Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.423/2005 /bie

Urteil vom 25. Oktober 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
X._____, Beschwerdeführer,
vertreten durch lic.iur. Bernhard Jüsi,

gegen

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

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Mai 2005.

Sachverhalt:
A.
X._____ (geb. 1967), von Serbien-Montenegro, ersuchte im Jahre 1992 in der Schweiz erfolglos um Asyl. Am 23. August 1994 wies die Schweizerische Asylrekurskommission eine gegen den abschlägigen Asylentscheid gerichtete Beschwerde ab. Der Anordnung, die Schweiz bis zum 31. Oktober 1994 zu verlassen, unterzog sich X._____ nicht, sondern heiratete im Mai 1996 in Winterthur die ebenfalls aus Serbien-Montenegro stammende abgewiesene Asylbewerberin Y._____. Mit ihr hat er die Töchter A._____ (geb. 1995) und B._____ (geb. 1996). Der Vollzug der Wegweisung war während Jahren nicht möglich. 1998 wurde die Ehe geschieden und die Töchter unter das Sorgerecht der Mutter gestellt; X._____ erhielt ein gerichtsübliches Besuchsrecht zugesprochen.

Am 14. Juni 1999 stellte das Bundesamt für Flüchtlinge fest, X._____ gehöre zur Gruppe der vorläufig aufgenommenen Personen. Seine Töchter und deren Mutter wurden im Rahmen der "Humanitären Aktion 2000" ebenfalls vorläufig aufgenommen.

Am 8. Dezember 1999 heiratete X._____ die Schweizer Bürgerin Z._____ (geb. 1956), worauf er eine Aufenthaltsbewilligung erhielt. Am 7. August 2001 schlossen die Ehegatten eine Trennungsvereinbarung ab. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Februar 2005 wurde die Ehe geschieden.
B.
X._____ war in der Zeit zwischen 1995 und 2002 verschiedentlich bestraft worden: 1995 wegen Diebstahls zu einer Busse von Fr. 400.–, 1999 wegen grober Verkehrsregelverletzung zu einer Busse von Fr. 1'500.–, und 2002 in zweiter Instanz wegen mehrfacher grober Verkehrsregelverletzung (Überschreitung der zulässigen

Höchstgeschwindigkeit innerorts um 33 km/h, Überfahren eines seit 27,4 Sekunden Rot zeigenden Lichtsignals) zu 75 Tagen Gefängnis bedingt und zu einer Busse von Fr. 1'000.–. Ausserdem wurde ihm mehrmals der Führerausweis entzogen.
C.
Mit Verfügung vom 5. Mai 2003 wies die Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Zürich (Migrationsamt) das Gesuch von X._____ um eine weitere Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab. Den gegen diese Verfügung gerichteten Rekurs wies der Regierungsrat des Kantons Zürich mit Beschluss vom 2. Februar 2005 ab, soweit er darauf eintrat, und mit Urteil vom 25. Mai 2005 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die gegen den regierungsrätlichen Beschluss erhobene Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.
D.
Mit Eingabe vom 30. Juni 2005 führt X._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen, den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Mai 2005 sowie die Verfügung der Direktion für Soziales und Sicherheit vom 5. Mai 2003 aufzuheben. Die Sache sei zur Durchführung der weiteren Sachverhaltsfeststellung (insbesondere zur Kinderanhörung) und zur materiellen Beurteilung an die kantonalen Behörden bzw. das Verwaltungsgericht zurückzuweisen; eventuell sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer einen Anspruch auf weiteren Verbleib in der Schweiz habe. Ferner wird um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung ersucht.

Die Staatskanzlei des Kantons Zürich beantragt - für den Regierungsrat -, die Beschwerde abzuweisen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Bundesamt für Migration stellt denselben Antrag.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Anfechtungsgegenstand bildet vorliegend einzig das verwaltungsgerichtliche Urteil (vgl. Art. 98 lit. g in Verbindung mit Art. 98a OG), welches die ihm vorangegangenen unterinstanzlichen Verfügungen prozessual ersetzt. Soweit der Beschwerdeführer auch die Aufhebung der Verfügung des Migrationsamtes vom 5. Mai 2003 verlangt, ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten (vgl. BGE 125 II 29 E. 1c S. 33).
2.
Nach Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf dem Gebiet der Fremdenpolizei ausgeschlossen 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) entscheidet die zuständige Behörde, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung. Damit besteht kein Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung, es sei denn, der Ausländer oder seine in der Schweiz lebenden Angehörigen könnten sich hierfür auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags berufen (BGE 130 II 281 E. 2.1 S. 284; 128 II 145 E. 1.1.1 S. 148 mit Hinweisen).
3.
Der Beschwerdeführer leitet aus Art. 7 ANAG (betreffend die getrennte, inzwischen geschiedene Ehe mit der Schweizer Bürgerin Z._____) zu Recht keine Ansprüche mehr ab, weshalb auf diese im Verfahren vor dem Regierungsrat geprüfte und schon vor dem Verwaltungsgericht nicht mehr streitige Frage hier nicht nochmals eingegangen zu werden braucht. Die familiären Beziehungen des Beschwerdeführers zu den in der Schweiz lebenden Geschwistern fallen, da er volljährig ist und eine besondere Abhängigkeit nicht dargetan wird, sodann nicht in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK (vgl. BGE 120 Ib 257 E. 1e S. 261 f.). Es geht einzig noch darum, ob die Beziehung zu den beiden Töchtern des Beschwerdeführers (geb. 1995 und 1996) diesem aufgrund von Art. 8 EMRK ein Aufenthaltsrecht zu verschaffen vermag. Ob vorliegend im Grundsatz ein entsprechender, den Weg der Verwaltungsgerichtsbeschwerde öffnender Anspruch des Beschwerdeführers besteht, kann aufgrund der folgenden Ausführungen dahingestellt bleiben.
4.
4.1 Art. 8 EMRK - sowie seit dem 1. Januar 2000 auch Art. 13 Abs. 1 BV (vgl. BGE 126 II 377 E. 7 S. 394) - gewährleisten das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. 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 die erwähnten Garantien verletzen, wenn ihm die Anwesenheit in der Schweiz untersagt

wird (BGE 129 II 193 E. 5.3.1). Der sich hier aufhaltende Angehörige muss dabei aber - wie ausgeführt - über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen. Dies ist der Fall, wenn er das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 mit Hinweisen).
4.2 Ein aus Art. 8 EMRK abgeleiteter Anspruch des Beschwerdeführers auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung würde mithin u.a. voraussetzen, dass die beiden Töchter im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung (vgl. E. 4.1) über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügen und dass zwischen ihnen und dem Beschwerdeführer eine intakte gelebte Beziehung besteht.

Die vorläufige Aufnahme begründet, wie das Verwaltungsgericht in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zutreffend angenommen hat, noch kein gefestigtes Aufenthaltsrecht (vgl. BGE 126 II 335 E. 2b/aa und E. 3c/dd). Ob die tatsächliche Situation der beiden Töchter, welche seit ihrer Geburt in der Schweiz weilen und nach Darstellung des Beschwerdeführers kurz vor ihrer Einbürgerung stehen sollen, eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnte, braucht aufgrund der nachfolgenden Überlegungen nicht weiter untersucht zu werden.
4.3 Selbst wenn man annehmen wollte, die beiden Töchter verfügten über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht und die Beziehung zum Vater sei intakt, könnte der Beschwerdeführer daraus nichts für sich ableiten:

Der nicht sorgeberechtigte Ausländer kann die familiäre Beziehung zu seinen Kindern von vornherein nur in einem beschränkten Rahmen, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts leben. Hierzu ist nicht unabdingbar, dass er dauernd im gleichen Land wie das Kind lebt und dort über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt. Ein solches Besuchsrecht gegenüber einem in der Schweiz fest anwesenheitsberechtigten Kind verschafft dem ausländischen Elternteil daher im Allgemeinen noch keinen Anspruch auf dauernde Anwesenheit; den Anforderungen von Art. 8 EMRK ist Genüge getan, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls dessen Modalitäten entsprechend auszugestalten sind. Ein weiter gehender Anspruch kann bestehen, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zu den Kindern besteht, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrecht erhalten werden könnte und das bisherige Verhalten des Ausländers in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat (”tadelloses Verhalten”, ”comportement irréprochable”, ”comportamento irreprensibile”, vgl. Urteile 2A.10/2001 vom 11. Mai 2001, E. 2b, 2A.516/1999 vom 16. Februar 2000, E. 3, 2A.428/2000 vom 9. Februar 2001, E. 2 und 2A.521/2001 vom 21. Juni 2002, E. 4.2, 2A.563/2002 vom 23. Mai 2003, E. 2.2 sowie BGE 120 Ib 1 E. 3c S. 5, 22 E. 4a/b S. 25 f.). Schon die Bedingung des klaglosen bisherigen Verhaltens ist beim Beschwerdeführer nicht erfüllt, indem er in der Zeit von 1995 bis 2002 wegen einer Reihe von Delikten bestraft werden musste (vgl. vorne ”B.-”). Sodann kann beim Beschwerdeführer, der heute gemäss eigener Darstellung arbeitsunfähig und von Sozialversicherungs- bzw. Fürsorgeleistungen abhängig ist, nicht von einer engen wirtschaftlichen Beziehung zu seinen Töchtern gesprochen werden. Wie intensiv die persönlichen Kontakte des Beschwerdeführers zu den unter der Obhut seiner ersten Ehefrau stehenden beiden Töchtern, die im Zeitpunkt der Scheidung noch Kleinkinder waren (zwei bzw. drei Jahre alt), heute tatsächlich sind, kann bei der geschilderten Sachlage nicht mehr entscheidend ins Gewicht fallen und brauchte vom Verwaltungsgericht schon mangels aussagekräftiger Vorbringen nicht weiter untersucht zu werden; im Verzicht auf die beantragte mündliche Anhörung der beiden Kinder liegt keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. auch nachfolgend E. 5).
5.
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.
5.1 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 Ein-

klang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften 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); sie 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).
5.2 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 seinen Töchtern zustehenden Konventionsgarantie nicht abgesprochen werden, weshalb auf die aufgeworfene Frage einzutreten ist.
5.3 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.
5.4 Der Beschwerdeführer berief sich im Verfahren vor Verwaltungsgericht auf seine "enge Beziehung" zu den beiden Töchtern, mit denen er wöchentlich Kontakt habe und häufig die Freizeit verbringe. Zum Beleg hiefür reichte er eine von einer Reihe von Personen - u. a. auch von den beiden Töchtern - unterzeichnete schriftliche Bestätigung dieser Darstellung ein. Das mag dafür sprechen, dass heute eine lebendige Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Töchtern tatsächlich besteht. Zu beachten ist jedoch, dass diese schon als Kleinkinder von ihrem Vater getrennt wurden und damit durch die Ausreisepflicht des Vaters nicht im gleichen Masse betroffen sind, wie wenn sie mit ihm zusammen in der gleichen Familie gelebt hätten. Da gegen den Beschwerdeführer keine Ausweisung ausgesprochen wird, kann er sein Besuchsrecht gegenüber den Töchtern im Rahmen von Kurzaufenthalten in der Schweiz weiterhin ausüben. Selbst wenn man annehmen will, dass die beiden Töchter durch die Erschwerung der Kontaktmöglichkeiten zum Vater im Sinne von Art. 12 Abs. 1 KRK in persönlichkeitsrelevanten essentiellen Interessen betroffen werden, wäre der konventionsrechtliche Anhörungsanspruch im Ergebnis gewahrt, indem das Interesse der Kinder, wie das
Verwaltungsgericht zulässigerweise annehmen durfte, durch die Vorbringen des Beschwerdeführers hinreichend in das Verfahren eingeflossen ist. Anders wäre der Verzicht auf die persönliche Anhörung konventionsrechtlich zu beurteilen, wenn die genaue Kenntnis des Standpunktes der Kinder aufgrund der Sachlage einen Einfluss auf das Ergebnis der vorzunehmenden Interessenabwägung haben könnte. Ein derartiger Grenzfall ist hier aber nicht gegeben; dass der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine weitere Aufenthaltsbewilligung geltend machen kann, ergibt sich nach dem Gesagten unabhängig von den möglichen Erklärungen der Kinder.
6.
Nach dem Gesagten ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Der Beschwerdeführer hat um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ersucht. Da im Verfahren vor Bundesgericht die unentgeltliche Verbeiständung patentierten Rechtsanwälten vorbehalten bleibt (Art. 152 Abs. 2 OG), fällt die Ernennung des vorliegend tätigen Vertreters, der kein Anwaltspatent besitzt, zum unentgeltlichen Rechtsbeistand von vornherein ausser Betracht. Aber auch dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

kann nicht entsprochen werden, da die vorliegende Beschwerde wegen der gegen den Beschwerdeführer verhängten Vorstrafen in der Sache keine ernsthaften Erfolgsaussichten haben konnte (Art. 152 Abs. 1 OG). Dass bezüglich des Gehörsanspruchs nach Art. 12 KRK gewisse präzisierungsbedürftige Unsicherheiten bestanden haben, ändert nichts.

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 seiner finanziellen Lage 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, soweit darauf einzutreten ist.
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 des Kantons Zürich (2. Abteilung, 2. Kammer) sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 25. Oktober 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: