

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00278 vom 29. November 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-11-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00278

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00278 du 29 novembre 2018

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00278 del 29 novembre 2018

Regeste

Ausgrenzung (Geschäfts-Nr. GI10032-L/U vom 29.03.2018) | Ausgrenzung. FZA. Betäubungsmitteldelikte. Ausgrenzungsradius. Verhältnismässigkeit. Auch ein Beschwerdeführer, welcher EU-Bürger ist und unter das Freizügigkeitsabkommen fällt, kann Adressat einer Ausgrenzungsverfügung des AuG sein, sofern das FZA keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das AuG günstigere Bestimmungen vorsieht. Eine Ausgrenzung nach dem AuG greift weniger stark in die Freiheitsrechte des Beschwerdeführers ein als eine Weg- oder Ausweisung nach dem FZA und ist deshalb auch im Bereich des FZA nicht von vornherein unzulässig (E. 5.2). Der Beschwerdeführer hat auf dem Gebiet der Stadt Zürich Betäubungsmitteldelikte begangen und Betäubungsmittel auf dem Stadtgebiet erworben. Um den Beschwerdeführer von diesen Drogenumschlagplätzen fernzuhalten, ist eine Ausgrenzung aus dem Gebiet der Stadt Zürich eine geeignete Massnahme. Die angeordnete Ausgrenzung auf den gesamten Kanton Zürich ist nicht erforderlich und damit unverhältnismässig (E. 5.4). Damit erweist sich die Beschwerde hinsichtlich der Grösse des Ausgrenzungsradius als begründet und ist insoweit gutzuheissen (E. 5.5). Teilweise Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Beschwerden betreffend Massnahmen nach Art. 73–78 AuG werden von der Einzelrichterin oder dem Einzelrichter behandelt, sofern sie nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Kammer zur Beurteilung überwiesen werden (§ 38b Abs. 1 lit. d Ziff. 4 in Verbindung mit § 43 Abs. 1 lit. b VRG sowie § 38b Abs. 2 VRG). Da ein Fall von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, ist die Entscheidung der Kammer zu übertragen.

E. 2

Der rechtskundig vertretene Beschwerdeführer beantragt vor Verwaltungsgericht die Aufhebung des Urteils des Zwangsmassnahmengerichts sowie die Aufhebung der Ausgrenzungsverfügung des Migrationsamts. Vor dem Zwangsmassnahmengericht stellte er zusätzlich noch den Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anordnung der kurzfristigen Festhaltung. Diesen Antrag hat er vor Verwaltungsgericht nicht wiederholt. In der Beschwerdebegründung hält er zwar die Anordnung der kurzfristigen Festhaltung nach wie vor als unverhältnismässig. Diese Frage sei letztlich für den Beschwerdeführer aber irrelevant, sodass darauf nicht mehr einzugehen sei. Aus dem formellen Antrag kann zusammen mit diesen Ausführungen geschlossen werden, dass sich die Beschwerde an das Verwaltungsgericht nur noch gegen die Ausgrenzungsverfügung richtet.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, als Bürger der Europäischen Union (EU) habe er gestützt auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft (nunmehr der EU) und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen [FZA]) grundsätzlich einen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung und könne daher gar nicht Adressat einer Ausgrenzungsverfügung sein. Die Voraussetzungen von Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG für den Erlass einer Ausgrenzungsverfügung seien nicht erfüllt. Ausserdem erweise sich die Ausgrenzungsverfügung als unverhältnismässig, weil er dadurch daran gehindert werde, seine Schwester und seinen Neffen zu besuchen oder sich eine Arbeitsstelle zu suchen. Zudem sei der gegen ihn erhobene Vorwurf des Betäubungsmittelhandels fallengelassen worden.

E. 3.2

Die Rüge, der Beschwerdeführer könne als EU-Bürger nicht Adressat der Ausgrenzungsverfügung sein, wird in der Beschwerde erstmals ausdrücklich vorgebracht. Im Rekurs wird lediglich ausgeführt, der Beschwerdeführer könne sich als ... Staatsangehöriger visumsfrei als Tourist in der Schweiz aufhalten. Im Beschwerdeverfahren ist den Parteien grundsätzlich erlaubt, ihre Rechtsbegehren mit neuen rechtlichen Begründungen zu stützen (Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A. Zürich etc. 2014 [VRG-Kommentar], § 52 N. 36). Damit ist die Rüge nachfolgend zu prüfen.

E. 4.1

Gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG kann die zuständige kantonale Behörde einer Person die Auflage machen, ein ihr zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten, wenn sie keine Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt und die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet. Diese Massnahme dient insbesondere der Bekämpfung des widerrechtlichen Betäubungsmittelhandels. Sie ist gemäss Wortlaut der Bestimmung und nach überwiegender Lehre nicht nur auf illegal anwesende Ausländerinnen und Ausländer, Asylbewerber und vorläufig Aufgenommene anwendbar, sondern auch auf solche, die sich aufgrund eines gesetzlichen Anwesenheitsrechts bewilligungsfrei in der Schweiz aufhalten dürfen, soweit sie die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören oder gefährden (Thomas Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. A. 2009, N. 10.171; Andreas Zünd in: Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli/Constantin Hruschka, Kommentar Migrationsrecht, 4. A., Zürich 2015, Art. 74 AuG N. 2).

E. 4.2

Der Beschwerdeführer reichte am 3. Oktober 2013 ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA ein. Bereits am 24. November 2013 meldete er sich wieder nach ... ab. Zwischen der Schweiz einerseits sowie der Europäischen Union andererseits gilt das FZA, worauf sich der ... Beschwerdeführer grundsätzlich berufen kann. Nach Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA hat der Beschwerdeführer das Recht, sich nach Massgabe dieser Bestimmung in der Schweiz aufzuhalten und hier eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Er kann sich bis zu sechs Monate zwecks Stellensuche in der Schweiz aufhalten (vgl. Art. 2 Abs. 1 Unterabsatz 2 Anhang I FZA). EU-Angehörige benötigen zur Stellensuche bis zu einem Aufenthalt von drei Monaten keine Bewilligung (Art. 18 Abs. 1

der Verordnung vom 22. Mai 2002 über die Einführung des freien Personenverkehrs [VEP]). Für eine länger dauernde Stellensuche erhalten sie eine Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA mit einer Gültigkeitsdauer von drei Monaten im Kalenderjahr, sofern sie über die für den Unterhalt notwendigen finanziellen Mittel verfügen (Art. 18 Abs. 2 VEP). Diese kann bis zu einem Jahr verlängert werden, sofern Suchbemühungen nachgewiesen sind und begründete Aussicht darauf besteht, dass eine Beschäftigung gefunden werde (Art. 18 Abs. 3 VEP). Bewilligungen gestützt auf das FZA haben keine rechtsbegründende, sondern bloss deklaratorische Bedeutung. Die beantragte Bewilligung muss erteilt werden, falls die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (BGer, Urteil vom 30. Mai 2017, 2C_253/2017, E. 4.5.1). Staatsangehörige von Vertragsparteien des FZA und dessen Protokollen, die in der Schweiz keine Erwerbstätigkeit ausüben, haben gegen Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses das Recht auf Einreise und Aufenthalt von bis zu drei Monaten; vorbehalten bleiben Gründe der öffentlichen Ordnung (Art. 5 Anhang I FZA). Sie sind insbesondere nicht verpflichtet, den Behörden ihre Ankunft zu melden und haben auch keine weiteren Nachweise zu erbringen, etwa, dass sie während ihres Aufenthalts über ausreichende finanzielle Mittel verfügen (BGE 143 IV 99 E. 1).

E. 4.3

Dem Beschwerdeführer kommt somit grundsätzlich ein freizügigkeitsrechtlicher Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz zwecks Stellensuche zu. Eine solche Stellensuche wird jedoch nicht substantiiert geltend gemacht oder belegt. Ebenso wenig kann aufgrund der Akten von einem Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit ausgegangen werden (Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA). Den Nachweis ausreichender Mittel erbrachte er nicht. Damit verfügt der Beschwerdeführer zurzeit über kein Anwesenheitsrecht gestützt auf das FZA. Ob die Frist von sechs Monaten gemäss Art. 2 Abs. 1 Unterabsatz 2 Anhang I FZA im heutigen Zeitpunkt abgelaufen wäre, bedarf im vorliegenden Fall keiner abschliessenden Klärung, da – wie sich sogleich zeigt – die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Beschränkung seiner Freizügigkeit gegeben ist.

E. 5.1

Für Angehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union hat das Ausländergesetz nur insoweit Geltung, als das FZA keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das Ausländergesetz günstigere Bestimmungen vorsieht (Art. 2 Abs. 2 AuG). Das FZA regelt keine Zwangsmassnahmen. Die aufgrund des FZA eingeräumten Rechte dürfen indes gemäss Art. 5 Anhang I FZA nur durch Massnahmen eingeschränkt werden, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind. Zu beachten ist hierbei unter anderem die direkt anwendbare Richtlinie 64/221/EWG, wonach strafrechtliche Verurteilungen allein nicht als solche Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gelten, sondern ausschliesslich das persönliche Verhalten der betreffenden Person (Art. 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinie). Die Voraussetzungen sind grundsätzlich strenger als im alleinigen Anwendungsbereich des Ausländergesetzes. So ist namentlich eine Weg- oder Ausweisung eines EU-Bürgers bzw. einer EU-Bürgerin nur möglich, wenn sie durch ein persönliches widerrechtliches Verhalten der betroffenen Person gerechtfertigt werden kann, welches eine gegenwärtige und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellt. In jedem Fall muss eine Schmälerung der freizügigkeitsrechtlichen Rechtsansprüche verhältnismässig sein (vgl. zum Ganzen Marc Spescha, Kommentar Migrationsrecht, Art. 5 Anhang I FZA N. 1; BGr, 21. Dezember 2016, 2C_1103/2015, E. 4.3.1).

E. 5.2

Die am 7. Februar 2018 ergangene Verurteilung wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes und die weitere Delinquenz des Beschwerdeführers (vgl. E. 5.3) vermöchten mit Blick auf das Gesagte eine Wegweisung aus der Schweiz jedenfalls nicht zu rechtfertigen (vgl. die Beispiele bei Spescha, a. a. O., Art. 5 Anhang I FZA N. 2 ff.) . Eine Ausgrenzung greift jedoch weniger stark in die Freiheitsrechte des Beschwerdeführers ein und ist nach dem Vorstehenden auch im Bereich des FZA namentlich mit Blick auf die Geltung der Polizeigeneralklausel und darauf, dass der Beschwerdeführer keine Bewilligung besitzt, nicht von vornherein unzulässig. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit darf die Massnahme allerdings neben ihrer Eignung, das damit verfolgte Ziel erreichen zu können, nicht über das hierzu Erforderliche hinausgehen, was insbesondere auch bei der Festlegung der Grösse des Rayons und der Dauer der Massnahme zu berücksichtigen ist. So dient die Ausgrenzung unter anderem dazu, gegen Ausländer vorgehen zu können, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden, bei denen aber eine sofortige Wegweisung nicht möglich ist, was auf den Beschwerdeführer zutrifft (vgl. BGE 144 II 16 E. 2.1). Dabei hatte der Gesetzgeber für die Massnahme der Ausgrenzung in erster Linie die Betäubungsmitteldelinquenz im Auge, was im Gesetzestext zum Ausdruck kommt. Die verfügende Behörde kann dabei in Rechnung stellen, dass die Gefahr von Delinquenz in der Anonymität grosser Städte ungleich viel höher ist als in der Agglomeration oder gar – der stärkeren Sozialkontrolle wegen – auf dem Land (BGE 142 II 1 E. 2.3 und E. 4.4).

E. 5.3

Der Beschwerdeführer wurde mit Strafbefehl vom 7. Februar 2018 wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes (Konsum einer Portion Kokain) zu einer Busse von Fr. 300.- verurteilt. Ein paralleles Verfahren betreffend Betäubungsmittelhandel wurde mit Verfügung vom gleichen Datum eingestellt. Zuvor wurde der Beschwerdeführer mit Strafbefehlen vom 29. Juli 2007 (mehrfache Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 des Betäubungsmittelgesetzes) und vom 16. März 2009 (Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinn von Art. 19a des Gesetzes sowie mehrfaches Vergehen gegen das Ausländergesetz im Sinn von Art. 115 Abs. 1 lit. a und lit. b des Gesetzes) zu einer Busse von Fr. 500.- bzw. zu einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.- sowie einer Busse von Fr. 300.- verurteilt. Zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Störung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinn von Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG genügt es gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass eine Person wiederholt in der Nähe der Drogenszene angehalten wird und dabei im Besitz von zum Eigenkonsum bestimmten Betäubungsmitteln ist (BGr, 24. November 2003, 2A.347/2003, E. 2.2). Dass das Verfahren betreffend Betäubungsmittelhandel eingestellt wurde, vermag im Anwendungsbereich des Ausländergesetzes die Anordnung einer Ausgrenzung nicht zu verunmöglichen.

E. 5.4

Die vorliegend in Betracht zu ziehenden Betäubungsmitteldelikte hat der Beschwerdeführer auf dem Gebiet der Stadt Zürich begangen; zudem hat er die Betäubungsmittel jeweils auch auf dem Stadtgebiet erworben. Um den Beschwerdeführer von diesen Drogenumschlagplätzen fernzuhalten, ist eine Ausgrenzung aus dem Gebiet der Stadt Zürich eine geeignete Massnahme. Die Ausgrenzung aus dem gesamten Kanton Zürich, namentlich auch aus der vergleichsweise ländlichen Gemeinde C, wo seine Schwester

wohnt, ist hierzu allerdings nicht erforderlich und damit unverhältnismässig, insbesondere auch unter Berücksichtigung von Art. 5 Anhang I FZA. Anzufügen bleibt, dass kein Anlass besteht, auch die angeordnete Dauer der Massnahme anzupassen: Die zweijährige Frist entspricht bei ausländerrechtlichen Ein- bzw. Ausgrenzungen der Praxis und es sind keine Gründe ersichtlich, hiervon abzuweichen (vgl. VGr, 3. Dezember 2014, VB.2014.00616 oder betreffend Eingrenzungen VGr, 30. April 2018, VB.2017.00117; 5. April 2018, VB.2018.00001).

E. 5.5

Damit erweist sich die Beschwerde hinsichtlich der Grösse des Ausgrenzungsrays als begründet und ist insoweit gutzuheissen. Hebt das Verwaltungsgericht die angefochtene Anordnung auf, kann es selbst einen neuen Entscheid treffen (§ 63 Abs. 1 VRG). Als angemessen erscheint unter Berücksichtigung der gesamten Umstände eine Ausgrenzung aus der Stadt Zürich. Die Ausgrenzungsverfügung vom 25. September 2017 sowie Dispositiv-Ziffer 1 des Entscheids des Zwangsmassnahmengerichts vom 29. März 2018 sind entsprechend anzupassen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen; so ist namentlich bei allfälligen Terminen zur Stellensuche in der Stadt Zürich eine Ausnahmegewilligung einzuholen.

E. 6

Bei diesem Verfahrensausgang, bei dem beide Parteien teilweise unterliegen, sind ihnen die Kosten des Beschwerdeverfahrens je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Da die dem Beschwerdeführer auferlegten Verfahrenskosten aufgrund seiner Bedürftigkeit offensichtlich uneinbringlich wären, sind sie abzuschreiben. Entsprechend seines teilweisen Obsiegens ist dem Beschwerdeführer in Anwendung von § 17 Abs. 2 lit. b VRG eine reduzierte Parteientschädigung für die anwaltlichen Bemühungen zuzusprechen (vgl. dazu Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 17 N. 21). Als angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 1'000.- (inklusive MWST).

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