

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00053 vom 20. Dezember 2006

ZH Verwaltungsgericht, 2006-12-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00053

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00053 du 20 décembre 2006

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00053 del 20 dicembre 2006

Regeste

Aufenthaltsbewilligung | Aufenthaltsbewilligung (EG/EFTA) Die ungarische, mit einem Schweizer verheiratete Beschwerdeführerin wurde zu einer Freiheitsstrafe von dreieinviertel Jahren verurteilt. Die Beurteilung, ob ihr eine Aufenthaltsberechtigung zustehe, erfolgt nach ANAG und nach FZA. Letzteres ist aufgrund ihrer eigenen Staatsangehörigkeit auf sie anwendbar, zumal die Anwendung des rein nationalen Rechts nicht lösungsorientiert wäre. Anders als das nationale Recht stellt das FZA nicht massgeblich auf die strafrechtliche Verurteilung ab; diese vermag für sich allein eine Nichterteilung bzw. Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung nicht zu rechtfertigen. Vielmehr ist eine von der gesuchstellenden Person ausgehende gegenwärtige aktuelle Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vorausgesetzt. Vorliegend wurde ebendiese Gefährdung durch die Beschwerdeführerin nicht zureichend untersucht. Rückweisung. Gewährung UP/URb.

Erwägungen

E. 2

B, beide vertreten durch RA C, Beschwerdeführende, gegen Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich, Beschwerdegegnerin, betreffend Aufenthaltsbewilligung, hat sich ergeben: I. Die 1982 geborene A, Staatsangehörige von D, reiste Anfang 2004 in die Schweiz ein, wo sie am 10. Februar 2004 den Schweizer Bürger E, geboren 1961, heiratete. In der Folge erhielt sie die Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib beim Ehemann und die Bewilligung zur Tätigkeit als selbständig erwerbende Masseurin. Im Zusammenhang mit einem bewaffneten Raubüberfall auf einen Massagesalon in Zürich wurde A verhaftet. Im Zuge der polizeilichen Ermittlungen sagten sie und ihr Ehemann übereinstimmend aus, gegen Bezahlung eine Scheinehe eingegangen zu sein. Mit rechtskräftigem Urteil vom 15. Juni 2006 wurde die kinderlose Ehe vom Bezirksgericht F geschieden. Mit Urteil des Obergerichts vom 20. Dezember 2006 wurde A des qualifizierten Raubs und der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig gesprochen und mit drei Jahren und drei Monaten Zuchthaus bestraft. Die Entlassung aus dem Vollzug erfolgte am 24. Januar 2007 unter Ansetzung einer Probezeit von 396 Tagen. Am 3. August 2007 heiratete sie in Dietikon den am 2. Dezember 1974 geborenen Schweizer B, welcher gemeinsam mit ihr den genannten Raubüberfall begangen hatte. Am 7. August 2007 stellte A beim Migrationsamt der Sicherheitsdirektion das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung "EG/EFTA" mit dem Aufenthaltszweck "nichterwerbstätig: Verbleib beim CH-Ehegatten". Am 28. August 2007 wies das Migrationsamt das Gesuch ab. Gleichzeitig setzte es A eine Frist zum Verlassen des schweizerischen Staatsgebiets bis 30. November 2007. II. Einen dagegen erhobenen Rekurs von A und B wies der

Regierungsrat am 6. Januar 2009 ab, im Wesentlichen mit der Begründung, der Bewilligungsanspruch sei als Folge der gerichtlichen Bestrafung der Ausländerin wegen eines Verbrechens erloschen und es sprächen keine überwiegenden Interessen für einen Verbleib in der Schweiz. III. Mit Eingabe vom 6. Februar 2009 beantragten A und B dem Verwaltungsgericht, es sei der Entscheid des Regierungsrats aufzuheben und der Ehefrau die Aufenthaltsbewilligung beim Ehemann zu erteilen. Während des Verfahrens sei – allenfalls durch Erlass einer vorsorglichen Massnahme – der Beschwerdeführerin der Aufenthalt und der Antritt einer Stelle zu bewilligen; für das Beschwerdeverfahren sei den Beschwerdeführenden die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihnen ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. Sodann beantragten sie, anstelle einer schriftlichen Vernehmung sei eine mündliche Befragung durch das Verwaltungsgericht durchzuführen; ausserdem verlangten sie die Zuspreehung einer Parteientschädigung. Am 17. April 2009 erneuerte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Beschwerdeführerin an das Verwaltungsgericht; diese könne sofort eine Stelle im Gastgewerbe antreten. Mit Verfügung vom 6. Mai 2009 trat das Verwaltungsgericht infolge Unzuständigkeit auf das Gesuch nicht ein und überwies es zur weiteren Behandlung an das Amt für Wirtschaft und Arbeit. Während sich die Sicherheitsdirektion nicht vernehmen liess, beantragte die Staatskanzlei namens des Regierungsrats Abweisung der Beschwerde. Die Kammer zieht in Erwägung: 1. 1.1 Gemäss der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen und von den Kantonen gemäss Art. 130 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; BGG) nach Ablauf einer Frist von zwei Jahren nach deren Inkrafttreten, also ab 1. Januar 2009, zu gewährleistenden Rechtsweggarantie von Art. 29a der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde, welche die Streitigkeit unter rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten umfassend überprüfen können muss. Da der Regierungsrat als verwaltungsinterne Rechtsmittelinstanz die Anforderungen an eine richterliche Behörde im Sinn von Art. 29a BV nicht erfüllt, hat das Verwaltungsgericht – nach Ablauf der erwähnten Übergangsfrist – ungeachtet des Bestehens eines Rechtsanspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung oder Niederlassungsbewilligung auf die Beschwerde einzutreten. Die Frage, ob ein Rechtsanspruch besteht, ist somit nicht mehr Eintretensvoraussetzung, sondern Gegenstand der materiellen Erwägungen. 1.2 Innerhalb der bundesrechtlichen Übergangsfrist hat der Kanton Zürich keine Ausführungsbestimmungen über die Zuständigkeit, die Organisation und das Verfahren der (bundesgerichtlichen) Vorinstanzen erlassen, so dass das Verwaltungsgericht lückenfüllend eine Übergangsregelung zu treffen hat. Diese erfolgt sinnvollerweise in Anlehnung an den Beschluss des Regierungsrats vom 9. Dezember 2008 "Verwirklichung der Rechtsweggarantie (Art. 291 BV) im Verwaltungsverfahren per 1. Januar 2009, Weisung an die Behörden", womit die Verwaltungsbehörden ersucht werden, ihre Verfügungen ab 1. Januar 2009 mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen, die den Vorgaben des übergeordneten Rechts (Rechtsweggarantie; Vorinstanzenregelung des Bundesgerichtsgesetzes) entspricht sowie den Erwägungen des Regierungsrats (unter Abs. B, Ziff. 2, lit. h zum Verfahren im Ausländerrecht, Ausnahmekatalog), wonach gegen Entscheide über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern die Beschwerde an das Verwaltungsgericht grundsätzlich möglich sein müsse und die Beschränkung von § 43 Abs. 1 lit. h des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) – Beschränkung auf Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen,

die sich auf einen Rechtsanspruch zu stützen vermögen – "nicht mehr anwendbar" sei. In Übereinstimmung mit diesen Weisungen, welche das verwaltungsinterne Rechtsmittelverfahren betreffen, hat das Verwaltungsgericht auf alle Beschwerden im Bereich des Fremdenpolizeirechts einzutreten, welche vom Regierungsrat nach dem 1. Januar 2009 beurteilt worden sind, unbesehen, ob die im Streit stehenden Bewilligungen auf einem Rechtsanspruch beruhen oder nicht. Auf die Beschwerde ist demzufolge einzutreten.

E. 2.1

Das auf den 1. Januar 2008 in Kraft gesetzte Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) stellt übergangsrechtlich auf den Zeitpunkt der Gesuchstellung ab (Art. 126 Abs. 1 AuG), was im vorliegenden Fall – das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung "EU/EFTA" wurde am 7. August 2007 gestellt – zur Anwendbarkeit des altrechtlichen Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) führt (vgl. VGr, 7. Januar 2008, VB 2007.00556, E. 2). Die massgeblichen Rechtsgrundlagen sind vom Regierungsrat (Erwägungen Ziff. 3 und 4) zutreffend erläutert und seinem Entscheid zugrunde gelegt worden; das Verwaltungsgericht kann darauf verweisen (§ 28 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 VRG). Auf die Ablehnung des Freizügigkeitsabkommens als Rechtsgrundlage durch den Regierungsrat ist später zurückzukommen.

E. 2.2

Der Regierungsrat kam zum Schluss, dass gemäss dem massgebenden Art. 7 Abs. 1 ANAG grundsätzlich ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung bestehe; dies aufgrund ihrer Ehe mit einem Schweizer. Indessen sei der Bewilligungsanspruch erloschen, weil durch die gerichtliche Verurteilung zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe ein Ausweisungsgrund gegeben sei (Art. 7 Abs. 1 Satz 3, Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG). Die Wegweisung erscheine nach den gesamten Umständen als verhältnismässig (Art. 11 Abs. 3 ANAG); dies unter Abwägung der massgebenden Kriterien der Schwere des Verschuldens der Beschwerdeführerin, der Dauer ihres Aufenthalts in der Schweiz und der ihr und ihrer Familie drohenden Nachteile im Fall einer Nichtbewilligung (Art. 16 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum ANAG [ANAV]). Auch der Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 8 Abs. 1 EMRK sei aufgrund der vorzunehmenden Abwägung der Interessen erloschen. Im Einzelnen habe der Aufenthalt der Beschwerdeführerin zu schweren Klagen Anlass gegeben. Mit der Verurteilung zu 3 1 /

E. 2.3

Die Beschwerdeführenden stellen sich sinngemäss auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin als Staatsangehörige von D geniesse aufgrund des Freizügigkeitsabkommens das Privileg, den bisherigen Aufenthalt in der Schweiz ohne besondere weitere Auflagen weiterführen zu können. Allenfalls fliesse ein Aufenthaltsanspruch direkt aus dem Freizügigkeitsabkommen. Im Übrigen gelte das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer. Dieses verbiete es, einen Anspruch auf Aufenthalt allein aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung zum Erlöschen zu bringen. Vielmehr sei dafür nach Art. 51 Abs. 1 AuG und Art. 42 AuG nicht nur eine erhebliche, sondern eine wiederholte und von strafrechtlichen Massnahmen unbeeindruckte Missachtung der Rechtsordnung erforderlich. Diese Voraussetzungen seien bei der

Beschwerdeführerin nicht erfüllt. Während der Straftaten, welche zur gerichtlichen Verurteilung geführt hätten, sei sie kokainsüchtig gewesen; ohne diesen Umstand wäre es nie zu den Straftaten gekommen. Der Strafvollzug habe ihr ermöglicht, sich von ihrer Kokainsucht zu befreien; so sei sie zu einem "neuen Menschen" geworden. Das Obergericht habe ihr "echte Einsicht und Reue" attestiert sowie klagloses Verhalten im Vollzug. Seit ihrer Freilassung führe sie ein geordnetes und integriertes Leben. Von einer (erneuten) und von der gerichtlichen Verurteilung unbeeindruckten Missachtung der Rechtsordnung könne keine Rede sein. Ihre Heirat mit ihrem Ehemann, der gleichzeitig wie sie seine Strafe verbüsst habe, habe zu dieser Stabilität weiter beigetragen. Aufgrund der Umstände sei es ausgeschlossen, die Ehe in D weiterzuführen; diese wäre zu einem Scheitern verurteilt. Auch der Umstand, dass der Beschwerdeführerin die vorzeitige Entlassung aus dem Strafvollzug bewilligt worden sei, deute darauf hin, dass die Behörden keine Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erblickt hätten. 3.

3.1 Das Verwaltungsgericht wendet das Recht von Amtes wegen an und überprüft die Anordnung der obersten Verwaltungsbehörde – hier des Regierungsrats – auf Rechtsverletzungen, was auch die rechtmässige Betätigung des Ermessens umfasst, eine eigene Ermessensbetätigung des Gerichts jedoch ausschliesst (§§ 41 und 50 VRG). 3.2 Wie bereits festgestellt, ist für die Beurteilung des Sachverhalts das altrechtliche ANAG massgebend. Dieses Gesetz erklärt sich nur für denjenigen Personenkreis als anwendbar, welcher nicht unter das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA) fällt oder wenn die betroffene Person durch das ANAG eine vorteilhaftere Rechtsstellung erfahren würde (Art 1 lit. a ANAG). Somit ist vorab zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin in den Anwendungsbereich des FZA fällt. Gemäss dem am 26. Oktober 2004 abgeschlossenen Protokoll zum Freizügigkeitsabkommen (sog. Osterweiterung) sind auf den 1. April 2006 zehn neue Mitgliedstaaten zu Vertragsparteien des Abkommens geworden, darunter die Republik D. Art. 1 Ziff. 2 des Protokolls zur Osterweiterung (vgl. Amtliche Sammlung 2006, 979) legt fest, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens für die neuen Mitgliedstaaten ebenso verbindlich sind wie für die derzeitigen Vertragsparteien des Abkommens. Nach Art. 3 Abs. 1 und 2 Anhang I zum Freizügigkeitsabkommen (SR 0.142.112.681) hat der Ehegatte beziehungsweise die Ehegattin einer Person, welche Staatsangehörige einer Vertragspartei ist, das Recht, bei dieser Wohnung zu nehmen. Gemäss Art. 3 Abs. 4 Anhang I FZA hat die dem Ehegatten erteilte Aufenthaltserlaubnis "die gleiche Gültigkeit wie die der Person, von der das Recht hergeleitet ist". In zeitlicher Hinsicht gilt dieser Anspruch grundsätzlich seit dem Inkrafttreten der Osterweiterung, somit seit 1. April 2006. Die Vertragsparteien haben sich mit Bezug auf die Einwanderung von erwerbstätigen Personen aus einem Vertragsstaat Übergangsfristen vorbehalten, während welcher die Höchstzahlen (Kontingente) für den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit auch nach dem Inkrafttreten aufrechterhalten werden dürften. Diese Übergangsfristen gelten indessen nicht für im Rahmen des Familiennachzugs zur Einreise und zum Aufenthalt in der Schweiz berechnete Personen, wie die Beschwerdeführerin, welche ausdrücklich und ausschliesslich eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib beim schweizerischen Ehemann begehrt hat. 3.3 Der Regierungsrat hat das Freizügigkeitsabkommen als nicht anwendbar erklärt, weil es an der Voraussetzung des "Zugs" fehle: So sei der beschwerdeführende Ehemann, welcher das Aufenthaltsrecht der ausländischen Ehefrau vermittele, nicht aus einem Vertragsstaat des FZA eingereist, sondern habe sich ausschliesslich in der Schweiz aufgehalten. Es fehle

damit am Auslandsbezug; ob und wann die ausländische Ehefrau in die Schweiz eingereist sei, sei nicht von Belang; die rechtliche Beurteilung habe ausschliesslich nach dem Landesrecht zu erfolgen. Rechtsprechung und Doktrin haben bestätigt, dass die Voraussetzung einer Berufung auf die Vorschriften des FZA in einer erfolgten Grenzüberschreitung liegt. Wer stationär als Schweizer in der Schweiz lebt, kann sich nicht auf das Abkommen berufen. Gegenüber dem Heimatstaat ist eine Berufung darauf nicht möglich; das Abkommen bezweckt die Freizügigkeit zwischen den Vertragsparteien, was sowohl aus dem Wortlaut der Präambel des FZA als auch von Art. 2 FZA: "Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten..." ersichtlich ist (vgl. für viele: BGE 129 II 249, E. 4, mit Hinweisen). Die daraus resultierende sogenannte Inländerdiskriminierung wird dabei bewusst in Kauf genommen (vgl. auch: EuGH-Entscheidung vom 2. Juli 1992, Rs C-370/90). Richtig benannt handelt es sich um eine Diskriminierung von ausländischen Familienangehörigen von Schweizern gegenüber solchen von Bürgern von EU-/EFTA-Vertragsstaaten. Der zitierte Bundesgerichtsentscheid 129 II 249 hatte allerdings zum Unterschied, dass die nachziehende Person nicht die Ehefrau, sondern die Tochter eines schweizerischen Vaters war und zusätzlich, dass sie Türkin und damit nicht Staatsangehörige eines Vertragsstaats war. Das Bundesgericht bezeichnete diesen Unterschied im erwähnten Entscheid (E. 4.1) als nicht massgebend. Trotzdem stellt sich die Frage, ob diese Rechtsauffassung bei den aktuellen Beschwerdeführenden nicht zu stossenden Ergebnissen führt. Die Beschwerdeführerin ist nicht Drittstaatsangehörige, sondern in der Schweiz lebende Angehörige eines EU-Vertragsstaates. Für diesen Personenkreis löst das FZA auch Wirkungen aus, ohne dass eine Grenzüberschreitung erfolgt. Gemäss Art. 10 Abs. 1–4 FZA sind für erwerbstätige Personen vorübergehende Einreisebeschränkungen zulässig. Gemäss Abs. 5 gelten diese Einschränkungen nicht für Vertragsstaatsangehörige, welche sich bereits in der Schweiz aufhalten und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind. Analoges gilt für nicht erwerbstätige Aufenthaltsberechtigte, welchen das FZA Garantien für den Weiterbestand beziehungsweise die Verlängerung der Bewilligung einräumt, ohne dass eine (Wieder-)Einreise erforderlich ist. Die Beschwerdeführerin ist mit einem Schweizer verheiratet und gehört zweifellos dem Personenkreis an, welcher nach Massgabe des FZA grundsätzlich von der Bestandesgarantie eines rechtmässigen Aufenthalts in der Schweiz profitiert. Damit verfügt sie prinzipiell über einen doppelten Aufenthaltsanspruch – gemäss nationalem Recht wie auch gemäss multilateralem Völkerrecht des FZA. Zwar kann sie aufgrund der Vorschriften des Landesrechts – im Sinn der Ausführungen des Regierungsrats – ihres Aufenthaltsrechts verlustig gehen, indessen ist eine Wegweisung nur zulässig, wenn diese Rechtsfolge auch Resultat des europäischen Freizügigkeitsrechts ist. Selbst wenn der Beschwerdeführerin trotz ihrer Ehe mit einem Schweizer nach FZA keine Verlängerung ihres Aufenthaltsrechts zustünde, wäre sie frei, sich als europäische Arbeitnehmerin um einen Aufenthalt in der Schweiz zu bewerben. Unter dem Vorbehalt der gestaffelt abzubauenen Kontingente im Rahmen der Übergangsbestimmungen zum FZA wäre ihr früher oder später ein Aufenthalt in der Schweiz – vorab zur Stellensuche – garantiert. Die alleinige Berücksichtigung des Landesrechts erweist sich im Fall der Beschwerdeführerin als nicht lösungsorientiert, indem es bei der Wegweisung nach ANAG beim blossen Urteil bliebe. Somit ist es in Fällen von in der Schweiz lebenden Angehörigen von EU-/EFTA-Vertragsstaaten unumgänglich, dass die von der Behörde beabsichtigte Aufhebung bzw. Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung auch nach Massgabe des

Freizügigkeitsrechts beurteilt wird. Ergibt sich, dass gestützt auf nur eine Rechtsgrundlage eine Auflösung der Aufenthaltsberechtigung möglich ist, bleibt es beim Aufenthalt. Eine Wegweisung kann nur in Frage kommen, wenn beide Rechtsquellen den Aufenthalt negativ beurteilen. Insofern unterscheidet sich die Rechtslage von drittstaatsangehörigen Verwandten oder Familienangehörigen von in der Schweiz lebenden Schweizern. 3.4 Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen die aufgrund des Abkommens eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. In Abs. 2 hat sich die Schweiz verpflichtet, gewisse Richtlinien (RL) zu übernehmen, namentlich die RL 64/221/EWG, RL 72/194 EWG und 75/35 EWG. Die RL 64/221 EWG wurde durch Art. 38 Abs. 2 der RL 2004/38 EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, kodifiziert (vgl. ABl. 2004 L 158/77, www.europa.eu.int). Da es sich bei den Verweisen in den Anhängen zum FZA um sogenannte statische Verweise handelt – bezogen auf die im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens geltende Fassung und nicht für zukünftige Rechtsentwicklungen – ist die Richtlinie 2004/38/EG in formeller Hinsicht zwar unbeachtlich. Soweit sie allerdings die Rechtsprechung des EuGH bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA kodifiziert, ist ihr Inhalt – im Sinne einer Auslegungshilfe – zu berücksichtigen (vgl. Art. 16 Abs. 2 FZA; vgl. VGr 3. Oktober 2007 = VB 2007.00203, E. 4.2). 3.5 Bei Massnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darf ausschliesslich das persönliche Verhalten des Betroffenen ausschlaggebend sein. Gemäss der Rechtsprechung des EuGH sind Massnahmen aus generalpräventiven Gründen nicht zulässig (EuGH 26. Februar 1975 i. S. Bonsignore, Rs 67/74, Rz 7; BGE 130 II 176, E. 3.4.1). Strafrechtliche Verurteilungen allein vermögen ausländerrechtliche Massnahmen nicht zu begründen. Frühere strafrechtliche Verurteilungen dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihnen zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Entfernungsmassnahmen setzen eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (EuGH i. S. Bouchereau, Rz. 35; BGE 130 II 176, E. 3.4.1). Gemäss der Rechtsprechung des EuGH ist es Sache der nationalen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden, den Gefährdungsgrad abzuschätzen, wobei den Behörden dabei ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht (EuGH i. S. Bouchereau, Rz 30 und 34). Einschränkungen der Freizügigkeit sind stets eng auszulegen. Das Bundesgericht hat in Bezug auf das Gefährdungspotenzial festgehalten, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen muss, dass die ausländische Person künftig die öffentliche Sicherheit oder Ordnung stören werde. An die Wahrscheinlichkeit dürfen im Hinblick auf den Grundsatz der Freizügigkeit keine zu geringen Anforderungen gestellt werden. Diese hängen von 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). Sodann sind bei Massnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung die Europäische Menschenrechtskonvention und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, wie auch die Dauer des Aufenthalts der betroffenen Person im Hoheitsgebiet, deren Alter, Gesundheitszustand, deren familiäre und wirtschaftliche Lage sowie die soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmass ihrer Bindungen zum Herkunftsstaat (Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38/EG). 3.6 Zusammengefasst unterscheidet sich das Landesrecht (ANAG) vom Freizügigkeitsabkommen mit Bezug auf die Nichterteilung oder Nichtverlängerung einer

Bewilligung wesentlich durch die Gewichtung einer strafgerichtlichen Verurteilung: Während das Landesrecht (inklusive der von diesem zu berücksichtigenden EMRK) ein strafrechtliches Verschulden als für eine Verweigerung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung massgebendes und zentrales Kriterium betrachtet, lehnt der FZA-Rechtsbereich im Gegenteil einen Automatismus zwischen gerichtlicher Verurteilung und aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen deutlich ab. Frühere strafrechtliche Verurteilungen dienen nur ausnahmsweise als Begründung für eine das Freizügigkeitsrecht einschränkende Massnahme, nämlich dann, wenn aus der früheren Straftat eine bis heute andauernde Gefahr der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eindeutig abgelesen werden kann. Art. 3 Abs. 2 RL 64/22 1 ist diesbezüglich im Wortlaut eindeutig, dass nämlich eine frühere strafrechtliche Verurteilung "allein ohne weiteres" die Massnahme zugunsten der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nicht zu rechtfertigen vermöge. Sondermassnahmen, welche nach Art. 5 Anhang I FZA ein verankertes Recht aufheben, sind folglich nur unter folgenden Voraussetzungen zulässig: Das persönliche Verhalten der ausländischen Person muss eine Bedrohung bewirken, die tatsächlicher Natur und ausreichend schwer ist, um eine Gefahr für die grundsätzlichen Interessen der Gesellschaft zu bewirken; die Gefährdung muss gegenwärtig – aktuell – sein; allein aus einer früheren Verurteilung darf eine solche nicht abgeleitet werden (vgl. VGr 17. Juni 2004 = VB 2004.00065, E. 4.3 mit Hinweisen, u. a. Jean-Pierre Moser, *Accords bilatéraux et mesures d' éloignement au titre de l' ordre public et de la sécurité publique*, in: *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, 1/2003, S. 93 ff). 3.7 Der Regierungsrat hat es indes unterlassen, den Rekurs unter den massgebenden Gesichtspunkten des FZA zu prüfen. Eine Untersuchung, ob eine akute Gefährdung von der Beschwerdeführerin ausgeht oder nicht, hätte durch ein – amtliches – ärztliches Gutachten erfolgen müssen. Daher ist die Sache zur weiteren Untersuchung und zur unter den massgebenden Aspekten vorzunehmenden rechtlichen Würdigung an die Vorinstanz zurückzuweisen, infolgedessen sich eine persönliche Anhörung der Beschwerdeführenden im vorliegenden Beschwerdeverfahren erübrigt.

E. 4

Jahren Zuchthausstrafe wegen qualifizierten Raubs und mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes sei ein deutlicher Ausweisungsgrund erfüllt. Die von der Rechtsprechung gezogene Grenze von zwei Jahren Freiheitsstrafe für ausländische Ehepartner von Schweizern bei der erstmaligen Bewilligung eines Aufenthalts oder dessen Verlängerung nach kurzer Verweildauer in der Schweiz sei im Fall der Beschwerdeführerin um mehr als die Hälfte überschritten worden. Da bereits beim Grenzwert von zwei Jahren eine Bewilligungserteilung von aussergewöhnlichen Umständen abhänge, bestehe für die kinderlose, erst im Jahr 2004 eingereiste Beschwerdeführerin, welche sich zudem den ersten Aufenthalt durch eine Scheinehe erschlichen habe und welche wirtschaftlich nicht selbständig sei, erst recht kein überwiegendes öffentliches Interesse an deren Verbleib. Eine Rückreise in ihre Heimat, wo mehrere Verwandte und Bekannte lebten, sei zumutbar, und die Gestaltung ihrer Ehe mit dem Schweizer Gatten habe sich dieser Vorgabe unterzuordnen.

E. 4.1

Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Bestellung des erbetenen Vertreters zum unentgeltlichen Beistand ist gutzuheissen. Die Voraussetzungen von § 16 Abs. 1 und 2 VRG sind erfüllt.

E. 4.2

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursverfahrens hat der Regierungsrat im Neuentscheid zu befinden. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind zur Hälfte der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und zufolge Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 70 VRG). Angesichts des unsicheren Prozessausgangs rechtfertigt es sich, die möglichen gegenseitigen Entschädigungsansprüche der Parteien wettzuschlagen.

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