

100.2018.190U
DAM/MAL/KIB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 21. Februar 2019

Verwaltungsrichter Daum, präsidierendes Mitglied
Verwaltungsrichter Keller
Gerichtsschreiberin Marti

1. **A.** _____
2. **B.** _____
beide vertreten durch Fürsprech ...

Beschwerdeführende

gegen

Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern
Kramgasse 20, 3011 Bern

betreffend Familiennachzug (Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des
Kantons Bern vom 25. Mai 2018; 2017.POM.387)



Sachverhalt:

A.

Der kosovarische Staatsangehörige A._____ (geb.1979) ersuchte am 20. Oktober 1998 erfolglos um Asyl. Ab Juni 2000 hielt er sich wiederholt illegal in der Schweiz auf und beging hier mehrere Straftaten; unter anderem wurde er im Jahr 2002 wegen Betäubungsmitteldelikten und Widerhandlung gegen die Waffengesetzgebung zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe sowie zu einer unbedingten Landesverweisung von acht Jahren verurteilt. Am 19. August 2004 wurde eine Einreisesperre (heute: Einreiseverbot) auf unbestimmte Dauer gegen ihn verhängt. Seit dem 8. Dezember 2008 gilt diese Sperre im ganzen Schengen-Raum.

Am 29. November 2007 heiratete A._____ in ... (Kosovo) die eingebürgerte Schweizerin B._____ (geb.1987). Das Ehepaar hat drei gemeinsame Kinder (geb. 2011, 2013 und 2016).

B._____ stellte letztmals am 15. Juni 2009 ein Gesuch um Nachzug ihres Ehemanns in die Schweiz, welches das Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern (MIP), Migrationsdienst (MIDI), mit Verfügung vom 9. Juni 2011 abwies. Die dagegen eingelegten Rechtsmittel blieben erfolglos (Entscheid der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern [POM] vom 17.12.2012; VGE 2013/29 vom 11.6.2014, publ. in BVR 2015 S. 391); die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung wurde letztinstanzlich am 15. Mai 2015 vom Bundesgericht bestätigt (BGer 2C_714/2014 vom 15.5.2015).

B.

Am 26. Januar 2016 beantragten A._____ und B._____ erneut eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs. Mit Verfügung vom 27. April 2017 wies das MIP das Gesuch mit der Begründung ab, A._____ habe sich in den letzten Jahren nicht wohlverhalten, sondern sei erneut straffällig geworden.

C.

Gegen diese Verfügung erhoben A._____ und B._____ am 29. Mai 2017 Beschwerde bei der POM. Während Hängigkeit des Beschwerdeverfahrens wurde A._____ wegen Verdachts unter anderem auf Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz festgenommen, in Untersuchungshaft versetzt und anschliessend vom Regionalgericht Berner Jura-Seeland zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten und zu einer Landesverweisung von 5 Jahren verurteilt. Mitte März 2018 trat er den vorzeitigen Strafvollzug an. Gegen das Strafurteil legte A._____ Berufung ein. Mit Entscheid vom 25. Mai 2018 wies die POM die Beschwerde gegen die Verweigerung des Familiennachzugs ab.

D.

Am 27. Juni 2018 haben A._____ und B._____ gemeinsam Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit dem Antrag, der Entscheid der POM sei aufzuheben und der Familiennachzug sei zu bewilligen bzw. A._____ seien ein Visum und eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei seiner Ehefrau und den gemeinsamen Kindern zu erteilen. Die POM hat mit Vernehmlassung vom 23. Juli 2018 auf Abweisung der Beschwerde geschlossen. Nach Ablehnung eines Gesuchs um Ratenzahlung des Gerichtskostenvorschusses haben A._____ und B._____ am 31. Juli 2018 zudem die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung ihres Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt beantragt.

Während Hängigkeit des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens bestätigte das Obergericht des Kantons Bern in der Berufungssache das erstinstanzliche Strafurteil. Am 23. Oktober 2018 wurde A._____, der über eine französische Aufenthaltserlaubnis verfügt, bedingt aus dem Strafvollzug entlassen und nach Frankreich überstellt.

Mit Eingaben vom 2. und 27. November 2018 haben sich A._____ und B._____ zu Strafvollzugsakten geäussert; dabei haben sie mitgeteilt, trotz der erneuten strafrechtlichen Verurteilung an der Beschwerde festzuhalten.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Die Beschwerdeführenden haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 79 Abs. 1 VRPG). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

1.2 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

2.

In der Sache ist strittig, ob die POM den Nachzug des Beschwerdeführers in die Schweiz verweigern durfte.

2.1 Der Beschwerdeführer ist mit einer Schweizer Bürgerin verheiratet und hat mit dieser gemeinsame Kinder, die ebenfalls über das Schweizer Bürgerrecht verfügen. Gestützt auf die Ehe kommt ihm grundsätzlich ein Aufenthaltsanspruch nach Art. 42 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20; vor dem 1.1.2019: Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, AuG) zu. Zudem kann er sich mit Blick auf die (soweit möglich) gelebten familiären Beziehungen auf Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) bzw. Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV; SR 101) berufen. Der Anspruch auf Familiennachzug erlöscht jedoch unter anderem, wenn Widerrufsgünde nach Art. 63 AIG vorliegen (Art. 51 Abs. 1 Bst. b AIG). Ein ausländerrechtlicher Widerrufsgund und damit ein – unter Vorbehalt der Prüfung der Verhältnismässigkeit – gerechtfertigter Eingriff in

den Anspruch nach Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV liegt unter anderem dann vor, wenn die ausländische Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde (Art. 63 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. b AIG), d.h. zu einer solchen von mehr als einem Jahr, wobei mehrere Strafen nicht kumuliert werden dürfen und es keine Rolle spielt, ob die Sanktion (teil-)bedingt oder unbedingt ausgesprochen wurde (BGE 139 I 31 E. 2.1). Vorausgesetzt ist, dass das Strafurteil in Rechtskraft erwachsen ist (BVR 2015 S. 391 E. 3.1, 2013 S. 543 E. 3.1). – Der Beschwerdeführer wurde im Jahr 2002 unter anderem zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Wie bereits im früheren Nachzugsverfahren festgehalten wurde (BVR 2015 S. 391 E. 3.2; BGer 2C_714/2014 vom 15.5.2015 E. 3.1), ist sein Anspruch auf Familiennachzug daher grundsätzlich erloschen.

2.2 Eine frühere strafrechtliche Verurteilung verunmöglicht die Erteilung einer (neuen) Aufenthaltsbewilligung allerdings nicht ein für alle Mal. Soweit die Person, gegen die eine Entfernung- oder Fernhaltungsmassnahme ergriffen worden ist, weiterhin oder neu in den Kreis der nach Art. 42 ff. AIG anspruchsberechtigten Personen fällt und es ihren hier anwesenden nahen Angehörigen nicht zumutbar ist, ihr ins Heimatland zu folgen und dort das Familienleben zu pflegen, ist eine Neubeurteilung angezeigt, wenn sie sich seit der Verurteilung bzw. Strafverbüßung bewährt und sich für eine angemessene Dauer in ihrer Heimat klaglos verhalten hat, sodass eine Integration in die hiesigen Verhältnisse nunmehr absehbar und eine allfällige Rückfallgefahr vernachlässigbar erscheint. Das öffentliche Interesse an der Gefahrenabwehr verliert an Bedeutung, soweit die Entfernung- oder Fernhaltungsmassnahme gegen die fehlbare Person ergriffen, durchgesetzt und für eine der Schwere der Tat angemessene Zeitdauer aufrechterhalten wurde. Der Zeitablauf, verbunden mit Deliktsfreiheit, kann somit dazu führen, dass die Interessenabwägung anders ausfällt als zum Zeitpunkt der strafrechtlichen Verurteilung oder der Entlassung aus dem Strafvollzug (vgl. auch BGE 139 II 534 E. 5.4.2 zur allgemeinen Bedeutung des Zeitablaufs bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit). Hat sich die betroffene ausländische Person während fünf Jahren (im Ausland) bewährt, ist es regelmässig angezeigt, den Anspruch auf Familiennachzug unabhängig vom Bestehen einer längeren Einreisesperre neu zu prüfen und damit eine umfassende

Interessenabwägung vorzunehmen (zum Ganzen BVR 2015 S. 391 E. 4.2 und 4.4 mit Hinweisen; VGE 2016/70 vom 10.3.2017 E. 3.4 f. [bestätigt durch BGer 2C_363/2017 vom 29.5.2018]). Diese Rechtsprechung ist höchstrichterlich mehrfach bestätigt worden (vgl. etwa BGer 2C_935/2017 vom 17.5.2018 E. 4.3 mit Hinweisen).

2.3 Das Verwaltungsgericht ging in seinem ersten Urteil vom 11. Juni 2014 davon aus, dass der Beschwerdeführer aktenkundig letztmals im Jahr 2010 delinquent hatte und dafür am 11. Januar 2011 strafrechtlich verurteilt worden war. Es hielt dafür, dass die Strafe aus dem Jahr 2002 dem Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung nach Art. 42 Abs. 1 AIG bzw. AuG und Art. 8 Ziff. 1 EMRK – eine intakte eheliche Beziehung vorausgesetzt – kaum mehr entgegenstehen dürfte, sofern der Beschwerdeführer zu Beginn des Jahres 2016 belegen kann, dass er sich in seinem Heimatland und in der Schweiz wohlverhalten hat (BVR 2015 S. 391 E. 7.4). Das Bundesgericht hat diese Einschätzung in seinem Erkenntnis ausdrücklich geteilt (BGer 2C_714/2014 vom 15.5.2015 E. 4.5).

2.4 Der Beschwerdeführer hat sich, wie die POM zutreffend ausführt (angefochtener Entscheid E. 3c), seit der Verurteilung im Jahr 2011 nicht klaglos verhalten:

2.4.1 Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern vom 4. April 2013 unter anderem wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (begangen im Zeitraum Februar bis 13.6.2007; Akten MIDI pag. 636) war im Zeitpunkt der verwaltungs- bzw. bundesgerichtlichen Beurteilung des Familiennachzugs bereits bekannt (vgl. BVR 2015 S. 391 E. 2.2 und 5.3). Er fällt deshalb, wie auch die POM zutreffend bemerkt (angefochtener Entscheid E. 3c S. 8), nicht erneut ins Gewicht.

2.4.2 Anzulasten ist dem Beschwerdeführer demgegenüber, dass er am 11. Februar 2015 mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Solothurn wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln (Überschreiten der Höchstgeschwindigkeit ausserorts um 36 km/h, begangen am 16.1.2015) zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 40.-- verurteilt wurde (Akten MIDI pag. 1044 f.). Damit hat er die Vorgabe des Wohlverhaltens während der Bewährungsfrist nicht erfüllt, sondern wiederum einen erheblichen Verstoss

gegen Schweizer Recht begangen. Dass seit der Deliktsbegehung im Zeitpunkt der Beschwerde an das Verwaltungsgericht «mehr als drei Jahre vergangen» sind (Beschwerde S. 6), lässt sein Verhalten nicht in einem günstigeren Licht erscheinen.

2.4.3 Von grosser Bedeutung ist weiter, dass der Beschwerdeführer während Hängigkeit des hier zu beurteilenden Gesuchs um Familiennachzug in der Schweiz erneut schwer straffällig geworden ist. Am 1. Februar 2018 verurteilte ihn das Regionalgericht Berner Jura-Seeland wegen mengenmässig qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (durch zeitweisen Besitz von Heroin, 29,9 g reines Heroin; begangen in der Zeit vom 15.7 bis am 23.7.2016) und Widerhandlung gegen das Ausländergesetz (durch regelmässige Einreise und regelmässigen Aufenthalt in der Schweiz trotz Einreisesperre; begangen in der Zeit von Januar 2016 bis am 31.5.2017) zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten. Zudem sprach das Gericht eine Landesverweisung von 5 Jahren aus (vgl. Akten POM pag. 58). Auf Berufung hin bestätigte das Obergericht des Kantons Bern mit Urteil vom 5. September 2018 den erstinstanzlichen Schuldspruch und die verhängten Sanktionen (act. 10A; vgl. auch vorne Bst. D).

2.5 Der Beschwerdeführer hat damit eindrücklich dokumentiert, dass er nach wie vor nicht willens ist, sich an die schweizerische Rechtsordnung zu halten. Die POM ist zu Recht zum Schluss gelangt, dass das öffentliche Interesse an seiner Fernhaltung nicht entscheidend an Bedeutung verloren hat. Im Gegenteil ist der Beschwerdeführer im einschlägigen Bereich der Drogendelikte erneut schwer straffällig und nach den Jahren 2002 und 2013 nunmehr zum dritten Mal verurteilt worden. Bei diesen Gegebenheiten ist das öffentliche Fernhalteinteresse nach wie vor höher zu gewichten als die privaten Interessen des Beschwerdeführers an der dauerhaften Anwesenheit in der Schweiz. Nicht ausschlaggebend ist in diesen Zusammenhang insbesondere die Geburt des dritten Kindes im Jahr 2016. Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau haben dieses Kind in Kenntnis der ausländerrechtlichen Situation gezeugt; sie haben mithin in Kauf genommen, dass es bis auf weiteres ohne Vater wird aufwachsen müssen. Dass sich der Beschwerdeführer trotzdem nicht hat davon abhalten lassen, wiederum straffällig zu werden, zeugt von einer gewissen Unbelehrbarkeit,

deren Konsequenzen er sich selber zuzuschreiben hat. Die POM hat somit kein Recht verletzt, indem sie den Familiennachzug verweigert hat.

2.6 Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen. Das Verwaltungsgericht beurteilt solche Rechtsmittel in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

3.

3.1 Bei diesem Verfahrensausgang werden die unterliegenden Beschwerdeführenden an sich kostenpflichtig und haben ihre Parteikosten selber zu tragen (Art. 108 Abs. 1 und 3 VPRG). Sie haben aber um unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung ihres Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt ersucht.

3.2 Auf Gesuch hin befreit die Verwaltungsjustizbehörde eine Partei von den Verfahrenskosten, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 111 Abs. 1 VRPG; vgl. auch Art. 117 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]). Unter den gleichen Voraussetzungen kann einer Partei überdies eine Anwältin oder ein Anwalt beigeordnet werden, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 111 Abs. 2 VRPG).

3.3 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde muss in der Sache als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden (vgl. zu den Anforderungen statt vieler BVR 2016 S. 369 E. 3.1; BGE 142 III 138 E. 5.1): Die POM hat eingehend und zutreffend begründet, weshalb die ausländerrechtliche Interessenabwägung nicht zu Gunsten des Beschwerdeführers ausfallen kann. Wohl war die erneute Verurteilung wegen Betäubungsmitteldelikten zu 24 Monaten Freiheitsstrafe im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung wegen der beim Obergericht hängigen Berufung noch nicht rechtskräftig. Die Beschwerdeführenden mussten sich aber im Klaren sein, dass (weitgehende) Deliktsfreiheit erwartet wird, um den Familiennachzug bewilligen zu können

(vgl. vorne E. 2.3). Diese Vorgabe hat der Beschwerdeführer krass missachtet. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist somit abzuweisen, ohne dass die Prozessarmut zu prüfen wäre.

3.4 Da über das Gesuch erst im Endentscheid befunden wird und die Beschwerdeführenden deshalb keine Gelegenheit hatten, ihr Rechtsmittel nach Abweisung dieses Begehrens zurückzuziehen und damit Kosten zu sparen, sind diese praxisgemäss bloss im Rahmen der üblichen Abschreibungsgebühren zu erheben (BVR 2014 S. 437 E. 7.9).

3.5 Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine reduzierte Pauschalgebühr von Fr. 500.--, werden den Beschwerdeführenden auferlegt.
4. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
5. Zu eröffnen:
 - den Beschwerdeführenden
 - der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern
 - dem Staatssekretariat für Migration

Das präsidierende Mitglied:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.