

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00286 vom 19. August 2015**

ZH Verwaltungsgericht, 2015-08-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00286](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00286)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00286 du 19 août 2015

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00286 del 19 agosto 2015

## **Regeste**

Aufenthaltsbewilligung | Verlobte, die nicht Schweizerbürgerinnen oder Schweizerbürger sind, müssen während des Ehevorbereitungsverfahrens ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nachweisen (Art. 98 Abs. 4 ZGB). Diese Bestimmung tangiert das Grundrecht auf Eheschluss und ist deshalb konventions- bzw. verfassungskonform zu handhaben (Art. 12 EMRK und Art. 14 BV). Einer sich unrechtmässig in der Schweiz aufhaltenden ausländischen Person muss ein Aufenthaltstitel zum Zwecke des Eheschlusses nur dann erteilt werden, wenn keine Anhaltspunkte für Rechtsmissbrauch vorliegen und es klar erscheint, dass die betroffene ausländische Person – einmal verheiratet – hier leben dürfen. Umgekehrt kann die Migrationsbehörde einer ausländischen Person die provisorische Aufenthaltsbewilligung verweigern, wenn es insbesondere aufgrund ihrer persönlichen Situation evident ist, dass sie nach der Heirat kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz erhalten wird (E. 2). Vorliegend wird der Beschwerdeführer mit hoher Wahrscheinlichkeit nach dem Eheschluss nicht in der Schweiz verbleiben können. Von offensichtlich erfüllten Zulassungsvoraussetzungen im Sinn von Art. 17 Abs. 2 AuG kann somit nicht gesprochen werden (E. 6). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Abteilung VB.2015.00286 Urteil der 1. Kammer vom 19. August 2015 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiber Martin Tanner. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegnerin, betreffend Aufenthaltsbewilligung, hat sich ergeben: I. Mit Schreiben vom 30. September 2014 wies das Migrationsamt des Kantons Zürich ein Gesuch von A um Duldung seines Aufenthaltes zur Vorbereitung der Heirat ab. Zugleich forderte es ihn auf, unverzüglich nach seiner Haftentlassung die Schweiz zu verlassen. II. Am 30. Oktober 2014 rekurrierte A dagegen an die Sicherheitsdirektion. Mit Rekursentscheid vom 25. März 2015 wies diese das Rechtsmittel ab. III. Am 11. Mai 2015 führte A Beschwerde beim Verwaltungsgericht und stellte folgende Anträge: "1. Es sei der Rekursentscheid [...] vom 25. März 2015 vollumfänglich aufzuheben. 2. Es sei dem Beschwerdeführer eine vorläufige Aufenthaltsbewilligung zwecks Vorbereitung bzw. Eingehung der Ehe mit C zu erteilen;

### **E. 3**

Eventualiter sei die Anwesenheit des Beschwerdeführers zwecks Vorbereitung bzw. Eingehung der Ehe mit C zu dulden; 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8%

MwSt. zulasten der Vorinstanz." Weiter stellte der Beschwerdeführer folgende prozessualen Anträge: "1. Es sei dem Gesuchsteller während der Dauer des Verfahrens der Aufenthalt im Kanton Zürich zu gestatten bzw. sei der Aufenthalt zu dulden und es sei per sofort auf jegliche Vollzugsmassnahmen zu verzichten; 2. Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichneten einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen." Mit Präsidialverfügung vom 13. Mai 2015 wies das Verwaltungsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers ab, ihm während der Dauer des Beschwerdeverfahrens den Aufenthalt im Kanton Zürich zu gestatten bzw. seinen Aufenthalt zu dulden und sofort auf jegliche Vollzugsmassnahmen zu verzichten. Das Migrationsamt verzichtete stillschweigend auf Beschwerdeantwort. Am 21. Mai 2015 teilte die Sicherheitsdirektion mit, dass auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet werde. Die Kammer erwägt: 1. Der Beschwerdeführer macht geltend, er wolle seine Verlobte heiraten und habe deshalb eine Kurzaufenthaltsbewilligung zur Ehevorbereitung beantragt. Zur Wahrnehmung der Eheschliessung sei ein rechtmässiger Aufenthalt notwendig, welcher ihm bis anhin mit Verweis auf seine Delinquenz verwehrt worden sein. Damit verkenne die Vorinstanz, dass das Verfahren auf Eheschliessung grundverschieden sei vom Verfahren, das auf eine längerfristige Aufenthaltsbewilligung abziele. 2. Verlobte, die nicht Schweizerbürgerinnen oder Schweizerbürger sind, müssen während des Ehevorbereitungsverfahrens ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nachweisen (Art. 98 Abs. 4 des Zivilgesetzbuchs [ZGB]). Diese Bestimmung tangiert das Grundrecht auf Eheschluss und ist deshalb konventions- bzw. verfassungskonform zu handhaben (Art. 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK] und Art. 14 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]; Ruth Reusser in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen, Art. 14 N. 17). Das Bundesgericht hat die Voraussetzungen, unter denen die Migrationsbehörde einer sich unrechtmässig in der Schweiz aufhaltenden ausländischen Person einen Aufenthaltstitel zum Zwecke des Eheschlusses erteilen muss, wie folgt umschrieben: Es dürfen keine Anhaltspunkte für Rechtsmissbrauch vorliegen und es muss klar erscheinen, dass die betroffene ausländische Person – einmal verheiratet – hier leben dürfen (BGr, 23. Februar 2012, 2C\_702/2011, E. 4.3). Ist Letzteres der Fall, muss die kantonale Migrationsbehörde dem oder der ausländischen Verlobten den Aufenthalt während des Ehevorbereitungsverfahrens in analoger Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG gestatten. Umgekehrt kann die Migrationsbehörde einer ausländischen Person die provisorische Aufenthaltsbewilligung verweigern, wenn es insbesondere aufgrund ihrer persönlichen Situation evident ist, dass sie nach der Heirat kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz erhalten wird (BGE 137 I 351 E. 3.7 mit Literaturbelegen und Hinweisen auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte; ebenso Reusser, Art. 14 N. 17). Entgegen der Beschwerde trifft es somit nicht zu, dass ein Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zum Zwecke des Eheschlusses grundsätzlich andere Gesichtspunkte massgeblich wären als beim Entscheid über die ordentliche Aufenthaltsbewilligung: Entscheidend ist vielmehr, ob die ausländische Person nach dem Eheschluss mit hoher Wahrscheinlichkeit in der Schweiz verbleiben kann. Somit verbleibt in summarischer Würdigung der Erfolgsaussichten (sog. "Hauptsachenprognose", siehe hierzu VGr, 28. Januar 2015, VB.2014.00688, E. 2.1; Martin Bertschi/Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu §§ 4–31, N. 43) zu prüfen, ob der Beschwerdeführer nach der Heirat alle Voraussetzungen für einen rechtmässigen

Verbleib in der Schweiz erfüllt.

### **E. 3.1**

Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen können unter anderem widerrufen werden, wenn die Ausländerin oder der Ausländer zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde (Art. 62 lit. b in Verbindung mit Art. 63 Abs. 1 lit. a oder Art. 63 Abs. 2 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 [AuG]). Als längerfristig gilt dabei eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr (BGE 135 II 377). Das Gericht D verurteilte den Beschwerdeführer am 13. September 2010 wegen sexueller Nötigung und Schändung zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten, wobei es den bedingt vollziehbaren Teil auf 15 Monate festsetzte. Die vom Beschwerdeführer erwirkte Freiheitsstrafe überschreitet die bundesgerichtliche Einjahresgrenze und ist daher als längerfristig zu qualifizieren. Damit ist der Widerrufsgrund von Art. 62 lit. b, Art. 63 Abs. 1 lit. a bzw. Art. 63 Abs. 2 AuG erfüllt.

### **E. 3.2**

Auch wenn Widerrufsgründe im Sinn von Art. 62 f. AuG gegeben sind, führt dies nicht automatisch zum Verlust der Bewilligung (Marc Spescha in: derselbe et al., Migrationsrecht, 3. A., Zürich 2012, Art. 62 AuG N. 2). Zu prüfen ist vielmehr, ob der Widerruf oder die Nichtgewährung einer Bewilligung verhältnismässig erscheint. Dabei sind das öffentliche Interesse an der Fernhaltung der ausländischen Person und deren Interesse sowie das ihrer Familie am Verbleib in der Schweiz gegeneinander abzuwägen (BGE 135 II 377 E. 4.3 ff.; Silvia Hunziker in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 63 N. 10).

### **E. 3.3**

Die zuständigen Behörden haben alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Unter Einbezug der öffentlichen Interessen, der persönlichen Verhältnisse sowie des Grads der Integration des Ausländers ist eine sorgfältige Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei gilt es namentlich der Schwere des Verschuldens, der Dauer der Anwesenheit sowie der dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile Rechnung zu tragen (vgl. Art. 96 Abs. 1 AuG; BGr, 23. Juli 2012, 2C\_1026/2011, E. 3; Hunziker, Art. 62 N. 8). Je länger ein Ausländer in der Schweiz anwesend war, desto strengere Anforderungen sind an einen Widerruf zu stellen. Doch selbst bei einem Ausländer, der bereits hier geboren ist und sein ganzes bisheriges Leben in der Schweiz verbracht hat (Ausländer der "zweiten Generation"), ist ein Widerruf möglich (BGE 122 II 433 E. 2 f., 125 II 521 E. 2b, 122 II 433, 130 II 176 E. 4.4.2 mit Hinweisen). Ist eine Massnahme begründet, aber den Umständen nicht angemessen, kann der Ausländer nach Art. 96 Abs. 2 AuG verwarnet werden (BGr, 16. September 2010, 2C\_318/2010, E. 3.1).

### **E. 4.1**

Hinsichtlich der Interessenabwägung kann auf die Erwägungen der Vorinstanz sowie des verwaltungsgerichtlichen Urteils vom 8. Februar 2012 verwiesen werden (§ 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ergänzend ist Folgendes festzuhalten: Ausgangspunkt für die migrationsrechtliche Interessenabwägung ist das Verschulden des Ausländers, das im Strafmass seinen Ausdruck findet. Der strafrechtliche Resozialisierungsgedanke und die Prognose über das Wohlverhalten sind dabei von geringerer Relevanz, da aus migrationsrechtlicher Sicht das

Interesse an der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Vordergrund steht (Hunziker, Art. 63 N. 11 mit zahlreichen Nachweisen).

#### **E. 4.2**

Wie oben dargelegt wurde der Beschwerdeführer wegen Schändung und sexueller Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten verurteilt. Aufgrund dieses Strafmasses ist von einem beträchtlichen Verschulden auszugehen. Da es sich zudem bei der sexuellen Integrität um ein besonders schützenswertes Rechtsgut geht, besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der Verhinderung weiterer solcher Straftaten. In diesem Sinn muss bei Sexualstraftätern selbst ein geringes Rückfallrisiko nicht in Kauf genommen werden (vgl. BGr, 16. September 2010, 2C\_331/2010, E. 3.4.2). Abgesehen davon ist die Frage nach der Rückfallgefahr ohnehin nicht von ausschlaggebender Bedeutung: Ausserhalb des Geltungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999 darf die Migrationsbehörde beim Wegweisungsentscheid auch generalpräventiven Überlegungen Rechnung tragen (BGr, 20. November 2014, 2C\_229/2014, E. 2.2).

#### **E. 5.1**

In die Interessenabwägung einzubeziehen ist sodann die Dauer der Anwesenheit des wegzuweisenden Ausländers in der Schweiz. Mit zunehmender Anwesenheitsdauer in der Schweiz sind höhere Anforderungen an den Widerruf zu stellen. Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, in welchem Alter die ausländische Person in die Schweiz eingereist war. Ein Widerruf ist eher zulässig, wenn sich die ausländische Person schlecht integriert hat und hauptsächlich mit Landsleuten verkehrt (Hunziker, Art. 63 N. 13 mit Nachweisen).

#### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer wurde in Tunesien geboren und ist dort bis zum Alter von 10½ Jahren aufgewachsen. Anschliessend reiste er in die Schweiz ein, wo er sich seit 1994 aufhält. In den Akten finden sich keine Anhaltspunkte, welche auf eine erfolgreiche Integration in der Schweiz hindeuten würden. Im Jahr 2007 wurde er wegen diverser Strassenverkehrsdelikte zu einer Gesamtstrafe von 360 Stunden gemeinnütziger Arbeit verurteilt. Zudem dokumentiert ein Betreibungsregistrauszug aus dem Jahr 2008 offene Verlustscheine im Gesamtbetrag von Fr. 14'814.35. Ob diese Schulden in der Zwischenzeit beglichen worden sind, geht aus den Akten nicht hervor. Der Beschwerdeführer ist Vater eines aus einer früheren Beziehung stammenden Sohnes namens Z, geboren 2010. Wie die Kindsmutter im März 2011 gegenüber der Beschwerdegegnerin betonte, unterhält der Beschwerdeführer zu diesem Kind keine Beziehung und leistet auch keine Unterhaltsbeiträge. Am 21. Juli 2014 gab der Beschwerdeführer gegenüber der Stadtpolizei Zürich zu Protokoll, dass er für dieses Kind keine Alimente bezahle; er habe Z im Jahr 2012 das letzte Mal gesehen.

#### **E. 5.3**

Aus der Beziehung mit seiner jetzigen Lebenspartnerin C ging am 8. März 2014 der Sohn F hervor. Der Beschwerdeführer pflegt zu diesen beiden Personen eine intakte emotionale Beziehung. Er beabsichtigt C zu heiraten und mit ihr eine Familie zu gründen. Allerdings fehlen auch hier Anhaltspunkte dafür, dass er sich finanziell am Unterhalt seines Sohnes F beteilige. Von einer auch in wirtschaftlicher Hinsicht engen Vater-Sohn-Beziehung kann somit nicht gesprochen werden.

#### **E. 5.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer trotz seiner 22-jährigen Anwesenheit nur ungenügend integriert erscheint. Vor diesem Hintergrund lassen keine gesamtwirtschaftlichen Interessen seinen Verbleib in der Schweiz geboten erscheinen.

#### **E. 5.5**

Der Beschwerdeführer spricht unter anderem Arabisch und Französisch und wird sich damit in seiner Heimat gut verständigen können. Er ist zudem erst 32 Jahre alt und gesund. Unter diesen Umständen wird es ihm – trotz angeblich fehlender Verwandter in Tunesien – nicht übermässig schwer fallen, dort eine neue Existenz aufzubauen.

#### **E. 6**

Angesichts des vom Beschwerdeführer verübten schweren Sexualdelikts ist nicht zu erwarten, dass mit einer Verwarnung den öffentlichen Sicherheitsinteressen genügend Rechnung getragen werden kann. Zudem wurde der Beschwerdeführer bereits einmal, nämlich am 4. Mai 2007, migrationsrechtlich verwarnt, ohne dass ihn dies in der Folge von der Begehung weiterer Straftaten abgehalten hätte. Eine Trennung des Beschwerdeführers von seiner Lebenspartnerin C und seinem Sohn F muss angesichts der von ihm ausgehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit hingenommen werden. Er kann den Kontakt zu diesen beiden Personen mittels (Video-)Telefonaten, Brief-, E-Mail-Verkehr oder anderer Formen der elektronischen Kommunikation aufrechterhalten. Angesichts der mittlerweile günstig gewordenen Flugtarife nach Tunesien stünde auch gelegentlichen Besuchen nichts im Weg. Wegweisungshindernisse im Sinn von Art. 83 Abs. 1–4 AuG sind nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer wird somit bei vorläufiger Würdigung der Umstände mit grosser Wahrscheinlichkeit auch bei einem Eheschluss nicht in der Schweiz verbleiben können. Von offensichtlich erfüllten Zulassungsvoraussetzungen im Sinn des analog anwendbaren Art. 17 Abs. 2 AuG kann nicht gesprochen werden. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

#### **E. 7**

Schliesslich ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes erfüllt sind. Gemäss § 70 in Verbindung mit § 16 Abs. 1 VRG ist Privaten, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint, auf entsprechendes Ersuchen hin die Bezahlung von Verfahrenskosten und Kostenvorschüssen zu erlassen. Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Aussichten auf Gutheissung um derart viel kleiner als jene auf Abweisung erscheinen, dass sie 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). Bereits die Vorinstanzen haben detailliert aufgezeigt, weshalb der Beschwerdeführer kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz hat. Angesichts seiner erheblichen Delinquenz durfte er sich kaum Chancen auf ein Obsiegen im vorliegenden Verfahren ausrechnen. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand ist daher abzuweisen.

#### **E. 8**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen; eine Parteientschädigung kann nicht zugesprochen werden (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13

Abs. 2 Satz 1 und § 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 9**

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.