlos sei (angefochtener Entscheid E. 4.1). Insgesamt überwiege das öffentliche Interesse an der Nichterteilung der Niederlassungsbewilligung die privaten Interessen des Beschwerdeführers an der Erteilung (angefochtener Entscheid E. 4.2).

**2.4** Nach Erlass des angefochtenen Entscheids der SID vom 12. Juli 2021 hat der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 19. Oktober 2022 Unterlagen eingereicht, aus denen hervorgeht, dass er in den Kanton Graubünden umgezogen ist und dort seit Juli 2022 als selbständiger Kaminfeger tätig ist.

Mit Eingabe vom 16. Dezember 2022 hat die SID hierzu Stellung genommen. Angesichts dieser Sachverhaltsentwicklung (Festigung der beruflichen Situation) erachtet die Vorinstanz die Voraussetzungen für die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung als erfüllt und beantragt die Gutheissung der Beschwerde.

**2.5** Die Vorinstanz und der Beschwerdeführer beantragen somit übereinstimmend die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung an den Beschwerdeführer.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gemäss den übereinstimmenden Anträgen gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Die Akten gehen an das ABEV, MIDI, zur Erteilung einer Niederlassungsbewilligung an den Beschwerdeführer.

**2.6** Geschäfte, bei denen die Parteien übereinstimmend Gutheissung beantragen, sowie die Beurteilung deren Kostenfolgen fallen in die einzelrichterliche Zuständigkeit (Art. 57 Abs. 4 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

### **3.**

#### **3.1**

**3.1.1** Bei diesem Prozessausgang sind für das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG) und hat der Kanton Bern (SID) dem Beschwerdeführer seine im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entstandenen Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

**3.1.2** Vor dem Verwaltungsgericht macht die Rechtsvertreterin ein Anwaltshonorar von Fr. 7'093.45 (inkl. Auslagen und MWSt) geltend, wobei sie einen Aufwand von 22,4 Stunden ausweist. Dieses Honorar erscheint im Licht der massgebenden Kriterien von Art. 104 Abs. 1 VRPG i.V.m. Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) sowie Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) als übersetzt: Zur Diskussion stand eine klar umrissene Fragestellung. Weder sachverhaltlich noch rechtlich war die Sache komplex. Die Rechtsschriften sind denn auch vergleichsweise kurz ausgefallen (elfseitige Beschwerde und zweiseitige Eingabe vom 19.10.2022). Hinzu kommt, dass die Rechtsvertreterin den Beschwerdeführer bereits vor der SID vertreten hat und daher mit der Sache vertraut war. Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren erscheint vor diesem Hintergrund ein Honorar von pauschal Fr. 4'000.-- (zuzüglich Auslagen und MWSt) angemessen. Entsprechend ist

der tarifmässige Parteikostenersatz auf Fr. 4'000.--, zuzüglich Fr. 314.30 Auslagen und Fr. 332.20 MWSt (7,7 % von Fr. 4'314.30), insgesamt Fr. 4'646.50, festzusetzen.

## **3.2**

**3.2.1** Näher zu prüfen ist, ob die im vorinstanzlichen Verfahren entstandenen Kosten nach dem Prozessergebnis vor dem Verwaltungsgericht oder abweichend davon zu verlegen sind. Nach ständiger Rechtsprechung ist im Fall des Obsiegens im verwaltungsgerichtlichen Verfahren für die Verlegung der vorinstanzlichen Kosten dann nicht von einem Obsiegen auszugehen, wenn der angefochtene Beschwerdeentscheid aufgrund der seinerzeitigen Verhältnisse korrekt war (BVR 2008 S. 193 E. 9.2; VGE 2015/349 vom 21.3.2017 E. 5 mit präzisierter Begründung; seither etwa VGE 2019/139 vom 23.3.2021 E. 3.2).

**3.2.2** Die SID hat dem Beschwerdeführer die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung trotz erfüllter Mindestvoraussetzungen unter Hinweis auf Art. 34 AIG ermessensweise verweigert (vorne E. 2.3).

Damit hat die Vorinstanz verkannt, dass Ziff. I/1 Niederschrift deutschen Staatsangehörigen nach einem ununterbrochenen ordnungsgemässen Aufenthalt von fünf Jahren in der Schweiz einen *Anspruch* auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung vermittelt (BGer 2C\_881/2021 vom 9.5.2021 E. 1, 2C\_304/2018 vom 8.8.2018 E. 1.1, 2C\_1144/2014 vom 6.8.2015 E. 1.1; VGer ZH VB.2021.00104 vom 16.6.2021 E. 4.3 f.).

Es kann mithin nicht gesagt werden, dass der angefochtene Entscheid aufgrund der damaligen Verhältnisse korrekt war. Die Vorinstanz hat die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung daher zu Unrecht verweigert.

**3.2.3** Auch für das Verfahren vor der Vorinstanz sind folglich keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und Abs. 2 VRPG) und hat der Kanton Bern (SID) dem Beschwerdeführer die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote der Rechtsvertreterin für dieses Verfahren gibt zu keinen Bemerkungen Anlass (Honorar von Fr. 3'290.-- zuzüglich Fr. 91.80 Auslagen und Fr. 260.40 MWSt).

**Demnach entscheidet der Einzelrichter:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern vom 12. Juli 2021 aufgehoben. Die Akten gehen an das Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern, Migrationsdienst, zur Erteilung einer Niederlassungsbewilligung an den Beschwerdeführer.
2. a) Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht werden keine Kosten erhoben.  
b) Der Kanton Bern (Sicherheitsdirektion) hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, bestimmt auf Fr. 4'646.50 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
3. a) Für das Verfahren vor der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern werden keine Kosten erhoben.  
b) Der Kanton Bern (Sicherheitsdirektion) hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor der Sicherheitsdirektion die Parteikosten, bestimmt auf Fr. 3'642.20 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen:
  - Beschwerdeführer
  - Sicherheitsdirektion des Kantons Bern
  - Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern, Migrationsdienst
  - Staatssekretariat für Migration

Der Einzelrichter:

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.