Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 1025/2013

Urteil vom 7. April 2014

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Donzallaz, Kneubühler,
Gerichtsschreiber Kocher.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Barbara Wyler,

gegen

Migrationsamt des Kantons Zürich,
Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung (Nichtverlängerung und Wegweisung; Kantonswechsel),

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 2. Abteilung, 2. Kammer, vom 18. September 2013.

Sachverhalt:
A.
Geboren 1984 und Staatsangehöriger der Republik Montenegro, heiratete A._____ im Jahr 2008 in seiner Heimat eine um drei Jahre jüngere Landsfrau, die im Kanton St. Gallen bereits über die Niederlassungsbewilligung verfügte. Gegen Ende 2008 gelangte A._____ in die Schweiz und erhielt vom Kanton St. Gallen die Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei seiner Ehefrau. Diese wurde zunächst bis zum 14. November 2009 und letztmals bis ein Jahr darauf verlängert.
B.
Am 19. Februar 2010 kam eine gemeinsame Tochter zur Welt; auch sie verfügt über die Niederlassungsbewilligung. Im Juli 2010 hoben die Eheleute den gemeinsamen Haushalt auf. A._____ zog in den Kanton Zürich, wo er am 25. Oktober 2010 ein Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung für diesen Kanton stellte. Das dortige Migrationsamt wies das Gesuch am 27. Februar 2012 ab und setzte A._____ Frist zum Verlassen der Schweiz an. Die Rechtsmittel an die Sicherheitsdirektion und das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich blieben erfolglos (Urteile vom 8. Februar bzw. 18. September 2013).
C.
Die von der Ehefrau angestrengte und mit Entscheid von Mitte März 2012 nach montenegrinischem Recht ausgesprochene Scheidung wurde in der Schweiz nicht anerkannt. In der Folge stellte A._____ beim Bezirksgericht Winterthur am 10. Oktober 2012 ein Eheschutzgesuch. Seine Ehefrau reichte ihrerseits am 18. Februar 2013 beim Kreisgericht St. Gallen die Klage auf Scheidung der Ehe ein. Im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids vom 18. September 2013 war das Scheidungsverfahren noch rechtshängig.
D.
Mit Eingabe vom 30. Oktober 2013 erhebt A._____ beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Er beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei die Erstinstanz anzuweisen, die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern. Vorinstanz und Bundesamt für Migration schliessen auf Abweisung der Beschwerde, die Erstinstanz verzichtet auf eine Stellungnahme.

Der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts hat der Beschwerde mit Verfügung vom 11. November 2013 antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den (End-) Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts ist in ausländerrechtlichem Zusammenhang nur unter Vorbehalt des Ausnahmekatalogs (Art. 83 lit. c BGG) zulässig. Die ordentliche Beschwerde ist unzulässig namentlich gegen Entscheide auf dem Gebiet des Ausländerrechts betreffend Bewilligungen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt (Ziff. 2) und gegen solche betreffend den Kantonswechsel (Ziff. 6). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht offen, verbleibt jeweils die Möglichkeit der subsidiären Verfassungsbeschwerde (insbesondere zum zweiten Tatbestand Urteil 2D 5/2014 vom 13. Februar 2014 E. 2.1).

1.2. Die Beschwerde von A._____ zielt im Wesentlichen auf die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab, während dem Kantonswechsel (Art. 37 AuG) nur nebensächliche Bedeutung zukommt. Den Rechtsanspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung stützt er in vertretbarer Weise auf Art. 50 AuG und Art. 8 EMRK. Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass; auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.3. A._____ beantragt im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, es sei das bundesgerichtliche Verfahren bis zur Erledigung des Scheidungsverfahrens zu sistieren (Art. 104 BGG und Art. 71 BGG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 BZP; vgl. BGE 138 I 435 E. 1.4.2 S. 443; Urteil 2C 1124/2012 vom 27. August 2013 E. 2). Zwischen dem ehe- und dem ausländerrechtlichen Verfahren besteht im Regelfall kein derart enger Konnex in dem Sinne, dass das Scheidungsurteil zwingend abzuwarten wäre. Rechtserhebliche Gründe, die ausnahmsweise eine Sistierung nahezulegen vermöchten, bringt der Beschwerdeführer keine vor. Dem Sistierungsantrag ist nicht stattzugeben.

2.

2.1. Mit der Auflösung der Ehegemeinschaft ist der landesrechtliche Anspruch auf Familiennachzug im Sinne von Art. 43 Abs. 1 AuG (SR 142.20) an sich untergegangen. Der Beschwerdeführer leitet ein Verbleiberecht nunmehr daraus ab, dass seine Tochter über eine Niederlassungsbewilligung verfügt. Er beruft sich zum einen auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG (nachehelicher Härtefall), zum andern sieht er sich im Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK (Anspruch auf Achtung des Familienlebens; SR 0.101), weshalb er den umgekehrten Familiennachzug beanspruchen könne.

2.2. Soweit der Beschwerdeführer Kritik an den für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen (Art. 105 Abs. 1 BGG) erhebt, vermag er nicht aufzuzeigen, weshalb diese offensichtlich falsch sein oder auf einer Rechtsverletzung beruhen sollen (Art. 105 Abs. 2 BGG). Diesen Rügen ist nicht weiter nachzugehen. Ebenso ausser Acht bleiben die Sachumstände, welche der Beschwerdeführer mit unaufgeforderter Eingabe vom 21. März 2014 geltend macht. Beim scheinbar in der Zwischenzeit eingetretenen Scheidungsurteil und den weiteren jüngsten Ereignissen handelt es sich prozessual um echte Noven im Sinne von Art. 99 Abs. 1 BGG. Ein echtes Novum kann begrifflich nicht durch das angefochtene Urteil veranlasst sein, weswegen es im bundesgerichtlichen Verfahren unberücksichtigt zu bleiben hat (Urteil 2C 157/2014 / 2C 158/2014 vom 6. März 2014 E. 2.2).

2.3.

2.3.1. Die für einen nachehelichen Härtefall erforderlichen "wichtigen persönlichen Gründe" (Art. 50 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 AuG) setzen aufgrund der gesamten Umstände eine erhebliche Intensität der Konsequenzen für das Privat- und Familienleben voraus, die mit der Lebenssituation nach dem Dahinfallen der abgeleiteten Anwesenheitsberechtigung verbunden sein muss (BGE 139 II 393 E. 6 S. 403; 137 II 345 E. 3.2.3 S. 350). Solche Umstände umschliessen grundsätzlich auch die schützenswerte Beziehung des ausländischen Elternteils zu dem aus der Ehe hervorgegangenen Kind, das in der Schweiz über ein gesichertes Aufenthaltsrecht verfügt (BGE 139 I 315 E. 2.1 S. 319).

2.3.2. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist für einen auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG gestützten Anspruch erforderlich, dass nach der aufgelösten Ehe- oder Familiengemeinschaft der Elternteil, der nicht die elterliche Sorge oder Obhut ausübt, in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind pflegt, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland der ausländischen Person praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte und das bisherige Verhalten der ausländischen Person in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat (sog. tadelloses Verhalten; BGE 139 I 315 E. 2.2 S. 319 mit Hinweisen). Das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung im Rahmen von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG ist auch dann als erfüllt anzusehen, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach heutigem Massstab üblichen Besuchsrechts (Art. 273 ZGB) ausgeübt wird (BGE 139 I 315 E. 2.4 und 2.5 S. 320 ff.).

2.3.3. Mit Recht hat die Vorinstanz auf das Fehlen wichtiger persönlicher Gründe geschlossen, die einen nachehelichen Härtefall zu begründen vermöchten. Aus Gründen, die den Akten nicht zu entnehmen sind, hat das Eheschutzgericht davon abgesehen, dem Beschwerdeführer ein Besuchsrecht einzuräumen, wenngleich Art. 273 Abs. 1 ZGB vorsieht, dass die Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr haben. Aufgrund von Art. 296 ZPO unterliegen zudem Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten sowohl dem Untersuchungs- als auch dem Offizialgrundsatz. Wenn weder das Eheschutz- noch das Ehescheidungsgericht entsprechende Anordnungen getroffen haben, ist dies eher aussergewöhnlich. Dies könnte zwar auch mit den überholenden Ereignissen - Scheidungsklage kurz nach Eheschutzgesuch - zusammenhängen. Es fällt aber auf, dass der Beschwerdeführer nach der verbindlichen vorinstanzlichen Feststellung auch im Scheidungsverfahren keine vorsorglichen Massnahmen (Art. 276 ZPO) anstrengte, welche ihm ermöglicht hätten, mit der Tochter in Kontakt zu treten (Art. 133 ZGB). Zwischen Anhängigmachen der Scheidungsklage (18. Februar 2013) und
angefochtenem Urteil (18. September 2013) wäre dies durchaus möglich gewesen. Der Beschwerdeführer macht geltend, der im Februar 2013 im Eheschutzverfahren (Art. 176 Abs. 3 i. V. m. Art. 273 ff. ZGB) eingesetzte "Kinderanwalt" (Art. 299 ZPO) habe davon abgeraten. Dessen Aufgabe besteht von Gesetzes wegen darin, in Vertretung des Kindes u. a. Anträge bezüglich der Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge resp. "wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs" zu stellen (Art. 300 ZPO).

2.3.4. Nach den vorinstanzlichen Feststellungen vermochte der Kinderanwalt unter den Parteien kein Treffen herbeizuführen. Anerkannter Grund dafür war neben der ablehnenden Haltung der Kindsmutter aber auch die Landesabwesenheit des Beschwerdeführers. Aus den gesamten Umständen ist jedenfalls zu schliessen, dass der Kinderanwalt ein Besuchsrecht nicht für angebracht hielt bzw. hält. Es kann denn unter den gegebenen Umständen auch nicht von einem hinreichenden Interesse des Kindes an Kontaktnahme mit seinem Vater gesprochen werden. Aus dem New Yorker Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107; nachfolgend: KRK), insbesondere aus Art. 9 Abs. 3 KRK, kann der Beschwerdeführer nichts anderes zu seinen Gunsten ableiten; die entsprechenden Garantien sind der Praxis zufolge ohnehin nicht self-executing und justiziabel (Urteil 2C 125/2014 vom 12. Februar 2014 E. 4.2; BGE 135 I 153 E. 2.2.2 S. 156 f.; 126 II 377 E. 5d S. 391 f.).

2.3.5. Schliesslich ist landesrechtlich folgendes von Bedeutung: Selbst in Fällen, in welchen der Elternteil über ein Besuchsrecht verfügt, gilt die ständige Anwesenheit in der Schweiz zur Wahrnehmung und Aufrechterhaltung des Kontakts praxisgemäss nicht in jedem Fall als unerlässlich (Urteil 2C 652/2013 vom 17. Dezember 2013 E. 3.2, zur Publikation vorgesehen; BGE 139 I 315 E. 2.2 S. 319). Besteht - wie vorliegend - kein Besuchsrecht und fehlt es an einer irgendwie gearteten Beziehung, ist eine ständige Anwesenheit umso weniger geboten. Bundesrechtskonform hat die Vorinstanz die Existenz wichtiger persönlicher Gründe im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG verworfen. Landesrechtlich ergibt sich kein Anspruch auf (erneute) Erteilung der Aufenthaltsbewilligung.

2.4.

2.4.1. Ein Elternteil kann sich im Verhältnis zu seinen minderjährigen Kindern auch auf Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK berufen (BGE 136 II 177 E. 1.2 S. 180). Aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK folgt indes kein unumstössliches Recht auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat, sodass dieser verpflichtet wäre, ausländischen Personen die Einreise, die Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung vorbehaltlos zu gewähren (Urteil 2C 652/2013 vom 17. Dezember 2013 E. 3.1, zur Publikation

vorgesehen; BGE 137 I 247 E. 4.1 S. 249; 137 I 284 E. 2.1 S. 288; Urteile des EGMR Vasquez gegen Schweiz vom 26. November 2013 [1785/08] § 36; Hasanbasic gegen Schweiz vom 11. Juni 2013 [52166/09] § 46; Gezginci gegen Schweiz vom 9. Dezember 2010[16327/05], § 54 ff.). In diesem Sinne schliesst Art. 8 Ziff. 1 EMRK nicht aus, dass die Konventionsstaaten die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet eigenständig regeln und den Aufenthalt ausländischer Personen unter Beachtung überwiegender Interessen des Familien- und Privatlebens auch wieder beenden (BGE 138 I 246 E. 3.2.1 S. 250; 137 I 247 E. 4.1.1 S. 249; Urteil 2C 718/2013 vom 27. Februar 2014 E. 2.4.1).

2.4.2. Art. 8 EMRK (unter dem Aspekt des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens) schützt nur das intakte und tatsächlich gelebte Familienleben (BGE 137 I 284 E. 1.3 S. 287; 135 I 143 E. 3.1 S. 148; 122 II 1 E. 1e S. 5). Im Verhältnis zwischen Elternteil und Kind bedingt der Rechtsanspruch aus Art. 8 EMRK eine hinreichend enge Beziehung ("relation étroite et effective"; BGE 120 Ib 1 E. 1d S. 3 f.). Der Elternteil, der sich für das Zusammenleben mit seinen Kindern auf Art. 8 EMRK beruft, muss grundsätzlich über das Sorge- bzw. Obhutsrecht gemäss Art. 296 ff. ZGB verfügen (BGE 137 I 247 E. 4.2.1 und 4.2.2 S. 250 f.; 137 I 284 E. 2.3.1 S. 290), wobei die zivilrechtlichen Verhältnisse für die Ausländerbehörden verbindlich sind. Kann der ausländische Elternteil sich weder auf das Sorge- noch das Obhutsrecht berufen, verlangt die ständige Praxis immerhin eine bestehende intakte faktische Beziehung (BGE 125 II 633 E. 2e S. 639; 120 Ib 1 E. 1d S. 3 f.; 119 Ib 91 E. 1c S. 93). In gleichem Sinne setzt der Familiennachzug im eigentlichen Sinne eine bereits bislang sachgerecht gelebte Eltern-Kind-Beziehung voraus (BGE 137 I 284 E. 2.3.1 S. 290; Nichtzulassungsentscheide der Europäischen Kommission für Menschenrechte Biçilir gegen
Schweiz vom 22. Februar 1995 [23701/94], in: VPB 1995 Nr. 140, und Kusungana gegen Schweiz vom 16. April 1998 [39401/98], in: VPB 1998 Nr. 112).

2.4.3. Im vorliegenden Fall ist die Scheidung noch nicht ausgesprochen. Der Beschwerdeführer hat zwar formell nach wie vor die elterliche Sorge über das Kind. Er hat aber - anders als in der Konstellation gemäss Urteil 2C 652/2013 vom 17. Dezember 2013, zur Publikation vorgesehen - bisher kaum einen persönlichen Kontakt zu seiner mittlerweile dreieinhalb Jahre alten Tochter unterhalten. Er hat sich von der Kindsmutter getrennt, als die Tochter vier Monate alt war, und diese seither erst wenige Male gesehen. Auch unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 13 Abs. 1 BV) kann ein auf die Beziehung zum Kind begründeter Anwesenheitsanspruch nur fortbestehen, wenn u. a. in affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht (BGE 139 I 315 E. 2.2 S. 319). Daran fehlt es hier.

2.4.4. Der Beschwerdeführer ruft in diesem Zusammenhang die Urteile des EGMR Anayo gegen Deutschland vom 21. Dezember 2010 (20578/07; § 57) und Pini und Bertani bzw. Manera und Atripaldi gegen Rumänien vom 22. Juni 2004 (78028/01 / 78030/01; § 143 und 146) an. Diese sind indes nicht einschlägig. Dort ging es nicht um eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung, sondern um zivilrechtliche Fragen des Besuchsrechts des biologischen Vaters bzw. der Adoption. Die Urteile lassen im hier interessierenden ausländerrechtlichen Zusammenhang keinen Rückschluss auf Ansprüche aus potentiellen Beziehungen zu. Die blosse Absicht, eine Beziehung überhaupt erst aufzubauen, vermag keinen ausländerrechtlichen Aufenthaltsanspruch zu begründen (vgl. Urteile 2C 249/2012 vom 7. Dezember 2012 E. 3.7; 2C 1031/2011 vom 22. März 2012 E. 4.2.6).

2.5.

2.5.1. Bundes- (Art. 95 lit. a BGG) und Völkerrecht (Art. 95 lit. b BGG) werden damit durch den angefochtenen Entscheid nicht verletzt. Die Beschwerde ist unbegründet und abzuweisen.

2.5.2. Bei diesem Ausgang sind dem Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens vor Bundesgericht aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 i. V. m. Art. 65 BGG). Der Beschwerdeführer stellt indes das Gesuch um Erteilung des Rechts zur unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung (Art. 64 BGG). Angesichts der zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen musste sich die Beschwerde freilich von vornherein als aussichtslos darstellen, sodass das Gesuch abzuweisen ist. Den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers ist mit einer reduzierten Gerichtsgebühr Rechnung zu tragen. Dem Kanton St. Gallen steht keine Parteientschädigung zu (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

2.1. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.

2.2. Die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens von Fr. 1'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2. Abteilung, 2. Kammer, und dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 7. April 2014

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Kocher