

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00062 vom 16. November 2011

ZH Verwaltungsgericht, 2011-11-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00062

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00062 du 16 novembre 2011

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00062 del 16 novembre 2011

Regeste

Aufenthaltsbewilligung | Freizügigkeitsrechtliche Voraussetzungen für einen Bewilligungswiderruf aufgrund von Straffälligkeit. [Die Aufenthaltsbewilligung des aus Guinea stammenden Beschwerdeführers wurde aufgrund von dessen früherer Sozialhilfeabhängigkeit und Drogendelinquenz widerrufen. Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren gegen diesen Entscheid heiratete er eine griechisch-schweizerische Doppelbürgerin und erhielt das gemeinsame Sorgerecht über seine Tochter aus erster Ehe.] Streitgegenstand: Die Noven bezüglich der erneuten Heirat und der Neuregelung des Sorgerechts sind vom Streitgegenstand erfasst, zumal die Beziehung des Beschwerdeführers zu seiner jetzigen Ehefrau und seiner Tochter bereits im migrationsamtlichen Verfahren thematisiert wurde (E. 1.2). Als Angehöriger einer EU-Bürgerin kann sich der Beschwerdeführer auf die freizügigkeitsrechtlichen Regelungen des FZA berufen, womit sich eine Bewilligungsverweigerung aufgrund der Verurteilung zu einer überjährigen Freiheitsstrafe aus rein generalpräventiven Gründen nicht rechtfertigt. Da der Beschwerdeführer zwar qualifizierte Drogendelikte begangen hat, jedoch nicht mehr im Drogenmilieu verkehrt und nicht vorbestraft ist sowie in stabilen Verhältnissen lebt, vermag das öffentliche Fernhalteinteresse unter freizügigkeitsrechtlichen Gesichtspunkten eine Nichtverlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung nicht zu rechtfertigen (E. 2.1. f.). Auch der Umstand, dass der Beschwerdeführer seine Ehe zu einer EU-Bürgerin erst nach seiner Verurteilung und während bereits hängigem Bewilligungsverfahren eingegangen ist, vermag die freizügigkeitsrechtlich für eine Bewilligungsverweigerung erforderliche fehlende Rückfallgefahr oder sonstige Gefährdung der öffentlichen Ordnung nicht zu kompensieren. Die freizügigkeitsrechtlichen Regelungen des FZA gehen sodann auch den verfassungsmässigen Regelungen der Ausschaffungsinitiative vor (E. 2.2.6 f.). Die Jahre zurückliegende frühere Sozialhilfeabhängigkeit vermag sodann mangelsfortbestehenden Fürsorgerisikos eine Bewilligungsverweigerung nicht zu rechtfertigen (E. 2.2.2). Es kann offenbleiben, ob eine Bewilligungsverweigerung auch aufgrund der offenbar intensivierten Beziehung zur Tochter unverhältnismässig wäre (E. 2.2.8). Verwarnung des Beschwerdeführers (E. 2.2.10). Die vorinstanzlichen Kosten sind dem Beschwerdeführer nach dem Verursacherprinzip aufzuerlegen. Die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sind im hälftig aufzuerlegen, da er aufgrund der erwirkten Verwarnung nur als teilweise obsiegend zu betrachten ist und die entscheidwesentliche Hochzeit mit einer EU-Bürgerin erst nach Einleitung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens stattfand (E. 3). Teilweise Gutheissung der Beschwerde.

Erwägungen

E. 2

lit. a Anhang I FZA hat der Ehegatte einer EU-Bürgerin, welche in der Schweiz über ein Aufenthaltsrecht verfügt, während der gesamten Ehedauer einen grundsätzlichen (abgeleiteten) Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung. Hierbei findet das FZA auch auf Drittstaatsangehörige Anwendung, deren Ehepartner neben der schweizerischen Staatsangehörigkeit auch über die Staatsangehörigkeit eines EU-27/EFTA-Staates verfügen (BGr, 9. Januar 2006, 2A.409/2005, E. 3; BGE 135 II 369 E. 2).

E. 2.1.1

Das Ausländergesetz vom 16. Dezember 2005 (AuG) gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 AuG für Ausländerinnen und Ausländer, soweit keine anderen Bestimmungen des Bundesrechts oder von der Schweiz abgeschlossener völkerrechtlicher Verträge zur Anwendung kommen. Gemäss Art. 2 Abs. 2 AuG gilt dieses Gesetz für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und ihre Familienangehörigen 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) keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das AuG günstigere Bestimmungen vorsieht.

E. 2.1.2

Nach Art. 7 lit. d in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 und

E. 2.1.3

Der Beschwerdeführer ist seit dem 18. März 2016 mit einer griechisch-schweizerischen Doppelbürgerin verheiratet und kann sich deshalb seither auch auf die erwähnten freizügigkeitsrechtlichen Bestimmungen des FZA berufen.

E. 2.2.1

Das FZA darf nur durch Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden (Art. 5 Anhang I FZA). Massgebend sind die Richtlinien 64/221 EWG, 72/194 EWG und 75/35 EWG sowie die vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) dazu entwickelte Rechtsprechung (Art. 16 Abs. 2 FZA). Diese Regelung findet auf alle gemäss FZA berechtigten Personen Anwendung, namentlich auf die aus der EU-27/EFTA stammenden Personen und ihre Familienangehörigen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit (vgl. Ziff. 10.3.1 der Weisungen und Erläuterungen zur Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs vom 22. Mai 2002 [VEP] des Staatssekretariats für Migration [SEM], Bern-Wabern, Dezember 2015 [Weisungen VEP]). Art. 5 Anhang I FZA kann nicht zu Massnahmen gegen in der Schweiz befindliche Personen ermächtigen, die über diejenigen hinausgehen, welche im schweizerischen Recht (insbesondere im AuG) vorgesehen sind. Daher ist zuerst zu untersuchen, ob es ausserhalb des FZA eine Rechtsgrundlage gibt, auf welche die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt werden kann. Erst bei Bejahung dieser Frage ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, inwiefern das FZA zusätzliche Schranken auferlegt. Mit Blick auf Art. 2 FZA darf für Ehegatten von Staatsangehörigen von Vertragsparteien allerdings keine strengere Regelung zur Anwendung kommen, als sie für ausländische Ehegatten von Schweizer Bürgern gilt (BGr, 3. August 2011, 2C_636/2010, E. 2.1 mit Hinweisen). Umgekehrt ist eine allfällige Inländerdiskriminierung bei Drittstaatsangehörigen von Schweizer Bürgern zulässig (vgl. Thomas Hugi Yar, Von Trennung, Härtefällen und Delikten, in: Alberto Achermann et al. [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013, Bern 2013, S. 126).

E. 2.2.2

Gemäss Art. 62 lit. e in Verbindung mit Art. 33 Abs. 3 AuG kann die Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung bei Sozialhilfeabhängigkeit verweigert werden. Praxisgemäss muss aber darüber hinaus ein Fürsorgerisiko fortbestehen (vgl. Silvia Hunziker in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 62 AuG N. 48 f.). Da die frühere Sozialhilfeabhängigkeit des Beschwerdeführers bereits Jahre zurückliegt und dieser nunmehr seit mehreren Jahren beim gleichen Arbeitgeber tätig ist, ist kein fortbestehendes Fürsorgerisiko ersichtlich, welches einer Bewilligungsverlängerung entgegensteht.

E. 2.2.3

Gemäss Art. 62 lit. b in Verbindung mit Art. 33 Abs. 3 AuG kann die Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung verweigert werden, wenn die Ausländerin oder der Ausländer zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Eine solche ist immer dann gegeben, wenn die ausländische Person zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt wurde (BGE 135 II 377 E. 4.2; BGE 137 II 297 E. 2). Der Beschwerdeführer erwarb, besass und veräusserte zwischen dem 10. November 2012 und seiner Verhaftung am 2. Mai 2013 ca. 485 Gramm Kokain (reine Menge ca. 135,5 Gramm), wobei er eine gesundheitliche Schädigung zahlreicher Konsumenten in Kauf nahm. Daneben konsumierte er regelmässig Marihuana. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich wurde er deswegen im abgekürzten Verfahren rechtskräftig wegen mehrfacher (qualifizierter) Widerhandlung im Sinn von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG sowie wegen Betäubungsmittelkonsums zu einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten und einer Busse von Fr. 500.- verurteilt. Damit hat er eine überjährige und damit längerfristige Freiheitsstrafe im Sinn der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung erwirkt und den diesbezüglichen Widerrufsgrund gesetzt. Eine Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung erscheint überdies mit Verweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen zumindest unter Ausblendung der erst vor Verwaltungsgericht vorgebrachten Noven und vorbehaltlich freizügigkeitsrechtlicher Beschränkungen verhältnismässig.

E. 2.2.4

Eine strafrechtliche Verurteilung kann eine Bewilligungsverweigerung nach Art. 5 Anhang I FZA jedoch nur rechtfertigen, wenn in dem ihr zugrunde liegenden persönlichen Verhalten eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zum Ausdruck kommt. Art. 5 Anhang I FZA steht somit Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügt werden (vgl. BGE 130 II 176 E. 3.4 und BGE 129 II 215 E. 7, je mit Hinweisen). Während die Prognose über das künftige Wohlverhalten im Rahmen der Interessenabwägung nach rein nationalem Ausländerrecht zwar mitzuberücksichtigen, aber nicht ausschlaggebend ist, kommt es bei Art. 5 Anhang I FZA wesentlich auf das Rückfallrisiko an (BGE 130 II 176 E. 4.2 mit Hinweisen). Zu verlangen ist eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird. Je schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen sind, desto niedriger sind die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr (BGE 136 II 5 E. 4.2 mit Hinweisen). Mit dem Erfordernis der gegenwärtigen Gefährdung ist aber nicht gemeint, dass weitere Straftaten mit Gewissheit zu erwarten sind oder umgekehrt solche mit Sicherheit auszuschliessen sein müssen (BGE 130 II 176 E. 4.3.1 mit Hinweisen). Die Behörde, welche über die Beendigung des Aufenthalts entscheidet, hat vielmehr eine

spezifische Gesamtwürdigung der Umstände unter dem Blickwinkel der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorzunehmen; diese stimmt nicht zwingend mit der strafrechtlichen Würdigung des Verhaltens überein (BGr, 2. November 2015, 2C_237/2015, E. 2.2.2 mit Hinweisen). Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahmen bleiben damit insbesondere bei schwerwiegenden strafrechtlichen Verbrechen und Vergehen, namentlich auch bei qualifizierten oder wiederholten Drogendelikten zulässig (Weisungen VEP, Ziff. 10.3.1). Insbesondere bei Ersttätern lassen sich Beschränkungen der Freizügigkeitsrechte jedoch nur mit grosser Zurückhaltung rechtfertigen. Gleichwohl erachtet das Bundesgericht Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahmen auch im Anwendungsbereich des FZA und gegenüber Ersttätern für zulässig, falls es sich um ein schwerwiegendes Betäubungsmitteldelikt handelt, insbesondere wenn dem Täter aufgrund weiterer Umstände eine negative Rückfallprognose zu stellen ist. So kann insbesondere auch zulasten des Täters berücksichtigt werden, dass der Täter bereits mehrfach im Drogenmilieu polizeilich angehalten wurde, selbst wenn hieraus keine weiteren Verurteilungen resultierten (vgl. BGr, 3. August 2011, 2C_636/2010, E. 3.4).

E. 2.2.5

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdeführer sich bereits vor der abgeurteilten Deliktsperiode im Drogenmilieu bewegte und in weitere Drogengeschäfte verwickelt war: So führte seine erste Ehefrau am 26. Juni 2009 gegenüber der Stadtpolizei Zürich aus, dass sie im Januar 2005 vom Beschwerdeführer verstecktes Marihuana und in Plastiksäckchen abgepacktes weisses Pulver gefunden habe. Zudem sollen in der ehelichen Wohnung regelmässig Drogen konsumiert worden sein, wenn der Beschwerdeführer afrikanischstämmige Bekannte eingeladen habe. Überdies lehnten die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK; heute Bundesverwaltungsgericht) und das Bundesamt für Flüchtlinge (BFF; heute SEM) es im damaligen Asylverfahren des Beschwerdeführers ab, dessen Beschwerde gegen den negativen Asylentscheid des BFF vom 29. Mai 2001 aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, weil der Beschwerdeführer wiederholt im Zürcher Drogenmilieu verkehrt sein soll. Die entsprechenden Vorkommnisse liegen jedoch bereits einige Zeit zurück. Da sich der Beschwerdeführer zumindest aktuell nicht mehr im Drogenmilieu aufzuhalten scheint, erscheint eine konkrete Rückfallgefahr trotz der genannten Indizien nicht hinreichend nachgewiesen. Der Beschwerdeführer hat zwar qualifizierte Drogendelikte begangen, diese allein erscheinen jedoch in Anbetracht seiner fehlenden Vorstrafen noch nicht derart gravierend, als dass das öffentliche Fernhalteinteresse auch unter freizügigkeitsrechtlichen Gesichtspunkten eine Nichtverlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung rechtfertigen könnte (vgl. auch die Zusammenstellung der bundesgerichtlichen Praxis hierzu bei Marc Spescha in: Marc Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 4. A., Zürich 2015, Art. 5 Anhang I FZA N. 5c). Andere öffentliche Interessen, die auch unter freizügigkeitsrechtlichen Aspekten eine Wegweisung des Beschwerdeführers gebieten würden, sind nicht ersichtlich. Dies zumal der Beschwerdeführer inzwischen in stabilen Verhältnissen lebt und sich hier bis auf seine Straffälligkeit weitgehend integriert hat – wenngleich er immer noch private Schulden und offene Verfahrenskosten bei Zürcher Gerichten in Höhe von Fr. 68'179.05 hat.

E. 2.2.6

Auch dem Umstand, dass der Beschwerdeführer seine Ehe zu einer EU-Bürgerin erst nach seiner Verurteilung und während bereits hängigem Bewilligungsverfahren eingegangen ist, vermag die fehlende Rückfallgefahr oder sonstige Gefährdung der öffentlichen Ordnung

nicht zu kompensieren. Auch wenn die Ehe in Kenntnis der drohenden Wegweisung geschlossen wurde, kann der freizügigkeitsrechtliche Aufenthaltsanspruch des Beschwerdeführers gleichwohl nur unter den erhöhten Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA eingeschränkt werden (vgl. BGE 136 II 5, wo aber im Rahmen einer Gesamtwürdigung auch mitentscheidend war, dass die Ehe in keinem anderen Land gelebt werden konnte [E. 4.4]; restriktiver die Rechtsprechung ausserhalb des Anwendungsbereichs des FZA, vgl. z. B. BGr, 22. Februar 2016, 2C_399/2015, E. 2.4).

E. 2.2.7

Die freizügigkeitsrechtlichen Regelungen des FZA gehen sodann auch Art. 121 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV) vor, welcher bei "Drogenhandel" den Verlust des Aufenthaltsrechts in der Schweiz vorsieht (vgl. Giuseppe Nay, Vorrang Völkerrecht: kein obiter dictum, kein Meinungsaustausch, in: Jusletter 18. April 2016, mit Verweis auf BGE 139 I 16 und BGr, 26. November 2015, 2C_716/2014, E. 3). Dies zumal die Bestimmung ohnehin nicht direkt anwendbar ist und die entsprechenden Ausführungsbestimmungen erst auf den 1. Oktober 2016 in Kraft treten.

E. 2.2.8

Aufgrund des freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruchs des Beschwerdeführers kann offenbleiben, ob eine Bewilligungsverweigerung auch nach den Regeln des AuG und der konventionsrechtlichen Vorgaben der EMRK unverhältnismässig wäre, nachdem ihm zwischenzeitlich die (gemeinsame) elterliche Sorge über seine Tochter zugeteilt wurde und er offenbar seine Beziehung zu seiner Tochter (weiter) intensivierte.

E. 2.2.9

Da die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung damit nur unter den Vorgaben von Art. 5 Anhang I FZA zulässig wäre, eine hierfür erforderliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung – insbesondere eine konkrete Rückfallgefahr – jedoch nicht nachgewiesen ist, verfügt der Beschwerdeführer auch weiterhin über einen Aufenthaltsanspruch. Da er sich aufgrund seiner Ehe mit einer EU-Bürgerin neu auf einen freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch berufen kann, ist ihm nicht bloss die bisherige Aufenthaltsbewilligung zu verlängern, sondern neu eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen (vgl. Art. 4 Abs. 1 VEP und Ziff. 2.5 der Weisungen VEP).

E. 2.2.10

Da die vom Beschwerdeführer begangenen Delikte und die dadurch erwirkte längerfristige Freiheitsstrafe ausserhalb des Anwendungsbereichs des FZA grundsätzlich einen Widerrufsgrund nach Art. 62 lit. b AuG begründen würden, rechtfertigt es sich jedoch, ihn nach Art. 96 Abs. 2 AuG zu verwarnen (vgl. VGr, 9. Juli 2014, VB.2014.00310, E. 6.2.3).

E. 3.1

Der vorinstanzliche Entscheid hat hinsichtlich der Kostenverlegung und der Verweigerung einer Parteientschädigung weiter Bestand: So sind dem Beschwerdeführer nach dem Verursacherprinzip die Kosten des Rekursverfahrens aufzuerlegen und ist ihm für dieses keine Parteientschädigung zuzusprechen, da die Interessensabwägung bis und mit vorinstanzlichen Entscheid zu seinen Ungunsten hätte ausfallen müssen und erst aufgrund seines im Beschwerdeverfahren erfolgten Eheschlusses mit einer griechisch-schweizerischen Doppelbürgerin zu seinen Gunsten ausfällt (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 25 ff.; VGr, 9. Juli 2014, VB.2014.00310, E. 7.1).

E. 3.2

Der Beschwerdeführer ist aufgrund der erwirkten Verwarnung und der entgegen seinem Antrag zu bestätigende vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht als vollständig obsiegend zu betrachten. Zudem fand die entscheidungswesentliche Hochzeit mit einer EU-Bürgerin erst nach Einleitung des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens statt. Deshalb sind ihm a usgangsgemäss die Hälfte der Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen und ist ihm auch für dieses keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG ; § 17 Abs. 2 VRG ; Plüss, § 17 N. 21; VGr, 16. November 2011, SB.2011.00018, E. 7).

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