

BGer 2C_271/2023 vom 12. Februar 2024

Bundesgericht, 2024-02-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_271_2023

FR: TF 2C_271/2023 du 12 février 2024

IT: TF 2C_271/2023 del 12 febbraio 2024

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesgericht prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 149 II 66 E. 1.3 ; 148 I 160 E. 1).

E. 1.2

Auf dem Gebiet des Ausländerrechts ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide betreffend ausländerrechtliche Bewilligungen nur zulässig, wenn das Bundesrecht oder das Völkerrecht einen Anspruch auf die Bewilligung einräumt (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG

e contrario). Für das Eintreten genügt, wenn die betroffene Person in vertretbarer Weise dartut, dass potenziell ein solcher Anspruch besteht. Der Beschwerdeführer beruft sich auf die Beziehung zu seiner minderjährigen Tochter und macht damit in vertretbarer Weise einen potenziellen Anspruch gestützt auf Art. 8 EMRK (Achtung des Familienlebens) geltend. Ob tatsächlich ein Aufenthaltsrecht besteht, ist eine materielle Frage und keine Eintretensfrage (BGE 147 I 268 E. 1.2.7 ; 139 I 330 E. 1.1).

E. 1.3

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 42, Art. 82 lit. a, 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, Art. 89 Abs. 1, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 BGG), ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2.1

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und b BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft jedoch nur die geltend gemachten Rechtsverletzungen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 147 I 73 E. 2.1). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG).

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Eine Berichtigung oder Ergänzung der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen ist von Amtes wegen (Art. 105 Abs. 2 BGG) oder auf Rüge hin (Art. 97 Abs. 1 BGG) möglich.

E. 3

Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob der Beschwerdeführer gestützt auf die Beziehung zu seiner dreijährigen Tochter einen Aufenthaltsanspruch hat.

E. 4.1

Zunächst ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer zwar nach wie vor mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet ist. Allerdings leben die beiden seit dem 24. Oktober 2020 getrennt und möchte sich die Ehefrau scheiden lassen (angefochtener Entscheid E. 2.2). Die Ehe ist folglich definitiv gescheitert; der Beschwerdeführer kann sich für seinen weiteren Aufenthalt nicht mehr auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) berufen (BGE 144 II 1 E. 3.1; 139 II 393 E. 2.1).

E. 4.2

Auch ein freizügigkeitsrechtlicher Anspruch auf umgekehrten Familiennachzug fällt ausser Betracht, da der Beschwerdeführer und die Tochter nicht zusammenwohnen (Art. 3 Anhang I FZA) und der Aufenthalt der Tochter in der Schweiz, die wie die Mutter die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, durch die Wegweisung des Beschwerdeführers ohnehin nicht tangiert wird (BGE 144 II 113 E. 4.1; Urteile 2C_678/2022 vom 7. Dezember 2022 E. 4.3; 2C_1001/2017 vom 18. Oktober 2018 E. 3.3; 2C_606/2013 vom 4. April 2014 E. 3.4). Inwieweit der Entscheid des Europäischen Gerichtshofs EuGH vom 27. Februar 2020 [C-836/18],

Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real , auf den sich der Beschwerdeführer beruft, daran etwas ändern soll, begründet der Beschwerdeführer nicht und ist auch nicht ersichtlich.

E. 5

Zu prüfen bleibt, ob Art. 8 EMRK dem Beschwerdeführer einen Aufenthaltsanspruch aufgrund der Beziehung zu seiner Tochter verleiht.

E. 5.1

Artikel 8 Ziff. 1 EMRK garantiert grundsätzlich keinen Anspruch auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat. Dennoch kann das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Familienlebens berührt sein, wenn einer ausländischen Person mit in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen das intakte familiäre Zusammenleben verunmöglicht wird, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (BGE 144 II 1 E. 6.1 ; 144 I 266 E. 3.3 ; 144 I 91 E. 4.2 ; 143 I 21 E. 5.1).

E. 5.2

Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gilt jedoch nicht absolut. Vielmehr kann er eingeschränkt werden, falls dies gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig erscheint (Art. 8 Ziff. 2 EMRK). Die Konvention verlangt, dass die individuellen Interessen an der Erteilung bzw. am Erhalt des Anwesenheitsrechts und die öffentlichen Interessen an dessen Verweigerung sorgfältig gegeneinander abgewogen werden, wobei Letztere in dem Sinne u■berwiegen mu■ssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist (BGE 144 I 266 E. 3.7 ; 144 I 91 E. 4.2; 144 II 1 E. 6.1 ; 143 I 21 E. 5.1).

E. 5.3

Praxisgemäss kann der nicht obhutsberechtigte ausländische Elternteil die familiäre Beziehung mit seinem Kind von vornherein nur in beschränktem Rahmen pflegen, nämlich im Rahmen des ihm eingeräumten Besuchsrechts. Um dieses wahrnehmen zu können, ist es in der Regel nicht erforderlich, dass der ausländische Elternteil dauerhaft im selben Land wie das Kind lebt und dort über ein Anwesenheitsrecht verfügt. Unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf Familienleben (Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 13 Abs. 1 BV) ist es grundsätzlich ausreichend, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten, Ferienbesuchen oder über die modernen Kommunikationsmittel vom Ausland her wahrgenommen werden kann, wobei allenfalls die Modalitäten des Besuchsrechts entsprechend auszugestalten sind (BGE 147 I 149 E. 4 ; 144 I 91 E. 5.1 und 5.2 ; 143 I 21 E. 5.3). Ein weitergehender Anspruch fällt nur dann in Betracht, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte und dessen bisheriges Verhalten in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat. Diesbezüglich hat eine Gesamtbeurteilung zu erfolgen (BGE 147 I 149 E. 4; 142 II 35 E. 6.2 ; 141 I 91 E. 5.2).

E. 5.4

Der Beschwerdeführer ist Vater der dreijährigen C._____. Sie verfügt über eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA, die sie abgeleitet von der Niederlassungsbewilligung der Mutter erhalten hat. Der Tochter ist es nicht ohne Weiteres zumutbar, mit dem Beschwerdeführer nach Marokko zu gehen. Die Wegweisung des Beschwerdeführers tangiert somit sein Recht auf Achtung des Familienlebens.

E. 5.5

Der Beschwerdeführer teilt sich mit der Mutter zwar die elterliche Sorge über die Tochter. Die Obhut hat allerdings allein die Mutter inne. Das Familienleben zur Tochter beschränkt sich somit auf die Besuchskontakte, für deren Ausübung die Anwesenheit des Beschwerdeführers nicht erforderlich ist. Anders verhielte es sich nur, wenn eine besondere affektive und wirtschaftliche Beziehung zwischen Beschwerdeführer und Tochter bestünde.

E. 5.5.1

Die Vorinstanz bejaht die besondere affektive Beziehung. Die Eheleute haben das Besuchsrecht gemäss Teilvereinbarung vom 26. August 2021 geregelt. Sie vereinbarten, dass A._____ in einer ersten Phase in geraden Wochen am Mittwoch von 9.00 Uhr bis 17.00 Uhr und am Sonntag von 9.00 Uhr bis 17.00 Uhr und in ungeraden Wochen am Samstag von 9.00 Uhr bis 17.00 Uhr seine Tochter betreuen dürfe. Ausgenommen wäre jedes erste volle Wochenende (Samstag und Sonntag) im Monat, in welchem die Tochter bei der Mutter bliebe. In einer zweiten Phase bei gutem Verlauf und ab Aufnahme einer Erwerbstätigkeit von A._____ sowie dem Bezug einer eigenen Wohnung in Zürich würde die Betreuung durch A._____ jeweils in geraden Wochen am Donnerstag nach Ende der Betreuung durch die Kindertagesstätte bis Freitagmorgen, Beginn der Betreuung durch die Kindertagesstätte, sowie in ungeraden Wochen am Wochenende von Samstag, 9.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, erfolgen. Die Vorinstanz erwägt angesichts dessen, dass der Beschwerdeführer über ein Besuchsrecht verfüge, das über das übliche Besuchsrecht für ein Kleinkind von einem Tag oder zwei Halbtagen pro Monat hinausgehe. Dass er dieses nur zu einem Viertel ausübe - bis November 2021 mittwochs während zwei Stunden und am Wochenende während einer bis acht Stunden -, sei ihm aufgrund seiner Erwerbstätigkeit

in der Gastronomie nicht vorwerfbar und übersteige immer noch den üblichen Umfang eines Besuchsrechts (angefochtener Entscheid E. 3.3.3.3). Auch habe die Mutter im September 2022 bestätigt, dass der Beschwerdeführer nunmehr eine tragende Säule im Leben seiner Tochter sei und sie auch in der Kinderbetreuung unterstütze. Das Betreuungsverhältnis habe sich sehr gut stabilisiert und der Beschwerdeführer sei trotz seiner Arbeitszeiten an den Wochenenden stets darum bemüht, Beruf und Betreuung zu vereinbaren (angefochtener Entscheid E. 3.3.3.4). Ob die rechtliche Würdigung zutrifft, muss angesichts der zu verneinenden besonders intensiven wirtschaftlichen Beziehung nicht überprüft werden.

E. 5.5.2

Eine in wirtschaftlicher Hinsicht besonders enge Beziehung liegt vor, wenn die gerichtlich angeordneten Unterhaltszahlungen im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren entrichtet werden. Werden Naturalleistungen (in Form von Betreuungsleistungen) erbracht, die einer alternierenden Obhut gleichkommen, kann ebenfalls auf eine enge wirtschaftliche Verbundenheit geschlossen werden (BGE 144 I 91 E. 5.2.2; Urteile 2C_221/2023 vom 12. Januar 2024 E. 7.6.3; 2C_365/2023 vom 13. Dezember 2023 E. 4.3; 2C_710/2022 vom 30. August 2023 E. 4.3; 2C_994/2022 vom 22. Juni 2023 E. 6.3).

E. 5.5.3

Im Eheschutzurteil vom 29. Oktober 2021 wurde festgehalten, dass der Beschwerdeführer mangels Leistungsfähigkeit keine Unterhaltszahlungen für die Tochter leisten könne. Das bedeutet indes nicht, dass er von seiner grundsätzlichen Pflicht, sich nach seinen Kräften am Unterhalt der Tochter zu beteiligen (Art. 276 Abs. 2 ZGB), entbunden wäre. Das Bundesgericht stellt in konstanter Rechtsprechung darauf ab, ob der nicht obhutsberechtigte Elternteil

entweder Geldunterhalt

oder diesen ersetzenden - weil gleichwertigen (Art. 276 Abs. 1 ZGB) - Naturalunterhalt leistet (vgl. vorstehend E. 5.5.2). Wenn es dem nicht obhutsberechtigten Elternteil - wie vorliegend aufgrund eines zu tiefen Einkommens trotz voller Erwerbstätigkeit - nicht möglich und zumutbar ist, sich am Geldunterhalt des Kindes zu beteiligen, kann er dennoch eine besonders enge wirtschaftliche Beziehung zum Kind haben, wenn er sich etwa hälftig an der Betreuung des Kindes beteiligt. Die gegenteilige Ansicht des Beschwerdeführers, wonach er seine mangelnde Leistungsfähigkeit nicht durch überdurchschnittliche Betreuung auszugleichen hätte, um eine besonders intensive wirtschaftliche Bindung zu belegen, geht fehl.

E. 5.5.4

Vorliegend mag der Beschwerdeführer der Tochter zwar vermehrt Geschenke machen, doch gehen diese mit Spielzeug und Kleidern nicht über den Rahmen der üblichen Gelegenheitsgeschenke eines Elternteils an sein Kind hinaus. Dass er sich substanziell am Geldunterhalt beteiligen würde, ist damit nicht dargetan. Auch dass der Beschwerdeführer seine ihm zugesprochenen Besuche nunmehr vollumfänglich und nicht nur zu einem Viertel ausüben würde (vgl. vorstehend E. 5.5.1), geschweige denn derart viel Betreuung übernehmen würde, dass diese einer alternativen Obhut gleichkäme, und folglich als Natural- den Geldunterhalt ersetzen könnte, macht er nicht geltend und ergibt sich auch nicht aus dem angefochtenen Entscheid.

E. 5.5.5

Abgesehen davon hält die Vorinstanz zu Recht fest und wird vom Beschwerdeführer auch nicht in Abrede gestellt, dass er sich nicht bereits nach der Trennung im Oktober 2020 um Arbeit bemüht, sondern damit fast ein Jahr zugewartet und erst im Oktober 2021 eine Stelle angetreten hat (angefochtener Entscheid E. 3.3.4). In dieser Zeit hat der Beschwerdeführer nicht versucht, eine finanzielle Beziehung zu seiner Tochter aufzubauen, wofür mangelnde Sprachkenntnisse und Corona-Pandemie nur bedingt verantwortlich gemacht werden können. Dass der Beschwerdeführer, wie er vorbringt, auch mit einer Arbeit nicht leistungsfähig gewesen wäre, ändert daran nichts: Schliesslich ist auch nicht aktenkundig, dass sich der Beschwerdeführer in dieser Zeit um eine vermehrte, die Mutter entlastende oder sogar alternative Betreuung der Tochter bemüht hätte.

E. 5.6

Der Beschwerdeführer hat sich folglich während eines Jahres weder am Geld- noch am Naturalunterhalt der Tochter beteiligt, ohne dass es dafür triftige Gründe gegeben hätte. Dies wird durch die festgestellte Leistungsunfähigkeit im Eheschutzurteil und die sporadischen Geschenke nicht aufgewogen, zumal aus dem vorinstanzlichen Urteil nicht hervorgehen würde, dass sich der Beschwerdeführer nunmehr in einem grösseren bzw. dem ihm zugesprochenen Umfang an der Betreuung der Tochter beteiligen würde. Dass die Vorinstanz vor diesem Hintergrund eine in wirtschaftlicher Hinsicht besonders enge Beziehung verneint hat, ist bundes- und konventionsrechtlich nicht zu beanstanden.

E. 5.7

Schliesslich steht die Entfernung zwischen Marokko und der Schweiz Besuchskontakten nicht entgegen (vgl. Urteil 2C_125/2021 vom 17. August 2021 E. 5.3.2 betreffend Tunesien). Die Aufrechterhaltung der Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und der Tochter wird durch die Wegweisung zwar erschwert, aber nicht ausgeschlossen. Dass es angesichts des Alters der Tochter nicht optimal ist, die Kontakte über (Video-) Telefonie und gelegentliche Ferienkontakte aufrechtzuerhalten, wie der Beschwerdeführer geltend macht, mag zutreffen. Allerdings gewährt Art. 8 EMRK nur Mindestgarantien und nicht optimale Rahmenbedingungen für das gewünschte Familienleben. Auch ist zwar bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, das übergeordnete Kindesinteresse ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist (Art. 3 Abs. 1 KRK). Indes verschafft die KRK keinen unmittelbaren, eigenständigen Aufenthaltsanspruch (BGE 144 I 91 E. 5.2 ; 143 I 21 E. 5.5.2). In der ausländerrechtlichen Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 EMRK ist das Kindeswohl rechtsprechungsgemäss ebenfalls nicht das allein ausschlaggebende, wenn auch ein wesentliches Element (BGE 143 I 21 E. 5.5.1 und 5.5.4 mit Hinweisen; Urteil des EGMR

B.F. gegen Schweiz vom 4. Juli 2023 [Nr. 13258/18] § 119). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers wird dem Kindeswohl jedoch rechtsprechungsgemäss selbst bei jüngeren Kindern grundsätzlich noch genügend Rechnung getragen, wenn der Kontakt mittels gelegentlichen Ferienbesuchen und modernen Kommunikationsmitteln gepflegt werden kann und das Kind - wie vorliegend - in vertrauter Umgebung bei seiner Mutter verbleiben und unter den gewohnten Lebensbedingungen aufwachsen kann (Urteile 2C_499/2022 vom 23. März 2023 E. 8.3; 2C_934/2021 vom 15. Februar 2022 E. 4.6.3 mit Hinweisen).

E. 5.8

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass Art. 8 EMRK dem Beschwerdeführer keinen Aufenthaltsanspruch verschafft. Das Familienleben mit der Tochter kann konventionskonform über Distanz aufrechterhalten werden. In der Gesamtschau vermag das private Interesse des erst seit Ende 2019 in der Schweiz wohnhaften Beschwerdeführers, der zuvor in Marokko gelebt und gearbeitet hat, das öffentliche Interesse an der Kontrolle und Steuerung der Einwanderung nicht zu überwiegen. Die Vorinstanz hat dementsprechend in Einklang mit Bundes- und Konventionsrecht den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers bestätigt.

E. 6.1

Die Beschwerde ist unbegründet und abzuweisen.

E. 6.2

Da der Beschwerdeführer mittellos ist und die Beschwerde nicht als offensichtlich aussichtslos zu gelten hatte, ist seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu entsprechen (Art. 64 BGG). Seiner Rechtsvertreterin ist eine Entschädigung von Fr. 2'500.-- aus der Bundesgerichtskasse auszurichten. Parteientschädigungen sind keine geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG)

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