

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00071 vom 21. März 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-03-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2018.00071](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00071)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00071 du 21 mars 2018

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00071 del 21 marzo 2018

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung | [Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Trennung von Schweizer Ehefrau, mit welcher der Beschwerdeführer einen Sohn hat.] Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Die Vorinstanz hat das Vorbringen des Beschwerdeführers rechtsgenügend in ihre Beurteilung miteinbezogen und brauchte keine weiteren Beweiserhebungen vorzunehmen (E. 2.3). Allerdings hätte das Schreiben der Noch-Ehefrau an die Vorinstanz dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht werden müssen. Aufgrund der konkreten Umstände kann aber von einer Rückweisung der Sache wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs abgesehen werden (E. 2.4). Die Eheleute haben unbestrittenermassen weniger als drei Jahre zusammengelebt (E. 3.2). Es liegt kein nahehelicher Härtefall vor. Der Beschwerdeführer pflegt zu seinem Sohn in affektiver Hinsicht eine enge Beziehung (E. 5.1). Er ist den wirtschaftlichen Verpflichtungen gegenüber seinem Sohn nur ungenügend nachgekommen und es liegen keine Anhaltspunkte vor, welche auf eine Änderung schliessen lassen könnten (E. 5.2.3). Es fehlt auch am Erfordernis des tadellosen Verhaltens (E. 5.3). Die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung erweist sich als verhältnismässig (E. 6). Gutheissung uP/URB. Abweisung der Beschwerde.

## Erwägungen

### E. 2

Abteilung VB.2018.00071 Urteil der 2. Kammer vom 21. März 2018 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Frei (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Leana Isler, Verwaltungsrichterin Elisabeth Trachsel, Gerichtsschreiberin Stefanie Peter. In Sachen A, vertreten durch Fürsprecher F, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Aufenthaltsbewilligung, hat sich ergeben: I. A, geboren 1985, heiratete am 13. Februar 2012 in der Dominikanischen Republik die Schweizer Bürgerin B. Am 17. Mai 2012 reiste er in die Schweiz ein und erhielt zum Verbleib bei der Ehefrau eine Aufenthaltsbewilligung. 2014 kam der gemeinsame Sohn C zur Welt. Mit Urteil vom 22. Oktober 2014 des Bezirksgerichts Zürich betreffend Eheschutz/Getrenntleben wurde davon Vormerk genommen, dass die Eheleute seit dem 31. Januar 2014 getrennt leben. Die Obhut über C wurde der Ehefrau zugeteilt. A wurde für berechtigt erklärt, den Sohn in den geraden Kalenderwochen sonntags von 15.00 Uhr bis 17.00 Uhr in Gegenwart der Mutter zu besuchen. Die vom Vater zu entrichtenden Kinderunterhaltsbeiträge wurden auf monatlich Fr. 774.50 zuzüglich allfälliger Kinderzulagen festgelegt. In der Folge wies das Migrationsamt das Gesuch von A vom 16. Juni 2014 um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung mit Verfügung vom 19. September 2016 ab und setzte ihm eine Frist zum Verlassen der Schweiz bis am

18. November 2016. II. Dagegen erhob A am 24. Oktober 2016 Rekurs bei der Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Der Rekurs wurde am 27. Dezember 2017 abgewiesen. III. Mit Beschwerde vom 2. Februar 2018 beantragt A beim Verwaltungsgericht die Aufhebung des Rekursentscheids vom 27. Dezember 2017 und die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, unter entsprechender Kosten- und Entschädigungsfolge. Weiter sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion verzichtete am 9. Februar 2018 (beim Gericht am 13. Februar 2018 eingegangen) auf eine Vernehmlassung. Seitens des Migrationsamts erfolgte keine 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**

Vorab ist auf die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Gehörsverletzung einzugehen. Er führt aus, die Vorinstanz habe es verpasst, von ihm erbrachte Naturalleistungen bei der Beurteilung, ob eine enge wirtschaftliche Verbundenheit zum Sohn vorliege, effektiv einzubeziehen und habe in diesem Zusammenhang das rechtliche Gehör verletzt. Schon deswegen sei der Rekursentscheid aufzuheben. Dies müsse auch gelten, soweit die Ehefrau sich in ihrem Schreiben vom 25. Oktober 2017 zu den Betreuungsleistungen anderslautend oder überhaupt nicht geäußert haben sollte. In beiden Fällen hätte das Schreiben der Ehefrau ihm zur Stellungnahme unterbreitet werden müssen. Für den Fall, dass seine Betreuungsleistungen bestätigt und damit unbestritten geblieben seien, hätte dies im Verhältnis zu den finanziellen Verpflichtungen bewertet und in Veranschlagung gebracht werden müssen.

### **E. 2.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. Alain Griffel in: derselbe [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 8 N. 37). Der Gehörsanspruch beinhaltet unter anderem das Akteneinsichtsrecht sowie das Recht des Betroffenen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinn einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2, mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Wie sich zeigen wird, hat die Vorinstanz den Aspekt der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Naturalleistungen rechtsgenügend in ihre Beurteilung miteinbezogen und brauchte jedenfalls keine weiteren Beweiserhebungen vorzunehmen. Es scheint nämlich der Sachverhalt hinreichend ermittelt, auch wenn nicht alle Möglichkeiten der Beweisführung ausgeschöpft wurden, und versprechen zusätzliche Abklärungen keine wesentlichen neuen Erkenntnisse, so rechtfertigt es sich, auf weitere Untersuchungen zu verzichten. Deshalb kann die betreffende Instanz, wenn sie die Beweiserhebung als unnötig oder ein konkretes Beweismittel als nicht tauglich erachtet, in Vorwegnahme des Beweisergebnisses ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs von der Beweisführung absehen, wenn sie aufgrund bereits abgenommener Beweise ihre Meinung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 7 N. 19). An die gestellten Begehren ist die Verwaltungsbehörde nicht gebunden (§ 7 Abs. 4 VRG). Eine diesbezügliche Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt demnach nicht vor.

### **E. 2.4**

Allerdings hätte die Auskunft der Ehefrau an die Vorinstanz, gemäss Schreiben vom 25. Oktober 2017 dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht werden müssen. Diesbezüglich liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Von einer Aufhebung des Rekursentscheids und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs kann aber aufgrund der konkreten Umstände abgesehen werden. Die diesbezügliche Rüge des Beschwerdeführers ist nämlich nicht "klar", "eindeutig" und "unbedingt" (vgl. Alain Griffel, Kommentar VRG, § 23 N. 15). So macht er geltend, soweit sich die Ehefrau zu den Betreuungsleistungen anderslautend oder überhaupt nicht geäußert haben sollte, hätte ihm die Stellungnahme unterbreitet werden müssen (E. 2.1). Demnach macht er eine diesbezügliche Gehörsverletzung nur für den Fall geltend, dass sich die Ehefrau hinsichtlich seiner Betreuungsleistungen "anderslautend" oder "überhaupt nicht" geäußert haben sollte (was nicht der Fall ist). Es besteht vorliegend auch kein Anlass, den angefochtenen Entscheid von Amtes wegen zufolge Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben (zur Frage der Prüfung von Amtes wegen vgl. BGE 125 V 499 E. 1). Das Bundesgericht hat festgehalten, trotz der formellen Natur des Gehörsanspruchs gelte er nicht um seiner selbst willen und verfolge auch keinen Selbstzweck; er sei vielmehr mit der Berechtigung in der Sache selber verbunden. Deshalb könne eine untergeordnete Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auch geheilt werden; es gelte formalistische Leerläufe zu vermeiden (vgl. BGr, 28. April 2016, 2D\_74/2015, E. 3.2 mit Hinweisen). Mit Entscheid vom 30. November 2017 (8C\_502/2017, E. 5.3, zur Publikation vorgesehen [in Sachen öffentliches Personalrecht]) hat es ausgeführt, der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasse als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen seien, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen könne (BGE 140 I 99 E. 3.4; 135 II 286 E. 5.1). Voraussetzung des Äusserungsrechts seien genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, was auf das Recht hinauslaufe, in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden (BGE 141 I 60 E. 3.3). Wie weit dieses Recht gehe, lasse sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen (BGE 111 Ia 273 E. 2b; BGr, 2. September 2009, 8C\_158/2009, E. 5.2 [nicht publ.] in: BGE 136 I 39). Entscheidend sei, ob dem Betroffenen ermöglicht worden sei,

seinen Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (BGE 136 I 265 E. 3.2; 135 II 286 E. 5.1; 132 II 485 E. 3.2; BGr, 18. Oktober 2016, 2C\_807/2015, E. 2.2.1). Der rechtskundig vertretene Beschwerdeführer konnte seinen Standpunkt "wirksam" im dargelegten Sinn zur Geltung bringen. Das kurze Schreiben der Ehefrau vom 25. Oktober 2017 kommt zudem einer Bestätigung seiner Darlegungen gleich. Eine Rückweisung an die Vorinstanz wäre daher ein formalistischer Leerlauf und würde zu unnötigen Verzögerungen führen, die dem Interesse des Beschwerdeführers an einer beförderlichen Verfahrenserledigung entgegenstünden (er macht denn auch geltend, zufolge des unsicheren Aufenthaltsstatus Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt zu haben). Aufgrund der genannten speziellen Umstände, namentlich auch der bedingten Antragstellung, kann demnach auf die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und eine Rückweisung an die Vorinstanz verzichtet werden.

### **E. 3.1**

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.

### **E. 3.2**

Die Eheleute leben unbestrittenermassen seit spätestens Ende Januar 2014 getrennt. Der Beschwerdeführer hat somit keinen Anwesenheitsanspruch gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG, da die gelebte Ehegemeinschaft weniger als drei Jahre gedauert hat. Auch die nicht substantiierte Bemerkung in der Beschwerdeschrift, aktuell sei unklar, ob die Eheparteien wieder zusammenkommen, führt zu keiner anderen Schlussfolgerung.

### **E. 4.1**

Gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG in Verbindung mit Art. 42 Abs. 1 AuG haben ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern nach Auflösung der Ehe oder der Familiengemeinschaft weiterhin einen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn wichtige persönliche Gründe einen Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen. Solche Gründe können namentlich in einer schützenswerten Beziehung zu einem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Kind bestehen (vgl. BGE 139 I 315 E. 2.1). Dabei sind die Anforderungen zu berücksichtigen, die sich aus Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ergeben, denn die wichtigen persönlichen Gründe im Sinn von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG können nicht einschränkender verstanden werden als allfällige sich aus Art. 8 EMRK ergebende Ansprüche auf Erteilung bzw. Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (vgl. BGr, 10. August 2015, 2C\_942/2014, E. 1.4).

## **E. 4.2**

Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV garantieren das Recht auf Achtung des Familienlebens. Unter dem Schutz der zitierten Bestimmungen steht vor allem die Kernfamilie. Darunter ist unter anderem 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 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 (so genanntes "tadelloses Verhalten", vgl. BGE 140 I 145 E. 3.2 = Pra 103 [2014] Nr. 90; BGE 143 I 121 E. 5.2).

## **E. 5.1**

Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung beim nicht sorge- bzw. obhutsberechtigten ausländischen Elternteil, der aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft mit einer Schweizerin oder einer Person mit Niederlassungsbewilligung schon im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung war, bereits dann erfüllt, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts ausgeübt wird (BGE 139 I 315 E. 2.5). Bei vorschulpflichtigen Kindern liegt ein "übliches Besuchsrecht" bei einem Tag oder zwei Halbtagen pro Monat (Peter Breitschmid in: Marc Amstutz et al. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich etc. 2012, Art. 273 ZGB N. 5; vgl. VGr, 26. Oktober 2016, VB.2016.00503, E. 2.1). Das im Eheschutzverfahren statuierte Besuchsrecht liegt zwar unter einem "gerichtsüblichen Besuchsrecht" im dargelegten Sinn. Dennoch hat die Vorinstanz aufgrund des faktischen Umgangs des Beschwerdeführers mit dem Sohn, das weit über das festgelegte Besuchsrecht hinausgehe (zwei bis drei Mal wöchentlich bzw. regelmässig an Wochenenden), zu Recht eine besonders enge affektive Vater-Sohn-Beziehung bejaht.

## **E. 5.2**

Eine besonders enge wirtschaftliche Beziehung kann in der Regel bei Bezahlung der geschuldeten Unterhaltsbeiträge bejaht werden (vgl. BGE 140 I 145 E. 4.2 = Pra 103 [2014] Nr. 90).

### **E. 5.2.1**

Die Vorinstanz verneinte eine enge wirtschaftliche Beziehung des Beschwerdeführers zu seinem Sohn. Ersterer habe seine Verpflichtung zur Bezahlung monatlicher Unterhaltsbeiträge von Fr. 774.50 zuzüglich allfälliger vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen nur unzureichend erfüllt, sodass im grossen Umfang Bevorschussungen erforderlich gewesen seien. Zwischen dem 1. November 2014 bis Februar 2015 sei er seiner Unterhaltsverpflichtung gar nicht nachgekommen und von März 2015 bis Januar 2016 habe er nur Fr. 300.- pro Monat entrichtet. Für die Zeit nach Januar 2016 seien keine Unterhaltszahlungen aktenkundig. Der Beschwerdeführer habe zwar geltend gemacht, mit einem monatlichen Einkommen von Fr. 1'250.- im Rahmen einer Teilzeitanstellung keinen

ordentlichen Kinderunterhalt leisten zu können, weshalb er versuche, dies durch Betreuung und Naturalien auszugleichen. Daraus könne der Beschwerdeführer aber nichts zu seinen Gunsten ableiten. So habe er sich trotz des im Eheschutzverfahren angeblich zu hoch veranschlagten Einkommens nicht um Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge bemüht und es vorgezogen, Unterhaltsschulden zu machen. Sodann wäre es ihm während des gesamten Bewilligungsverfahrens erlaubt gewesen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Er habe jedoch weder Arbeitsbemühungen noch entsprechende Stellenabsagen nachgewiesen.

### **E. 5.2.2**

Der Beschwerdeführer räumt ein, ohne Frage nicht den vollen Unterhaltsbetrag, welcher vom zuständigen Eheschutzrichter gestützt auf eine hypothetische Lohnhöhe festgelegt worden war, bezahlt zu haben. Festzustellen sei aber, dass er, 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 damit durchaus demonstriert, dass er willig sei, seinen Pflichten nachzukommen. Ebenso sei anzumerken, dass er den Sohn durchgehend an mindestens einem Tag pro Woche betreue. Richtig sei, dass das Kind in die Krippe gehe, er die Betreuung aber auch praktisch an jedem Wochenende für einen Tag übernehme. Das Kind sehe ihn auch spontan, esse zum Beispiel auch unter der Woche bei oder mit ihm. Hinzukomme, dass er während Spitalaufenthalten und Rekonvaleszenzen der Mutter das Kind durchgehend betreut habe, was ihm, dem Beschwerdeführer, ohne Frage anzurechnen sei. Die Kindsmutter sei dadurch entlastet worden und es sei weniger Fremdbetreuung notwendig gewesen. Es sei die Kindsmutter als Zeugin anzuhören. Bestätigungen der Krippe und des Kinderarztes würden nachgereicht. Seit der Trennung habe er sich durchgehend um Arbeit bemüht. Mehrere angefragte Arbeitgeber hätten aber insbesondere wegen Nichtvorliegens einer Arbeitsbewilligung keinen Vertrag abschliessen wollen. Die Arbeitsstelle bei der ... habe er verloren, da er keine Arbeitsbewilligung habe vorweisen können. Ab Mitte Februar 2018 werde er eine zweite Arbeitsstelle Teilzeit beginnen können. Damit werde er insgesamt einen Lohn von ca. Fr. 3'000.- erwirtschaften können. Mit der zuständigen Stelle sei er auch in Kontakt betreffend die Fragen der Weiterführung des Kinderunterhalts. Zum Beweis offeriert er die Nachreichung der "Bestätigung Arbeitssuche", aktueller Arbeits- und Lohnbelege sowie aktueller Unterhaltszahlungen. Sodann macht er eine unvollständige und unrichtige Ermittlung des Sachverhalts geltend. Beim Kriterium der wirtschaftlich engen Beziehung müssten auch Naturalleistungen miteinbezogen werden, selbst wenn sie bloss symbolischer Natur seien. Im Vordergrund stehe sowieso die Enge der tatsächlich gelebten Kontakte im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren. Die Vorinstanz habe es verpasst, diese Naturalleistungen effektiv einzubeziehen und in diesem Zusammenhang auch das rechtliche Gehör verletzt (siehe vorn E. 2.3).

### **E. 5.2.3**

Der Beschwerdeführer ist der ihm vom Eheschutzrichter auferlegten Verpflichtung zur Entrichtung der Kinderunterhaltsbeiträge unstreitig teils nicht und teils nur unvollständig nachgekommen. Entsprechend musste und muss die Alimentenstelle Vorschüsse leisten. Dennoch erachtet der Beschwerdeführer die Voraussetzung einer engen wirtschaftlichen Beziehung zum Sohn wegen den Naturalleistungen zusammen mit den ihm möglichen finanziellen Leistungen als erfüllt. Die Höhe der eheschutzrichterlich festgelegten Unterhaltsbeiträge stellt er aber nicht infrage. Er macht auch keine Anstalten, die Herabsetzung derselben zu beantragen. Die festgelegten Unterhaltsbeiträge fallen denn

auch nicht aus dem Rahmen. Es trifft zu, dass auch Naturalleistungen als wirtschaftlich relevant gelten können. Vorliegend kann aber keine Rede davon sein, dass die vom Beschwerdeführer erbrachten Betreuungs- bzw. Naturalleistungen einer wesentlichen Kompensation der von ihm geschuldeten Geldleistungen entsprächen (vgl. BGE 143 I 121 E. 6.3.5). Das Kind besucht die Krippe und wird – von den Entlastungen seitens des Beschwerdeführers abgesehen – ansonsten von der Mutter betreut, wie sich auch aus den Schilderungen in der Beschwerdeschrift unmissverständlich ergibt. Der Sachverhalt ist rechtsgenügend erstellt und Weiterungen, namentlich die Befragung der Kindsmutter als Zeugin, erübrigen sich. Es versteht sich von selbst, dass es nicht im Belieben der Eltern stehen kann, 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 musste, belegt, dass die Naturalleistungen des Beschwerdeführers nicht kompensatorisch im dargelegten Sinn waren bzw. sind. Dem Argument des Beschwerdeführers, sich um Arbeit bemüht zu haben, wegen Nichtvorliegens einer Arbeitsbewilligung aber auf Schwierigkeiten gestossen zu sein, hat die Vorinstanz zu Recht entgegengehalten, es sei ihm während des Bewilligungsverfahrens erlaubt gewesen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und auch mit gültiger Aufenthaltsbewilligung sei es ihm nicht gelungen, den Verdienst in einer Höhe zu erzielen, der ihm die Wahrnehmung der Kinderunterhaltspflichten ermöglicht hätte. Sodann hat der Beschwerdeführer nach wie vor Arbeitsbemühungen und Stellenabsagen nicht dokumentiert, was er – allem voran hinsichtlich der früheren Bemühungen und Absagen – spätestens mit Einreichen der Beschwerdeschrift hätte tun müssen. Das verwaltungsrechtliche Untersuchungsprinzip gilt nämlich nicht uneingeschränkt und findet seine Begrenzung in der Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 90 AuG; VGr, 21. Februar 2017, VB.2016.00758, E. 3.3). Es wäre Sache des rechtskundig vertretenen Beschwerdeführers gewesen, dem Verwaltungsgericht entsprechende Belege rechtzeitig einzureichen. Dasselbe gilt bezüglich der Dokumentierung des neulich erfolgten Verlustes der Arbeitsstelle bei der ... sowie aktueller Arbeitsbemühungen und allfälliger Lohnbelege. In der Rechtsschrift finden sich dazu keine relevanten Substanziierungen. Es ist lediglich davon die Rede, dass er ab Mitte Februar 2018 über die Ehefrau eine zweite Arbeitsstelle Teilzeit beginnen und insgesamt einen Lohn von ca. Fr. 3'000.- erwirtschaften könne. Mit der zuständigen Stelle sei er auch in Kontakt betreffend die Fragen der Weiterführung des Kindesunterhalts. Nähere Angaben, so die Nennung des künftigen Arbeitgebers und des Umfangs der Beschäftigung, fehlen indessen. So oder so steht fest, dass der Beschwerdeführer den wirtschaftlichen Verpflichtungen gegenüber dem Sohn nur ungenügend nachgekommen ist und daher das Erfordernis der engen wirtschaftlichen Beziehung mitnichten erfüllt hat. Der Erwerbsalltag des Beschwerdeführers ist von Stellenwechseln gezeichnet und auch die von ihm geschilderten Zukunftsperspektiven lassen nicht auf eine Änderung schliessen. Nach wie vor ist die Rede von Teilzeitstellen, die der Beschwerdeführer bekleidet. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb er keiner Vollzeitarbeit nachgeht, um seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen, besucht der Sohn doch die Krippe. Auch sein in der Dominikanischen Republik lebendes Kind D, geboren 2009, wird zwangsläufig fremdbetreut. Umso mehr wäre es daher am Beschwerdeführer, für eine enge wirtschaftliche Beziehung besorgt zu sein. Sollte der Beschwerdeführer geltend machen wollen, seine Stellensuche werde durch den Betreuungsaufwand für ein Kind namens E, geboren 2008, erschwert, würde ihm dieser (nicht substanziierte) Hinweis selbstredend

nicht weiterhelfen.

### **E. 5.3**

Der Beschwerdeführer bezog von der Sozialhilfe für sich persönlich im Zeitraum seit seiner Einreise bis zur Trennung von der Ehefrau Sozialhilfe von Fr. 30'723.15. Gemäss Auszug aus dem Betreibungsregister vom 5. Dezember 2017 hat er acht nicht getilgte Verlustscheine aus Pfändungen im Gesamtbetrag von Fr. 11'433.10. Es ist daher auch fraglich, inwieweit die Voraussetzung des so genannten "tadellosen Verhaltens" erfüllt ist (E. 4.2). Ob die Sozialhilfeabhängigkeit während des Zusammenlebens mit der Ehefrau "schuldhafter Natur" war, die Ehefrau wurde gleichermassen unterstützt, braucht vorliegend nicht weiter geprüft zu werden. Vielmehr ist von Relevanz, dass der Beschwerdeführer auch nach der Trennung und somit nach längerem Aufenthalt in der Schweiz immer noch nicht in der Lage war, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen bzw. diese zu regeln, was sogar zu Verlustscheinen geführt hat. Seine berufliche Instabilität hat er jedoch aus den dargelegten Gründen selber zu verantworten. Seine Situation kann er auch nicht mit Betreuungsaufgaben, die er gegenüber den Kindern wahrnimmt, entschuldigen. Sowohl der hier lebende Sohn als auch das im Ausland lebende Kind werden weitgehend fremdbetreut. Umso mehr wäre es daher Aufgabe des Beschwerdeführers gewesen, Vollzeit erwerbstätig zu sein, um die diesbezüglichen Kindesinteressen zu erfüllen. Nach dem Gesagten fehlt es somit auch am Erfordernis des "tadellosen Verhaltens".

### **E. 5.4**

Die Vorinstanz gelangte daher zu Recht zum Schluss, dass dem Beschwerdeführer kein Anwesenheitsanspruch gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG bzw. Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV mehr zusteht.

### **E. 6.1**

Kann sich eine ausländische Person nicht auf eine Norm des Landesrechts oder eines Staatsvertrages berufen, welche ihr Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung einer Anwesenheitsbewilligung vermittelt, hat die Behörde ermessenweise über die weitere Bewilligung des Aufenthalts zu entscheiden. Dabei berücksichtigt sie die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerin oder des Ausländers (vgl. Art. 96 AuG). Die öffentlichen Interessen fallen im Wesentlichen mit den in den Art. 3 und 4 AuG konkretisierten Grundsätzen zusammen (Marc Spescha in: derselbe et al., Migrationsrecht, 4. A., Zürich 2015, Art. 96 AuG N. 3). Zur Abklärung der persönlichen Verhältnisse des Verlängerungsgesuchstellers werden in der Praxis oft die Härtefallkriterien gemäss Art. 31 VZAE herangezogen (vgl. Tamara Nüssle in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 33 AuG N. 33). Zu berücksichtigen sind insbesondere der Integrationsgrad, die Respektierung der Rechtsordnung, die Familienverhältnisse, die finanziellen Verhältnisse, die Anwesenheitsdauer in der Schweiz, der Gesundheitszustand sowie die Möglichkeit der Wiedereingliederung im Herkunftsstaat. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei Ausländern, die sich seit zehn und mehr Jahren in der Schweiz aufhalten, in der Regel vom Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls (Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG) auszugehen, sofern diese finanziell unabhängig, sozial und beruflich gut integriert sind und sich bis dahin klaglos verhalten haben (vgl. BGE 124 II 110 E. 3).

### **E. 6.2**

Der vorinstanzliche Entscheid liegt im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens nach Art. 96 AuG. Der Beschwerdeführer hält sich erst seit Mai 2012 in der Schweiz auf. Wirtschaftlich vermochte er hier nicht in einer Weise Fuss zu fassen, die ihm die Erfüllung seiner finanziellen Verpflichtungen ermöglicht hätte. So musste die Alimentenstelle die ausstehenden Kinderunterhaltsbeiträge bevorschussen. Ebenso musste der Beschwerdeführer vom Sozialamt unterstützt werden. Das Risiko eines erneuten Sozialhilfebezugs erscheint als sehr hoch. Der Beschwerdeführer hat die prägenden Kindheits- und Jugendjahre in der Dominikanischen Republik verbracht und ist auch ferienhalber dorthin zurückgekehrt, wo seine Verwandten und seine Tochter leben. Sprache und Sitten des Landes sind ihm bestens vertraut. Dem Beschwerdeführer kann daher die Rückkehr in sein Heimatland durchaus zugemutet werden, auch wenn ihm die Rückkehr schwerfällt. Den Kontakt zum hier lebenden Sohn kann der Beschwerdeführer insbesondere mit Briefen und Mitteln der modernen Kommunikation aufrechterhalten. Der Beschwerdeführer macht geltend, angesichts der schlechten wirtschaftlichen Lagen im Heimatland wäre ihm die Bezahlung von Flugreisen zur Ausübung des Besuchsrechts gegenüber dem hier lebenden Sohn nicht möglich. Gleiches müsse für die Kindsmutter gelten. Die Wahrnehmung des Ferienbesuchsrechts bliebe toter Buchstabe. Es mag sein, dass die Finanzierung von Flugreisen für den Beschwerdeführer erschwert sein wird und ein Besuchsrecht, sei es durch Reisen seinerseits oder seitens des Sohnes, selten ausgeübt werden kann. Dies ändert aber nichts am Ergebnis, überwiegt doch aus den dargelegten Gründen das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers gegenüber den infrage stehenden privaten Interessen (vgl. BGr. 28. Mai 2014, 2C\_245/2014 E. 3.3.5; 2. BGr. 2. Juni 2014, 2C\_1076/2013, E. 3.2). Der nach pflichtgemässem Ermessen gefällte Entscheid der Vorinstanz verletzt das Prinzip der Verhältnismässigkeit nicht und erweist sich als rechtsbeständig. Dasselbe gilt hinsichtlich der Nichtannahme eines allgemeinen Härtefalls im Sinn von Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 VZAE. Jedenfalls ist keine rechtsverletzende Ermessensausübung bezüglich der Gewichtung der übrigen persönlichen Interessen des Beschwerdeführers auszumachen. Auch hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass sich keine Hinweise auf Wegweisungsvollzugshindernisse im Sinn von Art. 83 AuG ergäben. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

### **E. 7.1**

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG) und steht ihm keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

### **E. 7.2**

Der Beschwerdeführer beantragt für das verwaltungsgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung sowie die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands gestützt auf § 16 Abs. 1 und Abs. 2 VRG. Gemäss den gemachten Ausführungen hat er als mittellos zu gelten. Seine Begehren erscheinen nicht von vornherein als aussichtslos, weshalb ihm für das verwaltungsgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung zu gewähren ist.

### **E. 7.3**

Fürsprecher F weist in seiner Kostennote vom 20. März 2018 einen zeitlichen Aufwand von 7,58 Stunden aus, was einer Entschädigung von Fr. 1'805.75 (inklusive Barauslagen von

Fr. 8.30 und Mehrwertsteuer) entspricht. Dieser zeitliche Aufwand erscheint für das vorliegende Verfahren als angemessen (Stundenansatz von Fr. 220.- gemäss § 9 Abs. 1 Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2010 [GebV VGr] in Verbindung mit § 3 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 [AnwGebV]).

#### **E. 7.4**

Der Beschwerdeführer wird auf § 16 Abs. 4 VRG hingewiesen, wonach eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist.

#### **E. 8**

Der vorliegende Entscheid kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) angefochten werden, soweit ein Rechtsanspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung geltend gemacht wird. Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach 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.