

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00743 vom 22. März 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-03-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00743

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00743 du 22 mars 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00743 del 22 marzo 2017

Regeste

Widerruf der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA | Rechtsgültige Zustellung; Konkubinat. Die Verfügung des Migrationsamts leidet nicht an schweren Verfahrensmängeln (E. 2). Mangels Prozessrechtsverhältnis konnte das Migrationsamt die Verfügung nicht mittels Zustellfiktion eröffnen. Es hätte wegen des unbekanntes Aufenthalts des Beschwerdeführers eine amtliche Publikation vornehmen müssen. Damit gilt die Verfügung erst mit der tatsächlichen Kenntnisnahme als eröffnet und erweist sich der Rekurs als rechtzeitig (E. 3.1-3.3). Nachdem die Vorinstanz den Rekurs in einer Eventualbegründung materiell behandelt hat, kann auch das Verwaltungsgericht einen materiellen Entscheid fällen (E. 3.4). Die eheliche Gemeinschaft hat weniger als drei Jahre gedauert (E. 4.2). Aus seiner neuen Beziehung kann der Beschwerdeführer keinen Aufenthaltsanspruch ableiten, weil kein gefestigtes Konkubinat vorliegt (E. 5). Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (E. 6). Abweisung.

Erwägungen

E. 2

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Verfügung des Migrationsamts vom 27. November 2015 sei nichtig, weil sie ihm nicht korrekt zugestellt und deshalb sein rechtliches Gehör verletzt worden sei.

E. 2.1

Fehlerhafte Entscheide sind nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Die Nichtigkeit eines Entscheids ist von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden jederzeit von Amtes wegen zu beachten (vgl. BGE 138 II 501 E. 3.1).

E. 2.2

Wie sich aus den Akten ergibt, ist der Beschwerdeführer am 8. September 2015 wegen des Verdachts auf häusliche Gewalt und Drohung verhaftet worden. Im vom Beschwerdeführer unterschriebenen Effektenverzeichnis wird seine Adresse mit "... " angegeben. Das Migrationsamt hat in der Folge die damalige Ehefrau des Beschwerdeführers mit Schreiben vom 18. September 2015 über die ehelichen Verhältnisse befragt. Nachdem die Ehefrau dem Migrationsamt mitgeteilt hatte, dass die eheliche Gemeinschaft aufgelöst worden sei und sie die Scheidung anstrebe, hat das Migrationsamt versucht, die aktuelle Wohnadresse

des Beschwerdeführers ausfindig zu machen. Gemäss Auskunft der Einwohnerkontrolle vom 22. Oktober 2015 war der Beschwerdeführer indessen nach wie vor an der C-Strasse gemeldet. Hernach hat das Migrationsamt sowohl das Schreiben betreffend Gewährung des rechtlichen Gehörs vom 26. Oktober 2015 wie auch die Verfügung vom 27. November 2015 per Einschreiben an die gemäss Einwohnerkontrolle aktuelle Adresse des Beschwerdeführers an die C-Strasse gesandt.

E. 2.3

Bei dieser Sachlage kann entgegen den Ausführungen in der Beschwerde keine Rede davon sein, dass das Migrationsamt die Verfügung wider Treu und Glauben und im Wissen um die Unzustellbarkeit bewusst an eine falsche Adresse gesandt hat. Das Migrationsamt hat sich einerseits auf die Adresse verlassen, die der Beschwerdeführer noch am 8. September 2015 selber unterschriftlich bestätigt hat, und sich andererseits bei der Einwohnerkontrolle vergewissert, dass der Beschwerdeführer auch noch Ende Oktober nach wie vor dort gemeldet war. Damit hat sich nicht das Migrationsamt treuwidrig verhalten, sondern der Beschwerdeführer, der nach der Haftentlassung einfach untergetaucht ist, ohne den Behörden seine neue Anschrift zu hinterlassen. Nachdem auch seine damalige Ehefrau den Behörden keine neue Anschrift angeben konnte, kann die Zustellung des Schreibens betreffend Gewährung des rechtlichen Gehörs wie auch die anschliessende Zustellung der Verfügung an die gemäss Einwohnerkontrolle nach wie vor gültige Adresse nicht als krasser Verfahrensmangel qualifiziert werden, der die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge hätte.

E. 3

Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, dass die Rekursabteilung auf seinen Rekurs hätte eintreten müssen, weil er erst am 25. Februar 2016 Kenntnis von der Verfügung erhalten habe.

E. 3.1

Die Rekursabteilung hat hierzu erwogen, dass die Verfügung des Migrationsamts vom 27. November 2015 dem Beschwerdeführer in Anwendung der Zustellfiktion korrekt zugestellt worden sei. Der Beschwerdeführer habe nach der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft im September 2015 damit rechnen müssen, dass das Migrationsamt seinen Aufenthaltsstatus überprüfe. Damit hätte er dafür besorgt sein müssen, für behördliche Post erreichbar zu sein.

E. 3.2

Die von der Rekursabteilung herangezogene Zustellfiktion bei eingeschriebenen Sendungen setzt ein laufendes Verfahrens- oder Prozessrechtsverhältnis voraus (VGr, 15. Juni 2016, VB.2016.00334, E. 4.1). Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung genügt es demnach nicht, wenn die betroffene Person lediglich damit rechnen musste, dass gegen sie ein Verfahren eröffnet werden könnte. Folglich ist alleine im Umstand, dass der Beschwerdeführer im September 2015 die eheliche Wohnung verlassen hat, kein Grund für ein hängiges Prozessrechtsverhältnis zu sehen, auch weil seine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA damals noch bis 28. Februar 2018 und damit zweieinhalb Jahre lang gültig war. Auch das per Einschreiben versandte Schreiben des Migrationsamts vom 26. Oktober 2015 zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs hat kein hängiges Prozessrechtsverhältnis begründet, weil der Beschwerdeführer das Schreiben nicht abgeholt und damit auch nicht zur Kenntnis genommen hat. Denn wie erwähnt setzt die Anwendbarkeit der Zustellfiktion

ein bereits hängiges Verfahren voraus, weshalb die Hängigkeit des Verfahrens nicht per Zustellfiktion bewirkt werden kann (VGr, 10. Februar 2015, SR.2014.00013 etc., E. 2.3.1). Befand sich der Beschwerdeführer somit im Zeitpunkt des Versands der Verfügung nicht in einem hängigen Verfahren, konnte ihm diese auch nicht unter Anwendung der Zustellfiktion rechtsgültig eröffnet werden.

E. 3.3

Das Migrationsamt hat von der damaligen Ehefrau erfahren, dass der Beschwerdeführer die eheliche Wohnung verlassen habe. Noch am 28. Oktober 2015 hat die Ehefrau bekräftigt, dass der Beschwerdeführer nicht mehr bei ihr wohne. Spätestens nachdem der Beschwerdeführer auch das Einschreiben zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs vom 26. Oktober 2015 nicht abgeholt hatte, hätte dem Migrationsamt klar sein müssen, dass der Aufenthaltsort des Beschwerdeführers entgegen den aktuellen Meldeverhältnissen unbekannt ist. Für diesen Fall sieht das Gesetz ausdrücklich vor, dass behördliche Sendungen amtlich veröffentlicht werden können (§ 10 Abs. 4 lit. c VRG). Somit hätte das Migrationsamt, nachdem die Nachforschungen zur Ermittlung der neuen Adresse des Beschwerdeführers erfolglos geblieben sind, zur amtlichen Publikation greifen müssen. Weil es das versäumt und der Beschwerdeführer gemäss Aktenlage erst am 16. Februar 2016 Kenntnis von der migrationsamtlichen Verfügung erhalten hat, galt die Verfügung erst dann als rechtsgültig eröffnet. Der Rekurs vom 6. März 2016 ist damit rechtzeitig erfolgt.

E. 3.4

Durch die fehlerhafte Zustellung des Schreibens vom 26. Oktober 2015 (Gewährung des rechtlichen Gehörs) konnte sich der Beschwerdeführer vor Erlass der Verfügung nicht zur Sach- und Rechtslage äussern. Dennoch hat sein Anwalt im Rekursverfahren einen materiellen Entscheid verlangt und lediglich als Eventualantrag eine Rückweisung an das Migrationsamt. Auch die Ausführungen im Rekurs vom 6. März 2016 setzen sich mit der materiellen Rechtslage auseinander (vgl. Ziff. 7 f. der Rekurschrift). Damit hat sich der Beschwerdeführer ausdrücklich damit einverstanden erklärt, dass eine allfällige Gehörsverletzung im Rekursverfahren geheilt wird. Die Rekursabteilung ist nun zwar zu Unrecht auf den Rekurs nicht eingetreten, hat den Rekurs aber in einer Eventualbegründung (E. 10 f. des Rekursentscheids) auch materiell verworfen. Aufgrund dieser Sachlage käme es einem formellen Leerlauf gleich, würde das Verwaltungsgericht die Sache an die Vorinstanz zum materiellen Entscheid zurückweisen. Nachdem sich der Beschwerdeführer vor Verwaltungsgericht am 23. Januar 2017 zur materiellen Sach- und Rechtslage geäußert hat, steht einem materiellen Entscheid im Beschwerdeverfahren nichts entgegen.

E. 4.1

In materieller Hinsicht hat die Rekursabteilung erwogen, dass sich der Beschwerdeführer nach der Scheidung von seiner Frau nicht mehr auf das Freizügigkeitsabkommen berufen könne. Die eheliche Gemeinschaft habe weniger als drei Jahre gedauert, weshalb er auch keinen Aufenthaltsanspruch aus Art. 50 Abs. 1 lit. a des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG) ableiten könne. Schliesslich habe das Migrationsamt dem Beschwerdeführer zu Recht keine Ermessensbewilligung erteilt.

E. 4.2

Der Beschwerdeführer hat am 28. September 2012 in der Schweiz seine damalige Ehefrau geheiratet. Unbestrittenermassen hat er am 8. September 2015 die eheliche Wohnung verlassen; das Zusammenleben ist danach nicht mehr aufgenommen worden. Wie die

Rekursabteilung zutreffend festgehalten hat, hat die Ehefrau – soweit aktenkundig (E-Mail vom 21. Oktober 2015; Schreiben vom 24. Oktober 2015; E-Mail vom 25. Oktober 2015; Schreiben ihres Anwalts vom 4. November 2015) – seit dem Auszug des Beschwerdeführers eindeutig bekundet, dass sie keinen Ehemillen mehr habe. Für die gegenteilige Behauptung ist der Beschwerdeführer sowohl im Rekursverfahren wie auch im Beschwerdeverfahren jeden Beweis schuldig geblieben. Obwohl ihn bereits die Rekursabteilung darauf hingewiesen hat, dass er die als Beweismittel offerierten E-Mails in portugiesischer Sprache zu übersetzen habe, stellt der Beschwerdeführer auch vor Verwaltungsgericht lediglich eine Übersetzung in Aussicht, die er "bei Erhalt" umgehend nachreichen werde. Dass ihn seine Ehefrau erst am 9. Februar 2016 rückwirkend per 1. September 2015 abgemeldet hat, beweist entgegen seiner Ansicht nicht einmal im Ansatz, dass ihr Ehemille am 8. September 2015 noch nicht erloschen war. Ebenso kann nicht bloss deshalb auf einen intakten Ehemillen geschlossen werden, weil die Ehefrau nach dem Auszug des Beschwerdeführers noch per E-Mail mit ihm in Kontakt geblieben ist. Damit ist mit der Rekursabteilung davon auszugehen, dass die eheliche Gemeinschaft mit dem Vorfall häuslicher Gewalt, der zum Auszug des Beschwerdeführers geführt hat, definitiv beendet worden ist. Die Ehedauer liegt damit knapp unter drei Jahren, weshalb sich der Beschwerdeführer nicht auf Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG berufen kann.

E. 4.3

Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, dass er in der Schweiz bestens integriert sei, keine Sozialhilfe beziehe und sich selber finanziere. Daraus kann er indessen nichts zu seinen Gunsten ableiten, weil es den Erwartungen entspricht, dass ein Ausländer nicht von der Sozialhilfe abhängig ist. Wie sich aus dem eingereichten Formular zum Nachweis der Mittellosigkeit ergibt, ist der Beschwerdeführer verschuldet – alleine bei der Zürcher Justiz mit Fr. 3'456.35 – und aufgrund seines tiefen Erwerbseinkommens nicht in der Lage, für seinen Lebensunterhalt selber aufzukommen; er wird denn auch massiv von seiner Partnerin unterstützt. Mit seiner Arbeit als Reinigungskraft kann der Beschwerdeführer zudem nicht als für die Schweiz unverzichtbare Fachkraft bezeichnet werden. Folglich muss ihm zumindest eine vertiefte wirtschaftliche Integration abgesprochen werden, weshalb den Vorinstanzen keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann, indem sie keine Ermessensbewilligung erteilt haben.

E. 5

Der Beschwerdeführer bringt erstmals vor Verwaltungsgericht vor, dass er eine neue Partnerin habe, mit der er seit April 2016 zusammenwohne und die er bald heiraten werde.

E. 5.1

Aus dem in Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 und Art. 8 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantierten Recht auf Achtung des Familienlebens kann auch das Konkubinat fallen. Vorausgesetzt, dass der Konkubinatspartner über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügt, kann sich ein Bewilligungsanspruch ergeben, wenn die partnerschaftliche Beziehung seit Langem eheähnlich gelebt wird oder konkrete Hinweise auf eine unmittelbar bevorstehende Hochzeit hindeuten. Die Beziehung muss bezüglich Art und Stabilität in ihrer Substanz einer Ehe gleichkommen. Dabei ist wesentlich, ob die Partner in einem gemeinsamen Haushalt leben. Zudem ist der Natur und Länge ihrer Beziehung sowie ihrem Interesse und ihrer Bindung aneinander, etwa durch Kinder oder andere Umstände wie die Übernahme

von wechselseitiger Verantwortung, Rechnung zu tragen (vgl. zum Ganzen BGE 135 I 143 E. 3.1; BGr, 24. Juni 2015, 2C_208/2015, E. 1.2; 23. Februar 2014, 2C_458/2013, E. 2.1; 5. August 2013, 2C_1105/2012, E. 3.1).

E. 5.2

Der Beschwerdeführer lebt nach eigenen Angaben seit April 2016 – und damit noch nicht einmal ein Jahr – mit seiner neuen Partnerin zusammen, wobei sie keine gemeinsamen Kinder haben. Die Hochzeit steht entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht unmittelbar bevor, nachdem seine Partnerin noch selber verheiratet ist und das Scheidungsverfahren in Portugal erst eingeleitet hat. Der Beschwerdeführer hat zwar in Aussicht gestellt, dass die Scheidung am 3. Februar 2017 erfolgen werde; er hat indessen bis heute kein Dokument vorgelegt, aus dem die Scheidung hervorgeht, geschweige denn, dass er und seine Partnerin das Ehevorbereitungsverfahren eingeleitet haben. Damit liegt von vornherein kein gefestigtes Konkubinatsverhältnis im Sinn der Rechtsprechung vor, aus dem der Beschwerdeführer einen Aufenthaltsanspruch ableiten könnte. Aus diesem Grund spielt es nur eine untergeordnete Rolle, dass der Beschwerdeführer offenbar eine wichtige Rolle im Leben der Kinder seiner Lebenspartnerin einnimmt und sie auch betreut. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, inwiefern der Beschwerdeführer tatsächlich seit April 2016 mit seiner neuen Partnerin zusammenlebt, nachdem er sich im Rekursverfahren noch am 6. März 2016 auf den Standpunkt gestellt hat, die Ehe mit seiner früheren Ehefrau sei nach wie vor intakt, in der Folge von dieser Darstellung nicht abgewichen ist und seine neue Beziehung bis Ende November 2016 auch nie erwähnt hat. Anzuführen ist, dass es dem Beschwerdeführer unbenommen bleibt, ein neues Bewilligungsgesuch einzureichen, wenn die Heirat mit seiner Partnerin tatsächlich unmittelbar bevorsteht. Damit ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 6

Angesichts dessen, dass das Migrationsamt die erstinstanzliche Verfügung nicht korrekt zugestellt hat und die Vorinstanz deshalb zu Unrecht auf den Rekurs nicht eingetreten ist, rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten trotz des Verfahrensausgangs den Parteien hälftig aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Dem Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung ist stattzugeben, weil er aufgrund der Akten als mittellos zu gelten hat und sich die Beschwerde aufgrund der Verfahrensfehler der Vorinstanzen nicht als aussichtslos erweist (§ 16 Abs. 1 VRG). Der Beschwerdeführer wird aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er zur Nachzahlung verpflichtet ist, sollte er hierzu in der Lage sein (§ 16 Abs. 4 VRG).

E. 7

Der vorliegende Entscheid kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) angefochten werden, soweit ein Rechtsanspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung geltend gemacht wird. Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen. Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen (Art. 119 Abs. 1 BGG).