

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.120 vom 14. Mai 2014

BS Appellationsgericht, 2014-05-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2013.120

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.120 du 14 mai 2014

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.120 del 14 maggio 2014

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 10. Juni 2013 sowie aus § 42 OG i.V.m. § 12 VRPG. Der Rekurrent ist vom angefochtenen Entscheid unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist. Auf den rechtzeitig erhobenen und begründeten Rekurs ist daher einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Danach prüft das Gericht, ob die Verwaltung öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat (vgl. VGE VD.2010.189 vom 9. Februar 2011 E. 1.1, m.w.H.). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines fremdenpolizeirechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des Gerichtsentscheids herrschen (vgl. BGE 127 II 60 E. 1b S. 63; VGE VD.2013.85 vom 16. Oktober 2013 E. 1.2).

E. 2

2.1 Beim Rekurrenten handelt es sich um einen deutschen Staatsangehörigen. Sein Anspruch auf Wohnsitznahme in der Schweiz richtet sich daher primär nach dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0142.112.681). Das Ausländergesetz (AuG) kommt nur insoweit zur Anwendung, als das FZA keine abweichende Bestimmung enthält oder das AuG eine für den Ausländer vorteilhaftere Regelung enthält (Art. 2 Abs. 2 AuG). Letzteres ist hier nicht der Fall.

2.2 Gemäss Art. 4 FZA i.V.m. Art. 6 Anhang I FZA hat ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei des Abkommens, der mit einem Arbeitgeber des Aufnahmestaates ein Arbeitsverhältnis von mehr als drei Monaten Dauer eingegangen ist, Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Dieser Anspruch darf gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Diesbezüglich nimmt das FZA auf die Richtlinien 64/221/EWG (ABl. Nr. 56, 1964, S. 850), 72/194/EWG (ABl. Nr. L 121, 1972, S. 32) und 75/35/EWG (ABl. Nr. L 14, 1975, S. 10) Bezug. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, darf nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 64/221/EWG bei solchen Massnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausschliesslich das persönliche

Verhalten der betreffenden Person ausschlaggebend sein. Nach Art. 3 Abs. 2 der genannten EWG-Richtlinie können strafrechtliche Verurteilungen allein nicht ohne Weiteres diese Massnahmen begründen. Vielmehr darf aufgrund der gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH; vgl. dazu E. II.3 des angefochtenen Entscheids) und derjenigen des Bundesgerichts eine strafrechtliche Verurteilung nur insoweit als Anlass für eine Massnahme herangezogen werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Art. 5 Anhang I FZA steht somit Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügt werden. Insoweit kommt es wesentlich auf das Rückfallrisiko an, wobei die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr desto geringer ist, je schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen sind (BGer 2C_1155/2012 vom 8. Mai 2013 E. 2.2, m.w.H.).

E. 3

Der Rekurrent ist in den letzten zwölf Jahren insgesamt dreimal wegen Betäubungsmitteldelikten zu überjährigen Freiheitsstrafen verurteilt worden.

3.1 Der Rekurrent ist mit Urteilen des Landgerichts Waldshut-Tiengen vom 21. November 2003 sowie des Landgerichts Freiburg im Breisgau vom 12. Dezember 2006 in Deutschland zweimal wegen Betäubungsmitteldelikten, die er in den beiden Urteilsjahren begangen hat, schuldig gesprochen und zu Freiheitsstrafen von 4 Jahren resp. 2 Jahren und 10 Monaten verurteilt worden. Wie dem Urteil des Strafgerichts Basel-Landschaft vom 22. Januar 2014 entnommen werden kann, erfolgten diese beiden Strafurteile im Zusammenhang mit dem Handel mit ■Gras■ und Ecstasy (E. II.c S. 22). Beide Freiheitsstrafen wurden (zumindest teilweise) in Deutschland vollzogen.

3.2 Hinzu kommt die mit Urteil vom 22. Januar 2014 durch das Strafgericht Basel-Landschaft wiederum wegen Betäubungsmitteldelikten erfolgte Verurteilung des Rekurrenten zu einer bedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 18 Monaten bei einer Probezeit von 4 Jahren. Das Gericht erwog dabei, dass der Rekurrent gemäss seinem glaubhaften Geständnis in der Hauptverhandlung nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug in Deutschland im Jahr 2009 in die Schweiz gekommen ist, um für B_____, mit dem er bereits zuvor in Deutschland die mit Urteil des Landgerichts Freiburg im Breisgau beurteilten Betäubungsmitteldelikte begangen hat, zu arbeiten. Dabei habe er bereits damals damit gerechnet, für diesen Drogengeschäfte respektive Arbeiten im Zusammenhang mit solchen Straftaten zu verrichten. Dies sei ihm aufgrund seiner damaligen finanziellen Notlage egal gewesen. Er hat in der Folge zusammen mit B_____ und einer weiteren Mitbeteiligten an verschiedenen Orten zwei Hanf-Indooranlagen aufgebaut und betreut. Die geernteten Hanfpflanzen hätten sie zu insgesamt 62,8 Kilogramm Marihuana verarbeitet, welches sie zum Teil gewinnbringend verkauft hätten. Zudem hätten sie zusammen mit einer weiteren Person in einer weiteren, kleineren Anlage neue Stecklinge gezogen, welche sie wiederum für den Anbau genutzt hätten. Schliesslich habe er mit dem Bau einer weiteren, später nicht genutzten Anlage Anstalten getroffen, um unbefugt Hanfkraut zur Gewinnung von Betäubungsmitteln anzubauen. Die während rund einem halben Jahr dauernde Delinquenz sei erst von den Strafverfolgungsbehörden durch ihre Aufdeckung im Rahmen von Hausdurchsuchungen beendet worden. Aufgrund des gemeinsamen Tatentschlusses und der arbeitsteiligen Vorgehensweise habe er damit den Tatbestand der bandenmässigen und damit qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz erfüllt. Das Strafgericht kam zum Schluss, dass er damit versucht

habe, statt mit einer legalen Erwerbstätigkeit seinen Lebensunterhalt auf deliktische Weise zu bestreiten (E. I.2.3 S. 11 ff.). Das Strafgericht ging bei der Strafzumessung insgesamt im Rahmen der dem Rekurrenten vorzuwerfenden Straftatbestände subjektiv von einem erheblichen Verschulden aus. Dabei erschien ihm auf dem Boden einer umfassenden Würdigung aller verschuldensrelevanten Umstände eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten Dauer als schuldadäquat (E. II.e S. 25).

3.3 Daraus folgt eine insgesamt schwere und wiederholte Delinquenz des Rekurrenten seit 2002, welche mit Freiheitsstrafen im addierten Umfang von 8 Jahren und 3 Monaten sanktioniert worden sind. Der Rekurrent hat sich dabei zweimal auch durch den Vollzug von überjährigen Freiheitsstrafen nicht beeindruckt lassen und in gleichartiger Weise weiter delinquent. Wie das Strafgericht Basel-Landschaft festgestellt hat, hat der Rekurrent aus seinen schweren, in Deutschland ausgesprochenen Vorstrafen ■ offensichtlich überhaupt nichts ■ gelernt (E. II.c S. 21). Daraus muss grundsätzlich auf eine gewisse Straf- und Einsichtsresistenz geschlossen werden (vgl. BGer 2C_1155/2012 vom

E. 8

Mai 2013 E. 3.2). Von Bedeutung ist andererseits aber auch, dass das Strafgericht im Zusammenhang mit der Beurteilung der Gewährung des bedingten Vollzugs insgesamt von besonders günstigen Umständen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB ausgegangen ist und die Strafe für die in der Schweiz begangenen Delikte bedingt ausgesprochen hat. Ist eine verurteilte Person, wie vorliegend der Rekurrent, innerhalb der letzten fünf Jahre vor der beurteilten Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt worden, so gilt die ansonsten bestehende Vermutung einer günstigen Prognose respektive des Fehlens einer ungünstigen Prognose nicht und setzt die Gewährung des bedingten Strafvollzugs besonders günstige Umstände voraus. Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges kommt in diesen Fällen nur in Betracht, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Dabei ist zu prüfen, ob die aufgrund der Vorstrafe bestehende indizielle Befürchtung weiterer Delinquenz durch die besonders günstigen Umstände zumindest kompensiert wird. Soweit zwischen der neuen Straftat und der früheren Delinquenz nicht jeder Zusammenhang fehlt, was vorliegend aufgrund der einschlägigen Vorstrafen gerade nicht zutrifft, können besondere Umstände etwa bei einer besonders positiven Veränderung in den Lebensumständen des Täters liegen (vgl. BGE 134 IV 1 E. 4.2.3 S. 7, m.w.H.). Das Strafgericht Basel-Landschaft hat dabei berücksichtigt, dass der geständige Rekurrent seit seiner Verhaftung am 30. Juli 2010 während nunmehr dreieinhalb Jahren strafrechtlich überhaupt nicht mehr in Erscheinung getreten ist und sich offenbar vollumfänglich von seinen vormaligen Mittätern distanziert hat. Weiter hat es sein Aussageverhalten und seine Geständigkeit, welche zum Teil erst die Aufklärung einzelner Sachverhalte ermöglicht haben, als weitgehende Einsicht ins Unrecht seiner Taten gewertet (E. II.c S. 22 und E. III.c S. 26 f.). Mit Bezug auf seine gegenwärtigen Lebensumstände hat das Strafgericht festgestellt, dass der Rekurrent seit mittlerweile mehr als drei Jahren über die gleiche Temporärfirma für eine Firma in [] arbeite und ein monatliches Einkommen von etwas mehr als CHF 3'000. ■ erziele. Seit ebenso langer Zeit lebe er mit seiner langjährigen Lebenspartnerin in einer gemeinsamen Wohnung und unterstütze deren Familie in []. Aufgrund des dreieinhalbjährigen Wohlverhaltens des Rekurrenten könne daher von einer positiven Wandlung der Lebensumstände im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB ausgegangen werden. Trotz der prognostisch ganz eindeutig positiven Faktoren sei die Situation aber

dennoch als Grenzfall zu bezeichnen. Den ■ aufgrund der wiederholten einschlägigen Rückfälligkeit des Beschuldigten nicht auszuräumenden Zweifeln bei der Prognosestellung ■ trug das Strafgericht mit einer Verlängerung der gesetzlichen Minimaldauer der Probezeit von zwei auf vier Jahre Rechnung (E. III.c S. 26 f.).

3.4 Bei der Beurteilung des Fortbestands einer gegenwärtigen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Rahmen der ausländerrechtlichen Prüfung nach dem FZA sind diese Erwägungen des Strafgerichts im Zusammenhang mit der Gewährung des bedingten Strafvollzugs von Bedeutung (vgl. BGer 2C_998/2012 vom 19. Februar 2013 E. 3.2, m.w.H.). Auch wenn insbesondere eine Bindung der Migrationsbehörden an die vom Strafgericht zu beachtende Vermutung einer günstigen Prognose gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB nicht besteht, so müssen umgekehrt gewichtige Gründe bestehen, um im migrationsrechtlichen Zusammenhang von der strafgerichtlichen Feststellung abweichen zu können, dass aufgrund einer umfassenden Würdigung das Fortbestehen einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung entgegen dem Anschein (aufgrund wiederholter Delinquenz) als unwahrscheinlich erscheint. Dies muss umso mehr gelten, wenn einem Straftäter gestützt auf Art. 42 Abs. 2 StGB im Rahmen des Strafaufschubs durch das Strafgericht eine besonders günstige Prognose attestiert wird (vgl. BGer 2C_378/2013 vom 21. August 2013 E. 5.5 f.; hierzu E. 3.3 oben).

Auch wenn das Strafgericht Basel-Landschaft aufgrund der gesamten Umstände insgesamt von einem Grenzfall spricht, so kann ihm dennoch gefolgt werden. So ist mit dem Strafgericht im Sinne einer besonders günstigen Legalprognose u.a. festzustellen, dass der Rekurrent seit mehreren Jahren ein legales Erwerbseinkommen erzielt, dass er seit ebenso langer Zeit mit seiner langjährigen Lebenspartnerin in einer gemeinsamen Wohnung wohnt und deren Familienangehörige unterstützt. Er befindet sich heute ■ soweit aus den Akten ersichtlich ■ beruflich, finanziell und familiär in stabilen Verhältnissen. Bei der Interessensabwägung darf auch berücksichtigt werden, dass sich die vom Rekurrenten ausgehende Gefahr primär auf die Begehung weiterer Betäubungsmitteldelikte im Zusammenhang mit dem Handel mit Hanfprodukten fokussiert, Cannabis aber nach dem aktuellen Stand der Erkenntnis auch in grossen Mengen die Gesundheit vieler Menschen nicht in Gefahr zu bringen vermag (vgl. BGE 117 IV 314 E. 2 S. 315 ff.). Auch wenn sich die Betäubungsmitteldelinquenz des Rekurrenten in der Vergangenheit auch auf Ecstasy bezogen hat, so vermag dies die Gefahr nicht wesentlich zu erhöhen (vgl. dazu BGE 125 IV 90 E. 3 S. 93 ff.). Auch vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, angesichts der heute bestehenden Situation nicht von der Prognose des Strafgerichts abzuweichen. Im Übrigen könnte einer verbleibenden Rückfallgefahr und der damit verbundenen Gefahr für die öffentliche Sicherheit in der Schweiz mit einer Ausweisung nur beschränkt begegnet werden, zumal der Rekurrent gemäss den Erwägungen der Vorinstanz wiederum in seiner grenznahen Heimat in Deutschland wohnen und als Grenzgänger in Basel seiner Erwerbstätigkeit nachgehen könnte (Entscheid des JSD vom 14. März 2013 E. 5 S. 6 unten). Es ist nicht zu erkennen, inwieweit dadurch eine fortbestehende Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den Rekurrenten besser vorgebeugt werden könnte. Die Frage der Verhältnismässigkeit der angefochtenen Massnahme kann damit offenbleiben (vgl. BGer 2C_378/2013 vom 21. August 2013 E. 6.1).

3.6 Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der angefochtene Entscheid in Gutheissung des Rekurses aufzuheben ist. Die Sache ist an die Vorinstanz zur Einholung einer Zustimmung des Bundesamts für Migration gemäss Art. 99 AuG und Art. 85 Abs. 1 Buchstabe a VZAE

(vgl. Weisungen AuG Ziff. 1.3.1.3 lit. c) zurückzuweisen, soweit eine solche auch bei der Aufenthaltsbewilligungserteilung für Angehörige eines Vertragsstaates des FZA erforderlich ist. Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass der vorliegende Entscheid basierend auf einer vorsichtig optimistischen Prognose für das Verhalten des Rekurrenten zu Stande gekommen ist. Sollte sich der Rekurrent erneut straffällig verhalten oder in anderer Form gegen die Rechtsordnung in der Schweiz verstossen resp. sich wirtschaftlich nicht integrieren, wird eine Aufenthaltsbewilligung kaum mehr vertretbar sein (vgl. BGer 2C_378/2013 vom 21. August 2013 E. 5.6; VGE VD.2013.114 vom 26. Februar 2014 E. 4).

4.

Der Kostenentscheid folgt grundsätzlich dem Ausgang des Verfahrens. Vorliegend ist aber festzustellen, dass dem Rekurrenten erst aufgrund seines mehrjährigen Wohlverhaltens eine gute Prognose gestellt werden kann. Dieses Wohlverhalten konnte der Rekurrent nur aufgrund der vom Strafgericht Basel-Landschaft festgestellten Verletzung des Beschleunigungsgebots im Strafverfahren (vgl. E. II d S. 22 ff.) unter Beweis stellen. Daraus folgt, dass die materielle Grundlage der Vorentscheide des Migrationsamts sowie des JSD erst aufgrund der ■ infolge des weiteren Zeitablaufs im vorliegenden Verfahren ■ eingetretenen Noven weggefallen ist. Damit ist einerseits der vorinstanzliche Kostenentscheid zu bestätigen und rechtfertigt es sich andererseits, im vorliegenden Verfahren zwar von der Erhebung ordentlicher Kosten abzusehen, dem Rekurrenten aber keinen Ersatz seiner Vertretungskosten zuzusprechen. Der Rekurrent hat das vorliegende Verfahren aufgrund seiner Delinquenz veranlasst.

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