

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00523 vom 5. Dezember 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-12-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00523

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00523 du 5 décembre 2018

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00523 del 5 dicembre 2018

Regeste

Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat | [Die Beschwerdeführerin ersuchte nach rechtskräftiger Wegweisung noch während laufender Ausreisefrist um Duldung weiteren Aufenthalts, um sich vom Ehemann scheiden lassen und ihren neuen Partner (einen Schweizer) heiraten zu können. Noch während der Rekursfrist wurde die Ehe geschieden und beim Zivilstandsamt der Stadt Zürich ein Ehevorbereitungsverfahren eingeleitet.] Im Allgemeinen wird der vorübergehende Aufenthalt mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung geregelt; für eine bloss "Duldung" zur Vorbereitung des Eheschlusses – wie sie von der Beschwerdeführerin beantragt wird – besteht demgegenüber nur dann bzw. solange Raum, wenn bzw. als (noch) keine formelle ausländerrechtliche Bewilligung erteilt werden kann, so etwa zur Regelung des prozeduralen Aufenthalts während der Hängigkeit eines Gesuchs um Kurzaufenthaltsbewilligung oder nach Ablauf der zulässigen Maximaldauer einer solchen (E. 3.2). Vor Vorinstanz war demnach überhaupt nicht näher zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin "der weitere Aufenthalt [...] zum Zweck der Eheschliessung zu gestatten sei", da eine "Duldung" von vornherein ausser Betracht fiel und die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung nicht vom Streitgegenstand erfasst war (E. 3.4). Abweisung.

Erwägungen

E. 4

Abteilung VB.2018.00523 Urteil der 4. Kammer vom 5. Dezember 2018 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Tamara Nüssle, Verwaltungsrichter André Moser, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Duldung des Aufenthalts während des Ehevorbereitungsverfahrens, hat sich ergeben: I. A. A eine 1983 geborene Ausländerin, reiste Mitte Juni 2016 in die Schweiz ein und heiratete einen hier niedergelassenen Landsmann. In der Folge erteilte ihr das Migrationsamt des Kantons Zürich eine bis zum 28. Juni 2017 gültige Aufenthaltsbewilligung. Die eheliche Gemeinschaft wurde keine zwei Monate gelebt, weshalb das Migrationsamt die Aufenthaltsbewilligung von A mit Verfügung vom 13. Juni 2017 nicht mehr verlängerte und sie aus der Schweiz wegwies. Die Sicherheitsdirektion lehnte einen hiergegen erhobenen Rekurs vom 14. Juli 2017 mit Entscheid vom 6. Februar 2018 ab und setzte A eine Frist bis 6. Mai 2018 zum Verlassen der Schweiz. Der Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft. B. Am 23. April 2018 ersuchte A das Migrationsamt um Duldung ihrer Anwesenheit "auch über die Ausreisefrist hinaus", da sie "seit einiger Zeit in einer Beziehung mit einem Schweizer" stehe und beabsichtige, diesen zu heiraten; zudem wünsche sie an der Verhandlung betreffend die –

gerade erst eingeleitete – Scheidung ihrer Ehe teilzunehmen. Mit Verfügung vom Folgetag wies das Migrationsamt dieses Gesuch unter Hinweis darauf ab, dass A derzeit noch nicht geschieden sei, das heisst ein Ehehindernis vorliege, und sie bei der anstehenden Scheidungsverhandlung nicht persönlich anwesend zu sein brauche. II. Hiergegen liess A – inzwischen rechtskräftig geschieden – am 28. Mai 2018 bei der Sicherheitsdirektion rekurrieren, welche das Rechtsmittel mit Entscheid vom 15. August 2018 in der Hauptsache abwies und A eine neue Ausreisefrist bis 21. September 2018 ansetzte. Zuvor hatte A der Sicherheitsdirektion noch mit Schreiben vom 22. Juni 2018 die Bestätigung eines Zivilstandsamts im Kanton Zürich einreichen lassen, aus der hervorgeht, dass sie und D, ein 1963 geborener Schweizer, das Ehevorbereitungsverfahren eingeleitet hätten, dieses aber trotz erfolgreicher Aktenprüfung (wegen fehlender Aufenthaltsbewilligung der Braut) nicht habe abgeschlossen werden können. III. Am 30. August 2018 liess A Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben und beantragen, unter Entschädigungsfolge sei der Rekursentscheid aufzuheben und das Migrationsamt anzuweisen, ihren Aufenthalt zwecks Vorbereitung der Heirat zu dulden, eventualiter die Sache zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung an dieses zurückzuweisen. Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 12./14. September 2018 auf eine Vernehmlassung; das Migrationsamt reichte keine Beschwerdeantwort ein. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen erstinstanzliche Rekursentscheide einer Direktion über Anordnungen eines Amtes etwa betreffend das Aufenthaltsrecht nach § 41 in Verbindung mit §§ 19 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 Satz 1, 19a, 19b Abs. 1 und Abs. 2 lit. b Ziff. 1 sowie §§ 42–44 e contrario des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) zuständig. Weil auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine Verletzung ihrer Verfahrensrechte, weil die Vorinstanz den Rekursentscheid auf eine neue – von derjenigen des Beschwerdegegners abweichende – Begründung stütze. 2.1 Den Parteien des Rekursverfahrens kommt grundsätzlich kein Anspruch darauf zu, zur rechtlichen Würdigung oder zur juristischen Begründung des Entscheids angehört zu werden. Indessen ist das rechtliche Gehör zumindest der dadurch beschwerten Partei dann zu gewähren, wenn die Rekursinstanz von sich aus beabsichtigt, ihrem Entscheid neu eingetretene oder bisher ausser Acht gelassene Tatsachen zugrundezulegen, oder wenn sie gestützt auf einen von keiner Partei angerufenen Rechtsgrund entscheiden will, dessen Heranziehung von den Beteiligten nicht vorausgesehen werden konnte (vgl. BGr, 26. Oktober 2016, 8C_529/2016, E. 4.2.2 mit Hinweisen; Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [VRG-Kommentar], § 20a N. 21 mit Hinweisen; Alain Griffel, VRG-Kommentar, § 26b N. 29). Das aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) fliessende Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur; ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst führt die Verletzung des rechtlichen Gehörs daher grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 135 I 187 E. 2.2, 132 V 387 E. 5.1, 127 V 431 E. 3d/aa). Ausnahmsweise kann eine Gehörsverletzung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allerdings geheilt werden, was zur Konsequenz hat, dass sie folgenlos bleibt. Dies ist der Fall, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer oberen Instanz zu äussern, die in Bezug auf die strittige Frage über eine gleich weite Kognition verfügt wie die untere Instanz, sodass sie eine Prüfung in gleichem Umfang vornehmen kann. Unter dieser Voraussetzung ist selbst bei einer schweren Verletzung von einer Rückweisung der Sache zur Verfahrensfehlerbehebung

abzusehen, wenn dies lediglich einen formalistischen Leerlauf darstellte und zu einer unnötigen Verfahrensverlängerung führte (zum Ganzen Griffel, § 8 N. 38; ferner BGr, 16. Februar 2017, 4A_453/2016, E. 4.2.1 ff.). 2.2 Nachdem die Ehe der Beschwerdeführerin noch während der Rekursfrist geschieden worden war und jene kurz darauf mit ihrem Schweizer Partner bei einem Zürcher Zivilstandsamt ein Ehevorbereitungsverfahren eingeleitet hatte, begründet die Vorinstanz ihren Entscheid – in Abweichung von der Ausgangsverfügung – nicht mehr mit dem Vorliegen des Eehindernisses einer bestehenden Ehe, sondern (allein) damit, dass "zumindest" die Beschwerdeführerin beabsichtigen dürfte, eine Scheinehe einzugehen, weshalb kein Raum für eine Verlängerung ihrer hiesigen Duldung bestehe. Zu ihrer aktuellen Beziehung bzw. zum Scheinehevorwurf und den angeführten Indizien wurde die Beschwerdeführerin dabei vorgängig nicht angehört; sie sah sich vielmehr erstmals mit Eröffnung des Rekursentscheids damit konfrontiert. Mit diesem Vorgehen hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Diese vermochte indes mit der Beschwerde nachträglich ihre Sicht der Dinge darzulegen und sich zudem eingehend zur Begründung des vorinstanzlichen Entscheids zu äussern, weshalb die Gehörsverletzung als geheilt zu betrachten und von einer Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz Abstand zu nehmen ist (vgl. VGr, 20. November 2013, VB.2013.00362, E. 3.4). Dies gilt umso mehr, als Letztere – wie sich sogleich zeigt – den Rekurs der Beschwerdeführerin bereits aus einem anderen Grund hätte abweisen müssen, womit eine Rückweisung einem formalistischen Leerlauf gleichkäme, der angesichts der bisherigen Dauer des Verfahrens und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit dem Beschleunigungsgebot widerspräche. Der Gehörsverletzung ist aber immerhin im Rahmen der Nebenfolgenregelung Rechnung zu tragen, indem die Kosten nach dem Verursacherprinzip teilweise der Vorinstanz auferlegt werden (§ 13 Abs. 2 Satz 2 VRG; BGr, 24. Juli 2014, 1C_41/2014, E. 7.3 mit Hinweisen).

3. 3.1 Nach Art. 98 Abs. 4 des Zivilgesetzbuchs (SR 210) müssen Verlobte, die nicht Schweizerbürgerinnen oder Schweizerbürger sind, während des Ehevorbereitungsverfahrens ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nachweisen, ansonsten die Zivilstandsbeamtinnen und -beamten die Trauung nicht vollziehen dürfen (vgl. auch Art. 64 Abs. 2 und Art. 66 Abs. 2 lit. e der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 [SR 211.112.2]; BGE 137 I 351 E. 3.7). Folgte man (allein) dem Wortlaut dieser Bestimmung, wäre es illegal anwesenden Personen oder Personen mit abgelaufener Ausreisefrist – wie der Beschwerdeführerin – grundsätzlich verwehrt, in der Schweiz eine Ehe einzugehen, was sich mit dem in Art. 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101) bzw. Art. 14 BV gewährleisteten Recht auf Ehe nicht vereinbaren liesse. Nachdem der (Zivil-)Gesetzgeber den Zivilstandsbeamtinnen und -beamten keinerlei Spielraum belässt – diese die Trauung also verweigern müssen, wenn eine ausländische Person um die Eheschliessung ersucht, ohne ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nachgewiesen zu haben (BGE 137 I 351 E. 3.7) –, ist dem Erfordernis des rechtmässigen Aufenthalts deshalb anderweitig zu genügen und sind die Migrationsbehörden gehalten, einer illegal anwesenden heiratswilligen Person eine (vorübergehende) Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat ("un titre de séjour en vue du mariage") zu erteilen, sofern keine Hinweise vorliegen, dass sie mit ihrem Vorhaben die Vorschriften über den Familiennachzug umgehen will, und feststeht, dass sie nach der Heirat die Zulassungsvoraussetzungen in der Schweiz offensichtlich erfüllt (zum Ganzen VGr, 25. Juli 2018, VB.2018.00286, E. 3.1 mit Hinweisen; ferner BGE 139 I 37 E. 3.5.2, 138 I 41 E. 4, 137 I 351 E. 3.7). Ist die baldige Heirat indes aus anderen als ausländerrechtlichen Gründen

nicht absehbar, vermag die Erteilung eines Aufenthaltsrechts daran nichts zu ändern. In solchen Fällen besteht erst dann ein Anspruch auf Legalisierung des Aufenthalts, wenn andere Ehehindernisse beseitigt sind bzw. deren Beseitigung absehbar ist (VGr, 20. Dezember 2017, VB.2017.00608, E. 3.2) . 3.2 Im Allgemeinen wird der vorübergehende Aufenthalt mit einer Kurzaufenthaltsbewilligung (vgl. Art. 32 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 [AuG, SR 142.20]) geregelt (Ziff. 6.14.2.2 und 5.6.6 "Weisungen und Erläuterungen Ausländerbereich" des Staatssekretariats für Migration, Bern 2013, Stand 1. Juli 2018 [www.sem.admin.ch > Publikationen & Service > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich]). Diese Bewilligungsart ermöglicht befristete Aufenthalte bis zu einem Jahr und wird für bestimmte Aufenthaltsw Zwecke erteilt, welche unterschiedlich(st)er Art sein können, etwa kurzfristige Erwerbstätigkeiten wie Praktika oder Au-pair-Anstellungen, Weiterbildungen oder eben auch das Durchlaufen eines Ehevorbereitungsverfahrens (vgl. auch BGE 139 I 37 E. 3.5.2; ferner Weisungen Nr. 10.11.01.02 "Ehen und eingetragene Partnerschaften ausländischer Staatsangehöriger: Nachweis des rechtmässigen Aufenthaltes und Meldung an die Ausländerbehörden" vom 1. Januar 2011 [Stand: 1. Februar 2014] des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen, abrufbar unter www.bj.admin.ch > Gesellschaft > Zivilstandswesen > Weisungen). Für eine bloss "Duldung" zur Vorbereitung des Eheschlusses – wie sie von der Beschwerdeführerin beantragt wird – besteht demgegenüber nur dann bzw. solange Raum, wenn bzw. als (noch) keine formelle ausländerrechtliche Bewilligung erteilt werden kann, so etwa zur Regelung des prozeduralen Aufenthalts während der Hängigkeit eines Gesuchs um Kurzaufenthaltsbewilligung oder nach Ablauf der zulässigen Maximaldauer einer solchen. Die Figur der "Duldung" findet sich – von der Gestattung des prozeduralen Aufenthalts nach Art. 17 Abs. 2 AuG einmal abgesehen – im Ausländergesetz nicht näher geregelt, sie ist vielmehr Ausfluss des allgemeinen Verhältnismässigkeitsprinzips und wird jeweils im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens der Ausländerbehörde auf Zusehen hin erteilt (Ermessensduldung bzw. Duldung aus humanitären Gründen). 3.3 Die Beschwerdeführerin ersuchte den Beschwerdegegner am 23. April 2018 während laufender Ausreisefrist und unter selbigem Betreff um Duldung ihres weiteren Aufenthalts, damit sie persönlich am eben erst anhängig gemachten Scheidungsverfahren teilnehmen könne und während des anschliessenden Ehevorbereitungsverfahrens nicht ausreisen müsse. Im damaligen Zeitpunkt stand die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung des Eheschlusses noch ausser Frage, da – wie der Beschwerdegegner zutreffend feststellte – mit der bestehenden Ehe ein (zivilrechtliches) Ehehindernis bestand und noch kein Ehevorbereitungsverfahren eingeleitet werden können. Anders präsentierte sich die Ausgangslage bei Rekurerhebung: Seit Anfang Mai 2018 von ihrem früheren Ehemann geschieden, hatte die Beschwerdeführerin inzwischen gemeinsam mit D das Ehevorbereitungsverfahren eingeleitet, zu dessen Abschluss ihnen nur noch der Nachweis des rechtmässigen Aufenthalts der Beschwerdeführerin fehlte. Damit erschien die bloss Gestattung bzw. Duldung ihres weiteren (noch auf der früheren Ehe beruhenden) Aufenthalts bis zur Eheschliessung – ohne dass parallel ein ordentliches Bewilligungsverfahren hängig gewesen wäre – zu diesem Zeitpunkt nicht länger zulässig bzw. systemwidrig. Statt (allein) an ihrem Gesuch um Aufenthaltsduldung festzuhalten, hätte die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin mithin mit dem Wegfall des Ehehindernisses der bestehenden Ehe bei der zuständigen Migrationsbehörde um eine Kurzaufenthaltsbewilligung zum Zweck der Heirat nachsuchen müssen. 3.4 Vor Vorinstanz war demnach überhaupt nicht näher zu

prüfen, ob der Beschwerdeführerin "der weitere Aufenthalt [...] zum Zweck der Eheschliessung zu gestatten sei", da eine "Duldung" von vornherein ausser Betracht fiel und die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung nicht vom Streitgegenstand erfasst war (vgl. Donatsch, § 20a N. 10 und 17 sowie § 52 N. 19; VGr, 20. Dezember 2017, VB.2017.00608, E. 1.2). Über die Erteilung einer solchen (formellen) Bewilligung wird zunächst die zuständige Migrationsbehörde zu befinden haben – gesetzt den Fall, die Beschwerdeführerin reicht ein entsprechendes Gesuch ein. Die Behörde wird sich diesfalls auch mit dem von der Vorinstanz geäusserten Scheinehevorwurf auseinanderzusetzen haben. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass hier zwar verschiedene Indizien vorliegen, welche für eine Scheinehe sprechen; allerdings ergeben sich aus den Akten auch einige Indizien für eine tatsächlich gelebte Beziehung. So wies die Beschwerdeführerin etwa – was die Vorinstanz unberücksichtigt liess – bereits in ihrem Rekurs vom 14. Juli 2017 darauf hin, (wieder) in einer ernsthaften und gefestigten Beziehung mit einem Schweizer zu leben. Folgt man der Beschwerde sowie den dieser beiliegenden Bestätigungsschreiben, sind die Beschwerdeführerin und D denn auch bereits seit Frühling 2017 ein Paar. Kennengelernt haben wollen sie sich im November 2016 am Geburtstag der Schwester der Beschwerdeführerin in Z im Kanton X, wo sich Letztere gemäss den Akten nach ihrer Trennung überwiegend aufhielt und wo sich auch der zivilrechtliche Wohnsitz von D befindet. Nachdem der Beschwerdeführerin im Februar 2017 der Kantonswechsel verweigert worden war, ist sie immer noch im Kanton Zürich gemeldet; laut D wohnen er und die Beschwerdeführerin jedoch "seit ein paar Monaten den grössten Teil" zusammen. Beide gehen bzw. gingen zudem einer Erwerbstätigkeit im Kanton X nach, weshalb – so D weiter – hinter ihren Heiratsplänen keine finanziellen Absichten steckten. Wollte man der Beschwerdeführerin rechtsmissbräuchliches Verhalten vorwerfen, wäre der Verdacht der Scheinehe daher vorab – unter Wahrung ihres Gehörsanspruchs – näher abzuklären. Da es nicht mehr um die Verlängerung einer bisherigen, sondern die Erteilung einer neuen Bewilligung auf anderer (tatsächlicher wie rechtlicher) Grundlage ginge, stellte sich zudem vorab die Frage, ob für die Beurteilung eines Gesuchs um Kurzaufenthaltsbewilligung zur Ermöglichung des Eheschlusses in einer solchen Konstellation (geplante Trauung vor einem Zürcher Zivilstandsamt, voraussichtlicher ehelicher und heutiger rechtlicher Wohnsitz des anwesenheitsberechtigten Ehegatten im Kanton X) anstelle der hiesigen nicht vielmehr die Migrationsbehörden des Kantons X zuständig wären.

E. 4.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde im Sinn der Erwägungen abzuweisen.

E. 4.2

Da die für die Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz festgelegte Frist zum Verlassen der Schweiz ebenfalls abgelaufen ist, gilt es eine angemessene neue Frist anzusetzen (vgl. VGr, 13. Juli 2011, VB.2011.00271, E. 2.4 Abs. 2; Art. 64d Abs. 1 AuG). Diese beträgt gemäss § 64d Abs. 1 Satz 1 AuG in der Regel sieben bis dreissig Tage. Unter Berücksichtigung der Situation der Beschwerdeführerin ist eine Frist bis zum 31. Januar 2019 zu gewähren. Sollte allerdings ein Weiterzug dieses Urteils an das Bundesgericht erfolgen und Letzteres dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung verleihen, hat die Beschwerdeführerin sich binnen eines Monats ab Zustellung eines den Wegweisungspunkt nicht ändernden bundesgerichtlichen Endentscheids aus dem Land zu entfernen.

E. 5

Die Gerichtskosten sind nach dem Verursacherprinzip zur Hälfte der Vorinstanz (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 2 VRG; vorn 2.2 Abs. 2) und im Übrigen ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Der im Ergebnis unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 6

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch 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 (BGr, 2. November 2017, 2C_260/2017, E. 1.1). Ansonsten und im Wegweisungspunkt steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen (siehe Art. 83 lit. c Ziff. 2 e contrario und Ziff. 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.