

## **BGer 2C\_253/2017 vom 30. Mai 2017**

Bundesgericht, 2017-05-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_253\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_253_2017)

FR: TF 2C\_253/2017 du 30 mai 2017

IT: TF 2C\_253/2017 del 30 maggio 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Der Beschwerdeweg gegen den angefochtenen Zwischenentscheid folgt demjenigen in der Hauptsache, so dass die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich zulässig ist, da der Beschwerdeführer in vertretbarer Weise (vgl. BGE 137 I 284 E. 1.3 S. 287) einen Aufenthaltsanspruch gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA, SR 0.142.112.681) geltend macht (Art. 82 lit. a, Art. 83 lit. c Ziff. 2 [e contrario] und Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG). Die Beschwerde gegen den Zwischenentscheid ist jedoch nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 oder 93 BGG zulässig, wobei hier einzig Art. 93 Abs. 1 lit. a in Betracht fällt. Ein nicht wieder gut zu machende Nachteil im Sinne dieser Norm ist rechtlicher Natur; er liegt nur vor, wenn er auch durch einen für den Beschwerdeführer günstigen Endentscheid nicht behoben werden kann (BGE 139 V 604 E. 3.2 S. 307; 134 II 192 E. 1.4 S. 196). Vorliegend beruft sich der Beschwerdeführer darauf, dass er aufgrund des FZA einen Rechtsanspruch auf Aufenthalt während des hängigen Verfahrens habe, der durch eine auch bloss vorübergehende Verweigerung des Aufenthalts beeinträchtigt würde. Die prozessuale Frage, ob ein rechtlicher Nachteil vorliegt, überschneidet sich daher mit der sich stellenden materiellen Frage, weshalb es sich rechtfertigt, auf die Beschwerde einzutreten (Urteil 2C\_483/2009 vom 18. September 2009 E. 2.2).

#### **E. 2**

Der angefochtene Entscheid betrifft den prozessualen Aufenthalt während des Bewilligungsverfahrens und damit eine vorsorgliche Massnahme, die vor Bundesgericht nur wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte angefochten werden kann (Art. 98 BGG; Urteil 2C\_60/2017 vom 30. Januar 2017 E. 1.2; 2C\_949/2016 vom 30. Dezember 2016 E. 1.1). Das Bundesgericht prüft eine solche Verletzung nur insofern, als eine entsprechende Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; Urteil 2C\_195/2012 vom 2. Januar 2013 E. 1, nicht publ. in BGE 139 I 37; BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f.). Abgesehen von der Verletzung verfassungsmässiger Rechte und gleichgestellter konventionsrechtlicher Ansprüche kann auch die Verletzung von Bundesrecht und Völkerrecht nur auf Willkür hin überprüft werden (BGE 138 III 555 E. 1 und 2 S. 556 ff.).

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat erwogen, da der Beschwerdeführer am 20. Mai 2015 wegen seiner Straffälligkeit rechtskräftig weggewiesen worden sei und bereits am 17. August 2015 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nachgesucht habe, sei das Gesuch unter den Voraussetzungen der Wiedererwägung zu prüfen, wobei der Beschwerdeführer darzulegen hätte, welche neuen Umstände innerhalb der knapp drei Monate seit dem rechtskräftigen

Wegweisungsentscheid und dem neuen Bewilligungsgesuch eingetreten seien. Nachdem der Beschwerdeführer knapp drei Monate nach seiner rechtskräftigen Wegweisung und zwei Wochen nach seiner Ausreise wieder eingereist sei, könne nicht davon gesprochen werden, dass die Bewilligungsvoraussetzungen nun offensichtlich erfüllt seien, weshalb in analoger Anwendung von Art. 17 AuG das Verfahren im Ausland abgewartet werden müsse.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer beruft sich darauf, dass gemäss § 55 VRG/ZH die Beschwerde aufschiebende Wirkung habe. Sodann seien die Bewilligungen nach FZA bloss deklaratorisch; ausserdem könne ein Bewilligungsgesuch jederzeit gestellt werden. Daraus ergebe sich direkt aus dem FZA selber die aufschiebende Wirkung der Beschwerde (zumindest bis zum Bewilligungsentscheid, der aufgrund einer aktuellen Prognose getroffen werden müsse). Art. 17 AuG sei nicht anwendbar. Ohnehin wären die Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 2 AuG erfüllt. Die Vorinstanz habe nicht geprüft, ob aktuell diese Voraussetzungen erfüllt seien und damit auch den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

### **E. 4.1**

Abgesehen von den maximal dreimonatigen Aufenthalten ohne Erwerbstätigkeit bedarf der Aufenthalt in der Schweiz grundsätzlich einer Bewilligung (Art. 10 und 11 AuG). Die bloss e Einreichung eines Bewilligungsgesuchs berechtigt noch nicht zum Aufenthalt, ebenso wenig ein Rechtsmittel gegen einen ablehnenden Bewilligungsentscheid, und zwar selbst dann nicht, wenn dieses grundsätzlich aufschiebende Wirkung hat; denn diese kommt nur bei positiven Verfügungen zum Tragen. Die Verweigerung einer Bewilligung ist eine negative Verfügung; aufschiebende Wirkung des dagegen erhobenen Rechtsmittels kann nicht zur Folge haben, dass die bewilligungspflichtige Handlung bereits vor Vorliegen der Bewilligung ausgeübt werden kann (Urteil 2C\_1130/2013 vom 23. Januar 2015 E. 2.1; BENOÎT BOVET, Procédure administrative, 2. Aufl. 2015, S. 580 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, S. 379 Rz. 1071; HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 55 Rz. 21, 24-26). Dies ist nur aufgrund ausdrücklicher vorsorglicher Massnahmen zulässig, wobei Anordnungen, die praktisch auf eine Vorwegnahme des Endentscheides hinauslaufen, vorbehaltlich ausserordentlicher Verhältnisse nicht angeordnet werden sollen (Urteile 2C\_720/2016 vom 18. Januar 2017 E. 2.1; 2A.397/2005 vom 3. Januar 2006 E. 2.2; SEILER, a.a.O., Art. 56 Rz. 42, 46).

### **E. 4.2**

Art. 17 AuG konkretisiert diese Grundsätze für den Fall, dass eine Person, die für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist ist, nachträglich ein Bewilligungsgesuch stellt: Der Bewilligungsentscheid ist grundsätzlich im Ausland abzuwarten (Abs. 1). Nur wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind, kann die zuständige Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens gestatten (Abs. 2), wobei sich das verfassungskonform auszuübende Ermessen je nach den Umständen zu einem Anspruch verdichten kann ( BGE 139 I 37 E. 2 S. 40 f.). Allein aus Vorkehren wie der Einleitung ehe- und familienrechtlicher Verfahren, der Einschulung von Kindern, dem Liegenschaftserwerb, der Wohnungsmiete, dem Abschluss eines Arbeitsvertrags oder der Geschäftsbegründung oder -beteiligung können grundsätzlich keine Ansprüche im Bewilligungsverfahren abgeleitet werden (Art. 6 Abs. 2 der Verordnung vom 24. Oktober

2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201]; Urteil 2C\_76/2013 vom 23. Mai 2013 E. 2.1.2). Im Übrigen sind unverhältnismässige, schikanöse Ausreiseverpflichtungen und Verfahrensverzögerungen unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebots (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV ) primär dadurch zu vermeiden, dass rasch erstinstanzlich in der Sache entschieden wird ( BGE 139 I 37 E. 2.2 S. 40 f.). Diese Grundsätze gelten auch für illegal Anwesende, die ihren Aufenthalt nachträglich durch ein entsprechendes Bewilligungsgesuch zu legalisieren versuchen ( BGE 139 I 37 E. 2.1 S. 40). Damit soll verhindert werden, dass der Gesuchsteller durch einen unbewilligten Aufenthalt in der Schweiz vollendete Tatsachen schafft, die er bei rechtmässigem Verhalten nicht hätte schaffen können, und dadurch privilegiert wird gegenüber demjenigen, der das korrekte Verfahren einhält ( BGE 139 I 37 E. 3.3.1 S. 44; Urteil 2C\_947/2016 vom 17. März 2017 E. 3.4).

#### **E. 4.3**

Der Widerruf einer Bewilligung führt dazu, dass die bisher ausgeübte Berechtigung in Zukunft nicht mehr ausgeübt werden kann. Im Prinzip kann in der Folge jederzeit ein neues Gesuch gestellt werden. Wird dieses bewilligt, so lebt damit nicht die frühere, rechtskräftig aufgehobene Bewilligung wieder auf, sondern es handelt sich um eine neue Bewilligung, die voraussetzt, dass im Zeitpunkt ihrer Erteilung die dazumal geltenden Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind (Urteil 2C\_876/2013 vom 18. November 2013 E. 3.1). Unabhängig davon, ob dies terminologisch als Wiedererwägung oder als neues Gesuch bezeichnet wird, darf aber das Stellen eines neuen Gesuchs nicht dazu dienen, rechtskräftige Entscheide immer wieder in Frage zu stellen; die Verwaltungsbehörde ist von Verfassungs wegen nur verpflichtet, auf ein neues Gesuch einzutreten, wenn die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen und Beweismittel namhaft macht, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand ( BGE 136 II 177 E. 2.1 S. 181). Wenn eine ausländerrechtliche Bewilligung wegen Vorliegens von Widerrufsgründen (Art. 62, 63 AuG) widerrufen wurde, schliesst dies die Erteilung einer neuen Bewilligung nicht für alle Zeit aus. Nach einer angemessenen Zeitdauer kann ein neues Gesuch gestellt werden (Urteil 2C\_1224/2013 vom 12. Dezember 2014 E. 5.1.1). Die Rechtsprechung hat angenommen, dass eine Neuüberprüfung etwa nach fünf Jahren erfolgen kann, oder auch schon vorher, wenn sich die Umstände derart geändert haben, dass eine neue Beurteilung ernstlich in Betracht fällt (Urteil 2C\_1170/2012 vom 24. Mai 2013 E. 3.4.2; zit. Urteil 2C\_1224/2013 E. 5.1.2).

#### **E. 4.4**

Besteht nach diesen Grundsätzen Anspruch auf eine

Neubeurteilung , so heisst das noch nicht, dass auch Anspruch auf eine

neue Bewilligung besteht. Die Gründe, welche zum Widerruf geführt haben, haben ihre Bedeutung nicht verloren; die Behörde muss aber 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 (zit. Urteil 2C\_1224/2013 E. 5.2; 2C\_1170/2012 E. 3.5.2). 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 (Urteil 2C\_1039/2012 vom 16. Februar 2013 E. 3.1). Ist somit eine umfassende Beurteilung und Interessenabwägung erforderlich, so kann in der Regel nicht gesagt werden, dass die Bewilligungsvoraussetzungen

offensichtlich erfüllt seien und deshalb vorsorglich der Aufenthalt während des Verfahrens bewilligt werden müsste.

#### **E. 4.5**

Die Vorinstanz hat diese Grundsätze angewendet. Die Frage ist, ob sie auch im Geltungsbereich des FZA Anwendung finden.

##### **E. 4.5.1**

Die in Anwendung des FZA ausgestellten Bewilligungen haben nach der Rechtsprechung nicht rechtsbegründenden, sondern bloss deklaratorischen Charakter ( BGE 134 IV 57 E. 4 S. 58 f.; 136 II 329 E. 2.2 S. 332 f.), was jedoch ergänzende nationale Verfahrensregeln nicht ausschliesst ( BGE 136 II 329 E. 2.2 S. 332 f.). Der Beschwerdeführer leitet aus der deklaratorischen Natur der EU-Aufenthaltsbewilligung ab, dass unmittelbar nach deren Widerruf eine neue Bewilligung beantragt werden kann, die alsdann zumindest einen vorübergehenden Anspruch auf Aufenthalt begründet, bis über das neue Gesuch entschieden wird.

##### **E. 4.5.2**

Die aus dem FZA fliessenden Rechte können aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden ( Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ). Mit dem am 20. Mai 2015 erfolgten Widerruf der Aufenthaltsbewilligung hat das Migrationsamt eine solche Einschränkung angeordnet, was der Beschwerdeführer nicht in Frage stellt. Damit ist entgegen seiner Auffassung seine aus dem FZA fliessende grundsätzliche Aufenthaltsberechtigung erloschen und er hat keinen Anspruch mehr auf Aufenthalt. Es erfolgt deshalb auch keine automatische Verlängerung der Bewilligung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 bzw. Art. 12 Abs. 2 Anhang I FZA ( BGE 136 II 329 E. 2.2 in fine S. 333).

##### **E. 4.5.3**

Nach der gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu beachtenden Rechtsprechung des EuGH sind Entfernung- und Fernhaltemassnahmen Ausnahmen vom Grundprinzip der Freizügigkeit und können daher nicht auf unbegrenzte Zeit gelten. Freizügigkeitsberechtigte haben nach Ablauf einer "angemessenen Frist" Anspruch auf eine Neubeurteilung der Fernhaltemassnahme nach Massgabe der aktuellen Sachlage (Urteil 2C\_487/2012 vom 2. April 2013 E. 4.4.1, m.H. auf die Urteile des EuGH vom 17. Juni 1997 C-65/95 und C-111/95

Shingara und Radiom , Slg. 1997 I-3343 Randnrn. 38 ff.; Urteil des EuGH vom 18. Mai 1982 C-115/81 und 116/81

Adoui und Cornuaille , Slg. 1982 S. 1665 Randnr. 12).

##### **E. 4.5.4**

Wie diese "angemessene Frist" konkret zu bemessen ist, lässt sich der EuGH-Rechtsprechung zur Richtlinie 64/221 nicht entnehmen. Nach Art. 32 Abs. 1 der für die Schweiz nicht anwendbaren Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG) können Personen, gegen die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ein

Aufenthaltsverbot verhängt worden ist, nach einem entsprechend den Umständen angemessenen Zeitraum, in jedem Fall aber drei Jahre nach Vollstreckung des nach dem Gemeinschaftsrecht ordnungsgemäss erlassenen endgültigen Aufenthaltsverbots einen Antrag auf Aufhebung des Aufenthaltsverbots unter Hinweis darauf einreichen, dass eine materielle Änderung der Umstände eingetreten ist, die das Aufenthaltsverbot gerechtfertigt haben. Das Bundesgericht hat erwogen, dass diese in der Unionsbürgerrichtlinie konkretisierte Frist nicht ohne Weiteres auf das Freizügigkeitsabkommen übertragen werden kann (zit. Urteil 2C\_487/2012 E. 4.4.3). In Anlehnung an die in Art. 11 Abs. 2 der Rückführungsrichtlinie statuierte Fünfjahresfrist hat es erwogen, dass dort, wo ein Anspruch darauf besteht, dass eine auf unbestimmte Zeit angeordnete Fernhaltemassnahme gegenüber Freizügigkeitsberechtigten nach Ablauf einer angemessenen Frist auf Gesuch hin nach Massgabe der aktuellen Verhältnisse neu beurteilt wird, sich diese Frist an der Regelhöchstdauer des Einreiseverbots zu orientieren hat und nicht unter fünf Jahren anzusetzen ist, beginnend mit der Vollstreckung der Fernhaltemassnahme (Verlassen der Schweiz) und endend mit dem Antrag auf deren Aufhebung (zit. Urteil 2C\_487/2012 E. 4.5.2). Das gilt nicht nur für Fernhaltemassnahmen wie das Einreiseverbot, sondern auch für ein Gesuch von FZA-Berechtigten um Regelung des Aufenthalts. Nach Ablauf der angemessenen Frist besteht Anspruch darauf, dass die zuständigen Behörden auf das Gesuch eintreten und prüfen, ob (weiterhin) eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung ( Art. 5 Anhang I FZA ) vorliegt. Ausserhalb dieses periodischen Prüfungsanspruchs sind die kantonalen Behörden gehalten, auf ein Gesuch um Neuregelung des Aufenthalts einzutreten, wenn eine Änderung der Sachlage vorgebracht wird, die derart ins Gewicht fällt, dass ein anderes Ergebnis ernstlich in Betracht fällt (zit. Urteil 2C\_487/2012 E. 4.6; vgl. auch Urteil 2C\_860/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 3.3.3). Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass auch im Geltungsbereich des FZA grundsätzlich die gleiche Regelung (vorne E. 4.3 und 4.4) gilt wie ausserhalb desselben. Die Auffassung des Beschwerdeführers, wonach nach dem Widerruf einer EU-Aufenthaltsbewilligung jederzeit voraussetzungslos ein neues Bewilligungsgesuch gestellt werden könnte, widerspricht dieser klaren Rechtsprechung.

#### **E. 4.5.5**

Die Auffassung des Beschwerdeführers hätte sodann zur Folge, dass eine Entfernungsmassnahme im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA faktisch gar nie vollstreckt werden könnte: Der Weggewiesene könnte jeweils einen Tag nach seiner Ausreise wieder einreisen, ein neues Gesuch stellen und bis zum Entscheid über dieses Gesuch weiterhin im Land bleiben. Eine solche Konsequenz kann offensichtlich nicht der vernünftige Sinn von Art. 5 Anhang I FZA sein und widerspricht der dargelegten Rechtslage und Rechtsprechung: Die Aufenthaltsberechtigung ist mit dem Widerruf der Aufenthaltsbewilligung erloschen (vorne E. 4.5.2) und entsteht erst wieder mit einer neuen Bewilligung, die aber ihrerseits erst nach angemessener Frist oder bei massgeblicher Änderung der Sachlage geprüft und erteilt werden kann (vorne E. 4.5.4). Es ist nicht ersichtlich, weshalb unter diesen Umständen nicht auch Art. 17 AuG als nationale Verfahrensregelung (vorne E. 4.5.1) anwendbar sein soll.

#### **E. 4.6**

Da das Aufenthaltsrecht des Beschwerdeführers nach dem Widerruf der Aufenthaltsbewilligung vom 20. Mai 2015 nicht mehr besteht, ist die Vorinstanz mit Recht davon ausgegangen, dass eine neue Bewilligung erst wieder möglich ist, wenn eine

massgebliche Änderung der Sachlage geltend gemacht wird. Denn die Fünfjahresfrist für eine periodische Neuüberprüfung (vorne E. 4.5.4) ist noch lange nicht abgelaufen, unabhängig davon, ob auf den Zeitpunkt der Wiedereinreise oder auf denjenigen des angefochtenen Entscheids abgestellt wird. Wird eine solche neue Sachlage vor Ablauf der Fünfjahresfrist geltend gemacht, so heisst das aber bloss, dass die Erteilung einer neuen Bewilligung materiell zu prüfen ist. Daraus ergibt sich noch nicht, dass die Bewilligungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt wären (vorne E. 4.4). Der Beschwerdeführer legt vor Bundesgericht nicht dar, dass und inwiefern sich die rechtserheblichen Sachumstände seit der Widerrufsverfügung vom 20. Mai 2015 in massgeblicher Weise verändert haben sollen, geschweige denn, dass nunmehr die Voraussetzungen für eine (Neu-) Erteilung der Bewilligung offensichtlich erfüllt wären. Die Vorinstanz hat daher ohne Willkür (vgl. vorne E. 2) erkannt, dass der Beschwerdeführer den Ausgang des Verfahrens im Ausland abzuwarten hat.

#### **E. 5**

Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 8 EMRK oder Art. 13 und 14 BV rügt, ist darauf nicht einzugehen; denn er legt entgegen Art. 106 Abs. 2 BGG nicht dar, inwiefern diese Rechte verletzt sein sollen. Dies liegt auch nicht auf der Hand, gibt doch Art. 8 EMRK keinen Anspruch auf verfahrensrechtlichen Aufenthalt bis zum Entscheid, zumindest wenn wie hier die Zulassungsvoraussetzungen nicht offensichtlich erfüllt sind (Urteil 2C\_947/2016 vom 17. März 2017 E. 3.5). Dass der Beschwerdeführer - wie er geltend macht - seine mühsam aufgebaute Existenz und seine Stelle verlieren würde, ändert daran nichts: Dies hat er sich selber zuzuschreiben, indem er nach dem Widerruf der Bewilligung wieder in die Schweiz einreiste und versuchte, die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen.

#### **E. 6**

Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen. Angesichts der bisherigen Rechtsprechung musste sie von vornherein als aussichtslos erscheinen, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Der unterliegende Beschwerdeführer trägt die Kosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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