Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.261/2003 /bmt

Urteil vom 25. September 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Müller, Merkli,
Gerichtsschreiberin Diarra.

Parteien
F._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Caterina Nägeli, Grossmünsterplatz 9, 8001 Zürich,

gegen

Regierungsrat des Kantons Zürich, Kaspar Escher-Haus, 8090 Zürich,
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung, 4. Kammer, Militärstrasse 36, Postfach, 8021 Zürich.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. April 2003.

Sachverhalt:
A.
Der aus dem ehemaligen Jugoslawien stammende F._____, geboren 1968, heiratete am 14. September 1990 in Prizren (Kosovo) die im Kanton Zürich niedergelassene Landsfrau M._____, geboren 1972. Am 6. Juni 1991 reiste F._____ in die Schweiz ein und erhielt am 27. Juni 1991 erstmals die Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei seiner Ehefrau. Aus der Ehe sind drei Kinder (geboren 1991, 1993 bzw. 1999) hervorgegangen.
B.
Mit Strafbefehl des Verkehrsstrafamtes des Kantons Schaffhausen vom 2. September 1994 wurde F._____ wegen Verletzung von Verkehrsregeln und Führens eines Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand zu 14 Tagen Gefängnis bedingt auf zwei Jahre und Fr. 1'200.– Busse verurteilt. Darauf verwarnte ihn die Fremdenpolizei (heute Migrationsamt) des Kantons Zürich und stellte ihm schwerer wiegende fremdenpolizeiliche Massnahmen in Aussicht für den Fall, dass er erneut gerichtlich bestraft werden oder sein Verhalten zu anderen berechtigten Klagen Anlass geben sollte.

F._____ wurde mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Uster vom 22. Januar 1997 der groben Verletzung von Verkehrsregeln schuldig gesprochen und mit einer Busse von Fr. 1'500.– bestraft. Mit Verfügung der Fremdenpolizei vom 18. Februar 1997 wurde er daraufhin erneut verwarnt. Am 6. April 1998 lehnte es die Fremdenpolizei ab, F._____ die Niederlassungsbewilligung zu erteilen. Diese Bewilligungsverweigerung blieb unangefochten.

Am 19. Mai 1999 wurde F._____ vom Bezirksgericht Uster der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, des mehrfachen Diebstahls sowie des untauglichen Versuchs zur Hehlerei schuldig gesprochen und mit 18 Monaten Gefängnis unter Anrechnung von 318 Tagen Polizei-, Untersuchungs- und Sicherheitshaft

bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde bedingt aufgeschoben und die Probezeit auf vier Jahre angesetzt.
C.
Die Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Zürich wies am 22. Oktober 1999 das Gesuch von F._____ vom 18. Oktober 1999 um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab und setzte ihm Frist zum Verlassen des zürcherischen Kantonsgebiets bis 31. Dezember 1999.

Erfolglos rekurrierte F._____ dagegen an den Regierungsrat des Kantons Zürich. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich wies die gegen den abweisenden Regierungsratsbeschluss eingereichte Beschwerde mit Entscheid vom 9. April 2003 ab.
D.
Mit Eingabe vom 30. Mai 2003 hat F._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben mit dem Antrag, den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich aufzuheben und den Regierungsrat bzw. das Migrationsamt anzuweisen, dem Beschwerdeführer die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern. Zudem stellt er das Begehren, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren.
E.
Die Staatskanzlei des Kantons Zürich - im Auftrag des Regierungsrates - und das Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung beantragen, die Beschwerde abzuweisen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.
F.
Mit Verfügung vom 26. Juni 2003 hat der Abteilungspräsident der Beschwerde 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. Zudem 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, was hier zutrifft (BGE 126 II 425 E. 2a S. 427, mit Hinweisen). 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).
1.4 Soweit sich der Beschwerdeführer auf Art. 6 EMRK beruft, ist festzuhalten, dass es sich bei fremdenpolizeilichen Verfahren nicht um zivilrechtliche Streitigkeiten im Sinne dieser Konventionsbestimmung handelt

(Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, S. 190; VPB 2002 116 1322). Im vorliegenden Fall ist Art. 6 EMRK somit nicht anwendbar.
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 Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (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 als bei einer Ausweisung (BGE 120 Ib 129 E. 4a S. 130 f. mit Hinweisen).
3.
3.1 Der Beschwerdeführer ist mehrmals straffällig und deshalb vorerst zu 14 Tagen Gefängnis bedingt und Bussen von insgesamt Fr. 2'700.– und zuletzt unter anderem wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und mehrfachen Diebstahls zu 18 Monaten Gefängnis bedingt verurteilt worden. Dies stellt einen schweren Verstoss gegen die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 letzter Satz ANAG und zudem einen Ausweisungsgrund (Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG) dar.
3.2 Ausgangspunkt und Massstab für die Schwere des Verschuldens und die fremdenpolizeiliche Interessenabwägung sind die vom Richter verhängten Strafen. Bei mit Schweizer Bürgern verheirateten ausländischen Staatsangehörigen, die erstmals um eine Bewilligung ersuchen oder nach bloss kurzer Aufenthaltsdauer die Bewilligung verlängern lassen wollen, geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Grenze, von der an in der Regel keine Bewilligung mehr erteilt oder verlängert wird, selbst wenn dem Ehepartner die Ausreise aus der Schweiz unzumutbar oder nur schwer zumutbar ist, bei zwei Jahren Freiheitsstrafe liegt (BGE 120 Ib 6 E. 4b S. 14, mit Hinweis). Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit im Rahmen von Art. 17 ANAG jeweils der gleiche Massstab gelten muss. Nachdem der Anspruch des ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers erlischt, wenn ein Ausweisungsgrund vorliegt (Art. 7 Abs. 1 Satz 3 ANAG), derjenige des ausländischen Ehegatten eines Ausländers mit Niederlassungsbewilligung hingegen bereits dann, wenn der Anspruchsberechtigte "gegen die öffentliche Ordnung verstossen hat" (Art. 17 Abs. 2 letzter Satz ANAG), können Strafen unterhalb der erwähnten Limite die Verweigerung
oder Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung rechtfertigen.
3.3 Der Beschwerdeführer handelte während rund einem Jahr mit Heroin, wobei er insgesamt mindestens 400 Gramm absetzte oder anbot. Das Bezirksgericht Uster warf ihm insbesondere vor, dass für ihn als selbst nicht drogenabhängigen Händler das Streben nach persönlicher Bereicherung der entscheidende Beweggrund für seine deliktischen Handlungen gebildet habe. Das öffentliche Interesse an der Fernhaltung ausländischer Drogenhändler wiegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schwer (vgl. Alain Wurzburger, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, RDAF 1997, S. 308, mit Hinweisen). Dazu kommt, dass der Beschwerdeführer bereits drei Jahre nach seiner Einreise ein erstes Mal straffällig wurde. Weder die verhängte Strafe noch die fremdenpolizeiliche Verwarnung vermochten ihn zu beeindrucken, beging er doch rund zwei Jahre später weitere Verkehrsdelikte. Trotz der erneuten fremdenpolizeilichen Verwarnung vom 18. Februar 1997 beteiligte er sich ab Mitte 1997 am illegalen Betäubungsmittelhandel. Dem Umstand, dass sich der Beschwerdeführer seither, d.h. während der angesetzten Probezeit, - abgesehen von einem erneuten Verkehrsdelikt, zu dem er sich nicht weiter äussert - wohl verhalten hat, kommt
im Rahmen der Interessenabwägung keine entscheidende Bedeutung zu.
3.4 Der Beschwerdeführer reiste mit etwas mehr als 23 Jahren in die Schweiz ein. Seine Kindheit sowie die prägenden Jugendjahre hat er somit im ehemaligen Jugoslawien verbracht. Er kann daher in ein ihm bekanntes Umfeld zurückkehren. Der Beschwerdeführer macht geltend, als serbisch sprechender Muslim gehöre er einer im Kosovo diskriminierten Minderheit an. Diese nicht weiter belegte Behauptung lässt eine Rückkehr in das ehemalige Jugoslawien jedoch noch nicht als unzumutbar erscheinen. Dies umso weniger als seine Eltern und ein Teil seiner Geschwister immer noch dort leben. Zwar wird er an seinem hiesigen Arbeitsplatz geschätzt, aber von einer Verwurzelung des Beschwerdeführers in der Schweiz kann nicht die Rede sein. Seine Ehefrau

stammt ebenfalls aus dem ehemaligen Jugoslawien, weshalb auch für sie die Ausreise aus der Schweiz, falls sie sich dafür entscheiden sollte, nicht unzumutbar wäre. Das jüngste Kind befindet sich noch in einem anpassungsfähigen Alter. Für die beiden zwölf bzw. zehn Jahre alten Kinder wäre eine allfällige Übersiedlung in das Heimatland ihrer Eltern allerdings mit anfänglichen Schwierigkeiten verbunden, aber sie erweist sich dennoch als zumutbar. Es darf nämlich davon ausgegangen werden, dass ihnen, da
beide Eltern aus Jugoslawien stammen, die dortige Sprache und Kultur nicht völlig unbekannt sind und es ihnen deshalb und angesichts ihres Alters möglich sein wird, sich dort einzuleben. Im Übrigen verleiht eine lange Verfahrensdauer - wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat - keinen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung.
3.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass das öffentliche Interesse, den Beschwerdeführer von der Schweiz fern zu halten, das private Interesse des Betroffenen an einem weiteren Verbleib in der Schweiz überwiegt. Der angefochtene Entscheid hält somit vor Bundesrecht sowie vor Art. 8 EMRK stand.
4.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich folglich als unbegründet und ist abzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Er hat zwar ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt. Da das Begehren aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Vornherein aussichtslos erscheinen musste, ist das Gesuch abzuweisen (Art. 152 Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr von Fr. 1’500.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Regierungsrat und dem Verwaltungsgericht (4. Abteilung, 4. Kammer) des Kantons Zürich sowie dem Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 25. September 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: