

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00728 vom 5. März 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-03-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2014.00728](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00728)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00728 du 5 mars 2015

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00728 del 5 marzo 2015

## Regeste

Ausgrenzung (G.-Nr. GI140516-L/U) | Mit einer Ausgrenzung soll die betroffene ausländische Person von einem bestimmten Ort ferngehalten werden (E. 3.6). Die vom Beschuldigten verübten Delikte lassen sich an irgend einem Ort im Kanton Zürich oder ausserhalb des Kantons begehen (E. 3.8). Eine Ausgrenzung aus der Stadt Zürich ist demnach nicht dazu geeignet, eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu verhindern. Wohl würde sich die Gefahr für eine erneute Delinquenz in der Stadt Zürich verringern, nicht aber für eine Fortsetzung der Straftaten in anderen Gebieten des Kantons. Die angeordnete Massnahme ist hier angesichts ihrer beschränkten Zielrichtung kein taugliches Mittel im Interesse der öffentlichen Sicherheit (E. 3.9).  
Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2014.00728 Urteil der 1. Kammer vom 5. März 2015 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz) , Verwaltungsrichter Martin Kayser, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiber Martin Tanner. In Sachen A, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegnerin, betreffend Ausgrenzung (G.-Nr. GI140516-L/U), hat sich ergeben: I. Das Migrationsamt des Kantons Zürich ordnete mit Verfügung vom 25. November 2014 unter anderem Folgendes an: "1. A darf das Gebiet der Stadt Zürich nicht betreten. Ausnahmebewilligungen für zwingende Reisen innerhalb des erwähnten Gebietes sind vorgängig beim Migrationsamt des Kantons Zürich schriftlich einzuholen. [...] 2. [...]"

### E. 3

Sollte A dieser Ausgrenzungsverfügung zuwiderhandeln, wird er verzeigt und zur strafrechtlichen Beurteilung gemäss Art. 119 AuG (Strafandrohung von Freiheitsstrafe) gebracht." II. Am 1. Dezember 2014 gelangte A dagegen an das Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Zürich und ersuchte um Aufhebung der Ausgrenzung. Das Bezirksgericht hiess das Rechtsmittel mit Verfügung vom 16. Dezember 2014 teilweise gut und befristete die ausländerrechtliche Massnahme bis zum 25. November 2015; im Übrigen wies es die Beschwerde ab. III. A erhob am 22. Dezember 2014 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der Ausgrenzung. Das Bezirksgericht verzichtete am 31. Dezember 2014 auf eine Vernehmlassung. Am 8. Januar 2015 reichte das Migrationsamt eine Beschwerdeantwort ein. Dazu liess sich A am 12. Januar 2015 vernehmen . Das Migrationsamt verzichtete stillschweigend auf eine Stellungnahme dazu. Die Kammer erwägt: 1. Beschwerden

betreffend Massnahmen nach Art. 73–78 AuG werden von der Einzelrichterin oder dem Einzelrichter behandelt, sofern sie nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Kammer zur Beurteilung überwiesen werden (§ 38b Abs. 1 lit. d Ziff. 4 in Verbindung mit § 43 Abs. 1 lit. b VRG sowie § 38b Abs. 2 VRG). Da sich vorliegend Fragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen, ist die Sache durch die Kammer zu beurteilen.

2. 2.1 Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz sinngemäss eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör vor. Zur Begründung führt er aus, die Vorinstanz habe ihm bloss das Begleitschreiben zur Vernehmlassung der Beschwerde gegnerin, nicht aber die Vernehmlassung selbst zur Stellungnahme zugestellt.

2.2 Das Bundesgericht hat in Nachachtung der Praxis des Strassburger Gerichtshofs Regeln zum Recht auf Kenntnisnahme von und Stellungnahme zu Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten in gerichtlichen Verfahren aufgestellt. Dieses Replikrecht "im weiteren Sinn" ist Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Parteien haben zum einen das Recht, von jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen. Neben der Kenntnisnahme bzw. Zustellung muss zum anderen gewährleistet sein, dass den Parteien die Gelegenheit bzw. das Recht auf Stellungnahme effektiv eingeräumt wird. Das Äusserungsrecht gilt vorbehaltlos. Es ist unerheblich, ob eine Eingabe neue Tatsachen und Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag. Demnach ist es Sache der Parteien, ob sie sich zu einer Eingabe äussern wollen oder nicht (Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 58 N. 30 ff.).

2.3 Der Beschwerdeführer gelangte am 1. Dezember 2014 an die Vorinstanz, worauf diese mit Verfügung vom 2. Dezember 2014 einen Schriftenwechsel anordnete. In der Folge reichte die Beschwerdegegnerin bei der Vorinstanz eine vom 5. Dezember 2014 datierende Vernehmlassung ein. Dieser Vernehmlassung war ein Begleitschreiben beigelegt, welches ebenfalls das Datum des 5. Dezembers 2014 trägt. Die Vorinstanz akturierte das Begleitschreiben als act. 5, die eigentliche Vernehmlassung als act. 5A ein. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2014 setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer eine Frist von sieben Tagen an, um sich schriftlich zur Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin zu äussern. Im Mitteilungssatz dieser Verfügung hielt sie Folgendes fest: "Schriftliche Mitteilung mit Gerichtsurkunde an den Beschwerdeführer, unter Beilage einer Kopie von act. 5 (mit Hinweis, dass die Akten beim verfügenden Zwangsmassnahmengericht [...] zur Einsicht aufliegen und die Stellungnahme per Fax [...] erfolgen kann)." Da es sich bei dem im Mitteilungssatz erwähnten act. 5 bloss um das Begleitschreiben handelt, muss davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer einzig dieses, nicht aber die als act. 5A einakturierte eigentliche Vernehmlassung erhalten hat. Seine Rüge, er habe sich nicht zur Vernehmlassung äussern können, erweist sich somit als zutreffend.

2.4 Zu prüfen ist, ob die Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren geheilt werden kann: Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Wird er verletzt, ist der betreffende Entscheid grundsätzlich unabhängig davon, ob er inhaltlich richtig ist oder nicht, aufzuheben (BGE 127 V 431 E. 3d/aa; 127 I 128 E. 4d; 126 V 130 E. 2b; VGr, 9. Mai 2012, VB.2012.00052, E. 3.2). Eine Heilung des Mangels im anschliessenden Rechtsmittelverfahren ist jedoch unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Sie bedingt, dass die betroffene Partei sich vor einer Rechtsmittelinstanz äussern kann, welche die gleiche Überprüfungsbefugnis hat (BGE 132 V 387 E. 5.1; VGr, 22. November 2006, VB.2006.00248, E. 5.1 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Hansjörg Seiler, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, SJZ 100/2004, S. 377, 381 ff.; Benjamin Schindler, Die "formelle Natur" von

Verfahrensgrundrechten. Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht – ein Abschied von der überflüssigen Figur der "Heilung", ZBl 106/2005, S. 169 ff., 188 ff.). Sodann setzt eine Heilung des Mangels voraus, dass die Verletzung entweder nicht schwer wiegt oder – wenn die Verletzung schwer wiegt – dass die Rückweisung nur zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer raschen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2, 133 I 201 E. 2.2, 132 V 387 E. 5.1; Alain Griffel, Kommentar VRG, § 8 N. 38). 2.5 Eine schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt hier nicht vor. Zudem verfügt das Verwaltungsgericht bei der Beantwortung der rechtlichen Fragen, wie sie sich vorliegend stellen, grundsätzlich über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz (vgl. § 50 Abs. 1 VRG). Schliesslich liegt es im Interesse des Beschwerdeführers, dass über die Ausgrenzung baldmöglichst entschieden wird. Im Fall einer Rückweisung würde das vorinstanzliche Verfahren – weiterhin unter Entzug der aufschiebenden Wirkung – fortgesetzt, das Verfahren also weiter verlängert.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz grenzte den Beschwerdeführer aus dem Gebiet der Stadt Zürich aus und griff dadurch in seine verfassungsrechtlich geschützte Bewegungsfreiheit ein (Art. 10 Abs. 2 BV). Nach Art. 36 Abs. 1 BV bedürfen Grundrechtseinschränkungen einer gesetzlichen Grundlage. Sie müssen weiter durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV) und sich sodann als verhältnismässig erweisen (Art. 36 Abs. 3 BV). Schliesslich ist der Kerngehalt eines Grundrechts unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV).

### **E. 3.2**

Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG regelt die Ausgrenzung wie folgt: Die zuständige kantonale Behörde kann einer Person die Auflage machen, ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten, wenn sie keine Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt und sie die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet. Mit dieser Bestimmung besteht eine hinreichend bestimmte generell-abstrakte Norm. Das Vorliegen einer genügenden Rechtsgrundlage wird denn auch zu Recht nicht bestritten.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdegegnerin bezweckt mit der Ausgrenzung eine "Verbesserung von Sicherheit und Ordnung". Hierbei handelt es sich um ein zulässiges öffentliches Interesse.

### **E. 3.4**

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst die Subkriterien der Eignung, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit. Geeignet ist eine staatliche Handlung dann, wenn durch sie das öffentliche Interesse auch tatsächlich wahrgenommen werden kann, das heisst, wenn der im öffentlichen Interesse verfolgte Zweck erreicht werden kann (Rainer J. Schweizer in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 36 N. 38).

### **E. 3.5**

Mit Urteil vom 22. August 2005 sprach das Obergericht des Kantons Zürich den Beschwerdeführer unter anderem des Diebstahls sowie des mehrfachen Hausfriedensbruchs schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Gefängnisstrafe von drei Monaten. Wegen Hausfriedensbruchs und geringfügigen Diebstahls bestrafte ihn die Staatsanwaltschaft

Winterthur/Unterland am 18. Juli 2013 mit einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 30.- sowie einer Busse von Fr. 300.-. Sodann verurteilte ihn die Staatsanwaltschaft Limmattal /Albis am 18. März 2014 wegen mehrfacher Drohung und mehrfachen Tötlichkeiten zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten sowie einer Busse von Fr. 500.-. Angesichts dieser Verurteilungen besteht die Befürchtung, dass der Beschwerdeführer auch in Zukunft ähnliche Straftaten begehen könnte. Insofern wäre jede Fernhaltung von irgendeinem Ort im Kanton geeignet, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu "verbessern". Denn dort, wo der Betroffene nicht mehr hingehen darf, kann er nach dem Zweck der Massnahme nicht mehr straffällig werden. Eine solche Betrachtungsweise greift indessen zu kurz. Sie trägt weder der bisherigen Rechtsprechung noch dem Zweck von Fernhaltungsmassnahmen Rechnung.

### **E. 3.6**

Wie die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Drogendelikten zeigt, geht es darum, dass der Betroffene konkret von einem bestimmten Ort ferngehalten werden soll (vgl. etwa BGr, 2A . 347/2003, 24. November 2003, E. 2.2). Ein potentieller Dealer soll sich also nicht mehr in der Nähe der Szene aufhalten, ein gewaltbereiter Extremist soll sich nicht in ein Zentrum begeben können, in dem sich andere radikalisierte Personen treffen, jemand, der ständig um ein bestimmtes Heim oder Schulhaus schleicht, soll dort nicht Leute bedrohen oder belästigen können usw.

### **E. 3.7**

Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Die Delikte, die der Beschwerdeführer begangen hat, sind örtlich unspezifisch und erscheinen schlicht als Ausdruck eines qualifiziert asozialen Verhaltens. Zwar ereigneten sich die zwei dem Beschwerdeführer im Jahr 2014 vorgeworfenen Vorfälle in der Stadt Zürich. Die im Jahr 2013 begangenen Delikte erfolgten jedoch in Winterthur bzw. in Adliswil: So folgte er im September 2013 einer Passagierin vom Zürcher Hauptbahnhof nach Adliswil, wo er sie beschimpfte und bedrohte. Ebenfalls in Adliswil verletzte er im Dezember 2013 eine Passantin leicht und bedrohte sie anschliessend. Im Juli 2013 stahl er eine Stange Zigaretten aus dem Coop in Winterthur - Töss, wo er zuvor ein Hausverbot erhalten hatte.

### **E. 3.8**

Delikte, wie sie der Beschwerdeführer beging, lassen sich nach dem Gesagten an irgend einem Ort im Kanton Zürich oder ausserhalb des Kantons begehen. Wenn er nicht mehr in die Stadt Zürich darf, kann er jedes andere Geschäft in Adliswil, Winterthur oder anderswo betreten, Leute belästigen oder Waren zu stehlen versuchen. Dafür gibt es anders als bei Drogendelikten oder anderen Straftaten weder eine einschlägige "Szene", noch spezifisch gefährdete Opfer oder geeignete Mittäter.

### **E. 3.9**

Die angeordnete Massnahme ist demnach nicht dazu geeignet, eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu verhindern. Wohl würde sich die Gefahr für eine erneute Delinquenz in der Stadt Zürich verringern, nicht aber für eine Fortsetzung der Straftaten in anderen Gebieten des Kantons. Die Ausgrenzung ist hier angesichts ihrer beschränkten Zielrichtung kein taugliches Mittel im Interesse der öffentlichen Sicherheit. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen.

### **E. 4**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.