

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00758 vom 21. Februar 2017**

ZH Verwaltungsgericht, 2017-02-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2016.00758](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00758)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00758 du 21 février 2017

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00758 del 21 febbraio 2017

## **Regeste**

Erteilung Niederlassungsbewilligung/Verlängerung Aufenthaltsbewilligung | Aufenthaltsbewilligung Hat die Ehegemeinschaft mind. 3 Jahre bestanden und besteht eine erfolgreiche Integration, so besteht der Anspruch des ausländischen Ehegatten einer Schweizerin auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung weiter (Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG). Der Beschwerdeführer lebte mit seiner Schweizer Frau über 3 Jahre in Wohngemeinschaft. Die blossе Fortführung einer faktischen Wohngemeinschaft bei nicht mehr gelebter Ehegemeinschaft und erloschenem Ehemillen eines Ehepartners gilt nicht mehr als relevantes Zusammenleben. Selbst wenn der Ehemille der Ehefrau bis zum Ende der Wohngemeinschaft bestanden hätte, ist der Ehemille des Ehemanns, der bereits ein halbes Jahr nach Eheschluss ein uneheliches Kind zeugte, schon früh erloschen. Die Dreijahresfrist ist somit nicht erfüllt (E. 2). Gestützt auf das nahehelich gezeugte Kind mit einer anderen Schweizer Bürgerin kann sich der Beschwerdeführer nicht auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG berufen, weil das Kind nicht aus der gescheiterten ehelichen Beziehung stammt (E. 3.1). Mangels enger wirtschaftlicher Beziehung und tadellosen Verhaltens kann der Beschwerdeführer aus seiner Beziehung zu seiner Schweizer Tochter keinen Anspruch aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV ableiten (E. 3.2 – 3.3). Es liegt auch kein nahehelicher Härtefall vor (E. 3.4). Abweisung uP/URB (E. 4). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Abteilung VB.2016.00758 Urteil der 2. Kammer vom 21. Februar 2017 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Frei (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Leana Isler, Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Gerichtsschreiberin Jsabelle Mayer. In Sachen A, vertreten durch RA X, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Erteilung Niederlassungsbewilligung/ Verlängerung Aufenthaltsbewilligung, hat sich ergeben: I. A. A, geboren am 1978, stammt aus Angola. Am 17. Juli 2003 reiste er als Asylbewerber in die Schweiz. Nach abschlägigem Asylentscheid heiratete er am 1. September 2006 die Schweizer Bürgerin B. Zum Verbleib bei der Ehefrau erteilte ihm der Kanton Zürich eine Aufenthaltsbewilligung. Mit Verfügung vom 21. Mai 2010 bewilligte das Bezirksgericht Winterthur den Eheleuten A/B das Getrenntleben und verpflichtete den Ehemann, die eheliche Wohnung bis spätestens 30. Juni 2010 zu verlassen. Am 1. August 2010 bezog der Ehemann eine eigene Wohnung. Die Ehe wurde am 28. Mai 2013 rechtskräftig geschieden. B. Im Jahr 2007 ging aus der Verbindung von A mit C, geboren 1980, der Sohn D hervor, der vom Vater am 8. Mai 2012 anerkannt wurde. Mutter und Sohn sind Staatsangehörige von Kamerun und im Besitz eines Ausländerausweises N für Asylsuchende. Mit der Schweizer Bürgerin I (geboren 1977) hat

A die Tochter H, geboren 2012. Die Vaterschaft anerkannte er am 10. Dezember 2014. Mit Verfügung vom 13. Oktober 2015 wies das Migrationsamt das Gesuch von A um Erteilung der Niederlassungsbewilligung bzw. um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab. Zugleich setzte es ihm eine Frist zum Verlassen der Schweiz bis am 13. Dezember 2015. II. Einen hiergegen erhobenen Rekurs wies die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion mit Entscheid vom 31. Oktober 2016 ab. Diese setzte ihm eine neue Frist zum Verlassen der Schweiz bis 6. Januar 2017. III. Mit Beschwerde vom 2. Dezember 2016 beantragte A dem Verwaltungsgericht, der angefochtene Rekursentscheid sei aufzuheben und es sei ihm in Gutheissung der Beschwerde eine Niederlassungsbewilligung zu erteilen, eventualiter die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern. Subeventualiter seien weitere Sachabklärungen vorzunehmen. Zudem ersuchte er um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsbeistand; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse. Mit Präsidialverfügung vom 5. Dezember 2016 wurde dem Beschwerdeführer, der der Zürcher Justiz noch Kosten von Fr. 13'664.- aus früheren Verfahren schuldet, eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um die Verfahrenskosten durch einen Kostenvorschuss sicherzustellen, es sei denn, er weise innert der gleichen Frist seine Mittellosigkeit nach. Am 11. Januar 2016 reichte der Beschwerdeführer das ausgefüllte Formular zum Nachweis der Mittellosigkeit (inkl. Belege) ein, woraufhin ihm am 17. Januar 2017 die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses abgenommen wurde. Während die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion auf Vernehmlassung verzichtete, verzichtete das Migrationsamt auf Erstattung einer Beschwerdeantwort. Die Kammer erwägt: 1. Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können Rechtsverletzungen, einschliesslich Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung und Ermessensunterschreitung und die unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden, nicht aber die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (§ 20 Abs. 1 in Verbindung mit § 50 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

## **E. 2.1**

Ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern haben Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Art. 42 Abs. 1 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 [AuG]). Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren haben die Ehegatten zudem Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Art. 42 Abs. 3 AuG). Nach Auflösung der Ehe oder der Familiengemeinschaft besteht der Anspruch des Ehegatten auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 42 AuG weiter, wenn die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine erfolgreiche Integration besteht (Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG). Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 140 II 289 E. 3.5.3; BGE 136 II 113 E. 3.3.3). Von einer Ehegemeinschaft im Sinn von Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG ist auszugehen, solange eine tatsächlich gelebte, eheliche Beziehung und ein gegenseitiger Ehewille vorliegen. Mit Blick auf Art. 49 AuG ist jeweils aufgrund sämtlicher Umstände im Einzelfall zu bestimmen, ab welchem Zeitpunkt die eheliche Gemeinschaft als definitiv aufgelöst zu gelten hat. Dabei ist im Wesentlichen auf die Dauer der nach aussen wahrnehmbaren ehelichen Wohngemeinschaft abzustellen (zum Ganzen BGE 138 II 229 E. 2; BGE 137 II 345 E. 3.1.2; Martina Caroni in: dieselbe/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 50 N. 16). Indessen gilt die blosser Fortführung einer faktischen Wohngemeinschaft bei nicht mehr gelebter Ehegemeinschaft und erloschenem Ehewillen

eines Ehepartners praxisgemäss nicht mehr als relevantes Zusammenleben im Sinn von Art. 42 Abs. 1 AuG (vgl. BGr, 23. Juli 2013, 2C\_137/2013, E. 2.4).

## **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer war vom 1. September 2006 bis am 7. Mai 2013 mit einer Schweizerin verheiratet, mit welcher er bis im Jahre 2010 in Wohngemeinschaft lebte. Die nach aussen wahrnehmbare Wohngemeinschaft lässt indessen nicht automatisch auf eine gelebte Ehe schliessen: Vielmehr ist zu bestimmen, wann die Ehegatten den Willen aufgaben, tatsächlich eine Ehe zu führen. Im Zusammenhang mit Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG ist fraglich, ob der Ehewille bis und mit 1. September 2009 vorhanden war und die Dreijahresfrist erfüllt ist.

### **E. 2.2.1**

Gemäss Vorbringen des Beschwerdeführers ist die eheliche Lebensgemeinschaft am 1. April 2010 aufgegeben worden. Wohl habe er mit einer im Kanton F lebenden Asylbewerberin spontanen Geschlechtsverkehr gehabt und das 2006 geborene Kind D gezeugt. Lange habe er indessen gar nicht gewusst, dass er Vater geworden sei, was zeige, dass er keine bedeutende Beziehung zur Kindsmutter gehabt habe. Dass er dies nicht auch noch seiner geliebten Ehefrau erzählt habe, lasse erkennen, wie wichtig ihm die Ehe und wie bedeutungslos sein einmaliger Seitensprung war. Die Ehe sei nach dem Seitensprung während mehrerer Jahre weitergelebt worden. Die Angabe der Ehefrau an der Befragung vom 16. November 2012, wonach ihr Ehewille gleich nach der Eheschliessung erloschen sei, sei nicht glaubwürdig, zumal die lange Ehedauer, die tatsächlichen Wohnsitzeverhältnisse und auch die früheren Aussagen der Ehefrau dagegensprächen. Die Aussage sei nach einer äusserst suggestiven Befragung zustande gekommen, da der Ehefrau gleich zu Beginn der Befragung eröffnet worden sei, dass der Beschwerdeführer ein uneheliches Kind habe. Auf die Aussage dürfe daher nicht abgestellt werden. Vielmehr habe sie noch am 18. Februar 2011 (recte: im Schreiben vom 25. August 2010) ausgesagt, die eheliche Gemeinschaft sei erst am 1. April 2010 aufgegeben worden.

### **E. 2.2.2**

Mit diesen Vorbringen des Beschwerdeführers hat sich bereits die Vorinstanz befasst. Sie gelangte zum Schluss, dass die Ehe bereits wenige Wochen bzw. Monate nach der Heirat und deutlich vor Ablauf der Dreijahresfrist gescheitert sei. Die Zeugung des unehelichen Kindes sei ein äusserst eheuntypisches Faktum. Dass es sich um einen einmaligen Seitensprung gehandelt habe und er die Existenz des ausserehelichen Sohns der Ehefrau allein aus Liebe verschwiegen haben soll, erscheine wenig glaubhaft. Viel plausibler erscheine, dass er diesen Umstand verschwiegen habe, weil er um sein aus der Ehe abgeleitetes Anwesenheitsrecht gefürchtet habe. Die Angaben der Ex-Ehefrau anlässlich der Befragung vom 19. Februar 2011 wiesen zudem darauf hin, dass sich der Beschwerdeführer schon kurz nach der Heirat geistig-seelisch von der Ehefrau gelöst habe und in wirtschaftlicher Hinsicht nie eine Einheit bestanden habe. Zum Zeitpunkt der Befragung habe die Ehefrau indessen noch nichts vom ausserehelichen Sohn des Beschwerdeführers gewusst, weshalb die Angaben glaubwürdig erschienen. Dem Beschwerdeführer könne nicht gefolgt werden, wenn er ausführe, dass die Ehefrau an der Befragung vom 16. November 2012 nicht zu klaren Aussagen fähig gewesen sei, weil sie über die Information, dass der Beschwerdeführer einen ausserehelichen Sohn habe, schockiert gewesen sei. Vielmehr habe sie die ehelichen Verhältnisse nach Kenntnis dieser

Information relativ detailliert und sachlich beschrieben. Selbst wenn die Angaben der Ehefrau aufgrund ihres Gemütszustands nicht verwertet werden könnten, so ergebe sich schon aus ihrer Einvernahme vom 19. Februar 2011, dass bereits wenige Monate nach der Heirat keine eheliche Lebensgemeinschaft im Sinn einer affektiven, sexuellen und seelisch-geistigen Gemeinschaft mehr bestanden habe. Es fehle daher an einer tatsächlich gelebten Ehegemeinschaft von über drei Jahren.

### **E. 2.2.3**

Neben der Wohngemeinschaft setzt eine tatsächlich gelebte Ehe einen gegenseitigen Ehemillen voraus. Die Eheleute wurden erstmals am 17. April 2007 zu ihrer Ehe befragt. Die Ehefrau gab zu Protokoll, zwischen ihnen hätte sich eine wirkliche Liebe entwickelt. Sie wollten unbedingt Kinder. In letzter Zeit seien sie etwas angespannt, weil der Ehemann immer noch auf die Bewilligung warte, damit er eine Arbeitsstelle antreten könne. In ihrem Schreiben vom 25. August 2010 führte die Ehefrau aus, die eheliche Gemeinschaft sei per 1. April 2010 aufgegeben worden. Anlässlich der Befragung vom 19. Februar 2011 erklärte die Ehefrau, sie hätte ihren Mann wirklich geliebt und von einer Familie mit Kindern geträumt. Vielleicht sei sie einfach dumm gewesen. Sie habe geglaubt, dass er einfach mehr Zeit brauche, um sich zu integrieren. Unterdessen habe sie gemerkt, dass er kein Interesse an ihr als Mensch habe. Sexuell sei zwischen ihnen gar nichts gelaufen. Dabei habe sie sich so sehr Kinder gewünscht. Während es vor der Ehe super gewesen sei, habe sich nach der Heirat sehr viel verändert. Während seiner Arbeitslosigkeit in den ersten sechs Monaten ohne Aufenthaltsbewilligung sei er für ein paar Tage einfach nicht nach Hause gekommen. Als er anschliessend neun Monate für den G-Club gearbeitet habe, habe er sich an den gemeinsamen Ausgaben für den Lebensunterhalt nicht beteiligt und nur für sich selber Geld verdient. Dies habe zu Spannungen geführt. Sie sei recht gewesen zum Waschen, Putzen, Kochen und Geld geben. Das sei alles gewesen. Auch als er die Stelle auf dem Bau angetreten habe und mehr verdient habe, habe er sich nicht am Lebensunterhalt beteiligt. Im Gegenteil: Er habe seine Rechnungen nicht bezahlt und sei deshalb betrieben worden. Diese Gründe hätten sie zur Trennung bewegt. Vor der Information über das aussereheliche Kind des Beschwerdeführers bestätigte die Ehefrau an der Einvernahme vom 16. November 2012, dass sich nach der Heirat viel verändert habe und der Ehemann fast jedes Wochenende alleine wegging. Nach der Konfrontation mit der Tatsache des ausserehelichen Kinds führte sie aus, er habe ihr nie einen Beitrag an den Lebensunterhalt gezahlt oder an die Miete. Sie hätten in der Ehe keinen Sex gehabt; einzig im Jahr 2007 hätten sie ganz wenig Sex gehabt, er habe kein Interesse mehr an ihr gehabt. Eine wirkliche Ehe hätten sie nie geführt. Eine affektive, seelisch-geistige, sexuelle und wirtschaftliche Gemeinschaft habe nie bestanden. Spätestens Mitte 2008 habe sie im Schlafzimmer und er im Wohnzimmer genächtigt. Sie habe ihn aus dem Schlafzimmer gewiesen, weil er sie an den Wochenenden immer alleine gelassen habe und sich in keinster Weise um den gemeinsamen Lebensunterhalt gekümmert habe. Sie sei zudem davon ausgegangen, dass er mit anderen Frauen sexuelle Beziehungen unterhalten habe. Sie sei für ihn wie ein Bankkonto, eine Mutter und eine Putzfrau gewesen, wie eine Sklavin. Ihr Ehemille sei gleich nach der Eheschliessung erloschen. Er habe die Scheidung nie gewollt. Anfangs der Ehe sei sie einmal schwanger gewesen und habe das Kind verloren. Hierfür habe er ihr die Schuld gegeben. Sie habe es ihm immer recht machen wollen und dadurch sehr viel für ihn gemacht. Aber eine eheliche Beziehung habe sie nicht mehr mit ihm führen wollen. Es sei ihr nicht bewusst gewesen, dass er nur aufgrund der Heirat eine Aufenthaltsbewilligung erhalten habe. An der ersten Befragung habe sie das gar nicht so genau wissen wollen, da

sie verliebt gewesen sei und bereits verheiratet. Erst heute realisiere sie, was wirklich passiert sei. Zusammenfassend ergibt sich aus den drei Einvernahmen der Ehefrau vom 17. April 2007, 19. Februar 2011 und 16. November 2012, dass die Ehefrau zu Beginn der Ehe verliebt war und vom Beschwerdeführer ein Kind erwartete, das sie wieder verlor. Im Jahr 2007 kam es zu sporadischen sexuellen Kontakten. Daraus folgt Folgendes: Es bestehen keine Zweifel, dass die Ehefrau anfänglich einen Ehemillen aufwies und dieser nicht – so wie sie in der Befragung vom 16. November 2012 ausführt – "gleich nach der Eheschliessung" erloschen ist. Insbesondere ergab ihre Befragung vom 17. April 2007, rund acht Monate nach der Heirat, keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass sie in diesem Zeitpunkt keinen Ehemillen mehr gehabt hätte. Den Ausführungen der Ehefrau zufolge wurde indessen von Beginn weg keine Wirtschaftsgemeinschaft begründet und kam die Ehefrau stets für die laufenden Kosten des Ehepaars auf. Der Ehemann lebte nach der Eheschliessung ein eigenständiges Leben und verbrachte die Wochenenden praktisch immer alleine. Die Ehefrau gab in der Einvernahme vom 16. November 2012 an, die Ehegatten hätten spätestens Mitte 2008 getrennte Schlafzimmer bezogen. Unbestritten ist, dass die Ehegatten dann offiziell doch noch bis am 1. April 2010 bzw. bis zum Bezug einer eigenen Wohnung durch den Beschwerdeführer zusammengewohnt haben. In diesem Gesamtkontext gesehen, kann das Schreiben der Ehefrau vom 25. August 2010, wonach die eheliche Gemeinschaft per 1. April 2010 aufgegeben wurde, nur so verstanden werden, dass die Ehegatten noch bis zu diesem Zeitpunkt offiziell zusammenlebten. Nachdem die Ehegatten spätestens Mitte 2008 die Schlafzimmer separiert hatten, bestehen keine Hinweise darauf, dass der Ehemille der Ehefrau erst am 1. April 2010 erloschen wäre. Auf diese Ausführungen der Ehefrau vom 16. November 2012 will der Beschwerdeführer hingegen nicht abstellen, da die Ehefrau damals aufgrund der erstmaligen Information über das aussereheliche Kind unter Schock gestanden sei. Indessen bestehen keinerlei Hinweise darauf, dass die Ehefrau gegenüber dem Migrationsamt unter dem Einfluss des "Schocks" falsche Angaben gemacht hätte. Insbesondere stimmen ihre Ausführungen zum Sexualleben, zur Finanzierung des Lebensunterhalts oder zum Ausgehverhalten des Ehemanns mit der Einvernahme vom 19. Februar 2011 überein. Auch wurde das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]) des Beschwerdeführers nicht verletzt, weil er der letzten Einvernahme der Ehefrau nicht beiwohnen und keine Ergänzungsfragen stellen konnte. Denn Verfahrensbeteiligte haben im Zusammenhang mit der Anhörung von Auskunftspersonen nach zürcherischem Verwaltungsrecht kein Anwesenheits- und Fragerecht. Es genügt, wenn den Parteien das schriftliche Protokoll der mündlichen Befragung zur Stellungnahme zugestellt wird (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 7 N. 59; VGr, 12. Mai 2016, VB.2015.00407, E. 5.2; RB 1997 Nr. 1). Somit reichte es zur Wahrung des rechtlichen Gehörs aus, dass der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 6. Juli 2015 zur fraglichen Einvernahme nachträglich bzw. noch vor Erlass der Verfügung des Migrationsamts Stellung nehmen konnte. Im Übrigen wurde dem früheren Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bereits am 18. April 2013 Einsicht in sämtliche Verfahrensakten gewährt.

#### **E. 2.2.4**

Selbst wenn die Ehefrau, wie der Beschwerdeführer vorbringt, bis am 1. April 2010 einen Ehemillen gehabt hätte, so ergibt sich aus dem Verhalten des Ehemanns, dass dessen Ehemillen schon früh erloschen war. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im

Seitensprung mit C, der ungefähr ein halbes Jahr nach dem Eheschluss mit B erfolgte, ein äusserst eheuntypisches Faktum erblickte. Der Umstand, dass die Zeugung des ausserehelichen Kinds in einem sehr frühen Stadium der Ehe erfolgte, der Ehemann mit seiner eigenen Frau kaum sexuelle Kontakte hatte und die Existenz des Kinds gegenüber der Ehefrau verschwiegen hat sowie sich nicht an den gemeinsamen Lebenshaltungskosten beteiligte, lässt starken Zweifel am Ehemann aufkommen. Ob überhaupt je ein Ehemann seitens des Ehemanns vorgelegen hat, muss nicht geprüft werden, indessen geht aus den Einvernahmen der Ehefrau hervor, dass der Beschwerdeführer von Beginn der Ehe an ein völlig autonomes Leben führte. So sei der Ehemann fast jedes Wochenende alleine weggegangen; gemeinsame Unternehmungen oder Ferien hätten (mit Ausnahme eines dreitägigen Aufenthalts im Tessin zu Beginn der Ehe) nicht stattgefunden. Die Ehefrau schildert, der Ehemann sei an ihr bzw. an der Ehe anscheinend nicht interessiert gewesen. Bei dieser Sachlage ist der Schluss der Vorinstanz, wonach der Ehemann bereits wenige Monate nach der Heirat keinen Ehemann mehr gehabt habe, nicht zu beanstanden. Somit genügt die Ehe trotz der über drei Jahre bestehenden Wohngemeinschaft den Anforderungen an eine affektive, sexuelle und seelisch-geistige Gemeinschaft nicht und ist die Dreijahresfrist von Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG nicht erfüllt. Ob der Beschwerdeführer erfolgreich integriert ist, kann offenbleiben.

### **E. 3.1**

Soweit sich der Beschwerdeführer auf seine Beziehung mit seiner Tochter H beruft, welche über das Schweizer Bürgerrecht verfügt, so kann er sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG berufen. Wohl kann eine schützenswerte Beziehung zu einem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Kind einen wichtigen Grund im Sinn von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG darstellen, der zu einem Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung führt (BGE 139 I 315 E. 2.1). Indessen kommt die Bestimmung nicht zum Tragen, wenn das Kind nicht aus der ehelichen Beziehung stammt, die gescheitert ist (BGr, 17. November 2016, 2C\_27/2016 [zur Publikation vorgesehen], E. 4.2.1; 10. Juni 2011, 2C\_830/2010, E. 3.1.3; VGr, 5. November 2015, VB.2015.00318, E. 3.4). Vorliegend ist H nicht der geschiedenen Ehe des Beschwerdeführers mit B entsprungen, sondern stammt aus einer Drittbeziehung mit I. Somit fällt sie nicht unter den Begriff der gemeinsamen bzw. aus der Ehe stammenden Kinder im Sinn von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG.

### **E. 3.2**

Zu prüfen ist indessen, ob dem Beschwerdeführer das in Art. 8 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) bzw. das in Art. 13 Abs. 1 BV statuierte Recht auf Achtung des Familienlebens einen Aufenthaltsanspruch verschafft. Unter dem Schutz der zitierten Gesetzesbestimmungen steht vor allem die Kernfamilie. Darunter ist u. a. das Zusammenleben minderjähriger Kinder mit ihren Eltern zu verstehen. Dabei soll nur das intakte und tatsächlich gelebte Familienleben geschützt werden (BGE 137 I 284 E. 1.3). Derjenige Elternteil, der sich auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK berufen will, muss grundsätzlich über das Sorge- oder Obhutsrecht verfügen. Demgegenüber hat der nicht sorge- oder obhutsberechtignte 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 (sog. tadelloses Verhalten, vgl. zum Ganzen BGE 140 I 145 E. 3.2 = Pra 103 [2014] Nr. 90; BGr, 22. März 2012, 2C\_1031/2011, E. 4.1.4). Das Bundesgericht hat das Kriterium des tadellosen Verhaltens bisher streng gehandhabt und diesbezüglich seine Praxis nicht relativiert (vgl. BGE 139 I 315 E. 2.5).

### **E. 3.3**

Zu Recht unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer trotz fehlender Besuchsrechtsregelung zu seiner Tochter H in affektiver Hinsicht über eine enge Beziehung verfügt. In ihrem Schreiben vom 3. Oktober 2015 führte die Kindsmutter aus, der Beschwerdeführer habe eine ausgezeichnete Beziehung zu seiner Tochter und sehe sie mehrmals pro Woche. Auch in der Beschwerde vom 2. Dezember 2016 wird bekräftigt, dass der Beschwerdeführer häufigen Kontakt mit H habe und sie drei bis vier Mal pro Woche sehe, meistens zuhause bei ihrer Mutter in J. Was die wirtschaftliche Beziehung zu seiner Tochter anbelangt, so ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer mit Urteil und Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 1. September 2015 verpflichtet wurde, der Tochter rückwirkend ab 1. Mai 2015 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 800.- zuzüglich gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen. Der Unterhaltsverpflichtung wurde ein Einkommen des Beschwerdeführers von Fr. 4'000.- (netto) zugrunde gelegt; dies bei einem Bedarf von Fr. 3'000.-. Aus dem Schreiben der Kindsmutter vom 3. Oktober 2015 geht hervor, dass der Vater bisher keinen Unterhalt gezahlt hat. In der Beschwerde vom 2. Dezember 2016 erklärt der Beschwerdeführer, er sei nicht nur gewillt, Unterhalt für seine Tochter H zu bezahlen, sondern tue dies auch angesichts der neu angetretenen Arbeitsstelle. Der Beschwerdeführer verlangt sodann sinngemäss, die Belege über nun laufende Unterhaltszahlungen seien von Amtes wegen einzuholen. Dabei verkennt er, dass das verwaltungsrechtliche Untersuchungsprinzip nicht uneingeschränkt gilt und seine Begrenzung in der Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 90 AuG) findet. Es obliegt dem Beschwerdeführer, dem Verwaltungsgericht entsprechende Belege über regelmässige Unterhaltszahlungen an seine Tochter einzureichen. Im Übrigen führt er bei der Bedarfsberechnung in seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 10. Januar 2016 (recte: 2017) selbst aus, er habe die Unterhaltsbeiträge noch nicht bezahlt. Die Vorinstanz durfte somit ohne Rechtsverletzung zum Schluss kommen, dass in wirtschaftlicher Hinsicht keine besonders enge Vater-Kind-Beziehung vorliege. Im Übrigen liegt auch in mehrfacher Hinsicht kein tadelloses Verhalten des Beschwerdeführers vor: Ein tadelloses Verhalten wird insbesondere durch strafrechtliche Verfehlungen, Schuldenwirtschaft oder schuldhaftige Sozialhilfeabhängigkeit infrage gestellt (VGr, 21. Oktober 2015, VB.2015.00501, E. 4.2.5). Der Beschwerdeführer weist gemäss aktuellem Betreibungsregisterauszug vom 19. Dezember 2016 insgesamt 62 offene Verlustscheine aus Pfändungen in der Höhe von rund Fr. 70'000.- sowie 53 Beteiligungen auf. Zudem wurde er drei Mal wegen Strassenverkehrsdelikten verurteilt: So am 20. Juli 2012 mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (Geldstrafe von 30 Tagessätzen à Fr. 60.-, bedingt vollziehbar), am 28. Februar 2013 mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis (Geldstrafe von 100 Tagessätzen à Fr. 100.-) sowie am 3. Juli 2014 mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich (Gemeinnützige Arbeit von 720 Stunden). Mit Strafbefehl vom 3. Februar 2016 wurde er sodann wegen Beschimpfung schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 30.- bestraft. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer ab Juni 2014 bis zu einem unbekanntem Zeitpunkt sozialhilfeabhängig

war. In der Zeit vom Juni 2014 bis Juni 2015 wurde er mit einem Betrag von Fr. 20'554.- unterstützt. Weder hat sich der Beschwerdeführer tadellos verhalten noch besteht eine wirtschaftlich enge Vater-Tochter-Beziehung, weshalb der Beschwerdeführer aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV kein Anwesenheitsrecht ableiten kann. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der 2007 geborene Sohn des Beschwerdeführers als Asylbewerber nicht über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügt, weshalb sich der Beschwerdeführer zur Begründung seines eigenen Anwesenheitsrechts zu Recht nicht auf diese Beziehung beruft (vgl. BGE 139 I 330 E. 2.1).

#### **E. 3.4**

Schliesslich macht der Beschwerdeführer einen nahehelichen Härtefall geltend, da seine soziale Wiedereingliederung in Angola stark gefährdet sei. In der Schweiz habe er klar seinen Lebensmittelpunkt. Hier lebten auch zwei seiner Kinder, die ohne ihren Vater aufwachsen müssten, wenn er die Schweiz zu verlassen hätte. Hier habe er Zukunftsperspektiven und sei in jeder Hinsicht bestens integriert. Sein Alkoholproblem habe er mittlerweile überwunden. Nach längerer Arbeitslosigkeit habe er endlich wieder eine Arbeitsstelle gefunden, dies beim renommierten Gastrobetrieb K. In Angola sei er mittlerweile ein Fremder. Aufgrund seiner langjährigen Abwesenheit könne er sich nicht mehr reintegrieren. Dies gelte erst recht, weil seine Mutter im September 2015 verstorben sei. Es bestünden daher wichtige Gründe, die seinen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erfordern würden (Art. 50 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AuG). Ein persönlicher, nahehelicher Härtefall setzt aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls eine erhebliche Intensität der Konsequenzen für das Privat- und Familienleben der ausländischen Person voraus, die mit ihrer Lebenssituation nach dem Dahinfallen der abgeleiteten Anwesenheitsberechtigung verbunden sind (BGE 139 II 393 E. 6). Bei der Anwendung von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG ist entscheidend, ob die persönliche, berufliche und familiäre Wiedereingliederung der betroffenen ausländischen Person bei einer Rückkehr in ihre Heimat als stark gefährdet zu gelten hat und nicht, ob ein Leben in der Schweiz einfacher wäre und von ihr bevorzugt würde. Da Art. 50 Abs. 1 AuG von einem Weiterbestehen des Anspruchs nach dem Scheitern der Ehe spricht, muss sich der Härtefall auf die Ehe und den damit verbundenen Aufenthalt beziehen (BGE 137 II 345 E. 3.2.3). Die vom Beschwerdeführer behauptete vertiefte Verwurzelung in der Schweiz ist weder in sozialer noch in beruflicher Hinsicht ersichtlich: Der Arbeitsvertrag vom 12. Oktober 2016 als Mitarbeiter ... beim Gastrobetrieb K ist befristet bis am 30. April 2017. Nachdem er im Juli 2014 ausgesteuert wurde, musste er aufgrund seiner Arbeitslosigkeit Sozialhilfe beziehen. Zudem wurde er – allerdings nur in geringem Mass – straffällig und ist verschuldet. Kontakte zur hiesigen Bevölkerung wurden nicht dargelegt. Dass seine soziale Wiedereingliederung bei einer Rückkehr nach Angola stark gefährdet wäre, ist nicht ersichtlich: Zwar ist der Beschwerdeführer ursprünglich als Asylbewerber in die Schweiz gereist. Sein Asylgesuch wurde indessen rechtskräftig abgewiesen. Der Beschwerdeführer macht denn auch nicht geltend, er werde im Heimatland verfolgt. Vielmehr sieht er in der Schweiz seine Zukunft. Dass er hier bessere Zukunftsperspektiven sieht, begründet indessen keine Gefährdung der sozialen Wiedereingliederung in Angola. Der Tod seiner Mutter im Heimatland führt für den erwachsenen Beschwerdeführer ebenfalls nicht zu einem nahehelichen Härtefall. In Angola leben zudem seine Tochter L (geboren im August 2002) sowie ein Bruder und zwei Schwestern. Dort war er auch berufstätig als Verkäufer und Mechaniker. Ein nahehelicher Härtefall liegt somit nicht vor.

### **E. 3.5**

Im Übrigen bestehen keinerlei Anhaltspunkte für eine rechtsverletzende Ermessensausübung durch die Vorinstanz. Entgegen der Vorbringen des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz nicht "nach freiem Ermessen" entschieden, sondern hat in ihrem Entscheid nach pflichtgemäßem Ermessen alle massgeblichen Abwägungskriterien (Art. 96 AuG) berücksichtigt. Der Beschwerdeführer ist im Alter von 24 Jahren als Asylbewerber eingereist. Eine Rückkehr nach Angola ist für den Beschwerdeführer, der sich seit 13 Jahren in der Schweiz aufhält und zwei hier lebende Kinder hat, zwar mit einer gewissen Härte verbunden. Gleichwohl ist die Rückkehr nicht unzumutbar: In Angola lebt seine mittlerweile 14-jährige Tochter und drei Geschwister.

### **E. 3.6**

Vollzugshindernisse im Sinn von Art. 83 AuG werden weder vorgebracht noch sind solche ersichtlich. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

### **E. 4.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer grundsätzlich die Gerichtskosten aufzuerlegen und steht ihm keine Parteientschädigung zu (vgl. § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 und § 17 Abs. 2 VRG). Zu prüfen bleibt sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands. Nach § 16 Abs. 1 VRG ist Privaten, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint, auf entsprechendes Ersuchen die Bezahlung von Verfahrenskosten und Kostenvorschüssen zu erlassen. Sie haben nach Abs. 2 derselben Bestimmung Anspruch auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren. Offensichtlich aussichtslos sind Begehren, bei denen die Aussichten zu obsiegen wesentlich geringer sind als die Aussichten zu unterliegen und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 16 N. 46).

### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer erzielt seit dem 1. November 2016 ein monatliches Einkommen von Fr. 3'002.- (netto). Der Vertrag ist allerdings befristet bis 30. April 2017. Vor seinem Engagement beim Gastrobetrieb K wurde der Beschwerdeführer ab Juni 2014 bis zu einem unbekanntem Zeitpunkt von der öffentlichen Fürsorge unterstützt. Mit dem Einkommen ist er nicht in der Lage, seinen Lebensbedarf zu decken, weshalb der Beschwerdeführer als mittellos gelten kann. Was die Prozessaussichten anbelangt, so konnte der Beschwerdeführer nicht ernsthaft mit einer Gutheissung der Beschwerde rechnen: Wohl lebte er über drei Jahre in Wohngemeinschaft mit seiner Schweizer Ehefrau, doch hat er nach dem Eheschluss ein völlig autonomes Leben geführt und bereits ein halbes Jahr später ein aussereheliches Kind gezeugt, weshalb die Dreijahresfrist nach Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG offensichtlich nicht erfüllt ist. Aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Bindung zum Schweizer Kind und dem durch Schulden, strafrechtliche Verurteilungen und Sozialhilfebezug getrüben Verhalten konnte der Beschwerdeführer nicht mit einer Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung rechnen. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ist daher abzuweisen.

## **E. 5**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes festzuhalten: 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 (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG; vgl. BGr, 18. Juni 2007, 2D\_3/2007 beziehungsweise 2C\_126/2007, E. 2.2). Ansonsten ist nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG zulässig. Führt eine Partei sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde, so hat sie beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

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