Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.607/2002 /leb

Urteil vom 12. Mai 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Bundesrichter Müller, Bundesrichterin Yersin, Bundesrichter Merkli,
Gerichtsschreiberin Diarra.

Parteien
A._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Georg Sutter, Untertor 11, 8400 Winterthur,

gegen

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

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich,
2. Abteilung, vom 23. Oktober 2002.

Sachverhalt:
A.
Der am **. ** 1975 geborene albanische Staatsangehörige A._____ reiste im Jahr 1997 als Asylbewerber in die Schweiz ein. Das Bundesamt für Flüchtlinge trat auf sein Asylgesuch nicht ein und wies ihn aus der Schweiz weg. Weil A._____ der Aufforderung innert Frist nicht nachkam, wurde er in Ausschaffungshaft gesetzt. Im Hinblick auf die bevorstehende Heirat wurde auf die Ausschaffung verzichtet. Am 7. November 1997 heiratete er die im Kanton Zürich niedergelassene italienische Staatsangehörige B._____ (geb. 1969).
B.
Am 31. März 1999 verurteilte die Corte delle Assise correzionali di Bellinzona A._____ wegen schwerer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu zwei Jahren und neun Monaten Gefängnis und verwies ihn für zehn Jahre des Landes, wobei ihm für die Nebenstrafe der bedingte Vollzug gewährt wurde. Einen gegen dieses Urteil erhobenen Rekurs wies die Corte di cassazione e di revisione penale del Tribunale d'appello in Lugano am 25. August 1999 vollumfänglich ab. A._____ trat den Strafvollzug am 31. März 1999 an und wurde am 5. November 2000 nach Verbüssung von zwei Dritteln der Strafe auf Bewährung entlassen.
C.
Am 23. November 2000 verfügte die Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Zürich, dass die Aufenthaltsbewilligung von A._____ nicht mehr verlängert werde und er das zürcherische Kantonsgebiet bis zum 15. März 2001 verlassen müsse. A._____ beschwerte sich dagegen erfolglos beim Regierungsrat und in der Folge beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich.
D.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht vom 13. Dezember 2002 beantragt A._____, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2002 aufzuheben, die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen und den Regierungsrat bzw. das zuständige kantonale Amt aufzufordern, dem Beschwerdeführer die Aufenthaltsbewilligung zu erneuern. Zudem stellt er das Gesuch, der Beschwerde sei die

aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Staatskanzlei des Kantons Zürich - im Auftrag des Regierungsrates - schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Bundesamt für Ausländerfragen (heute: Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung) stellt den Antrag, die Sache sei im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid an die kantonalen Behörden zurückzuweisen.
E.
Mit Verfügung vom 30. Januar 2003 hat der Abteilungspräsident der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG schliesst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf dem Gebiete der Fremdenpolizei aus gegen die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt. Gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) entscheiden die zuständigen Behörden, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung. Es besteht damit grundsätzlich kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, es sei denn, der Ausländer oder seine in der Schweiz lebenden Angehörigen könnten sich auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrages berufen (BGE 127 II 161 E. 1a S. 164, 60 E. 1a S. 62f., je mit Hinweisen).
1.2 Gemäss Art. 17 Abs. 2 ANAG hat der Ehegatte eines Ausländers, der im Besitz der Niederlassungsbewilligung ist, Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, solange die Ehegatten zusammen wohnen. Der Beschwerdeführer ist mit einer niedergelassenen Ausländerin verheiratet und lebt mit seiner Ehefrau zusammen. Auf die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung besteht daher nach Art. 17 Abs. 2 ANAG ein grundsätzlicher Rechtsanspruch. Des Weitern ergibt sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch aus dem in Art. 8 EMRK garantierten Schutz des Familienlebens ein Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung für einen Ausländer, dessen nahe Angehörige, insbesondere dessen Ehegatte, ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz haben, sofern die familiäre Beziehung tatsächlich gelebt wird und intakt ist (BGE 126 II 425 E, 2a S. 427, mit Hinweisen). Ein Anspruch auf Verbleib beim Ehegatten ergibt sich vorliegend, wie noch zu zeigen sein wird, seit dem 1. Juni 2002 zudem aus dem 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). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.
1.3 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann vorliegend die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 104 lit. a und b OG), nicht jedoch die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (vgl. Art. 104 lit. c OG) gerügt werden. Hat - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden, ist das Bundesgericht an deren Sachverhaltsfeststellung gebunden, sofern diese nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen erfolgt ist (Art. 105 Abs. 2 OG).
2.
Gemäss Art. 17 Abs. 2 letzter Satz ANAG erlischt der Anspruch des Ausländers auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn er gegen die "öffentliche Ordnung" verstossen hat. Die Voraussetzung für ein Erlöschen des Anspruchs ist weniger streng als im Fall des ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers, bei dem gemäss Art. 7 Abs. 1 letzter Satz ANAG ein Ausweisungsgrund (Art. 10 ANAG) vorliegen muss und unter Beachtung der Kriterien von Art. 16 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum ANAG (ANAV; SR 142.201) - Schwere des Verschuldens, Dauer der Anwesenheit, persönliche und familiäre Nachteile - eine Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art 11 Abs. 3 ANAG stattzufinden hat. Zwar muss auch im Fall von Art. 17 Abs. 2 ANAG die Verweigerung der Bewilligung verhältnismässig sein; da aber bereits geringere öffentliche Interessen für ein Erlöschen des Anspruchs genügen, sind auch die entgegenstehenden privaten Interessen weniger stark zu gewichten (BGE 120 Ib 129 E. 4a S. 130 f., mit Hinweisen).

3.
3.1 Der Beschwerdeführer wurde wegen schwerer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer Gefängnisstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Damit hat er gegen die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 letzter Satz ANAG verstossen. Die kantonalen Behörden sind zum Schluss gekommen, mit diesem Strafmass sei ein Verschulden zum Ausdruck gebracht, das ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Wegweisung des Beschwerdeführers begründe. Ferner befinde sich der Beschwerdeführer erst seit verhältnismässig kurzer Zeit in der Schweiz, wenn man den Aufenthalt als Asylbewerber, die Dauer der unbewilligten Anwesenheit sowie diejenige des Strafvollzugs ausser Betracht lasse. Beruflich könne keine besondere Verankerung festgestellt werden. Der Beschwerdeführer sei als 22-Jähriger in die Schweiz gekommen und sei in seiner Heimat nach wie vor mehr verwurzelt als hier. In Albanien lebten seine Mutter und mehrere Geschwister, womit eine Rückkehr nicht unzumutbar sei. Für einen Verbleib in der Schweiz könnte allenfalls die Situation der depressiven Ehefrau sprechen. Warum diese auf den dauernden Beistand des Beschwerdeführers angewiesen sein sollte, werde indessen nicht näher ausgeführt. Es obliege der
beschwerdeführenden Partei, die Beschwerdeanträge zu begründen und Beweismittel zu nennen.
3.2 Bezüglich der Schwere des Verschuldens ging das Verwaltungsgericht zu Recht von dem vom Strafrichter verhängten Strafmass aus. Es stellte sodann - an sich zutreffend - fest, dass die angerufene Zweijahresregel sich auf die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Satz 3 ANAG, d.h. auf die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung für ausländische Ehegatten von Schweizer Bürgern bezieht (vgl. BGE 120 Ib 6 E. 4b S. 14, mit Hinweis), während für ausländische Ehegatten von niedergelassenen Ausländern die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung schon bei geringeren Verstössen gegen die öffentliche Ordnung (Art. 17 Abs. 2 letzter Satz ANAG) gerechtfertigt sein kann.
3.3 Das Verwaltungsgericht lässt jedoch ausser Acht, dass am 1. Juni 2002 das Freizügigkeitsabkommen in Kraft getreten ist. Die Ausführungsbestimmungen dazu finden sich in der Verordnung vom 22. Mai 2002 über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP; SR 142.203). Übergangsrechtlich gilt der Grundsatz, dass für Verfahren, die bei Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens hängig sind, neues Recht zur Anwendung kommt (Art. 37 VEP). Die Ehefrau des Beschwerdeführers steht als in der Schweiz niedergelassene - und bis vor kurzem noch erwerbstätige - Italienerin im Genuss der Rechte dieses Abkommens (vgl. Art. 4 und 24 Anhang I/FZA). Dass der Beschwerdeführer nicht über die Staatsangehörigkeit eines EG- oder EFTA-Mitgliedstaates verfügt (sog. Drittstaatsangehöriger), spielt dabei keine Rolle, gilt doch die Familiennachzugsregelung des Freizügigkeitsabkommens gerade "ungeachtet" der Staatsangehörigkeit der nachzuziehenden Person (Art. 3 Abs. 2 Anhang I/FZA). Das Abkommen behält zwar in Art. 5 die Möglichkeit vor, die eingeräumten Rechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit einzuschränken, wobei ausschliesslich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelpersonen ausschlaggebend sein darf und strafrechtliche Verurteilungen allein ohne weiteres solche Massnahmen nicht begründen können (Art. 3 der Richtlinie 64/221/EWG vom 25. Februar 1964; ABl. 1964, L 56, S. 850, vgl. dazu das zur Publikation bestimmte Urteil 2A.451/2002 vom 28. März 2003). Dies gilt auch für die Ansprüche auf Familiennachzug gemäss Art. 3 Anhang I/FZA, welche unter anderem ein Anwesenheitsrecht für den Ehepartner vorsehen. Art. 2 FZA bestimmt jedoch, dass die Angehörigen der Vertragsstaaten bei der Anwendung der einschlägigen Bestimmungen nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit gegenüber Schweizer Bürgern diskriminiert werden dürfen. Für die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darf somit für Ehegatten der Angehörigen von Vertragsstaaten keine strengere Regelung zur Anwendung kommen, als sie für ausländische Ehegatten von Schweizer Bürgern gilt (vgl. E. 2) Daraus folgt, dass für diese Fälle, was das Verwaltungsgericht nicht berücksichtigt hat, die
Grenze, von der an in der Regel keine fremdenpolizeilichen Bewilligungen mehr erteilt werden, gleich wie beim Nachzug ausländischer Ehegatten von Schweizer Bürgern (Art. 7 Abs. 1 ANAG) bei einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren liegt. Bei dieser Limite handelt es sich aber lediglich um einen Richtwert, der nicht unbesehen zur Anwendung kommt. Aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles kann daher das Gebot der Verhältnismässigkeit die Erteilung oder Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung auch bei über oder unter dem Richtwert liegenden Strafen rechtfertigen. Vorliegend könnte für eine allfällige Erteilung bzw. Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung trotz einer deutlich über dem Richtwert von zwei Jahren liegenden Freiheitsstrafe die behauptete besondere persönliche Situation der Ehefrau eine Rolle spielen. Wie bereits erwähnt, muss im

Übrigen gemäss Freizügigkeitsabkommen die Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit von der betroffenen Einzelperson ausgehen, womit so genannte generalpräventive Gesichtspunkte eine Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung nicht zu rechtfertigen vermögen.

4.
Der Beschwerdeführer beanstandet, das Verwaltungsgericht habe seinem Antrag, die Ehefrau anzuhören und deren Interessen in die Abwägung einzubeziehen, nicht entsprochen. Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht hatte der Beschwerdeführer als neue Tatsache vorgebracht, seine Ehefrau stehe in psychiatrischer Behandlung und sei zufolge lange dauernder Erkrankung Bezügerin einer IV-Rente. Sie sei deshalb in besonderem Masse auf den Beistand ihres Ehegatten angewiesen. Eine bezüglich des Krankheitszustandes bzw. der IV-Rentenberechtigung vom Beschwerdeführer angekündigte Bestätigung wurde allerdings nicht eingereicht. Die Vorinstanz erachtete die Geltendmachung dieser neuen Tatsache als zulässig, verwies aber auf die Pflicht des Beschwerdeführers, die Beweismittel für seine Behauptungen zu benennen. Sie stellte die depressive Erkrankung der Ehefrau an sich nicht in Abrede, erachtete indessen aufgrund der Akten nicht als belegt, dass die Ehefrau vom Beschwerdeführer in einem besonderen Masse abhängig wäre. Zum Beweis für seine Darstellung beantragte der Beschwerdeführer vor Verwaltungsgericht die Einvernahme seiner Ehefrau. Diese war zwar bereits einmal am 15. November 2000 vor dem Entscheid der Direktion für Soziales und Sicherheit des
Kantons Zürich über die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung durch die Polizei mündlich befragt worden. Da aber die behauptete Erkrankung der Ehefrau nach Darstellung des Beschwerdeführers nachträglich eingetreten sein soll, konnte die damalige Einvernahme die später im verwaltungsgerichtlichen Verfahren beantragte mündliche Anhörung der Ehefrau nicht als überflüssig erscheinen lassen. Falls die Ehefrau aufgrund krankheitsbedingter Umstände tatsächlich in besonderem Masse auf den Beistand des Beschwerdeführers angewiesen wäre, könnte dies für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der angefochtenen Massnahme - aufgrund des durch das Freizügigkeitsabkommen veränderten Beurteilungsmassstabes - von nicht zum Vornherein unerheblicher Bedeutung sein. Die Einvernahme der Ehefrau gäbe andererseits auch Aufschluss darüber, ob und inwiefern die Ehe tatsächlich gelebt wird. Indem die Vorinstanz den erwähnten Beweisantrag ablehnte, hat sie das rechtliche Gehör verletzt bzw. den Sachverhalt ungenügend abgeklärt.

5.
5.1 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher gutzuheissen und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5.2 Gerichtskosten werden keine erhoben. Der Kanton Zürich wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen, der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Oktober 2002 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Regierungsrat und dem Verwaltungsgericht, 2. Abteilung, des Kantons Zürich sowie dem Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 12. Mai 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: