Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 363/2017

Urteil vom 29. Mai 2018

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd, Haag,
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte
1. A.A._____,
2. B.A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern,
Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern.

Gegenstand
Familiennachzug; Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung infolge Straffälligkeit,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung,
vom 10. März 2017 (100.2016.70U).

Erwägungen:

1.
B.A._____ (Jahrgang 1963) ist serbischer Staatsangehöriger. Er reiste im Alter von sieben Jahren im Jahr 1970 in die Schweiz ein, lebte jedoch während den nächsten zehn Jahren im damaligen Jugoslawien bei seinen Grosseltern und verbrachte nur die Ferien bei seinen Eltern in der Schweiz. Im Jahr 1980 reiste er definitiv in die Schweiz ein, worauf ihm die Niederlassungsbewilligung erteilt wurde. Am 25. Juni 1987 wurde er vom Obergericht des Kantons Zürich wegen bandenmässigen Raubs, Versuchs dazu, Raubs sowie Raubversuchs zu zweieinhalb Jahren Zuchthaus und zehn Jahren Landesverweisung verurteilt. Am 11. Januar 1989 sprach das Obergericht des Kantons Zürich wegen fortgesetzten Raubs und Versuchs dazu als Zusatzstrafe zum ersten Urteil einen Freiheitsentzug von zehn Monaten Gefängnis aus. Die Justizdirektion des Kantons Zürich verurteilte B.A._____ am 5. März 1991 wegen Verweisungsbruchs, wiederholten Vergehens gegen das Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmG; SR 812.121) und fortgesetzter Übertretung des BetmG zu drei Monaten Gefängnis. Nach der bedingten Entlassung am 4. Februar 1988 hielt er sich mehrfach illegal in der Schweiz auf und musste im Jahr 1991 ausgeschafft
werden.
Im Jahr 1992 heiratete B.A._____ die in der Schweiz niedergelassene serbische Staatsangehörige C.D._____ und nahm deren Namen an. Am 7. Februar 1993 reiste er unter dem Namen B.D._____ wieder in die Schweiz ein, worauf ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. 1994 zogen die Eheleute D._____ mit der inzwischen geborenen Tochter (E.D._____, Jahrgang 1991) nach Zürich, wo ein zweites (F.D._____, Jahrgang 1994), ein drittes (G.D._____, Jahrgang 1998), ein viertes (H.D._____, Jahrgang 2000) und fünftes Kind (I.D._____, Jahrgang 2001) geboren wurde, wobei es sich bei den drei jüngsten Kindern nicht um gemeinsame Kinder handeln soll. Durch polizeiliche Abklärungen konnte die wahre Identität von B.A._____ ermittelt werden. Mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Dezember 1999 wurde die Ehe zwischen B.A._____ und C.D._____ geschieden. Am 4. Juli 2001 verurteilte ihn das Geschworenengericht des Kantons Zürich wegen mehrfacher versuchter

vorsätzlicher Tötung (begangen am 19. Oktober 1996), Verweisungsbruchs und verbotenen Waffentragens zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren Zuchthaus und verwies ihn lebenslänglich des Landes, wobei der Vollzug der Nebenstrafe nicht aufgeschoben wurde.
Das Migrationsamt des Kantons Zürich verweigerte mit Verfügung vom 18. Juli 2002 die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung von B.A._____, und wies ihn auf den Tag der Entlassung aus dem Strafvollzug aus dem Gebiet des Kantons Zürich weg. Am 12. Oktober 2005 verfügte das damalige Bundesamt für Migration (BFM) eine Einreisesperre auf unbestimmte Dauer. Nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug am 26. Oktober 2005 wurde B.A._____ am 27. Oktober 2005 nach Belgrad ausgeschafft.
Am 19. Januar 2007 ehelichte B.A._____ in Belgrad die schweizerische Staatsangehörige A.A._____, die er während des Strafvollzugs über eine Kontaktanzeige kennen gelernt hatte. Am 19. März 2008 stellte A.A._____ ein erstes Familiennachzugsgesuch für ihren Ehegatten. Die Abweisung dieses Gesuchs wurde am 4. November 2009 letztinstanzlich durch das Bundesgericht bestätigt (Verfahren 2C 470/2009). Am 1. Juli 2014 ersuchte A.A._____, mittlerweile in der Einwohnergemeinde Walliswil b. Wangen wohnhaft, erneut um Nachzug ihres Ehegatten, was durch das Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern am 3. März 2015 formlos und am 30. Juni 2015 mit Verfügung verweigert wurde. Mit Entscheid vom 15. Februar 2016 wies die Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern die von A.A._____ und B.A._____ gegen die Verfügung vom 30. Juni 2015 erhobene Beschwerde und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab. Wegen illegalen Aufenthalts und Missachtung des Einreiseverbots wurde der Beschwerdeführer am 2. Mai 2016, wie bereits zuvor im Dezember 2013, in seinen Heimatstaat ausgeschafft. Mit Urteil vom 10. März 2017 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die von A.A._____ und B.A._____ gegen den Entscheid der
kantonalen Polizei- und Militärdirektion geführte Beschwerde und das Gesuch um Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege ebenfalls ab. Mit Eingabe vom 4. April 2017 gelangt A.A._____ und mit Eingabe vom 16. März 2017 B.A._____ an das Bundesgericht.

2.
Die zwei separaten Eingaben vom 16. März 2017 bzw. vom 4. April 2017, die sich gemäss ihrem sinngemäss in der Begründung enthaltenen Antrages (vgl. LAURENT MERZ, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 18 zu Art. 42 BGG), gegen die verweigerte Bewilligung des Familiennachzugs richten, können als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten entgegen genommen werden. Der Beschwerdeführer und seine Ehegattin schweizerischer Staatsbürgerschaft, die seit dem 19. Januar 2007 verheiratet sind und ihre eheliche Beziehung nach der Ausreise des Beschwerdeführers fortgesetzt haben, verfügen grundsätzlich über einen gesetzlichen (Art. 42 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG; SR 142.20]), verfassungs- (Art. 13 BV) und konventionsrechtlich (Art. 8 Abs. 1 EMRK) begründeten Anspruch darauf, ihr Familienleben in der Schweiz pflegen zu können (Urteil 2C 650/2017 vom 9. Januar 2018). Ihre Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zwar zulässig (Art. 83 lit. c Ziff. 2 e contrario BGG), aber offensichtlich unbegründet, weshalb sie im vereinfachten Verfahren mit summarischer Begründung nach Art. 109 Abs. 2 lit. a BGG abgewiesen wird.

2.1. Der ausländische Ehegatte einer schweizerischen Staatsangehörigen hat Anspruch darauf, dass ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wird, wenn er mit seiner Ehefrau zusammen wohnt. Dieser Anspruch erlischt insbesondere, wenn Widerrufsgründe im Sinne von Art. 63 AuG vorliegen (Art. 51 Abs. 1 lit. b AuG); als Widerrufsgrund gilt unter anderem die Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe (Art. 63 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 62 Abs. 1 lit. b AuG). Mit seiner strafrechtlichen Verurteilung am 4. Juli 2001 wegen mehrfacher versuchter vorsätzlicher Tötung (begangen am 19. Oktober 1996), Verweisungsbruchs und verbotenen Waffentragens zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren Zuchthaus und einer lebenslänglichen Landesverweisung hat der Beschwerdeführer diesen Widerrufsgrund gesetzt, woran die Schilderung der eigenen Sichtweise der Tatumstände in der Beschwerdeschrift nichts zu ändern vermögen.

2.2. Eine strafrechtliche Verurteilung steht der Erteilung einer neuen Aufenthaltsbewilligung jedoch nicht definitiv entgegen. Verfügt die betreffende Person ausländischer Staatsangehörigkeit über Familienangehörige mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht in der Schweiz und wird die intakte familiäre Beziehung tatsächlich gelebt, kann es allenfalls Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV verletzen, wenn ihr die Anwesenheit untersagt und das Familienleben vereitelt wird. Sollte die betreffende Person ausländischer Staatsangehörigkeit, gegen welche eine Entfernungsmassnahme verhängt wurde, in der Schweiz weiterhin über nachzugsberechtigte Angehörige verfügen, denen die Pflege eines Familienlebens in dessen Heimatstaat nicht zuzumuten ist, ist eine Neubeurteilung angezeigt,

falls der Betroffene sich seit der Verurteilung bzw. der Strafverbüssung bewährt und sich für eine angemessene Dauer in seinem Heimatstaat klaglos verhalten hat, sodass eine Integration in die hiesigen Verhältnisse nunmehr absehbar und ein allfälliges Rückfallrisiko als vernachlässigbar erscheint. Der Zeitablauf, verbunden mit der Deliktsfreiheit, kann mithin dazu führen, dass die (auch für die Grundrechtseinschränkung massgebliche [Art. 8 Ziff. 2 EMRK; Art. 13 in Verbindung mit Art. 36 BV]) Interessenabwägung anders auszufallen hat als im Zeitpunkt der strafrechtlichen Verurteilung, verliert doch das öffentliche Interesse an der Gefahrenabwehr an Bedeutung, soweit die Entfernungsmassnahme gegen den Betroffenen ergriffen, durchgesetzt und für eine der Schwere der Tat angemessene Zeitdauer aufrechterhalten wurde (Urteil 2C 650/2017 vom 9. Januar 2018 E. 2.2, 2.3.1, mit zahlreichen Hinweisen). Wann die Neubeurteilung zu erfolgen hat, ist aufgrund der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Hat sich der Betroffene seit der Rechtskraft der aufenthaltsbeendenden Massnahme und seiner Ausreise während fünf Jahren im Ausland bewährt, ist eine neue Prüfung des Anspruches auf eine Aufenthaltsbewilligung, vorbehältlich von Fällen einer ausgeprägten Gefahr, regelmässig angezeigt (Urteil 2C 650/2017 vom 9. Januar 2018 E. 2.2, 2.3.1, mit zahlreichen Hinweisen).

2.3. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil vom 10. März 2017 erwogen, seit dem Ende des Strafvollzugs und der Ausschaffung nach Belgrad im Oktober 2005 bzw. seit der rechtskräftigen letztinstanzlichen Abweisung des ersten Familiennachzugsgesuchs am 4. November 2009 seien zehn bzw. mehr als fünf Jahre vergangen, weshalb grundsätzlich von einem Anspruch auf Neuprüfung auszugehen sei. Zur Verhältnismässigkeit der aufenthaltsbeendenden staatlichen Massnahme erwog die Vorinstanz, das Verschulden des Beschwerdeführers, der für eine versuchte vorsätzliche Tötung rechtskräftig zu zehn Jahren Zuchthaus verurteilt worden sei, wiege auch unter Berücksichtigung des Zeitablaufs nach wie vor schwer. Ungeachtet eines in Serbien am 7. August 2015 ausgestellten Leumundszeugnisses könne ein Rückfallsrisiko insbesondere deswegen nicht ausgeschlossen werden, weil der Beschwerdeführer bis heute keine vorbehaltslose Reue und Einsicht in seine Tat zeige, sondern in seinen Eingaben jeweils die Richtigkeit rechtskräftiger Strafurteile weiterhin hinterfrage. Die Schwierigkeit, welche der Beschwerdeführer hinsichtlich der Einhaltung der schweizerischen Rechtsordnung an den Tag lege, zeige sich auch darin, dass es sich bei der mit Strafurteil vom 4. Juli 2001 verhängten Landesverweisung (aufgehoben ex lege aufgrund der Übergangsbestimmungen Ziff. 1 Abs. 2 der Änderung des StGB vom 13. Dezember 2002, AS 2006 3459, 3534) bereits um die zweite gehandelt habe und der Beschwerdeführer sich an das zunächst auf unbestimmte Dauer, dann bis 2020 befristete Einreiseverbot nicht halte, sei er doch mehrmals illegal in die Schweiz eingereist und sowohl im Jahr 2013 wie auch im Jahr 2016 in seinen Heimatstaat ausgeschafft worden. Mit der Möglichkeit einer Sozialhilfeabhängigkeit der Beschwerdeführer müsse hingegen unter der Voraussetzung nicht gerechnet werden, dass der Beschwerdeführer umgehend nach seiner Einreise zum Lebensunterhalt beitrage. Insgesamt sei das öffentliche Interesse an einer Fernhaltung des Beschwerdeführers immer noch als so gewichtig zu erachten, dass es durch die privaten Interessen an der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht überwogen werde: Zwar hätten die Beschwerdeführer unbestrittenermassen ein Interesse daran, ihr Eheleben in der Schweiz zu pflegen, und seien in die Interessenabwägung auch die Interessen der in der Schweiz lebenden erwachsenen Kinder und Enkel des Beschwerdeführers miteinzubeziehen. Diese privaten Interessen würden jedoch dadurch relativiert, dass die Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Eheschlusses angesichts der rechtskräftigen Landesverweisung des Beschwerdeführers nicht damit rechnen konnten, ihr Familienleben in der Schweiz pflegen zu können. Auch die Berücksichtigung des Gesundheitszustandes des HIV-infizierten Beschwerdeführers würde am Ergebnis der Interessenabwägung nichts ändern, sei doch AIDS nicht ausgebrochen und würde sich der Beschwerdeführer seit 2006 in Belgrad einer stabilen antiretroviralen Therapie unterziehen. Angesichts des überwiegenden öffentlichen Interesses an einer Fernhaltung des für ein sehr schweres Gewaltdelikt verurteilten Beschwerdeführers sei die Beschwerde abzuweisen und die Verweigerung der Bewilligung des Familiennachzuges zu bestätigen.

2.4.

2.4.1. Das angefochtene Urteil ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. In Fällen, die - wie hier - sowohl das Familienleben als auch die Zuwanderung betreffen, hängt der Umfang der Pflicht, ausländische Familienmitglieder auf dem Staatsgebiet dulden bzw. ihnen den Aufenthalt ermöglichen zu müssen, jeweils von den Umständen des Einzelfalls ab (BGE 139 I 330 E. 2.3 S. 336 f., mit zahlreichen Hinweisen). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) verlangt dabei eine Gesamtbetrachtung, wobei der Grad der konkreten Beeinträchtigung des Familienlebens, der Umstand, ob und wieweit dieses in zumutbarer Weise im Heimatstaat oder allenfalls in einem

Drittstaat gelebt werden kann, sowie die Natur der Bindungen zum und im Aufenthaltsstaat ins Gewicht fallen. Von wesentlicher Bedeutung ist zudem, ob Gründe der Migrationsregulierung (illegaler Aufenthalt usw.), andere Motive zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder solche des wirtschaftlichen Wohlergehens des Landes der Bewilligung entgegenstehen. Von besonderem Gewicht erscheint schliesslich, ob die betroffenen Personen aufgrund ihres migrationsrechtlichen Status vernünftigerweise davon ausgehen durften, ihr Familienleben künftig im Konventionsstaat pflegen zu können. Ist dies nicht
der Fall, bedarf es besonderer Umstände, damit Art. 8 EMRK den einzelnen Staat verpflichten kann, die Anwesenheit von Familienangehörigen zu dulden (Urteile des EGMR Jeunesse gegen die Niederlande vom 3. Oktober 2014 [Nr. 12738/10], §§ 107 f., mit zahlreichen Hinweisen; Urteile 2C 348/2016 vom 17. März 2017 E. 3.2; 2C 643/2015 vom 24. November 2015 E. 5.5).

2.4.2. Wie die Vorinstanz zutreffend erkannte, hat der Beschwerdeführer einen grossen Teil seiner Kindheit und Jugend in Serbien verbracht und reiste erst im Alter von 17 Jahren in die Schweiz ein. Nach sieben Jahren Aufenthalt wurde er im Alter von 24 Jahren wegen - teilweise bandenmässigen - Raubs und Raubversuchs zu einer Freiheitsstrafe von zweieinhalb Jahren Zuchthaus und zehn Jahren Landesverweisung verurteilt, weshalb er im Jahr 1991 nach illegalem Aufenthalt in der Schweiz erstmals in seinen Heimatstaat ausgeschafft werden musste. Nachdem er unter dem Namen seiner ersten Ehefrau im Familiennachzug wieder in die Schweiz eingereist war, beging der Beschwerdeführer ein weiteres schwerwiegendes Gewaltdelikt und musste nach rechtskräftiger Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren Zuchthaus und lebenslänglicher Landesverweisung am 27. Oktober 2005 nochmals in seinen Heimatstaat ausgeschafft werden. Der Beschwerdeführer ist somit mit der Sprache und den kulturellen Gegebenheiten seines Heimatstaates bestens vertraut, hat jedoch einen grossen Zeitraum seiner Aufenthaltsdauer in der Schweiz illegal oder im Strafvollzug verbracht. Im Zeitpunkt der Heirat am 19. Januar 2007 konnten die Beschwerdeführer somit keinesfalls
damit rechnen, ihr Eheleben in der Schweiz pflegen zu können, weshalb den Beschwerdeführern rechtsprechungsgemäss nur bei Vorliegen besonderer Umstände ein Familienleben in der Schweiz bewilligt werden könnte. Besondere Umstände, welche in der Gesamtbetrachtung dennoch ein überwiegendes Interesse der Beschwerdeführer zu begründen vermöchten, sind vorliegend nicht ersichtlich, haben die Beschwerdeführer denn keine gemeinsamen Kinder und sind die Kinder des Beschwerdeführers aus erster Ehe allesamt erwachsen. Auch der Gesundheitszustand des HIV-infizierten Beschwerdeführers stellt angesichts dessen, dass die Krankheit nicht ausgebrochen ist und die Infektion in seinem Heimatstaat mit antiretroviralen Medikamenten behandelt wird, keinen solchen besonderen Umstand dar. Aus einer Gesamtbetrachtung resultiert, dass den Beschwerdeführern eine Weiterführung ihres bis anhin gepflegten Ehelebens über Kurzbesuche und elektronische Kommunikationsmittel zumutbar ist. Die dem Bundesgericht eingereichten Beschwerdeschriften, mit denen die Beschwerdeführer ihr Recht auf Eheleben in der Schweiz unterstreichen, die durch die Behörden erfahrene Behandlung monieren, die Rechtsmässigkeit der strafrechtlichen Verurteilungen des Beschwerdeführers in
Frage stellen und die Umstände der Infizierung des Beschwerdeführers thematisieren, bezeugen, dass der Beschwerdeführer nach wie vor keine Reue und Einsicht in seine Taten an den Tag legt, enthalten aber keine Vorbringen, welche eine von der vorinstanzlichen abweichende Beurteilung als angezeigt erscheinen liesse. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich somit als offensichtlich unbegründet und ist mit summarischer Begründung (Art. 109 Abs. 2 lit. a BGG) abzuweisen.

3.
Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann wegen Aussichtslosigkeit nicht entsprochen werden (Art. 64 Abs. 1 e contrario BGG). Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten den Beschwerdeführern zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG). Parteientschädigungen werden nicht gesprochen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird abgewiesen.

2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.-- werden den Beschwerdeführern zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt.

4.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, und dem Staatssekretariat für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 29. Mai 2018

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall