

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

2C 909/2018

Urteil vom 8. August 2019

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Seiler, Präsident,  
Bundesrichter Zünd,  
Bundesrichter Stadelmann,  
Gerichtsschreiberin Mayhall.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwalt Jürg Federspiel,

gegen

Migrationsamt des Kantons Zürich,  
Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich.

Gegenstand

Niederlassungsbewilligung,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. August 2018 (VB.2018.00221).

Erwägungen:

1.

A. \_\_\_\_\_ (Jahrgang 1977) ist serbischer Staatsangehöriger. Nach illegaler Einreise am 7. November 1995 und Abweisung seines Asylgesuchs heiratete er am 7. März 1997 die in der Schweiz niedergelassene französische Staatsbürgerin B. \_\_\_\_\_ (Jahrgang 1976), worauf ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Am 1. Juni 2000 kam die gemeinsame Tochter C. \_\_\_\_\_ zur Welt. Die Ehe wurde am 4. September 2006 geschieden. B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ wurden am 17. Mai 2011 eingebürgert. Am 15. August 2008 heiratete A. \_\_\_\_\_ die kosovarische Staatsbürgerin D. \_\_\_\_\_. Er erhielt am 19. Dezember 2012 die Niederlassungsbewilligung. Nach Gutheissung seines Gesuchs um Familiennachzug reisten am 22. Februar 2013 die Ehefrau des Beschwerdeführers und die zwei gemeinsamen Kinder in die Schweiz ein, worauf der Ehefrau eine Aufenthaltsbewilligung und den zwei Kindern Niederlassungsbewilligungen erteilt wurden.

Während seines Aufenthalts in der Schweiz wurde A. \_\_\_\_\_ mehrmals strafrechtlich verurteilt. Mit Urteil vom 7. Oktober 2015 wurde er wegen Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmG; SR 812.121) sowie mehrfacher Übertretung des BetmG schuldig gesprochen und zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren sowie einer Busse von Fr. 500.-- verurteilt. Ferner wurde eine stationäre sucht- und psychotherapeutische Massnahme im Sinne von Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) angeordnet. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde zugunsten der stationären Massnahme aufgeschoben. Der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 5. November 2009 gewährte bedingte Vollzug der Geldstrafe wurde widerrufen. Mit Verfügung vom 10. Oktober 2016 widerrief das Migrationsamt des Kantons Zürich die Niederlassungsbewilligung von A. \_\_\_\_\_, wies ihn aus der Schweiz weg und wies ihn an, die Schweiz unverzüglich zu verlassen, sobald er aus dem Massnahmen- bzw. Strafvollzug entlassen worden sei. Die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich wies den von A. \_\_\_\_\_ gegen die Verfügung vom 10. Oktober 2016 erhobenen

Rekurs mit Entscheid vom 28. Februar 2018 ab. Mit Urteil vom 21. August 2018 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die von A. \_\_\_\_\_ gegen den Entscheid vom 28. Februar

2018 geführte Beschwerde ebenfalls ab.

A. \_\_\_\_\_ gelangt mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 8. Oktober 2018 an das Bundesgericht und beantragt, der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. August 2018 sei aufzuheben, es sei in Gutheissung dieser Beschwerde auf den Widerruf der Niederlassungsbewilligung zu verzichten und er sei stattdessen lediglich erneut und letztmals zu verwarnen. Eventualiter sei die Unzumutbarkeit der Wegweisung festzustellen und das Dossier von Amtes wegen gemäss Art. 83 Abs. 6 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG; SR 142.20) zwecks Prüfung, ob dem Staatssekretariat für Migration die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers beantragt werden soll, an die dafür zuständige Instanz zurückzuweisen. Subeventualiter sei die Sache an die dafür zuständige Vorinstanz zurückzuweisen, welche anzuweisen sei, vorgängig einer Wegweisung jedenfalls die Zumutbarkeit der Wegweisung nachzuweisen, insbesondere müsse von den Vorinstanzen rechtsgenügend nachgewiesen werden, dass die für den Beschwerdeführer nach der bedingten Entlassung aus der stationären Massnahme notwendige medikamentöse und psychotherapeutische Behandlung im Falle seiner Rückkehr in den Kosovo gesichert, tatsächlich erhältlich und auch finanziert wäre. Der Beschwerdeführer ersucht um unentgeltliche Prozessführung und Beigabe des unterzeichneten Anwalts als unentgeltlicher Rechtsvertreter und um Feststellung, dass die Vorinstanz ihm im vorinstanzlichen Verfahren zu Unrecht die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung verweigert habe.

2.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 8. Oktober 2018 ist, insofern sie sich gegen den Widerruf der Niederlassungsbewilligung richtet, zwar zulässig (Art. 83 lit. c Ziff. 2 e contrario BGG), aber offensichtlich unbegründet, weshalb sie im vereinfachten Verfahren mit summarischer Begründung nach Art. 109 Abs. 2 lit. a BGG abgewiesen wird, soweit darauf eingetreten werden kann. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde kann nicht eingetreten werden (Art. 113 BGG).

2.1. Der Beschwerdeführer hat zwar einen Anspruch auf Fortbestand seiner Niederlassungsbewilligung, doch erlischt dieser, wenn Widerrufsgründe nach Art. 63 AIG vorliegen. Mit der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren ist der Widerrufsgrund von Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. b AIG (in der ursprünglichen, am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Fassung [AS 2007 5437]) (längerfristige Freiheitsstrafe) erfüllt (BGE 135 II 377 E. 4.2 S. 379 f.), was der Beschwerdeführer nicht bestreitet.

2.2. Der Widerruf der Niederlassungsbewilligung muss zudem verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 96 AIG [in der ursprünglichen, am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Fassung [AS 2007 5437]]; Art. 8 Ziff. 2 EMRK). Massgebliche Kriterien sind grundsätzlich die Schwere des Delikts, wobei besonders ins Gewicht fällt, ob diese Taten als Jugendlicher oder als Erwachsener begangen wurden und ob es sich dabei um Gewaltdelikte handelte, das Verschulden des Betroffenen, der seit der Tat vergangene Zeitraum und das Verhalten des Betroffenen während diesem, der Grad seiner Integration bzw. die sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Aufenthaltsstaat und zum Heimatstaat, die Dauer der bisherigen Anwesenheit, die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile, insbesondere unter gesundheitlichen Aspekten, sowie die mit der aufenthaltsbeendenden Massnahme verbundene Dauer der Fernhaltung (BGE 139 I 16 E. 2.2.1 S. 19, E. 2.2.2 S. 20; 139 I 31 E. 2.3.1 S. 33, E. 2.3.3 S. 34 f.). Generalpräventive Gesichtspunkte dürfen berücksichtigt werden, sofern die ausländische Person vom Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens (FZA; SR 0.142.112.681) ausgenommen ist (BGE 136 II 5 E. 4.2 S. 20; 130 II 176 E. 3.4.1 S. 183; je zum FZA). Die

Prüfung der Verhältnismässigkeit der staatlichen Anordnung des Widerrufs entspricht inhaltlich jener, welche bei eröffnetem Schutzbereich für die rechtmässige Einschränkung der konventionsrechtlichen Garantie gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK vorausgesetzt wird (vgl. BGE 139 I 16 E. 2.2.1 S. 19, E. 2.2.2 S. 20; 139 I 31 E. 2.3.1 S. 33, E. 2.3.3 S. 34 f.). In Übereinstimmung mit der Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) stuft das Bundesgericht Drogendelikte als rein finanziellen Motiven als schwere Straftaten und das damit verbundene öffentliche Interesse an einer Wegweisung des Straftäters als hoch ein (BGE 139 I 31 E. 2.3.2 S. 34; Urteile des EGMR Balogun gegen Grossbritannien vom 10. April 2012, Nr. 60286/09, § 49, mit weiteren Hinweisen; Amrollahi gegen Dänemark vom 11. Oktober 2002, Nr. 56811/00, § 37). Bei Betäubungsmitteldelikten (ohne Konsum) überwiegt, falls keine besonderen persönlichen oder familiären Bindungen im Aufenthaltsstaat bestehen, regelmässig das öffentliche Interesse an der Beendigung des Aufenthalts; ist die betroffene Person ledig und kinderlos, setzt sich selbst bei ausländischen Angehörigen der zweiten Generation tendenziell das öffentliche Fernhalteinteresse durch, sofern das

Strafmass drei Jahre Freiheitsstrafe erreicht oder wesentliche weitere Delikte hinzukommen (BGE 139 I 16 E. 2.2.2 S. 20). Bei kürzerer Aufenthaltsdauer und Verurteilungen zu Freiheitsstrafen in dieser Grössenordnung für Betäubungsmitteldelikte hat das Bundesgericht den Bewilligungswiderruf auch dann geschützt, wenn der betroffene Ausländer in der Schweiz Ehefrau und Kinder hatte (vgl. ausführlich BGE 139 I 16 E. 2.2.3 S. 21 f.; Urteil 2C 519/2014 vom 15. Januar 2015 E. 3). Auch unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls (vgl. BGE 137 I 247 E. 4.2.1 S. 250) betrifft das Urteil über die Beendigung des Aufenthalts eines straffällig gewordenen Ausländers vorab diese Person selbst, weshalb die Natur und die Schwere der begangenen Delikte die übrigen Kriterien im Einzelfall zu überwiegen vermögen (zur Darstellung der Praxis des EGMR vgl. das Urteil Salem gegen Dänemark vom 1. Dezember 2016, Nr. 77036/11, § 76).

2.3. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe nicht geprüft, ob Art. 5 Anhang I FZA auf den Beschwerdeführer Anwendung finde und diese Bestimmung dadurch verletzt, weil vom Beschwerdeführer keine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung mehr ausgehe, welche die Grundinteressen der Gesellschaft berühren, verlaufe doch seine stationäre Therapie äusserst erfolgreich und fehle es im Zeitpunkt der späteren Entlassung aus der stationären Massnahme ohnehin an einer solchen Gefährdung, ansonsten eine Entlassung nicht in Frage komme. Der Beschwerdeführer übersieht, dass eine stationäre Massnahme auch und deshalb beendet werden kann, weil eine therapeutische Besserung nicht mehr zu erwarten ist (Art. 62c Abs. 1 lit. a des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]; BGE 137 II 233 E. 5.2.1 S. 236). Aber auch eine verbesserte Legalprognose bei der Entlassung aus dem Massnahmevollzug würde angesichts dessen, dass das Straf- und das Migrationsrecht unterschiedliche Ziele verfolgen und für die Migrationsbehörden ein strengerer Massstab gilt, eine Ausweisung nicht verunmöglichen (BGE 137 II 233 E. 5.2.2 S. 236 f.). Die Umstände, welche der strafrechtlichen Verurteilung des Beschwerdeführers zu sieben Jahren Freiheitsstrafe und einer Busse von Fr. 500.-- zu Grunde liegen - Bezug von 90 kg Amphetamingemisch im Zeitraum zwischen 2009 und 2013 in den Niederlanden, dessen Einfuhr in die Schweiz und Weiterverkauf von 60 kg Amphetamingemisch - lassen, zusammen mit den übrigen strafrechtlichen Verurteilungen, ein persönliches Verhalten des Beschwerdeführers erkennen, welches auf eine gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den Beschwerdeführer schliessen lässt (zur Erfüllung des Tatbestandes der Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch vergangenes Verhalten insbesondere bei Betäubungsmitteldelikten siehe BGE 139 II 121 E. 5.3 S. 126). Die Argumentation des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe Art. 5 Anhang I FZA verletzt, geht somit auf jeden Fall fehl, weshalb offen bleiben kann, ob der Beschwerdeführer dessen sachlichem Geltungsbereich untersteht und der angeblich erfolgreiche Verlauf seiner stationären Massnahme im bundesgerichtlichen Verfahren als Novum berücksichtigt werden kann (Art. 99 Abs. 1 BGG; BGE 137 II 233 E. 5.3.1, E. 5.3.2 S. 239, mit Hinweis).

2.4. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift erweist sich die aufenthaltsbeendende Massnahme auch als verhältnismässig und verletzt weder Art. 8 EMRK noch Art. 13 BV oder Art. 63 AIG.

2.4.1. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil erwogen, der Beschwerdeführer sei im Alter von 18 Jahren in die Schweiz eingereist und halte sich seit über 23 Jahren hier auf. Obwohl er nie eine Berufsausbildung abgeschlossen habe, sei er bis zu seiner Verhaftung berufstätig und nach seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft längere Zeit arbeitslos gewesen, weshalb seine Familie und er von der Sozialhilfe unterstützt werden mussten. Der von der Sozialhilfe bezogene Betrag habe sich bis zum 13. Juli 2016 auf Fr. 157'013.80 belaufen, die bestehenden Verlustscheine auf Fr. 37'000.-- und die ausstehenden Schulden auf Fr. 187'000.--. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer immer weiter delinquent und seine kriminelle Energie dabei zugenommen habe, lasse auf eine Geringschätzung der öffentlichen Ordnung und eine gewisse Unbelehrbarkeit schliessen. Darüber hinaus sei von einem erheblichen Rückfallrisiko auszugehen. Eine Wegweisung des Beschwerdeführers würde den Schutzbereich von Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV in Bezug auf seine Ehefrau, die drei gemeinsamen minderjährigen Kinder und die volljährige Tochter nicht tangieren.

2.4.2. Im Ergebnis ist das angefochtene Urteil auch betreffend die Verhältnismässigkeit der aufenthaltsbeendenden Massnahme nicht zu beanstanden. Das schwere Betäubungsmitteldelikt, für welches der Beschwerdeführer mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 7. Oktober 2015 zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und einer Busse von Fr. 500.-- verurteilt worden ist, begründet nach der bundesgerichtlichen Praxis ein die privaten Interessen des Beschwerdeführers überwiegendes öffentliches Interesse an einer Beendigung seines Aufenthalts (oben, E. 2.2). Auch wenn der im Jahr

2013 eingereisten kosovarischen Ehefrau und den gemeinsamen drei minderjährigen Kindern (Jahrgang 2008, 2012 und 2015) mit gefestigtem Aufenthaltsrecht in der Schweiz eine Pflege ihres unbestrittenermassen intakten Familienlebens mit dem Beschwerdeführer im Kosovo nicht ohne Weiteres zumutbar und der sachliche Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK eröffnet ist (BGE 144 I 266 E. 3.3 S. 272; 144 II 1 E. 6.1 S. 12; 139 I 330 E. 2.1 S. 335 f.; 137 I 247 E. 4.1.2 S. 249 f.; 116 Ib 353 E. 3c S. 357), verletzt die aufenthaltsbeendende Massnahme angesichts der Schwere der begangenen Betäubungsmitteldelikte und des Umstandes, dass Kosovo von der Schweiz aus innert

weniger Stunden und mit verschiedenen Transportmitteln relativ kostengünstig erreicht sowie die familiäre Beziehung im Übrigen über moderne Kommunikationsmittel aufrecht erhalten werden kann, weder Art. 8 EMRK (vgl. zit. Urteil des EGMR Salem, §§ 76-83) noch Art. 13 BV. Auch ein höheres Deutschniveau, allfällige Vereinsmitgliedschaften oder die Ausübung von Yoga würden die vorinstanzliche Interessenabwägung nicht als unzutreffend erscheinen lassen, weshalb die Vorinstanz in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme der angebotenen Beweismittel verzichten konnte, ohne den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) zu verletzen (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; 131 I 153 E. 3 S. 157). Soweit die Zumutbarkeit einer Rückreise für den Beschwerdeführer im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung der aufenthaltsbeendenden Massnahme zu berücksichtigen ist, ist dazu festzuhalten, dass der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren einen nach der Entlassung aus der stationären Massnahme fortbestehenden Behandlungsbedarf nicht substantiiert hat. Eine willkürliche vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung ist in diesem Punkt nicht auszumachen, geht doch weder aus dem zitierten Rekursentscheid der

Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich vom 28. Februar 2018, S. 12, hervor, dass der Beschwerdeführer nach seiner Entlassung aus der stationären Massnahme sicher noch eine Behandlung benötigen sollte, noch hat der Beschwerdeführer in seiner im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Beschwerde vom 16. April 2018, S. 5, eine solche Therapiebedürftigkeit substantiiert und entsprechende Beweismittel ins Recht gelegt. Mangels substantiiertes Behandlungsbedürftigkeit des Beschwerdeführers nach Entlassung aus der stationären Massnahme kam der medizinischen Versorgung im Kosovo im vorinstanzlichen Verfahren auch keine Rechtserheblichkeit zu, weshalb die Vorinstanz ohne Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV auf die Abnahme der dazu angebotenen Beweismittel verzichten konnte (BGE 137 I 86 E. 7.3.3.3 S. 100, mit weiteren Hinweisen). Gestützt auf den für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt (Art. 105 Abs. 1 BGG) ist ein Behandlungsbedarf des Beschwerdeführers nach Entlassung aus der stationären Massnahme nicht erstellt, weshalb die medizinische Versorgung im Kosovo keine Unzumutbarkeit einer Rückreise des Beschwerdeführers begründet.

2.4.3. Weil sich die aufenthaltsbeendende Massnahme als verhältnismässig erweist, ist der Eventualantrag auf Verwarnung abzuweisen (Urteil 2C 380/2017 vom 16. Januar 2018 E. 3.5).

2.5. Eine Verletzung von Art. 30 BV lässt sich aus der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im vorinstanzlichen Verfahren mit der aufgrund summarischer Prüfung erfolgten Beurteilung der Beschwerde als aussichtslos nicht ausmachen. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

3.

Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Wegen Aussichtslosigkeit der Beschwerde kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung nicht gutgeheissen werden (Art. 64 BGG). Auf den Antrag auf Feststellung, dem Beschwerdeführer sei im vorinstanzlichen Verfahren zu Unrecht die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung verweigert worden, kann mangels Feststellungsinteresse nicht eingetreten werden (zur Subsidiarität von Feststellungsanträgen vgl. BGE 126 II 300 E. 2c S. 303). Selbst wenn der Feststellungsantrag nach Treu und Glauben dahingehend zu interpretieren wäre, dass der Beschwerdeführer die Aufhebung des angefochtenen Urteils in diesem Punkt sowie die Gewährung von unentgeltlicher Rechtspflege und Verbeiständung im vorinstanzlichen Verfahren beantragt, wäre dieser Antrag als unbegründet abzuweisen. Parteientschädigungen werden nicht gesprochen (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

3.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.

4.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

5.

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

Lausanne, 8. August 2019

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

Der Präsident: Seiler

Die Gerichtsschreiberin: Mayhall