

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00672 vom 3. Oktober 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-10-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2017.00672](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00672)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00672 du 3 octobre 2017

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00672 del 3 ottobre 2017

## Regeste

Wegweisung (aufschiebende Wirkung) Wiederaufnahme VB.2017.00064 | Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung Im Rekurs gegen die Wegweisungsverfügung verlangte die Beschwerdeführerin die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 64 Abs. 3 Satz 2 AuG). Die Vorinstanz wies das Gesuch ab. Wiederaufnahme von VB.2017.00064 nach Gutheissung durch Bundesgericht. Voraussetzungen für die Anfechtung eines Zwischenentscheids vor Verwaltungsgericht (E. 1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist beim Entscheid über die Belassung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung bzw. über deren Wiederherstellung eine Interessenabwägung vorzunehmen. Abzuwägen sind die Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen bzw. diejenigen, die gegen eine solche sprechen (E. 2.1). Die Beschwerdeführerin hat nach Ergehen der Wegweisungsverfügung einen schweizerisch-französischen Doppelbürger geheiratet und ein Gesuch um Aufenthaltsbewilligung im Kt. Genf gestellt. Als ausländische Ehegattin eines Schweizer hat sie Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit ihm zusammenwohnt. Prima-facie ergeben sich auch keine Anhaltspunkte für eine Scheinehe; Widerrufsgründe ergeben sich nicht aus den Akten. Der durch die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung verursachte Eingriff in ihr Recht auf Ehe wöge schwer, wenn sie das im Kt. Zürich hängige Rekursverfahren im Ausland abwarten müsste. Das private Interesse überwiegt das öffentliche Interesse an der Vollstreckung der Wegweisung während des Rekursverfahrens (E. 2.2). Neuverlegung der Kosten des Verfahrens VB.2017.00064 (E. 3.2). Gutheissung und Rückweisung zur materiellen Behandlung.

## Erwägungen

### E. 2

Die Beschwerdeführerin besitzt keine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz, weshalb gegen sie eine ordentliche Wegweisungsverfügung (Art. 64 Abs. 1 lit. a AuG) erlassen wurde. Gemäss Art. 64 Abs. 3 Satz 2 AuG kommt der Beschwerde gegen die Wegweisungsverfügung keine aufschiebende Wirkung zu; die Beschwerdeinstanz kann indessen innerhalb von 10 Tagen über deren Wiederherstellung entscheiden.

### E. 2.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist beim Entscheid über die Belassung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung bzw. über deren Wiederherstellung eine Interessenabwägung vorzunehmen (vgl. BGr, 14. November 2016, 2C\_819/2016, E. 2.2 auch zum Folgenden). Abzuwägen sind die Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen gegenüber denjenigen, die gegen eine solche sprechen. Es ist

folglich abzuwägen, ob dem Staat bzw. der beschwerdeführenden Partei der durch den Schwebestand verursachte Nachteil am ehesten zugemutet werden kann; dabei sind die Schwere des drohenden Nachteils wie auch die Wahrscheinlichkeit seines Eintretens zu würdigen und es ist auch die voraussichtliche Dauer des Schwebestands zu berücksichtigen. Je schwerer der Eingriff für die beschwerdeführende Partei ist, umso eher liegen Gründe für die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vor. Das Ergebnis des Hauptverfahrens soll nicht verunmöglicht werden.

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin hat am 19. Juli 2017 den schweizerisch-französischen Doppelbürger E (geboren 1947) geheiratet. Als ausländische Ehegattin eines Schweizerers hat sie grundsätzlich Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesem zusammenwohnt (Art. 42 Abs. 1 AuG). Der Anspruch steht unter dem Vorbehalt, dass er nicht rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wird, namentlich um Vorschriften des Ausländergesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt zum umgehen (Art. 51 Abs. 1 lit. a AuG) und dass keine Widerrufsgründe nach Art. 63 AuG (Art. 51 Abs. 1 lit. b AuG) vorliegen. Aus den Akten ergeben sich prima-facie indessen keine Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Scheinehe: Bereits in der polizeilichen Befragung vom 11. November 2016 gab die Beschwerdeführerin an, mit E eine kurze Beziehung geführt zu haben. Sie habe ihn in der Schweiz in einer Kirche kennengelernt. Auf die Frage, ob sie gewillt sei, in ihr Heimatland zurückzukehren, antwortete sie "Ja, sicher, sofort." Aus ihrer Sicht sprächen denn auch keine zwingenden Gründe gegen eine Rückführung ins Heimatland. Dies erscheint glaubhaft, zumal die Beschwerdeführerin anlässlich ihrer versuchten Ausreise aus der Schweiz polizeilich festgehalten wurde. Auch sind keine Widerrufsgründe nach Art. 63 AuG ersichtlich. Da der Ehegatte auch über die französische Staatsbürgerschaft verfügt, kann sich die Beschwerdeführerin zudem auf die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens (FZA) berufen. Es besteht somit ein gewichtiges Interesse der Beschwerdeführerin, das Verfahren in der Schweiz, wo ihr Ehemann lebt, abzuwarten. Das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Kanton Genf ist bereits seit 11 Monaten pendent. Gemäss Angaben der Beschwerdeführerin habe das Office de la population et des migrations du Canton de Genève auf telefonische Nachfrage mitgeteilt, die Amtsstelle sei zurzeit überlastet, weshalb die Verfahrensdauer länger sei. Somit ist nicht in absehbarer Zeit damit zu rechnen, dass über das Gesuch der Beschwerdeführerin entschieden wird. Der durch Verweigerung der aufschiebenden Wirkung verursachte Eingriff in ihr Recht auf Ehe (Art. 14 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV] bzw. Art. 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK]) wäge schwer, wenn sie das im Kanton Zürich hängige Rekursverfahren im Ausland abwarten müsste. Kommt hinzu, dass das gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot durch das Staatssekretariat für Migration (SEM) am 28. August 2017 aufgehoben wurde. Das private Interesse der Beschwerdeführerin überwiegt damit das öffentliche Interesse an der Vollstreckung der Wegweisung während der Dauer des Rekursverfahrens. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die Rekursabteilung wird angewiesen, die aufschiebende Wirkung des Rekurses wiederherzustellen. Die Sache wird zur materiellen Behandlung der Wegweisungsverfügung an die Rekursabteilung zurückgewiesen. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigen sich weitere Ausführungen im Zusammenhang mit einer allfälligen Verletzung des rechtlichen Gehörs.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin obsiegt im Verfahren VB.2017.00672 vor Verwaltungsgericht, weshalb die Kosten des Beschwerdeverfahrens ausgangsgemäss dem Beschwerdegegner aufzuerlegen sind (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Desgleichen hat der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

### **E. 3.2**

Ferner hätte das Verwaltungsgericht aufgrund der bindenden bundesgerichtlichen Auffassung von Beginn weg auf die Beschwerde von A vom 30. Januar 2017 eintreten müssen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens VB.2017.00064 sind daher dem Migrationsamt als Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Parteientschädigungen sind für jenes Verfahren nicht zuzusprechen.

### **E. 4**

Der vorliegende Zwischenentscheid betreffend aufschiebende Wirkung betrifft in der Hauptsache die Zulässigkeit der Wegweisungsverfügung. Gegen Wegweisungsverfügungen steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht nicht zur Verfügung (Art. 83 lit. c Abs. 4 BGG; vgl. auch BGr, 14. November 2016, 2C\_819/2016, E. 1; BGr, 3. Oktober 2017, 2D\_9/2017, E. 1.3). Soweit die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG erfüllt sind, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 BGG) an das Bundesgericht erhoben werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.