

BGer 2C_402/2018 vom 19. September 2018

Bundesgericht, 2018-09-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_402_2018

FR: TF 2C_402/2018 du 19 septembre 2018

IT: TF 2C_402/2018 del 19 settembre 2018

Erwägungen

E. 1.1

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) und Form (Art. 42 BGG) eingereicht und richtet sich gegen einen Endentscheid einer letzten oberen kantonalen Instanz (Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BGG ; Art. 90 BGG) in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG).

E. 1.2

Nach Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide über ausländerrechtliche Bewilligungen ausgeschlossen, auf deren Erteilung weder das Bundes- noch das Völkerrecht einen Rechtsanspruch einräumen. Auf Beschwerden, die sich gegen eine Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung richten, kann eingetreten werden, wenn in vertretbarer Weise ein Anspruch auf Verlängerung geltend gemacht wird; ob der Anspruch besteht, ist Gegenstand der materiellen Beurteilung (BGE 136 II 177 E. 1.1 S. 179 f.; Urteil 2C_575/2013 vom 7. Februar 2014 E. 1.1). Der Beschwerdeführer stützt seinen Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung auf Art. 50 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20). Auf die Beschwerde, die zulässig ist, ist einzutreten (Art. 83 lit. c Ziff. 2

e contrario BGG; Art. 83 lit. c Ziff. 4 BGG ; BGE 135 II 1 E. 1.2.2 S. 4).

E. 1.3

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und Art. 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 mit Hinweis). Die Verletzung von Grundrechten sowie von kantonalem und interkantonalem Recht untersucht es in jedem Fall nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254).

E. 1.4

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zu Grunde (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (Art. 105 Abs. 2 BGG). Die betroffene Person muss rechtsgenügend dartun, dass und inwiefern der festgestellte

Sachverhalt in diesem Sinne mangelhaft erscheint und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG). Obwohl nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, beruht auch eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung auf einer Rechtsverletzung. Was rechtserheblich ist, bestimmt das materielle Recht; eine in Verkennung der Rechtserheblichkeit unvollständige Erstellung der für die rechtliche Beurteilung massgeblichen Tatsachen stellt demzufolge eine Verletzung materiellen Rechts dar (BGE 136 II 65 E. 1.4 S. 68, 134 V 53 E. 4.3 S. 62; LORENZ MEYER, Wege zum Bundesgericht - Übersicht und Stolpersteine, ZBJV 146/2010 S. 857).

E. 2

Der Beschwerdeführer rügt, das tatsächlich gelebte enge Kindsverhältnis zu seinem vierjährigen Sohn C. _____, welcher über die schweizerische Staatsangehörigkeit verfüge, sei im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten geblieben. Er sei jedoch auch bereit und gewillt gewesen, den finanziellen Unterhalt für seinen Sohn zu leisten. Er sei als sorgeberechtigter Kindsvater jedoch noch nicht in der Lage gewesen, den gestützt auf einen hypothetischen Einkommenswert berechneten Kindesunterhalt vollumfänglich in Geld zu begleichen, habe jedoch während der mehreren längeren Spitalaufenthalte der Kindesmutter die Betreuung des Sohnes gesamthaft übernommen und betreue ordentlich den Sohn unter der Woche mindestens an einem Tag und je an einem Tag an jedem Wochenende. Die Vorinstanz habe sich mit dem Argument der Substituierung der Unterhaltungspflicht durch Betreuung, d.h. der faktisch gelebten geteilten Obhut, nicht auseinandergesetzt, und die entsprechenden Beweisofferten nicht abgenommen, was seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletze (Art. 29 Abs. 2 BV) und dazu geführt habe, dass die Vorinstanz den Sachverhalt in Verletzung dieser verfassungsrechtlichen Garantie festgestellt habe. Der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt bilde sachlich keine Grundlage, um das unbestritten intensiv gelebte Familienleben rechtlich zu werten. Eine Beendigung des Aufenthaltes des Beschwerdeführers, welcher sowohl in affektiver wie auch in wirtschaftlicher Hinsicht mit dem Sohn eng verbunden sei, würde die Beziehung stark schädigen und existentiell gefährden. Angesichts dessen, dass der Beschwerdeführer nicht weiter abhängig von der Sozialfürsorge sei und die Ausstände der nicht bezahlten Unterhaltsschulden gering erschienen, würde sein privates Interesse an einem weiteren Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an seiner Ausreise überwiegen, weshalb die Nichtverlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung bei den gegebenen Umständen als nicht verhältnismässig erscheine und das Recht auf ein Familienleben (Art. 8 EMRK , Art. 13 BV , Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG) verletzen würde.

E. 2.1

Nach Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG besteht nach Aufgabe der Familiengemeinschaft ein Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen. Solche Gründe können insbesondere in einer schützenswerten, durch Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV erfassten Beziehung zu einem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Kind bestehen (Urteil 2C_821/2016 vom 2. Februar 2018 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen; BGE 139 I 315 E. 2.1 S. 319). Der nicht sorge- bzw. obhutsberechtigten ausländischen Elternteil kann die familiäre Beziehung mit seinem Kind jedoch von vornherein nur in beschränktem Rahmen pflegen, nämlich durch Ausübung 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 vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls die Modalitäten des Besuchsrechts entsprechend auszugestalten sind. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann ein weitergehender Anspruch nur dann in Betracht fallen, 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 das bisherige Verhalten des Ausländers in der Schweiz zu keinerlei nennenswerten Klagen Anlass gegeben hat (Urteil 2C_821/2016 vom 2. Februar 2018 E. 5.2, zur Publikation vorgesehen; BGE 139 I 315 E. 2.2 S. 319; Urteil 2C_497/2014 vom 26. Oktober 2015 E. 5.2). Bei ausländischen Elternteilen eines hier aufenthaltsberechtigten Kindes, welche aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft über eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz verfügen, ist das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts ausgeübt wird; massgeblich für das bundesgerichtliche Verfahren ist das tatsächlich ausgeübte Besuchsrecht im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils (ausführlich Urteil 2C_123/2015 vom 30. September 2015 E. 2.7). Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Verbundenheit können nicht nur Geld-, sondern auch Naturalleistungen (in Form von Betreuungsleistungen) eine wesentliche Rolle spielen (Urteile 2C_821/2016 vom 2. Februar 2018 E. 5.2.2, zur Publikation vorgesehen; 2C_635/2016 vom 17. März 2017 E. 2.1.3; 2C_1125/2014 vom 9. September 2015 E. 4.6.1; 2C_497/2014 vom 26. Oktober 2015 E. 6.1, unter Verweis auf Art. 276 Abs. 2 ZGB). Das Kriterium des tadellosen Verhaltens wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bisher streng gehandhabt und die Praxis bisher nicht relativiert (vgl. BGE 139 I 315 E. 3.3 S. 324 f.). Das Bundesgericht hat diese jüngst einzig bei einer ausländischen Person etwas abgeschwächt, die nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit dem schweizerischen Ehegatten lebte, jedoch über das Kind - ohne es in der Obhut zu haben - wegen der fortbestehenden (formellen) Ehebeziehung noch die elterliche Sorge ausübte und zudem die Beziehung zum Kind tatsächlich sehr eng war (Treffen mehrere Male pro Woche; BGE 140 I 145 E. 4.3 S. 150 f.). Die Praxis, in Bezug auf das Kriterium des tadellosen Verhaltens gewisse "untergeordnete" Vorkommnisse in einer Gesamtbetrachtung etwas weniger stark zu gewichten, kommt nur in spezifischen Fällen bzw. bei besonderen Umständen infrage; diese müssen es ausnahmsweise rechtfertigen, allfällige (untergeordnete) Verstösse gegen die öffentliche Ordnung (bspw. untergeordnete ausländer- oder ordnungsrechtliche Delinquenz; kurzer, unverschuldeter Sozialhilfebezug) nicht notwendigerweise so stark zu gewichten, dass sie von Vornherein die anderen Kriterien (Grad der tatsächlichen affektiven und wirtschaftlichen Intensität der Beziehung zum Kind, zivilrechtliche Regelung der familiären Verhältnisse, Dauer der Beziehung und des Aufenthalts, Grad der Integration aller Beteiligten, Kindesinteresse usw.) aufzuwiegen vermögen (Urteile 2C_635/2016 vom 17. März 2017 E. 2.1.3; 2C_1125/2014 vom 9. September 2015 E. 4.4; 2C_723/2014 vom 6. August 2015 E. 2.3; 2C_728/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.1).

E. 2.2

Während der Ehe sorgen die Ehegatten gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie (Art. 163 Abs. 1 ZGB). Sie verständigen sich über den Beitrag, den jeder von ihnen leistet, namentlich durch Geldzahlungen, Besorgen des

Haushaltes, Betreuen der Kinder oder durch Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des andern (Art. 163 Abs. 2 ZGB), wobei sie die Bedürfnisse der ehelichen Gemeinschaft und ihre persönlichen Umstände berücksichtigen (Art. 163 Abs. 3 ZGB). Der Unterhalt wird durch Pflege, Erziehung und Geldzahlung geleistet (Art. 276 Abs. 1 ZGB). Die Eltern sorgen gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Im Zusammenhang mit der zum Besuchsrecht entwickelten ausländerrechtlichen Rechtsprechung stellt das Bundesgericht auf das tatsächlich ausgeübte Besuchsrecht ab und hat namentlich Anträge abgelehnt, das Verfahren bis zur Erledigung des Scheidungsverfahrens zu sistieren, weil zwischen dem ehe- und dem ausländerrechtlichen Verfahren im Regelfall kein derart enger Konnex in dem Sinn bestehe, dass das Scheidungsurteil zwingend abzuwarten wäre (Urteil 2C_123/2015 vom 30. September 2015 E. 2.7, mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung). Dies ergibt sich auch daraus, dass Art. 42 Abs. 1 AuG den Aufenthaltsanspruch des ausländischen Ehegatten von Schweizer Bürgern an das Zusammenwohnen knüpft; bereits wenn das Zusammenleben eheschutzrichterlich aufgelöst wurde, beurteilt sich somit die Frage nach einem Weiterbestehen des Aufenthaltsanspruches nicht mehr nach Art. 42 AuG, sondern nach Art. 50 AuG. Dementsprechend gilt die zitierte Rechtsprechung zum Fortbestand des Bewilligungsanspruches zur Ausübung des Besuchsrechts nicht erst bei Auflösung der Ehe durch Scheidung, sondern bereits bei der eheschutzrechtlichen Trennung. Massgeblich ist jedoch ausländerrechtlich nicht die im Urteil des Eheschutzrichters festgelegte Besuchsberechtigung des nicht obhutsberechtigten Elternteils, sondern das tatsächlich ausgeübte Besuchsrecht.

E. 2.3

Entsprechend ist bei der Beurteilung der Frage, ob zwischen dem getrennten, nicht obhutsberechtigten Elternteil und dem Kind eine besonders enge Beziehung in wirtschaftlicher Hinsicht besteht, nicht nur darauf abzustellen, ob der betreffende Elternteil die in der eheschutzrechtlichen Regelung festgelegten Alimente leistet oder nicht. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass zwischen Situationen zu unterscheiden sei, in welchen der nicht obhutsberechtigte Elternteil deswegen nicht zum Kindesunterhalt beitrage, weil ihm die für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erforderliche Bewilligung fehle, und solchen, in welchen die betreffende Person sich überhaupt nicht um eine Erwerbstätigkeit bemühe (Urteil 2C_821/2016 vom 2. Februar 2018 E. 5.2.2, zur Publikation vorgesehen, mit zahlreichen Hinweisen).

E. 2.4

Im vorinstanzlichen Verfahren ist unbestritten geblieben, dass der faktische Umgang des Beschwerdeführers mit seinem Sohn weit über das festgelegte Besuchsrecht hinausgeht (zwei bis drei Mal wöchentlich bzw. regelmässig am Wochenende), weshalb die Vorinstanz eine besonders enge Vater-Sohn-Beziehung in affektiver Hinsicht bejaht hat. Zur engen Beziehung in wirtschaftlicher Hinsicht hat die Vorinstanz erwogen, der Beschwerdeführer sei der ihm vom Eheschutzrichter auferlegten Verpflichtung zur Entrichtung der Kinderunterhaltsbeiträge unstreitig teils nicht und teils nur unvollständig nachgekommen. Entsprechend seien und würden die Alimente bevorschusst. Es treffe zwar zu, dass auch Naturalleistungen als wirtschaftlich relevant gelten könnten, vorliegend könne aber keine Rede davon sein, dass die vom Beschwerdeführer erbrachten Betreuungs- bzw. Naturalleistungen einer wesentlichen Kompensation der von ihm geschuldeten

Geldleistungen entsprechen würden. Das Kind besuche die Krippe und werde - von den Entlastungen seitens des Beschwerdeführers abgesehen - ansonsten von der Mutter betreut, wie sich auch aus den Schilderungen in der Beschwerdeschrift unmissverständlich ergebe. Der Sachverhalt sei rechtsgenügend erstellt und Weiterungen, namentlich die Befragung der Kindsmutter, würden sich erübrigen. Es verstehe sich von selbst, dass es nicht im Belieben der Eltern stehen könne, gerichtlich festgelegte Kinderunterhaltsbeiträge eigenmächtig durch Naturalleistungen zu ersetzen, für die finanziellen Bedürfnisse aber gleichzeitig die Alimentenstelle zu bemühen. Gerade der Umstand, dass hier die Alimentenstelle Vorschüsse leisten müsse, belege, dass die Naturalleistungen des Beschwerdeführers nicht kompensatorisch im dargelegten Sinn seien. Entgegen der Vorinstanz ist nicht nur

rechtserheblich, ob der nicht obhutsberechtigte Elternteil die in einem eheschutzrechtlichen Urteil festgelegten Alimente geleistet hat, sondern sind es auch die Gründe, aus welchen die betreffende Person diese Alimente allenfalls nicht geleistet hat (Urteil 2C_821/2016 vom 2. Februar 2018 E. 6.1, zur Publikation vorgesehen).

E. 3.1

Gemäss dem angefochtenen Urteil hat der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren eingeräumt, ohne Frage nicht den vollen Unterhaltsbetrag, welcher vom zuständigen Eheschutzrichter gestützt auf die hypothetische Lohnhöhe festgelegt worden sei, bezahlt zu haben. Festzustellen sei aber, dass der Beschwerdeführer, sobald er über ein hinreichendes finanzielles Einkommen verfügt habe, über die Zeitdauer vom März 2015 bis Januar 2016 einen Teilbetrag (knapp 50 %) bezahlt habe. Er habe somit durchaus demonstriert, dass er willig sei, seinen Pflichten nachzukommen. Richtig sei, dass das Kind die Krippe besuche; er übernehme aber die Betreuung praktisch an jedem Wochenende für einen Tag und das Kind sehe ihn auch spontan, esse zum Beispiel unter der Woche bei ihm, und während der Spitalaufenthalte und Rekonvaleszenzen der Kindsmutter habe er das Kind durchgehend betreut. Seit der Trennung habe er sich durchgehend um Arbeit bemüht, mehrere angefragte Arbeitgeber hätten ihn aber insbesondere wegen Nichtvorliegens einer Arbeitsbewilligung abgewiesen, und die Arbeitsstelle bei D._____ habe er deswegen verloren, weil er keine Arbeitsbewilligung habe vorweisen können. Ab Mitte Februar 2018 werde er eine zweite Arbeitsstelle Teilzeit beginnen können, mit welcher er einen Lohn von Fr. 3'000.-- erwirtschaften könne. Als Beweis offerierte der Beschwerdeführer die Nachreichung der "Bestätigung Arbeitssuche", aktueller Arbeits- und Lohnbelege, aktuelle Unterhaltszahlungen und die Zeugenaussage der Kindsmutter.

E. 3.2

Zu der durch Art. 29 BV geschützten Verfahrensfairness gehört der in Art. 29 Abs. 2 BV besonders aufgeführte Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser dient der Sachaufklärung und garantiert den Verfahrensbeteiligten ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht. Sie haben insbesondere Anspruch auf Äusserung zur Sache vor Fällung des Entscheids, auf Abnahme ihrer erheblichen, rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweise und auf Mitwirkung an der Erhebung von Beweisen oder zumindest auf Stellungnahme zum Beweisergebnis (BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293). Dem Mitwirkungsrecht entspricht die Pflicht der Behörden, die Argumente und Verfahrensanträge der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen, sowie die ihr rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen (vgl. BGE 139 II 7 E. 4.3 S. 13 ; 127 I 54 E. 2b S. 56). Die

Vorinstanz hat dadurch, dass sie im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Beweismittel (oben, E. 3.1 in fine) in Verkennung dessen, dass sie ein

bestrittenes und rechtserhebliches Sachverhaltselement betreffen (oben, E. 2.4 in fine), Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG verletzt (zur Qualifikation der in Verkennung der Rechtserheblichkeit unvollständig festgestellten Sachverhalts als materielle Rechtsverletzung oben, E. 1.4).

E. 3.3

Ungeachtet dessen, dass der Gehörsanspruch grundsätzlich formeller Natur ist, ist die Rüge, der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt sei rechtsverletzend - im Sinne einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör - festgestellt worden, im bundesgerichtlichen Verfahren wegen der spezialgesetzlichen Vorschrift von Art. 97 BGG nur zielführend, wenn durch die Behebung des gerügten Mängel

ein anderer Verfahrensausgang möglich wäre (Art. 97 Abs. 1 BGG ; Urteile 2C_1130/2016 vom 31. Januar 2017; 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016 E. 2.2; 9C_397/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 1.1; 6B_1079/2015 vom 29. Februar 2016 E. 2.1; MARKUS SCHOTT, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 24 zu Art. 97 BGG). Angesichts dessen, dass der Beschwerdeführer gemäss dem angefochtenen Urteil nicht straffällig geworden ist, steht der kurze Sozialhilfebezug nach der Trennung im Umfang von Fr. 30'723.15 und die acht offenen Verlustscheine aus Pfändungen im Gesamtbetrag von Fr. 11'433.-- einer Qualifikation des Verhaltens des Beschwerdeführers als tadellos (vgl. dazu oben, E. 2.1) nicht von Vornherein entgegen. Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben und zur weiteren Sachverhaltsabklärung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG).

E. 4

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 4 BGG). Der Kanton Zürich hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG). Die Vorinstanz wird die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens neu verlegen (Art. 67, Art. 68 Abs. 5 BGG).

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