

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00746 vom 31. März 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-03-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2021.00746](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00746)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00746 du 31 mars 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00746 del 31 marzo 2022

## Regeste

Widerruf der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA | [Kein nahehehlicher Aufenthaltsanspruch wegen zu kurzer Dauer der ehelichen Gemeinschaft] Die Vorinstanz verletzte das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht, indem sie antizipierend davon ausging, ihre Überzeugung werde durch die Abnahme der offerierten Beweise nicht geändert (E. 2). Ablehnung der Anträge um Zeugenbefragung (E. 3). Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau kamen nach einer Trennung wieder zusammen. Wann die erste Phase der ehelichen Gemeinschaft endete, ist umstritten. Es kann auf die Angabe der Ehefrau, wann ihr Ehwille erloschen sei, abgestellt werden. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, ist ungläubhaft. Die Dreijahresfrist wurde nicht erreicht, unabhängig davon, ob die Dauer der zwei Phasen der ehelichen Gemeinschaft zusammenzurechnen ist (E. 6). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung VB.2021.00746 Urteil der 4. Kammer vom 31. März 2022 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Tamara Nüssle (Vorsitz), Verwaltungsrichter Reto Häggi Furrer, Verwaltungsrichter Martin Bertschi, Gerichtsschreiberin Selina Sigerist. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Widerruf der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA, hat sich ergeben: I. A, ein am 14. März 1973 geborener kolumbianischer Staatsangehöriger, reiste am 1. März 2017 in die Schweiz ein. Am 11. Mai 2017 heiratete er in C die niederlassungsberechtigte italienische Staatsangehörige D, geboren am 29. Oktober 1966. In der Folge erteilte ihm das Migrationsamt des Kantons Zürich eine bis zum 30. Juni 2022 befristete Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. Die Stadtpolizei C setzte im September 2018 das Migrationsamt über einen Vorfall häuslicher Gewalt zwischen A und D in Kenntnis. Mit Eheschutzurteil vom 12. September 2019 bewilligte das Bezirksgericht Zürich D das von ihr beantragte Getrenntleben. In der Folge informierten D und A am 28. Februar 2020 das Migrationsamt darüber, dass sie wieder zusammengezogen seien. Am 14. Dezember 2020 erging wiederum ein Eheschutzurteil. Darin hielt das Bezirksgericht Zürich fest, dass D und A ab dem 7. Dezember 2020 bis auf Weiteres getrennt leben. Mit Verfügung vom 19. April 2021 widerrief das Migrationsamt die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA von A und wies diesen aus der Schweiz weg. II. Mit Entscheid vom 23. September 2021 wies die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich einen dagegen erhobenen Rekurs ab. III. Am 27. Oktober 2021 erhob A Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Er beantragt, der Rekursentscheid sei unter Entschädigungsfolgen aufzuheben und das Migrationsamt anzuweisen, ihm seine Aufenthaltsbewilligung zu belassen. In prozessualer Hinsicht beantragt er die Befragung D's sowie diejenige E's als Zeugin bzw. als Zeuge. A leistete die

ihm mit Präsidialverfügung vom 29. Oktober 2021 auferlegte Kautionshöhe von Fr. 2'070.- fristgerecht. Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 5. November 2021 auf eine Vernehmlassung; das Migrationsamt reichte keine Beschwerdeantwort ein. Am 15. Dezember 2021 ging beim Verwaltungsgericht die Mitteilung des Bezirksgerichts Zürich ein, dass die Ehe D's und A's seit dem 6. Dezember 2021 rechtskräftig geschieden sei. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen Rekursentscheide der Sicherheitsdirektion über Anordnungen des Migrationsamts auf dem Gebiet des Ausländerrechts zuständig (§§ 41 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG, LS 175.2]). Weil auch die übrigen Prozessvoraussetzungen gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Er macht geltend, die Vorinstanz habe es zu Unrecht unterlassen, die von ihm offerierten Beweise – die Befragung D's sowie E's – abzunehmen. 2.1 Aus dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ergibt sich unter anderem ein Anspruch auf Abnahme der von den Beteiligten angebotenen Beweismittel über erhebliche Tatsachen (Alain Griffel, in: ders., Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 8 N. 34). Der Anspruch auf Beweisabnahme gilt jedoch nicht absolut: Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine Behörde von der Abnahme offerierter Beweismittel insbesondere dann absehen, wenn der Sachverhalt, den eine Partei beweisen will, nicht rechtserheblich ist (Unerheblichkeit des Beweismittels), wenn durch den angebotenen Beweis bereits Feststehendes bewiesen werden soll (Überflüssigkeit des Beweismittels) oder wenn von vornherein gewiss ist, dass der angebotene Beweis keine Klärung herbeizuführen vermag (mangelnde Tauglichkeit des Beweismittels, was mittels antizipierter Beweiswürdigung festgestellt werden kann; vgl. zum Ganzen BGE 141 I 60 E. 3.3 mit Hinweisen; Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 7 N. 18). Hat eine Behörde aufgrund bereits abgenommener Beweise ihre Überzeugung gebildet und kann sie ohne Willkür annehmen, ihre Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert, darf sie auf die Abnahme von weiteren Beweisen verzichten (BGE 134 I 140 E. 5.3). 2.2 Wie nachfolgend unter E. 6.3 dargelegt wird, kann auf die Auskünfte D's in ihrem Schreiben vom 28. Oktober 2019 abgestellt werden. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, erscheint von vornherein unglaubhaft. Dasselbe gilt für seine Aussage, die erste Phase der Beziehung habe bis Ende Oktober 2019 gedauert. Die Vorinstanz durfte daher antizipierend davon ausgehen, ihre Überzeugung werde durch die Abnahme der vom Beschwerdeführer offerierten Beweismittel nicht geändert. Die Vorinstanz hielt zwar verschiedene Gründe für möglich, weshalb D in ihrem Schreiben vom 8. Februar 2021 wiederum angab, ihr Ehwille sei seit April 2019 erloschen. Welcher dieser Gründe tatsächlich zutrifft, war für den Ausgang des vorinstanzlichen Verfahrens jedoch nicht erheblich. Deshalb durfte die Vorinstanz auf eine entsprechende Beweisabnahme verzichten. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz davon ausging, eine Befragung E's würde nichts an ihrer Überzeugung ändern, dass dieser sein Schreiben aus Gefälligkeit verfasst hatte. 3. Aus den vorerwähnten Gründen kann auch auf die vom Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren beantragten Zeugenbefragungen verzichtet werden.

#### **E. 4.1**

Die Erteilung, die Verlängerung und der Widerruf von Aufenthaltsbewilligungen richten sich grundsätzlich nach dem Ausländer- und Integrationsgesetz vom 16. Dezember 2005

(AIG, SR 142.20). Für Angehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und ihre Familienangehörigen hat das Ausländer- und Integrationsgesetz allerdings nur insoweit Geltung, als das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft (nunmehr Europäische Union [EU]) und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681) keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das Ausländer- und Integrationsgesetz eine für die betroffene ausländische Person vorteilhaftere Regelung vorsieht (Art. 2 Abs. 2 AIG). Gestützt auf Art. 7 lit. d und e FZA in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 und Abs. 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 an und darf grundsätzlich nicht vom Erfordernis des Zusammenlebens abhängig gemacht werden, sofern nicht rechtsmissbräuchlich zur blossen Aufenthaltssicherung an einer nur (noch) formell bestehenden Ehe festgehalten wird (vgl. BGE 130 II 113 = Pra 93 [2004] Nr. 171 E. 8 f., BGE 139 II 393 E. 2.1). Gemäss Art. 23 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Mai 2002 über den freien Personenverkehr (VFP, SR 142.203) können Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA widerrufen werden, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht mehr erfüllt sind.

#### **E. 4.2**

Das Bezirksgericht Zürich stellte mit Urteil vom 14. Dezember 2020 fest, der Beschwerdeführer und D würden seit dem 7. Dezember 2020 getrennt leben. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass das eheliche Zusammenleben über den 7. Dezember 2020 hinaus dauerte. Die eheliche Gemeinschaft wurde folglich spätestens am 7. Dezember 2020 aufgehoben. Die Ehe des Beschwerdeführers und D's wurde schliesslich am 6. Dezember 2021 rechtskräftig geschieden. Daher ist die Voraussetzung für die ursprüngliche Erteilung der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA des Beschwerdeführers nach Art. 7 lit. d FZA in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a Anhang I FZA – die Ehe zu einer Angehörigen eines Mitgliedstaats der EU – weggefallen. Der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA ist dementsprechend gestützt auf Art. 23 Abs. 1 VFP zulässig. Gleichsam kann der Beschwerdeführer aus dem durch Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101) und Art. 13 Abs. 1 BV geschützten Recht auf Familienleben keinen Anspruch auf Aufenthalt mehr ableiten.

#### **E. 5.1**

Da das Freizügigkeitsabkommen den nachehelichen Aufenthalt nicht regelt, ist ein solcher aufgrund des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 2 FZA grundsätzlich nach den Bestimmungen zu prüfen, die für Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern gelten. Gemäss Art. 50 Abs. 1 AIG besteht nach Auflösung einer Ehegemeinschaft der Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung weiter, wenn die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre gedauert hat und eine erfolgreiche Integration besteht (lit. a) oder wenn wichtige persönliche Gründe einen Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (lit. b).

#### **E. 5.2**

Eine relevante Ehegemeinschaft im Sinn von Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG ist nur gegeben, solange die eheliche Beziehung tatsächlich gelebt wird und ein gegenseitiger Ehewille

besteht (BGE 137 II 345 E. 3.1.2; BGr, 7. Juli 2011, 2C\_155/2011, E. 3).

### **E. 5.3**

Für die Berechnung der Dreijahresfrist ist ausschliesslich die in der Schweiz in ehelicher Gemeinschaft verbrachte Zeit massgebend (BGE 136 II 113 E. 3.3, 140 II 345 = Pra 104 [2015] Nr. 75 E. 4.1; BGr, 11. Oktober 2011, 2C\_430/2011, E. 4.1.1). Die Dreijahresfrist gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG gilt absolut; auch wenn nur einige wenige Tage fehlen, ist die Dauer von drei Jahren nicht erreicht (BGr, 29. April 2021, 2C\_297/2021, E. 3.1 – 8. Juni 2020, 2C\_301/2020, E. 4.2.1 – 16. Februar 2011, 2C\_781/2010, E. 2.1.3; VGr, 22. Juli 2021, VB.2021.00117, E. 2.4).

### **E. 6.1**

Die eheliche Gemeinschaft des Beschwerdeführers und D's begann mit der Eheschliessung am 11. Mai 2017. Im Jahr 2019 kam es unbestritten zu einer Trennung. Wann diese genau erfolgte, ist strittig. Mit Schreiben vom 31. Januar 2020 teilten der Beschwerdeführer und D dem Migrationsamt mit, sie würden ihre Ehe fortführen und wieder zusammenziehen. Am 28. Februar 2020 gaben sie an, wieder zusammengezogen zu sein. Wann diese zweite Phase der gelebten ehelichen Beziehung endete, ist gestützt auf die Akten nicht ganz klar. Gemäss Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Dezember 2020 vereinbarten der Beschwerdeführer und D in ihrer Trennungsvereinbarung vom 7. Dezember 2020, ab diesem Tag getrennt zu leben. Der Beschwerdeführer äusserte sich nicht dazu, wann und von wem das Eheschutzverfahren eingeleitet wurde und reichte keine entsprechenden Akten des Eheschutzverfahrens ein. Die eheliche Gemeinschaft endete jedenfalls spätestens am 7. Dezember 2020, vermutlich jedoch bereits früher.

### **E. 6.2**

Der Beschwerdegegner und die Vorinstanz sind der Ansicht, die erste Phase der ehelichen Gemeinschaft habe im April 2019 geendet. Zur Begründung verweisen sie insbesondere auf das Schreiben D's vom 28. Oktober 2019, in welchem sie angab, ihr Ehewille sei seit April 2019 erloschen. Der Beschwerdeführer bringt demgegenüber vor, diese erste Trennung von ihm und D sei erst Ende Oktober 2019 erfolgt. Bei der schriftlichen Beantwortung der Fragen des Migrationsamts durch D sei es zu einem Übersetzungsfehler gekommen. D habe für die Beantwortung der Fragen jeweils eine private Übersetzerin beigezogen. Diese habe D nicht gefragt, wann ihr Ehewille erloschen sei, sondern wann die Streitigkeiten in der Ehe begonnen hätten.

### **E. 6.3**

Am 28. Oktober 2019 beantwortete D das Schreiben des Migrationsamts vom 17. Oktober 2019. Auf die Frage, seit wann ihr Ehewille erloschen sei, antwortete D: "Seit April 2019." Überdies beantwortete sie die Frage, wann die eheliche Beziehung aufgegeben worden sei und was die Gründe dafür gewesen seien, wie folgt: "Seit April möchte ich mich von ihm trennen, es war auch häusliche Gewalt." Diese Antwort D's spricht ebenfalls für ein Erlöschen ihres Ehewillens im April 2019. Die Aussage des Beschwerdeführers, die Frage nach dem Erlöschen des Ehewillens sei D falsch übersetzt worden, erscheint vor diesem Hintergrund unglaubhaft. Hinzu kommt, dass die ehelichen Streitigkeiten, von welchen D nach Angabe des Beschwerdeführers gesprochen haben soll, nicht erst im April 2019 begonnen haben. Bereits im September 2018 wurden im Zusammenhang mit einem Streit zwischen dem Beschwerdeführer und D Schutzmassnahmen gegen den Beschwerdeführer verfügt. Zumal D nicht nur antwortete, ihr Ehewille sei im April 2019 erloschen, sondern

zusätzlich angab, sie möchte sich seit April vom Beschwerdeführer trennen, ist davon auszugehen, dass die relevante eheliche Gemeinschaft im April 2019 endete. Die Angabe des Beschwerdeführers, die erste Phase der ehelichen Gemeinschaft habe bis Ende Oktober 2019 Bestand gehabt, fällt äusserst unsubstanziert aus und widerspricht den Angaben D's in ihrem Schreiben vom 28. Oktober 2019. Zudem lässt sich diese Aussage nicht mit dem Umstand in Übereinstimmung bringen, dass bereits am 12. September 2019 ein Eheschutzurteil erging. D hatte zuvor beim Bezirksgericht um Bewilligung des Getrenntlebens sowie um Zuteilung der ehelichen Wohnung ersucht und damit das Eheschutzverfahren eingeleitet. Die Aussage, dass die eheliche Gemeinschaft bis Ende Oktober 2019 gedauert habe, ist somit klarerweise unzutreffend – auch wenn sich nicht aus den Akten ergibt, wann genau D das Eheschutzgesuch stellte. Der Beschwerdeführer reichte ein Schreiben eines Bekannten, E, vom 7. August 2021 ein. Dieses soll belegen, dass er und D auch im Sommer 2019 eine eheliche Beziehung geführt hätten. Wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, erscheint dieses aufgrund der gesamten Umstände als unglaubhaft und ist als Gefälligkeitsschreiben einzustufen.

#### **E. 6.4**

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die erste Phase der ehelichen Gemeinschaft vom 11. Mai 2017 bis April 2019 gedauert hat. Die zweite Phase der ehelichen Gemeinschaft dauerte von Ende Januar oder Februar 2020 bis längstens zum 7. Dezember 2020. Da der Ehwille D's ab April 2019 erloschen war, ist irrelevant, ob der Beschwerdeführer und D weiterhin zusammenwohnten, während sie getrennt waren, da zu dieser Zeit ohnehin keine eheliche Gemeinschaft bestand. Entsprechend ist auch nicht ausschlaggebend, ob wichtige Gründe für eine Ausnahme vom Erfordernis des Zusammenwohnens im Sinn von Art. 49 AIG vorlagen, was im Übrigen auch nicht geltend gemacht wird. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer und D insgesamt weniger als drei Jahre in einer ehelichen Gemeinschaft lebten. Dies gilt selbst dann, wenn die Dauer der beiden Phasen der ehelichen Gemeinschaft zusammengerechnet würde. Die Frage, ob die Dauer der zwei Phasen vorliegend zusammenzurechnen ist (vgl. hierzu BGE 140 II 345 E. 4.5; BGr, 28. September 2017, 2C\_394/2017, E. 3.2), kann somit offenbleiben.

#### **E. 6.5**

Der Beschwerdeführer kann folglich aus Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG keinen Aufenthaltsanspruch ableiten. Ob er die Integrationskriterien gemäss Art. 58a AIG erfüllt, kann dementsprechend ebenfalls offenbleiben.

#### **E. 7**

Die Vorinstanzen haben davon abgesehen, dem Beschwerdeführer im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, und auch einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall im Sinn des Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG verneint. In solche Ermessensentscheide kann das Verwaltungsgericht nur eingreifen, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt, insbesondere wenn sich der Entscheid von sachfremden Motiven leiten lässt (§ 50 VRG; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 50 N. 25 f.). Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanzen das ihnen zustehende Ermessen in rechtsverletzender Weise ausgeübt haben.

#### **E. 8**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

**E. 9**

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

**E. 10**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch des Beschwerdeführers geltend gemacht wird, ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zulässig; ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. c Ziff. 2 und 4 BGG). 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.