Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.549/2002/sch

Urteil vom 12. Februar 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Bundesrichter Merkli,
Gerichtsschreiber Merz.

A._____, geb. 1978,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Stephan
A. Buchli, Stauffacherstrasse 35, Postfach, 8026 Zürich,

gegen

Regierungsrat des Kantons Zürich,
Kaspar Escher-Haus, 8090 Zürich,
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2. Abteilung, 2. Kammer, Militärstrasse 36, Postfach, 8021 Zürich.

Aufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 2. Abteilung,
vom 25. September 2002.

Sachverhalt:
A.
Der aus der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien (Kosovo) stammende X._____ (geb. 1978) reiste Ende 1994 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz ein. In der Folge erteilte ihm die Fremdenpolizeibehörde des Kantons Zürich (im Folgenden: Migrationsamt) eine Jahresaufenthaltsbewilligung, die sie letztmals bis zum 2. Dezember 2000 verlängerte. Am 11. Januar 2000 verhaftete die Polizei X._____ im Zusammenhang mit dem Transport eines Heroingemischs von rund 19 Kilogramm (12 Kilogramm reines Heroin enthaltend). Das Bezirksgericht Zürich (im Folgenden: Bezirksgericht) verurteilte ihn vor allem hierfür am 7. Juni 2000 zu zweieinhalb Jahren Gefängnis.

Unter Bezugnahme auf diese strafrechtliche Verurteilung wiesen das Migrationsamt sowie der Regierungsrat des Kantons Zürich (im Folgenden: Regierungsrat) als Rekursbehörde mit Entscheiden vom 6. Februar und 5. September 2001 das Begehren von X._____ um Erneuerung seiner Aufenthaltsbewilligung ab. X._____ wurde eine Frist zum Verlassen des Kantons bis zum 10. November 2001 gesetzt. Das Bundesamt für Ausländerfragen ordnete am 19./20. September 2001 eine Einreisesperre für unbestimmte Dauer an und dehnte die kantonale Wegweisung auf das Gebiet der ganzen Schweiz aus.
B.
Am 15. Oktober 2001 heiratete X._____ eine Schweizer Bürgerin (geb. 1981) und stellte alsdann ein "Gesuch um Aufenthaltsbewilligung/Wiedererwägungsgesuch". Das Migrationsamt lehnte mit Verfügung vom 28. November 2001 die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ab und entzog einem allfälligen Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung. Mit Rekursentscheid vom 20. März 2002 bestätigte der Regierungsrat die angefochtene Verfügung. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (im Folgenden: Verwaltungsgericht) am 25. September 2002 ab.
C.

X._____ hat am 7. November 2002 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, den Entscheid des Verwaltungsgerichts aufzuheben und das Migrationsamt anzuweisen, ihm eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Gleichentags hat sich auch die Ehefrau von X._____ schriftlich an das Bundesgericht gewandt. Sie hat zur Beschwerde ihres Gatten Stellung genommen und um deren Gutheissung ersucht.
D.
Das Verwaltungsgericht beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Staatskanzlei des Kantons Zürich (für den Regierungsrat) sowie das Bundesamt für Ausländerfragen schliessen auf Abweisung der Beschwerde.
E.
Dem sinngemässen Begehren von X._____, bis zum Entscheid in der Hauptsache von Vollziehungsvorkehrungen abzusehen, hat der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts mit Verfügung vom 3. Dezember 2002 entsprochen.
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Nach Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers grundsätzlich Anspruch auf Erteilung und Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung. Das Gleiche ergibt sich aus dem in Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV garantierten Schutz des Familienlebens, wenn die Beziehung zum Ehegatten bzw. zu einem hier über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Kind tatsächlich gelebt wird (BGE 127 II 60 E. 1d/aa S. 64 f.; 126 II 377 E. 2b und 7 S. 382 ff. und 394; 109 Ib 183 ff.).

Der Beschwerdeführer ist mit einer Schweizerin verheiratet, wobei die eheliche Beziehung intakt ist. Er kann sich für die Erneuerung der verlangten Aufenthaltsbewilligung damit sowohl auf Art. 7 ANAG als auch auf Art. 8 EMRK und Art. 13 BV berufen. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist deshalb einzutreten (vgl. Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG in Verbindung mit Art. 4 ANAG). Ob die Bewilligung verweigert werden durfte, weil einer der in Art. 7 ANAG vorbehaltenen Ausnahmetatbestände vorliegt, bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (BGE 120 Ib 6 E. 1 S. 8; 126 II 265 E. 1b S. 266, mit Hinweisen).
1.2 Das Schreiben der Ehefrau des Beschwerdeführers vom 7. November 2002, auf welches der Beschwerdeführer Bezug nimmt, ist nicht als eigenständige Beschwerde zu behandeln, sondern allenfalls als Ergänzung der Eingabe des Ehemannes.
2.
Laut Art. 7 Abs. 1 ANAG erlischt der Anspruch des ausländischen Ehepartners eines Schweizer Bürgers auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, falls ein Ausweisungsgrund vorliegt. Das ist unter anderem der Fall, wenn der Ausländer - wie hier - wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde (Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG). Allerdings ist zusätzlich eine Angemessenheitsprüfung mit Interessenabwägung erforderlich: Nur wenn diese zu Lasten des Ausländers ausfällt, darf die Bewilligung verwehrt werden (BGE 120 Ib 6 E. 4a S. 12 f., mit Hinweis). Dabei ist namentlich auf die Schwere des Verschuldens, auf die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz sowie auf die dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile abzustellen (vgl. Art. 11 Abs. 3 ANAG in Verbindung mit Art. 16 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV; SR 142.201]). Ob die beanstandete Massnahme angemessen ist, stellt eine Rechtsfrage dar, die das Bundesgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde frei überprüft (Art. 104 lit. a OG). Entgegen der Ansicht der Ehefrau des Beschwerdeführers ist es dem Bundesgericht indes verwehrt, sein eigenes Ermessen -
im Sinne einer Überprüfung der Zweckmässigkeit - an die Stelle desjenigen der Behörden zu setzen (BGE 125 II 105 E. 2a S. 107, mit Hinweisen).

Gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist ein Eingriff in das Rechtsgut des Familienlebens nur statthaft, falls er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutze der Gesundheit und Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer notwendig erscheint. Bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK

wird - wie bei Art. 11 Abs. 3 ANAG - abgestellt auf die Schwere des begangenen Delikts, auf den seit der Tat vergangenen Zeitraum, auf das Verhalten des Ausländers während dieser Periode, auf die Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen sowie auf deren familiäre Situation. Die Behörde hat zudem zu berücksichtigen: die Dauer der ehelichen Beziehung und weitere Gesichtspunkte, welche Rückschlüsse auf deren Intensität zulassen (Geburt und Alter allfälliger Kinder; Kenntnis der Tatsache, dass die Beziehung wegen der Straftat unter Umständen nicht im entsprechenden Land gelebt werden könnte usw.), sowie die Nachteile, welche dem Ehepartner erwachsen würden, müsste er dem Betroffenen in dessen Heimatstaat
nachfolgen. Allein die Tatsache, dass der Nachzug mit gewissen Schwierigkeiten verbunden ist, schliesst eine Ausweisung bzw. Nichterneuerung der Bewilligung noch nicht aus (vgl. Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 2. August 2001 i.S. Boultif, publ. in: VPB 65/2001 Nr. 138 S. 1392 Rz. 48 S. 1398 f.).
3.
3.1 Ausgangspunkt und Massstab für die fremdenpolizeiliche Interessenabwägung ist die vom Strafrichter verhängte Freiheitsstrafe. Der Beschwerdeführer ist wegen des Transports von Betäubungsmitteln zu zweieinhalb Jahren Gefängnis verurteilt worden. Bei einem mit einer Schweizerin verheirateten Ausländer, der erstmals um eine Bewilligung ersucht oder nach bloss kurzer Aufenthaltsdauer deren Erneuerung beantragt, hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen, dass die Grenze, von der an in der Regel selbst dann keine Bewilligung mehr erteilt wird, wenn dem Ehepartner die Ausreise nur schwer zumutbar erscheint, bei einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren liegt (sog. Reneja-Praxis). Dabei handelt es sich allerdings nur um einen Richtwert. Bezüglich des Strafmasses wird keine feste Grenze gezogen (BGE 120 Ib 6 E. 4b S. 14). Es ist immer nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden, ob das öffentliche Interesse an der Fernhaltung oder das private Interesse des Betroffenen, mit seiner Familie in der Schweiz leben zu können, vorzugehen hat.
3.2 Die vom Beschwerdeführer begangene Straftat wiegt schwer. Er wurde insbesondere schuldig erkannt, zusammen mit Landsleuten ein Heroingemisch von rund 19 Kilogramm transportiert zu haben. Das Bezirksgericht bezeichnete sein Verschulden objektiv als sehr schwer und subjektiv als schwer wiegend. Der Beschwerdeführer war selber nicht drogenabhängig und verfügte über ein ausreichendes Einkommen, so dass er nach den Feststellungen des Bezirksgerichts nur aus reiner Gewinnsucht gehandelt hatte. Fehl geht insoweit der erstmals vor Bundesgericht vorgebrachte - und damit grundsätzlich schon deshalb nicht zu berücksichtigende (BGE 121 II 97 E. 1c S. 99 f.) - Einwand des Beschwerdeführers, es hätten nicht pekuniäre Interessen im Vordergrund gestanden, sondern der Wunsch, einem Kollegen "behilflich" zu sein. Die in der Beschwerde betriebene Verharmlosung des Tatbeitrages des Beschwerdeführers, die in den Feststellungen des Strafgerichts keine entsprechende Stütze findet, erscheint mit Blick auf dessen Einsichtsfähigkeit geradezu als bedenklich. Auch wenn er nicht auf einer höheren Hierarchiestufe der kriminellen Organisation tätig war, trat er immerhin für die Abwicklung des Transports noch an einen weiteren Landsmann heran, um diesen zur
Teilnahme zu bewegen. Sodann stand er doch in einem besonderen Vertrauensverhältnis, da ihm eine Heroinmenge mit grossem Marktwert anvertraut wurde. Schliesslich hatte er sich von der Tat auch nicht dadurch abhalten lassen, dass die Polizei auf ihn aufmerksam geworden war. Dies zeugt von erheblicher krimineller Energie. Bereits zweimal zuvor war er im Übrigen strafrechtlich belangt worden: Durch Strafverfügung vom 8. Oktober 1997 wegen Verstosses gegen die Waffengesetzgebung und durch Strafbefehl vom 25. Oktober 1999 wegen Überlassens eines Personenwagens in nicht vorschriftsgemässen Zustand und der Widerhandlung gegen das Waffengesetz. Auch dies hielt ihn nicht davon ab, im Januar 2000 den Drogentransport mit seinem eigenen Fahrzeug zu übernehmen. Demnach ist die Befürchtung berechtigt, dass der Beschwerdeführer wieder deliktisch tätig werden könnte. Das Interesse an der Fernhaltung von Ausländern, die an der Verbreitung von Drogen teilnehmen, ist als überaus gewichtig zu beurteilen (vgl. auch Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 19. Februar 1998 i. S. Dalia, PCourEDH 1998 I S. 76, insbes. N. 54). Dies gilt umso mehr für einen Täter, der - wie der Beschwerdeführer - wusste oder annehmen musste, dass sich
die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Zwar hat sich der Beschwerdeführer während der vom 11. Januar 2000 bis zum 10. September 2001 dauernden Haft wohl verhalten, und es liegen auch keine negativen Berichte aus der Zeit nach der Entlassung aus dem Strafvollzug bis zum Entscheid des Verwaltungsgerichts im September 2002 vor. Doch ergibt sich aus dieser relativ kurzen Zeit noch nicht, dass die Gefahr eines Rückfalls entfiele.
3.3 Der Resozialisierungsgedanke stellt aus fremdenpolizeilicher Sicht nur einen unter mehreren zu berücksichtigenden Faktoren dar (vgl. BGE 125 II 105 E. 2c S. 109 f., mit Hinweisen). Als der Beschwerdeführer als

Drogentransporteur tätig wurde, hielt er sich seit rund sechs Jahren in der Schweiz auf. Er verbrachte allerdings den überwiegenden Teil seines Lebens in seiner Heimat, die er erst mit sechzehneinhalb Jahren verliess. Auch nach seiner Wohnsitznahme in der Schweiz besuchte er die Heimat mehrmals. Zwar halten sich seine Eltern in der Schweiz auf. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer volljährig ist und selber in keinem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zu ihnen steht, leben sein Bruder und weitere Verwandte in der Heimat. Wenn der Beschwerdeführer anführt, kaum noch Kontakte im ehemaligen Jugoslawien zu haben, ist dem entgegenzuhalten, dass dies - nach seinen eigenen Bekundungen - für die Schweiz ebenso zutrifft. Er hat hier keinen eigenen Freundeskreis. Zudem hatte er am Drogentransport mit Landsleuten teilgenommen. Insoweit kann kaum davon gesprochen werden, er sei in der Schweiz verwurzelt. Mit Blick auf sein deliktisches Verhalten ist daher vorliegend keinesfalls der Umstand ausschlaggebend, dass der
Beschwerdeführer in der Schweiz bessere Aussichten auf eine legale Erwerbstätigkeit hat.
3.4 Unbestrittenermassen dürfte die Pflicht zur Rückkehr die Ehefrau des Beschwerdeführers schwer treffen. Offenbar führt sie mit ihm seit der Heirat ein intaktes Familienleben. Sodann ist sie - nach eigenen Angaben - der im Heimatland des Beschwerdeführers üblichen Sprachen nicht mächtig. Unter anderem deswegen könnte sie die Ausbildung als Kleinkindererzieherin, die sie unlängst begonnen hat, in Jugoslawien nicht weiter verfolgen. Auch mögen die Lebensverhältnisse dort schwieriger sein als in der Schweiz. Ob es für die Ehefrau damit unzumutbar ist, ihrem Ehemann ins Ausland zu folgen, kann letztlich aber offen bleiben. Immerhin lebte die Ehefrau vor dem Jahre 2000 selber auch nicht ständig in der Schweiz, sondern teilweise mit ihrer Mutter in Finnland, wo sich diese weiterhin aufhält. Sie ist somit daran gewöhnt, in unterschiedlichen Ländern zu leben, und hat ihre Wurzeln nicht allein in der Schweiz.

Ins Gewicht fällt aber besonders, dass die Ehefrau vor der Heirat bereits von der Verurteilung des Beschwerdeführers durch das Bezirksgericht wusste und auch über die Absicht der Behörden, den Beschwerdeführer von der Schweiz fernzuhalten, im Bilde war. Zum einen haben die Behörden zeitlich nicht derart zugewartet, dass die Eheleute davon ausgehen durften, die Verurteilung durch das Bezirksgericht bleibe ohne fremdenpolizeiliche Konsequenzen. Zum anderen wurde gemäss Angaben des Beschwerdeführers der Antrag für die Schliessung der Ehe am 20. September 2001 gestellt. Zwar mögen die Eheleute damals noch keine Kenntnis der vom Bundesamt für Ausländerfragen angeordneten Einreisesperre gehabt haben. Ihnen war aber schon der Entscheid des Regierungsrates vom 5. September 2001 bekannt, mit welchem der Rekurs des Beschwerdeführers gegen die verweigerte Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung abgewiesen und der sofortige Vollzug der Wegweisung nach Entlassung aus dem Strafvollzug angeordnet worden war. Demnach musste der Ehefrau bewusst sein, dass sie die Ehe mit dem Beschwerdeführer möglicherweise nicht in der Schweiz würde leben können. Unbehelflich ist bei dieser Sachlage der Einwand, die Ehefrau als juristischer Laie sei im Gegensatz zum Fall BGE 120 Ib 6, wo die Ehefrau im Strafvollzug tätig war, nicht in der Lage gewesen, dies zu ahnen.
3.5 Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände überwiegt das Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers die privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz (vgl. auch Rechtsprechungshinweise bei Alain Wurzburger, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, RDAF 1997 1 S. 267, insbes. S. 312 ff.). Der angefochtene Entscheid verletzt weder Art. 7 ANAG noch Art. 8 EMRK noch Art. 13 BV. Zwar bemerkt der Beschwerdeführer, er und seine Ehefrau hätten sich - anders als im soeben erwähnten Entscheid BGE 120 Ib 6 - bereits vor seiner Straffälligkeit gekannt und geliebt. Ob dies zutrifft, braucht nicht weiter untersucht zu werden. Das Bestehen einer derartigen Beziehung hatte der Beschwerdeführer im ersten Verfahren um Erneuerung der Bewilligung, das mit dem Entscheid des Regierungsrates vom 5. September 2001 rechtskräftig abgeschlossen worden war, nicht erwähnt; anlässlich seiner Befragung vom 29. Januar 2001 hatte er auf entsprechende Fragen gar angegeben, keine Freunde mehr zu haben. Selbst wenn die Beziehung bereits früher bestand, ist immerhin anzumerken, dass sie wohl nicht so intensiv war, da sie damals verschwiegen wurde. Im Übrigen hielt sie - ihr Bestehen unterstellt - den
Beschwerdeführer nicht von seinen Straftaten ab. Der Dauer der Beziehung zwischen den Eheleuten vor der Heirat kommt hier demnach keine entscheidende Bedeutung zu.
3.6 Auf Folgendes ist das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid nicht eingegangen: Am 1. Juni 2002 ist das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681; AS 2002 1529) in Kraft getreten. Laut Art. 37 der gleichzeitig in Kraft getretenen Verordnung vom 22. Mai 2002 über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen

der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP; SR 142.203; AS 2002 1741) gilt das neue Recht bereits für Verfahren, die bei seinem Inkrafttreten hängig sind. Für die Einschränkung von auf Grund des Freizügigkeitsabkommens eingeräumten Rechten ist gemäss Art. 5 Abs. 2 des Anhangs I zum FZA unter anderem zu beachten die Richtlinie des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (64/221/EWG;
Amtsblatt der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Nr. B 056 vom 4. April 1964 S. 850). Die Bestimmungen dieser Richtlinie gelten auch für den Ehegatten (Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG). Gemäss Art. 3 der Richtlinie darf bei Massnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausschliesslich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelperson ausschlaggebend sein. Ob die sich aus dem Freizügigkeitsabkommen ergebenden Bestimmungen vorliegend - etwa mit Blick auf einen früheren Aufenthalt der Ehefrau des Beschwerdeführers in Finnland oder eine allfällige finnisch-schweizerische Doppelbürgerschaft von ihr - anwendbar sind, kann offen gelassen werden. Nach dem Gesagten stehen sie hier der Verweigerung des weiteren Aufenthaltes in der Schweiz nicht entgegen. Die ausländerrechtliche Verfügung stützt sich nicht nur auf die strafrechtliche Verurteilung als solche, sondern auf das gesamte vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang an den Tag gelegte Verhalten unter Einschluss einer Rückfallgefahr.
4.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich somit als unbegründet. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der unterliegende Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Parteientschädigungen werden nicht geschuldet (Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Regierungsrat und dem Verwaltungsgericht, 2. Abteilung, des Kantons Zürich sowie dem Bundesamt für Ausländerfragen schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 12. Februar 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: