

BGer 2A.749/2004 vom 28. April 2005

Bundesgericht, 2005-04-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2A.749_2004

FR: TF 2A.749/2004 du 28 avril 2005

IT: TF 2A.749/2004 del 28 aprile 2005

Erwägungen

E. 1.1

Gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OG steht gegen Ausweisungsverfügungen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen; ein Ausschlussgrund nach Art. 99 - Art. 102 OG liegt nicht vor (BGE 114 Ib 1 E. 1a S. 2). Insbesondere fällt die Ausweisung nicht unter die in Art. 100 Abs. 1 lit. b OG genannten, von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgenommenen Verfügungen, sofern sie - wie im vorliegenden Fall - gestützt auf Art. 10 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) bzw. gestützt auf Art. 5 des Anhanges I zum Freizügigkeitsabkommen angeordnet worden ist (Art. 100 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 OG e contrario).

E. 1.2

Nach Art. 103 lit. b OG in Verbindung mit Art. 14 Abs. 2 der Organisationsverordnung vom 17. November 1999 für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD; SR 172.213.1) ist das Bundesamt für Migration (früher: Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung [IMES]) ermächtigt, im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu führen (vgl. BGE 129 II 1 E. 1.1 S. 3 f., 11 E. 1.1 S. 13, je mit Hinweisen). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

E. 1.3

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 104 lit. a und b OG) gerügt werden. Hat jedoch - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt, ist das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid gebunden (Art. 105 Abs. 2 OG).

E. 2.1

Das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer gilt für Staatsangehörige der Europäischen Gemeinschaft nur so weit, als das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) keine abweichende Bestimmung enthält oder dieses Gesetz eine vorteilhaftere Rechtsstellung vorsieht (Art. 1 lit. a ANAG). Gemäss Art. 16 FZA soll die in Art. 1 FZA näher umschriebene Freizügigkeit wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft vorgesehen umgesetzt werden; hierfür ist auch die bis zur Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangene Rechtsprechung des

Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft (im Folgenden: EuGH) zu berücksichtigen (bezüglich späterer Urteile des EuGH vgl. BGE 130 II 1 E. 3.6.1 S. 9 ff., 493 E. 3.1 S. 498 mit Hinweisen).

Der Beschwerdegegner ist italienischer Staatsangehöriger. Da seine Anwesenheit in der Schweiz unter anderem mit dem Ziel einer Erwerbstätigkeit verbunden ist, kann er sich für seine Aufenthaltsberechtigung grundsätzlich auf Art. 2 Anhang I FZA berufen.

E. 2.2

Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen die vom Freizügigkeitsabkommen - unter anderem nach dem erwähnten Art. 2 Anhang I FZA - gewährten Rechtsansprüche "nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden" (BGE 130 II 176 E. 3.1 S. 179 f. mit Hinweisen). Weitere Präzisierungen finden sich vor allem in der Richtlinie 64/221/EWG des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (kurz: RL 64/221/EWG; publ. in: ABl. Nr. 56, S. 850), auf welche in Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA Bezug genommen wird.

E. 3.1

Nach Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG kann der Ausländer insbesondere aus der Schweiz oder aus einem Kanton ausgewiesen werden, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde. Die Ausweisung soll jedoch nur verfügt werden, wenn sie nach den gesamten Umständen "angemessen", d.h. verhältnismässig (BGE 125 II 521 E. 2a S. 523) erscheint (Art. 11 Abs. 3 ANAG). Dabei ist namentlich auf die Schwere des Verschuldens des Ausländers, auf die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und auf die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile abzustellen (Art. 16 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, ANAV; SR 142.201).

E. 3.2

Der Beschwerdegegner wurde wegen Drogendelikten und zahlreichen Einbruchdiebstählen zu Freiheitsstrafen von insgesamt 6 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Das Bezirksgericht Zürich hat sein Verschulden als erheblich erachtet. Die Fremdenpolizei hat dem Beschwerdegegner, nach erfolglosen Verwarnungen, bereits einmal die Ausweisung angedroht, was ihn von weiteren Rückfällen nicht abhielt. Er wurde erst im Oktober 2003 aus dem Strafvollzug entlassen, weshalb sein seitheriges Wohlverhalten insofern keinen Schluss betreffend Rückfallrisiko erlaubt. Seine Drogensucht hat er, wie auch das Verwaltungsgericht einräumt, nicht völlig überwunden. Es besteht somit ein erhebliches öffentliches Interesse an der Ausweisung des Beschwerdegegners.

Der Beschwerdegegner lebt seit 25 Jahren in der Schweiz, wovon er einen Fünftel im Strafvollzug verbracht hat. Er ist aber in Italien aufgewachsen und kann daher nicht als Ausländer der zweiten Generation betrachtet werden. Von einer besonderen beruflichen Verwurzelung in der Schweiz kann nicht ausgegangen werden. Zudem bestehen weder zu seinen Eltern noch zu seinen Geschwistern besonders enge Beziehungen. Da sich die Lebensverhältnisse in Italien nicht wesentlich von jenen in der Schweiz unterscheiden, ist es für den Beschwerdegegner zumutbar, in sein Heimatland zurückzukehren. Die

Beziehung zu seinem Sohn, der nicht mit ihm zusammen lebt, kann er auch von dort aus weiter pflegen.

Wie auch die Vorinstanz einräumt, erweist sich die Ausweisung des Beschwerdegegners gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG als verhältnismässig und hält vor Art. 8 EMRK stand.

E. 4

Die Vorinstanz vertritt indessen die Auffassung, dass die Ausweisung des Beschwerdegegners die Voraussetzungen des Freizügigkeitsabkommens nicht erfüllt.

E. 4.1

Nach den gemäss Art. 5 Anhang I FZA anwendbaren Grundsätzen wird insbesondere eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung zur Rechtfertigung von Massnahmen gefordert. Dabei darf "ausschliesslich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelperson ausschlaggebend" sein. Art.3 Abs. 1 RL 64/221/EWG steht somit Massnahmen entgegen, die aus generalpräventiven Gründen verfügt werden (130 II 176 E. 3.4.1 S. 183 mit Hinweisen). Ausserdem können strafrechtliche Verurteilungen allein gemäss Art. 3 Abs. 2 RL 64/221/EWG nicht ohne weiteres Massnahmen begründen. Eine frühere strafrechtliche Verurteilung darf daher nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Zwar wird in die Interessenabwägung nach Art. 11 Abs. 3 ANAG regelmässig auch die Rückfallgefahr und der Resozialisierungsgedanken einbezogen (vgl. BGE 130 II 176 E. 4.2 S. 185 mit zahlreichen Hinweisen). Die Prognose über das Wohlverhalten gibt in jener Abwägung aber nicht den Ausschlag (BGE 125 II 105 E. 2c S. 110 mit Hinweisen). Dagegen ist im Rahmen von Art. 5 Anhang I FZA die Feststellung einer gegenwärtigen Gefährdung eine Grundvoraussetzung für den Erlass von Massnahmen.

E. 4.2

Der Beschwerdegegner hat Drogendelikte und Einbruchdiebstähle begangen. Es liegt somit ein persönliches Verhalten vor, das zu strafrechtlichen Verurteilungen führte. Die Straftaten des Beschwerdegegners sind zudem als hinreichend schwerwiegend zu betrachten, um Beschränkungen des Aufenthalts eines Angehörigen eines Mitgliedstaates zu rechtfertigen. Sie stellen eine schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung dar, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.

E. 4.3

Die Vorinstanz kam hingegen zum Schluss, das persönliche Verhalten des Beschwerdegegners stelle keine hinreichende gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung dar.

E. 4.3.1

Der EuGH hat bisher keine näheren Kriterien zur Evaluation des gemäss Richtlinie 64/221/EWG geforderten Gefährdungsgrades genannt. Gewiss wird aus der früheren Begehung einer Straftat nicht automatisch auf eine gegenwärtige Gefährdung geschlossen werden dürfen. Mit diesem Erfordernis kann zudem nicht gemeint sein, dass weitere Straftaten fast mit Gewissheit zu erwarten sind. Andererseits ist auch nicht lediglich dann vom Fehlen einer Gefährdung im oben genannten Sinne auszugehen, wenn die Möglichkeit

einer Wiederholung mit Sicherheit ausgeschlossen ist. Es ist vielmehr eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit zu verlangen, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit oder Ordnung stören wird. Mit Blick auf die Bedeutung des Grundsatzes der Freizügigkeit dürfen im Übrigen an die Wahrscheinlichkeit keine zu geringen Anforderungen gestellt werden. Allerdings hängen diese auch von der Schwere der möglichen Rechtsgüterverletzung ab; je schwerer diese ist, desto niedriger sind die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr (BGE 130 II 176 E. 4.3.1 S. 185 f. mit Hinweisen; 130 II 493 E. 3.3 S. 499 f.).

E. 4.3.2

Das Verwaltungsgericht erwägt, für die Beurteilung des Rückfallrisikos sei entscheidend, ob es dem Beschwerdegegner gelungen sei, aus der Spirale von Drogenabhängigkeit und Straffälligkeit herauszukommen. Es führt diesbezüglich aus, der Beschwerdegegner begeben sich seit letztem Jahr in eine ambulante psychotherapeutische Behandlung, die eine gewisse Stabilität in psychosozialer Hinsicht voraussetze. Es erachtet daher die begonnene Therapie als Indiz für eine Stabilisierung der persönlichen Verhältnisse. Sie spreche dafür, dass der Beschwerdegegner seine Drogenabhängigkeit bis zu einem gewissen Grad überwunden habe. Dies werde dadurch bekräftigt, dass er seit seiner Entlassung aus dem Strafvollzug im Oktober 2003 nicht mehr straffällig geworden sei. Angesichts seines geringen Lohnes geht die Vorinstanz davon aus, dass der Beschwerdegegner, falls er immer noch drogensüchtig wäre, seine Sucht mit Beschaffungsdelikten finanzieren müsste; solche Delikte seien aber nicht aktenkundig. Ausserdem sei er seit anfangs Juni 2003 berufstätig, wobei sich der direkte Vorgesetzte mehrmals lobend über die positive Arbeitsmoral und über das grosse Engagement des Beschwerdegegners geäussert habe. Auf eine gewisse Stabilität seiner persönlichen Verhältnisse lasse auch seine Beziehung zu seinem 14-jährigen Sohn schliessen. Das Verwaltungsgericht räumt zwar ein, dass sich eine weiterhin bestehende Drogenabhängigkeit des Beschwerdegegners nicht ausschliessen lasse. Aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse (Arbeitsplatz, Beziehung zum Sohn, analytisch orientierte Therapie) sei die Gefahr einer erneuten Beschaffungskriminalität indessen nicht derart gross, dass von einer tatsächlichen und hinreichenden schweren Gefährdung von Interessen der Gesellschaft ausgegangen werden könne.

E. 4.3.3

Die Überlegungen, aufgrund derer das Verwaltungsgericht das Risiko erneuter schwerer Straffälligkeit als nicht hinreichend betrachtet, um die Ausweisung unter dem Gesichtswinkel von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA rechtfertigen zu können, erscheinen recht wohlwollend. Es handelt sich jedenfalls um einen Grenzfall. Der Ausweisungsentscheid des Regierungsrates entspräche ebenso gut oder sogar besser der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Die dem angefochtenen Entscheid des Verwaltungsgerichts zugrunde liegende Würdigung des Risikos erneuter schwerer Delinquenz hält sich aber noch im Rahmen des der kantonalen Gerichtsinstanz in derartigen Fällen zustehenden Beurteilungsspielraumes (vgl. Urteile 2A.526/1997 vom 19. Juni 1998 E. 3d und 2A.601/2003 vom 13. April 2004 E. 2.5). Die Abweisung der Beschwerde bedeutet indessen nicht, dass - hätte die kantonale richterliche Behörde die Ausweisung des Beschwerdegegners letztinstanzlich bestätigt - dessen allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom Bundesgericht gutgeheissen worden wäre.

E. 5.1

Die vom Bundesamt für Migration eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 5.2

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 156 Abs. 1 und 2 OG). Hingegen hat das Bundesamt für Migration dem Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG). Das Gesuch des Beschwerdegegners um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird unter diesen Umständen gegenstandslos.

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