

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00806 vom 16. Mai 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-05-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00806

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00806 du 16 mai 2018

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00806 del 16 maggio 2018

Regeste

Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA | [Der Beschwerdeführer hat in seinem Heimatland eine mehrjährige Freiheitsstrafe wegen Betäubungsmitteldelikten verbüsst und ist danach in die Schweiz zurückgekehrt, wo er u.a. wegen Betäubungsmitteldelikten zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Das Strafgericht sah von einer Landesverweisung ab. Der Beschwerdeführer ist sozialhilfeabhängig. Umstritten ist, ob ihm eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu erteilen ist.] Der Beschwerdeführer kann seinen Aufenthalt nicht (mehr) auf das Freizügigkeitsabkommen stützen (E. 3). Ihm steht auch gestützt auf das Ausländer- und Integrationsgesetz kein Anwesenheitsanspruch zu (E. 4). Hingegen ergibt sich ein konventionsrechtlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aus der Beziehung zu seinen minderjährigen Kindern (E. 5.1). Es bestehen mehrere gewichtige öffentliche Interessen an der Verweigerung der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA (E. 5.3). Aufgrund der im Migrationsrecht bestehenden Sperrwirkung darf die Bewilligung nicht nur gestützt auf die Verurteilung des Strafgerichts verweigert werden; es dürfen jedoch über das Delikt hinausreichende Aspekte in die Beurteilung einfließen (E. 5.3.4.1). Neben der Straffälligkeit im In- und Ausland besteht aufgrund der Sozialhilfeabhängigkeit ein weiteres öffentliches Interesse (E. 5.3.2). Seit der vom Strafgericht vorgenommenen Interessenabwägung hat sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers gebessert. In Würdigung der gesamten Umstände überwiegen die öffentlichen Interessen an der Fernhaltung des Beschwerdeführers die privaten Interessen an dessen Verbleib in der Schweiz. Ein Eingriff in das Recht des Beschwerdeführers gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK erweist sich daher als gerechtfertigt (E. 6). Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen

E. 2

Abteilung VB.2020.00806 Urteil der 2. Kammer vom 31. März 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Frei (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Elisabeth Trachsel, Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Gerichtsschreiberin Linda Rindlisbacher. In Sachen A, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA, hat sich ergeben: I. A, geboren im Jahr 1961, Staatsangehöriger von Italien, reiste gemäss Akten 1983 und gemäss eigener Darstellung im Kindesalter in die Schweiz ein. Eigenen Angaben zufolge hielt er sich zwischenzeitlich im Ausland auf, insbesondere im Militärdienst in Italien und als Koch in Deutschland. Zuletzt war er im Besitz der Niederlassungsbewilligung, kontrollbefristet bis 31. Dezember 2014. Am 18. Oktober 2014 reiste A nach Italien, wo er wegen eines Betäubungsmitteldelikts verhaftet wurde und eine mehrjährige Freiheitsstrafe in Form von

Hausarrest verbüßen musste. Nach seiner Rückkehr in die Schweiz, welche angeblich am 16. Mai 2017 erfolgte, ersuchte er am 22. Mai 2017 um Verlängerung seiner Niederlassungsbewilligung. Am 15. August 2018 wurde A hier verhaftet. A erwirkte vor seiner Ausreise nach Italien am 18. Oktober 2014 folgende Straferkenntnisse: - Mit Urteil des Kreisgerichts Chur vom 24. Mai 1989 wurde er des unvollendeten Diebstahlversuchs, der fortgesetzten Hehlerei, des fortgesetzten Betrugs und des unvollendeten Betrugsversuchs sowie der fortgesetzten Urkundenfälschung schuldig gesprochen und zu einer Gefängnisstrafe von zwölf Monaten verurteilt. - Mit Strafbefehl des Polizeirichteramts des Kantons Zug vom 26. Juni 1989 wurde er wegen Verkehrsregelverletzungen mit einer Busse von Fr. 100.- bestraft. - Die Bezirksanwaltschaft Bülach sprach ihn am 11. März 1994 des mehrfachen Diebstahls schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Gefängnisstrafe von 30 Tagen. - Die Bezirksanwaltschaft Zürich erkannte ihn am 25. November 1997 der mehrfachen Widerhandlung gegen das ANAG (heute AIG) schuldig und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 1'000.-. - Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 9. Juni 2006 wurde er des Erleichterns des rechtswidrigen Aufenthalts sowie der Beschäftigung eines Ausländers ohne Bewilligung schuldig gesprochen und mit einer bedingten Gefängnisstrafe von drei Monaten bestraft. - Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Graubünden vom 20. Juni 2012 wurde er wegen grober Verletzung von Verkehrsregeln mit einer bedingten Geldstrafe von zehn Tagessätzen zu je Fr. 60.- und mit einer Busse von Fr. 500.- bestraft. Am 25. April 1994 wurde A ausländerrechtlich verwarnet. Nach seiner Ausreise nach Italien am 18. Oktober 2014 wurde er mit Urteil des Tribunal C vom 19. Dezember 2014 wegen Betäubungsmitteldelikten zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und einer Geldstrafe von 11'477.- Euro verurteilt. Nach seiner Wiedereinreise hat A erneut Anlass zu Klagen gegeben: - Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Baden vom 5. Juni 2018 wurde er wegen Diebstahls schuldig gesprochen und mit einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 30.- sowie einer Busse von Fr. 500.- bestraft. - Mit Urteil vom 5. Juni 2019 sprach ihn das Bezirksgericht Zürich des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz, der Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes für schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten sowie einer Busse von Fr. 500.-. Von der obligatorischen Landesverweisung im Sinn von Art. 66a Abs. 1 lit. o Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB) sah es ab. A befand sich vom 5. Juni 2019 im Strafvollzug und wurde aufgrund der bestehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen in Bezug auf eine Infizierung mit dem Coronavirus als Hochrisikopatient mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 14. April 2020 an seinen Wohnort in den modifizierten Vollzug (Electronic Monitoring) versetzt. Mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 7. Dezember 2020 wurde er per 20. Dezember 2020 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen. A ist mit der brasilianischen Staatsangehörigen D, geboren im Jahr 1985, verheiratet. Aus der Ehe sind Sohn E, geboren im Jahr 2003, und Tochter F, geboren im Jahr 2013, hervorgegangen. Ehefrau und Sohn verfügen über eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA, gültig bis 31. Dezember 2024, die Tochter ist im Besitz der Niederlassungsbewilligung. Die Familie wird seit Juni 2013 von der Sozialhilfe unterstützt. Mit Verfügung vom 13. März 2020 wies das Migrationsamt das Gesuch um Wiedererteilung der Niederlassungsbewilligung bzw. um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA von A ab, wies ihn aus der Schweiz weg und ordnete an, die Wegweisung werde auf das Ende des Strafvollzugs vollzogen. II. Den dagegen

erhobenen Rekurs wies die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion am 13. Oktober 2020 ab. Umstritten war nur noch die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. III. Mit Beschwerde vom 18. November 2020 liess A dem Verwaltungsgericht beantragen, die Ziffern 1, 3 und 5 des vorinstanzlichen Entscheids seien aufzuheben und sein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA gutzuheissen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessrechtlicher Hinsicht beantragte er, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse. Mit Präsidialverfügung vom 20. November 2020 hielt das Verwaltungsgericht fest, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukomme, A aber mangels vorbestehenden Anwesenheitsrechts über kein prozedurales Aufenthaltsrecht verfüge, es sich aber gleichwohl rechtfertige, während des Verfahrens vorerst von Vollzugsmassnahmen abzusehen. Weiter hielt es fest, dass über einen Beizug der IV-Akten oder eine allfällige Verfahrenssistierung während des hängigen IV-Verfahrens nach Eingang der vorinstanzlichen Akten oder mit dem Endentscheid zu befinden sei, A jedoch unter Hinweis seiner Mitwirkungspflicht dazu aufzufordern sei, zeitnah über sämtliche bewilligungsrelevanten Umstände zu informieren. Die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion verzichtete auf Vernehmlassung. Das Migrationsamt reichte keine Beschwerdeantwort ein. Mit Schreiben vom 23. Februar 2021 informierte RA B auf Nachfrage des Verwaltungsgerichts über den aktuellen Stand des IV-Verfahrens und teilte mit, dass mit Vorbescheid vom 24. November 2020 das Leistungsgesuch vom 10. August 2017 abgelehnt worden sei. Auf erneute Nachfrage reichte RA B dem Verwaltungsgericht den Vorbescheid der IV-Stelle Zürich zu den Akten. Die Kammer erwägt: 1. Mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht 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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

E. 2.1

Gemäss Art. 2 Abs. 2 des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (AIG, vormals AuG) gilt dieses Gesetz für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und ihre Familienangehörigen nur so weit, als das Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999 (FZA) keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das AIG günstigere Bestimmungen vorsieht. Gemäss Art. 61 Abs. 2 AuG erlischt die Niederlassungsbewilligung unter anderem dann, wenn sich der Ausländer, ohne sich abzumelden, während sechs Monaten tatsächlich im Ausland aufhält. Mit Ausnahme eines Auslandsaufenthalts wegen Militärdienst, steht diese Regelung im Einklang mit Art. 6 Abs. 5 Anhang 1 FZA.

E. 2.2

Dass sich der Beschwerdeführer als Staatsangehöriger von Italien auf das FZA berufen kann, ist unbestritten.

E. 2.3

Der Beschwerdeführer hielt sich vom 18. Oktober 2014 bis 16. Mai 2017 – und somit mehr als sechs Monate – in Italien auf, ohne sich in der Schweiz abzumelden. Da sein Heimataufenthalt unbestrittenermassen nicht der Absolvierung des Militärdienstes diene,

ist seine Niederlassungsbewilligung spätestens nach 6 Monaten, bzw. am 18. April 2015, erloschen. Zu prüfen bleibt, ob die Voraussetzungen für eine Neuerteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erfüllt sind, namentlich ob sich ein solcher Anspruch aus den freizügigkeitsrechtlichen Bestimmungen (vgl. E. 3 nachfolgend), den Bestimmungen des AIG (vgl. E. 4 nachfolgend) oder dem konventions- und verfassungsmässig geschützten Recht auf Privat- und Familienleben (vgl. E. 5 nachfolgend) ableiten lässt.

E. 3.1.1

Das Freizügigkeitsabkommen bezweckt die diskriminierungsfreie Einführung des freien Personenverkehrs für erwerbstätige (Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Selbständigerwerbende [Art. 1 lit. a FZA]) sowie nichterwerbstätige (Art. 1 lit. c FZA) Angehörige eines EU-Mitgliedstaats und ihre Familienangehörigen (vgl. Art. 3 Anhang I FZA). Entsprechend ist den genannten Personenkategorien im Rahmen der Voraussetzungen des Anhangs I FZA etwa gestattet, sich – mit einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA – in der Schweiz aufzuhalten und hier einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen (vgl. Art. 6 ff. Anhang I FZA) bzw. im Anschluss an diese gegebenenfalls im Land zu verbleiben (Art. 4 Abs. 1 Anhang I FZA; vgl. zum Ganzen BGr, 2. November 2015, 2C_243/2015, E. 2.1 mit Hinweisen). Bei dauernder Arbeitsunfähigkeit besteht ein bedingungsloses Verbleiberecht, wenn Staatsangehörige der EU oder EFTA wegen eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit dauernd arbeitsunfähig geworden sind und Anspruch auf eine Rente eines schweizerischen Versicherungsträgers haben oder nach zweijährigem ständigem Aufenthalt in der Schweiz aus einem anderen Grund dauerhaft arbeitsunfähig werden (Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 bzw. Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 75/34/EWG; Zünd/Hugi Yar, S. 191 mit Hinweisen). Gemäss den genannten Bestimmungen muss die unselbständige bzw. selbständige Erwerbstätigkeit gerade "infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit" aufgegeben worden sein, was nicht der Fall ist, wenn die Erwerbsaufgabe auf andere Gründe zurückzuführen ist bzw. der Arbeitnehmerstatus bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit bereits entfallen war (vgl. BGE 141 II 1 E. 4.2.3). Wer sich auf ein Verbleiberecht im Sinn der genannten Bestimmungen berufen kann, behält seine als selbständig oder unselbständig Erwerbstätiger erworbenen Rechte und hat insbesondere auch Anspruch auf Sozialhilfe (vgl. BGE 141 II 1 E. 4.1).

E. 3.1.2

Der Beschwerdeführer geht seit Oktober 2014 keiner Erwerbstätigkeit mehr nach und ist seit seiner Einreise in die Schweiz im Mai 2017 von der Sozialhilfe abhängig. Der Beschwerdeführer hat zuletzt an drei bis vier Tagen pro Woche in Hilfsjobs als Kochablösung gearbeitet. Da der Beschwerdeführer die Arbeitnehmereigenschaft nicht mehr erfüllt, kann er seinen Aufenthalt nicht auf die Arbeitnehmereigenschaft stützen. Durch seine Sozialhilfeabhängigkeit hat er die Voraussetzungen von Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA offensichtlich nicht erfüllt, weshalb ihm auch als Erwerbsloser keine Aufenthaltsbewilligung zuzusprechen ist. Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei aufgrund seines Gesundheitszustandes arbeitsunfähig, weshalb er am 10. August 2017 ein Gesuch um Erhalt einer IV-Rente eingereicht habe. Die IV-Stelle Zürich hat das Leistungsgesuch des Beschwerdeführers mit Vorbescheid vom 24. November 2020 jedoch abgelehnt. Zur Begründung führte sie aus, dass der Beschwerdeführer aus gesundheitlichen Gründen in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt gewesen sei, sich sein Gesundheitszustand indes verbessert habe und er seit Februar 2020 in einer seinen Leiden

angepassten Tätigkeit zu 100 % arbeitsfähig sei. Der Beschwerdeführer hat eigenen Angaben zufolge dagegen Einsprache erhoben. Er gibt an, es sei davon auszugehen, dass eine polydisziplinäre Begutachtung durchgeführt werden müsse. Diese werde einige Zeit in Anspruch nehmen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf die Migrationsbehörde bei geltend gemachter dauernder Arbeitsunfähigkeit so lange nicht über den weiteren Aufenthaltsstatus entscheiden, als die IV-Abklärungen bezüglich der dauernden Arbeitsunfähigkeit noch im Gang sind. Im Zweifelsfall ist die Verfügung der zuständigen IV-Stelle abzuwarten. Der Aufenthaltsstatus darf nur dann früher geregelt werden, wenn die IV-rechtliche Ausgangslage als Vorfrage zum Bewilligungsentscheid klar und eindeutig erscheint (BGE 141 II 1 E. 4.2.1; BGr, 27. August 2015, 2C_771/2014, E. 2.3.3; BGr, 8. Juli 2014, 2C_1102/2013, E. 4.4; BGr, 30. Oktober 2013, 2C_587/2013, E. 4.3). Eine Sistierung des migrationsrechtlichen Beschwerdeverfahrens, um das Ergebnis des sozialversicherungsrechtlichen Einspracheverfahrens abzuwarten, ist vorliegend jedoch nicht angezeigt, da sich der Beschwerdeführer auch bei einem positiven IV-Entscheid nicht auf das Recht, bei dauernder Arbeitsunfähigkeit in der Schweiz verbleiben zu können, berufen kann. Ein solches setzt voraus, dass die Arbeitnehmereigenschaft aufgrund der Arbeitsunfähigkeit aufgegeben wurde. Der Beschwerdeführer war zum Zeitpunkt, als er seine Arbeitnehmereigenschaft im Jahr 2014 verloren hat, nicht arbeitsunfähig. Er hat die Schweiz im Jahr 2014 zudem verlassen, wodurch seine Niederlassungsbewilligung erloschen ist. Er verfügt seither über keinen gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz mehr. Er kann daher aus dem Recht, bei dauernder Arbeitsunfähigkeit in der Schweiz verbleiben zu können, keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA ableiten. Der Abschluss des IV-Verfahrens muss folglich nicht abgewartet werden und der Eventualantrag ist damit abzuweisen.

E. 3.2.1

Gestützt auf Art. 7 lit. d und e FZA in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 und 2 lit. a Anhang I FZA haben Ehegatten von EU-Staatsangehörigen mit Aufenthaltsrecht in der Schweiz ungeachtet der eigenen Staatsangehörigkeit das Recht, bei diesen Wohnung zu nehmen und eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Dieses abgeleitete Aufenthaltsrecht knüpft an den formellen Bestand der Ehe an und darf grundsätzlich nicht vom Erfordernis des Zusammenlebens abhängig gemacht werden, sofern nicht rechtsmissbräuchlich zur blossen Aufenthaltssicherung an einer nur noch formell bestehenden Ehe festgehalten wird (vgl. BGE 130 II 113 [= Pra 93/2004 Nr. 171] E. 8 f.; BGE 139 II 393 E. 2.1). Bei unselbständig erwerbstätigen Arbeitnehmenden aus der EU/EFTA und ihren Familienangehörigen stellt sodann die Sozialhilfeabhängigkeit grundsätzlich keinen Grund für eine Aufenthaltsbeendigung dar, solange sie nicht dauerhaft und erheblich von der Fürsorge unterstützt werden müssen (vgl. Art. 63 Abs. 1 lit. c AIG; vgl. ferner die Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration [SEM] zur Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs [Stand April 2020], Ziff. 10.4.4.1). Nach Art. 3 Anhang I FZA (in Verbindung mit Art. 7 lit. d FZA) haben Familienangehörige einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, das Recht bei ihr Wohnung zu nehmen (Abs. 1); als Familienangehörige gelten ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit die Verwandten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird (Abs. 2 lit. b).

E. 3.2.2

Der Beschwerdeführer führt zwar unbestritten eine intakte Ehe, jedoch ist seine Ehefrau nicht Bürgerin eines EU/EFTA-Staates, weshalb er aufgrund der Ehe keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA aus dem FZA ableiten kann. Auch steht ihm aus den Beziehungen zu den zwei gemeinsamen Kindern kein solcher Anspruch zu, da die Kinder nicht für seinen Unterhalt aufkommen.

E. 4.1

Nach Art. 44 Abs. 1 AIG kann ausländischen Ehegatten von Personen mit Aufenthaltsbewilligung eine Aufenthaltsbewilligung erteilt und verlängert werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen, eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist, sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind, sie sich in der am Wohnort gesprochenen Landessprache verständigen können und die nachziehende Person keine jährlichen Ergänzungsleistungen nach dem ELG bezieht oder wegen des Familiennachzugs beziehen könnte. Der Beschwerdeführer kann aufgrund der Sozialhilfeabhängigkeit gestützt auf die Ehe mit seiner in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Ehefrau keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aus Art. 44 Abs. 1 AIG ableiten. Vollständigkeithalber ist festzustellen, dass auch eine ermessensweise Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aufgrund der Sozialhilfeabhängigkeit ausser Betracht fällt.

E. 4.2

Im Fall einer freiwilligen Ausreise kommt eine Wiedereinlassung nach Art. 30 Abs. 1 lit. k AuG in Verbindung mit Art. 49 VZAE während längstens zwei Jahren Auslandsabwesenheit infrage, gehen Gesetz- und Verordnungsgeber doch davon aus, dass bei einem darüber hinausgehenden Auslandsaufenthalt die früheren Verbindungen zur Schweiz bereits stark abgeschwächt sind. Der Beschwerdeführer hielt sich mehr als zwei Jahre in seiner italienischen Heimat auf, weshalb eine Wiedereinlassung nach genannten Bestimmungen ausser Betracht fällt.

E. 5.1

Verfügt ein Ausländer – wie hier – über nahe Verwandte mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht in der Schweiz und wird die intakte familiäre Beziehung tatsächlich gelebt, kann es Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) bzw. Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) verletzen, wenn ihr die Anwesenheit untersagt und damit ihr Familienleben vereitelt wird (BGE 130 II 281 E. 3.1 mit Hinweisen). Sodann können sich Ausländer der zweiten Generation – wie der Beschwerdeführer – auf ihr Recht auf Privatleben berufen (VGr, 23. Juli 2020, VB.2019.00636, E. 4.1, und 23. Oktober 2019, VB.2019.00079, E. 3.2). Es ist unbestritten, dass sich für den Beschwerdeführer zumindest aus der Beziehung zu seinen minderjährigen Kindern ein konventionsrechtlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ergibt. Die Beziehung zu ihnen ist intakt. Die Familie lebt in einem gemeinsamen Haushalt. Die Ehefrau wie auch die gemeinsamen Kinder verfügen über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht und ihnen ist die Ausreise aus der Schweiz mit dem Beschwerdeführer nicht zumutbar.

E. 5.2

Kann sich der Beschwerdeführer auf Art. 8 EMRK berufen, kommt die Verweigerung einer Anwesenheitsbewilligung einem Eingriff in den darin gewährleisteten Anspruch auf Achtung des Familienlebens gleich. Der betreffende Anspruch gilt indes nicht absolut. Vielmehr ist nach Art. 8 Abs. 2 EMRK ein Eingriff in das durch Abs. 1 geschützte

Rechtsgut statthaft, soweit dieser gesetzlich vorgesehen ist und eine verhältnismässige Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Die Konvention bzw. die diese verbindlich auslegende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte verlangt im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 EMRK, die privaten Interessen der betroffenen Person am Verbleib im Land anhand mehrerer Kriterien zu erfassen (Schwere des Fehlverhaltens; Dauer der Anwesenheit; seit der Tat verstrichener Zeitraum; Verhalten des Betroffenen während desselben; Nationalität der beteiligten Personen; Art und Natur der familiären Bindungen; Kenntnis der Straftat bei Eingehen der Beziehung; der Familie drohende Nachteile; Qualität der sozialen, kulturellen und familiären Beziehungen zum Gast- und zum Heimatstaat). In der Folge sind die entsprechenden privaten Interessen dem öffentlichen Interesse an der Entfernung bzw. Fernhaltung der betroffenen Person gegenüberzustellen und abzuwägen (BGE 135 I 143 E. 2.1, 153 E. 2.2.1, 122 II 1 E. 2 mit Hinweisen). Analoge Voraussetzungen ergeben sich aus Art. 36 BV im Hinblick auf einen Eingriff in Art. 13 BV.

E. 5.3

Es bestehen vorliegend mehrere gewichtige öffentliche Interessen an einer Verweigerung der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung:

E. 5.3.1

Der Beschwerdeführer ist wiederholt und in erheblichem Masse strafrechtlich in Erscheinung getreten:

E. 5.3.1.1

Der Beschwerdeführer ist in der Schweiz von 1989 bis 2018 insgesamt sieben Mal u. a. wegen Diebstahls, Hehlerei, Betrugs, Urkundenfälschung, Verkehrsregelverletzungen, Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz strafrechtlich verurteilt worden und dabei mit Freiheitsstrafen von 16 Monaten, Geldstrafen von 40 Tagessätzen und Bussen in der Höhe von Fr. 2'100.- bestraft worden. Bei schweren Straftaten und bei Rückfall bzw. wiederholter Delinquenz besteht regelmässig ein wesentliches öffentliches Interesse, die weitere Anwesenheit der Täterin oder des Täters zu beenden, da und soweit sie hochwertige Rechtsgüter verletzt oder in Gefahr gebracht haben bzw. sich von straf- und ausländerrechtlichen Massnahmen nicht beeindrucken lassen und damit zeigen, dass sie auch künftig weder gewillt noch fähig erscheinen, sich an die hiesige Rechtsordnung zu halten (BGE 139 I 16 E. 2.1). Die gesamten strafrechtlichen Verurteilungen sprechen für ein grosses öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers aus der Schweiz. Auch wenn diese Delikte zum Teil Jahre zurückliegen und ihnen daher nur noch untergeordnete Bedeutung zukommt, zeigt der Beschwerdeführer mit seiner jahrelangen Delinquenz, dass er generell Mühe hat, sich an die schweizerische Rechtsordnung zu halten.

E. 5.3.1.2

Darüber hinaus erwirkte er im Ausland eine strafrechtliche Verurteilung. Mit Urteil vom Tribunal C vom 19. Dezember 2014 wurde er wegen Betäubungsmitteldelikten zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und einer Geldstrafe von 11'477.- Euro verurteilt. Strafrechtliche Verurteilungen, welche durch ein ausländisches Gericht ausgesprochen wurden, dürfen auch in der Schweiz im Bewilligungsverfahren berücksichtigt werden, sofern das infrage stehende Delikt auch nach schweizerischer Rechtsordnung als

Verbrechen oder Vergehen aufzufassen wäre, das ausländische Urteil rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt und insbesondere die Verteidigungsrechte geachtet wurden sowie anzunehmen ist, dass für vergleichbare Taten auch in der Schweiz eine überjährige Strafe ausgesprochen worden wäre (vgl. BGr, 13. März 2012, 2C_817/2011, E. 3.1.1).

Betäubungsmitteldelikte stehen auch in der Schweiz unter Strafe. Es liegen keine Hinweise vor, die darauf hindeuten würden, dass bei der Verurteilung in Italien die rechtsstaatlichen Grundsätze nicht eingehalten worden wären. Solches macht der Beschwerdeführer denn auch nicht geltend. Die vom Beschwerdeführer im Ausland erwirkte strafrechtliche Verurteilung darf damit grundsätzlich bei der vorliegend vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung berücksichtigt werden. Betäubungsmitteldelikte stellen eine schwerwiegende Rechtsgutverletzung dar, die ein grosses öffentliches Interesse an der Fernhaltung eines entsprechenden Täters begründen (vgl. BGE 139 I 31 E. 2.3.2).

E. 5.3.1.3

Zuletzt wurde er mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 5. Juni 2019 wegen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz, der Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten sowie zu einer Busse von Fr. 500.- verurteilt. Das Bezirksgericht hat in seinem Urteil nach einer Interessenabwägung von einer Landesverweisung abgesehen. Es hielt im Wesentlichen fest, dass der Beschwerdeführer mit einer grossen Menge von insgesamt 1'800 Gramm Kokaingemisch mit einem durchschnittlichen Reinheitsgrad von 70 % gehandelt und hierarchisch nicht auf der untersten Stufe gestanden habe. Er habe damit die Gesundheit vieler Menschen gefährdet. Es erachtete das öffentliche Interesse als gewichtig. Demgegenüber erachtete es die privaten Interessen des Beschwerdeführers als gerade noch leicht überwiegend. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, es bestehe nur eine geringe Rückfallgefahr. Der Beschwerdeführer sei zwar einschlägig in Italien vorbestraft und fast unmittelbar nach seiner Entlassung aus dem italienischen Strafvollzug im Mai 2017 mit der Begehung schwerer Betäubungsmitteldelikte in der Schweiz aufgefallen. Er habe jedoch glaubhaft und nachvollziehbar grosse Reue und Selbstkritik gezeigt. Sodann habe sich sein Gesundheitszustand erheblich verschlechtert. Er sei fast rundum auf pflegerische Unterstützung angewiesen. Der Beschwerdeführer habe zudem angeblich keinen Kontakt mehr zu seinen in Italien lebenden Verwandten. Die Landesverweisung würde auch ungünstige Auswirkungen auf seine minderjährigen Kinder haben. Es liege aufgrund der familiären Verhältnisse eine persönliche Härte vor. Hingegen führe die Arbeitssituation des Beschwerdeführers nicht zu einem Härtefall, da er bei einer Landesverweisung nicht aus einem stabilen (Arbeits-)Umfeld herausgerissen werde. Der Beschwerdeführer sei seit dem Jahr 2012 nur noch teilweise erwerbstätig und seit Oktober 2014 immer wieder von der Sozialhilfe abhängig. Die Wiedereingliederung des Beschwerdeführers auf dem Arbeitsmarkt sei wenig chancenreich. Vor dem Hintergrund seiner schweren gesundheitlichen Probleme und seiner langjährigen Erwerbstätigkeit (bis im Alter von 51 Jahren) könne die Arbeitssituation jedoch nur von untergeordneter Bedeutung sein. Der Beschwerdeführer leide an schweren und mannigfachen gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Er leidet unter einer peripheren arteriellen Verschlusskrankheit (PAVK Stadium I beidseitig), einer arteriellen Hypertonie und Herzinsuffizienz (hypertensive und koronare Herzkrankheit), einer Herzrhythmusstörung (Vorhofflimmern), einer Entzündung des Knochenmarkraums an der Ferse (chronische Osteomyelitis Calcaneus), an Diabetes (Typ 1), chronischer Niereninsuffizienz, beidseitiger, durch Diabetes hervorgerufener Erkrankung der Netzhaut des Auges (diabetische Retinopathie) sowie einer

Sensibilitätsstörung im linken Unterarm (Hypästhesie). Am 17. November 2016 habe der Beschwerdeführer einen Herzinfarkt erlitten. Ausserdem sei er in psychiatrischer Behandlung. Aufgrund der Diabetes-Erkrankung müsse der Beschwerdeführer täglich Insulin einnehmen und es sei wegen fehlender Blutzirkulation eine Teilamputation des Fusses erfolgt. Die Motorik sei allgemein eingeschränkt, der Beschwerdeführer leide unter Gleichgewichtsstörungen und auch das Erinnerungsvermögen sei beeinträchtigt. Der Beschwerdeführer sei täglich auf eine grosse Zahl an Medikamenten und auf eine intensive medizinische Betreuung angewiesen. Er habe sich in der Schweiz ein Netzwerk an Ärzten aufgebaut, die seine Krankheitsgeschichte kennen würden und entsprechend eine medizinisch notwendige Versorgung gewährleisten könnten. Der Aufbau eines solchen Netzwerks in Italien würde einige Zeit in Anspruch nehmen. Der Beschwerdeführer sei jedoch auf eine nachhaltige medizinische Betreuung angewiesen. Es sei nicht davon auszugehen, dass eine solche – auch auf einem moderateren Level – in Italien ohne Weiteres gewährleistet wäre. Angesichts seines Alters weise der Beschwerdeführer eine stark angeschlagene gesundheitliche Verfassung auf.

E. 5.3.1.4

Nach der im Migrationsrecht bestehenden Sperrwirkung darf der Widerruf einer Bewilligung nicht nur damit begründet werden, dass ein Delikt begangen wurde, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe- oder Massnahme verhängt hat, jedoch von einer Landesverweisung abgesehen hat (vgl. Art. 62 Abs. 2 AIG). Wie die Vorinstanz mit Bezug auf ein Urteil des Bundesgerichts festgehalten hat, gilt die Sperrwirkung auch im Fall der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung (vgl. hierzu BGr, 20. Januar 2020, 2C_362/2019, E. 8.1). Nachdem das Bezirksgericht Zürich von einer Landesverweisung abgesehen hat, darf dem Beschwerdeführer die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA folglich nicht bloss gestützt auf die Verurteilung durch das Bezirksgericht Zürich vom 5. Juni 2019 verweigert werden. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts steht es den Ausländerbehörden indes weiterhin zu, die Bewilligung dieser Person gestützt auf ausländerrechtliche Überlegungen zu widerrufen (bzw. Nichtzuerteilen), wenn über das Delikt hinausreichende Aspekte in die Beurteilung einfließen, etwa solche, die zum Zeitpunkt des Urteils nicht bekannt waren, erst später eintraten oder rein ausländerrechtliche Gründe betreffen (vgl. statt vieler BGr, 18. November 2019, 2C_305/2018, E. 4.1). Im migrationsrechtlichen Verfahren sind im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung alle öffentlichen Interessen, die gegen eine Bewilligungserteilung sprechen, zu berücksichtigen. Neben dem aufgrund der Begehung einer Anlasstat durch das Bezirksgericht Zürich bindend festgestellten erheblichen öffentlichen Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers aus der Schweiz können sich im migrationsrechtlichen Verfahren daher weitere Gründe ergeben, die im Rahmen der vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen sind. Davon ausgehend kann die Verhältnismässigkeitsprüfung zu einem anderen Resultat führen. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob aus migrationsrechtlicher Sicht weitere Gründe bestehen, welche gegen eine Bewilligungserteilung sprechen.

E. 5.3.2

Aufgrund der Sozialhilfeabhängigkeit des Beschwerdeführers besteht ein weiteres öffentliches Interesse an einer Verweigerung der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. Der Beschwerdeführer ist seit 2012 nur noch teilweise erwerbstätig und muss seit Oktober 2014 immer wieder von der Sozialhilfe unterstützt werden. Seine Familie wird

seit dem 1. Juni 2013 fortdauernd von der Sozialhilfe unterstützt. Die Familie hat bisher rund Fr. 375'000.- (Stand September 2020) an Sozialhilfegeldern bezogen. Es besteht grundsätzlich ein erhebliches öffentliches Interesse an der Fernhaltung von Ausländerinnen und Ausländern aus der Schweiz, welche durch ihre Sozialhilfeabhängigkeit das wirtschaftliche Wohl des Landes gefährden (Art. 3 Abs. 1 AIG; vgl. BGr, 2. November 2017, 2C_260/2017, E. 3.5). Wie bereits festgehalten, hat die IV-Stelle Zürich das Gesuch um Ausrichtung einer Invalidenrente mit Vorbescheid vom 24. November 2020 abgelehnt und festgestellt, dass der Beschwerdeführer seit Februar 2020 in einer seinen Leiden angepassten Tätigkeit zu 100 % arbeitsfähig sei (vgl. E. 3.1.2). Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, ist selbst bei einem positiven IV-Entscheid nicht davon auszugehen, dass die Rente für seinen Lebensunterhalt ohne die ergänzende Unterstützung der öffentlichen Hand ausreichen wird. Der Beschwerdeführer war zuletzt während drei bis vier Tagen pro Woche als Hilfskoch tätig und geht seit Mai 2017 keiner Erwerbstätigkeit mehr nach. Eine Ablösung von der Sozialhilfe ist bei dem 59-jährigen Beschwerdeführer, der gesundheitlich angeschlagen ist, deshalb nicht absehbar. Es ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer weiterhin Sozialhilfe bzw. in der Folge Ergänzungsleistungen beziehen und auch das Gesundheitswesen belasten wird. Eine Sistierung des migrationsrechtlichen Beschwerdeverfahrens, um das Ergebnis des sozialversicherungsrechtlichen Einspracheverfahrens abzuwarten, ist auch in Bezug auf die Sozialhilfeabhängigkeit nicht angezeigt. Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, ist vorliegend, da es sich um eine Neuerteilung und nicht um einen Widerruf bzw. eine Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung handelt, nur von untergeordneter Bedeutung, dass sein Verschulden an der Sozialhilfeabhängigkeit eher im unteren Bereich anzusiedeln ist. Der Beschwerdeführer hat zudem Schulden. Er schuldet dem Kanton Zürich Fr. 18'394.60 aus erledigten Verfahren. Es besteht demnach auch in wirtschaftlicher Hinsicht ein grosses öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers aus der Schweiz.

E. 6

Diesen erheblichen öffentlichen Fernhalteinteressen sind die privaten Interessen des Beschwerdeführers gegenüberzustellen. Das Bezirksgericht Zürich hat seinem Urteil vom 5. Juni 2019 im Rahmen der Prüfung eines Landesverweises eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen und ist zum Schluss gelangt, dass die privaten Interessen des Beschwerdeführers das öffentliche Interesse an seiner Fernhaltung gerade noch leicht überwiegen. Es mass dabei insbesondere dem gesundheitlichen Zustand des Beschwerdeführers grosses Gewicht bei (vgl. E. 5.4.1.3). Im Unterschied zu der vom Bezirksgericht Zürich vorgenommenen Interessenabwägung ist in migrationsrechtlicher Hinsicht auch zu berücksichtigen, dass neben dem erheblichen öffentlichen Interesse aufgrund der Straffälligkeit noch ein grosses wirtschaftliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers besteht. Seit der durch das Bezirksgericht Zürich vorgenommenen Verhältnismässigkeitsprüfung hat sich der Sachverhalt zudem verändert. Der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers hat sich mittlerweile gebessert. Gesundheitliche Einschränkungen stehen nur dann einer Rückkehr ins Heimatland entgegen, wenn dort mit einer raschen und lebensgefährdenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustands zu rechnen ist (vgl. BGr, 27. März 2015, 2C_396/2014, E. 4.5; BGr, 15. Mai 2008, 2C_187/2008, E. 2.3). Von dem ist vorliegend, insbesondere nachdem sich der Gesundheitszustand verbessert hat, nicht auszugehen und solches wird vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht. Es ist der Vorinstanz nach dem Gesagten zuzustimmen, dass in Würdigung der gesamten Umstände die öffentlichen Interessen

(wirtschaftliches Wohl des Landes; öffentliche Sicherheit und Ordnung) an der Fernhaltung des Beschwerdeführers die privaten Interessen an dessen Verbleib in der Schweiz überwiegen. Ein Eingriff in das Recht des Beschwerdeführers gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK erweist sich daher als gerechtfertigt. Damit ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 7.1

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen; eine Parteientschädigung steht ihm nicht zu (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 sowie § 17 Abs. 2 VRG).

E. 7.2

Der Beschwerdeführer beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und des unentgeltlichen Rechtsbeistands. Nach § 16 Abs. 1 VRG ist Privaten, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint, auf entsprechendes Ersuchen die Bezahlung von Verfahrenskosten und Kostenvorschüssen zu erlassen. Sie haben nach Abs. 2 derselben Bestimmung Anspruch auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren. Offensichtlich aussichtslos sind Begehren, bei denen die Aussichten zu obsiegen wesentlich geringer sind als die Aussichten zu unterliegen, und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (statt vieler VGr, 18. August 2016, VB.2016.0019, E. 5.).

E. 7.3

Der Beschwerdeführer befand sich bis vor Kurzem im offenen Strafvollzug. Er wird von der Sozialhilfe unterstützt. Es ist deshalb von seiner Mittellosigkeit auszugehen. Die vorliegende Beschwerde erweist sich aufgrund der dargelegten Umstände nicht als offensichtlich aussichtslos und der Beschwerdeführer ist offensichtlich nicht in der Lage, seine Rechte im Verfahren selbst zu wahren, weshalb dem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und dem Gesuch um unentgeltliche Rechtsbeistandung zu entsprechen ist. Dem Beschwerdeführer ist damit RA B als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Der Beschwerdeführer wird darauf aufmerksam gemacht, dass er zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist (§ 16 Abs. 4 VRG).

E. 7.4

Rechtsvertreter RA B weist in seiner Kostennote einen zeitlichen Aufwand von 9,75 Stunden aus. Dieser Zeitaufwand wäre wohl auch für eine in der Schweiz anwaltlich tätige Person objektiv erforderlich gewesen, um die effektiv erbrachten Dienstleistungen in der gleichen Qualität zu erbringen, weshalb der für Rechtsanwälte vorgesehene Stundenansatz von Fr. 220.- (§ 9 Abs. 1 Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2010 [GebV VGr] i. V. m. § 3 Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 [AnwGebV]) auch für den Rechtsvertreter, der nicht über das Rechtsanwaltspatent verfügt, angemessen erscheint (zum Ganzen siehe VGr, 16. Mai 2018, VB.2017.00799, E. 2.4). Dies führt unter Einberechnung der Auslagen von Fr. 7.30.- zu einer Entschädigung von Fr. 2'137.30.

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