

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00121 vom 23. August 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-08-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00121

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00121 du 23 août 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00121 del 23 agosto 2017

Regeste

Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA | Wiedererwägung. Der straffällige Beschwerdeführer hat sich nach seiner Wegweisung zwei Wochen im Ausland aufgehalten, bevor er wieder eingereist ist und ein neues Bewilligungsgesuch gestellt hat. Nachdem ein Anspruch auf Neubeurteilung auch im Anwendungsbereich des FZA erst nach mindestens fünf Jahren besteht, hätten die Vorinstanzen das Gesuch als Wiedererwägungsgesuch prüfen müssen (E. 2.1). Voraussetzungen der Wiedererwägung (E. 2.2.1). Eine wesentlich veränderte Sachlage ist nicht ersichtlich, weshalb das Migrationsamt auf das Gesuch nicht hätte eintreten dürfen (E. 2.2.3). Dem Beschwerdeführer ist das Wohlverhalten während seines prozessualen Aufenthalts in der Schweiz teilweise anzurechnen (E. 2.3). Abweisung.

Erwägungen

E. 2

Abteilung VB.2017.00121 Urteil der 2. Kammer vom 23. August 2017 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Frei (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Leana Isler, Verwaltungsrichterin Elisabeth Trachsel, Gerichtsschreiber Martin Businger. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA, hat sich ergeben: I. A. Am 20. Mai 2015 widerrief das Migrationsamt die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA von A, geboren 1973, portugiesischer Staatsangehöriger, nachdem er mehrere strafrechtliche Verurteilungen erwirkt hatte und namentlich am 19. August 2014 wegen schwerer Betäubungsmittelkriminalität etc. zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten und einer Busse von Fr. 500.- verurteilt worden war. Es wies ihn zudem aus der Schweiz weg und setzte eine Ausreisefrist bis 30. Juli 2015 an. Nachdem die Verfügung unangefochten in Rechtskraft erwachsen war, meldete sich A per 30. Juli 2015 nach Portugal ab. B. Am 14. August 2015 reiste A wieder in die Schweiz und ersuchte drei Tage später um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. Das Migrationsamt wies das Gesuch am 19. Januar 2016 ab. II. Den dagegen erhobenen Rekurs wies die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion am 18. Januar 2017 ab. III. A. Mit Beschwerde vom 20. Februar 2017 liess A dem Verwaltungsgericht beantragen, der Entscheid der Rekursabteilung sei aufzuheben. Eventualiter sei das Migrationsamt anzuweisen, ihm eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen bzw. ihn im Familiennachzug resp. gestützt auf Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zuzulassen. In prozessualer Hinsicht verlangte er, dass er das Verfahren in der Schweiz abwarten und hier auch arbeiten dürfe. Schliesslich verlangte er eine Parteientschädigung. Die Rekursabteilung verzichtete auf Vernehmlassung. Das Migrationsamt liess sich nicht vernehmen. B. Am 21. Februar 2017 wies der Abteilungspräsident das Gesuch um Erlass

vorsorglicher Massnahmen ab und bestätigte die vorinstanzliche Ausreisefrist. Da A der Zürcher Justiz noch Fr. 9'030.40 aus früheren Verfahren schuldet, wurde er zudem aufgefordert, die Verfahrenskosten sicherzustellen, was er fristgerecht tat. Schliesslich wurde er zur Wahrung des rechtlichen Gehörs aufgefordert, zu den Voraussetzungen der Wiedererwägung Stellung zu nehmen; er kam dem mit Eingaben vom 13. März 2017 und 17. März 2017 nach. C. Die gegen die Präsidialverfügung erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 30. Mai 2017 ab (Urteil 2C_253/2017). Es bestätigte die Auffassung des Verwaltungsgerichts, wonach das neue Bewilligungsgesuch von A unter den Voraussetzungen der Wiedererwägung zu prüfen sei und er das Verfahren im Ausland abzuwarten habe. D. Mit Schreiben vom 4. April 2017 und vom 3. Mai 2017 nahm A erneut unaufgefordert Stellung. Zudem beantragte er am 26. Juni 2017 im Nachgang zum bundesgerichtlichen Urteil, dass ihm wiedererwägungsweise der Aufenthalt während des Verfahrens und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu bewilligen sei. Der Abteilungspräsident trat darauf am 27. Juni 2017 nicht ein und verfügte, dass A die Schweiz bis 31. Juli 2017 zu verlassen habe. Am 27. Juli 2017 informierte der Rechtsvertreter das Gericht über die fristgerechte Ausreise von A und reichte weitere Unterlagen zu den Akten. Die Kammer erwägt: 1. Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen und die unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden, nicht aber die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (§ 20 Abs. 1 in Verbindung mit § 50 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

E. 2.1

Dem Beschwerdeführer ist am 20. Mai 2015 wegen seiner massiven Straffälligkeit rechtskräftig seine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA widerrufen worden, da er eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle (Art. 5 Abs. 1 Anhang I des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit [FZA]). Sein aus dem FZA abgeleitetes Aufenthaltsrecht ist damit erloschen.

E. 2.1.1

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts wie auch des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gelten Entfernungsmassnahmen als Ausnahmen vom Grundprinzip der Freizügigkeit und können nicht unbeschränkt gelten, weshalb ein Anspruch auf Neubeurteilung nach einer angemessenen Frist besteht (EuGH, 17. Juni 1997, C-65/95 und C-111/95, Rz. 38 ff.; BGr, 2. April 2013, 2C_487/2012, E. 4.4.1). Diese angemessene Frist hat das Bundesgericht auf mindestens fünf Jahre festgelegt, beginnend mit der Vollstreckung der Entfernungsmassnahme (vgl. etwa BGr, 30. Mai 2017, 2C_253/2017, E. 4.5.4; 2. April 2013, 2C_487/2012, E. 4.5.2).

E. 2.1.2

Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer die Schweiz per 30. Juli 2015 verlassen, ist bereits am 14. August 2015 wieder eingereist und hat drei Tage später ein neues Bewilligungsgesuch gestellt. Er hat sich demnach nur rund zwei Wochen im Ausland aufgehalten, weshalb keine Rede davon sein kann, dass eine angemessene Frist seit dem Wegweisungsvollzug verstrichen ist und deshalb ein Anspruch auf Neubeurteilung des Aufenthalts besteht. Die Vorinstanzen haben das neue Bewilligungsgesuch folglich zu Unrecht umfassend geprüft. Der Beschwerdeführer hatte weder nach seiner Wiedereinreise

am 17. August 2015 noch hat er im jetzigen Zeitpunkt – lediglich zwei Jahre nach seiner Ausreise – einen Anspruch auf Neubeurteilung seines Aufenthalts.

E. 2.2

Besitzt der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Neubeurteilung, kann sein neues Bewilligungsgesuch lediglich als Gesuch um Wiedererwägung der rechtskräftigen Verfügung vom 20. Mai 2015 entgegengenommen werden.

E. 2.2.1

Eine Verwaltungsbehörde ist von Verfassungs wegen verpflichtet, auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, wenn sich die Umstände seit dem letzten Entscheid wesentlich geändert haben. Wesentliche neue Umstände liegen vor, wenn angesichts der veränderten tatbeständlichen Grundlagen die rechtliche Würdigung anders erfolgen könnte als im früheren Entscheid. Die Wiedererwägung von Verwaltungsentscheiden ist somit nicht beliebig zulässig; sie darf nicht dazu führen, dass rechtskräftige Entscheide immer wieder infrage gestellt werden können (vgl. BGE 136 II 177 E. 2.1; VGr, 25. Mai 2011, VB.2011.00140, E. 1.2).

E. 2.2.2

Der Beschwerdeführer ist mit Präsidialverfügung vom 21. Februar 2017 aufgefordert worden, sich zu den Voraussetzungen der Wiedererwägung zu äussern. Dies hat er mit Eingaben vom 13. März 2017 und 17. März 2017 getan. Dabei ist vorab auf die Ausführungen im Schreiben vom 17. März 2017 einzugehen, wonach die Sache zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zwingend an die Vorinstanzen zurückgewiesen werden müsse, weil diese sich nicht zu den Voraussetzungen der Wiedererwägung geäußert hätten. Wie bereits erwähnt haben beide Vorinstanzen das neue Bewilligungsgesuch des Beschwerdeführers umfassend beurteilt, anstatt es lediglich unter den vorher erwähnten restriktiven Voraussetzungen der Wiedererwägung zu prüfen. Daraus ist dem Beschwerdeführer indessen kein Nachteil erwachsen, weil die Vorinstanzen letztlich zu seinen Gunsten mehr geprüft haben, als sie eigentlich hätten prüfen dürfen. Eine Rückweisung wäre bei dieser Sachlage sinn- und zwecklos, denn wenn die Vorinstanzen selbst bei einer umfassenden Neubeurteilung zum Schluss gelangt sind, dass dem Beschwerdeführer der Aufenthalt verweigert werden müsse, gilt dies erst recht bei einer Prüfung unter den restriktiven Voraussetzungen der Wiedererwägung. Denn mit der Abweisung des Bewilligungsgesuchs haben beide Vorinstanzen hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass für sie keine wesentlich veränderten Umstände vorliegen. Für das Verwaltungsgericht bleibt damit zu prüfen, ob diese Beurteilung rechtskonform ist.

E. 2.2.3

Der Beschwerdeführer führt im Schreiben vom 13. März 2017 aus, dass sein Wiedererwägungsgesuch nicht nur im heutigen Zeitpunkt gutzuheissen wäre, sondern auch, wenn auf den Zeitpunkt der Wiedereinreise abgestellt würde. Er habe eingesehen, dass es so nicht weitergehen könne. Seit der Ausreise lebe er abstinent und habe über einen längeren Zeitraum bewiesen, dass es mit ihm aufwärtsgehe. Er lebe wieder in ehelicher Gemeinschaft mit seiner Frau, habe Arbeit und unterstütze in Portugal seine behinderte Tochter. Deshalb stelle er gegenwärtig keine Gefahr mehr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Mit diesen sehr allgemein gehaltenen Ausführungen vermag der Beschwerdeführer nicht einmal im Ansatz wesentlich veränderte Umstände darzulegen: Die Rückfallgefahr, die Voraussetzung ist, damit ein Ausländer wegen seiner Straffälligkeit

nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA weggewiesen werden darf, ist im ausländerrechtlichen Sinn zu verstehen und von der Rückfallgefahr im Sinn des Straf- und Massnahmenrechts abzugrenzen. Nachdem der Beschwerdeführer während seines Aufenthalts mehrmals straffällig geworden und zuletzt wegen schwerer Betäubungsmittelkriminalität verurteilt worden ist, ist das Migrationsamt in der rechtskräftigen Verfügung vom 20. Mai 2015 völlig zu Recht von einer Rückfallgefahr im ausländerrechtlichen Sinn ausgegangen. Die behauptete Einsicht des Beschwerdeführers in sein Verhalten und der zweiwöchige Aufenthalt im Ausland – was von der Dauer her einer durchschnittlichen Ferienreise gleichkommt – sind offensichtlich nicht geeignet, die Beurteilung der Rückfallgefahr lediglich zwei Jahre nach dem Wegweisungsvollzug anders ausfallen zu lassen. Das gilt ebenso für die behauptete Abstinenz seit der Ausreise. Auch das Wohlverhalten während des jetzt rund zweijährigen prozessualen Aufenthalts in der Schweiz fällt nicht wesentlich ins Gewicht, da es im Zeichen des hängigen Bewilligungsverfahrens gestanden hat. Im Gegenteil bestehen Zweifel an der Einsichtsfähigkeit des Beschwerdeführers, nachdem er seine rechtskräftige Wegweisung aus der Schweiz rechtsmissbräuchlich umgangen hat, indem er unmittelbar nach seiner Ausreise wieder in die Schweiz eingereist ist und damit offenbar nach wie vor nicht bereit ist, die rechtlichen Konsequenzen seiner Straffälligkeit zu tragen. Was schliesslich das erneute Zusammenleben mit seiner Ehefrau in der Schweiz nach der jahrelangen Trennung betrifft, so musste dem Beschwerdeführer nach seiner rechtskräftigen Wegweisung bewusst sein, dass das eheliche Zusammenleben in der Schweiz aufgrund seiner Straffälligkeit nicht mehr möglich sein wird. Wenn seine Ehefrau, die ebenfalls portugiesische Staatsangehörige ist, ihn nicht ins Ausland begleiten möchte, haben sie die Trennung hinzunehmen, was bereits die Rekursabteilung zutreffend erwogen hat und worauf verwiesen wird. Diese Einschränkung in das Recht auf Familienleben nach Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) bzw. Art. 8 Ziff. 1 EMRK ist aufgrund der schweren Straffälligkeit des Beschwerdeführers im jetzigen Zeitpunkt noch ohne Weiteres zulässig (Art. 36 Abs. 3 BV bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK). Damit hätte das Migrationsamt auf das Wiedererwägungsgesuch vom 17. August 2015 mangels einer wesentlich veränderten Sachlage nicht eintreten dürfen und erweist sich der angefochtene Entscheid im Ergebnis als rechtmässig. Auf die weiteren Vorbringen in der Beschwerde vom 20. Februar 2017 muss nicht näher eingegangen werden, weil der Beschwerdeführer diese Rügen (Berücksichtigung der Drogensucht bei den kriminellen Handlungen; Unverhältnismässigkeit der Wegweisung etc.) bereits im früheren Verfahren hätte vorbringen können und müssen.

E. 2.3

Die fünfjährige Frist, nach der eine Neuurteilung verlangt werden kann, bemisst sich ab dem Zeitpunkt der Ausreise (vgl. E. 2.1.1). Nachdem der zweiwöchige Aufenthalt des Beschwerdeführers nach seiner Ausreise per Ende Juli 2015 nicht ins Gewicht fällt und deshalb vernachlässigbar ist, könnte der Beschwerdeführer – sollte er weisungsgemäss per Ende Juli 2017 ausgereist sein – erst im August 2022 eine Neuurteilung seines Aufenthalts verlangen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Rekursabteilung fast ein Jahr benötigt hat, um das offensichtlich aussichtslose Bewilligungsgesuch des Beschwerdeführers zu beurteilen, und ihm darüber hinaus den Aufenthalt während des Rekursverfahrens bewilligt hat. Das Verwaltungsgericht hat dieses Vorgehen bereits in anderen Fällen beanstandet, weil rechtsmissbräuchlichen Wiedererwägungsgesuchen damit Tür und Tor geöffnet werden (vgl. etwa VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00430, E. 3.1, nicht auf www.vgrzh.ch publiziert). Deshalb ist die Bewährungsfrist des Beschwerdeführers in

teilweiser Anrechnung seines prozessualen Aufenthalts auf vier Jahre zu verkürzen, sodass er ab August 2021 eine Neubeurteilung verlangen kann. Dies bedeutet allerdings nicht, dass ihm dann eine Bewilligung erteilt werden muss; vielmehr haben die Behörden das neue Gesuch umfassend – und nicht nur unter dem beschränkten Blickwinkel der Wiedererwägung – zu prüfen (vgl. BGr, 30. Mai 2017, 2C_253/2017, E. 4.4). Der Beschwerdeführer wird zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er künftige Bewilligungsverfahren im Ausland abzuwarten hat, bis seinem Gesuch allenfalls stattgegeben wird. Die Beschwerde ist damit vollumfänglich abzuweisen.

E. 3

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG) und steht ihm keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Beschwerdeführer mehrere prozessleitende Verfügungen erwirkt hat und dabei mit seinen Anträgen gescheitert ist.

E. 4

Das vorliegende Urteil 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. Andernfalls kann lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG wegen der Verletzung verfassungsmässiger Rechte ergriffen werden.

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