

100.2022.179U
HAT/BDE/SRE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 31. August 2022

Verwaltungsrichter Häberli
Gerichtsschreiberin Baerfuss Klossner

A. _____
vertreten durch Rechtsanwältin ...
Beschwerdeführer

gegen

Sicherheitsdirektion des Kantons Bern
Kramgasse 20, 3011 Bern

betreffend Nichteintreten auf Gesuch um Aufenthaltsbewilligung (Entscheid
der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern vom 18. Mai 2022;
2022.SIDGS.166)



Sachverhalt und Erwägungen:

1.

1.1 Der aus Russland stammende A._____ (Jg. 1986; tschetschenischer Ethnie) ersuchte am 5. Juli 2009 – zusammen mit seiner damaligen Ehefrau und den beiden gemeinsamen Kindern – in der Schweiz um Asyl. Am 16. November 2012 lehnte das Bundesamt für Migration (BFM; heute Staatssekretariat für Migration [SEM]) die Asylgesuche ab und wies die Familie aus der Schweiz weg. Die hiergegen erhobene Beschwerde blieb erfolglos; ebenso das darauffolgende Wiedererwägungsgesuch der mittlerweile fünfköpfigen Familie (zuletzt BVGer E-8006/2015 vom 12.1.2016). A._____ reiste in der Folge am 10. August 2016 freiwillig in sein Heimatland zurück; seine Ehefrau und die drei gemeinsamen Kinder verblieben in der Schweiz. Mit Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 30. Juli 2019 wurde die Ehe in Abwesenheit des Ehemanns geschieden, wobei die alleinige elterliche Sorge und Obhut über die drei gemeinsamen Kinder der Mutter zugesprochen wurde. Die Exfrau und die drei Kinder erhielten im Februar 2020 Asyl. Nach eigenen Angaben reiste A._____ Anfang März 2020 wieder in die Schweiz ein, wo er am 3. Juni 2020 erneut um Asyl ersuchte. Da er am 30. März 2018 bereits in Polen Asyl beantragt hatte, trat das SEM mit Verfügung vom 13. Juli 2020 auf das Asylgesuch - aufgrund der staatsvertraglichen Zuständigkeit Polens für die Durchführung des Asylverfahrens - nicht ein und wies A._____ nach Polen weg. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 23. Juli 2020 ab. Zwei Wiedererwägungsgesuche vom 18. Oktober 2020 bzw. 27. Mai 2021 blieben erfolglos (zuletzt BVGer F-3267/2021 vom 26.8.2021); der Vollzug der Wegweisung nach Polen blieb indes ausgesetzt, da A._____ eine Beschwerde beim «Committee Against Torture» (CAT), dem UN-Ausschuss gegen Folter, eingereicht hatte.

1.2 Mit Eingaben vom 8. September und 25. Oktober 2021 ersuchte A._____ beim Amt für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern (ABEV), Migrationsdienst (MIDI), im Rahmen eines umgekehrten Familiennachzugs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) und Art. 3

Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107). Mit Schreiben vom 14. Oktober 2021 und 3. Februar 2022 teilte der MIDI A._____ mit, dass er sein Aufenthaltsgesuch nicht an die Hand nehme. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies die Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (SID) mit Entscheid vom 18. Mai 2022 ab, wobei sie das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit ebenfalls abwies.

1.3 Gegen den Entscheid der SID hat A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 17. Juni 2022 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit den Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und der MIDI sei anzuweisen, sein Gesuch materiell zu prüfen. Er hat zudem um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung einer amtlichen Anwältin bzw. eines amtlichen Anwalts ersucht.

1.4 Mit Zwischenverfügung vom 6. Juli 2022 hat der Abteilungspräsident das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung einer amtlichen Anwältin bzw. eines amtlichen Anwalts wegen Aussichtslosigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen (Art. 111 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Gleichzeitig hat er dem Beschwerdeführer Frist gesetzt, entweder seine Beschwerde zurückzuziehen oder einen Gerichtskostenvorschuss von Fr. 3'000.-- zu bezahlen. Auf Gesuch hin wurde diese Frist bis zum 22. August 2022 erstreckt. Dabei wurde der nun anwaltlich vertretene Beschwerdeführer ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei der Erstreckung um eine Nachfrist im Sinn von Art. 105 Abs. 4 VRPG handle, die nicht mehr verlängerbar sei, sodass im Säumnisfall auf die Beschwerde nicht eingetreten werde. Der Beschwerdeführer hat die Nachfrist ungenutzt verstreichen lassen und stattdessen am 22. August 2022 ein «Gesuch um wiedererwägungsweise Genehmigung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beiordnung einer amtlichen Anwältin» eingereicht. Für den Fall, dass das Wiedererwägungsgesuch nicht bewilligt werde, ersucht er um nochmalige Verlängerung der Frist für das Leisten des Kostenvorschusses.

2.

2.1 Im Beschwerdeverfahren vor verwaltungsunabhängigen Verwaltungsjustizbehörden hat die beschwerdeführende Partei einen angemessenen Kostenvorschuss zu leisten (vgl. Art. 105 Abs. 2 VRPG). Beahlt die Partei nicht fristgemäss den verlangten Betrag und lässt sie auch eine kurze Nachfrist unbenutzt verstreichen, so ist auf ihre Begehren nicht einzutreten (Art. 105 Abs. 4 VRPG). Die Erfüllung der Kostenvorschusspflicht ist somit eine Prozessvoraussetzung. Eine inhaltliche Überprüfung der angefochtenen Verfügung bzw. des angefochtenen Entscheids auf materielle oder formelle Mängel kann nur dann erfolgen, wenn die beschwerdeführende Person den Kostenvorschuss bezahlt (vgl. Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 105 N. 27).

2.2 Bei Entscheiden über die unentgeltliche Rechtspflege handelt es sich um Zwischenverfügungen, die bis zum Erlass des Endentscheids in Wiedererwägung gezogen und angepasst werden können, wenn die gesuchstellende Person erhebliche Tatsachen und Beweismittel beibringt, die ihr im früheren Verfahren nicht bekannt waren, die sie aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht vorbringen konnte oder für deren Geltendmachung im vorangehenden Verfahren kein Anlass bestand. Ein neues Gesuch ist zulässig, wenn sich die Verhältnisse seit dem Entscheid über das erste Gesuch aufgrund neuer nach dem Entscheid eingetretener Tatsachen und Beweismittel (echte Noven) geändert haben (vgl. BGer 5A_299/2015 vom 22.9.2015 E. 3, in SJZ 2015 S. 609; Lucie von Büren, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 112 N. 6).

2.3 Im Rahmen der vorzunehmenden summarischen Prüfung wurde mit Zwischenverfügung vom 6. Juli 2022 ein *offensichtlicher* Anspruch des Beschwerdeführers auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im umgekehrten Familiennachzug verneint und das Nichteintreten auf sein Aufenthaltsgesuch daher als rechtmässig beurteilt. Der Beschwerdeführer bringt wiedererwägungsweise vor, entgegen der bisherigen Annahmen im Verfahren, könne er sich auf Art. 8 EMRK berufen, da eine besonders enge affektive Beziehung zu seinen in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Kindern vorliege. Seine Kinder könnten sich zudem auf die KRK berufen und hätten Anspruch, dass die Schweizer Asyl- und Migrationsbehörden im Entscheid über seinen Auf-

enthalt ihren «best interests» besonders mitberücksichtigten. Die Beschwerde sei daher nicht aussichtslos (vgl. act. 8A). Seine Ausführungen stützt der Beschwerdeführer auf die neu eingereichte «Kinder- und Jugendpsychiatrische Stellungnahme» des behandelnden Psychiaters vom 18. Juli 2022 (act. 8A, nachfolgend: Stellungnahme).

2.4 Der Stellungnahme ist zu entnehmen, dass alle drei Kinder (Jg. 2007, 2009 und 2013) in psychotherapeutischer Behandlung stehen, wobei die beiden Töchter nur noch sporadisch therapeutischer Unterstützung bedürfen. Gemäss dem behandelnden Psychiater könne der Beschwerdeführer seine Vaterrolle ausfüllen. Seit der Begutachtung vom 8. Oktober 2020 habe sich seine Beziehung zu den Kindern, insbesondere zum Sohn, deutlich normalisiert, intensiviert und als sehr nachhaltig gezeigt. Alle drei Kinder hätten seit der letzten Begutachtung Fortschritte und Entwicklungen gemacht, die ohne die derzeit bestehende nachhaltige, unterstützende Beziehung des Vaters nicht möglich gewesen wären. Für die künftige, positive Entwicklung der Kinder sei die Unterstützung, die Präsenz, die nachhaltige Vater-Kinder-Beziehung und die gegenseitige Unterstützung der Eltern bei der Erziehung erforderlich. Für den Sohn wäre eine erneute Trennung vom Vater «katastrophal»; die Folgen wären eine erneute Destabilisierung mit depressiv-aggressiver Symptomatik, Haltlosigkeit und Suizidalität. Es sei unwahrscheinlich, dass sich der Sohn nach einer erneuten Trennung wieder stabilisieren könne. Auch bei den Töchtern sei bei einer Ausweisung des Beschwerdeführers von einer «extrem schlechten» Entwicklungsprognose auszugehen (vgl. act. 8A).

2.5 Wie bereits in der Zwischenverfügung vom 6. Juli 2022 festgehalten, ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer seit seiner Rückkehr in die Schweiz im Frühjahr 2020 den unmittelbaren Kontakt zu seinen hier anwesenheitsberechtigten Kindern wieder regelmässig pflegt, er Betreuungsaufgaben übernimmt und sich dadurch die affektive Vater-Kind-Beziehung verstärkt hat (E. 3.4). Gestützt auf die neu eingereichte Stellungnahme ist sodann anzuerkennen, dass sich die Präsenz und Unterstützung des Beschwerdeführers positiv auf die Entwicklung der Kinder auswirkt. Insbesondere zum Sohn besteht eine enge Beziehung und eine erneute Trennung könnte zu einer Destabilisierung führen. Der Beschwerdeführer begleite sei-

nen Sohn fast jedes Mal zu den wöchentlichen Therapieterminen und entlaste die Kindsmutter, wodurch diese stabiler sei und ihre Mutterrolle besser wahrnehmen könne. Auch aus dieser neuen Stellungnahme geht jedoch nicht hervor, in welchem Umfang der Beschwerdeführer Betreuungsaufgaben übernimmt und am Alltag seiner Kinder teilnimmt. Die Kinder leben unter der Obhut der Mutter; wie die Eltern die Betreuungs- und Erziehungsaufgaben aufteilen, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Die Feststellung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Mittelland Nord im Entscheid vom 28. April 2021, wonach der Beschwerdeführer sehr stark mit seiner aktuellen Lebenssituation beschäftigt sei und die Mutter nach wie vor die Hauptverantwortung für die Kindererziehung trage (vgl. Zwischenverfügung vom 6.7.2022 E. 3.4) wird durch die kinder- und jugendpsychiatrische Stellungnahme nicht entkräftet. Aus den Ausführungen des Kinder- und Jugendpsychiaters lässt sich zudem nicht schliessen, dass die Betreuungsleistungen des Beschwerdeführers einen Umfang erreichen, die als Naturalleistungen bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Verbundenheit eine wesentliche Rolle spielen könnten (vgl. vgl. BGE 143 I 21 E. 6.3.5; BGer 2C_904/2018 vom 24.4.2019 E. 4.23; VGE 2019/309 vom 17.6.2021 E. 5.4.2). Eine in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht ausserordentlich intensive Beziehung des Beschwerdeführers zu seinen hier aufenthaltsberechtigten Kindern ist auch unter Berücksichtigung der neu eingereichten Unterlagen nicht eindeutig zu erkennen. Damit fehlt es in der hier vorzunehmenden summarischen Beurteilung nach wie vor an einem *offensichtlichen* Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im umgekehrten Familiennachzug, der es dem Beschwerdeführer erlauben würde, ein ausländerrechtliches Bewilligungsverfahren einzuleiten. Das Prozessrisiko ist somit nicht anders zu beurteilen als in der Zwischenverfügung vom 6. Juli 2022. Das Wiedererwägungsgesuch ist daher abzuweisen.

3.

Der Beschwerdeführer ersucht für den Fall, dass seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (erneut) nicht stattgegeben wird, um eine Erstreckung der Nachfrist zur Bezahlung des Kostenvorschusses (act. 8 S. 6).

3.1 Dem Wesen der Nachfrist von Art. 105 Abs. 4 VRPG entspricht, dass sie nicht erstreckt werden kann (vgl. auch zum Folgenden: Ruth Herzog, a.a.O., Art. 105 N. 28 und 29 am Schluss; zur analogen Nachfrist gemäss Art. 62 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110] vgl. BGer 6B_62/2019 vom 21.5.2019 E. 3.2, 2C_4/2018 vom 21.2.2018 E. 2.1, in SJZ 2018 S. 223). Das Verwaltungsgericht hat sich bislang nicht dazu geäussert, ob allenfalls ganz besondere, nicht voraussehbare Hinderungsgründe eine Ausnahme rechtfertigen können (so das Bundesgericht für das bundesgerichtliche Verfahren). Wie es sich damit verhält kann auch im vorliegend zu beurteilenden Fall offenbleiben: Das neuerliche Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege stellt weder einen notwendigen ganz besonderen und nicht voraussehbaren Grund für eine Erstreckung der Nachfrist dar, noch gibt es Anlass zur Einräumung einer zweiten Nachfrist. Der Beschwerdeführer hat seinem Gesuch zwar eine neue kinder- und jugendpsychiatrische Stellungnahme eingereicht, die sich zu den Vater-Kinder-Beziehungen äussert und die Wichtigkeit der Anwesenheit des Beschwerdeführers für seine Kinder unterstreicht. Dem nunmehr anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer musste jedoch klar sein, dass auch diese Stellungnahme einen geradezu *offensichtlichen* Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im umgekehrten Familiennachzug nicht hinreichend zu belegen vermag.

3.2 Das Gesuch um Verlängerung der Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses ist demnach abzuweisen.

4.

Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde androhungsgemäss nicht einzutreten (vgl. Art. 105 Abs. 4 VRPG). Auf die Durchführung eines Schriftenswechsels konnte verzichtet werden (Art. 83 i.V.m. Art. 69 Abs. 1 VRPG). Die einzelrichterliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 57 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1).

5.

Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 108 Abs. 1 VRPG); ersatzfähige Parteikosten sind keine angefallen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG). Für den Entscheid über das Wiedererwägungsgesuch um unentgeltliche Rechtspflege werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 112 Abs. 1 VRPG).

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Das Gesuch um Wiedererwägung der Verfügung vom 6. Juli 2022 betreffend unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um Erstreckung der Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses wird abgewiesen.
3. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
4. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 500.--, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
6. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführer
 - Sicherheitsdirektion des Kantons Bern (mit Eingabe vom 22.8.2022)

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.