Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.348/2005 /bie

Urteil vom 21. Oktober 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler,
Wurzburger, Müller,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Parteien
X._____, Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Markus Bischoff,

gegen

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

Gegenstand
Ausweisung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. April 2005.

Sachverhalt:
A.
Der aus Serbien-Montenegro stammende X._____ (geb. 1963) reiste 1991 in die Schweiz ein. Aufgrund der Heirat mit der Schweizerin Y._____ erhielt er zunächst eine Aufenthaltsbewilligung und im September 1996 die Niederlassungsbewilligung. Dieser Ehe entsprang der Sohn A._____ (geb. 18. Mai 1992). Am 12. September 1997 wurde die Ehe geschieden. A._____ wurde unter das alleinige Sorgerecht der Mutter gestellt. Dem Vater wurde ein gerichtsübliches Besuchsrecht von u.a. zwei Wochenenden pro Monat eingeräumt.

X._____ war am 22. September 1993 vom Bezirksgericht Zürich wegen Gefährdung des Lebens, Nötigung und Widerhandlungen gegen das ANAG zu einer bedingten Gefängnisstrafe von sechs Monaten und zu einer Busse von Fr. 500.– verurteilt worden. Im März 1997 erging ein Strafbefehl wegen eines Strassenverkehrsdeliktes mit einer Busse von Fr. 700.–. Am 16. Juli 2002 verurteilte das Obergericht des Kantons Zürich X._____ wegen mehrfacher Vergewaltigung (zum Nachteil seiner geschiedenen Ehefrau), unvollendeten Versuchs der sexuellen Nötigung sowie Hausfriedensbruchs zu einer Zuchthausstrafe von zwei Jahren und neun Monaten. Dieses Urteil wurde durch den Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich am 31. Juli 2003 bestätigt. Die Bezirksanwaltschaft Zürich verurteilte X._____ schliesslich mit Strafbefehlen vom 31. Januar 2003 bzw. 18. Dezember 2003 wegen (mehrfachen) Vergehens gegen das Waffengesetz zu 45 bzw. 90 Tagen Gefängnis.
B.
Am 6. November 2003 veranlasste das Migrationsamt des Kantons Zürich die Prüfung von Entfernungs- und

Fernhaltemassnahmen. Die Stadtpolizei Zürich gewährte X._____ am 28. Januar 2004 hierzu das rechtliche Gehör. Vorgängig hatte das Migrationsamt Y._____, die geschiedene Ehefrau, zu den Beziehungen zwischen X._____ und seinem Sohn A._____ befragt. Ihre schriftliche Stellungnahme datiert vom 16. Dezember 2003. Daraus geht hervor, dass seit Oktober 2002 die Beziehungen abgebrochen seien, der Sohn mit seinem Vater nichts mehr zu tun haben wolle und zwischen den beiden weder brieflich noch telefonisch Kontakt bestehe.

Mit Beschluss vom 26. Januar 2005 wies der Regierungsrat des Kantons Zürich X._____ für die Dauer von zehn Jahren aus der Schweiz aus. Eine gegen diesen Beschluss gerichtete Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 20. April 2005 ab; gleichzeitig verweigerte es X._____ die beantragte unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

C.

Mit Eingabe vom 27. Mai 2005 führt X._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen, den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. April 2005 aufzuheben und ihm - dem Beschwerdeführer - für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren. Ein Gesuch um Gewährung des prozessualen Armenrechts stellt er auch für das Verfahren vor Bundesgericht.

Die Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Zürich beantragt - für den Regierungsrat - Abweisung der Beschwerde. Denselben Antrag stellen das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und das Bundesamt für Migration.

D.

Mit Verfügung vom 16. Juni 2005 hat der Abteilungspräsident der Beschwerde - antragsgemäss - aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1

Gegen die sich auf Art. 10 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) stützende Ausweisungsverfügung ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig (Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 4 e contrario; BGE 114 Ib E. 1a S. 2), und der Beschwerdeführer ist hierzu legitimiert (Art. 103 lit. a OG).

1.2 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 104 lit. a und b OG). Hat - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften festgestellt, ist das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellung im angefochtenen Entscheid gebunden (Art. 105 Abs. 2 OG).

1.3 Das Bundesgericht wendet im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde das Bundesrecht von Amtes wegen an; es ist gemäss Art. 114 Abs. 1 OG an die von den Parteien vorgebrachten Begründungen nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen (BGE 128 II 145 E. 1.2.2 S. 150 f.; 127 II 264 E. 1b S. 268 mit Hinweisen).

2.

2.1 Die Niederlassungsbewilligung erlischt u.a. mit der Ausweisung (Art. 9 Abs. 3 lit. b ANAG). Gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG kann ein Ausländer aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde. Die Ausweisung soll jedoch nur ausgesprochen werden, wenn sie nach den gesamten Umständen angemessen erscheint (Art. 11 Abs. 3 ANAG). Hierbei sind vor allem die Schwere des Verschuldens des Ausländers, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, ANAV; SR 142.201). Ob eine Ausweisung im Sinne der Art. 11 Abs. 3 ANAG und Art. 16 Abs. 3 ANAV "angemessen", d.h. verhältnismässig ist, ist eine Rechtsfrage, die vom Bundesgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde frei geprüft wird (Art. 104 lit. a OG). Dem Bundesgericht ist es jedoch verwehrt, sein eigenes Ermessen - im Sinne

einer Überprüfung der Zweckmässigkeit (Opportunität; vgl. 116 Ib 353 E. 2b) der Ausweisung - an die Stelle desjenigen der zuständigen kantonalen Behörde zu setzen (BGE 125 II 105 E. 2a S. 107, mit Hinweisen).
2.2 Je länger ein Ausländer in der Schweiz anwesend war, desto strengere Anforderungen sind grundsätzlich an die Anordnung einer Ausweisung zu stellen. Zu berücksichtigen ist auch, in welchem Alter der Ausländer in die Schweiz eingereist ist. Selbst bei einem Ausländer, der bereits hier geboren ist und sein ganzes bisheriges Leben in der Schweiz verbracht hat (Ausländer der "zweiten Generation"), ist eine Ausweisung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber nicht ausgeschlossen. Entscheidend ist in jedem Fall die Verhältnismässigkeitsprüfung, die gestützt auf die gesamten wesentlichen Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist (BGE 125 II 521 E.2b S.523f., mit Hinweisen).
2.3 Sodann ist das in Art. 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens zu berücksichtigen: Hat ein Ausländer nahe Verwandte mit gefestigtem Anwesenheitsrecht in der Schweiz und ist diese familiäre Beziehung intakt und wird sie tatsächlich gelebt, dann kann es das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens verletzen, wenn ihm die Anwesenheit in der Schweiz untersagt wird (BGE 129 II 193 E. 5.3.1). Nach Art.8 Ziff.2 EMRK darf eine Behörde in die Ausübung des Rechts nach Ziff.1 dieser Bestimmung nur eingreifen, wenn der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.
3.
Das Verwaltungsgericht hat vorliegend gestützt auf die von ihm herangezogenen Bestimmungen des Bundesrechts wie auch gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Zulässigkeit der verfügten Ausweisung zu Recht bejaht. Das im hohen Strafmass zum Ausdruck kommende Verschulden bei den zum Nachteil der geschiedenen Ehefrau begangenen schweren Sexualdelikten sowie der Umstand, dass der Beschwerdeführer auch darüber hinaus noch mehrfach und über einen längeren Zeitraum hinweg in erheblicher Weise straffällig geworden ist (vgl. vorne "A."), begründen ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers, welches durch die geltend gemachten gegenläufigen Interessen nicht aufgewogen wird. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht festgehalten, dass die Ausweisung nicht unverhältismässig erscheint: Der Beschwerdeführer reiste 1991 im Alter von 28 Jahren in die Schweiz ein und kann damit nicht als Ausländer der "zweiten Generation" eingestuft werden (vgl. BGE 122 II 433 E. 2c mit Hinweisen). Er hat nicht nur seine Kindheit und Jugend, sondern auch einen beträchtlichen Teil seines Erwachsenenlebens im Heimatland verbracht, wohin er noch heute regelmässige Kontakte pflegt. Andererseits ist der Beschwerdeführer, der erwerbslos ist und von einer Invalidenrente lebt, "nicht in besonderer Weise in der Schweiz integriert" (vgl. S. 9 unten des angefochtenen Entscheides). Die Rückkehr in sein Heimatland ist ihm somit zumutbar.

Es liegt auch keine Verletzung von Art. 8 EMRK vor. Gemäss den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts besteht zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn "seit mehr als zwei Jahren keine regelmässige und intakte Beziehung mehr" (S.10 des angefochtenen Entscheides). Ob sich der Beschwerdeführer damit überhaupt (noch) auf Art. 8 EMRK berufen kann, ist fraglich, kann aber offen bleiben, da sich ein Eingriff in das von dieser Bestimmung geschützte Rechtsgut gestützt auf Art. 8 Ziff. 2 EMRK auf jeden Fall rechtfertigt (vgl. E. 2.3).

Die gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene Ausweisung lässt sich nach dem Gesagten im Ergebnis nicht beanstanden; sie ist sowohl mit den Normen des ANAG als auch mit Art. 8 EMRK vereinbar.
4.
Zu prüfen bleibt, ob das angefochtene Urteil den in Art. 12 des Übereinkommens über die Rechte der Kinder (Kinderrechtekonvention, KRK; SR 0.107) festgehaltenen Gehörsanspruch verletzt, wie dies in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend gemacht wird.
4.1 Art. 12 der Kinderrechtekonvention lautet:
-:-
1 Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

2 Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschrifen gehört zu werden.
Art. 12 KRK ist unmittelbar anwendbar (BGE 124 III 90 E. 3a). Die Anhörung ist ein Persönlichkeitsrecht des Kindes (vgl. Andrea Staubli, in: Kinderrechte - Kinderschutz, Basel 2002, S. 93), welches grundsätzlich auch in fremdenpolizeilichen Verfahren, die das Kind "berühren", zu beachten ist (vgl. BGE 124 II 361 E. 3c S. 368 mit Hinweisen). Die Anhörung muss nicht notwendigerweise in jedem Fall mündlich erfolgen, sondern es kann genügen, wenn der Standpunkt des Kindes sonstwie in tauglicher Weise, zum Beispiel durch eine Eingabe seines Vertreters, Eingang in das Verfahren gefunden hat (BGE 124 II 361 E. 3c S. 368 mit Hinweisen, Urteil 1P.549/2001 vom 11. Januar 2002, in Pra 2002 Nr. 99 S. 571 ff.).
4.2 Das Verwaltungsgericht erachtete diese Konventionsgarantie im Bereich des Ausländerrechts nur für Verfahren anwendbar, in denen über den Aufenthaltsort des Kindes oder einer Betreuungsperson zu befinden ist, nicht dagegen bei der Ausweisung eines nicht sorgeberechtigten Elternteils. Der Beschwerdeführer misst diesem konventionsrechtlichen Gehörsanspruch eine weiter gehende Tragweite bei; er müsse bei allen das Kindesinteresse berührenden Anordnungen beachtet werden. Vorliegend werde der Sohn durch die Ausweisung des Vaters in seinen Interessen berührt, indem die künftigen Kontaktmöglichkeiten zum Vater auf dem Spiele stünden.
4.3 Träger der Konventionsgarantie von Art. 12 KRK ist das Kind, welches diesen Anspruch selber oder durch seinen gesetzlichen Vertreter geltend machen kann (Urteil 2P.7/2001 vom 5. Dezember 2001, E. 1d). Dem Beschwerdeführer kann aber im vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren ein schutzwürdiges eigenes Interesse im Sinne von Art. 103 lit. a OG an der Befolgung dieser Verfahrensvorschrift bzw. an der Einhaltung der seinem Sohn zustehenden Konventionsgarantie nicht abgesprochen werden, weshalb auf die aufgeworfene Frage einzutreten ist.
4.4 Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 KRK - "in allen das Kind berührenden Angelegenheiten" - lässt für die Bestimmung des Anwendungsbereiches dieses speziellen konventionsrechtlichen Gehörsanspruches einen Beurteilungsspielraum offen. Der Anspruch setzt zunächst voraus, dass das Kind überhaupt fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden. Sodann können die Interessen eines Kindes in vielerlei Verwaltungs- und Gerichtsverfahren in irgend einer Weise "berührt" sein, ohne dass sich deswegen eine Anhörung des Kindes sachlich rechtfertigen würde. Der konventionsrechtliche Anhörungsanspruch muss sich vernünftigerweise auf Verfahren beschränken, in denen persönlichkeitsrelevante essentielle eigene Interessen des Kindes unmittelbar auf dem Spiele stehen, wie dies insbesondere etwa bei Trennung des Kindes von seiner Familie (vgl. Art. 314 ZGB [Verfahren bei Kindesschutzmassnahmen]) oder beim Entscheid über das Sorgerecht bei Ehescheidung (vgl. Art. 144 ZGB) der Fall ist. Im Ausländerrecht kann dieser Anspruch namentlich in Verfahren zum Zuge kommen, in denen das Aufenthaltsrecht eines Kindes oder einer für es sorgenden Betreuungsperson in Frage steht. Wenn es sich um eine lebendige und wichtige persönliche Beziehung handelt, kann
allenfalls auch die drohende Unterbrechung oder Erschwerung der Kontaktmöglichkeiten mit einem nicht betreuungsberechtigten Elternteil oder sonstigen Familienmitglied die Interessen des Kindes derart berühren, dass diesem aufgrund von Art. 12 Abs. 1 KRK eine Äusserungsmöglichkeit eingeräumt werden muss.
4.5 Gemäss den verbindlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts (vgl. E. 1.2) ist der Kontakt des Beschwerdeführers zu seinem Sohn "seit mehreren Jahren unterbrochen" (S. 8 des angefochtenen Entscheides); es besteht zwischen den beiden, wie ausgeführt (E. 3), seit mehr als zwei Jahren keine regelmässige und intakte Beziehung mehr. Wiewohl der Beschwerdeführer selber an einem Wiederaufleben der Beziehung zu seinem Sohn ernsthaft interessiert sein mag und auch für das Kind die Aufrechterhaltung der Kontaktmöglichkeiten zum Vater trotz des gespannten Verhältnisses zwischen den Eltern nicht zum Vornherein jeder Bedeutung entbehren dürfte, konnte das Verwaltungsgericht unter den geschilderten Umständen vertretbarerweise annehmen, die persönlichen Interessen des Kindes seien nicht in einer Weise unmittelbar betroffen, dass dessen Anhörung konventionsrechtlich gefordert gewesen wäre.
5.
Der Verzicht auf eine Einvernahme des Kindes lässt sich auch beweisrechtlich nicht beanstanden. Der Richter kann das Beweisverfahren schliessen, wenn er aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und er ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass diese seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 122 II 464 E. 4a). Vorliegend war dem Verwaltungsgericht der Umstand, dass im Rahmen eines Verfahrens betreffend Abänderung des Schei-

dungsurteils "im Frühjahr 2005" ein Gespräch zwischen Vater und Sohn stattfinden sollte, bekannt. Das Gericht durfte aufgrund antizipierter Beweiswürdigung sowie der gegebenen Rechtslage jedoch zulässigerweise davon ausgehen, dass den allfälligen Aussagen des Sohnes nichts zu entnehmen wäre, was das Ergebnis der vorgenommenen Interessenabwägung wesentlich zu beeinflussen bzw. zu ändern vermöchte.
6.
Zu beurteilen bleibt die mitangefochtene Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und des unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht.

Der Beschwerdeführer rügt, das Verwaltungsgericht habe die vorliegende Angelegenheit zu Unrecht als "aussichtslos" bezeichnet. Dem sei nicht so, zumal sehr wohl gute Gründe gegen die Ausweisung sprechen würden.

Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als Verlustgefahren und die deshalb nicht als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 125 II 265 E. 4b S. 275; 124 I 304 E. 2c S. 306; 122 I 267 E. 2b S. 271 mit Hinweisen).

Der mitangefochtene Entscheid über die unentgeltliche Prozessführung hält sich an diese Kriterien der bundesgerichtlichen Praxis. Die für die Ausweisung massgebenden tatsächlichen und rechtlichen Argumente waren bereits im Beschluss des Regierungsrates vom 26. Januar 2005 in überzeugender Weise dargelegt, weshalb der Beschwerdeführer nicht ernsthaft damit rechnen konnte, dass seine Beschwerde vor Verwaltungsgericht erfolgreich sein würde. Dass bei der Handhabung der formellen Vorschrift von Art. 12 KRK noch gewisse präzisierungsbedürftige Unsicherheiten bestanden haben mögen, ändert nichts daran, dass die Beschwerde in der Sache - nämlich gegen die verfügte Ausweisung - aussichtslos war.
7.
Nach dem Gesagten ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet abzuweisen.

Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren kann nicht entsprochen werden (Art. 152 OG), da die vorliegende Beschwerde ihrerseits keine ernsthaften Erfolgsaussichten hatte (vgl. E. 6).

Entsprechend diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr wird der finanziellen Lage des Beschwerdeführers Rechnung getragen (Art. 153a Abs. 1 OG). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 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 Migration schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 21. Oktober 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: