Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-5509/2007
{T 0/2}

Urteil vom 4. August 2008

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richterin Ruth Beutler, Richter Blaise Vuille,
Gerichtsschreiberin Evelyne Sturm.

Parteien

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,
alle vertreten durch Advokat Guido Ehrler,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung.

Sachverhalt:

A.
Am 6. Dezember 2006 bzw. mit ausführlicher Begründung vom 17. Januar 2007 liessen die brasilianischen Staatsangehörigen A._____ (geb. [...] 1963, nachfolgend: Beschwerdeführer 1), dessen Ehefrau B._____ (geb.[...] 1963: nachfolgend: Beschwerdeführerin 2) sowie deren gemeinsame Tochter C._____ (geb. [...] 1999, nachfolgend: Beschwerdeführerin 3) durch ihren damaligen Rechtsvertreter beim Bereich Bevölkerungsdienste und Migration des Kantons Basel-Stadt ein Gesuch um Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung einreichen. Zur Begründung des Gesuchs wurde im Wesentlichen vorgebracht, es läge ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vor. A._____ stamme aus der Provinz Uruaçu in Brasilien. Als Folge der Inflation in den 90-er Jahren habe das Geld, das er zuletzt als Schuhverkäufer verdient habe, nicht mehr ausgereicht, um überleben und seine Familie unterstützen zu können. Er sei deshalb für zwei Jahre nach Portugal ausgewandert und anschliessend im Mai 1994 in die Schweiz eingereist, wo er rasch auf zahlreichen Baustellen Arbeit gefunden habe. Seine Ehefrau, die er 1998 in Brasilien geheiratet habe, halte sich seit März 1998 in der Schweiz auf und sei als Putzfrau in Privathaushalten tätig gewesen. Die Ehegatten hätten ihr Heimatland somit vor 15 bzw. 8 Jahren verlassen. Beide hätten Deutschkurse besucht und würden über einen grossen Freundes- und Bekanntenkreis verfügen. Ausserdem sei auch ihre Tochter C._____ in Basel stark verwurzelt, habe sie doch ihr ganzes Leben hier verbracht und sei seit 2006 eingeschult. Eine Wegweisung würde den Abbruch der sozialen Beziehungen in Schule und Freizeit bedeuten und wäre ein zu starker Einschnitt in die psychosoziale Entwicklung des Mädchens, was im Widerspruch zum höheren Interesse des Kindes stünde. Überdies wären die Integrationsmöglichkeiten der Familie im Heimatland schlecht, denn die Ehegatten verfügten über keine Berufsausbildung und hätten es angesichts ihres Alters auf dem brasilianischen Arbeitsmarkt schwer. Die Verwandten, die der Beschwerdeführer 1 in seinem Heimatland habe, böten ausserdem kein tragfähiges soziales Netz. Die Beschwerdeführer legten ihrem Gesuch Beweismittel zum Aufenthalt, ein Stellenangebot sowie zahlreiche Referenzschreiben bei.

B.
Am 5. Februar 2007 liess der Bereich Migration und Massnahmen des

Sicherheitsdepartements des Kantons Basel-Stadt das Gesuch in befürwortendem Sinne an das BFM weiterleiten zur Prüfung, ob eine Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung gestützt auf einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall angenommen werden könne.

C.
Mit Schreiben vom 22. März 2007 teilte die Vorinstanz den Beschwerdeführern mit, es könne voraussichtlich nicht auf das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls geschlossen werden, und gewährte ihnen dazu das rechtliche Gehör. Am 30. April 2007 teilte der jetzige Parteivertreter mit, das Mandat übernommen zu haben. Mit Eingabe vom 31. Mai 2007 nahm der Rechtsvertreter zum Schreiben des BFM vom 22. März 2007 Stellung.

D.
Die Vorinstanz verweigerte mit Verfügung vom 15. Juni 2007 die Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung mit der Begründung, für das Zugeständnis eines Härtefalls reiche es für sich alleine nicht, wenn sich ein Ausländer längere Zeit in der Schweiz aufgehalten habe, er sozial und beruflich gut intergiert sei bzw. sich grundsätzlich klaglos verhalten habe. Der Beschwerdeführer 1 sei im Alter von 30 Jahren und die Beschwerdeführerin 2 im Alter von 35 Jahren in die Schweiz eingereist. Sie hätten damit einen grossen Teil der für sie wichtigen Jahre im Heimatland verbracht. Auch sei ihre Tochter noch nicht derart in der Schweiz integriert, als eine Rückkehr nach Brasilien eine echte Entwurzelung darstellen würde. Überdies verfügten die Beschwerdeführer nicht über besondere berufliche Fähigkeiten und Kenntnisse, die nur in der Schweiz ausgeübt werden könnten. Von den geltend gemachten, mehrheitlich wirtschaftlichen Gründen seien ausserdem alle Bewohner Brasiliens in ähnlichen Verhältnissen gleichermassen betroffen. Schliesslich erscheine die Rückkehr auch deshalb zumutbar, weil Familienangehörige im Herkunftsland leben würden.

E.
Mit Rechtsmitteleingabe vom 17. August 2007 beantragen die Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung; es sei festzustellen, dass sie nicht der zahlenmässigen Begrenzung unterstehen würden. Ferner sei die Vorinstanz anzuweisen, dem Antrag des Kantons Basel-Stadt auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zuzustimmen. In verfahrensrecht-

licher Hinsicht ersuchen sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zur Begründung macht der Rechtsvertreter im Wesentlichen geltend, im Vordergrund stünde die Situation der Beschwerdeführerin 3. Sie sei in der Schweiz geboren und hier aufgewachsen. Sie nehme unabhängig von ihren Eltern eigene Interessen wahr, indem sie die Schwimmschule und den Geigenunterricht besuche. Demgegenüber kenne sie Brasilien nur aus den Erzählungen ihrer Eltern. Ihr könnten weder die Eltern, die dort mit dem Überlebenskampf beschäftigt sein würden, noch die im Heimatland lebenden Verwandten bei der Integration behilflich sein. Aufgrund der intensiven Bindungen an die Schweiz verletze die Wegweisung ihr Privatleben. Die Beschwerdeführerin 3 habe gestützt auf die Europäische Menschenrechtskonvention und das Übereinkommen über die Rechte des Kindes einen eigenen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung.
Überdies gälte es entgegen den Vorbringen der Vorinstanz den langen Aufenthalt der Eltern zu berücksichtigen. Dies würde sich auch aus dem Kreisschreiben der Vorinstanz vom 21. Dezember 2006 ergeben, von welchem die Vorinstanz abgewichen sei. Zugleich werden in diesem Zusammenhang verschiedene Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, des Bundesgerichts und deutscher Gerichte angeführt. Der Rechtvertreter verweist ausserdem darauf, dass die Familie nie Sozialhilfe bezogen habe und auch nicht polizeilich in Erscheinung getreten sei. Es müsse von einer mustergültigen, unter schwierigsten Bedingungen gelungenen Integration gesprochen werden. Ausserdem hätten sich auch die Arbeitsgruppe der Eidgenössischen Ausländerkommission (EKA) und der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt dezidiert für die Anerkennung des Härtfalls ausgesprochen. Verfassungsrechtlich sei es schliesslich geboten, den kantonalen Willen zu respektieren.

F.
Am 23. August 2007 zog das Bundesverwaltungsgericht die kantonalen Akten der Beschwerdeführer bei.

G.
Am 10. Oktober 2007 wurde dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit des Verfahrens nicht stattgegeben.

H.
In ihrer Vernehmlassung vom 6. Dezember 2007 beantragt die Vor-

instanz die Abweisung der Beschwerde und verweist in ihrer Begründung auf die angefochtene Verfügung.

I.
Mit Replik vom 30. Januar 2008 macht der Rechtsvertreter unter anderem geltend, es ginge aus der Vernehmlassung hervor, dass das BFM den Fall konferenziell entschieden habe. Insofern könne entgegen der Zwischenverfügung vom 10. Oktober 2007 nicht von der offensichtlichen Aussichtlosigkeit des Verfahrens ausgegangen werden. Ausserdem hätte der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt niemals einen offensichtlich aussichtslosen Fall unterstützt. Das Bundesverwaltungsgericht habe somit die oberste Behörde des Kantons desavouiert. Zudem sei der Beschwerdeführer 1 nur deshalb sozialhilfeabhängig, weil die Vorinstanz den Antrag des Kantons abgelehnt habe. Der Beschwerdeführer 1 übe jedoch gegenwärtig unentgeltliche Freiwilligenarbeit aus. Schliesslich könne aufgrund eines Ferienbesuches im Jahr 2005 nicht abgleitet werden, die Beschwerdeführer verfügten über intakte familiäre Beziehungen. Die Beschwerde sei deshalb gutzuheissen. Eventualiter sei die Zwischenverfügung vom 10. Oktober 2007 in Wiedererwägung zu ziehen.

J.
Auf den weiteren Akteninhalt und die Vorbringen der Parteien wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), welche von einer in Art. 33 VGG aufgeführten Behörde erlassen wurden. Dazu zählt auch das BFM, das mit der verweigerten Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat.

1.2 Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist endgültig (Art. 1

Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 83 Bst. c Ziff. 5 [mutatis mutandis; vgl. unten E. 2] des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.3 Die Beschwerdeführer sind als Verfügungsadressaten zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf das frist- und formgerecht eingereichte Rechtsmittel ist deshalb einzutreten (Art. 50 ff. VwVG), soweit die Frage der Ausnahme von der zahlmässigen Begrenzung zur Diskussion steht. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist weder - gemäss der missverständlichen Formulierung im Dispositiv der angefochtenen Verfügung - die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, noch die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung als solche, sondern einzig die - konstanter vorinstanzlicher Praxis gemäss - vorab zu klärende Frage, ob die Beschwerdeführer aufgrund eines Härtefalls von den Höchstzahlen erwerbstätiger Ausländerinnen und Ausländer auszunehmen sind. In diesem Rahmen ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.
Am 1. Januar 2008 trat das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) mit seinen Ausführungsverordnungen in Kraft (unter anderem die Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Es löst das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer ab (aANAG, BS 1 121; zum vollständigen Quellennachweis vgl. Ziff. I des Anhangs zum AuG). Gemäss Art. 91 Ziff. 5 VZAE wurde namentlich auch die Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (aBVO, AS 1986 1791; nachfolgend: Begrenzungsverordnung) aufgehoben, unter deren Geltung die angefochtene Verfügung ergangen war. Nach Art. 126 Abs. 1 AuG bleibt jedoch materiellrechtlich auf Gesuche, die wie vorliegend vor dem Inkrafttreten des AuG eingereicht wurden, das damals geltende Recht anwendbar (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-250/2006 vom 3. April 2008 E. 1.2).

3.
3.1 Die Begrenzungsmassnahmen bezwecken in erster Linie ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Bestand der schweizerischen und dem der ausländischen Wohnbevölkerung und sind auf eine Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur und eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung ausgerichtet (vgl. Art. 1 Bst. a und c aBVO). Zur Ver-

folgung dieses Zwecks stellt die Begrenzungsverordnung unter anderem eine Rekrutierungsordnung auf (vgl. Art. 8 aBVO) und sieht vom Bundesrat festgelegte Höchstzahlen für ausländische Personen vor, die auf Bund und Kantone aufgeteilt sind (Art. 12 aBVO). Die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ist grundsätzlich nur unter Wahrung der Rekrutierungsprioritäten und Anrechnung an das Kontingent möglich.

3.2 Bei Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls kann eine Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung im Sinne von Art. 13 Bst. f aBVO erfolgen. Diese Regelung zielt darauf ab, Ausländerinnen und Ausländern die Anwesenheit in der Schweiz zu erleichtern, bei welchen sich die erwähnte Zulassungsregelung infolge besonderer Umstände als Härte auswirken würde. Aus dem Verordnungstext sowie aufgrund des Ausnahmecharakters der Bestimmung ergibt sich, dass die Voraussetzungen zur Anerkennung eines Härtefalls restriktiv zu handhaben sind (BGE 130 II 39 E. 3 S. 41 f.). Die betroffene Person muss sich in einer persönlichen Notlage befinden. Das bedeutet, ihre Lebens- und Existenzbedingungen sind - gemessen am durchschnittlichen Schicksal von ausländischen Personen - in gesteigertem Masse in Frage gestellt, bzw. die Verweigerung einer Ausnahme von den Höchstzahlen hätte für sie schwere Nachteile zur Folge. Indessen genügen eine langdauernde Anwesenheit und die fortgeschrittene Integration sowie ein klagloses Verhalten für sich alleine nicht für die Annahme eines persönlichen Härtefalls. Vielmehr ist verlangt, 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 aufgeben zu müssen, welche die betroffene Person während ihres Aufenthaltes in der Schweiz knüpfen konnte, genügen normalerweise nicht (BGE 130 II 39 E. 3 S. 42, BGE 119 Ib 33 E. 4c S. 43; BVGE 2007/45 E. 4.2 S. 589, BVGE 2007/16 E. 5.2 S. 195 f. [mit Hinweisen]).

3.3 Ersucht eine Familie um Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung im Sinne von Art. 13 Bst. f aBVO, ist die Situation der einzelnen Mitglieder bei der Beurteilung nicht isoliert zu betrachten, sondern im Zusammenhang des gesamten familiären Kontexts. Obschon dabei die Situation der Kinder besonders zu berücksichtigen ist, stellt sie nicht das einzige massgebliche Kriterium dar. Vielmehr gilt es die

gesamten Umstände der Familienmitglieder zu würdigen (BVGE 2007/16 E. 5.3 S. 196).

3.4 In ihrer Beurteilung über das Vorliegen eines persönlichen Härtefalls sind die Bundesbehörden entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführer weder an die Einschätzung des Kantons noch an die der damaligen Eidgenössischen Ausländerkommission (EKA) gebunden. Zwar können sich die Kantone vorgängig zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ausserhalb der Höchstzahlen äussern. Die Kompetenz zur Prüfung der Voraussetzungen für eine Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung im Sinne von Art. 13 Bst. f aBVO steht indessen ausschliesslich dem BFM bzw. im Rahmen des Devolutiveffekts dem Bundesverwaltungsgericht zu (Art. 52 Bst. a. aBVO i.V.m. Art. 54 VwVG; BVGE 2007/16 E. 4.3 S. 195 [mit Hinweisen]). Es ergibt sich auch weder aus dem von den Beschwerdeführern angerufenen Prinzip des Föderalismus noch aus den Grundsätzen über das Zusammenwirken von Bund und Kantonen (Art. 44 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) eine Verpflichtung, die Einschätzung des Kantons zu respektieren. Mit ihrer Rüge verkennen die Beschwerdeführer, dass die geltend gemachten Bestimmungen vorliegend keine Kompetenz der Kantone zu begründen vermögen, weist doch die Bundesverfassung in Art. 121 Abs. 1 BV die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern ausschliesslich dem Bund zu und sehen die gestützt darauf erlassenen Normen die Beurteilung der Ausnahmen von der zahlenmässigen Begrenzung durch die Bundesbehörden vor (Art. 52 Bst. a aBVO i.V.m. Art. 18 Abs. 4 und 25 Abs. 1 aANAG).
Ebenso wenig lässt sich eine kantonale Zuständigkeit aus Art. 14 Abs. 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) ableiten. Ob die angerufene Bestimmung - wie vorgebracht - den Kantonen einen Ermessenspielraum einräumt und die Beurteilungskompetenz der Vorinstanz einschränkt, kann vorliegend offen bleiben, zumal nicht ersichtlich ist und von den Beschwerdeführern auch nicht belegt wird, inwiefern der Gesetzgeber mit der Einführung dieser Bestimmung vom klaren Wortlaut der Zuständigkeitsordnung des Art. 52 Bst. a aBVO abweichen wollte (vgl. C-383/2006 vom 15. Mai 2008 E. 3.3). Die Rüge der Beschwerdeführer erweist damit sich als nicht hinreichend substantiiert. Dass die besagte Bestimmung des Asylgesetzes im vorliegenden Fall zur Anwendung käme, wird von den Beschwerdeführern zu Recht nicht behauptet.

4.

4.1 In ihrer Begründung berufen sich die Beschwerdeführer auf ihre lange Anwesenheit in der Schweiz, welcher bei der Beurteilung der schwerwiegenden persönlichen Notlage angemessen Rechnung getragen werden müsse. Sie wenden ein, die Vorinstanz sei, indem sie den bisherigen Aufenthalt nicht berücksichtigt habe, von dem für sie verbindlichen Kreisschreiben (recte: Rundschreiben) vom 21. Dezember 2006 abgewichen. Dieses würde ausdrücklich die Wichtigkeit der Gesamtdauer des Aufenthaltes bei der Anerkennung von Härtefällen festhalten. Eine lange Anwesenheitsdauer könne demnach im Einzelfall zur Herabsetzung der Anforderungen an die zusätzlich vorausgesetzte Notlage führen. Ausserdem würde gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ein illegaler Aufenthalt eine Berufung auf das Privatleben nicht ausschliessen. Die Aufenthaltsdauer sei somit zu berücksichtigen.

4.2 Aufgrund der Akten sowie der Aussagen des Beschwerdeführers 1 im Rahmen der kantonalen Anhörung vom 7. Dezember 2006 bestehen hinreichende Anhaltspunkte zur Annahme, dass sich dieser seit Mitte 1994 in der Schweiz aufhält. Wie geltend gemacht wird, dürfte die Beschwerdeführerin 2 ihrem Ehegatten im Frühjahr 1998 in die Schweiz gefolgt sein, wobei sie gemäss den Angaben im vorinstanzlichen Verfahren bereits im September 1999 in ihr Heimatland zurückkehrte, um dort am 17. Dezember 1999 ihre Tochter zur Welt zu bringen. Ende März 2000 soll sie mit dem Kind zusammen wieder in die Schweiz eingereist sein. Bis zur Gesuchseinreichung im Dezember 2006 hielt sich die gesamte Familie ohne jegliche Aufenthaltsbewilligung illegal in der Schweiz auf. Die Dauer eines illegalen Aufenthalts fällt indessen bei der Beurteilung einer persönlichen Notlage nicht positiv ins Gewicht. Rechtswidrige Anwesenheiten können bei der Härtefallprüfung nicht in gleicher Weise berücksichtigt werden wie legale Aufenthalte, weil andernfalls die Missachtung der anzuwendenden Begrenzungsvorschriften in gewisser Weise nachträglich belohnt würde bzw. eine Ungleichbehandlung gegenüber jenen ausländischen Personen geschaffen würde, die sich bereits bei ihrer Ankunft auf dem ordentlichen Weg um den Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung bemühen. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts begründen denn auch langjährige illegale Aufenthalte für sich betrachtet keine schwerwiegende persönliche Notlage (BGE 130 II 39 E. 3 S. 41 f.; BVGE 2007/16 E. 5.4 S. 196, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-328/2006 vom 20. Dezember 2007

E. 4.1 [mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung], C-306/2006 vom 18. Dezember 2007 [betreffend eines 23 Jahre dauernden illegalen Aufenthalts]). Vorliegend bestehen auch keine Indizien dafür, die kantonalen oder kommunalen Behörden hätten den illegalen Aufenthalt der Beschwerdeführer bis zu ihrer Gesuchseinreichung im Dezember 2006 bewusst toleriert, was zu ihren Gunsten zu würdigen gewesen wäre (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-342/2006 vom 20. Dezember 2007 E. 3.4.1). In Fällen illegalen Aufenthalts ist allerdings zu prüfen, ob sich die Betroffenen aus anderen Gründen als des solchermassen erwirkten Aufenthalts in einer schwerwiegenden persönlichen Notlage befinden. Dazu ist auf die familiären Beziehungen in der Schweiz und im Heimatland sowie auf die gesundheitliche und berufliche Situation, die soziale Integration etc. abzustellen (BGE 130 II 39 E. 3 S. 42). Dabei führt der Umstand der Illegalität jedoch zu keinen besonderen Beurteilungskriterien bzw. zu keiner Herabsetzung der Anforderungen an die schwerwiegende persönliche Notlage (vgl. BGE 130 II 39 E. 5.4 S. 46, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-383/2006 vom 15. Mai 2008 E. 5.2).

4.3 Nichts anderes ergibt sich aus dem Rundschreiben des BFM zur Praxis bei der Anwesenheitsregelung von ausländischen Personen in schwerwiegenden persönlichen Härtefällen vom 21. Dezember 2006. Wie die Beschwerdeführer selbst vorbringen, besitzen Rundschreiben und Weisungen der Verwaltung für die Rechtsprechung keine Verbindlichkeit. Sie dienen nur der Konkretisierung übergeordneter Rechtsnormen und können deshalb nichts anderes vorsehen, als sich aus der Gesetzgebung oder aus der Rechtsprechung ergibt (BVGE 2007/16 E. 6.2 S. 197). Das Rundschreiben nennt zwar die Anwesenheitsdauer als eines der massgeblichen Kriterien. Es verweist indessen auch auf die in Erwägung 4.2 angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichts und erwähnt in diesem Zusammenhang ausdrücklich, dass bei rechtswidrigen Anwesenheiten die Prüfung des Einzelfalls anhand der allgemeinen Voraussetzungen von Art. 13 Bst. f aBVO zu erfolgen hat. Insofern lässt sich aus dem Rundschreiben nicht folgern, illegale Anwesenheiten könnten einen schwerwiegenden Härtefall begründen (BVGE 2007/16 E. 6.3 S. 197 f.).

4.4 Ebenso verkennen die Beschwerdeführer mit ihrer Berufung auf den Schutz ihres Privatlebens, dass Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) vom vorliegenden Verfahren nicht unmittelbar be-

rührt wird, gilt es doch einzig über die Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung und nicht über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung als solche (vgl. E. 1.3) zu befinden (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2A.162/2006 vom 1. Juni 2006 E. 3.3 und 2A.542/2005 vom 11. November 2005 E. 3.2.3). Allerdings können die Kriterien, die sich aus Art. 8 EMRK für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ergeben, bei der Beurteilung, ob ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt, mitberücksichtigt werden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-250/2006 vom 3. April 2008 E. 5.3 [mit Hinweisen]). Um aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens ein Anwesenheitsrecht ableiten zu können, bedarf es jedoch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besonderes intensiver privater Beziehungen (BGE 126 II 377 E. 2c/aa S. 385 [mit Hinweisen], Urteile des Bundesgerichts 2C_425/2007 vom 13. November 2007 E. 2.1.2 sowie 2A.447/2006 vom 30. Oktober 2006 E. 5.5).

Soweit sich die Beschwerdeführer auf das EGMR Urteil Rodrigues da Silva und Hoogkamer gegen die Niederlande berufen, ist dieses indessen nicht einschlägig. Im besagten Urteil erachtete der EGMR das Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK deshalb als verletzt, weil mit der Wegweisung der illegal in den Niederlande anwesenden Mutter die Beziehung zu ihrer niederländischen Tochter beeinträchtigt worden wäre (EGMR, Urteil Rodrigues da Silva und Hoogkamer gegen die Niederlande vom 31. Januar 2006, Beschwerde Nr. 50435/99, Ziff. 44). Demgegenüber sind die Beschwerdeführer von der verweigerten Ausnahme der zahlenmässigen Begrenzung in gleicher Weise betroffen, womit die angefochte Verfügung zu keiner Trennung der Familienmitglieder führt. Dass - wie geltend gemacht - der illegale Aufenthalt und die damit verbundenen Beziehungen als schutzwürdig erachtet worden wären, ergibt sich indessen nicht aus dem Urteil. Eine solche Schlussfolgerung lässt sich ebenso wenig aus dem EGMR Urteil Aristimuño Mendizabal gegen Frankreich vom 17. Januar 2006 (Beschwerde Nr. 51431/99) ziehen, ging es dabei doch um die Verweigerung der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung an eine in Frankreich legal anwesende Ausländerin. Im weiteren von den Beschwerdeführern angerufenen Urteil Sisojeva et al. gegen Lettland liess die Grosse Kammer des EGMR in ihrem endgültigen Urteil vom 15. Januar 2007 zudem offen, ob eine Verletzung von Art. 8 EMRK vorliegen würde (EGMR, Urteil vom 15. Januar 2007, Beschwerde Nr. 60654/00, Ziff. 96). Selbst unter Berücksichtigung des zuvor ergangenen Urteils der ersten Kammer vom 16. Juni 2005 ergibt sich indessen vorliegend kein anderes Ergebnis. Als massgebliche Kriterien für die Beurteilung einer

Verletzung von Art. 8 EMRK führte die erste Kammer des EGMR nicht die Aufenthaltsdauer als solche, sondern die persönlichen, sozialen und wirtschaftlichen Beziehungen an (EGMR, Urteil Sisojeva et al. gegen Lettland vom 16. Juni 2005, Beschwerde Nr. 60654/00, Ziff. 102). In Erwägung 4.2 wurde indessen bereits ausgeführt, dass auch zur Beurteilung der persönlichen Notlage bei illegalen Aufenthalten die familiären Beziehungen, die gesundheitliche und berufliche Situation sowie die soziale Integration zu berücksichtigen sind, womit den soeben genannten Kriterien Rechnung getragen wird.

4.5 Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass illegale Anwesenheiten für sich betrachtet keinen schwerwiegenden persönlichen Härtefall zu begründen vermögen. Zu untersuchen bleibt jedoch, ob - abgesehen von der Aufenthaltsdauer - andere Kriterien darauf hinweisen, dass die Beschwerdeführer bei ihrer Rückkehr in ihre Heimat in eine persönliche Notlage gerieten. In direkten Zusammenhang damit steht dabei die Frage nach den Chancen einer erfolgreichen Wiedereingliederung (vgl. BGE 130 II 39 E. 5.3 S. 46 und Urteil des Bundesgerichts 2A.512/2006 vom 18. Oktober 2006 E. 2.2).

5.

5.1 In erster Linie wird die Situation der 8-jährigen Beschwerdeführerin 3 geltend gemacht, die in der Schweiz aufgewachsen sei. Unbeachtlich ist, ob sie - wie an einer Stelle der Rechtsmitteleingabe vorgebracht - in der Schweiz geboren wurde, oder gemäss den mehrfach im vorinstanzlichen Verfahren wiederholten Angaben erst im Alter von drei Monaten mit ihrer Mutter in die Schweiz reiste, zumal sie unbestrittenermassen in der Schweiz aufwuchs, hier die Spielgruppe und den Kindergarten besuchte und seit zwei Jahren eingeschult ist. Gemäss der eingereichten Schulbeurteilung des Klassenlehrers vom 2. Januar 2007 habe sie sich in die Klasse sehr gut integriert und sei ausserordentlich beliebt. In einem Referenzschreiben wird die Beschwerdeführerin 3 auch als "Schweizer Mädchen" bezeichnet (vgl. Schreiben von D._____ und E._____ vom 4. Januar 2007). Überdies machen die Beschwerdeführer auch ihre Freizeitaktivitäten geltend, womit die Beschwerdeführerin 3 unabhängig von ihren Eltern eigene Interessen wahrnehmen würde. Auch wenn die Beschwerdeführerin 3 begonnen hat, sich selbständig in der Schweiz zu integrieren, hat sie indesen noch nicht ein Jugendalter bzw. eine derart fortgeschrittene Integration erreicht, dass gemäss Rechtsprechung im Falle einer Rückkehr von einer eigentlichen Entwurzelung ausge-

gangen werden müsste (vgl. BGE 123 II 125 E. 4b S. 129 f. [mit Hinweisen]; BVGE 2007/16 E. 9 S. 200 f., Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-250/2006 vom 3. April 2008 E. 8.4). So sind in ihrem Alter der Einfluss der Eltern sowie die Fähigkeiten sich an neue Verhältnisse anzupassen noch gross. Kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerin 3 offenbar ihre Muttersprache spricht (vgl. Schreiben von F._____. und G._____ vom 19. Dezember 2006 sowie implizit Schreiben von H._____, [...], vom 18. Dezember 2006 und Schulbeurteilung von I._____ und J._____ [undatiert]) und sich zumindest zwei Mal in ihrem Heimatland aufhielt (vgl. hierzu nachfolgende E. 5.5). Sie dürfte insofern durchaus über einen gewissen Bezug zu ihrem Heimatland verfügen, das sie entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift somit nicht nur aus den Erzählungen ihren Eltern kennt. Die Situation der Beschwerdeführerin 3 lässt sich - unter Berücksichtigung der nachfolgenden Ausführungen zu den Verhältnissen ihrer Eltern - auch nicht mit den Umständen vergleichen, wie sie im Urteil des Bundesgerichts 2A.582/2003 vom 14. April 2004 vorlagen, zumal es sich damals um ein 9-jähriges Mädchen und ihre alleinstehende Mutter handelte, die weder über finanzielle Mittel noch über Verwandte im Heimatland verfügten, und das Mädchen überdies das Heimatland nicht kannte und kaum die Sprache richtig beherrschte.
Die Beschwerdeführer verweisen ferner auf die Rechtsprechung deutscher Oberverwaltungsgerichte und die in Deutschland geltenden gesetzlichen Grundlagen und führen dazu aus, dem Privatleben minderjähriger Kinder, die in Deutschland geboren und verwurzelt seien, deren Eltern jedoch über kein Aufenthaltsrecht verfügen, werde in zunehmenden Masse erhöhte Bedeutung zugemessen. Aus den Vorbringen ist indessen nicht ersichtlich, inwiefern dadurch von der in Erwägung 4.4 dargelegten Rechtsprechung abzuweichen wäre. Ebenso wenig lässt sich aus dem Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107) ein Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung ableiten (BGE 126 II 377 E. 5d S. 392). Die Rügen erweisen sich als nicht zutreffend.

5.2 Hinsichtlich der Integration der Beschwerdeführer 1 und 2 ergibt sich, dass diese offenbar bis zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung in der Lage waren für den Unterhalt der Familie selber aufzukommen. Gemäss eigenen Angaben fand der Beschwerdeführer 1 verschiedene Anstellungen in der Baubranche, während seine Ehefrau Reinigungstätigkeiten in Privathaushalten übernommen haben soll.

Gegenwärtig soll der Beschwerdeführer 1 eine Freiwilligentätigkeit wahrnehmen. Beide Ehegatten reichten den kantonalen Behörden zudem Nachweise zu besuchten Deutschkursen ein. In den zahlreichen Referenzschreiben verschiedener Privatpersonen wird den Beschwerdeführern im Wesentlichen Ehrlichkeit, Hilfsbereitschaft und eine gute Integration attestiert. Überdies wird mehrfach auf das regelmässige Engagement der Beschwerdeführer im Rahmen der Kirchgemeinde sowie bei lokalen Veranstaltungen hingewiesen. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2006 bestätigen K._____. und L._____ ausserdem, der Beschwerdeführer 1 habe die Patenschaft für ihre jüngste Tochter übernommen und pflege diesen Kontakt mit viel Liebe und Engagement. Abgesehen von der Missachtung fremdenpolizeilicher Vorschriften kann den Akten nichts entnommen werden, was darauf hindeuten würde, ihr Verhalten hätte zu Klagen Anlass gegeben.

5.3 Die Integrationsleistungen der Ehegatten erscheinen jedoch nicht derart aussergewöhnlich, dass sie ausreichen würden, um gemäss bundesgerichtlicher Praxis eine persönliche Notlage im Sinne von Art. 13 Bst. f aBVO zu begründen (vgl. hierzu E. 3.2). Soweit in der Rechtsmitteleingabe auf die schwierigen Bedingungen verwiesen wird, angesichts derer die Integration als mustergültig und gelungen zu erachten sei, ist darauf hinzuweisen, dass - wie in Erwägung 4.2 bereits ausgeführt - für illegal anwesende Ausländerinnen und Ausländer die gleichen Beurteilungskriterien betreffend die Integration gelten, wie sie für andere Ausländerinnen und Ausländer Anwendung finden, weshalb dem Umstand der Illegalität nicht in besonderer Weise Rechnung getragen werden kann.

5.4 Die Vorinstanz macht zu Recht geltend, dass die beruflichen Fähigkeiten, welche die Beschwerdeführer 1 und 2 durch ihre Tätigkeiten in der Baubranche und in der Haushaltsreinigung erlangten, nicht auf Qualifikationen hinweisen, die in ihrem Heimatland nicht von Nutzen sein könnten und damit als Verlust einer überdurchschnittlichen Integration im Falle der Rückkehr zu einer schwerwiegenden persönlichen Notlage führen würden (vgl. BVGE 2007/16 E. 8.3 S. 200). Was die eingereichten Referenz- und Unterstützungsschreiben betrifft, zeugen diese sowohl von einem grossen, seit mehreren Jahren bestehenden Bekannten- und Freundeskreis, als auch von einem gesellschaftlichen Engagement der Beschwerdeführer. Dennoch beinhalten sie keinen hinreichenden Nachweis für eine aussergewöhnliche soziale Integration, welche über die während des mehrjährigen Aufenthalts der

Familie geknüpften, freundschaftlichen Beziehungen hinausgehen und auf derart enge Verwurzelungen der Beschwerdeführer schliessen lassen würden, aufgrund derer eine Rückkehr in ihr Heimatland vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen werden kann. Im Vergleich mit anderen Ausländerinnen und Ausländern, die sich gleich lange in der Schweiz aufhalten, liegt deshalb weder in beruflicher noch in sozialer Hinsicht eine ausserordentliche Integration der Beschwerdeführer 1 und 2 vor.

5.5 Demgegenüber wuchsen die Beschwerdeführer 1 und 2 in Brasilien auf, verbrachten dort ihre gesamte Schulzeit und waren mehrere Jahre in ihrem Heimatland berufstätig. Erst im Alter von 29 oder 30 Jahren reiste der Beschwerdeführer 1 und mit 35 Jahren die Beschwerdeführerin 2 in die Schweiz ein. Sie verbrachten damit die für die soziokulturelle Integration prägenden Jahre und den grössten Teil ihres Lebens in ihrem Heimatland. Sprache und Kultur ihres Heimatlandes sind ihnen somit vertraut. Überdies leben nach eigenen Angaben die Eltern der Beschwerdeführerin 2 und ihr Bruder sowie die Mutter und sieben Geschwister des Beschwerdeführers 1 im Heimatland, wobei der Beschwerdeführer 1 lediglich zu seiner Mutter Kontakt pflegen würde, die bei seiner älteren Schwester leben soll. Insofern geltend gemacht wird, es könne aufgrund eines Ferienaufenthaltes der Beschwerdeführer im Heimatland nicht auf intakte familiäre Beziehungen geschlossen werden, steht diese Rüge nicht im Einklang mit der vom Beschwerdeführer 1 selbst gemachten Aussage, die Aufenthalte im Heimatland hätten jeweils dazu gedient, Familienangehörige und Verwandte zu besuchen (vgl. Einvernahmeprotokoll des Sicherheitsdepartements des Kantons Basel-Stadt, Bevölkerungsdienste und Migration vom 7. Dezember 2006 S. 4). Auch sind die Beschwerdeführer während ihres Aufenthaltes in der Schweiz wiederholt in ihr Heimatland gereist. So erfolgten die Heirat 1998 und gemäss Aussagen im vorinstanzlichen Verfahren auch die Geburt der Tochter 1999 im Heimatland. Zudem wurden der gesamten Familie am 7. Januar 2003 im Heimatland Reisedokumente ausgestellt. Die dazu erstellten Fotos der Beschwerdeführer datieren vom 12. Dezember 2002. Schliesslich erklärte der Beschwerdeführer 1, er habe sich zusammen mit seiner Ehegattin und der Tochter im Juli bzw. August 2003 für drei Wochen in Brasilien aufgehalten. Vor diesem Hintergrund lässt sich somit durchaus auf einen weiterhin bestehenden Bezug zum Heimatland und entsprechenden Kontakten zu Verwandten und Bekannten schliessen. Auch ist davon auszugehen, dass die

Ehegatten und ihre Tochter mit den Verhältnissen in ihrem Heimatland vertraut sind. Die Beschwerdeführer berufen sich indessen auf die schwierigen Lebensbedingungen, von denen sie im Falle einer Rückkehr betroffen sein würden. Dabei wird auf das Alter des Beschwerdeführers 1, aufgrund dessen er auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr konkurrenzfähig sein würde, sowie auf den Umstand verwiesen, dass die Verwandten, die sich selbst in schwierigen wirtschaftlichen Verhältnissen befinden würden, die Beschwerdeführer nicht unterstützen könnten. Die Lebens- und Arbeitsbedingungen mögen zwar im Vergleich mit der Schweiz ungünstiger sein; die Einwände der Beschwerdeführer lassen indessen nicht darauf schliessen, sie wären bei ihrer Rückkehr grösseren Nachteilen als die einheimische Bevölkerung ausgesetzt oder wären mehr davon betroffen als andere zur Rückkehr verpflichtete Landsleute (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.512/2006 vom 18. Oktober 2006 E. 2.2 und BGE 123 II 125 E. 5b/dd S. 133).

5.6 Aus der oben dargelegten Gesamtwürdigung aller relevanten Aspekte des vorliegenden Einzelfalls folgt somit, dass die Voraussetzungen für die Annahme eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls im Sinne von Art. 13 Bst. f aBVO nicht erfüllt sind.

6.

6.1 Die angefochtene Verfügung ist im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

6.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Zwischenverfügung vom 10. Oktober 2007 dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht stattgegeben, weil die Beschwerde als ohne Aussicht auf Erfolg beurteilt werden musste. In ihrem Eventualbegehren ersuchen die Beschwerdeführer mit Eingabe vom 30. Januar 2008 die Zwischenverfügung in Wiedererwägung zu ziehen. Angesichts der Tatsachen, dass in der Begründung weder veränderte Verhältnisse noch Revisionsgründe (vgl. Art. 45 VGG i.V.m. Art. 121 ff. BGG) geltend gemacht werden, ist das Begehren als ein neues Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu erachten. Da die Einschätzung der Zwischenverfügung jedoch nach wie vor gilt, ist das Ersuchen abzuweisen, so dass die Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens zu tragen haben (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 und Art. 2 sowie Art. 3 des des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen

vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird nicht stattgegeben.

2.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

3.
Die Verfahrenskosten von Fr. 700.-- werden den Beschwerdeführern auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Beilage: Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Bevölkerungsdienste und Migration (Beilage: Akten [...] zurück)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Antonio Imoberdorf	Evelyne Sturm

Versand: