



## Urteil vom 23. Januar 2013

---

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),  
Richter Jean-Daniel Dubey, Richterin Ruth Beutler,  
Gerichtsschreiberin Giulia Santangelo.

---

Parteien

1. W. \_\_\_\_\_,  
2. X. \_\_\_\_\_,  
3. Y. \_\_\_\_\_,  
4. Z. \_\_\_\_\_,  
alle vertreten durch lic. iur. Alain Joset, Advokat,  
Gitterlistrasse 8, Postfach 215, 4410 Liestal,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Bundesamt für Migration (BFM),**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zur Erteilung einer  
Aufenthaltsbewilligung (Art. 14 Abs. 2 AsylG).

**Sachverhalt:****A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1968), seine Ehefrau (geb. 1971; Beschwerdeführerin) sowie Y.\_\_\_\_\_ (geb. 1997), Staatsangehörige von Bosnien-Herzegowina ersuchten im Jahr 2001 in Schweden erstmals um Asyl. Während des dort anhängigen Verfahrens wurde das zweite Kind der Ehegatten, Z.\_\_\_\_\_ (geb. 2002), geboren. Nachdem das Asylverfahren der Beschwerdeführer negativ entschieden worden war, erfolgte am 28. März 2003 die Ausschaffung in die Heimat.

**B.**

Wenige Monate später verliessen die Beschwerdeführer erneut ihre Heimat, gelangten am 10. Dezember 2003 in die Schweiz und ersuchten gleichentags um Asyl. In seiner Verfügung vom 23. Dezember 2003 hielt das damals zuständige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF; heute: BFM) fest, dass die Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllten, lehnte die Asylgesuche ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz bis zum 17. Februar 2004 an. Hinsichtlich des Wegweisungsvollzugs erhoben die Beschwerdeführer am 19. Januar 2004 bei der damals zuständigen Asylrekurskommission (ARK; heute: Bundesverwaltungsgericht) Beschwerde. Im Übrigen erwuchs die Verfügung in Rechtskraft.

**C.**

In seinem Urteil vom 4. August 2008 erachtete das nunmehr zuständige Bundesverwaltungsgericht die Wegweisung der Beschwerdeführer insbesondere als zumutbar und wies die Beschwerde ab. Hierauf setzte das BFM am 7. August 2008 die Frist zum Verlassen der Schweiz neu auf den 4. September 2008 an. Für den Vollzug der Wegweisung war das Migrationsamt des Kantons (nachfolgend: Migrationsamt) zuständig.

**D.**

Mit Eingabe vom 3. September 2008 gelangten die Beschwerdeführer an das Migrationsamt und ersuchten um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 14 Abs. 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31). Hierzu brachten sie im Wesentlichen vor, zwischenzeitlich lebten sie seit knapp fünf Jahren in der Schweiz. Der Beschwerdeführer leide an Hepatitis B und sei auf die medizinische Versorgung hierzulande angewiesen. Seit Januar 2005 werde die Beschwerdeführerin ambulant psychiatrisch behandelt. Auch diesbezüglich werde an einer adäquaten Versorgungsmöglichkeit in der Heimat gezweifelt. Sodann habe der Beschwerdeführer seit langem die Möglichkeit, eine Erwerbstätig-

keit aufzunehmen, bislang sei jedoch der Stellenantritt aufgrund der restriktiven Praxis des Wohnkantons nicht bewilligt worden. Die Beschwerdeführer hätten einen tadellosen Leumund, verfügten über gute Deutschkenntnisse und seien ausgezeichnet integriert. Ihre Kinder besuchten die erste und fünfte Klasse der Primarschule und seien ebenfalls bestens integriert.

Die Eingabe wurde mit zahlreichen Belegen, insbesondere mit Leistungsnachweisen der Kinder, mit Sprachkursbestätigungen sowie mit einigen Referenzschreiben ergänzt.

**E.**

Mit vom gleichen Tag datierter, separater Eingabe an das BFM ersuchten die Beschwerdeführer um Verlängerung der Ausreisefrist.

**F.**

Hinsichtlich des Gesuchs um Erteilung einer ordentlichen Aufenthaltsbewilligung hielt das Migrationsamt am 9. September 2008 fest, die Beschwerdeführer erfüllten das gesetzliche Kriterium der fünfjährigen Anwesenheit nicht, weshalb sich eine weitere Prüfung der Voraussetzungen erübrige. Es sei sodann darauf hinzuweisen, dass sie lediglich im Zustimmungsverfahren auf Bundesebene Parteistellung hätten.

**G.**

Am 10. September 2008 schliesslich wurde die ersuchte Verlängerung der Ausreisefrist abgewiesen und die Beschwerdeführer wurden aufgefordert den Anordnungen im Wegweisungsvollzug Folge zu leisten.

**H.**

Die Beschwerdeführer reisten jedoch nicht aus und reichten statt dessen am 16. September 2008 beim Migrationsamt eine Aufforderung ein, ihr Anliegen erneut zu prüfen, wobei sie den Standpunkt vertraten, die Weigerung, das unterbreitete Härtefallgesuch zu prüfen, sei überspitzt formalistisch, wenn bei einer Aufenthaltsdauer von vier Jahren und neuneinhalb Monaten darauf abgestellt werde, dass das Kriterium der fünf Jahre nicht erfüllt sei. Dies umso mehr, als dass sie zuvor nicht in der Heimat, sondern bereits seit 2001 in Schweden gelebt hätten. Sollte sich das Migrationsamt weigern, den Fall der Vorinstanz zur Zustimmung zu unterbreiten, sei dies in einer anfechtbaren Verfügung festzuhalten, andernfalls mit einer Rechtsverweigerungsbeschwerde zu rechnen sei.

**I.**

Mit einer weiteren Eingabe vom 18. September 2008 gelangten die Beschwerdeführer an das BFM und ersuchten um Feststellung der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs. Dieses Gesuch wurde vom Bundesverwaltungsgericht als Revisionsgesuch entgegengenommen.

**J.**

Am 17. Oktober 2008 hielt das Migrationsamt fest, dass den Beschwerdeführern im kantonalen Härtefallverfahren keine Parteistellung zukomme, weshalb auch kein Anspruch auf Erlass einer Verfügung bestehe.

**K.**

Mit Urteil vom 28. Oktober 2008 trat das Bundesverwaltungsgericht auf das Revisionsgesuch nicht ein.

**L.**

Hierauf wurde die Ausreisefrist vom BFM auf den 2. November 2009 festgesetzt.

**M.**

Mit einem weiteren Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 14 Abs. 2 AsylG gelangten die Beschwerdeführer am 9. Oktober 2009 an das Migrationsamt, welches den Fall prüfte und eine Weiterleitung an das BFM zur Zustimmung erneut verweigerte.

**N.**

Hierauf reichten die Beschwerdeführer am 22. Oktober 2009 eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ein, auf welche das Migrationsamt am 30. Oktober 2009 nicht eintrat. Das gleichentags beim Rekursgericht im Ausländerrecht dagegen erhobene Rechtsmittel wurde mit dem Antrag verbunden, den Ausgang des Entscheides in der Schweiz abwarten zu dürfen. In seiner Zwischenverfügung vom 31. Oktober 2009 lehnte das Rekursgericht jedoch aufenthaltssichernde Massnahmen ab.

**O.**

Am 1. November 2009 wurde das Migrationsamt von vorgesetzter Stelle angewiesen, die Voraussetzungen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles nach Art. 14 Abs. 2 AsylG zu prüfen. Daraufhin wurde der Vollzug der Wegweisung ausgesetzt und der für den 2. November 2009 gebuchte Flug annulliert.

**P.**

Mit Urteil vom 27. November 2009 wies das Rekursgericht im Ausländerrecht das Rechtsmittel vom 30. Oktober 2009 ab, soweit es darauf eintrat.

**Q.**

Am 3. Dezember 2009 unterbreitete das Migrationsamt der Vorinstanz einen Antrag auf Prüfung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles gestützt auf Art. 14 Abs. 2 AsylG und ersuchte, insbesondere im Hinblick auf die persönliche Situation des Y.\_\_\_\_\_, um Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Die Vorinstanz gewährte den Beschwerdeführern am 4. Januar 2010 das rechtliche Gehör zur erwogenen Zustimmungsverweigerung, wovon diese mit Eingabe vom 28. Januar 2010 Gebrauch machten, und erliess am 8. Februar 2010 eine abweisende Verfügung.

**R.**

Gegen die vorgenannte Verfügung erhoben die Beschwerdeführer am 12. März 2010 Rechtsmittel beim Bundesverwaltungsgericht und stellten die folgenden Rechtsbegehren: Es sei die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Februar 2010 und die darin verfügte Zustimmungsverweigerung aufzuheben. Das BFM sei zu verpflichten, seine Zustimmung zu geben und den Beschwerdeführern wegen Vorliegens eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Ferner sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und den Beschwerdeführern zu gestatten, den Entscheid in der Schweiz abzuwarten. Weiter wurde um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Rechtsverteidigung ersucht. In Bezug auf die Situation der beiden Kinder wurde darauf hingewiesen, dass diese nie angehört oder anderweitig in angemessener Weise in das Verfahren einbezogen worden seien, was eine klare Verletzung von Art. 12 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (im Folgenden: Kinderrechtskonvention, KRK, SR 0.107) darstelle.

**S.**

Mit Zwischenverfügung vom 23. März 2010 lehnte das Bundesverwaltungsgericht die Anordnung von aufenthaltssichernden vorsorglichen Massnahmen ab, weil dies einerseits nicht Gegenstand der Verfügung sei und andererseits die Bereitschaft zur Aufenthaltsregelung und zur Duldung in die kantonale Kompetenz falle.

**T.**

Die Vorinstanz schloss in ihrer Vernehmlassung vom 24. März 2010 auf Abweisung der Beschwerde.

**U.**

Die Beschwerdeführer hielten in ihrer Replik vom 30. April 2010 am Rechtsmittel unverändert fest.

**V.**

Mit Instruktionsverfügung vom 11. Juni 2012 gab das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführern Gelegenheit zur Aktualisierung des Sachverhalts. Von dieser Möglichkeit machten sie mit Eingabe vom 16. August 2012 Gebrauch.

**W.**

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Verfügungen des BFM betreffend Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 14 Abs. 2 AsylG unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 32 sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

**1.2** Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz und das Asylgesetz nichts anderes bestimmen (Art. 6 AsylG und Art. 37 VGG ).

**1.3** Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, worüber die Vorinstanz in Form einer Verfügung entschieden hat oder richtigerweise hätte entscheiden müssen. Im vorliegenden Fall ist es die Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung, um die der Beschwerdeführer selbst nachgesucht hat, sowie die Wegweisung aus der Schweiz. Soweit der Beschwerdeführer die Erteilung einer Auf-

enthaltbewilligung durch die Vorinstanz verlangt, erweist sich sein Rechtsmittel als unzulässig.

**1.4** Die Beschwerdeführer sind als Adressaten der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist – soweit zulässig – einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

## **2.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhaltes 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 Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2011/1 E. 2).

## **3.**

**3.1** Gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG kann der Kanton mit Zustimmung des BFM einer ihm nach dem Asylgesetz zugewiesenen Person eine Aufenthaltsbewilligung erteilen, wenn diese Person sich seit Einreichung des Asylgesuches mindestens fünf Jahre in der Schweiz aufhält (Bst. a), ihr Aufenthaltsort den Behörden immer bekannt war (Bst. b) und wegen ihrer fortgeschrittenen Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Bst. c). Die Regelung des Art. 14 Abs. 2 AsylG bildet eine Ausnahme von dem in Abs. 1 der selben Bestimmung verankerten Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens, der die Durchführung eines ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahrens von der Einreichung eines Asylgesuchs bis zur Ausreise oder bis zur Anordnung der vorläufigen Aufnahme verbietet, es sei denn es bestehe ein Anspruch darauf. Die Ausnahmeregelung des Art. 14 Abs. 2 AsylG kommt unabhängig davon zur Anwendung, ob das Asylverfahren noch rechtshängig oder bereits abgeschlossen ist.

**3.2** Als abgewiesene Asylbewerber, die weder vorläufig aufgenommen sind noch über einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verfügen, müssen die Beschwerdeführer den Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens nach Art. 14 Abs. 1 AsylG gegen sich gelten lassen. Folge ist, dass die ausländerrechtliche Regelung ihres Aufenthaltes in der Schweiz nur gestützt auf die Ausnahmeregelung des Art. 14 Abs. 2 AsylG möglich ist. Die Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 2 Bst. a und b AsylG erfüllen die Beschwerdeführer: Denn seit Einreichung des Asylgesuchs im Jahr 2003 halten sie sich mehr als fünf Jahre in der Schweiz auf, und ihr Aufenthaltsort war den Behörden immer bekannt. Zu prüfen bleibt, ob bei ihnen nach Massgabe von Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG "wegen der fortgeschrittenen Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall" vorliegt.

**3.3** Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entspricht der unbestimmte Rechtsbegriff des "schwerwiegenden persönlichen Härtefalls" nach Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG weitgehend dem Härtefallbegriff des Art. 30 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20), der seinerseits auf der Vorgängerregelung des Art. 13 Bst. f der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, AS 1986 1791) aufbaut. Die namentlich vom Bundesgericht zum Härtefallbegriff des Art. 13 Bst. f BVO entwickelte Rechtsprechung ist daher im Kontext von Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG weiterhin massgebend (vgl. dazu eingehend BVGE 2009/40 E. 5 mit Hinweisen). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer ist es Aufgabe des BFM, in Ausübung seiner Zustimmungskompetenz das Vorliegen eines Härtefalls frei, umfassend und ohne Bindung an die kantonalen Anträge zu prüfen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1591/2010 vom 31. Oktober 2011 E. 3.3 mit zahlreichen Hinweisen).

#### **4.**

**4.1** In gleicher Weise wie im ordentlichen Ausländerrecht darf auch im Anwendungsbereich des Asylgesetzes ein schwerwiegender persönlicher Härtefall nicht leichthin angenommen werden. Erforderlich ist, dass sich die ausländische Person in einer Notlage befindet. Das bedeutet, dass ihre Lebens- und Existenzbedingungen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von ausländischen Personen, in gesteigertem Mass in Frage gestellt sind bzw. die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung für sie mit schweren Nachteilen verbunden wäre. Entscheidend ist, ob die Aufgabe des Aufenthaltes in der Schweiz und die Rückkehr in das Herkunfts-

land die Existenz der ausländischen Person in gesteigertem Masse in Frage stellen und mithin eine besondere Härte darstellen würde. Darüber ist aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalles zu befinden. Besonders wichtige Wertungsgesichtspunkte führt beispielhaft Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) in Anlehnung an die Rechtsprechung zum altrechtlichen Härtefallbegriff des Art. 13 Bst. f BVO auf. Im Einzelnen werden folgende Kriterien genannt: Die Integration (Bst. a), die Respektierung der Rechtsordnung (Bst. b), die Familienverhältnisse (Bst. c), die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung (Bst. d), die Dauer der Anwesenheit (Bst. e), der Gesundheitszustand (Bst. f) und die Möglichkeit für eine Wiedereingliederung im Herkunftsland (Bst. g).

**4.2** 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 genügen eine langdauernde Anwesenheit und die fortgeschrittene Integration sowie ein klagloses Verhalten für sich allein betrachtet nicht, 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 dieser Anforderung gewöhnlich nicht (vgl. BGE 130 II 39 E. 3 S. 41 f. und BVGE 2007/45 E. 4.2 je mit Hinweisen). Immerhin werden bei einer sehr langen Aufenthaltsdauer weniger hohe Anforderungen an das Vorliegen besonderer Umstände, wie etwa eine überdurchschnittliche Integration oder andere Faktoren, gestellt, welche die Rückkehr ins Heimatland als ausgesprochen schwierig erscheinen lassen (vgl. BGE 124 II 110 E. 3 S. 113; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4306/2007 vom 11. Dezember 2009 E. 6.3).

**4.3** Bei Härtefallgesuchen von Familien darf sodann die Situation der einzelnen Mitglieder nicht isoliert betrachtet werden. Das Schicksal der Familie stellt eine Einheit dar, und es wäre schwierig, das Vorliegen eines Härtefalles beispielsweise einzig für die Eltern oder nur für die Kinder anzunehmen (BVGE 2007/16 E. 5.3 S. 196). Besonderes Augenmerk ist dabei den Kindern zu widmen. Gemäss Art. 3 Abs. 1 KRK ist das Kindeswohl bei allen Massnahmen, die Minderjährige betreffen, ein Aspekt

von vorrangiger Bedeutung (BGE 135 I 153 E. 2.2.2). Ungeachtet der umstrittenen Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist das Kindeswohl zumindest im Rahmen einer völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts zu berücksichtigen (vgl. Entscheid des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 19. November 1998, auszugsweise publiziert in *Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB]* 63.13 E. 5d/bb mit Hinweisen; zur Frage der Ansprüche gestützt auf die KRK vgl. BGE 126 II 377 E. 5d S. 392). Dem wird in der Praxis insofern Rechnung getragen, als der fortgeschrittenen sozialen und schulischen Integration von Kindern in der Schweiz regelmässig besonderes Gewicht beigemessen wird (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2A.578/2005 vom 3. Februar 2006 und 2A.679/2006 vom 9. Februar 2007).

**4.4** Gleichzeitig ist hervorzuheben, dass die ausländerrechtliche Zulassung wegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles nicht das Ziel verfolgt, ausländische Personen gegen die Folgen eines Krieges oder des Missbrauchs staatlicher Gewalt zu schützen. Dafür stehen die Rechtsinstitute des Asyls oder der vorläufigen Aufnahme zur Verfügung (BGE 123 II 125 E. 3 S. 127 f.; 119 Ib 33 E. 4b S. 42 f.). Im vorliegenden rechtlichen Kontext sind ausschliesslich humanitäre Gesichtspunkte ausschlaggebend, wobei im Zentrum der Überlegungen die Verankerung der ausländischen Person in der Schweiz steht. Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG betont diesen Umstand ausdrücklich, indem er verlangt, dass der Härtefall gerade wegen der fortgeschrittenen Integration in der Schweiz eintritt. Im Rahmen einer Gesamtschau sind jedoch gemäss langjähriger Praxis auch der Gesundheitszustand einer Person sowie die Möglichkeiten einer Wiedereingliederung im Herkunftsland in die Beurteilung einzubeziehen (heute sind diese von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien in Art. 31 Abs. 1 Bst. f und g VZAE positivrechtlich verankert). Das kann nicht losgelöst von den persönlichen, familiären und ökonomischen Schwierigkeiten geschehen, denen eine ausländische Person in ihrem Heimatland ausgesetzt wäre (vgl. BGE 123 II 125 E. 3 S. 128). Daraus ergibt sich eine gewisse Überschneidung von Gründen, die den Wegweisungsvollzug betreffen, und solchen, die einen Härtefall (mit)begründen können. Dies ist nicht zu vermeiden und in Kauf zu nehmen.

## **5.**

Vor dem Hintergrund der erwähnten Beurteilungskriterien stellt sich der entscheidswesentliche Sachverhalt wie folgt dar:

**5.1** Die heute 44 und 41 Jahre alten Beschwerdeführer sind im Dezember 2003 gemeinsam mit ihren Kindern in die Schweiz gelangt. Inzwischen halten sie sich seit neun Jahren hier auf. Die Dauer ihres bisherigen Aufenthaltes kann (im vorliegenden rechtlichen Kontext) sicherlich nicht mehr als kurz, aber auch noch nicht als derart lang betrachtet werden, dass ohne das Vorliegen besonderer Umstände auf einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall geschlossen werden könnte. Insbesondere können die Beschwerdeführer nichts aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ableiten, wonach bei ausländischen Personen, die sich seit zehn Jahren in der Schweiz aufhalten, in der Regel vom Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles auszugehen ist, sofern sie finanziell unabhängig sowie sozial und beruflich gut integriert sind, sich bis dahin klaglos verhalten und die Dauer des bisherigen Aufenthalts nicht durch missbräuchliches Ergreifen von Rechtsmitteln selbst verursacht haben. Denn diese Rechtsprechung bezieht sich auf Asylbewerber, über deren Asylgesuch nach zehn Jahren immer noch nicht befunden wurde (BGE 124 II 110 E. 3). Damit wird der besonderen Situation dieser Personenkategorie Rechnung getragen, die von Verfahren wegen gezwungen ist, den Kontakt zum Herkunftsland abubrechen. Die Beschwerdeführer befinden sich in einer anderen Situation. Über die asylrechtliche Erheblichkeit der von ihnen geltend gemachten Fluchtgründe wurde rechtskräftig mit Verfügung vom 23. Dezember 2003 befunden. Das weitere Beschwerdeverfahren beschränkte sich auf den Vollzug der Wegweisung, insbesondere auf die Frage der Zumutbarkeit. Mit Urteil vom 4. August 2008, und damit nach weniger als fünf Jahren Anwesenheit erfolgte auch diesbezüglich ein negativer Entscheid. Der Aufenthalt über die definitive Ausreisefrist hinaus war zunächst illegal und gründete später in der Duldung durch den Aufenthaltskanton. Weder waren die Beschwerdeführer nach dem 23. Dezember 2003 – und damit gerade einmal zwei Wochen nach ihrer Einreise – gezwungen, den Kontakt zu ihrer Heimat abgebrochen zu halten, noch konnten sie nach dieser kurzen Zeit in guten Treuen davon ausgehen, dass ihr Aufenthalt in der Schweiz trotz abgewiesenen Asylgesuchen geregelt werde. Ob das Verhalten der Beschwerdeführer nach Urteilsfällung am 4. August 2008 als absichtliche Verlängerung der Aufenthaltsdauer durch missbräuchliches Ergreifen von Rechtsmitteln (vgl. auch BGE 123 II 125 E. 3 S. 128; Urteil des Bundesgerichts 2A.542/2005 vom 11. November 2005 E. 3.2.1), um in den Genuss einer Aufenthaltsbewilligung zu gelangen, zu gelten hat, kann vorliegend offen bleiben. Fest steht, dass sie aus der durch das (versuchte) Ergreifen von Rechtsmitteln erfolgten Verzögerung der Ausreise nichts zu ihren Gunsten ableiten können. Die Dauer des bisherigen Aufenthaltes ist folglich

nicht geeignet, die Anforderungen an andere, zu prüfende Wertungsgesichtspunkte herabzusetzen.

**5.2** Die Beschwerdeführer beachten die Rechtsordnung und verfügen über einen einwandfreien Leumund. Soweit aus den Akten ersichtlich, ist gegen sie nichts Nachteiliges bekannt. Sie kommen des Weiteren – bei vollumfänglicher Unterstützung durch die Sozialhilfe – den finanziellen Verpflichtungen nach. Ihre wirtschaftliche Abhängigkeit ist insofern entschuldbar, als sich der Beschwerdeführer nachweislich um eine Anstellung bemüht hat, dass ihm die Möglichkeit geboten wurde eine Arbeit anzutreten, der Stellenantritt durch die zuständige kantonale Behörde bis anhin jedoch nicht bewilligt wurde. Diese Einschränkung gilt es angemessen zu berücksichtigen bzw. die fehlende wirtschaftliche Erwerbstätigkeit sowie die damit verbundene finanzielle Abhängigkeit darf nicht negativ gewertet werden. Vielmehr ist darauf abzustellen, dass der Beschwerdeführer seinen Willen sich wirtschaftlich zu integrieren durch die eingereichten Anstellungsangebote belegen konnte. Es kann folglich davon ausgegangen werden, dass diese Bereitschaft am Arbeitsleben teilzunehmen auch nach Bewilligungserteilung bestehen wird. Den eingereichten Bestätigungsschreiben ist sodann zu entnehmen, dass die Beschwerdeführer insgesamt über gute Kenntnisse der an ihrem Wohnort gesprochenen Landessprache verfügen. Soweit erfüllen sie die allgemeinen Anforderungen an die Integration ausländischer Personen (vgl. dazu Art. 4 AuG, Art. 62 Abs. 1 und Art. 77 Abs. 4 VZAE, Art. 4 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern [VIntA, SR 142.205]). Darüber hinausragende, überdurchschnittliche Integrationsleistungen sind indessen nicht ersichtlich.

**5.3** Der Beschwerdeführer hat in seiner Heimat während zwei Jahren ein Sportstudium absolviert und war zuletzt als Grundschullehrer tätig. Gemäss Arbeitsvertrag vom 16. April 2010 hätte er die Möglichkeit gehabt, in einem Gipsergeschäft als Hilfsarbeiter eine Stelle anzutreten. Die Weigerung des Kantons, dem Beschwerdeführer eine Bewilligung zu erteilen, stand einer Anstellung bis anhin jedoch entgegen. Dass sich der Beschwerdeführer in den weiteren Bereichen um Integration bemüht hätte, wird zwar zumindest teilweise behauptet, aber nicht belegt. In sprachlicher Hinsicht geht aus den Akten hervor, dass er vom 7. Januar 2008 bis am 29. April 2008 einen Deutschbasiskurs besucht hat und damit nach gut vier Jahren lediglich über eine elementare Sprachanwendung bzw. einen elementaren Wortschatz auf Stufe A1 des Europäischen Sprachportfolios (ESP) verfügt. Entsprechend wird in den Unterstützungsschrei-

ben jeweils darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer geringe Sprachkenntnisse aufweist. Weitere Integrationsleistungen sind sodann nicht aktenkundig. Wohl wird in den zahlreichen Bestätigungsschreiben auf die gute Integration der Familie hingewiesen, die Stellungnahmen beziehen sich jedoch hauptsächlich auf die Kinder sowie teilweise auf die Ehefrau. Hinsichtlich des Beschwerdeführers wird auf seine Unterstützung in der Kirche, primär im Rahmen vom Auf- und Abbau bei Festen, auf seine handwerklichen Tätigkeiten im von seiner Ehefrau kultivierten Schrebergarten sowie auf seine praktischen Arbeiten in den Asylunterkünften hingewiesen. Obwohl Bemühungen in einem gewissen Rahmen nicht bestritten werden, kann sich der Beschwerdeführer damit nicht auf aussergewöhnliche Integrationsleistungen berufen. Vielmehr stellen die ausgewiesenen Bemühungen durchschnittliche Integrationsleistungen dar und sind damit nicht geeignet einen Härtefall zu begründen.

**5.4** Hinsichtlich der Beschwerdeführerin geht aus den Akten hervor, dass sie in den Jahren 2005 bis 2007 an insgesamt drei "MuKi-Deutsch"-Kursen teilgenommen hat und auch später um den Erwerb der deutschen Sprache bemüht war, indem sie gezielt in Kontakt mit Schweizern getreten ist. Ferner wird der regelmässige Besuch am "Runden Tisch Integration" bescheinigt sowie ihr aktives Engagement an einem vom HEKS organisierten Gartenprojekt und ihre Co-Leitung an einem Integrationsprojekt. Aus den zahlreichen Empfehlungsschreiben geht sodann hervor, dass die Beschwerdeführerin geschätzt wird und ihre Bemühungen in sprachlicher Hinsicht dazu geführt haben, dass sie zwischenzeitlich bereits etwas Schweizerdeutsch beherrscht. Sie kann damit, angesichts ihrer schwierigen Ausgangslage als gut in der Schweiz integriert gelten. Fraglich ist jedoch, ob ihre Bemühungen für sich genommen bereits ausreichen, um einen Härtefall zu begründen.

**5.5** Zu beachten ist des Weiteren, dass beim Beschwerdeführer eine chronisch persistierende Hepatitis B diagnostiziert wurde, deren Ursache nicht klar ist. Dem einzigen sich in den Akten befindlichen Bericht des behandelnden Arztes vom 15. August 2008 kann entnommen werden, dass aufgrund der medizinischen Umstände zum damaligen Zeitpunkt eine klare Indikation zur Therapie bestand. Über seine aktuelle gesundheitliche Situation äussert sich der Beschwerdeführer indessen nicht, obwohl anhand des Arztberichtes davon auszugehen ist, dass regelmässig Labor- und Ultraschallkontrollen notwendig sind. Der behandelnde Arzt schätzt sodann die diagnostischen und therapeutischen Möglichkeiten in Bosnien bei einem mittellosen Menschen als gering ein.

Aus dem Arztbericht vom 15. August 2008 geht weiter hervor, dass der Beschwerdeführer im Jahre 2004 mit Verdacht auf eine posttraumatische Belastungsstörung durch den Bürgerkrieg und dessen Folgen psychotherapeutisch sowie psychopharmakologisch behandelt werden musste. Diese Beschwerden seien im Jahre 2008 noch vorhanden gewesen. Auch die Beschwerdeführerin hat mit seelischen Problemen zu kämpfen. Gemäss ärztlichem Bericht vom 29. August 2008 leidet sie an einer chronifizierten depressiven Störung infolge eines Kriegstraumas sowie an rezidivierenden Spannungskopfschmerzen. Im Falle einer Ausweisung aus der Schweiz müsse mit einer Verschlechterung ihres depressiven Zustandsbildes gerechnet werden.

Zunächst gilt der Hinweis auf den vorinstanzlichen Entscheid, wonach die geltend gemachten Beschwerden in der Heimat ohne weiteres behandelbar seien. Darauf ist umso mehr abzustellen, als auf Beschwerdeebene keine weiteren diesbezüglichen Ausführungen erfolgt sind. Hinsichtlich der Auswirkungen des Traumas ist insgesamt auf die Ausführungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. August 2008 in Bezug auf den Vollzug der Wegweisung zu verweisen. Konkrete Hinweise, wonach eine Rückkehr der Beschwerdeführer zu einer Retraumatisierung führen würde, liegen auch zum heutigen Zeitpunkt keine vor. Sodann stehen die psychischen Beschwerden zu einem bedeutenden Teil im Zusammenhang mit der drohenden Rückführung in die Heimat. Liegt die Ursache von seelischen Beeinträchtigungen oder wie vorliegend eine befürchtete Verschlimmerung nicht in den Verhältnissen des Ziellandes sondern im Vorgang des Wegweisungsvollzugs als solchen, vermag dies eine Wegweisung nicht in Frage zu stellen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4655/2009 vom 5. Oktober 2011 E. 7.8.3 mit Hinweis).

**5.6** Zu den Möglichkeiten einer Reintegration in Bosnien und Herzegowina ist einleitend festzuhalten, dass die Niederlassungs- und Bewegungsfreiheit der Beschwerdeführer seit in Krafttreten der bosnisch-herzegowinischen Verfassung gewährleistet ist, womit es möglich sein dürfte, einen eigenen, festen Wohnsitz zu begründen. Gegenteiliges wurde auf Beschwerdeebene nicht mehr geltend gemacht und stünde im Widerspruch zu der in der bosnisch-herzegowinischen Föderation garantierten Niederlassungsfreiheit. Weiter ist festzustellen, dass die Beschwerdeführer erst im Alter von 35 bzw. 32 Jahren in die Schweiz gelangt sind. Selbst im Falle der Berücksichtigung der in Schweden verbrachten Zeit waren sie bei ihrer ersten Ausreise bereits 33 bzw. 30 Jahre alt und haben folglich den weitaus grössten Teil ihres bisherigen Lebens in der

Heimat verbracht. Mit den heimatlichen Lebensverhältnissen und Gepflogenheiten werden sie deshalb bestens vertraut sein. Des Weiteren kann davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführer über den familiären Kreis hinaus – Eltern und Geschwister – über ein soziales Beziehungsnetz verfügen bzw. dieses wieder aktivieren könnten. Die hierzulande erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten wären dort zweifelsohne von Nutzen. Zudem verfügt der Beschwerdeführer über eine gute Schulbildung und besitzt bereits Erfahrung als Grundschullehrer in der Heimat. Damit soll nicht gesagt werden, dass die Wiedereingliederung der Beschwerdeführer in ihrer Heimat ohne grössere Probleme möglich wäre. Nach vorliegend vertretener Auffassung würden einer Wiedereingliederung jedoch keine unüberwindbaren Hindernisse entgegenstehen.

## **6.**

Abschliessend ist auf die Situation der beiden Kinder der Beschwerdeführer einzugehen. Diesen ist unter dem Gesichtspunkt des von der Kinderrechtskonvention geschützten Kindeswohls besondere Bedeutung zu zumessen.

**6.1** Y.\_\_\_\_\_ ist im Alter von sechs Jahren in die Schweiz gelangt. Somit befand er sich in einer Phase, in der die Sozialisierung ausserhalb des engen Familienkreises noch nicht richtig begonnen hat. Den wesentlichen Teil seiner obligatorischen Schulzeit absolvierte er hier in der Schweiz, zuvor wohnte er zwischen seinem dritten und sechsten Altersjahr in Schweden. Die Zeit bis zu seinem dritten Lebensjahr sowie während einiger Monate als Sechsjähriger verbrachte er in seiner Heimat. Heute, neun Jahre später, steht der Junge mitten in der Adoleszenz. Er befindet sich im vierten Oberstufenjahr und besucht erfolgreich die Bezirksschule, dem leistungsstärksten Schultyp im Wohnkanton. Sodann belegte er fakultativ Französisch Zusatz. Ob er anschliessend eine Berufsausbildung absolvieren möchte oder seine schulische Laufbahn auf der Mittelstufe fortführen wird, geht aus den Akten nicht hervor. Fest steht indessen, dass ihm aufgrund seiner überdurchschnittlichen schulischen Leistungen sämtliche Möglichkeiten offen stehen. Seit sechs Jahren besucht er zudem freiwillig den Instrumentalunterricht und spielt erfolgreich Keyboard. Ebenfalls ist er im Fussballclub. Aus den zahlreichen Unterstützungsschreiben zu Gunsten der Beschwerdeführer zeigt sich, dass Y.\_\_\_\_\_ entsprechend seinem Alter vielfältige Kontakte ausserhalb der Familie unterhält, er sehr geschätzt wird und in jeder Hinsicht im sozialen und schulischen Umfeld als integriert zu betrachten ist.

**6.2** Unter den gegebenen Umständen käme die erzwungene Rückkehr nach Bosnien und Herzegowina einer eigentlichen Entwurzelung gleich. Zum Verlust des sozialen Umfelds träten mit Sicherheit erhebliche Integrationsprobleme hinzu. Beides wäre mit dem Schutzanliegen des Kindeswohls nicht vereinbar. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass der Junge weder sprachlich noch kulturell eng mit seiner Heimat verknüpft ist. Ebenso liegt es auf der Hand, dass der Übergang in die Berufsausbildung und das Berufsleben oder zu einer höheren schulischen Bildung in höchstem Masse gefährdet wäre, müsste er zum jetzigen Zeitpunkt die Schweiz verlassen.

**6.3** Z.\_\_\_\_\_ schliesslich, das zweite Kind der Beschwerdeführer, wurde in Schweden geboren und hat lediglich als Kleinkind einige Monate in der Heimat verbracht, bevor das damals einjährige mit seinen Eltern in die Schweiz gelangt ist. Es gilt folglich zu berücksichtigen, dass es nie in seiner Heimat gelebt hat und der dortige Alltag für Z.\_\_\_\_\_ völlig fremd sein dürfte. Heute mit 10 Jahren ist Z.\_\_\_\_\_ noch nicht an der Schwelle zur Adoleszenz, dennoch befindet sie sich nicht mehr in einem Alter, in dem sie sich ohne Weiteres in einer kaum vertrauten Umgebung einfügen könnte. Zweifellos würde dadurch ihre positive Entwicklung gefährdet. Derzeit besucht sie die Primarschule und wird in diversen Unterstützungsschreiben von Lehrern sowie Eltern von Mitschülern als freundliches, aufgewecktes und interessiertes Kind beschrieben. Sie sei rücksichtsvoll und hilfsbereit, nehme regelmässig an Freizeitaktivitäten teil, habe viele Freundinnen und erscheine in jeder Hinsicht als gut integriert. Ihre schulischen Leistungen sind überdurchschnittlich. Sämtliche Primarlehrerinnen attestieren dem Mädchen eine fleissige und motivierte Arbeitseinstellung sowie die aktive Beteiligung am schulischen Unterricht.

**6.4** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die beiden Kinder mit ihrem schulischen und ausserschulischen Engagement eher überdurchschnittliche Leistungen erzielen. Die Anstrengungen der Kinder, sich in die hiesige Gesellschaft einzufügen, spiegeln sich sodann ebenfalls in der mittels diverser Unterstützungsschreiben von Lehrern und Eltern attestierten, für ihr Alter eher hohen Sozialkompetenz wieder. Entsprechend sind sie in der Schweiz sehr gut verankert. Die Tochter befindet sich zwar noch in einem anpassungsfähigen Alter. Ihre persönliche Entwicklung ist zweifellos stark an die Beziehung zu den Eltern gebunden. Dennoch dürfte es für ein zehnjähriges Mädchen, welches sein gesamtes Leben in der Schweiz verbracht hat und seine Heimat kaum kennt, nicht einfach sein, sich dort zu integrieren. Die Situation bei Y.\_\_\_\_\_ erweist sich als noch

komplexer. Mit seinen 15 Jahren steht er heute mitten in der Adoleszenz, einer für die Entwicklung zur sozialen Persönlichkeit wesentlichen Lebensphase. Auch er ist in einem Alter in die Schweiz gelangt, in dem er noch keine autonomen Beziehungen ausserhalb des engsten Familienkreises aufbauen konnte. Dies geschah in den nachfolgenden neun Jahren. In dieser Zeit haben beide Kinder vielfältige Kontakte zum ausserfamiliären Umfeld geknüpft und vertieft. Namentlich beim 15-jährigen Y.\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführer dürfte dieser Prozess weit fortgeschritten sein. In seinem Fall kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass er durch das hiesige soziale und kulturelle Umfeld nachhaltig geprägt wurde und dauerhaft in ein stabiles Beziehungsnetz eingebunden ist. Ein Herausreissen der Kinder aus dem während langen Jahren gewachsenen sozialen Umfeld und ihre Verpflanzung in eine weitgehend fremde Umgebung und Kultur würde bereits das Mädchen schwer treffen und sie vor ernst zu nehmende Integrationsprobleme stellen. Mit Bezug auf Y.\_\_\_\_\_, der aufgrund der Aufenthaltsdauer, seiner schulischen und ausserschulischen Kontakte und der weit fortgeschrittenen Adoleszenz an die schweizerischen Verhältnisse weitgehend assimiliert sein dürfte, wären die Folgen noch entschieden gravierender. Ob die hier begonnene schulische Ausbildung in angemessener Weise fortgesetzt werden kann, ist dabei keineswegs sicher. Gesamthaft ist davon auszugehen, dass eine erhebliche Belastung in der Entwicklung der beiden Kinder zu befürchten wäre, die mit dem Schutzanliegen des Kindeswohls nicht vereinbar ist.

**6.5** Angesichts dieser klaren Sachlage erübrigen sich ergänzende Erkundungen im Sinne eines – wie auf Beschwerdeebene gefordert – Einbezugs der Kinder im vorliegenden Verfahren. Damit liegt auch keine Verletzung von Art. 12 KRK vor, zumal den Interessen der Kinder unter Berücksichtigung sämtlicher Verfahrensakten vollständig Rechnung getragen wurde.

## **7.**

Das Bundesverwaltungsgericht kommt im Rahmen einer gesamthaften Würdigung aller relevanten Beurteilungselemente zum Schluss, dass unter besonderer Berücksichtigung der weit fortgeschrittenen Integration des Y.\_\_\_\_\_ und der erheblichen Wiedereingliederungsprobleme, die er im Falle einer Rückkehr nach Bosnien-Herzegowina zu gewärtigen hätte, ein schwerwiegender persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG anzunehmen ist. Bei dieser Beurteilung lässt sich das Bundesverwaltungsgericht massgeblich vom Gedanken des Kindeswohls

leiten, der in Beachtung der Kinderrechtskonvention bei allen staatlichen Massnahmen, die minderjährige Personen betreffen, ein Gesichtspunkt von vorrangiger Bedeutung ist (vgl. oben Ziff. 4.3). Da die übrigen Voraussetzungen einer ausländerrechtlichen Regelung nach Art. 14 Abs. 2 AsylG erfüllt sind, erweist sich die angefochtene Verfügung als bundesrechtswidrig (Art. 49 VwVG). Sie ist in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Zustimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 AsylG ist zu erteilen.

#### **8.**

Für dieses Verfahren sind keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG), und es ist den Beschwerdeführern zu Lasten der Vorinstanz für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Diese ist unter Berücksichtigung des aktenkundigen Aufwands und in Anwendung von Art. 7 ff des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 2'000.- festzusetzen (inkl. MwSt.). Damit ist das Gesuch der Beschwerdeführer um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos geworden.

#### **9.**

Dieses Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Dispositiv Seite 19

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben, und die Zustimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 AsylG wird erteilt.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 2'000.- (inkl. MwSt.) zu entschädigen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...; Akten retour)
- das Migrationsamt

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Marianne Teuscher

Giulia Santangelo

Versand: