

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00604 vom 23. Oktober 2013**

ZH Verwaltungsgericht, 2013-10-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2013.00604](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2013.00604)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00604 du 23 octobre 2013

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00604 del 23 ottobre 2013

## **Regeste**

Aufenthaltsbewilligung | Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung Ehegatten von Personen mit Niederlassungsbewilligung haben gemäss Art. 43 Abs. 1 Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit dem Ehepartner zusammenwohnen. Nach einem ordnungsgemässen Aufenthalt von fünf Jahren haben die Ehegatten Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Art. 43 Abs. 2 AuG). Der Bf ist Vater eines minderjährigen Sohnes, der unter der Obhut der Mutter steht. Der nicht-sorgeberechtigte Ausländer hat nur ausnahmsweise Anspruch auf Anwesenheit aus EMRK 8. Kumulativ müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein: Zwischen ihm und seinem in der Schweiz lebenden Kind muss in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung bestehen; diese könnte durch die Ausweisung ins Heimatland nicht mehr Aufrecht erhalten werden und das Verhalten des Ausländers darf nicht zu Klagen Anlass gegeben haben. Der Bf unterhält keinen Kontakt zu seinem Sohn und kann sich demnach nicht im Licht dieser Beziehung auf EMRK 8 berufen. Im Hinblick auf die Beziehung mit seiner zweiten Ehefrau, die gelebt und intakt ist und damit in den Schutzbereich von EMRK 8 fällt, kann er dies. Zudem kann er sich grundsätzlich auf Art. 43 AuG berufen. Gemäss Art. 62 lit. b AuG kann die zuständige Behörde die Aufenthaltsbewilligungen widerrufen, wenn ein Ausländer zu einer längerfristigen Haftstrafe verurteilt worden ist. Der Bf ist u.a. zu einer Haftstrafe von 21 Monaten verurteilt worden. Somit besteht ein Widerrufsgrund. Vorliegend überwiegt das öffentliche Interesse an einer Fernhaltung des straffällig gewordenen Bfs seine persönlichen Interessen wie auch diejenigen seiner Ehefrau am Verbleib in der Schweiz. Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Abs. 1 AuG zwischen der Schweiz und dem Kosovo, welcher dem Beschwerdeführer einen Anwesenheitsanspruch vermitteln würde, besteht nicht.

### **E. 3.1**

Ausländische Ehegatten von Personen mit Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 43 Abs. 1 AuG haben Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit dem Ehepartner zusammenwohnen. Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren haben die Ehegatten Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Art. 43 Abs. 2 AuG).

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer ist Vater eines minderjährigen Sohnes, der unter der Sorge der Mutter steht. Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der

inhaltlich identische Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) garantieren das Recht auf Achtung des Familienlebens. Unter dem Schutz der zitierten Gesetzesbestimmungen steht vor allem die Kernfamilie. Darunter ist das Zusammenleben minderjähriger Kinder mit ihren Eltern zu verstehen. Dabei soll nur das intakte und tatsächlich gelebte Familienleben geschützt werden (BGE 137 I 284 E. 1.3). Derjenige Elternteil, der sich auf Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen will, muss dabei grundsätzlich über das Sorge- oder Obhutsrecht verfügen. Demgegenüber hat der nicht sorge- oder obhutsberechtigte ausländische Elternteil nur ausnahmsweise Anspruch auf Anwesenheit, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Zunächst muss zwischen ihm und seinem in der Schweiz lebenden Kind in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung bestehen. Weiter dürfen diese Beziehungen wegen der Entfernung zum Heimatland praktisch nicht mehr aufrechterhalten werden können. Schliesslich darf sein bisheriges Verhalten zu keinen Klagen Anlass gegeben haben (BGr, 22. März 2012, 2C\_1031/2011, E. 4.1.4). Der Beschwerdeführer unterhält keinen Kontakt zu seinem Sohn ■ weder in der Eheschutzverfügung vom 8. Juli 2010 noch im Scheidungsurteil vom 11. Mai 2011 ist ein Besuchsrecht vorgesehen. Beschwerdeweise lässt der Beschwerdeführer dies nicht bestreiten, sondern äussert sich lediglich zu den Gründen, weswegen es weder im Umfeld der Trennung von seiner vormaligen Familie noch nach der Scheidung zur Ausübung bzw. Einräumung eines Besuchsrechts gekommen sei. Sodann sei anzunehmen, dass der Kontakt "früher oder später wieder zustande kommen" werde. Massgeblich können indessen allein die im Zeitpunkt des Urteils bestehenden tatsächlichen Verhältnisse sein. Irgendwelche vagen Absichten sind bedeutungslos wie letztlich auch die Gründe für das Fehlen einer gelebten Beziehung zwischen Vater und Sohn. Entsprechend kann sich der Beschwerdeführer im Licht der Beziehung zu seinem Sohn nicht mit Erfolg auf Art. 8 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV berufen. Die Beziehung zu seiner hier niedergelassenen Ehefrau E hingegen wird ■ soweit ersichtlich ■ gelebt und ist intakt. Diese Beziehung steht damit unter dem Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV und begründet auch einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung im Sinn von Art. 43 Abs. 2 AuG.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 62 lit. b AuG kann die zuständige Behörde Aufenthaltsbewilligungen widerrufen, wenn ein Ausländer zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Als "längerfristig" gilt eine Freiheitsstrafe, deren Dauer ein Jahr überschreitet (BGE 135 II 377 E. 4.2 und E. 4.5; BGE 137 II 297 E. 2.1). Wird diese Grenze erreicht, spielt es keine Rolle, ob die Freiheitsstrafe bedingt, teilbedingt oder unbedingt ausgesprochen wurde (BGr, 27. Januar 2010, 2C\_515/2009, E. 2.1). Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des Bezirksgerichts F vom 3. Juni 2010 zu einer Freiheitsstrafe von 21 Monaten verurteilt. Die verhängte Freiheitsstrafe übersteigt die Einjahresgrenze damit deutlich, weshalb ein Widerrufsgrund im Sinn von Art. 62 lit. b AuG gegeben ist. Ob das Verhalten zugleich den Widerrufsgrund des schwerwiegenden Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinn von Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt, kann offengelassen werden. Dieser Widerrufsgrund gelangt nur subsidiär zur Anwendung, wenn nicht ohnehin bereits die Voraussetzungen von Art. 62 lit. b AuG erfüllt sind (BGr, 4. Mai 2012, 2C\_768/2011, E. 4.1; BGE 135 II 377 E. 4.2).

#### **E. 4.2**

Auch wenn Widerrufsgründe im Sinn von Art. 62 AuG gegeben sind, führt dies nicht automatisch zum Verlust der Bewilligung (Marc Spescha in: derselbe et al., Migrationsrecht, 3. A., Zürich 2012, Art. 62 AuG N. 2). Zu prüfen ist vielmehr, ob der Widerruf oder die Nichtgewährung einer Bewilligung verhältnismässig erscheint. Dabei sind das öffentliche Interesse an der Fernhaltung der ausländischen Person und deren Interesse sowie das ihrer Familie am Verbleib in der Schweiz gegeneinander abzuwägen (BGE 135 II 377 E. 4.3 ff.; Silvia Hunziker in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 63 N. 10).

#### **E. 4.3**

Die zuständigen Behörden haben alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Unter Einbezug der öffentlichen Interessen, der persönlichen Verhältnisse sowie des Grads der Integration des Ausländers ist eine sorgfältige Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei gilt es namentlich der Schwere des Verschuldens, der Dauer der Anwesenheit sowie der dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile Rechnung zu tragen (vgl. Art. 96 Abs. 1 AuG; BGr, 23. Juli 2012, 2C\_1026/2011, E. 3; Hunziker, Art. 62 N. 8). Ist eine Massnahme begründet, aber den Umständen nicht angemessen, kann der Ausländer nach Art. 96 Abs. 2 AuG verwart werden (BGr, 16. September 2010, 2C\_318/2010, E. 3.1).

#### **E. 5.1**

Ausgangspunkt für die migrationsrechtliche Interessenabwägung ist das Verschulden des Ausländers, das im Strafmass seinen Ausdruck findet. Der strafrechtliche Resozialisierungsgedanke und die Prognose über das Wohlverhalten sind dabei von geringerer Relevanz, da aus migrationsrechtlicher Sicht das Interesse an der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Vordergrund steht (Hunziker, Art. 63 N. 11 mit zahlreichen Nachweisen). Es gilt dabei nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzieren: Je schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen sind, desto weniger können Rückfälle in Kauf genommen werden (BGE 136 II 5 E. 4.2).

#### **E. 5.2**

Der Verurteilung des Beschwerdeführers durch das Bezirksgericht F liegt im wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beschwerdeführer hat während eines Zeitraums von gut acht Monaten mindestens 22 Fahrzeuge aufgebrochen, diese nach Wertsachen, insbesondere Treibstoffkarten, durchsucht und hat hernach für sich selber und Drittpersonen Treibstoff im Gesamtwert von über Fr. 15'000.- bezogen. Zurecht weist die Vorinstanz darauf hin, dass die Delinquenz des Beschwerdeführers auch nach einer ersten Verhaftung im Oktober 2008 nicht geendet hat. Zu beachten ist weiter, dass das Qualifikationsmerkmal der Gewerbmässigkeit im Sinn von Art. 139 Ziff. 2 StGB gemäss der Rechtsprechung nur gegeben ist, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die der Täter für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufs ausübt ( BGE 123 IV 113 E. 2c). Hiervon war das Bezirksgericht F im Licht der zu beurteilenden strafbaren Handlungen des Beschwerdeführers offensichtlich überzeugt. Damit ist das Verschulden des Beschwerdeführers gewiss nicht mehr als leicht einzustufen. An dieser Einschätzung vermag auch der Einwand des Beschwerdeführers, er habe von der Deliktstruktur als Kleinkrimineller zu gelten und die Taten seien wegen Drogenkonsums in "dauerbenebeltem

Zustand" verübt worden, nichts zu ändern, da die Strafverurteilung im ausländerrechtlichen Verfahren nicht mehr infrage gestellt werden darf (BGr, 15. April 2011, 2C\_676/2010, E. 3.3). Dem Beschwerdeführer ist indessen darin zuzustimmen, dass die Ausübung prozessualer Rechte im Verwaltungsverfahren nicht zu seinen Lasten gewürdigt werden kann – allerdings kann daraus eben auch nichts zugunsten des Beschwerdeführers abgeleitet werden.

### **E. 5.3**

Der Beschwerdeführer lebt seit rund elf Jahren hier in der Schweiz, ohne dass er beruflich als gut integriert gelten kann: Neben verschiedenen und unterschiedlich lange andauernden Arbeitslosigkeiten hat der Beschwerdeführer vor allem eigentliche Hilfsarbeiten erfüllt (Reiniger, Chauffeur, Hilfsarbeiter einer Bodenlegerfirma). Seine wirtschaftliche Situation ist wenig geordnet und von Schulden vor allem im Zusammenhang mit ausstehenden Alimenten geprägt, auch wenn in der letzten Zeit Bemühungen um die Schuldentilgung erkennbar sind. Die soziale Integration beschreibt die Vorinstanz ebenfalls zutreffend als wenig ausgeprägt: Neben dem Kontakt zur Ehefrau ist einzig der Kontakt zu einem hier lebenden Onkel aktenkundig – weitere Integrationsleistungen führt auch die Eingabe an das Verwaltungsgericht nicht an. An dieser Einschätzung ändern auch der verkehrsmedizinische Bericht vom April 2012 und die Bejahung der Fahreignung nichts.

### **E. 5.4**

Die Feststellung der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer mit den Gegebenheiten seines Heimatlands nach wie vor vertraut sei und im Kosovo mit seiner Mutter und einer Schwester über Verwandte verfüge, welche eine gewisse Hilfe bei der Reintegration gewähren könnten, stimmt mit den Akten überein und wird in der Beschwerde nicht bestritten. Sodann sind die angeblich von der Familie der geschiedenen Frau ausgestossenen Drohungen gegenüber dem Beschwerdeführer zu relativieren: Sie finden sich einzig in einer Aussage der Mutter des Beschwerdeführers, sind zeitlich nicht genau eingeordnet und scheinen lediglich in sehr allgemeiner Form erfolgt zu sein. Insgesamt erweisen sich diese Drohungen damit als wenig substantiiert. Über alles gesehen stellt die Ausreise in den Kosovo jedenfalls für den Beschwerdeführer keine unzumutbare Härte dar. Einsichtig ist indessen, dass die Ausreise in den Kosovo vor allem für die russischstämmige Ehefrau des Beschwerdeführers mit grösseren Nachteilen verbunden wäre. Es bestehen jedoch keine Hinweise, dass eine solche für sie geradezu unzumutbar wäre. Unbestrittenermassen hatte die Ehefrau zudem im Zeitpunkt ihres Eheschlusses Kenntnis von der strafrechtlichen Verurteilung des Beschwerdeführers. Sie durfte daher nicht damit rechnen, ihre Ehe hier in der Schweiz leben zu können (BGr, 24. Februar 2011, 2C\_778/2011).

### **E. 5.5**

Unter diesen Umständen ist der Vorinstanz, auf deren zutreffende Ausführungen im Übrigen verwiesen werden kann, zuzustimmen, dass das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des straffällig gewordenen Beschwerdeführers seine persönlichen Interessen wie auch diejenigen seiner Ehefrau am Verbleib in der Schweiz überwiegt. Damit bleibt auch kein Raum für eine blosser Verwarnung im Sinn von Art. 96 Abs. 2 AuG.

### **E. 6**

Die im Rekursentscheid vom 4. Juli 2013 angesetzte Ausreisefrist, wonach der Beschwerdeführer die Schweiz bis zum 5. Oktober 2013 hätte verlassen müssen, ist

zwischenzeitlich verfallen. Verfällt eine angesetzte Ausreisefrist während eines Rechtsmittelverfahrens mittels Zeitablaufs, hat das Migrationsamt nach rechtskräftigem Abschluss des Rechtsmittelverfahrens förmlich – unter Gewährung des rechtlichen Gehörs und mittels einer beschwerdefähigen Vollstreckungsverfügung – eine neue Frist anzusetzen (vgl. Andrea Binder Oser, in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar SHK, Kommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, Art. 66 N. 3 mit Hinweisen). Eine Fristansetzung durch die Rechtsmittelinstanz selbst ist nach Gewährung des rechtlichen Gehörs zwar grundsätzlich möglich, jedoch nicht zwingend und erscheint vorliegend deswegen wenig zweckmässig, da offen ist, wann der Entscheid des Verwaltungsgerichts rechtskräftig wird. Im Rahmen der Vollstreckungsverfügung des Migrationsamts ist dannzumal auch angemessen auf die gesundheitliche Situation der Ehefrau und deren Krebsbehandlung Rücksicht zu nehmen, sollte sie sich dazu entscheiden, ihrem Ehemann in den Kosovo folgen zu wollen. Damit ist im vorliegenden Verfahren der entsprechende Subeventualantrag auf Erstreckung der Ausreisefrist um zwei Jahre abzuweisen.

#### **E. 7**

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig und steht ihm keine Parteientschädigung zu (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 und § 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 8**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch geltend gemacht wird, ist Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG) zu erheben. Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen. Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

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