

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00125 vom 31. März 2014**

ZH Verwaltungsgericht, 2014-03-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2014.00125](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00125)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00125 du 31 mars 2014

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00125 del 31 marzo 2014

## **Regeste**

Aufenthaltsbewilligung | Voraussetzungen des Aufenthaltsanspruchs des nicht obhutsberechtigten Ehegatten einer EU-Bürgerin mit gemeinsamen Kindern. Der aus Südamerika stammende Beschwerdeführer heiratete in seinem Heimatland eine französische Staatsangehörige, lebte mit dieser mehrere Jahre in einem Drittstaat und übersiedelte 2011 mit dieser und zwei gemeinsamen Kindern in die Schweiz. Sämtliche Familienmitglieder erhielten sodann eine Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA. Nachdem sich die Ehegatten Mitte 2012 getrennt und die Kinder unter mütterliche Obhut gestellt wurden, wurde die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers nicht mehr verlängert. Nach ständiger Praxis zum konventions- und verfassungsmässigen Recht auf Familienleben ist dem Elternteil, der nicht mit seinem Kind zusammenlebt, der Aufenthalt dann zu gewähren, wenn zwischen ihm und seinem Kind in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung besteht, die wegen der Distanz zu seinem Herkunftsland praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte, und wenn zusätzlich das bisherige Verhalten des Ausländers zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat. Eine ausreichend enge wirtschaftliche Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Kindern ist vorliegend zu verneinen, da dieser seinen Unterhaltsverpflichtungen nicht nachgekommen ist sowie in Verletzung seiner Mitwirkungspflichten von Art. 90 AuG nicht ausreichend darlegen konnte, weshalb ihm die Erzielung des im Unterhaltsentscheid hypothetisch zugrundegelegten Einkommens – und insbesondere der Antritt einer Vollzeitstelle – nicht möglich gewesen sein sollte. Auch das FZA räumt dem Beschwerdeführer keine Aufenthaltsrechte ein, zumal die Statuierung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts desselben zur Durchsetzung der Ziele des FZA nicht erforderlich erscheint, nachdem die Obhut und die tatsächliche elterliche Sorge weitgehend durch die Kindsmutter wahrgenommen wird. Da die in der Schweiz gelebte Ehegemeinschaft weniger als drei Jahre gedauert hat, sich der Beschwerdeführer aufgrund seiner fehlenden engen wirtschaftlicher Beziehung zu seinen Kindern nicht auf sein Recht auf Familienleben berufen kann und eine Bewilligung auch ermessensweise nicht zu erteilen ist, ist die Beschwerde abzuweisen. Ebenso zuzufolge Aussichtslosigkeit sein Begehren um uP/uRB. Abweisung der Beschwerde und des Gesuchs um uP/uRB.

## **Erwägungen**

### **E. 2**

A., Zürich etc. 2012, Art. 273 ZGB N. 5; vgl. VGr, 12. Juni 2013, VB.2013.00065, E. 4.3 [nicht auf [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) publiziert] ).

### **E. 2.1**

Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der inhaltlich identische Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) garantieren das Recht auf Achtung des Familienlebens. Unter dem Schutz der zitierten Bestimmungen steht vor allem die Kernfamilie. Darunter ist einerseits die eheliche Gemeinschaft der Ehegatten und andererseits das Zusammenleben minderjähriger Kinder mit ihren Eltern zu verstehen. Dabei soll nur das intakte und tatsächlich gelebte Ehe- und Familienleben geschützt werden (BGE 137 I 284 E. 1.3).

## **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer lebt unbestrittenermassen getrennt von seiner hier aufenthaltsberechtigten französischen Ehefrau, ohne dass eine baldige Wiederaufnahme des Ehelebens geplant ist. Da damit kein intaktes und tatsächlich gelebtes Eheleben mehr gegeben ist, kann der Beschwerdeführer keine konventions- oder verfassungsrechtliche Bleiberechte aus seiner lediglich formell fortbestehenden Ehe ableiten.

## **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer ist auch Vater zweier minderjähriger Kinder, die unter der Obhut der Mutter stehen und hier aufenthaltsberechtigt sind. Zu prüfen bleibt deshalb, ob er einen Aufenthaltsanspruch aus einer konventions- und verfassungsmässig geschützten familiären Bande zu seinen Kindern ableiten kann.

### **E. 2.3.1**

Derjenige Elternteil, der sich hinsichtlich seiner Beziehungen zu seinen Kindern auf Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen will, muss grundsätzlich über das Sorge- oder Obhutsrecht verfügen. Demgegenüber hat der nicht sorge- oder obhutsberechtigte ausländische Elternteil nur ausnahmsweise Anspruch auf Anwesenheit, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Zunächst muss zwischen ihm und seinem in der Schweiz lebenden Kind in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung bestehen. Weiter dürfen diese Beziehungen wegen der Entfernung zum Heimatland praktisch nicht mehr aufrechterhalten werden können. Schliesslich darf sein bisheriges Verhalten zu keinen Klagen Anlass gegeben haben (BGr, 22. März 2012, 2C\_1031/2011, E. 4.1.4).

#### **E. 2.3.2.1**

Auf das Recht auf Familienleben kann sich praxisgemäss nur berufen, wer durch sein bisheriges Verhalten in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat (sog. "tadelloses Verhalten", vgl. BGr, 3. Dezember 2013, 2C\_586/2013, E. 3.2.6; BGr, 27. November 2013, 2C\_329/2013, E. 3.2). Ein tadelloses Verhalten wird insbesondere durch rechtskräftige Verurteilungen in Frage gestellt, soweit es sich hierbei nicht um eigentliche Bagatellfälle handelt. Hingegen gibt das Verhalten eines Ausländers nicht unbedingt schon deshalb Anlass zu Tadel, weil Gewaltschutzmassnahmen gegen ihn ergriffen oder Strafuntersuchungen gegen ihn eingeleitet wurden: Gewaltschutzmassnahmen im Sinn des Gewaltschutzgesetzes vom 19. Juni 2006 (GSG) können bereits angeordnet und verlängert werden, wenn eine entsprechende Gefährdung glaubhaft gemacht ist und Strafverfahren müssen auch auf blossen Verdacht hin eröffnet werden. In letztgenannten Fällen ist deshalb entscheidend, ob der zu Tadel Anlass gebende Sachverhalt auf andere Weise als ausreichend erwiesen erachtet werden kann, z. B. weil die Sachlage eingestanden und nicht widerrufen wurde oder eine Untersuchung trotz erwiesener Schuld aus rein prozessualen Gründen eingestellt oder sistiert wurde.

#### **E. 2.3.2.2**

Der Beschwerdeführer wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft K vom 2. Juli 2013 rechtskräftig wegen Unterdrückung von Urkunden im Sinn von Art. 254 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB) zu einer Geldstrafe von 4 Tagessätzen zu Fr. 30.- verurteilt. Auch wenn es sich beim genannten Delikt grundsätzlich bereits um ein Verbrechen im Sinn von Art. 10 Abs. 2 StGB handelt, legen das relativ geringe Strafmass und die Sachverhaltsumschreibung im Strafbefehl kein schweres Verschulden des Beschwerdeführers nahe und deuten auf ein eigentliches Bagatelldelikt. Weitere Delikte konnten ihm nicht nachgewiesen werden, da eine Strafuntersuchung wegen häuslicher Gewalt nach einer Desinteresseerklärung der Ehefrau des Beschwerdeführers einstweilen sistiert und ein weiteres Strafverfahren aus formaljuristischen Gründen (fehlender Strafantrag) ohne materielle Prüfung eingestellt wurde. Damit hat sich der Beschwerdeführer weitgehend tadellos verhalten und seine Vorstrafe fällt aufgrund ihres Bagatelldeliktcharakters nicht entscheidend ins Gewicht.

#### **E. 2.3.3.1**

Unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf Familienleben ist in der Regel keine dauernde Anwesenheit des nicht obhutsberechtigten Elternteils im Gastland bzw. Aufenthaltsland der Kinder erforderlich. Vielmehr reicht es üblicherweise bereits aus, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls die Modalitäten des Besuchsrechts entsprechend auszugestalten sind (BGr, 23. Februar 2014, 2C\_757/2013, E. 4.2).

#### **E. 2.3.3.2**

Aufgrund der räumlichen Distanz zwischen der chilenischen Heimat des Beschwerdeführers und dem schweizerischen Aufenthaltsort von dessen Kindern wäre es dem Beschwerdeführer kaum möglich, den Kontakt zu seinen Kindern im bisherigen Ausmass auch von Chile aus beizubehalten. Auch wenn im Rahmen einer Neuregelung des Besuchsrechts das bisherige Wochenendbesuchsrecht durch die Etablierung eines ausgedehnten Ferienbesuchsrechts ersetzt würde, erschiene fraglich, inwieweit dieses durch den Beschwerdeführer auch wahrgenommen werden könnte, zumal ihm die finanziellen Mittel für regelmässige Flugreisen zwischen Chile und der Schweiz fehlen dürften.

#### **E. 2.3.4.1**

Nach der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis war eine besonders enge affektive Beziehung bloss dann anzunehmen, wenn dem nicht obhutsberechtigten Elternteil ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht eingeräumt und dieses kontinuierlich, spontan und reibungslos ausgeübt wurde; ein im üblichen Rahmen bestehendes und ausgeübtes Besuchsrecht genügte demgegenüber in der Regel nicht (BGr, 7. Januar 2013, 2C\_1045/2012, E. 2.3.1). Gemäss jüngster und präzisierter Rechtsprechung des Bundesgerichts soll das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung bei gesuchstellenden Personen, die wie der Beschwerdeführer schon eine Aufenthaltsbewilligung besaßen, bereits dann erfüllt sein, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts ausgeübt wird. Das formelle Ausmass des Besuchsrechts ist freilich nur insoweit massgebend, als dieses auch tatsächlich wahrgenommen wird (BGE 139 I 315 E. 2.5). Von einem "üblichen Besuchsrecht" spricht man, wenn der nicht obhutsberechtigte Elternteil sein Kind im Vorschulalter monatlich an einem Tag oder an zwei Halbtagen sehen kann. Bei schulpflichtigen Kindern gelten zwei

Wochenenden pro Monat und zusätzlich zwei bis drei gemeinsame Ferienwochen pro Jahr als "übliches Besuchsrecht" (Peter Breitschmid in: Marc Amstutz et al. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,

#### **E. 2.3.4.2**

In der Eheschutzverfügung des Bezirksgerichts G vom 1. Oktober 2012 wurde die Obhut über die beiden Kinder der Mutter zugesprochen und dem Beschwerdeführer ein gerichtliches Besuchsrecht von zwei Wochenendbesuchen pro Monat zugesprochen. Die entsprechende Obhutzuteilung und Besuchsrechtsregelung wurde sodann vom Zürcher Obergericht mit Entscheid vom 14. März 2013 vollumfänglich bestätigt. Soweit ersichtlich übte der Beschwerdeführer sein Besuchsrecht in der Folge regelmässig und reibungslos aus. Eine besonders enge affektive Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Kindern kann damit bejaht werden. Fraglich erscheint jedoch, ob er auch in wirtschaftlicher Hinsicht eine hinreichend enge Beziehung zu seinen beiden hier aufenthaltsberechtigten Kindern pflegt.

#### **E. 2.3.5.1**

Der Beschwerdeführer wurde im eheschutzrichterlichen Entscheid des Bezirksgerichts G vom 1. Oktober 2012 zu monatlichen Unterhaltszahlungen von Fr. 415.- pro Kind (bzw. Fr. 830.- insgesamt) verpflichtet. Im Berufungsprozess hiergegen bestätigte das Obergericht die Höhe der vorinstanzlich festgesetzten Unterhaltsbeträge, hielt aber unter Berücksichtigung eines hypothetischen Bedarfs des Beschwerdeführers von Fr. 2'677.- und unter Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 3'500.- fest, dass die Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers erste Unterhaltszahlungen erst ab 1. Juni 2013 zulassen würde. Entsprechend legte es die Fälligkeit der ersten Unterhaltsrate auf diesen Termin fest.

#### **E. 2.3.5.2**

Es wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten, bislang seinen auferlegten Unterhaltspflichten nicht nachgekommen zu sein. Der Beschwerdeführer lässt hierzu hauptsächlich ausführen, in der Vergangenheit Mühe bekundet zu haben, seine Erwerbsfähigkeit entsprechend zu verwerten. Unterhaltszahlungen werden von ihm weder behauptet noch belegt, vielmehr stellte er mit Eingabe vom 17. Dezember 2013 lediglich in Aussicht, ab Januar 2014 Unterhaltszahlungen leisten zu können. Auch wenn damit unklar bleibt, ob und in welchem Umfang der Beschwerdeführer bislang Unterhaltszahlungen geleistet hat, darf ohne Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes angenommen werden, dass er seine finanziellen Verpflichtungen gegenüber seinen Kindern kaum wahrgenommen haben wird. Da der Beschwerdeführer implizit geltend macht, bislang nicht ausreichend leistungsfähig gewesen zu sein, um seine Unterhaltsverpflichtungen zu erfüllen, wäre als Ausfluss der Mitwirkungspflichten im Sinn von Art. 90 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG) zu erwarten gewesen, dass entsprechende Unterhaltszahlungen zumindest substantiiert behauptet würden, wären solche tatsächlich geleistet worden. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer anwaltlich vertreten ist und ihm eine Missachtung seiner Unterhaltsverpflichtungen bereits in den beiden vorinstanzlichen Entscheiden vorgeworfen wurde. Damit kann davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer die ihm auferlegten Unterhaltszahlungen nicht oder nur unzureichend geleistet hat.

#### **E. 2.3.5.3**

Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, dass es ihm aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich gewesen sei, seinen Unterhaltsverpflichtungen nachzukommen. Das Eheschutz- und das Gewaltschutzverfahren hätten ihn stark belastet, weshalb es ihm Mühe bereitet habe, seine Erwerbsfähigkeit entsprechend zu verwerten. Unter grosser Anstrengung sei es ihm gelungen, per 1. Januar 2014 bei der Genossenschaft J eine Festanstellung zu erhalten.

#### **E. 2.3.5.4**

Bereits im obergerichtlichen Entscheid vom 14. März 2013 wurde festgehalten, dass es dem Beschwerdeführer grundsätzlich möglich sein müsste, ab Juni 2013 mittels einer Vollbeschäftigung ein Nettoeinkommen von Fr. 3'500.- zu erzielen. Dies zumal er in der Vergangenheit bereits in der Lage war, ein entsprechendes Einkommen zu verdienen und er sich über seine Pflicht zur Aufnahme einer Vollzeitbeschäftigung zur Erfüllung seiner Unterhaltsverpflichtungen schon seit Abschluss des Eheschutzverfahrens im Klaren sein musste. Daher wurde ihm zur Festsetzung seiner Unterhaltsbeiträge ein entsprechendes hypothetisches Einkommen per 1. Juni 2013 angerechnet. Aus den Akten sind für die Zeit nach der Trennung zwar bestimmte Arbeitsbemühungen des Beschwerdeführers ersichtlich: So trat er per 1. März 2013 eine Teilzeitstelle von 80 % bei der I AG an und wechselte später zur Genossenschaft J. Der Umfang seiner Erwerbstätigkeit erreichte jedoch selbst nach Antritt seiner Festanstellung bei der Genossenschaft J per 1. Januar 2014 nie das Äquivalent einer Vollzeitstelle und blieb damit unter den Erwartungen zurück, welche der Unterhaltsberechnung im zitierten obergerichtlichen Entscheid zugrunde gelegt wurden. Aus den Akten ist weder ersichtlich, dass sich der Beschwerdeführer um eine Aufstockung seines Arbeitspensums besonders bemüht, noch dass er eine Vollbeschäftigung überhaupt angestrebt hat. Gemäss Art. 134 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 286 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB) könnten Unterhaltsbeiträge bei erheblichen Verhältnisveränderungen auf entsprechenden Antrag neu festgesetzt oder aufgehoben werden. Der Beschwerdeführer hat sich jedoch nie um eine Neufestsetzung oder Sistierung der obergerichtlichen festgesetzten Unterhaltsbeiträge bemüht und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sich seine Erwerbsaussichten heute erheblich anders darstellen sollten als vom Obergericht in seinem Entscheid antizipiert.

#### **E. 2.3.5.5**

Es ist insbesondere auch nicht ersichtlich, weshalb sich die Trennung und die eingeleiteten Gewaltschutzmassnahmen vorliegend negativ auf die Erwerbssituation des Beschwerdeführers ausgewirkt haben sollen: So steigen die finanziellen Gesamtbelastungen bei Auflösung der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft zufolge getrennter Haushaltsführung zwar regelmässig an. Dies betrifft aber primär den Familienbedarf, nicht aber die Erwerbssituation des unterhaltspflichtigen Elternteils ohne wesentliche Kinderbetreuungspflichten. Wie der Beschwerdeführer selbst einräumt, war er zudem stets erwerbsfähig. Die Zwangsmassnahmen nach dem Gewaltschutzgesetz mögen vom Beschwerdeführer als willkürlich empfunden worden sein. Seine Erwerbsfähigkeit wurde hierdurch aber nicht wesentlich beeinträchtigt, zumal die ersten Unterhaltszahlungen erst ein knappes Jahr nach der Ehetrennung fällig wurden und der Beschwerdeführer damit ausreichend Zeit hatte, sich auf die neue Situation einzustellen. Wie der Beschwerdeführer ausführen lässt, hat er nach der Trennung seine Integrationsbemühungen intensiviert und fortlaufend Deutschkurse besucht. Damit dürften sich seine Aussichten auf dem Schweizer Arbeitsmarkt nach der Trennung eher verbessert als verschlechtert haben, weshalb letztlich

fraglich erscheint, warum sich seine Verdienstmöglichkeiten in der Folge eingetrübt haben sollten.

#### **E. 2.3.5.6**

Während der Beschwerdeführer selbst (mit Verweis auf seine Rekursschrift) einen Bedarf von Fr. 3'426.- geltend macht, wurde dieser im Entscheid des Obergerichts vom 14. März 2013 (hypothetisch) auf Fr. 2'677.- festgelegt. Das Obergericht hatte sich bereits damals ausführlich mit der Bedarfsberechnung des Beschwerdeführers auseinandergesetzt und mit zutreffender Begründung gekürzt. Die diesbezüglichen obergerichtlichen Erwägungen können nach wie vor Gültigkeit beanspruchen, zumal der Beschwerdeführer seinen gegenwärtigen Bedarf praktisch unverändert herleitet und nicht auf die aktuellen Verhältnisse adaptiert hat. So ist auch nicht substantiiert dargelegt, weshalb er bei seinem gegenwärtigen Anstellungsverhältnis auf ein privates Fahrzeug angewiesen oder erhöhte Verpflegungskosten haben sollte.

#### **E. 2.3.5.7**

Somit ist davon auszugehen, dass es dem Beschwerdeführer zumutbar und möglich gewesen wäre, sich rechtzeitig um eine Vollzeitstelle zu bemühen, seinen Bedarf einzuschränken und spätestens ab 1. Juni 2013 seine Unterhaltsverpflichtungen zu erfüllen. Dennoch ist er seinen diesbezüglichen Verpflichtungen nicht vollumfänglich und fristgerecht nachgekommen, weshalb eine ausreichende wirtschaftliche Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Kindern von der Vorinstanz zu Recht verneint wurde.

#### **E. 2.3.6**

Da der nicht obhutsberechtigte Beschwerdeführer damit keine besonders enge wirtschaftliche Beziehung zu seinen hier aufenthaltsberechtigten Kindern unterhält, kann er keine Aufenthaltsansprüche aus dem Recht auf Familienleben im Sinn von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV ableiten.

### **E. 3**

des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (KRK) eine vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls vorsieht, lässt sich hieraus nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein unmittelbarer Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung ableiten (BGE 135 I 153 E. 2.2.2).

#### **E. 3.1**

; VGr, 13. November 2013, VB.2013.00358, E. 4; VGr, 26. März 2014, VB.2014.00092, E. 4.1 [nicht auf [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) publiziert] ). Da die Aufenthaltsansprüche von Familienangehörigen von hier Niedergelassenen im hier interessierenden Bereich nicht weitergehen als die Aufenthaltsansprüche von Angehörigen von Schweizern (vgl. die analoge Formulierung von Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 AuG), reicht hierbei die Prüfung, ob dem Beschwerdeführer nach inländischem Recht ein Aufenthaltsanspruch als Ehegatte einer hier niedergelassenen Drittstaatenangehörigen zugestanden wäre. Hingegen muss sich der Beschwerdeführer trotz fehlender Niederlassungsbewilligung seiner Ehefrau und entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen nicht auf die weniger weitgehenden "kann"-Vorschriften von Art. 44 AuG und Art. 77 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE) berufen.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 2 Abs. 2 AuG gilt dieses Gesetz für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft (heute Europäische Union [EU]) nur so weit, als das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen [FZA]) keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das Ausländergesetz günstigere Bestimmungen vorsieht.

#### **E. 4.2**

Gestützt auf Art. 7 lit. d und e FZA in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 und 2 lit. a Anhang I FZA haben Ehegatten von EU-Staatsangehörigen mit Aufenthaltsrecht in der Schweiz ungeachtet der eigenen Staatsangehörigkeit das Recht, bei diesen Wohnung zu nehmen und eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Dieses abgeleitete Aufenthaltsrecht knüpft an den formellen Bestand der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft an und darf grundsätzlich nicht vom Erfordernis des Zusammenlebens abhängig gemacht werden (vgl. BGE 130 II 113 E. 8; 139 II 393 E. 2.1; EuGH, 13. Februar 1985, Rs. 267/83, Diatta, Slg. 1985, 567 ff., N. 18 ff.).

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer ist Ehegatte einer hier aufenthaltsberechtigten EU-Bürgerin aus Frankreich und kann sich damit während der formellen Fortdauer seiner Ehe grundsätzlich auf einen abgeleiteten Aufenthaltsanspruch nach den genannten Bestimmungen des FZA berufen.

#### **E. 4.4**

Der Aufenthaltsanspruch des ausländischen Ehegatten nach Art. 3 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA steht jedoch unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs: Demnach erscheint es rechtsmissbräuchlich, sich auf eine lediglich formell fortbestehende Ehe zu berufen, wenn dies ausschliesslich (noch) dazu dient, ausländerrechtliche Zulassungsvorschriften zu umgehen. Dies ist bei einer getrennten, definitiv gescheiterten und inhaltsleeren Ehe zu vermuten. Da bei rechtsmissbräuchlicher Berufung auf die inhaltsleer gewordene Ehe die Bewilligungsvoraussetzungen entfallen (Nichteinhalten einer mit der Verfügung verbundenen Bedingung), kann sodann gestützt auf Art. 23 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs vom 22. Mai 2002 (VEP) und Art. 62 lit. d AuG die Aufenthaltsbewilligung widerrufen oder nicht (mehr) verlängert werden, da das Freizügigkeitsabkommen diesbezüglich keine eigenen abweichenden Bestimmungen enthält (vgl. zum Ganzen BGE 130 II 113 E. 9; 139 II 393 E. 2.1).

#### **E. 4.5**

Nachdem gegen den Beschwerdeführer zuvor schon Gewaltschutzmassnahmen wegen häuslicher Gewalt angeordnet und mehrfach gerichtlich verlängert wurden, nahm der Eheschutzrichter des Bezirksgerichts G mit Urteil vom 1. Oktober 2012 von der Trennung der Ehegatten per 8. Juli 2012 Vormerk und stellte die gemeinsamen Kinder für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Ehefrau. Eine Wiederaufnahme der ehelichen Beziehung ist weder absehbar noch von den Eheleuten beabsichtigt und eine Scheidung auf gemeinsames Begehren scheiterte bislang an der fehlenden Zustimmung eines Ehegatten. Es ist somit davon auszugehen, dass die Ehe des Beschwerdeführers zufolge dauerhafte r Trennung im Sinn der zitierten Bundesgerichtspraxis definitiv gescheitert und inhaltsleer

geworden ist sowie lediglich zur Aufenthaltssicherung formell aufrechterhalten wird. Da in dieser Situation die Berufung auf die formell fortbestehende Ehe rechtsmissbräuchlich erscheint, kann sich der Beschwerdeführer nicht mehr mit Erfolg auf die entsprechenden Bestimmungen des FZA berufen.

### **E. 5.1**

Während Art. 7 FZA in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a Anhang I FZA die abgeleiteten Aufenthaltsrechte der Kinder von hier Aufenthaltsberechtigten EU-Bürgern ausdrücklich regelt, enthält das FZA keine generelle Regelung für den umgekehrten Fall (vgl. aber immerhin Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA). Praxisgemäss können sich aber auch Drittstaatenangehörige, welche mit Staatsangehörigen aus EU- oder EFTA-Staaten gemeinsame und hier wohnhafte sowie aufenthaltsberechtigte Kinder haben, auf ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht berufen, sofern sie die elterliche Sorge innehaben und auch tatsächlich ausüben. Die entsprechende Bundesgerichtspraxis lehnt sich an die diesbezügliche Praxis des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) an und bezweckt die effektive Wirksamkeit des FZA zu erhalten, da ein hier aufenthaltsberechtigtes Kind sein Aufenthaltsrecht in der Regel nur wahrnehmen kann, wenn auch der Aufenthalt des für das Kind effektiv sorgenden Elternteils gesichert scheint (vgl. BGr, 23. Februar 2014, 2C\_757/2013, E. 3.2 ff. [insbesondere E. 3.4] mit Verweis auf BGE 139 II 393; BGr, 15. November 2010, 2C\_574/2010, E. 2; Astrid Epiney/Beate Metz, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann et al. [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, S. 244 ff.; Astrid Epiney/Gaëtan Blaser, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen [Hrsg.], Code annoté de droit des migrations, Vol. III: Accord sur la libre circulation des personnes [ALCP], Bern 2014, Art. 7 ALCP N. 43 f.; kritisch Marc Spescha, Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht [FZA/AuG/EMRK] ab August 2012 bis Ende Juli 2013, FamPra 2013, S. 995 ff., insbesondere S. 997 f.).

### **E. 5.2**

Im Eheschutzverfahren wurde der Kindsmutter für die Dauer des Getrenntlebens die Obhut über die gemeinsamen Kinder zugeteilt. Auch wenn damit die elterliche Sorge während der formellen Fortdauer der Ehe rechtlich weiterhin beiden Ehegatten zukommt (vgl. Art. 176 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 297 Abs. 1 und 2 ZGB), wird diese zumindest in tatsächlicher Hinsicht weitgehend durch die nunmehr allein obhutsberechtigte Kindsmutter wahrgenommen. Der Beschwerdeführer hat zwar weiterhin finanzielle Unterstützungspflichten und sollte im Rahmen seines Besuchsrechts in beschränktem Mass auch persönliche Betreuungsaufgaben übernehmen. Dennoch hängt der weitere Aufenthalt der beiden gemeinsamen Kinder und damit die effektive Wirksamkeit ihres hiesigen Aufenthaltsrechts nach den Bestimmungen des FZA nicht mehr entscheidend vom Aufenthaltsstatus des Beschwerdeführers ab (vgl. auch Art. 25 Abs. 1 ZGB). Die Statuierung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts desselben zur Durchsetzung der Ziele des FZA erscheint damit nicht erforderlich und ist zu verneinen (vgl. obiter dictum BGr, 23. Februar 2014, 2C\_757/2013, E. 3.4; Epiney/Blaser in: Code annoté de droit des migrations, Vol. III, Art. 7 ALCP N. 43). Dies gilt umso mehr, als ansonsten eine verpönte Inländerdiskriminierung drohen würde, da ausserhalb des Anwendungsbereichs des FZA dem nicht sorge- bzw. obhutsberechtigten ausländischen Elternteil eines schweizerischen Kindes ein entsprechendes Bleiberecht nur bei intensiver Beziehung in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht und tadellosem Verhalten zustehen würde (vgl. zum sogenannten

"umgekehrten" Familiennachzug nach Verfassungs- und Konventionsrecht BGE 137 I 247 E. 4.2.3 sowie E. 2.3 vorstehend).

### **E. 6.1**

Die Ehegattin des Beschwerdeführers verfügt weder über eine Niederlassungsbewilligung noch über die schweizerische Staatsbürgerschaft, ist aber hier als EU-Bürgerin aufenthaltsberechtigt. In Nachachtung des Diskriminierungsverbots von Art. 2 FZA und des Günstigkeitsprinzips von Art. 2 Abs. 2 AuG ist deshalb losgelöst von der Bewilligungssituation der Ehegattin zu prüfen, ob der Aufenthaltsanspruch des Beschwerdeführers auch entfallen wäre, wenn er Ehegatte einer Schweizerin oder einer hier niedergelassenen Ausländerin aus einem Drittstaat ausserhalb der EU oder EFTA gewesen wäre (vgl. BGr, 8. Januar 2013, 2C\_13/2012, E.

### **E. 6.2**

Der analog anwendbare Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG räumt nach Auflösung der Ehe- oder Familiengemeinschaft einen Bewilligungsanspruch ein, wenn die Gemeinschaft mindestens drei Jahre gedauert und sich der betroffene Ausländer zudem hier erfolgreich integriert hat. Für die Berechnung der Dreijahresfrist ist ausschliesslich die in der Schweiz in ehelicher Gemeinschaft verbrachte Zeit massgebend (BGr, 11. Oktober 2011, 2C\_430/2011, E. 4.1.1). Diese Dreijahresfrist gilt zudem gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit und der Entscheidung des Gesetzgebers absolut, ohne dass hierin ein überspitzter Formalismus auszumachen ist (BGr, 16. Februar 2011, 2C\_781/2010, E. 2.1.3). Art. 50 AuG soll naheheilige Härtefälle vermeiden, wie diese bei fortgeschrittener Integration oder wichtigen persönlichen Gründen entstehen können (vgl. Weisungen AuG des BFM, Kapitel I. Ausländerbereich, 6. Familiennachzug, Version vom 25. Oktober 2013, Ziff. 6.14.1). Dies setzt einen ausreichenden Bezug zur Schweiz voraus, was regelmässig nicht der Fall ist, wenn Ehen vorwiegend im Ausland gelebt worden sind (VGr, 2. Oktober 2013, VB.2013.00335, E. 3.2). Zudem sprechen auch Praktikabilitätsüberlegungen und das Missbrauchspotential dafür, nicht auf die im Ausland gelebte Ehegemeinschaft abzustellen (BGr, 9. Dezember 2009, 2C\_304/2009, E. 3.3.3 f.) Der ausländerrechtliche Begriff der ehelichen Gemeinschaft deckt sich sodann auch nicht mit dem zivilrechtlichen Begriff der Ehegemeinschaft im Sinn von Art. 159 ZGB: Während die zivilrechtliche Ehegemeinschaft erst mit der Eheauflösung zufolge Scheidungen, Tod oder Ungültigerklärung endet (vgl. Ivo Schwander in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. A., Basel 2010, Art. 159 N. 6), ist die Auflösung der ausländerrechtlich relevanten Ehegemeinschaft schon anzunehmen, wenn die Ehegatten sich dauerhaft getrennt oder auch nur den gemeinsamen Haushalt ohne wichtigen Grund aufgehoben haben (vgl. Art. 49 AuG in Verbindung mit Art. 76 VZAE; BGr, 9. Dezember 2009, 2C\_388/2009, E. 4). Eine unterschiedliche Begriffsverwendung im Zivil- und Ausländerrecht ist ohne Weiteres zulässig, vom Gesetzgeber u. a. mit der erwähnten Statuierung des Erfordernisses des Zusammenwohnens offenkundig gewollt und aufgrund der unterschiedlichen Regelungsmaterie auch geboten.

### **E. 6.3**

Die in der Schweiz gelebte Ehegemeinschaft hat im ausländerrechtlichen Sinn von der gemeinsamen Einreise der Ehegatten am 23. Februar 2011 bis zur Trennung vom 8. Juli 2012 und damit weniger als drei Jahre gedauert. Da für die Fristberechnung von Art. 50

Abs. 1 lit. a AuG allein die in der Schweiz tatsächlich gelebte Ehe abzustellen ist, ist die im Ausland in ehelicher Gemeinschaft verbrachte Zeit dem Beschwerdeführer ebenso wenig anzurechnen wie die Dauer der Ehe nach der definitiven Trennung der Ehegatten.

#### **E. 6.4**

Ein nahehelicher Härtefall im Sinn von Art. 50 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AuG wird weder geltend gemacht noch ist ein solcher ersichtlich. Insbesondere vermag das Vorhandensein gemeinsamer und in der Schweiz allenfalls bereits integrierter Kinder nur unter den bereits dargelegten Voraussetzungen einer besonders engen Beziehung in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht und bei tadellosem Verhalten des Beschwerdeführers einen nahehelichen Härtefall zu begründen (vgl. Weisungen AuG des BFM, Kapitel I. Ausländerbereich, 6. Familiennachzug, Version vom 25. Oktober 2013, Ziff. 6.14. 3 sowie E. 2.3.1 vorstehend).

#### **E. 7.1**

Ausserhalb des Anspruchsbereichs entscheiden die kantonalen Ausländerbehörden nach pflichtgemässen Ermessen gemäss Art. 96 AuG über die Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (vgl. Peter Bolzli in: Marc Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 3. A., Zürich 2012, Art. 33 AuG N. 7). Diese haben bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer zu berücksichtigen (Art. 96 Abs. 1 AuG). Zu beachten sind dabei die in Art. 3 und 4 AuG konkretisierten Grundsätze, wonach insbesondere auch der demografischen, sozialen und gesellschaftlichen Entwicklung der Schweiz Rechnung zu tragen ist (vgl. Art. 3 Abs. 3 AuG sowie Marc Spescha in: ders. et al., Migrationsrecht, Art. 96 AuG N. 3).

#### **E. 7.2**

Die Praxis des Migrationsamts, wonach eine Aufenthaltsbewilligung bei einer ehelichen Gemeinschaft, die weniger als drei Jahre in der Schweiz gelebt wurde, in der Regel nur dann im freien Ermessen erneuert wird, wenn besondere individuelle Umstände einer Wegweisung entgegenstehen, hält vor dem Gesetz stand (VGr, 12. September 2012, VB.2012.00394, E. 3.2). Es finden sich vorliegend keine Hinweise darauf, dass das Migrationsamt sein Ermessen in qualifizierter Form unangemessen ausgeübt hätte und sich dabei insbesondere von sachfremden Motiven hätte leiten lassen. Die Schwierigkeiten des Beschwerdeführers, den Kontakt zu seinen in der Schweiz verbleibenden Kindern über die Distanz aufrechtzuerhalten, sind zwar zu berücksichtigen: Da aber ein entsprechender Aufenthaltsanspruch zu verneinen ist und keine besonderen Umstände die ermessensweise Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nahelegen, erscheint die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung vorliegend auch unter Mitberücksichtigung der Kindsinteressen nicht willkürlich. Sowohl die Eltern als auch ein weiterer minderjähriger Sohn des Beschwerdeführers leben in Chile, wo der Beschwerdeführer auch seine prägenden Kindheits- und Jugendjahre verbracht hat. Der Beschwerdeführer hat sich während seinem hiesigen Aufenthalt zwar einige Deutschkenntnisse angeeignet, ist jedoch sprachlich keineswegs voll integriert. Darüber hinaus hat der diesbezüglich gemäss Art. 90 AuG mitwirkungspflichtige Beschwerdeführer keinerlei Unterlagen eingereicht, welche eine vertiefte Integration oder Heimatentwurzelung nahelegen. Da solches angesichts seiner noch relativ kurzen Aufenthaltsdauer und den vorliegenden Akten auch nicht zu erwarten ist, durfte die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ohne weitere Untersuchungen

versagt werden.

### **E. 7.3**

Schliesslich sind auch keine Vollzugshindernisse im Sinn von Art. 83 Abs. 1 AuG ersichtlich. Dementsprechend ist die Beschwerde abzuweisen.

### **E. 8.1**

Der Beschwerdeführer beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Gemäss § 70 in Verbindung mit § 16 Abs. 1 VRG ist Privaten, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheinen, auf entsprechendes Ersuchen die Bezahlung von Verfahrenskosten und Kostenvorschüssen zu erlassen. Sie haben zudem Anspruch auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn sie nicht in der Lage sind ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren ( § 16 Abs. 2 VRG ).

### **E. 8.2**

Mittellos ist, wer zur Deckung der Prozess- bzw. Vertretungskosten auf Mittel zurückgreifen müsste, die er zur Deckung seines Grundbedarfs und desjenigen seiner Familie benötigt (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 16 N. 18). Mit einem gegenwärtigen Netto-Einkommen von rund Fr. 3'300.- verfügt der Beschwerdeführer nicht über genügend finanzielle Mittel, um seine Verfahrenskosten innert angemessener Frist tilgen zu können, ohne zugleich in seinen eigenen Grundbedarf von Fr. 2'677.- eingreifen oder seine Unterhaltsverpflichtungen in Höhe von Fr. 830.- weiter vernachlässigen zu müssen. Damit ist seine Mittellosigkeit zu bejahen.

### **E. 8.3**

Offensichtlich aussichtslos sind Begehren, deren Aussichten auf Gutheissung um derart viel kleiner als jene auf Abweisung erscheinen, dass sie deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob ein Selbstzahler, der über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung und Abwägung der Aussichten zu einem Verfahren entschliessen würde oder davon Abstand nähme ( Plüss, Kommentar VRG , § 16 N. 46 f. ). Angesichts der klaren ausländerrechtlichen Praxis der Gerichte war das vom Beschwerdeführer erhobene Rechtsmittel aussichtslos. Demzufolge ist sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsbeistand zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen.

### **E. 9**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a Abs. 1 VRG), und es steht ihm keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

### **E. 10**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch geltend gemacht wird, ist Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zu erheben (vgl. BGr, 18. Juni 2007, 2D\_3/2007 beziehungsweise 2C\_126/2007 , E. 2.2). Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen. Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

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