

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 790/2017

Urteil vom 12. Januar 2018

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Zünd, Donzallaz,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Verfahrensbeteiligte
A. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Bernhard Jüsi,

gegen

Migrationsamt des Kantons Zürich,
Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 2. Abteilung, vom 23. August 2017 (VB.2017.00121).

Sachverhalt:

A.
A. _____ (geb. 1973), portugiesischer Staatsangehöriger, besass eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA des Kantons Zürich. Mit rechtskräftiger Verfügung vom 20. Mai 2015 widerrief das Migrationsamt des Kantons Zürich diese Aufenthaltsbewilligung wegen wiederholter Straffälligkeit (u.a. am 19. August 2014 Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten wegen schwerer Betäubungsmittelkriminalität) und verfügte die Wegweisung. A. _____ verliess die Schweiz am 30. Juli 2015. Am 14. August 2015 reiste er wieder in die Schweiz ein und ersuchte am 17. August 2015 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Das Migrationsamt (Verfügung vom 19. Januar 2016) und die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich (Rekursentscheid vom 18. Januar 2017) wiesen das Gesuch ab, letztere unter Ansetzung einer Ausreisefrist bis zum 20. März 2017.

B.
A. _____ erhob dagegen Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Dessen Abteilungspräsident wies am 21. Februar 2017 das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ab und bestätigte die vorinstanzlich festgesetzte Ausreisefrist. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 2C 253/2017 vom 30. Mai 2017 ab. Am 27. Juli 2017 informierte der Rechtsvertreter von A. _____ das Gericht über die fristgerechte Ausreise. Mit Urteil vom 23. August 2017 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab.

C.
A. _____ erhebt mit Eingabe vom 15. September 2017 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht mit dem Antrag, es sei der Anspruch des Beschwerdeführers auf Aufenthalt als Arbeitnehmer aus einem Vertragsstaat des FZA festzustellen. Zudem beantragt er im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Berechtigung zum Aufenthalt und zur Erwerbstätigkeit während der Dauer des Verfahrens sowie den Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Nachdem das Bundesgericht auf den fehlenden Bedürftigkeitsnachweis hingewiesen hatte, leistete er jedoch den Kostenvorschuss. Das Verwaltungsgericht beantragt Abweisung der Beschwerde, die Sicherheitsdirektion verzichtet auf Vernehmlassung.

Mit Verfügung des Präsidenten der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 20. September 2017 wurde das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen abgewiesen.

Erwägungen:

1.

Die fristgerechte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid ist grundsätzlich zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d, Art. 90 und Art. 100 BGG), da der legitimierte (Art. 89 Abs. 1 BGG) Beschwerdeführer als portugiesischer Staatsangehöriger grundsätzlich einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung gestützt auf das FZA (SR 0.142.112.681) geltend machen kann (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG). Allerdings sind Feststellungsbegehren unzulässig, wenn ein Leistungsbegehren möglich ist (BGE 142 V 2 E. 1.1 S. 4). Der vom Beschwerdeführer gestellte Antrag, es sei der Anspruch auf Aufenthalt festzustellen, ist im Lichte der Beschwerdebegründung als Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zu interpretieren und als solcher zulässig.

2.

2.1. Dem Beschwerdeführer wurde aufgrund einer schweren Delinquenz in Anwendung von Art. 62 AuG und Art. 5 Anhang I FZA die Aufenthaltsbewilligung rechtskräftig widerrufen. Wie das Bundesgericht bereits in dem den Beschwerdeführer betreffenden Urteil 2C 253/2017 vom 30. Mai 2017 unter Hinweis auf die Rechtsprechung ausgeführt hat, kann nach dem Widerruf einer Bewilligung an sich ein neues Bewilligungsgesuch gestellt werden; das darf jedoch nicht dazu dienen, rechtskräftige Entscheide immer wieder in Frage zu stellen, weshalb praxismässig eine Neuüberprüfung etwa nach fünf Jahren erfolgen kann, oder auch schon vorher, wenn sich die Umstände derart geändert haben, dass eine neue Beurteilung ernstlich in Betracht fällt (E. 4.3). Besteht nach diesen Grundsätzen Anspruch auf eine Neubeurteilung, so heisst das noch nicht, dass auch Anspruch auf eine neue Bewilligung besteht. Die Gründe, welche zum Widerruf geführt haben, haben ihre Bedeutung nicht verloren; die Behörde muss aber eine neue 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. 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 einer rechtserheblichen Weise verändert haben (E. 4.4). Diese Grundsätze gelten auch im Rahmen des FZA (E. 4.5, mit Hinweis auf die Praxis des EuGH). Die Fünfjahresfrist, nach welcher in der Regel Anspruch auf eine Neuüberprüfung besteht, beginnt grundsätzlich mit dem rechtskräftigen Entscheid, die Bewilligung nicht zu verlängern bzw. zu widerrufen; vorbehalten ist jedoch der Fall, dass der Ausländer seine Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz nicht respektiert (Urteile 2C 1224/2013 vom 12. Dezember 2014 E. 5.1.2; 2C 295/2014 vom 12. Januar 2015 E. 5.3; 2C 1103/2015 vom 21. Dezember 2016 E. 6.4; analog bei Vorliegen eines Einreiseverbots Urteil 2C 487/2012 vom 2. April 2013 E. 4.5.2).

2.2. Das Verwaltungsgericht hat erwogen, der Beschwerdeführer habe die Schweiz am 30. Juli 2015 verlassen und sei bereits am 14. August 2015 wieder eingereist. Da somit noch keine angemessene Frist seit dem Wegweisungsvollzug verstrichen sei, hätten die unteren Instanzen zu Unrecht eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen; zu prüfen sei einzig, ob sich die Umstände seit dem letzten Entscheid wesentlich verändert hätten. Der Beschwerdeführer bringe in dieser Beziehung vor, er habe eingesehen, dass es so nicht weitergehen könne, er lebe seit der Ausreise abtinent, habe über einen längeren Zeitraum bewiesen, dass es mit ihm aufwärts gehe, lebe wieder in ehelicher Gemeinschaft mit seiner Frau, habe Arbeit und unterstütze in Portugal seine behinderte Tochter, weshalb er gegenwärtig keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle. Mit diesen sehr allgemein gehaltenen Ausführungen vermöge der Beschwerdeführer nicht wesentlich veränderte Umstände darzulegen; die behauptete Einsicht des Beschwerdeführers in sein Verhalten, der zweiwöchige Aufenthalt im Ausland und die behauptete Abstinenz seit der Ausreise seien offensichtlich nicht geeignet, die Beurteilung der Rückfallgefahr lediglich zwei Jahre nach dem Wegweisungsvollzug anders ausfallen zu lassen. Das Wohlverhalten während des rund zweijährigen prozessualen Aufenthalts in der Schweiz falle nicht wesentlich ins Gewicht, da es im Zeichen des hängigen Bewilligungsverfahrens gestanden habe. Im Gegenteil bestünden Zweifel an der Einsichtsfähigkeit des Beschwerdeführers, nachdem er unmittelbar nach seiner Ausreise wieder in die Schweiz eingereist sei und damit offenbar nach wie vor nicht bereit sei, die rechtlichen Konsequenzen seiner Straffälligkeit zu tragen. Was das erneute Zusammenleben mit der Ehefrau betreffe, so müsse

ihm nach seiner rechtskräftigen Wegweisung bewusst sein, dass das eheliche Zusammenleben in der Schweiz aufgrund seiner Straffälligkeit nicht mehr möglich sei. Der Eingriff in das Familienleben sei im jetzigen Zeitpunkt noch ohne Weiteres zulässig. Auf die weiteren Rügen (Berücksichtigung der Drogensucht bei den kriminellen Handlungen; Unverhältnismässigkeit der Wegweisung etc.) sei nicht weiter einzugehen, da der Beschwerdeführer diese bereits im früheren Verfahren hätte vorbringen können.

2.3. Der Beschwerdeführer gibt in seiner Beschwerde an das Bundesgericht ausführlich die Argumentation wieder, die er in seiner Beschwerde an das Verwaltungsgericht gegenüber dem Entscheid der Sicherheitsdirektion vorgetragen hatte (im Wesentlichen: seine frühere Delinquenz sei einzig auf seine Drogensucht zurückzuführen, von der er sich jedoch seither gelöst habe; er habe sich seither nichts mehr zuschulden kommen lassen, lebe wieder mit seiner Frau zusammen und verfüge seit dem 1. April 2015 über eine Festanstellung zu 100 %; er sei heute weder aus wirtschaftlichen Gründen noch aus Gründen der Sucht in Gefahr, rückfällig zu werden; das öffentliche Interesse an seiner Fernhaltung sei gering und die Einschränkung seines Bewilligungsanspruchs im Lichte des FZA und von Art. 8 EMRK unverhältnismässig, zumal seine Ehefrau, mit der er seit 22 Jahren verheiratet sei, hier über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht verfüge und das Eheleben nur in der Schweiz geführt werden könne). Das Verwaltungsgericht sei jedoch gar nicht auf diese Güterabwägung eingegangen, sondern habe ihr nur entgegengehalten, dass noch kein Anspruch auf Neubeurteilung bestehe. Sie gehe nicht auf den Umstand ein, dass die Ursache seiner Kriminalität in der Drogensucht gelegen habe, diese jedoch nicht mehr bestehe. Die Vorinstanz habe die materielle Prüfung, ob sich die Umstände in rechtserheblicher Weise geändert hätten, ganz unterlassen. Heute bestehe angesichts der massgeblichen Veränderungen der Umstände Anspruch auf eine solche materielle neue Prüfung. Zudem stehe der Entscheid der Vorinstanz im Widerspruch zum eigenen Verhalten der Zürcher Behörden, die sich für die Beurteilung seines Gesuchs extrem lange Zeit gelassen und damit die positive Entwicklung mit ermöglicht hätten. Ihn nun dennoch wegzuweisen, verstosse gegen Treu und Glauben.

2.4. Wie dargelegt (E. 2.1), besteht kein Anspruch darauf, dass ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid jederzeit voraussetzungslos in Wiedererwägung gezogen wird. Der Beschwerdeführer beruft sich auf die Rechtsprechung, wonach eine Neubeurteilung auch schon vor Ablauf der ca. fünfjährigen Normaldauer erfolgen kann, wenn sich die Umstände derart geändert haben, dass eine Neubeurteilung erstlich in Betracht fällt (Urteil 2C 253/2017 E. 4.5.4). Das bedeutet aber nicht, dass eine neue Bewilligung auch erteilt wird; vielmehr ist zu prüfen, ob die geltend gemachten neuen Umstände in rechtserheblicher Weise zu einer anderen Beurteilung führen (Urteil 2C 253/2017 E. 4.4). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz mit den vorne in E. 2.2 wiedergegebenen Erwägungen eine solche Überprüfung vorgenommen, hat aber im Ergebnis verneint, dass die geltend gemachten Umstände zu einer abweichenden Beurteilung führen. Diese Würdigung ist nicht zu beanstanden, insbesondere angesichts des Verhaltens des Beschwerdeführers: Rechtsfehler des Wegweisungsentscheids müssen mit den dafür vorgesehenen Rechtsmitteln beanstandet werden. Ist dies unterblieben und die Wegweisung in Rechtskraft erwachsen, so setzt eine Neubeurteilung grundsätzlich voraus, dass der Wegweisung Folge geleistet wird und sich der Betroffene in der Heimat bewährt hat (Urteil 2C 860/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 3.3.3). Dies hat der Beschwerdeführer eben gerade nicht getan: Er ist zwei Wochen nach seiner Ausreise wieder in die Schweiz eingereist, was praktisch gleichbedeutend ist mit der Nichtbefolgung des Wegweisungsentscheids. Wenn er nun geltend macht, die seither eingetretenen Entwicklungen (Drogenentzug ab Ende 2015, feste Arbeitsstelle, erneutes Zusammenleben mit der Ehefrau) würden eine Neubeurteilung rechtfertigen, so beruft er sich auf Umstände, die auf die Missachtung des Wegweisungsentscheids zurückzuführen sind. Solche Umstände zu berücksichtigen, liefe darauf hinaus, dass ein Wegweisungsentscheid nicht befolgt werden müsste, sondern jederzeit durch ein neues Bewilligungsgesuch unterlaufen werden könnte, was aber nicht der wohlverstandene Sinn des Gesetzes und auch nicht von Art. 5 Anhang I FZA ist (Urteil 2C 253/2017 E. 4.5.5). Was das Zusammenleben mit der Ehefrau betrifft, so wurde im Übrigen bereits in der Wegweisungsverfügung vom 20. Mai 2015 erwogen (Art. 105 Abs. 2 BGG), der Beschwerdeführer lebe auf unbestimmte Zeit von seiner Ehefrau getrennt, doch wäre der Widerruf auch gerechtfertigt, wenn das Zusammenleben wieder aufgenommen würde. Insoweit ist keine neue Entwicklung eingetreten, die in der rechtskräftigen Widerrufs- und Wegweisungsverfügung nicht bereits berücksichtigt worden wäre.

2.5. In Bezug auf die gerügte Verletzung von Treu und Glauben hat die Vorinstanz zutreffend

erwogen, das Migrationsamt hätte auf das Wiedererwägungsgesuch vom 17. August 2015 mangels einer wesentlich veränderten Sachlage nicht eintreten dürfen. Die fünfjährige Frist für eine Neuurteilung würde - sofern der Beschwerdeführer weisungsgemäss Ende Juli 2017 ausgereist sei - im August 2022 eine Neuurteilung verlangen. Weil aber die Sicherheitsdirektion fast ein Jahr benötigt habe, um das offensichtlich aussichtslose Bewilligungsgesuch des Beschwerdeführer zu beurteilen, und ihm während der Dauer des Rekursverfahrens den Aufenthalt bewilligt habe, sei die Bewährungsfrist auf vier Jahre zu verkürzen, so dass er ab August 2021 eine Neuurteilung verlangen könne. Damit hat die Vorinstanz dem Umstand bereits Rechnung getragen, dass die Rekursabteilung einen prozessualen Aufenthalt in der Schweiz ermöglicht hat. Eine weitergehende Rechtsfolge drängt sich nicht auf.

3.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet. Der Beschwerdeführer trägt die Kosten des Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 BGG). Das ursprünglich gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist gegenstandslos geworden, nachdem der Beschwerdeführer, anstatt den Bedürftigkeitsnachweis (Art. 64 Abs. 1 BGG) zu erbringen, den Kostenvorschuss (Art. 62 Abs. 1 BGG) bezahlt hat.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2. Abteilung, und dem Staatssekretariat für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. Januar 2018

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Klopfenstein