

BGer 2C 409/2017 vom 2. August 2018

Bundesgericht, 2018-08-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_409_2017

FR: TF 2C 409/2017 du 2 août 2018

IT: TF 2C 409/2017 del 2 agosto 2018

Regeste

Aufenthaltsbewilligung | Bürgerrecht und Ausländerrecht

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (BGE 137 II 417 E. 1 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführer haben Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiär Verfassungsbeschwerde erhoben. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den kantonal letztinstanzlichen Entscheid ist grundsätzlich zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 90 BGG). Sie ist jedoch ausgeschlossen gegen Entscheide auf dem Gebiet des Ausländerrechts betreffend Bewilligungen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt (Art. 83 lit. c Ziff. 2 AuG [SR 142.20]). Ein solcher besteht im vorliegenden Fall gestützt auf Art. 42 Abs. 1 AuG (Familiennachzug von Schweizerinnen und Schweizern) sowie Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV (Schutz des Familienlebens). Ob die (einzelnen) Bewilligungsvoraussetzungen gegeben sind, ist eine Frage der materiellen Beurteilung; für das Eintreten genügt, dass ein potentieller Anspruch auf Familiennachzug in vertretbarer Weise dargetan wird (vgl. BGE 136 II 177 S. 179). Auf die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und (grundsätzlich auch) formgerecht (Art. 42 und Art. 106 BGG) eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (vgl. Art. 82 ff. und Art. 86 lit. d BGG) der in ihrem Anspruch auf Schutz des Familienlebens betroffenen Beschwerdeführer (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG) ist einzutreten. Da die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist, kann hingegen auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht eingetreten werden (Art. 113 BGG).

E. 2.1

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und Art. 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (BGE 139 II 404 E. 3 S. 415). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 136 II 304 E. 2.5 S. 314).

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer

Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117). Die beschwerdeführende Partei kann die Feststellung des Sachverhalts unter den gleichen Voraussetzungen beanstanden, wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Eine entsprechende Rüge ist rechtsgenügend substantiiert vorzubringen (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen).

E. 2.3

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als der angefochtene Entscheid hierzu Anlass gibt (Art. 99 BGG). Der Beschwerdeführer 1 bringt im bundesgerichtlichen Verfahren erstmals vor, dass er nach Erteilung der Aufenthaltsbewilligung im Kiosk seines Vaters mitarbeiten und diesen später allenfalls übernehmen könne. Es handelt sich dabei um ein unzulässiges echtes Novum, welches im vorliegenden Entscheid nicht zu berücksichtigen ist (vgl. BGE 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123; 133 IV E. 2.1 S. 343 f.; je mit Hinweisen).

E. 3

Vorab ist die Rüge der Beschwerdeführer zu prüfen, wonach die Vorinstanz ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt habe, indem der Sachverhalt nicht bzw. falsch oder ungenügend festgestellt worden sei (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die Ausführungen der Vorinstanz zur familiären Unterstützung der Beschwerdeführerin durch Geschwister und Eltern entspreche nicht der Realität und sei unvollständig.

E. 3.1

Obwohl nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, beruht auch die unvollständige Sachverhaltsfeststellung auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG : Was rechtserheblich ist, bestimmt sich nach dem materiellen Recht; eine in Verkennung der Rechtserheblichkeit unvollständige Ermittlung der für die rechtliche Beurteilung massgeblichen Tatsachen verletzt direkt die anzuwendende materielle Norm (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 95 BGG ; BGE 136 II 65 E. 1.4 S. 68; 134 V 53 E. 4.3 S. 62).

E. 3.2

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer ist es für den vorliegenden Entscheid jedoch nicht ausschlaggebend, ob weiterhin sämtliche Geschwister der Beschwerdeführerin an derselben Adresse wohnen, es sich dabei um 4 oder 5 an der Zahl handelt und wie deren konkrete Lebensplanung im Einzelnen aussieht. Entscheidend ist, dass die Beschwerdeführerin auf die Unterstützung ihrer Familie zählen kann, was nicht in Abrede gestellt wird. Abgesehen von der unrichtigen Feststellung des Sachverhalts legen die Beschwerdeführer nicht dar, inwiefern eine weitere Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegen soll (vgl. E. 2.1). Die beiläufige Erwähnung einer möglichen Befragung ist dazu nicht ausreichend und ohnehin schliesst der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich kein Recht auf mündliche Anhörung ein (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; 130 II 425 E. 2.1 S. 428 f.).

E. 4

Die Beschwerdeführer machen geltend, der Beschwerdeführer 1 habe gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK , Art. 13 BV sowie Art. 42 AuG einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei bei straffälligen

Personen eine Neuprüfung des Aufenthaltsgesuchs grundsätzlich 5 Jahre nach dem Verlassen der Schweiz angemessen. Die von den Beschwerdeführenden angerufenen Vorgaben des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (UNO-Kinderrechtskonvention; SR 0.107) verschaffen praxisgemäss keine über die Garantien von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV hinausgehenden Ansprüche (BGE 143 I 21 E. 5.5.2 S. 30 mit Hinweisen).

E. 4.1

Gemäss Art. 42 Abs. 1 AuG hat der ausländische Ehegatte einer Schweizer Bürgerin Anspruch darauf, dass ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wird, wenn er mit seiner Ehefrau zusammenwohnt; der Anspruch erlischt, falls ein Widerrufsgrund gemäss Art. 63 AuG vorliegt (Art. 51 Abs. 1 lit. b AuG). Einen derartigen Widerrufsgrund setzt eine ausländische Person unter anderem dann, wenn sie "zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde" (Art. 62 lit. b AuG i.V.m. Art. 63 lit. a AuG). Als längerfristig im Sinne dieser Bestimmungen gilt eine Freiheitsstrafe, wenn ihre Dauer ein Jahr überschreitet (vgl. BGE 139 I 145 E. 2.1 S. 147). Dies war hier der Fall: Der Beschwerdeführer wurde wiederholt und immer schwerer straffällig; am 28. November 2005 wurde er zu 30 Monaten Gefängnis und am 16. Mai 2008 zu 27 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt, womit sein Anspruch auf Familiennachzug erlosch. Nach dem Widerruf seiner Niederlassungsbewilligung am 25. August 2009 durch das Migrationsamt des Kantons Zürich musste er nach der Entlassung aus dem Strafvollzug am 20. Februar 2010 die Schweiz verlassen.

E. 4.2

Es kann das in Art. 8 EMRK (bzw. Art. 13 BV) geschützte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzen, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörige hier weilen, die Anwesenheit untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird (BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145, 153 E. 2.1 S. 154 f.). Der in Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantierte Anspruch gilt jedoch nicht absolut. Vielmehr ist nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ein Eingriff in das durch Ziff. 1 geschützte Rechtsgut statthaft, soweit er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Die Konvention verlangt insofern eine Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten Interessen an der Bewilligungserteilung und den öffentlichen Interessen an deren Verweigerung, wobei Letztere in dem Sinne überwiegen müssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist (BGE 139 I 145 E. 2.2 S. 147 f. ; 135 I 153 E. 2.2.1 S. 156 ; 135 I 143 E. 2.1 S. 147).

E. 4.3

Eine strafrechtliche Verurteilung verunmöglicht die Erteilung einer (neuen) Aufenthaltsbewilligung nach der bundesgerichtlichen Praxis grundsätzlich nicht ein für alle Mal, doch darf das neue Bewilligungsgesuch nicht dazu dienen, rechtskräftige Entscheide immer wieder infrage zu stellen (Urteile 2C_935/2017 vom 17. Mai 2018 E. 4.3.1; 2C_790/2017 vom 12. Januar 2018 E. 2 und 2C_1224/2013 vom 12. Dezember 2014 E. 4.2). Soweit der Betroffene, gegen den eine Entfernungsmassnahme ergriffen wurde, weiterhin in den Kreis der nach Art. 42 ff. AuG nachzugsberechtigten Personen fällt und es

seinen hier anwesenden nahen Angehörigen unzumutbar ist, ihm ins Heimatland zu folgen und dort das Familienleben zu pflegen, ist eine spätere Neu Beurteilung angezeigt. Vorausgesetzt ist, dass sich der Betroffene seit der Verurteilung bzw. Strafverbüßung bewährt und sich für eine angemessene Dauer in seiner Heimat klaglos verhalten hat, so dass eine Integration in die hiesigen Verhältnisse nunmehr absehbar erscheint und eine allfällige Rückfallgefahr vernachlässigt werden kann. Das öffentliche Interesse an der Gefahrenabwehr verliert an Bedeutung, soweit die Entfernungsmassnahme gegen den Fehlbaren ergriffen, durchgesetzt und für eine der Schwere der Tat angemessene Zeitdauer aufrechterhalten wurde (vgl. die Urteile 2C_736/2017 vom 28. November 2017 E. 3.3; 2C_1170/2012 vom 24. Mai 2013 E. 3.3; 2C_964/2010 vom 5. Dezember 2011 E. 3.3 und 2C_36/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 3.2).

E. 4.4

Wann die Neu Beurteilung zu erfolgen hat, bestimmt sich aufgrund der Umstände im Einzelfall (Urteil 2C_1170/2012 vom 24. Mai 2013 E. 3.5.3). Das Bundesgericht berücksichtigt dabei, dass die Regelhöchstdauer des Einreiseverbots nach Art. 67 Abs. 3 AuG fünf Jahre beträgt und diese nur bei Vorliegen einer ausgeprägten Gefahr ("menace caractérisée") für die öffentliche Sicherheit und Ordnung überschritten werden darf. Hat sich der Betroffene seit der Rechtskraft des Widerrufsentscheids und seiner Ausreise (vgl. hierzu das Urteil 2C_1224/2013 vom 12. Dezember 2014 E. 5.1.2; BGE 130 II 493 E. 5 S. 504) während fünf Jahren bewährt, ist es regelmässig angezeigt, den Anspruch auf Familiennachzug neu zu prüfen. Eine frühere Beurteilung ist möglich, soweit das Einreiseverbot von Beginn an unter fünf Jahren angesetzt worden oder eine Änderung der Sachlage eingetreten ist, die derart ins Gewicht fällt, dass ein anderes Ergebnis im Bewilligungsverfahren ernstlich in Betracht gezogen werden kann (vgl. BGE 136 II 177 E. 2.2.1 S. 181 f.; 130 II 493 E. 5 S. 504; Urteile 2C_736/2017 vom 28. November 2017 E. 3.3; 2C_1224/2013 vom 12. Dezember 2014 E. 5.1.2; 2C_1170/2012 vom 24. Mai 2013 E. 3.4.2; 2C_487/2012 vom 2. April 2013 E. 4.6).

E. 4.5

Besteht ein Anspruch auf eine Neu Beurteilung, heisst dies nicht, dass die Bewilligung auch erteilt werden muss. Die Gründe, welche zum Widerruf geführt haben, verlieren ihre Bedeutung grundsätzlich nicht (Urteil 2C_1170/2012 vom 24. Mai 2013 E. 3.5.2); die Behörde muss vielmehr eine neue umfassende Interessenabwägung vornehmen, in welcher der Zeitablauf seit dem ersten Widerruf in Relation gesetzt wird zum nach wie vor bestehenden öffentlichen Interesse an der Fernhaltung (vgl. Urteil 2C_714/2014 vom 15. Mai 2015 E. 4.2). Dabei kann es nicht darum gehen, wie im Rahmen eines erstmaligen Entscheids über die Aufenthaltsbewilligung frei zu prüfen, ob die Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Vielmehr ist massgebend, ob sich die Umstände seit dem früheren Widerruf in einer rechtserheblichen Weise verändert haben.

E. 4.6

Wann der Zeitpunkt gekommen ist, an dem die früheren Straftaten als Erlöschensgründe nach Art. 51 AuG dahinfallen und für sich alleine den Ansprüchen nach Art 42 ff. AuG nicht weiter entgegenstehen, ist aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Bei der Beurteilung des Rückfallrisikos ist nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzieren: Je schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen sind bzw. waren, desto niedriger sind die Anforderungen an die in

Kauf zu nehmende Rückfallgefahr. Je weiter die Straftaten der ausländischen Person zurückliegen, umso eher lässt sich ihr wieder Vertrauen entgegenbringen und kann sich die Annahme rechtfertigen, dass es zu keinen weiteren Straftaten kommen wird. Je nach den Umständen kann es sinnvoll sein, von der betroffenen Person zunächst eine weitere Bewährung im Rahmen von bewilligungsfreien Besuchsaufenthalten zu verlangen und erst danach einen Daueraufenthalt zu bewilligen (Urteil 2C_36/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 3.2 und 3.4). Die Praxis tendiert zur Zurückhaltung bei der Neuerteilung von Aufenthaltsbewilligungen, wenn den Straftaten, die zum Widerruf der (früheren) Bewilligung geführt haben, ein schweres Verschulden zugrunde liegt (Urteil 2C_935/2017 vom 17. Mai 2018 E. 4.3).

E. 5

Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob die strafrechtliche Verurteilung des Beschwerdeführers im Januar 2008 nach wie vor genügend Gewicht hat, um ihm den Aufenthalt bei seiner Ehefrau und den Kindern auch heute noch zu verwehren.

E. 5.1

Der Beschwerdeführer 1 wurde zu Freiheitsstrafen von 30 sowie 27 Monaten verurteilt. Während bei der ersten Verurteilung sein Verschulden als eher schwer bezeichnete wurde, ging das zuständige Gericht beim zweiten Urteil von einem erheblichen Verschulden des Beschwerdeführers 1 aus, wobei es besonders hervorhob, dass dieser aus reiner Gewinnsucht eine beträchtliche Beute gemacht und seine Bereitschaft zur sinnlosen Gewaltanwendung manifestiert habe. Zudem floh der Beschwerdeführer im Mai 2009 aus der Justizvollzugsanstalt Pöschwies und beging bis zu seiner erneuten Inhaftierung Anfang Juli 2009 verschiedene Verkehrsdelikte für welche er zu einer Gefängnisstrafe von 90 Tagen verurteilt wurde. Bereits das psychiatrische Gutachten vom 18 Februar 2005 gelangte zum Schluss, dass sich der Beschwerdeführer durch strafrechtliche Sanktionen unbeeinflussbar zeige. Trotz anderweitigen Bekundungen und Vorsätzen sei bei ihm mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit von erneuten einschlägigen Delikten auszugehen. Auch das drei Jahre später eingeholte Gutachten geht beim Beschwerdeführer 1 betreffend Raub von einer deutlichen bis sehr hohen strukturellen Rückfallgefahr aus und es würden sich weder Hinweise für positive Veränderungsprozesse risikorelevanter Persönlichkeitsmerkmale noch für Veränderungen der Beeinflussbarkeit ergeben. Dem seit 2010 anhaltenden grundsätzlichen Wohlverhalten des Beschwerdeführers steht insofern eine praktisch sein ganzes Jugend- sowie junges Erwachsenenalter prägende deliktische Laufbahn gegenüber. Der Beschwerdeführer stand während einem Grossteil seines Aufenthalts in der Schweiz unter dem Eindruck (jugend) strafrechtlicher Sanktionen und befand sich während der gesamten letzten viereinhalb Jahre vor seiner Ausschaffung im Februar 2010 in Untersuchungshaft bzw. im Straf- oder Massnahmenvollzug. Entsprechend gewichtig sei zum damaligen Zeitpunkt das öffentliche Interesse an seiner dauerhaften Fernhaltung gewesen. Trotz einer auszumachenden positiven persönlichen Entwicklung des Beschwerdeführers 1 seien weiterhin Zweifel daran angebracht, ob dieser auch in Zukunft bereit sei, sich vorbehaltlos an die Schweizer Rechtsordnung zu halten.

E. 5.2

Das Bundesverwaltungsgericht gelangte mit Urteil vom 21. März 2017 in Kenntnis der geänderten familiären Verhältnisse ebenfalls zum Schluss, dass aufgrund der langjährigen und teilweise erheblichen Delinquenz, der betroffenen hochrangigen polizeilichen

Schutzgüter und der schlechten Legalprognose noch immer von einer schwerwiegenden Gefahr i.S.v. Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AuG ausgegangen werden müsse. Es bestehe demnach ein erhebliches öffentliches Interesse an einer mehr als fünfjährigen Fernhaltung des Beschwerdeführers. Im Weiteren kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer aus der Äusserung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach das Einreiseverbot bei der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aufzuheben ist, keinesfalls geschlossen werden, dass das Bundesgericht verpflichtet wäre, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Solches würde eine Interessenabwägung voraussetzen, die zugunsten des Beschwerdeführers ausfällt.

E. 5.3

Positiv ins Gewicht fällt hingegen, dass der Beschwerdeführer seit seiner Ausweisung nicht mehr straffällig geworden ist. Gestützt auf die Erklärung des Ministeriums für innere Angelegenheiten der Republik Kosovo verfügt er dort über keinen kriminellen Hintergrund. Allerdings hat der Beschwerdeführer 1 entgegen seiner Begründungspflicht indessen nicht ausgeführt bzw. mit entsprechenden Unterlagen belegt, welchen Aktivitäten er als "Gelegenheitsjobs" wie lange nachgegangen ist. Bei der Erteilung der Bewilligung bei einem fortbestehenden Anspruch auf Familiennachzug wird einerseits verlangt, dass der Betroffene im Ausland nicht mehr straffällig wird, andererseits dass er sich dort derart bewährt hat, dass "eine Integration in die hiesigen Verhältnisse nunmehr absehbar erscheint und eine allfällige Rückfallgefahr vernachlässigt werden kann" (Urteil 2C_650/2017 vom 9. Januar 2018 E. 2.3.1 mit Hinweisen). Dies setzt voraus, dass der Nachzugswillige seinen Verbleib, seine Integration und seine Verhältnisse im Heimatland offen legt und (soweit möglich) beweismässig erstellt, was die Beschwerdeführer nicht getan haben (Urteil 2C_935/2017 E. 5.4). Die Annahme der Vorinstanz, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz dürfte dem mittlerweile 32-jährigen Beschwerdeführer 1 schwer fallen, ist nicht zu beanstanden. Er hat seine Lehre abgebrochen und ist danach in der Schweiz keiner (regelmässigen) Erwerbstätigkeit nachgegangen. Ebenfalls negativ fällt die finanzielle Situation des Beschwerdeführers 1 ins Gewicht, da er aufgrund seiner Strafverfahren immer noch über Schulden in beträchtlicher Höhe beim Kanton Zürich verfügt.

E. 5.4

In die Interessenabwägung ist die Situation der Beschwerdeführerin und der Kinder miteinzubeziehen. Mit dem Verwaltungsgericht ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin - obschon aus dem gleichen Kulturkreis wie ihr Ehemann stammend - eine Ausreise in dessen Heimatland gemeinsam mit den mittlerweile zwei Kindern schweizerischer Staatsangehörigkeit grundsätzlich nur schwer zuzumuten ist, da sie bereits als Zehnjährige in die Schweiz kam, wo sie beruflich und sozial integriert ist. Jedoch wurden die Beschwerdeführerin und der Beschwerdeführer 1 erst nach dessen Wegweisung sowie Ausschaffung in die Heimat ein Paar und lebten ihre Beziehung zu Beginn ausschliesslich im Kosovo. Die Ehegatten mussten sich bereits zu Beginn ihrer Partnerschaft bewusst sein, dass sie ein allfälliges zukünftiges Familienleben aufgrund der wiederholten schweren Straffälligkeit des Beschwerdeführers 1 und der ihm gegenüber ausgesprochenen unbefristeten Einreisesperre eventuell nicht oder nur verzögert in der Schweiz leben können. Insofern wird das private Interesse der Ehegattin und der gemeinsamen Kinder an der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung relativiert. Selbstverständlich wäre für sie als alleinerziehende Mutter zweier Kleinkinder zusätzlicher Beistand durch ihren Ehegatten wünschenswert. Allerdings kann sie, wie die Vorinstanz

willkürfrei festgestellt hat (E. 3.2), weiterhin auf die Unterstützung ihrer Eltern und Geschwister zählen.

E. 5.5

Auch wenn das vormals als erheblich einzustufende öffentliche Interesse an der Fernhaltung des straffälligen Beschwerdeführers 1 in den letzten Jahren deutlich abgenommen hat, ist es derzeit noch vertretbar, wenn das Verwaltungsgericht dieses nach wie vor höher gewichtet als die auf dem Spiel stehenden privaten Interessen an seiner dauerhaften Anwesenheit in der Schweiz. Sollte sich der Beschwerdeführer 1 bis zum Ablauf der Einreisesperre im Februar 2020 weiterhin bewähren, wird die Interessenabwägung danach bei der Stellung eines erneuten Nachzugsgesuchs anders ausfallen dürfen. Bis dahin kann die verhängte Einreisesperre nach wie vor mittels Suspensionsverfügungen zeitweise aufgehoben werden, wodurch sich das Familienleben der Beschwerdeführenden weiterhin in zumutbarer Weise im Rahmen gegenseitiger Besuchsaufenthalte und mit Hilfe der heute zur Verfügung stehenden Kommunikationsmittel aufrecht erhalten werden.

E. 5.6

Der angefochtene Entscheid verletzt nach dem Gesagten hinsichtlich der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung weder Bundes- noch Konventionsrecht und erweist sich insgesamt als verhältnismässig. Die vorliegende Eingabe erweist sich diesbezüglich als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 6

Die Beschwerdeführenden rügen ausserdem eine Verletzung ihres Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), weil ihnen diese im Verfahren vor der Vorinstanz nicht gewährt wurde. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass ihrerseits keine Bedürftigkeit vorliege.

E. 6.1

Gemäss dem mit Art. 29 Abs. 3 BV bzw. Art. 117 f. ZPO übereinstimmenden § 16 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [des Kantons Zürichs] vom 24. Mai 1959 (VRG/ZH; LS 175.2) wird eine Partei auf ihr Begehren von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit, wenn ihr die nötigen Mittel fehlen und ihr Begehren nicht offensichtlich als aussichtslos erscheint (Abs. 1). Unter den gleichen Voraussetzungen wird einer Partei der kostenlose Beizug eines Anwaltes bzw. einer Anwältin gewährt, sofern dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheint (Abs. 2).

E. 6.1.1

Bedürftig ist eine Partei, welche die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, wenn sie die Mittel angreift, die sie zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie benötigt; dabei sind nebst den Einkommens- auch die Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen (BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223 f. ; 128 I 225 E. 2.5.1 S. 232; 125 IV 161 E. 4a S. 164 ; 124 I 1 E. 2a S. 2). Der Partei obliegt es, ihre finanziellen Verhältnisse umfassend darzulegen und soweit wie möglich zu belegen. Aus den eingereichten Belegen muss auf jeden Fall der aktuelle Bedarf der Partei hervorgehen. Die Angaben und Belege haben über sämtliche finanziellen Verpflichtungen sowie über die Einkommens- wie auch über die Vermögensverhältnisse Aufschluss zu geben. Kommt die Partei diesen Obliegenheiten nicht nach, wird das Gesuch abgewiesen (zit. Urteil

2C_48/2017 vom 16. Juni 2017 E. 2.3).

E. 6.1.2

Praxismässig kann die unentgeltliche Rechtspflege verweigert werden, wenn der monatliche Einkommensüberschuss es der gesuchstellenden Partei ermöglicht, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen binnen eines Jahres und bei anderen binnen zweier Jahre zu tilgen. Gegebenenfalls ist zu berücksichtigen, dass die betroffene Person binnen relativ kurzer Frist tätig werden muss und dass sie deshalb keine Rückstellungen machen kann, um Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse zu leisten (BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 224; Urteil 5A_463/2016 vom 12. August 2016 E. 2.1).

E. 6.1.3

Massgeblich für die Beurteilung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege sind grundsätzlich die finanziellen Verhältnisse zur Zeit der Gesuchstellung (BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223; 125 IV 161 E. 4a S. 164 f.; 120 Ia 179 E. 3a S. 181 f.). Ob die Kriterien zur Bestimmung der Bedürftigkeit zutreffend gewählt wurden, ist Rechtsfrage. Tatfrage bildet hingegen die Höhe und der Bestand einzelner Aufwendungen oder Einnahmen (BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223; 120 Ia 179 E. 3a S. 181).

E. 6.1.4

Der prozessuale Notbedarf ist generell höher als das betriebsrechtliche Existenzminimum und zu seiner Ermittlung darf nicht nur auf Letzteres abgestellt werden (vgl. STEFAN MEICHSSNER, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, Jusletter vom 7. Dezember 2009, Rz. 22). Der Notbedarf berechnet sich nach den Richtlinien zur Bemessung des betriebsrechtlichen Existenzminimums, wobei ein prozessualer Zuschlag berechnet wird, welcher pauschal übrige notwendige Auslagen abdeckt. Im Verfahren vor Bundesgericht beträgt er 25% (HANSJÖRG SEILER, in: BGG Kommentar, N. 21 zu Art. 64 BGG ; Urteil 2C_1181/2012 vom 11. November 2013 E. 3.2). Vom selben Zuschlag geht der Kanton Aargau aus (MEICHSSNER, a.a.O., Fn. 44), während der Kanton Bern gar einen solchen von 30% vorsieht (vgl. Kreisschreiben Nr. A 2 des Obergerichts des Kantons Bern vom 1. Dezember 2007 Ziff. 4.4). Im Kanton Freiburg wird wiederum ein Zuschlag von bloss 20% gewährt, was vom Bundesgericht nicht beanstandet wurde (vgl. Urteil 5A_774/2015 vom 24. Februar 2016).

E. 6.2

Die Vorinstanz hat folgende Bedarfsberechnung vorgenommen: Einkommen der Beschwerdeführerin 2 (Netto-Lohn Oktober 2016) Fr. 4'300.--, wobei ein 13. Monatslohn hinzugerechnet wurde. Die zahlenmässige Ausweisung des Ergebnisses (Fr. 4'658.--) als Ausgangslage für die Berechnung unterblieb hingegen, was deren Nachvollziehbarkeit nicht förderlich ist. Davon bringt die Vorinstanz den Grundbedarf eines zusammenlebenden Ehepaars mit zwei Kindern (Fr. 2'500.--) in Abzug und als Auslagen seien die Krankenkassenkosten (Fr. 670.--) sowie Mietkosten (Fr. 696.--) ausreichend belegt. Dadurch verbleibe den Beschwerdeführenden ein Überschuss von mindestens Fr. 790.-- (zuzüglich weiterer Fr. 200.-- Kinderzulagen nach Geburt des zweiten Kindes). Weitere Ausgaben wie die Krankenkassenprämie des Beschwerdeführers 1 sowie Prämie der Hausrat- und Haftpflichtversicherung seien nicht respektive nicht substantiiert (Berufsauslagen der Beschwerdeführerin) dargelegt worden oder könnten wie die Abzahlungsraten für einen Privatkredit nicht berücksichtigt werden.

E. 6.3

Die Ausführungen der Vorinstanz betreffend die fehlende bzw. nicht ausreichende Substanziierung verschiedener Kosten durch die Beschwerdeführenden sind nicht zu beanstanden und werden auch nicht gerügt. Aus dem Umstand, dass ihnen im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht die unentgeltliche Prozessführung gewährt worden ist, können die Beschwerdeführenden nichts zu ihren Gunsten ableiten. Massgebend sind einzig die im vorliegenden Verfahren eingebrachten Unterlagen, welche ihre finanziellen Verhältnisse umfassend darlegen sollten. Die Vorinstanz hat es bei ihrer Berechnung des Notbedarfs jedoch unterlassen, einen prozessualen Zuschlag zu berücksichtigen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei Berücksichtigung eines solchen sich die Bedürftigkeit der Beschwerdeführenden ergeben würde. In dieser Hinsicht ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege der Beschwerdeführenden an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 6.4

Im Verfahren vor Bundesgericht beträgt der prozessuale Zuschlag 25% des Grundbetrags, hier Fr. 625.--. Dadurch ist zumindest für das Verfahren vor Bundesgericht die Bedürftigkeit ausgewiesen, weil ein Überschuss von Fr. 165.-- nicht ausreicht, um die Prozesskosten innerhalb eines Jahres zu begleichen.

E. 7

Die Rückweisung zur im Ergebnis offenen Neuurteilung gilt als Obsiegen des Beschwerdeführers (BGE 137 V 210 E. 7.1 S. 271). Dies trifft vorliegend teilweise zu; insoweit sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG) und der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführenden eine reduzierte Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 BGG), die der Vertreterin zuzusprechen ist. Im Umfang des Unterliegens tragen die Beschwerdeführenden die bundesgerichtlichen Kosten; es kann ihnen jedoch für das Verfahren vor Bundesgericht die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden (Art. 64 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.