



Urteil vom 14. März 2019

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richter Andreas Trommer,
Richter Gregor Chatton,
Gerichtsschreiberin Mirjam Angehrn.

Parteien

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,
3. **C.** _____,
4. **D.** _____,
alle vertreten durch lic. iur. Nicolas von Wartburg,
Rechtsanwalt, Advokatur Kanonengasse,
Militärstrasse 76, Postfach, 8021 Zürich,
Beschwerdeführende,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

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

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer 1 (geb. 1981, serbischer Staatsangehöriger) und die Beschwerdeführerin 2 (geb. 1980, kosovarische Staatsangehörige) gelangten am 16. August 2008 bzw. am 4. Juli 2011 als Asylsuchende in die Schweiz (Akten der Vorinstanz [SEM-act./pag.] A4/10 S. 7 Nr. 17 bzw. A3/11 S. 8 Ziff. 17). Unter Anordnung der Wegweisung wurden ihre am 18. August 2008 bzw. 13. Juli 2011 gestellten Asylgesuche erstinstanzlich abgewiesen, ebenso wie die dagegen gerichtete Beschwerde, über die das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 19. März 2015 entschied (E-135/2015). Die ihnen in der Folge angesetzte Frist zum Verlassen der Schweiz (20. April 2015) liessen sie unbenutzt verstreichen. Sie reisten bis heute nicht aus der Schweiz aus. In der Zwischenzeit wurden ihre zwei Kinder geboren (am [...] und [...]; Beschwerdeführer 3 und 4).

B.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau vom 27. Dezember 2011 wurde der Beschwerdeführer 1 wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen bestraft (SEM-act. 1 pag. 1 - 2). Die Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau hat mit Strafbefehls-Nachentscheid vom 22. Februar 2012 dem Sistierungsgesuch des Beschwerdeführers stattgegeben und an Stelle der Ersatzfreiheitsstrafe für die Geldstrafe von 40 Tagessätzen den Tagessatz um drei Viertel herabgesetzt (SEM-act. 2 pag. 31 - 33).

C.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern vom 9. März 2012 wurde der Beschwerdeführer 1 wegen Fälschung von Ausweisen und einfacher Verkehrsregelverletzung mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen bestraft.

D.

Am 15. April 2015 reichten die Beschwerdeführenden beim Migrationsdienst des Kantons Bern ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Härtefallgesuch) ein (SEM-act. 2 pag. 4 - 47). Die kantonale Migrationsbehörde ersuchte am 13. Februar 2017 für sie beim SEM um Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wegen Vorliegens eines schwerwiegenden Härtefalles gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG (SEM-act. 2 pag. 48 - 52).

E.

Das SEM teilte den Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 14. März 2017 mit, es erwäge die Verweigerung der Zustimmung, und gewährte ihnen dazu das rechtliche Gehör (SEM-act. 7 pag. 73 - 75). Eine entsprechende Stellungnahme durch den damaligen Rechtsvertreter erfolgte am 10. April 2017 (SEM-act. 2 pag. 55 - 61).

F.

Mit Verfügung vom 9. Juni 2017 lehnte das SEM die vom Kanton Bern zugunsten der Beschwerdeführenden beantragte Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ab und verneinte dabei das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles. Es führte im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer 1 sei erwerbstätig und seit dem 1. Mai 2014 finanziell selbständig gewesen. Er verfüge auch über gute Deutschkenntnisse. Sein früherer Arbeitgeber wäre bereit, ihn sofort wieder anzustellen. Die Beschwerdeführerin 2 lerne intensiv Deutsch und bringe ihr älteres Kind in die Spielgruppe. Die Integration der Beschwerdeführenden sei nach einem fast neun- bzw. sechsjährigen Aufenthalt in der Schweiz als durchschnittlich, aber nicht besonders fortgeschritten zu bezeichnen. Die Kinder der Beschwerdeführenden 1 und 2 seien ihrem Alter entsprechend noch nicht in der Schweiz eingeschult. Bestenfalls durchschnittlich sei der Erwerb von Bildung. Die Beschwerdeführerin 2 habe nur das Sprachniveau A1 erreicht und erst jetzt, nach ihrem sechsjährigen Aufenthalt in der Schweiz, intensiv Deutsch zu lernen begonnen. Der Aufenthalt der Beschwerdeführenden in der Schweiz sei (recte: nicht) derart lang, dass ohne das Vorliegen besonderer Umstände auf einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall geschlossen werden könne. Insbesondere würden die Beschwerdeführenden nicht die Aufenthaltsdauer von zehn Jahren erreichen. Der Sohn der Beschwerdeführenden sei wegen Kryptorchie operiert worden, wobei die Behandlung abgeschlossen sei. Medizinische Gründe für die Annahme eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls lägen nicht vor. Die Beschwerdeführenden hätten nicht besonders enge Verbindungen zur Schweiz, deren Beendigung eine besondere Härte nach sich zöge (SEM-act. 9 pag. 77 - 82).

G.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 10. Juli 2017 an das Bundesverwaltungsgericht beantragte der Rechtsvertreter die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung. Es sei das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls festzustellen und die Vorinstanz anzuweisen, die Zustimmung

zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wegen Vorliegens eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls anzuordnen. In formeller Hinsicht ersuchte er um unentgeltliche Rechtspflege. Er brachte im Wesentlichen vor, die Beschwerdeführenden würden seit August 2011 und damit seit rund sechs Jahren in der Gemeinde (...) leben.

In dieser Zeit hätten sie viele Bekannt- und Freundschaften mit Menschen aus der Umgebung geschlossen. Der ältere Sohn besuche eine Spielgruppe und komme nächstes Jahr in den Kindergarten. Der Gemeindevorsitzer bestätige, dass die Beschwerdeführenden in der Gemeinde gut integriert seien. Sie seien mit drei Familien gut befreundet und hätten in der Gemeinde einen grossen Bekannten- bzw. Freundeskreis. Die Beschwerdeführerin 2 engagiere sich als Mitglied des Vereins (...) für die Integration von Personen der albanischen Gemeinschaft in der Schweiz. Die Kinder würden seit ihrer Geburt in (...) leben. Demzufolge sei von einer überdurchschnittlichen Integration der Beschwerdeführenden in der Schweiz auszugehen. Eine Wegweisung würde für die Kinder eine Entwurzelung aus ihrem bekannten Umfeld bedeuten. Der Beschwerdeführer 1 habe bereits im Jahr 2010 über die Heilsarmee an kurzfristigen Erwerbseinsätzen teilgenommen. Danach habe er zwischen August 2013 und Januar 2014 als Hilfsarbeiter bei der (...) gearbeitet. Seit Mai 2014 habe er als Eisenleger gearbeitet und damit ein Einkommen generiert, mit welchem er seine Familie habe unterhalten können. Er würde nach Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung sofort wieder als Eisenleger arbeiten können und habe eine Arbeitszusicherung erhalten. Auch die Beschwerdeführerin 2 sei gewillt, eine Arbeitsstelle zu finden und am wirtschaftlichen Leben teilzunehmen. Aufgrund des unsicheren Status in der Schweiz sei es für sie jedoch schwierig, eine Stelle zu finden. Der Beschwerdeführer 1 lebe seit rund neun Jahren und die Beschwerdeführerin 2 seit rund sechs Jahren in der Schweiz. Gehe man davon aus, dass nach einem Aufenthalt von zehn Jahren ein schwerwiegender persönlicher Härtefall in der Regel vorliege, sei davon auszugehen, dass je näher die Aufenthaltsdauer einer Person in der Schweiz an die Grenze von zehn Jahren herankomme, ein schwerwiegender persönlicher Härtefall umso naheliegender sei. Es seien deshalb an das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls beim Beschwerdeführer 1, der sich bereits seit neun Jahren in der Schweiz aufhalte, weniger hohe Anforderungen zu stellen. Er spreche gut Deutsch. Die Beschwerdeführerin 2 habe das Niveau A1 erreicht, besuche jedoch einen Deutschkurs. Sie habe in den letzten fünf Jahren zwei Kinder geboren und im August 2015 bei einem Verkehrsunfall schwere Rückenverletzungen erlitten, an welchen sie heute noch leide. Deshalb habe sie nicht schon früher mit dem Erlernen der deutschen Sprache begonnen. Nach dem Unfall habe

sie regelmässig eine Therapie machen müssen, die neben der Kinderbetreuung sehr zeitintensiv gewesen sei. Sie sei jedoch gewillt, die deutsche Sprache zu lernen und mache grosse Fortschritte. Der Beschwerdeführer 1 sei nie mehr in seinen Heimatort zurückgekehrt. Er könne dort nicht auf ein tragbares soziales Umfeld zurückgreifen. Schliesslich drohe ihm in Serbien eine mehrjährige, politisch motivierte Freiheitsstrafe. Die Beschwerdeführerin 2 sei von ihrer Familie verstossen worden, weil sie einen Mann aus einem fremden Dorf in Serbien geheiratet habe. Deshalb könnten sie auch im Kosovo nicht auf ein tragbares soziales Umfeld zurückgreifen (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1).

H.

Mit Verfügung vom 31. Juli 2017 wurden die Beschwerdeführenden darauf hingewiesen, dass über das Gesuch der unentgeltlichen Rechtspflege zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werde (BVGer-act. 5).

I.

In ihrer Vernehmlassung vom 31. August 2017 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie führte aus, die Beschwerdeführenden seien seit dem 19. März 2015 ausreisepflichtig und rechtswidrige Aufenthalte würden bei einer Härtefallprüfung grundsätzlich nicht berücksichtigt. Berufliche, freundschaftliche und nachbarschaftliche Beziehungen, welche betroffene Personen während ihres Aufenthalts in der Schweiz geknüpft hätten, würden den Anforderungen einer engen Beziehung zur Schweiz nicht genügen. Eine für die Anerkennung eines Härtefalls relevante berufliche Integration könne bejaht werden, wenn sich eine Person im Rahmen ihrer Möglichkeiten in wirtschaftlicher Hinsicht aussergewöhnlich stark engagiert habe. Eine berufliche Integration, die nach der entsprechenden Zeit zu erwarten sei, genüge nicht. Es werde aufgrund der Namen der Verfasser der Solidaritätsschreiben davon ausgegangen, dass diese zu Gunsten der Beschwerdeführenden ausgestellt worden seien, da diese, abgesehen von zwei Personen, von Personen mit albanischer Muttersprache geschrieben worden seien. Deshalb werde angenommen, dass die Beschwerdeführenden mit diesen Personen in der albanischen Sprache verkehrten (BVGer-act. 6).

J.

Mit Replik vom 5. Oktober 2017 führte der Rechtsvertreter aus, das Gesuch um Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung sei am 15. April 2015 eingereicht worden. In der Regel werde der Aufenthalt der Gesuchsteller während eines derartigen Verfahrens in der Schweiz geduldet, weshalb nicht von einem rechtswidrigen Aufenthalt der Beschwerdeführenden

ausgegangen werden könne. Des Weiteren trainiere der Beschwerdeführer 1 beim FC (...) und sei Mitglied der Gewerkschaft UNIA. Die Beschwerdeführenden nähmen auch an Veranstaltungen der Kirche in (...) teil. Der ältere Sohn spiele bei den Junioren des örtlichen Fussballclubs. Ab Mitte Oktober werde er zudem jeden Freitag am Kinderturnen des (...) teilnehmen. Der Beschwerdeführer 1 besuche mit seinem jüngeren Sohn das MuKi-turnen. Dass der Beschwerdeführer 1 zurzeit nicht arbeiten dürfe, belaste ihn sehr. Die Familien (...) und (...) seien bosnischer Herkunft und würden demnach kein Albanisch sprechen. Die Familien (...) und (...) hätten zwar albanische Wurzeln, seien jedoch seit mehr als 25 Jahren in der Schweiz und würden gut Deutsch sprechen, wie den Solidaritätsschreiben entnommen werden könne. Der Kontakt der Beschwerdeführenden zu diesen Familien habe somit, trotz deren albanischen Wurzeln, eine integrative Wirkung (BVGer-act. 8).

K.

Mit Eingabe vom 22. August 2018 führte der Rechtsvertreter aus, die Beschwerdeführerin 2 sei nach wie vor darum bemüht, ihre Deutschkenntnisse zu verbessern. Sie besuche seit dem 13. August 2018 neben dem wöchentlichen Deutschkurs zusätzlich einen Deutschkurs semi-intensiv Niveau A2 bei der Migros-Klubschule. Leider habe sie diesen Kurs, für den sie bereits früher angemeldet gewesen sei, aus gesundheitlichen Gründen nicht früher absolvieren können. So habe sie sich in den letzten sechs Monaten zweimal einem operativen Eingriff unterziehen müssen. Sie sei jedoch offensichtlich bemüht, ihre Deutschkenntnisse stetig zu verbessern. Darüber hinaus seien ihr mündlich zwei Arbeitsstellen zugesichert worden. So würde sie nach Erteilung der Aufenthaltsbewilligung entweder bei (...) oder bei (...) in einem Teilpensum als Verkäuferin arbeiten können (BVGer-act. 12).

L.

Am 3. Oktober 2018 reichte der Rechtsvertreter eine Kursbestätigung für die Beschwerdeführerin 2 zu den Akten. Dieser könne entnommen werden, dass sie den Deutsch-Kurs A2 besucht habe (BVGer-act. 13).

M.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des SEM, welche die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG betreffen, sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG). Dieses entscheidet endgültig (Art. 1 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG).

1.2 Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Als Adressaten der Verfügung sind die Beschwerdeführenden 1 und 2 für sich und ihre Kinder zu deren Anfechtung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf ihre frist- und formgerechte Beschwerde ist einzutreten, soweit sie nicht Fragen betrifft, die bereits im Asylverfahren behandelt wurden (Art. 50 und 52 VwVG).

2.

2.1 Am 1. Januar 2018 wurde das Ausländergesetz vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) teilrevidiert (AS 2018 3171) und in Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) umbenannt. Parallel dazu sind entsprechende Anpassungen der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, AS 2018 3173) sowie eine Totalrevision der Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VIntA, AS 2018, 3189) in Kraft getreten.

2.2 Fehlt – wie vorliegend – eine gesetzliche Übergangsregelung, muss aufgrund allgemeiner Grundsätze über das anwendbare Recht entschieden werden. Bei Rechtsänderungen finden nach Lehre und Rechtsprechung jene Bestimmungen auf hängige Verfahren Anwendung, welche zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids Geltung hatten. Später eingetretene Rechtsänderungen sind nur ausnahmsweise zu berücksichtigen, wenn zwingende Gründe für die sofortige Anwendung des neuen Rechts sprechen (zum Ganzen vgl. Urteile des BVGer F-3709/2017 vom 14. Januar 2019 E. 2.1 - 2.3 und F-1186/2018 vom 10. Januar 2019 E. 2.1 - 2.3 je m.H.).

2.3 Die angefochtene Verfügung erging vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts. Mangels vorherrschenden öffentlichen Interesses an einer unmittelbaren Anwendung der neuen Bestimmungen gelten vorliegend daher

das AuG und die VZAE in ihrer bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung (siehe F-3709/2017 E. 2.4 m.H.). Gleiches gilt für die Bezeichnung des Gesetzes. Es wird, wie die VZAE und die VIntA, in der bis dahin geltenden Version zitiert.

3.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts 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 2014/1 E. 2 m.H.).

4.

Gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG kann der Kanton mit Zustimmung des SEM einer ihm nach dem Asylgesetz zugewiesenen Person eine Aufenthaltsbewilligung erteilen, wenn sich die betroffene Person seit Einreichung des Asylgesuchs mindestens fünf Jahre in der Schweiz aufhält (Bst. a), ihr Aufenthaltsort den Behörden immer bekannt war (Bst. b), wegen der fortgeschrittenen Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Bst. c) und keine Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG bestehen (Bst. d). Dabei geht es nur um die Frage, ob der Kanton ermächtigt wird, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen bzw. ein Aufenthaltsverfahren durchzuführen. Anwendbar ist die – im Rahmen der Asylgesetzrevision vom 16. Dezember 2005 per 1. Januar 2007 in Kraft getretene – Härtefallregelung von Art. 14 Abs. 2 AsylG sowohl auf Personen, die ein Asylverfahren erfolglos durchlaufen haben, als auch auf Personen, die sich noch im Asylverfahren befinden. Sie stellt eine Ausnahme vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens gemäss Art. 14 Abs. 1 AsylG dar (PETER NIDERÖST, Sans-Papiers in der Schweiz, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Auflage, Basel 2009, N 9.35; zur Rechtsnatur dieses Verfahrens sowie zur Stellung der betroffenen Person: BGE 137 I 128 E. 3.1.2 m.H.).

5.

5.1 Die Beschwerdeführenden halten sich seit Einleitung des zwischenzeitlich abgeschlossenen Asylverfahrens mehr als fünf Jahre ununterbrochen in der Schweiz auf, wobei ihr Aufenthaltsort den Angaben der kantonalen Migrationsbehörde zufolge (vgl. Sachverhalt A und B) stets bekannt war. Widerrufsgründe im Sinne von Art. 62 AuG bestehen in ihrem Fall offensichtlich nicht, weshalb die in Art. 14 Abs. 2 Bst. a, b und d AsylG genannten Voraussetzungen erfüllt sind und demzufolge nur zu prüfen bleibt, ob *wegen der fortgeschrittenen Integration* – so Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG – ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt.

5.2 Der so bezeichnete Härtefallbegriff wird in Art. 31 Abs. 1 VZAE einer Kriterienliste vorangestellt, welche der Verordnungsgeber sowohl auf Art. 14 Abs. 2 AsylG als auch auf den Anwendungsbereich des AuG – Art. 30 Abs. 1 Bst. b, Art. 50 Abs. 1 Bst. b und Art. 84 Abs. 5 AuG – angewendet wissen will (zur Auslegungsordnung: BVGE 2009/40 E. 5 m.H.). 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 Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsland (Bst. g)

6.

6.1 Im Hinblick auf die Rechtsprechung zum ausländerrechtlichen Härtefallbegriff darf auch im Anwendungsbereich des Asylgesetzes ein schwerwiegender persönlicher Härtefall nicht leichthin angenommen werden. Erforderlich ist, dass sich die ausländische Person in einer persönlichen Notlage befindet, was 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. Die diesbezüglich in Art. 31 Abs. 1 VZAE formulierten Kriterien stellen weder einen abschliessenden Katalog dar noch müssen sie kumulativ erfüllt sein (vgl. BVGE 2009/40 E. 6.2).

6.2 Die Anerkennung als Härtefall setzt nicht zwingend voraus, dass die Anwesenheit in der Schweiz das einzige Mittel zur Verhinderung einer persönlichen Notlage darstellt. Auch genügt es nicht, wenn sich die ausländische Person während längerer Zeit in der Schweiz aufgehalten hat, sich in

sozialer und beruflicher Hinsicht gut integriert hat und sich nichts hat zuschulden kommen lassen (vgl. Urteil des BVGer C-4460/2014 vom 7. Oktober 2015 E. 6 sowie BLAISE VUILLE/CLAUDINE SCHENK, L'article 14 alinéa 2 de la loi sur l'asile et la notion d'intégration, in: Cesla Amarelle [Hrsg.], L'intégration des étrangers à l'épreuve du droit suisse, Bern 2012, S. 121 f.). Vielmehr bedarf es einer so engen Beziehung zur Schweiz, dass es der betroffenen Person nicht zugemutet werden kann, im Ausland, insbesondere in ihrem Heimatland, zu leben (vgl. Urteil des BVGer C-301/2014 vom 8. Juni 2015 E. 6.4 und E. 6.5: hier gab nicht die insgesamt gute Integration der Familie, sondern *die ausserordentlich weit fortgeschrittene Integration* des Sohnes den Ausschlag). Berufliche, freundschaftliche und nachbarschaftliche Beziehungen, welche die betroffene Person während ihres Aufenthalts in der Schweiz knüpfen konnte, genügen demzufolge gewöhnlich nicht (BGE 130 II 39 E. 3; BVGE 2007/45 E. 4.2).

Die aufgeführten hohen Anforderungen können im Falle eines sehr langen Aufenthalts ausnahmsweise reduziert sein. Allerdings darf der betroffenen Person die lange Aufenthaltsdauer – wie z. B. bei missbräuchlich verzögerter Ausreise – nicht vorwerfbar sein. Von ihr wird zudem erwartet, dass sie finanziell unabhängig, sozial und beruflich gut – wenn auch nicht ausserordentlich gut – integriert ist und sich klaglos verhalten hat (vgl. Urteil des BVGer F-3956/2016 vom 17. Dezember 2018 E. 6.2 in fine m. H.).

6.3 Die Zulassungsregelung von Art. 14 Abs. 2 AsylG bezweckt nicht den Schutz ausländischer Personen gegen die Folgen eines Krieges oder des Missbrauchs staatlicher Gewalt. Eine dahingehende Argumentation betrifft daher in erster Linie die Frage der Asylgewährung bzw. im Falle der verfügten Wegweisung die Beurteilung von Vollzugshindernissen (vgl. Art. 83 AuG). Demgegenüber sind bei der Prüfung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls ausschliesslich humanitäre Gesichtspunkte ausschlaggebend, wobei der Schwerpunkt auf der Verankerung in der Schweiz liegt. Persönliche, familiäre und ökonomische Schwierigkeiten, denen die betroffene Person im Heimatland ausgesetzt wäre, stehen damit jedoch im Zusammenhang und können folgerichtig nicht ausser Acht gelassen werden (vgl. BGE 123 II 125 E. 3). Die sich daraus ergebende Überschneidung von Gründen, die den Wegweisungsvollzug betreffen, und solchen, die einen Härtefall (mit)begründen können, ist in Kauf zu nehmen (vgl. Urteil des BVGer C-3887/2009 vom 30. Mai 2012 E. 4.3).

7.

Unter Bezugnahme auf die bei den Beschwerdeführenden in Betracht fal-

lenden Kriterien von Art. 31 Abs. 1 VZAE hat die Vorinstanz eine Gesamtwürdigung ihrer Situation vorgenommen und einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall verneint. Die Richtigkeit dieser Schlussfolgerung haben die Beschwerdeführenden bestritten.

7.1 Was die Integration der Beschwerdeführenden (Art. 31 Abs. 1 Bst. a VZAE) und ihre finanziellen Verhältnisse (Art. 31 Abs. 1 Bst. d VZAE) betrifft, so ergibt sich aus den Akten Folgendes: Die Beschwerdeführenden erhalten derzeit Flüchtlingshilfe der Heilsarmee. Der Beschwerdeführer 1 hat sich jedoch unbestrittenermassen stets bemüht, in der Arbeitswelt Fuss zu fassen. Im Jahr 2010 hat er über die Heilsarmee an kurzfristigen Arbeitseinsätzen teilgenommen (SEM-act. 2 pag. 35). Danach arbeitete er seit dem 12. August 2013 bis zum 15. Januar 2014 als Hilfsarbeiter bei der (...) (BVGer-act. 1 Beilage 14). Ab 1. April 2014 war er bei der (...) in (...) als Hilfsarbeiter in einem 100%-Pensum angestellt (BVGer-act. 1 Beilage 15). Mit diesem Einkommen konnte er ab 1. Mai 2014 bis zur rechtskräftigen Abweisung der Asylgesuche den Lebensunterhalt seiner Familie selbst bestreiten (SEM-act. 2 pag. 26 und 23). Gemäss einer Bestätigung der (...) vom 11. Oktober 2016 wurde dem Beschwerdeführer 1 eine sofortige Anstellung zugesichert, sobald er die erforderliche Bewilligung erhielte. Im Schreiben wurde erwähnt, dass der Beschwerdeführer 1 mehrmals für das Unternehmen gearbeitet habe und sie mit seiner Arbeit immer sehr zufrieden gewesen seien (BVGer-act. 1 Beilage 16).

Insoweit scheint ein ernsthafter und umsetzbarer Wille zur künftigen Teilnahme am Wirtschaftsleben vorhanden, was dem Beschwerdeführer 1 in der angefochtenen Verfügung auch seitens der Vorinstanz attestiert wird. Mit der rechtskräftigen Abweisung seines Asylgesuches ging der Beschwerdeführer 1 seiner Arbeitserlaubnis verlustig, weshalb die Familie seither von der Flüchtlingshilfe der Heilsarmee lebt. Dem gilt es bei der Prüfung von Art. 31 Abs. 1 Bst. d VZAE Rechnung zu tragen (vgl. ergänzend Art. 31 Abs. 5 VZAE; in diesem Sinne ferner Urteil des BVGer C-4306/2007 vom 11. Dezember 2009 E. 7.2).

Die Beschwerdeführerin 2 hat während ihres Aufenthalts in der Schweiz zwei Kinder geboren. Aufgrund des Alters der Kinder (heute [...] und [...] Jahre alt) konnte bis anhin von der Beschwerdeführerin nicht erwartet werden, einer Arbeit mit Vollzeitpensum nachzugehen.

Die Eingliederung der Beschwerdeführenden in ihr gesellschaftliches Umfeld präsentiert sich wie folgt: Mit dem Härtefallgesuch vom 15. April 2015, der Beschwerde vom 10. Juli 2017, der Eingabe vom 27. Juli 2017 und der

Replik vom 5. Oktober 2017 wurden Referenzschreiben von Personen aus unterschiedlichen Bevölkerungskreisen eingereicht. Diese Empfehlungsschreiben lassen echte Anteilnahme und Sympathie für die Betroffenen erkennen und legen Zeugnis ab über die aus Sicht Dritter grosse Integrations- und Kooperationsbereitschaft der ganzen Familie, insbesondere deren Willen zur Teilhabe am sozialen Leben in ihrer näheren und weiteren Umgebung. Zu erwähnen sind etwa die Mitgliedschaft des Beschwerdeführers 1 bei der Gewerkschaft UNIA und beim FC (...). Die Beschwerdeführerin 2 ist Mitglied des Vereins (...), welcher sich für die Integration von Personen der albanischen Gemeinschaft in der Schweiz einsetzt (BVGer-act. 1 Beilage 13). An Veranstaltungen der Kirche in (...) nehme die ganze Familie teil. Der Beschwerdeführer 1 besucht mit seinem jüngeren Sohn das MuKi-Turnen. Der ältere Sohn spielt bei den Junioren des örtlichen Fussballclubs mit. Ab Mitte Oktober 2017 werde er zudem jeden Freitag am Kinderturnen des (...) teilnehmen. Die Beschwerdeführenden werden als aufgeschlossen, lebenswürdig gastfreundlich und hilfsbereit sowie ruhig und angepasst beschrieben.

Bezüglich der sprachlichen Integration kann festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer 1 gemäss den vorinstanzlichen Ausführungen über gute Deutschkenntnisse verfügt. Die Beschwerdeführerin 2 besuchte gemäss einer Bestätigung vom 3. Juli 2017 im Jahr 2016 einen Deutschkurs (Niveau A1). Sie wurde als pflichtbewusste Schülerin beschrieben, die sehr motiviert und lernwillig sei und gute Fortschritte gemacht habe (BVGer-act. 1 Beilage 17). Gemäss einer Kursbestätigung vom 28. September 2018 absolvierte sie im letzten Jahr einen Sprachkurs (Niveau A2) (BVGer-act. 12 Beilage 1).

Die sprachliche Integration der Beschwerdeführenden kann somit als gelungen beziehungsweise als teilweise gelungen beurteilt werden.

7.2 Art. 31 Abs. 1 Bst. b VZAE nennt als weiteres Kriterium die Respektierung der Rechtsordnung. Der Beschwerdeführer wurde während seines Aufenthaltes in der Schweiz zweimal verurteilt. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau vom 27. Dezember 2011 wurde er wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen bestraft (SEM-act. 1 pag 12). Die Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau hat mit Strafbefehls-Nachentscheid vom 22. Februar 2012 dem Sistierungsge-such des Beschwerdeführers stattgegeben und an Stelle der Ersatzfreiheitsstrafe für die Geldstrafe von 40 Tagessätzen den Tagessatz um drei Viertel herabgesetzt (SEM-act. 2 pag. 31 - 33). Des Weiteren wurde er mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern vom 9. März 2012

wegen Fälschung von Ausweisen und einfacher Verkehrsregelverletzung mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen bestraft. Somit ist das Verhalten des Beschwerdeführers nicht als klaglos zu bezeichnen.

Der langjährige Aufenthalt der Beschwerdeführenden in der Schweiz – er beläuft sich bis dato auf 10 Jahre und 6 Monate bzw. 7 Jahre und 8 Monate – ist aber kein Aspekt, der zu ihren Gunsten zu berücksichtigen wäre, fällt doch das in Art. 31 Abs. 1 Bst. e VZAE aufgeführte Kriterium der Dauer der Anwesenheit bei rechtswidrigen bzw. missbräuchlichen Aufenthalten ausser Betracht (vgl. E. 6.2). Im Falle der Beschwerdeführenden steht fest, dass ihr rechtmässiger Aufenthalt vom 16. August 2008 bzw. 13. Juli 2011 bis 19. März 2015 dauerte, d.h. nur die Zeitspanne des Asylverfahrens umfasste (vgl. Sachverhalt A); ihre weitere, nur geduldete Anwesenheit beruht auf verfahrensrechtlichen Gründen und ist daher nicht massgeblich. Es obliegt jeder Ausländerin und jedem Ausländer, sich über die bestehenden Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei der zuständigen Behörde zu erkundigen. Demzufolge liegt bei den Beschwerdeführenden auch keine Konstellation vor, wie sie der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts zugrunde liegt. Danach sei ab einer gewissen Aufenthaltsdauer (in jenem Fall waren es knapp zehn Jahre) von dermassen engen Beziehungen der ausländischen Person zur Schweiz auszugehen, so dass die Aufenthaltsverweigerung ein rechtfertigungsdürftiger Eingriff in das von Art. 8 EMRK und Art. 13 BV geschützte Privatleben darstellen würde (vgl. das zur Publikation bestimmte Urteil des BGer 2C_105/2017 vom 8. Mai 2018 E. 3.9).

7.3 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 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107) 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. Dem wird in der Praxis insofern Rechnung getragen, als der fortgeschrittenen sozialen und schuli-

schen Integration von Kindern in der Schweiz regelmässig besonderes Gewicht beigemessen wird (vgl. Urteil des BVGer F-3088/2015 vom 15. November 2016 E. 5.4 m.H.).

Die in der Schweiz geborenen Kinder sind heute [...] bzw. [...] Jahre alt. Das ältere Kind besucht seit August 2017 den Kindergarten, das jüngere seit dem Sommer 2017 einmal wöchentlich eine Kinderkrippe. Die Kinder sind somit noch nicht eingeschult worden. Sie befinden sich noch in einem anpassungsfähigen Alter, in welchem die persönliche Entwicklung stark an die Beziehung der Eltern oder des sie betreuenden Elternteils gebunden ist und die Eingliederung in ein neues Lebensumfeld erfahrungsgemäss noch keine besonderen Schwierigkeiten bereitet (vgl. BGE 123 II 125 E. 4b S. 129 f.; ferner Urteile des Bundesgerichts 2A.679/2006 vom 9. Februar 2007 E. 3 und 2A.578/2005 vom 3. Februar 2006 E. 3.1 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-873/2008 vom 5. Januar 2010 E. 7.5 m. H.). Eine erhebliche, nicht mit dem Schutzanliegen des Kindeswohls zu vereinbarende Belastung in der Entwicklung der beiden Kinder ist folglich nicht zu befürchten. Es ist vielmehr grundsätzlich davon auszugehen, dass es ihnen zugemutet werden kann, ihren Eltern ins Ausland zu folgen. Deshalb ist, auch wenn sich die Kinder den Akten zufolge im Kindergarten und in der Kinderkrippe gut assimiliert haben und ein Start in ihrem Heimatland mit gewissen Problemen verbunden sein dürfte, davon auszugehen, dass ihre Integration in der Schweiz nicht so weit fortgeschritten ist, dass sie sich in ihrer Heimat nicht eingliedern und den Wechsel ihrer sozialen Umgebung nicht verkraften könnten. Dies gilt umso mehr, als sie über den Einfluss ihrer Eltern mit der heimatlichen Kultur und Sprache verbunden sind, auch wenn sie bisher nie in ihrem Heimatland gelebt haben.

7.4 Bezüglich des in Art. 31 Abs. 1 Bst. f VZAE genannten Kriteriums des Gesundheitszustandes kann Folgendes festgehalten werden: Es wurde vorgebracht, die Beschwerdeführerin 2 habe im August 2015 bei einem Verkehrsunfall schwere Rückenverletzungen erlitten, an welchen sie heute noch leide. Einem ärztlichen Bericht vom 4. Juli 2017 kann entnommen werden, dass folgende Diagnosen gestellt wurden: linksseitige muskuloskelettale Thoraxschmerzen, Diskusprotusion LWK 3/4/5 S1, breitbasige Diskusprotusion LWK 4/5, Ovarialzyste. Die Ärztin führte aus, dass sich die Beschwerdeführerin 2 seit 2013 bei ihr in regelmässiger Behandlung befinde. Ausserdem sei sie in diversen Notfällen vorstellig geworden wegen grippalen Infekten und Wirbelsäulenbeschwerden. Derzeit werde sie mit

starken Schmerzmitteln therapiert, unter anderem mit Durogesic Pflastern, sowie symptomatisch bei Asthma mit Inhalationen (BVGer-act. 1 Beilage 18)

In einem Attest vom 15. Mai 2018 führte die Ärztin aus, es habe einige fachärztliche Abklärungen insbesondere seitens der Wirbelsäule und der thorakalen Beschwerden gegeben. Ausserdem sei in diesem Jahr eine Schilddrüsenoperation durchgeführt worden. Alle diese Beschwerden seien hauptsächlich psychischer Natur. Die Familie befinde sich in einem Wartezustand, der alle Beteiligten sehr belaste. Auch die Kinder seien immer wieder überdurchschnittlich oft krank (BVGer-act. 12 Beilage 2 und 3).

Es ist davon auszugehen, dass die gesundheitlichen Probleme der Beschwerdeführerin 2 in Serbien weiterbehandelt werden können, zumal die medizinische Grundversorgung dort gewährleistet ist. Gegenteiliges wurde vom Rechtsvertreter denn auch nicht geltend gemacht.

7.5 Ein weiterer zu berücksichtigender Aspekt ist die Möglichkeit der Wiedereingliederung im Herkunftsstaat (Art. 31 Abs. 1 Bst. g VZAE), wobei auch dieses Kriterium keiner separaten Beurteilung unterliegt, sondern nur im Kontext der Integration dahingehend geprüft wird, ob die ausländische Person eine so enge Beziehung zur Schweiz entwickelt hat, dass ihr die Rückkehr in ihr Heimatland nicht mehr zugemutet werden kann.

Die Beschwerdeführenden 1 und 2 gelangten im Alter von 17 bzw. 31 Jahren in die Schweiz. Sie haben damit die für die vorliegende Beurteilung massgebenden, prägenden Jahre der Adoleszenz vorwiegend bzw. ganz in ihrer Heimat verbracht und hatten dort auch erste Berufserfahrungen gesammelt. Der Beschwerdeführer 1 verfügt über Berufserfahrung in verschiedenen Bereichen und die Beschwerdeführerin 2 hat eine Anlehre als Coiffeuse gemacht, weshalb von einer dortigen Verwurzelung ausgegangen werden kann. Auch ist davon auszugehen, dass sie in der Heimatregion des Beschwerdeführers 1 über eine Unterkunft und ein Beziehungsnetz (Familie und Freunde) verfügen, auf deren Hilfe sie bei der Rückkehr zählen können. Auch wenn sie inzwischen zu ihren Familienangehörigen kaum Kontakt hatten, dürfte die Reaktivierung dieser Beziehungen den sozialen Integrationsprozess erleichtern. Zudem werden ihnen bei der beruflichen Wiedereingliederung die in der Schweiz erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten von Nutzen sein. Im Übrigen betreffen die weiteren Vorbringen inhaltlich vorrangig die Frage der Asylgewährung bzw. die der Vollziehbarkeit der verfügten Wegweisung. Beide Fragen wurden im Rahmen des Asylverfahrens behandelt, woraufhin das Asylgesuch abgelehnt und die

Wegweisung für vollziehbar erklärt wurde. Dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen, weshalb hier darauf nicht einzutreten ist.

8.

Zusammenfassend betrachtet ist bei den Beschwerdeführenden in beruflicher und sprachlicher Hinsicht zwar von einer gelungenen Integration auszugehen. Andererseits ist das Verhalten des Beschwerdeführers nicht als klaglos zu bezeichnen. Ausschlaggebend fällt ins Gewicht, dass das Asylverfahren nach weniger als fünf Jahren endgültig entschieden wurde. Ausgehend vom Grundsatz, dass ein langjähriger Aufenthalt und eine als erfolgreich qualifizierte Integration nicht genügt, wäre zudem ausnahmslos auf zusätzliche Kriterien abzustellen, die allenfalls Ausschlag für einen positiven Entscheid geben könnten (vgl. RUTH BEUTLER, Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 14 Abs. 2 AsylG, E. 8 in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 7. Mai 2012). Vorliegend liegen aber auch keine derartigen "weiteren Gründe" vor, welche die Situation der Beschwerdeführenden als ausserordentliche Härte erscheinen liessen. Eine besondere Verankerung in der Schweiz ergibt sich daraus jedenfalls nicht. Hingegen fällt – unter dem Kriterium der Respektierung der Rechtsordnung (Art. 31 Abs. 1 Bst. b VZAE) – zu Ungunsten der Beschwerdeführenden ins Gewicht, dass sie sich nach Ablauf der ihnen gesetzten Ausreisefrist rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten haben. Sie gehören damit gerade eben nicht zu der Zielgruppe, die sich nach dem Willen des Gesetzgebers auf die Härtefallregelung nach Art. 14 Abs. 2 AsylG berufen können. Eine entsprechende Bewilligung kommt demnach namentlich für sehr gut integrierte und unbescholtene Personen in Frage, die nach der Ablehnung ihres Asylgesuchs aus nicht selbstverschuldeten Gründen in der Schweiz geblieben sind (vgl. BVGE 2009/40 E. 5.2.3 und Urteil des BVGer C-7050/2014 vom 27. Januar 2016 E. 7 m.H.). Auch unter Berücksichtigung der sonstigen Kriterien von Art. 31 Abs. 1 VZAE deutet nichts auf eine schwerwiegende persönliche Notlage hin.

9.

Das Bundesverwaltungsgericht kommt aufgrund dieser Erwägungen zum Schluss, dass bei den Beschwerdeführenden - auch wenn einige Aspekte auf einen Grenzfall hinweisen - kein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt, wenn sie die Schweiz verlassen müssen. Entsprechend hat die Vorinstanz die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 14 Abs. 2 AsylG zu Recht verweigert (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

10.

10.1 Die Verfahrenskosten sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), nicht jedoch im vorliegenden Fall. Die Beschwerdeführenden haben in ihrer Rechtsmitteleingabe ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Rechtsverbeiständung gestellt, für das ihnen mit Zwischenverfügung vom 31. Juli 2017 ein Entscheid zu einem späteren Zeitpunkt in Aussicht gestellt wurde. Dieses Gesuch ist gutzuheissen, da die Beschwerde nicht von vornherein aussichtslos erschien und die Bedürftigkeit belegt wurde (vgl. Art. 65 Abs. 1 VwVG). Die Umstände des Falles rechtfertigen es überdies, den bisherigen Rechtsvertreter, Rechtsanwalt Nicolas von Wartburg, als unentgeltlichen Rechtsbeistand einzusetzen (Art. 65 Abs. 2 VwVG).

10.2 Das Honorar des amtlichen Rechtsbeistandes wird gemäss der am 22. August 2018 eingereichten Kostennote auf Fr. 3'188.70 (inkl. Auslagen und Zuschlag für die Mehrwertsteuer) festgesetzt (Art. 12 und Art. 14 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diesen Betrag haben die Beschwerdeführenden dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten, sollten sie später zu hinreichenden Mitteln gelangen (vgl. Art. 65 Abs. 4 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG wird gutgeheissen. Den Beschwerdeführenden wird Rechtsanwalt Nicolas von Wartburg als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Für seine anwaltschaftlichen Bemühungen wird Rechtsanwalt Nicolas von Wartburg aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 3'188.70 ausgerichtet.

Diesen Betrag haben die Beschwerdeführenden dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten, sollten sie nachträglich zu hinreichenden Mitteln gelangen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Einschreiben, Formular: Zahladresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 15409020, 17076579, 18055293, 18947945 / N 512 495)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Fulvio Haefeli

Mirjam Angehrn

Versand: