

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00675 vom 11. Mai 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-05-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00675

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00675 du 11 mai 2022

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00675 del 11 maggio 2022

Regeste

Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung | Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. [Der Beschwerdeführer, ein Staatsangehöriger Äthiopiens, stellte ein Asylgesuch, welches rechtskräftig abgelehnt wurde. In der Folge wurde er aus der Schweiz weggewiesen. Er ist Vater einer minderjährigen Tochter, die über eine Niederlassungsbewilligung verfügt. Er stellte deshalb ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 Abs. 1 EMRK.] Kognition des Verwaltungsgerichts (E. 1). Weil der Beschwerdeführer in affektiver Hinsicht keine besonders qualifizierte Beziehung zu seiner Tochter unterhält, insbesondere in Hinblick darauf, dass der Beziehungsaufbau während des hiesigen prekären Aufenthalts des Beschwerdeführers stattfand, sind die Voraussetzungen für eine Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK nicht erfüllt. Der Anspruch des Beschwerdeführers auf Kontakt mit seiner Tochter überwiegt unter diesen Umständen das Interesse an der Kontrolle und Steuerung der Einwanderung nicht (E. 3.3). Gutheissung des Gesuchs um UP/URB. Abweisung der Beschwerde

Erwägungen

E. 2

Gemäss Art. 14 Abs. 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 kann eine asylsuchende Person ab Einreichung des Asylgesuchs bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuchs oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung. Beim Beschwerdeführer handelt es sich um einen rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesenen Asylbewerber, der seiner Ausreisepflicht bislang nicht nachgekommen ist und für den keine Ersatzmassnahme angeordnet wurde. Er hält sich seit seiner Einreise am 13. Oktober 2019 illegal in der Schweiz auf. Gestützt auf das Ausländer- und Integrationsgesetz steht ihm kein Bewilligungsanspruch zu. Der Beschwerdeführer leitet aus seiner Beziehung zu seiner hier niedergelassenen Tochter, die über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt und dem Recht auf Familienleben im Sinn von Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) bzw. Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV) einen Anspruch auf Bewilligungserteilung ab, weshalb unabhängig vom Stand seines Asylverfahrens auf das Gesuch einzutreten war.

E. 3.1

Auf den Anspruch auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV kann sich berufen, wer in intakter familiärer Beziehung mit hier lebenden nahen Verwandten lebt, welche ihrerseits über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz

verfügen (vgl. anstelle vieler BGE 135 I 143 E. 1.3; BGE 130 II 281 E. 3.1; BGE 120 Ib 257 E. 1c ff.). Unter dem Schutz der zitierten Bestimmungen steht vor allem die Kernfamilie. Darunter ist insbesondere das Zusammenleben minderjähriger Kinder mit ihren Eltern zu verstehen (BGE 137 I 284 E. 1.3; vgl. auch Art. 3 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 [KRK], welcher eine vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls vorsieht, jedoch eher programmatischer Natur ist und nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung [vgl. z. B. BGE 143 I 21 E. 5.5.2] keinen unmittelbaren Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung einräumt). Es ist nachfolgend zu prüfen, ob der Beschwerdeführer aus seiner Beziehung zu seiner hier niedergelassenen Tochter einen konventions- und verfassungsmässig geschützten Bewilligungsanspruch ableiten kann.

E. 3.2.1

Lebt das hier niedergelassene Kind getrennt von seinem sorgeberechtigten ausländischen Elternteil oder ist die Anwesenheit des Kindes nicht abhängig vom ausländischen Elternteil, hat letzterer nur dann einen konventions- und verfassungsmässig geschützten Anspruch auf Anwesenheit, wenn zwischen ihm und seinem in der Schweiz lebenden Kind in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht besonders enge Beziehungen bestehen. Das Bundesgericht unterscheidet danach, ob die Verlängerung oder die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung infrage steht. Bei einem nicht sorge- bzw. hauptsächlich betreuungsberechtigten ausländischen Elternteil eines hier aufenthaltsberechtigten Kindes, der aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft mit einer Person schweizerischer Staatsangehörigkeit oder mit Niederlassungsbewilligung bereits eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz besass, ist das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach aktuellem Massstab üblichen Besuchsrechts ausgeübt wird. Bei Ausländerinnen und Ausländern, welche – wie der Beschwerdeführer – erstmals um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchen, wird dagegen eine besonders qualifizierte Beziehung zum hier lebenden Kind verlangt: Erforderlich ist in jenen Fällen ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht, wobei "grosszügig" im Sinn von "deutlich mehr als üblich" zu verstehen ist. In jedem Fall kommt es darauf an, dass das Besuchsrecht kontinuierlich und reibungslos ausgeübt wird. Das formelle Ausmass des Besuchsrechts ist mit anderen Worten nur insoweit massgeblich, als dieses auch tatsächlich wahrgenommen wird (BGr, 14. Mai 2020, 2C_57/2020, E. 4.2; BGE 139 I 315 E. 2.5). Als üblich gilt in der Deutschschweiz ein Besuchsrecht bei Kindern im Schulalter, wenn das Kind jedes zweite Wochenende sowie mindestens zwei Wochen Ferien beim getrennt von ihm lebenden Elternteil verbringt (zum Ganzen BGr, 8. April 2019, 5A_373/2018, E. 3.2.1 mit Hinweisen; ferner für die Westschweiz BGE 144 I 91 E. 5.2.1).

E. 3.2.2

Schliesslich darf das bisherige Verhalten grundsätzlich zu keinen Klagen Anlass gegeben haben. Das Kriterium des tadellosen Verhaltens wird vom Bundesgericht streng gehandhabt. Ein tadelloses Verhalten wird insbesondere durch strafrechtliche Verfehlungen, Schuldenwirtschaft oder schuldhaftige Sozialhilfeabhängigkeit infrage gestellt. Hierbei ist das Verhalten während der gesamten Anwesenheitsdauer in die Interessensabwägung miteinzubeziehen (VGr, 21. März 2018, VB.2017.00659, E. 3.1.3). Gemäss bundesgerichtlicher Praxis können im Zusammenhang mit dem tadellosen Verhalten gewisse "untergeordnete" Vorkommnisse nur in spezifischen Fällen bzw. bei

besonderen Umständen in einer Gesamtabwägung abweichend von BGE 139 I 315 etwas weniger stark gewichtet werden. Die besonderen Umstände müssten es ausnahmsweise rechtfertigen, allfällige (untergeordnete) Verstösse gegen die öffentliche Ordnung (etwa untergeordnete ausländer- oder ordnungsrechtliche Delinquenz oder kurzer, unverschuldeter Sozialhilfebezug) nicht notwendigerweise so stark zu gewichten, dass sie zum Vornherein die andere Kriterien (Grad der tatsächlichen affektiven und wirtschaftlichen Intensität der Beziehung zum Kind, zivilrechtliche Regelung der familiären Verhältnisse, Dauer der Beziehung und des Aufenthalts, Grad der Integration aller Beteiligten, Kindesinteresse usw.) aufzuwiegen vermögen (BGr, 24. April 2019, 2C_904/2018, E. 5.2; BGr, 3. Juni 2015, 2C_728/2014, E. 4.1). Bei der Beurteilung, ob ein tadelloses Verhalten im Sinn der erwähnten Praxis vorliegt, ist nicht nur das strafrechtlich relevante Verhalten, sondern insbesondere auch die Respektierung des Migrationsrechts zu beachten. Die migrationsrechtliche Bewertung kann daher härter ausfallen als die strafrechtliche (BGE 144 I 91 E. 5.2.4, 140 I 145 E. 4.3; BGr, 16. Mai 2019, 2C_340/2019, E. 6.2.4).

E. 3.3.1

Der Beschwerdeführer übt gemeinsam mit der Kindsmutter die elterliche Sorge aus, während die Obhut für das Kind gemäss Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Januar 2021 allein der Kindsmutter zugeteilt wurde. Gemäss Elternvereinbarung vom 11. Februar 2021 wurde eine Betreuung durch den Vater von 19 % vereinbart. Für das Verwaltungsgericht massgebend sind die heutigen Verhältnisse (vgl. VGr, 29. April 2020, VB.2020.00038, E. 1.2) bzw. wie das Besuchsrecht tatsächlich ausgeübt wird (siehe BGr, 19. September 2018, 2C_402/2018, E. 2.2). Laut übereinstimmenden Angaben des Beschwerdeführers und der Kindsmutter sowie der Sozialarbeiterin der ORGANISATION F soll sich der Beschwerdeführer reibungslos um sein inzwischen zweijähriges Kind kümmern und ein liebevoller und verantwortungsvoller Vater sein, mangels Arbeitserlaubnis jedoch seine Tochter kaum finanziell unterstützen können. Auch gaben beide Elternteile übereinstimmend an, dass die Beziehung zwischen Vater und Tochter sehr gut bzw. intensiv sei. Der Beschwerdeführer nehme seine Tochter jedes Wochenende von Samstagmorgen bis Sonntagabend zu sich und er soll sie auch an einzelnen Tagen unter der Woche betreuen, sofern die Kindsmutter einen Termin habe oder krank sei. Der Beschwerdeführer spiele mit seiner Tochter, esse gemeinsam mit ihr und unternehme mit ihr Ausflüge. Somit kann ohne Weiteres von einer besonders engen affektiven Beziehung zwischen Vater und Tochter ausgegangen werden.

E. 3.3.2

Der Beschwerdeführer leistet jedoch keine wirtschaftliche Unterstützung für seine Tochter. Als weggewiesener Asylbewerber lebt er von der öffentlichen Hand, was eine wirtschaftliche Unterstützung offensichtlich ausschliesst. In der Elternvereinbarung vom 11. Februar 2021 wurde denn auch mangels Einkommens des Beschwerdeführers vorläufig darauf verzichtet, diesen zu Unterhalt zu verpflichten. Asylsuchende verfügen über keine generelle Arbeitserlaubnis in der Schweiz. So ist es für Asylbewerberinnen und Asylbewerber generell nicht einfach, Zugang zum Arbeitsmarkt zu finden, und ist dem Beschwerdeführer – wie die Vorinstanz zu Recht bemerkt – die Ausübung einer Erwerbstätigkeit seit der Abweisung seines Asylgesuchs praktisch gänzlich verwehrt (Art. 43 Abs. 2 AsylG; VGr, 27. Mai 2021, VB.2020.00528, E. 4.2.1, und 17. April 2019, VB.2018.00804, E. 2.2.6; ferner BGr, 24. April 2019, 2C_904/2018, E. 4.2). Unter diesen

Umständen ist nach wie vor mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass ihm die ausbleibenden finanziellen Leistungen nicht vorgeworfen werden können (vgl. auch VGr, 17. April 2019, VB.2018.00804, E. 2.2.6). Immerhin reichte der Beschwerdeführer das Schreiben der Organisation F/Integrationsprogramm G ein, bei welchem er in jüngerer Vergangenheit am Integrationsprogramm G in einem 40%-Pensum teilgenommen haben soll, sowie das TELC-Deutsch-Zertifikat, wonach er Deutschkenntnisse auf dem Niveau B1 aufweist. Ebenfalls positiv zu werten ist seine jüngst eingereichte Teilnahmevereinbarung betreffend Arbeitseinsatz im Spital E, wonach er per 9. Mai 2022 in einem 60%-Pensum Mithilfe beim Transport und Unterhalt leisten soll.

E. 3.3.3

Der Beschwerdeführer macht vor Verwaltungsgericht geltend, dass sein Betreuungsumfang in der Zwischenzeit zugenommen habe, da die Kindsmutter mit dem Halbgeschwisterchen in Quarantäne musste, weshalb er seine Tochter zwei Wochen am Stück selbständig betreut habe. Ausserdem machte er sinngemäss geltend, dass er Naturalleistungen in Form von zusätzlicher Betreuung leiste, was seine fehlende wirtschaftliche Unterstützung aufzuwiegen vermöge.

E. 3.3.4

Zwar ist dem Beschwerdeführer eine besonders enge affektive Beziehung zur Tochter zuzusprechen und übernahm er während der Quarantäne der Kindsmutter die Betreuung der Tochter. Dennoch handelte es sich hierbei um ein einmaliges Ereignis und sind den Akten keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wonach sich eine Betreuung in diesem Umfang zum Regelfall etabliert hätte. Insoweit bestehen auch keine stichhaltigen Indizien, die auf eine vom Beschwerdeführer geltend gemachte alternierende Obhut bzw. Betreuung im Umfang von 50 % schliessen lassen würde. Darüber hinaus gilt es nochmals festzuhalten, dass das SEM mit rechtskräftigem Entscheid vom 3. April 2020 auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht eintrat und dessen Wegweisung anordnete, womit sich der Beschwerdeführer überwiegend illegal in der Schweiz aufhält. Trotz rechtskräftiger Wegweisung aus der Schweiz leistete er dieser keine Folge. Stattdessen verblieb er in der Schweiz und baute damit während seines prekären Aufenthalts eine besonders enge Beziehung zu seiner im Jahr 2020 geborenen Tochter auf. In Anbetracht dessen kann der Beschwerdeführer aus der affektiven Beziehung zu seiner Tochter nichts zu seinen Gunsten ableiten, zumal ein illegaler (oder zumindest prekärer) Aufenthalt in der Regel nicht geeignet ist, erst noch vollendete Tatsachen im Sinn eines "fait accompli" für einen konventionsrechtlich geschützten Aufenthalt zu schaffen, sofern der betroffene Ausländer nicht wenigstens vernünftigerweise mit der Fortsetzung des Familienlebens im Gastland rechnen konnte (VGr, 5. Dezember 2018, VB.2018.00638, E. 3.2, mit Hinweisen). Überdies besteht grundsätzlich auch kein Anspruch auf Aufenthalt, um ein konventionsrechtlich geschütztes Familienleben erst noch zu entwickeln (VGr, 5. Dezember 2018, VB.2018.00638, E. 3.2).

E. 3.3.5

Im Fall seiner Wegweisung in die Heimat könnte der Beschwerdeführer die Beziehung zu seiner Tochter freilich nicht mehr im selben Umfang und Rahmen leben. Der Beschwerdeführer rügt diesbezüglich, dass die Auffassung der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 8 EMRK gar nicht mehr möglich mache. Zudem könne einem Kleinkind nicht zugemutet werden, dass die affektive Beziehung zum Vater in eine reine Online-Beziehung

mutiere. Sodann seien reale Besuche angesichts der Distanz, der fehlenden Mittel, der restriktiven Einreisebestimmungen in der Schweiz sowie Besuche in Äthiopien unmöglich und ebenfalls ausgeschlossen. Hierbei verkennt der Beschwerdeführer, dass den Anforderungen von Art. 8 EMRK gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits Genüge getan ist, wenn die Beziehung brieflich sowie über elektronische Kommunikationsmittel, allenfalls besuchsweise im Rahmen von Kurzaufenthalten und Ferien vom Ausland her aufrechterhalten werden kann. Dank der modernen Kommunikationsmittel besteht zudem die Möglichkeit, die Beziehung praktisch täglich über die Grenzen hinweg zu leben. Insofern verunmöglicht die Distanz zwischen der Schweiz und Äthiopien nicht, den Kontakt des Vaters zu seiner Tochter zu wahren. Eine solche praktische Unmöglichkeit der Aufrechterhaltung der Beziehung liegt vielmehr vor, wenn das Land des besuchsberechtigten Ausländers sehr weit von der Schweiz entfernt ist, wie dies gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beispielsweise für Mexiko gilt (vgl. BGE 144 I 91 E. 5.2.3 mit Hinweis auf BGE 139 I 315 E. 3.1). Gemäss Aktenlage weist der Beschwerdeführer auch eine gute Beziehung zur Kindsmutter auf, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass diese die Aufrechterhaltung der Vater-Kind-Beziehung mittels moderner Kommunikationsmittel aktiv unterstützen werde.

E. 3.3.6

Die Vorinstanz hat ausserdem mitberücksichtigt, dass beim Beschwerdeführer von keinem tadellosen Verhalten ausgegangen werden kann, zumal er asyl-, ausländer- und strafrechtlich negativ in Erscheinung trat. Der Beschwerdeführer reiste unter falschem Namen in die Schweiz ein und wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 15. Oktober 2019 wegen rechtswidriger Einreise im Sinn von Art. 115 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und b AIG mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen bestraft und die Probezeit auf zwei Jahre angesetzt. Auch das Bundesverwaltungsgericht qualifizierte das Asylgesuch des Beschwerdeführers als unzulässig und rechtsmissbräuchlich. Geahndet wurde damit die Einreise am 13. Oktober 2019 ohne Reisepass und Visum. Zudem versties er mit seiner Weigerung, seine Reisepapiere und seine Identität offenzulegen sowie der rechtskräftigen Wegweisung aus der Schweiz Folge zu leisten, gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Überdies ist den vorinstanzlichen Erwägungen zu folgen, wonach der Beschwerdeführer lediglich die elementare Schulbildung durchlaufen hat und über keine Berufsausbildung verfügt, weshalb entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers unter diesen Umständen nicht davon auszugehen ist, dass er in absehbarer Zeit dauerhaft eine existenzsichernde Erwerbstätigkeit wird ausüben können womit ein erhebliches Fürsorgerisiko nicht von der Hand zu weisen ist.

E. 3.3.7

Zwar ist zusammenfassend festzuhalten, dass das strafrechtlich geahndete Verhalten des Beschwerdeführers als solches eher leicht wiegt. Dennoch lässt sich aus allen zuvor genannten Gründen nicht sagen, dass zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter in affektiver Hinsicht eine hinreichend enge Beziehung vorliegt, welche die fehlende wirtschaftliche Beziehung zur Tochter aufzuwiegen vermag. Dies insbesondere im Hinblick darauf, dass er der rechtskräftigen Wegweisung aus der Schweiz keine Folge leistete und der Beziehungsaufbau zur Tochter damit während seines prekären Aufenthalts erfolgt ist. In Anbetracht der Gesamtsituation sind die Voraussetzungen einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK nicht erfüllt und vermag ihm sein Recht auf Achtung des Familienlebens keinen Bewilligungsanspruch zu vermitteln. Der Anspruch des

Beschwerdeführers auf Kontakt mit seiner Tochter und derjenige seiner Tochter, mit beiden Elternteilen aufzuwachsen, überwiegen unter diesen Umständen das Interesse an der Kontrolle und Steuerung der Einwanderung nicht. Dieses Resultat ist auch mit Art. 9 und Art. 18 KKK vereinbar. Die Sache erscheint damit spruchreif, weshalb für die eventualiter beantragte Rückweisung zur weiteren Sachverhaltsabklärung und zur Neuentscheidung keine Veranlassung besteht. Von weiteren Beweiserhebungen kann im dargelegten Sinn in antizipierter Beweiswürdigung abgesehen werden. Des Weiteren kann auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf die nach wie vor zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (§ 28 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 70 VRG). Die Beschwerde ist damit abzuweisen.

E. 4.1

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und steht ihm auch keine Parteientschädigung zu (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a sowie § 17 Abs. 2 VRG). Der Beschwerdeführer ersucht wie bereits vor der Vorinstanz um Gewährung unentgeltlicher Prozessführung und Rechtsvertretung.

E. 4.2

Gemäss § 16 VRG und Art. 29 Abs. 3 BV ist Privaten, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint, auf Ersuchen die Bezahlung von Verfahrenskosten und Kostenvorschüssen zu erlassen sowie ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst genügend zu wahren.

E. 4.3

Das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers kann aufgrund der engen affektiven Beziehung zur Tochter nicht als offensichtlich aussichtslos bezeichnet werden. Der von der Fürsorge abhängige Beschwerdeführer ist zudem offenkundig mittellos und aufgrund der Komplexität der sich stellenden Rechts- und Sachverhaltsfragen nicht in der Lage, seine Verfahrensrechte selbst zu wahren. Die unentgeltliche Prozessführung ist daher zu bewilligen. Auch eine unentgeltliche Rechtsbeiständung erscheint deshalb sachlich notwendig, weshalb der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das verwaltungsgerichtliche Verfahren als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen ist. Der in der Beschwerdeschrift für das verwaltungsgerichtliche Verfahren geltend gemachte Gesamtaufwand von Fr.2'553.15 (inkl. Mehrwertsteuer) erscheint angemessen.

E. 4.4

Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Partei, welcher die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald diese dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Verfahrensabschluss (§ 16 Abs. 4 VRG).

E. 5

Der vorliegende Entscheid kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes 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.