

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00353 vom 14. Juli 2010

ZH Verwaltungsgericht, 2010-07-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00353](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00353)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00353 du 14 juillet 2010

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00353 del 14 luglio 2010

## Regeste

Familiennachzug (Neuprüfung des Aufenthaltsrechts) | [Neubeurteilung des Aufenthaltsrechts eines 46-jährigen Dominikaners, der wegen Drogendelikten zu insgesamt 50 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt und weggewiesen worden war] Gemäss Art. 42 Abs. 1 AIG hat der ausländische Ehegatte einer Schweizer Bürgerin Anspruch darauf, dass ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wird, wenn er mit seiner Ehefrau zusammenwohnt (E. 2.1). Eine strafrechtliche Verurteilung verunmöglicht die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht ein für alle Mal. Wann eine Neubeurteilung zu erfolgen hat, bestimmt sich aufgrund der Umstände des Einzelfalls (E. 2.3). Vorliegend besteht ein Anspruch auf Neubeurteilung, da seit der Ausreise rund acht Jahre vergangen sind und der Beschwerdeführer die Beziehung mit seiner Frau und seinen Kindern im Rahmen von Suspensionen des Einreiseverbots aufrechterhielt (E. 3.1). Aufgrund der nach wie vor belasteten Legalprognose überwiegt derzeit das öffentliche Fernhalteinteresse das private Interesse des Beschwerdeführers an einem Familienleben in der Schweiz (E. 3.2 ff.). Gutheissung UP/URB. Abweisung.

## Erwägungen

### E. 4

Es sei dem Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung zuzusprechen und die Vorinstanz anzuweisen, diese auch für das vorinstanzliche Verfahren zu tun." Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 11. Juni 2020 ausdrücklich auf eine Vernehmlassung. Das Migrationsamt erstattete keine Beschwerdeantwort. Mit Präsidialverfügung vom 12. Juni 2020 wurde dem Beschwerdeführer der prozedurale Aufenthalt während des Beschwerdeverfahrens nicht gestattet. Am 20. Oktober 2020 reichte der Rechtsvertreter von A und B dem Gericht eine Honorarnote ein. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen erstinstanzliche Rekursentscheide einer Direktion über Anordnungen des Migrationsamts betreffend das Aufenthaltsrecht nach §§ 41 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) zuständig. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Gemäss Art. 42 Abs. 1 des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (AIG, SR 142.20) haben ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Dieser Anspruch steht gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. b AIG unter dem Vorbehalt, dass kein Widerrufsgrund nach Art. 63 AIG vorliegt, wie dies etwa bei einer Verurteilung zu einer längerfristigen, das heisst überjährigen Freiheitsstrafe der Fall ist (Art. 63 Abs. 1 lit. a und Art. 62 Abs. 1 lit. b AIG; BGE 135 II 377 E. 4.2). Die Nichterteilung bzw. die Nichtverlängerung oder der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung

müssen ausserdem verhältnismässig sein (Art. 96 Abs. 1 AIG), was sich – bei eröffnetem Schutzbereich – für die rechtmässige Einschränkung der konventionsrechtlichen Garantie des Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) auch aus dessen Abs. 2 ergibt (vgl. BGE 139 I 31 E. 2.3.3, 135 II 377 E. 4.3).

2.2 Eine strafrechtliche Verurteilung im Sinn von Art. 62 Abs. 1 lit. b AIG verunmöglicht die Erteilung einer (neuen) Aufenthaltsbewilligung nach der bundesgerichtlichen Praxis grundsätzlich nicht ein für alle Mal. Soweit die betroffene Person, gegen die eine Entfernungsmassnahme ergriffen wurde, weiterhin in den Kreis der nach Art. 42 ff. AIG nachzugsberechtigten Personen fällt und es ihren hier anwesenden nahen Angehörigen unzumutbar ist, ihr in die Heimat zu folgen und dort das Familienleben zu pflegen, ist eine Neu Beurteilung angezeigt, falls sich die bzw. der Betroffene bewährt und sich für eine angemessene Dauer in ihrer bzw. seiner Heimat klaglos verhalten hat, sodass eine Integration in die hiesigen Verhältnisse nunmehr absehbar erscheint und eine allfällige Rückfallgefahr vernachlässigt werden kann. Das öffentliche Interesse an der Gefahrenabwehr verliert an Bedeutung, soweit die Entfernungsmassnahme gegen die fehlbare Person ergriffen, durchgesetzt und für eine der Schwere der Tat angemessene Zeitdauer aufrechterhalten wurde (zum Ganzen BGr, 4. Dezember 2018, 2C\_887/2018, E. 2.2.3 – 2. Mai 2018, 2C\_633/2017, E. 3.3.1, je mit Hinweisen). Wann die Neu Beurteilung zu erfolgen hat, ist aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen (BGr, 24. Mai 2013, 2C\_1170/2012, E. 3.5.3). Das Bundesgericht berücksichtigt dabei, dass die Regelhöchstdauer des Einreiseverbots nach Art. 67 Abs. 3 AIG fünf Jahre beträgt und diese nur bei Vorliegen einer ausgeprägten Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung überschritten werden darf. Hat sich die bzw. der Betroffene seit der Rechtskraft des Widerrufs- bzw. Nichtverlängerungsentscheids und ihrer bzw. seiner Ausreise während fünf Jahren bewährt, ist es regelmässig angezeigt, den Anspruch auf Familiennachzug neu zu prüfen. Eine frühere Beurteilung ist möglich, soweit das Einreiseverbot von Beginn an unter fünf Jahren angesetzt worden oder eine Änderung der Sachlage eingetreten ist, die derart ins Gewicht fällt, dass ein anderes Ergebnis im Bewilligungsverfahren ernstlich in Betracht gezogen werden kann (BGr, 28. Mai 2019, 2C\_99/2019, E. 6.4.3 – 17. Mai 2018, 2C\_935/2017, E. 4.3.2, je mit Hinweisen; VGr, 10. September 2019, VB.2018.00827, E. 2.3 Abs. 2).

2.3 Besteht ein Anspruch auf eine Neu Beurteilung, heisst dies nicht, dass die Bewilligung auch erteilt werden muss. Die Gründe, welche zum Widerruf bzw. der Nichtverlängerung geführt haben, verlieren ihre Bedeutung grundsätzlich nicht. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung tendiert zur Zurückhaltung bei der Neuerteilung von Aufenthaltsbewilligungen, wenn den Straftaten, die zum Widerruf der (früheren) Bewilligung geführt haben, ein schweres Verschulden zugrunde liegt (vgl. BGr, 17. Mai 2018, 2C\_935/2017, E. 4.3.4 mit Hinweisen). Die Behörde muss bei der Neu Beurteilung eine umfassende Interessenabwägung vornehmen, in welcher der Zeitablauf seit dem ersten Widerruf in Relation gesetzt wird zum nach wie vor bestehenden öffentlichen Interesse an der Fernhaltung (vgl. BGr, 15. Mai 2015, 2C\_714/2014, E. 4.2). Dabei kann es nicht darum gehen, wie im Rahmen eines erstmaligen Entscheids über die Aufenthaltsbewilligung frei zu prüfen, ob die Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Vielmehr ist massgebend, ob sich die Umstände seit dem früheren Widerruf in rechtserheblicher Weise verändert haben (zum Ganzen BGr, 2. August 2018, 2C\_409/2017, E. 4.4 f. – 17. Mai 2018, 2C\_935/2017, E. 4.3.3, je mit Hinweisen).

2.4 Wann der Zeitpunkt gekommen ist, an dem die früheren Straftaten als Erlöschensgründe nach Art. 51 AIG dahinfallen und für sich allein den Ansprüchen nach Art. 42 AIG nicht weiter entgegenstehen, ist aufgrund der Umstände des

Einzelfalls zu bestimmen. Bei der Beurteilung des Rückfallrisikos ist nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzieren: Je schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen sind bzw. waren, desto niedriger sind die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr. Je weiter die Straftaten der ausländischen Person zurückliegen, umso eher lässt sich ihr wieder Vertrauen entgegenbringen und kann sich die Annahme rechtfertigen, dass es zu keinen weiteren Straftaten kommen werde (BGr, 2. August 2018, 2C\_409/2017, E. 4.6 – 20. Oktober 2009, 2C\_36/2009, E. 3.2).

3. 3.1 Die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers wurde im Juni 2012 nicht mehr verlängert und er aus der Schweiz weggewiesen. Diese Verfügung erging mithin vor rund 8 Jahren und seit der Rückkehr des Beschwerdeführers in sein Heimatland sind rund 7,5 Jahre vergangen. Wie die Vorinstanz zu Recht erwog, bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Beschwerdeführer in seiner Heimat nicht wohl verhalten hat. Die Beziehung zur Beschwerdeführerin und den Kindern hielt er besuchsweise im Rahmen von Suspensionen des Einreiseverbots aufrecht, an deren Vorgaben er sich – soweit ersichtlich – jeweils hielt. Somit erscheint eine Neuurteilung angezeigt.

3.2 3.2.1 Der Beschwerdeführer wurde zweimal wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt und mit insgesamt 50 Monaten Freiheitsstrafe bestraft. Dabei hat er jeweils die Gefährdung der Gesundheit einer Vielzahl von Personen in Kauf genommen. Das SEM ging davon aus, dass vom Beschwerdeführer eine ausgeprägte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht, da es im März 2013 ein zehnjähriges Einreiseverbot gegen ihn verhängte und damit das Regelmass von fünf Jahren gemäss Art. 67 Abs. 3 AIG – welches nur ausnahmsweise überschritten werden soll – um das Doppelte erhöhte. Aufgrund der schwerwiegenden Betäubungsmitteldelikte erachtete das Bundesverwaltungsgericht ein gegen das Einreiseverbot erhobenes Rechtsmittel in der Zwischenverfügung vom 11. April 2013 betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als aussichtslos.

3.2.2 Qualifizierter Drogenhandel aus rein pekuniären Motiven ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als schwerwiegende Rechtsgutverletzung zu qualifizieren, weshalb bereits eine geringe Rückfallgefahr nicht in Kauf genommen werden muss. Aufgrund des nachgewiesenen Eigenkonsums und der (behaupteten, heute offenbar überwundenen) Drogenabhängigkeit des Beschwerdeführers ist dieses erschwerende Kriterium vorliegend zu relativieren (BGE 139 II 121 [= Pra. 103/2014 Nr. 1] E. 6.4; BGr, 17. Mai 2018, 2C\_935/2017, E. 5.2). Dennoch ist zu berücksichtigen, dass Verfassungs- und Gesetzgeber die besondere Verwerflichkeit von (qualifizierten) Drogendelikten zum Ausdruck brachten, indem sie für entsprechende Straftaten – wenn sie nach dem 1. Oktober 2016 begangen worden sind – in der Regel eine obligatorische Landesverweisung vorgesehen haben (vgl. Art. 121 Abs. 3 lit. a der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101] und Art. 66a Abs. 1 lit. o des Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 [StGB, SR 311.0]).

3.2.3 Hinsichtlich einer allfälligen Rückfallgefahr ist festzuhalten, dass sich diese beim Beschwerdeführer in der Vergangenheit bereits verwirklicht hat, indem er nicht nur einschlägig rückfällig geworden ist und sich überdies in der Vergangenheit auch von einer ausländerrechtlichen Verwarnung und von strafrechtlichen Probezeiten nicht von weiterer Delinquenz hat abhalten lassen. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer auch im Strafvollzug zu Klagen Anlass gegeben hat. So entzog er sich durch Flucht (Nichtrückkehr vom Urlaub) vom 12. August 2012 bis am 16. November 2012 dem Strafvollzug und wurde er mit insgesamt drei Disziplinentscheidungen der Vollzugsanstalten H bzw. I belegt, wobei in einem Fall bedrohliches Verhalten gegenüber dem Personal, ein tätlicher Angriff auf einen

Mitgefangenen und vorsätzliche grobe Sachbeschädigung sanktioniert werden mussten. Die ungünstige Legalprognose wird sodann dadurch unterstrichen, dass sich der Beschwerdeführer während seiner Anwesenheit in der Schweiz wirtschaftlich überhaupt nicht zu integrieren vermochte. So arbeitete er lediglich sporadisch temporär als Bauarbeiter und erzielte nur einen geringen Lohn; die Familie musste (auch) deswegen von der Sozialhilfe unterstützt werden. Daran vermag auch die dem Beschwerdeführer offenbar angebotene Arbeitsstelle bei J nichts Wesentliches zu ändern. 3.2.4 Zugunsten des Beschwerdeführers ist zu gewichten, dass die von ihm begangenen Delikte bereits rund zehn Jahre zurückliegen und er seither strafrechtlich nicht mehr in Erscheinung getreten ist. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es in der Natur der Neuurteilung liegt, dass das straffällige Verhalten, welches einst zum Widerruf oder – wie vorliegend – zur Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung führte, bereits mehrere Jahre zurückliegt, zumal sich die betroffene Person vor der Neuurteilung während einer gewissen Zeit im Ausland bewährt haben muss (vgl. E. 2.2 Abs. 2; BGr, 9. Januar 2018, 2C\_650/2017, E. 2.3.1; VGr, 29. April 2020, VB.2020.00004, E. 3.4).

3.3 3.3.1 In privater Hinsicht ist seit der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung primär die Geburt des zweiten Sohns E im Januar 2016 hervorzuheben. Daraus kann der Beschwerdeführer aber keinen (neuen) Anspruch auf Bewilligungserteilung ableiten. Denn im Zeitpunkt der Nichtverlängerung hatten die Beschwerdeführenden bereits einen gemeinsamen Sohn und kümmerten sich ausserdem gemeinsam um die Tochter der Beschwerdeführerin aus einer früheren Beziehung. Da der zweite gemeinsame Sohn rund 3,5 Jahre nach der Wegweisung des Beschwerdeführers zur Welt kam, mussten sich die Beschwerdeführenden bewusst sein, dass das Kind erst nach Ablauf einer gewissen Zeit regelmässigen Kontakt zu seinem Vater haben würde und dass sie ein gemeinsames Familienleben aufgrund der Straffälligkeit des Beschwerdeführers und der ihm gegenüber ausgesprochenen Einreisesperre nur verzögert in der Schweiz würden leben können. Insofern wird das private Interesse der Ehegattin, der gemeinsamen Kinder sowie der Stieftochter des Beschwerdeführers an der (erneuten) Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung relativiert. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass die Festlegung der zehnjährigen Einreisesperre ausdrücklich unter Einbezug der familiären Verhältnisse des Beschwerdeführers erfolgte; das SEM trug mithin dem damals rund 7,5-jährigen Sohn sowie der damals rund 10-jährigen (Stief-)Tochter der Beschwerdeführenden bereits Rechnung. 3.3.2 Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin in einem 70 %-Pensum arbeitet, sich um die Kinder zu kümmern hat und ausserdem die beiden älteren Kinder eine Sonderschule besuchen, können die Beschwerdeführenden vorliegend nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn bereits in der Zeit nach der Wegweisung des Beschwerdeführers trug die Beschwerdeführerin die volle (finanzielle) Verantwortung für sich und die zwei Kinder; die Geburt des zweiten gemeinsamen Sohns stellt demnach keine rechtserhebliche Veränderung der Sachlage dar.

3.4 Die Ablehnung des Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung erweist sich nach dem Gesagten aufgrund des weiterhin bestehenden Fernhalteinteresses (derzeit) als rechtmässig. Folglich ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 4.1**

Ausgangsgemäss sind die Kosten den Beschwerdeführenden unter solidarischer Haftung füreinander je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 und § 14 VRG) und ist ihnen eine Parteientschädigung zu versagen (§ 17 Abs. 2 VRG). Bei diesem Verfahrensausgang steht den Beschwerdeführenden für das vorinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zu.

#### **E. 4.2**

Zu prüfen bleibt ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -vertretung. Gemäss § 16 Abs. 1 VRG haben Private, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offenkundig aussichtslos erscheinen, auf Ersuchen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Ein Anspruch auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung besteht, wenn sie zusätzlich nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren (§ 16 Abs. 2 VRG). Offenkundig aussichtslos sind Begehren, deren Chancen auf Gutheissung derart viel kleiner als jene auf Abweisung erscheinen, dass sie kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (Kaspar Plüss, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], Zürich etc. 2014, § 16 N. 46). Mittellos ist, wer nicht in der Lage ist, die Gerichtskosten aus seinem Einkommen – nach Abzug der Lebenshaltungskosten – innert angemessener Frist zu bezahlen (Plüss, § 16 N. 20).

#### **E. 4.3**

Die Mittellosigkeit der Beschwerdeführenden ist aktenkundig. Da seit der Wegweisung des Beschwerdeführers rund acht Jahre vergangen sind, die Beschwerdeführerin und die beiden Söhne der Beschwerdeführenden Schweizer sind sowie aufgrund des Umstands, dass das Familienleben über die Grenzen hinweg weitergelebt wurde, waren die Begehren auch nicht offensichtlich aussichtslos. Demnach ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen und den Beschwerdeführenden in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

#### **E. 4.4**

Gemäss § 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 (GebV VGr) wird der unentgeltlichen Rechtsvertretung der notwendige Zeitaufwand nach den Stundenansätzen des Obergerichts für die amtliche Verteidigung entschädigt, wobei die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses berücksichtigt und Barauslagen separat entschädigt werden. Die Entschädigung beträgt nach § 3 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 seit dem 1. Januar 2015 in der Regel Fr. 220.- pro Stunde. Der Rechtsvertreter macht insgesamt einen Aufwand von 8 Stunden und 45 Minuten sowie Auslagen im Betrag von Fr. 57.30 geltend. Dieser Aufwand ist im Umfang von 45 Minuten zu kürzen; die Lektüre des Rekursentscheids und die Besprechung desselben mit der Klientschaft ist nicht im vorliegenden Verfahren abzugelten, zumal der Vertreter der Beschwerdeführenden dafür auch 45 Minuten für die "Lektüre des erwarteten Entscheids und Kommunikation mit Klientschaft" veranschlagt. Ausgehend von einem Stundenansatz von Fr. 220.- resultiert somit eine Entschädigung (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) von Fr. 1'957.25. Demnach ist der Rechtsvertreter mit insgesamt Fr. 1'957.25 aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

#### **E. 4.5**

Die Beschwerdeführenden sind auf § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 16 Abs. 4 VRG aufmerksam zu machen, wonach eine Partei, der unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, Nachzahlung leisten muss, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens.

#### **E. 5**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch des Beschwerdeführers geltend gemacht wird, ist Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zu erheben (vgl. Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG e contrario). 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.