

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00084 vom 20. Juli 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-07-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2022.00084](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00084)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00084 du 20 juillet 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00084 del 20 luglio 2022

## Regeste

Wegweisung | Wegweisung / keine Bindung an die Beurteilung im Straf- und Ehevorbereitungsverfahren / Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Obsiegen aufgrund von Noven. [Die Beschwerdeführerin wurde nach Überschreitung der bewilligungsfreien Aufenthaltsdauer wegweisen, erhielt aber während laufendem Beschwerdeverfahren aufgrund ihrer Heirat mit einem Schweizer eine Aufenthaltsbewilligung im Kanton Tessin]. Kognition des Verwaltungsgerichts (E. 1). Die Beschwerde stützt auf Noven ab, welche vom ursprünglich zu beurteilenden Sachverhalt wesentlich abweichen und vorinstanzlich noch gar nicht aufgeworfen wurden, was zumindest bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen ist (E. 2). Gemäss Aktenlage hielt sich die Beschwerdeführerin über die für einen visumsfreien Aufenthalt in der Schweiz erforderliche Zeit in der Schweiz auf und stand ein Eheschluss bei Erlass der vorinstanzlichen Entscheide keineswegs unmittelbar bevor, wobei nicht massgeblich ist, dass ihr strafrechtlich ein Overstay nicht anlagebegründet nachzuweisen und das (Tessiner) Zivilstandsamt offenbar von einem rechtmässigen Aufenthalt ausgegangen war. Die Wegweisungsvoraussetzungen sind erst im Beschwerdeverfahren entfallen, nachdem der Beschwerdeführerin im Kanton Tessin eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei ihrem Ehemann erteilt wurde (E. 3). Ob der Beschwerdeführerin die Konsequenzen einer mangelhaften Mitwirkung bereits vor Erlass der erstinstanzlichen Wegweisungsverfügung hinreichend aufgezeigt wurden, kann offengelassen werden, nachdem sie im Rekursverfahren hinreichend Gelegenheit und Anlass hatte, zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen und den ausländerrechtlichen Voraussetzungen ihrer Wegweisung Stellung zu nehmen und eine allfällige Gehörsverletzung damit zumindest als geheilt erachtet werden kann. Auch die übrigen Verfahrensrügen erweisen sich als unbegründet (E. 4). Da die Wegweisungsvoraussetzungen erst im Verlauf des Beschwerdeverfahrens entfallen sind, sind die Verfahrenskosten gemäss Verursacherprinzip der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und steht ihr keine Parteientschädigung zu (E. 5). Rechtsmittelbelehrung: Die Anfechtung der Kosten- und Entschädigungsfolgen folgt demjenigen der Hauptsache (E. 6). Gutheissung im Sinn der Erwägungen.

## Erwägungen

### E. 2

Abteilung VB.2022.00084 Urteil der 2. Kammer vom 20. Juli 2022 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Frei (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Elisabeth Trachsel, Verwaltungsrichterin Viviane Sobotich, Gerichtsschreiber Felix Blocher. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Wegweisung, hat sich ergeben: I. Die 1978 geborene

kolumbianische Staatsangehörige X (heutiger Name: A, nachfolgend Beschwerdeführerin) reiste gemäss ihrem Reisepass am 10. November 2019 in den Schengenraum (Spanien) und eigenen Angaben zufolge am 8. Januar 2020 in die Schweiz ein. Nach Ablauf der bewilligungsfreien Aufenthaltsdauer verblieb sie weiter in der Schweiz bzw. im Schengenraum, bis am 30. November 2021 anlässlich einer Polizeikontrolle die Überschreitung der bewilligungsfreien Aufenthaltsdauer festgestellt und sie deswegen kurzzeitig in Untersuchungshaft genommen wurde. Mit Verfügung vom 2. Dezember 2021 wies das Migrationsamt die Beschwerdeführerin aus der Schweiz sowie aus dem Schengenraum weg, unter Ansetzung einer Ausreisefrist bis zum 7. Dezember 2021. Weiter hielt das Migrationsamt fest, dass ein allfälliger Rekurs keine aufschiebende Wirkung entfalte und das Rechtsmittelverfahren nicht in der Schweiz beziehungsweise im Schengenraum abgewartet werden dürfe. Gleichentags verhängte das Staatssekretariat für Migration (SEM) ein dreijähriges Einreiseverbot, wogegen die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhob (Geschäfts-Nr. F-216/2022). Ein wegen der Überschreitung der bewilligungsfreien Aufenthaltsdauer ausgestellter Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 1. Dezember 2021 wurde im Einspracheverfahren aufgehoben und das entsprechende Strafverfahren wurde mit Einstellungsverfügung vom 24. Januar 2022 eingestellt. II. Den gegen die Wegweisungsverfügung vom 2. Dezember 2021 erhobenen Rekurs wies die Sicherheitsdirektion am 14. Februar 2022 ab, soweit sie diesen nicht als gegenstandslos geworden betrachtete. Zugleich setzte sie der Beschwerdeführerin eine neue Ausreisefrist bis zum 16. Februar 2022 an. III. Mit Beschwerde vom 16. Februar 2022 liess die Beschwerdeführerin dem Verwaltungsgericht beantragen, es sei die ihr angesetzte Ausreisefrist superprovisorisch auszusetzen und der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen. Sodann wurde eine Ergänzung und Begründung der Beschwerde innert Rechtsmittelfrist in Aussicht gestellt. Hierauf setzte das Verwaltungsgericht der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 17. Februar 2022 aufgrund ihres prekären Aufenthalts in der Schweiz Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an, ansonsten auf die Beschwerde nicht eingetreten würde. Überdies ordnete es an, dass während des Verfahrens alle Vollziehungsvorkehrungen zu unterbleiben hätten, ohne dass hierdurch die Frage der Rechtmässigkeit des Aufenthalts präjudiziert würde. Weiter forderte es die Sicherheitsdirektion zur Einreichung der Verfahrensakten auf, verzichtete vorerst aber auf die Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. auf Vernehmlassung. Mit Eingabe vom 21. Februar 2022 liess die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde dahingehend ergänzen, dass in Gutheissung ihrer Beschwerde der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und von der verfügten Wegweisung abzusehen sei. Weiter ersuchte sie um die Zusprechung einer Parteientschädigung. Hierauf gab das Verwaltungsgericht mit Präsidialverfügung vom 24. Februar 2022 den Vorinstanzen Gelegenheit zur Stellungnahme und setzte der Sicherheitsdirektion eine kurze Nachfrist an, um ihre nicht fristgerecht eingereichten Akten nachzureichen. Während sich das Migrationsamt weder zur Beschwerde noch deren Ergänzung vernehmen liess, verzichtete die Sicherheitsdirektion auf Vernehmlassung und reichte innert angesetzter Nachfrist die vorinstanzlichen Akten nach. Der mit Präsidialverfügung vom 17. Februar 2022 auferlegte Prozesskostenvorschuss ging innert erstreckter Frist am 22. März 2022 ein. Am 10. März 2022 teilte die Beschwerdeführerin unter Beilegung einer Bestätigung des zuständigen Zivilstandsamts mit, dass das Ehevorbereitungsverfahren abgeschlossen und sie unmittelbar vor der Heirat mit ihrem Schweizer Verlobten stehe. Am 22. März 2022 stellte das SEM der Beschwerdeführerin in Aussicht, ihre Gesuche um vorzeitige Aufhebung des

Einreiseverbots bzw. Suspension desselben abzulehnen. Am 23. März 2022 ehelichte die Beschwerdeführerin im Kanton Tessin den Schweizer C und nahm dessen Nachnamen an. Das Verwaltungsgericht passte in der Folge den Namen der Beschwerdeführerin im Rubrum seiner Entscheide an und sistierte mit Präsidialverfügung vom 25. März 2022 das Beschwerdeverfahren im Hinblick auf eine allfällige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung durch die Tessiner Behörden bzw. die allfällige Aufhebung des bestehenden Einreiseverbots durch das SEM. Mit Eingabe vom 7. Juni 2022 liess die Beschwerdeführerin dem Verwaltungsgericht eine Verfügung des SEM zukommen, wonach das Einreiseverbot am 30. Mai 2022 aufgehoben worden war, da ihr nach ihrem Eheschluss ihm Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden könne. Da die entsprechende Bewilligungserteilung durch die Tessiner Behörden zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorlag, wurde der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 10. Juni 2022 Frist zu deren Nachreichung angesetzt und sie aufgefordert, sich innert derselben Frist zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen einer allfälligen Verfahrenserledigung zufolge Gegenstandslosigkeit zu äussern. In der Folge teilte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin dem Verwaltungsgericht am 15. Juni 2022 mit, dass sich die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung im Kanton Tessin noch etwas verzögern könnte. Mit Eingabe vom 20. Juni 2022 schrieb das Bundesverwaltungsgericht das bei ihm hängige Verfahren (F-216/2022) gegen das verhängte Einreiseverbot aufgrund von dessen zwischenzeitlich erfolgten Aufhebung als gegenstandslos geworden ab. Mit Eingabe vom 30. Juni 2022 liess die Beschwerdeführerin dem Verwaltungsgericht mitteilen, am 23. Juni 2022 eine Aufenthaltsbewilligung für den Kanton Tessin erhalten zu haben. Der Eingabe lag eine entsprechende Kopie ihres Ausländerausweises bei. Die Kammer erwägt: 1. Mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht können Rechtsverletzungen und die unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden, nicht aber die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (§ 20 Abs. 1 in Verbindung mit § 50 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

### **E. 2.1**

Nach § 52 Abs. 1 in Verbindung mit § 20a Abs. 2 VRG sind neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren grundsätzlich zulässig. Abzustellen ist entsprechend auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des gegenwärtig zu fällenden Entscheids (vgl. BGr, 20. April 2009, 2C\_651/2008, E. 4.2; BGE 135 II 369 E. 3.3; VGr, 11. Mai 2016, VB.2016.00062, E. 1.2.1; VGr, 6. Oktober 2010, VB.2010.00167, E. 5). Hingegen liegt ein unzulässiges neues Sachbegehren vor, wenn zwar dieselben Rechtsfolgen wie mit dem verfahrensauslösenden Gesuch bezweckt werden, dieses sich aber auf neue Tatsachen abstützt, welche vom ursprünglich zu beurteilenden Sachverhalt wesentlich abweichen. Dies ist im Bereich des Ausländerrechts der Fall, wenn sich der Anwesenheitsanspruch auf einen neuen Sachverhalt bezieht, welcher von den Vorinstanzen noch gar nicht beurteilt wurde (vgl. VGr, 11. Mai 2016, VB.2016.00062, E. 1.2.1; Marco Donatsch, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 52 N. 17 und § 20a N. 10, 17 und 20; vgl. auch Martin Bertschi, Kommentar VRG, Vorbem. zu §§ 19–28a N. 44 ff. ).

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin liess ihre Beziehung zu ihrem im Kanton Tessin lebenden Schweizer Verlobten im Rekursverfahren unerwähnt und verwies stattdessen lediglich auf ihr inniges Verhältnis zu ihrem in der Schweiz lebenden Sohn (siehe Rekurschrift vom

8. Dezember 2021, Rz. 26 f.). Ihren Aufenthalt in der Schweiz umschrieb sie im Rekursverfahren noch als touristischer Natur (siehe Rekurschrift vom 8. Dezember 2021, Rz. 10). Auch im Strafverfahren verwies sie zunächst nicht auf ihre Beziehung zu einem Schweizer und auf ihre Heiratspläne (vgl. polizeiliche Einvernahme vom 1. Dezember 2021 und Einsprache vom 8. Dezember 2021), wenngleich das Strafverfahren später auch aufgrund ihrer Heiratspläne eingestellt wurde. Auch in ihrer Stellungnahme vom 27. Januar 2022 erwähnte sie ihre Beziehung mit einem Schweizer mit keinem Wort, obwohl sie diese im kurz zuvor eingestellten Strafverfahren noch thematisiert hatte. Erst vor Verwaltungsgericht berief sie sich im ausländerrechtlichen Verfahren ausdrücklich auf ihre bevorstehende bzw. inzwischen erfolgte Heirat mit einem Schweizer und den letztlich bewilligten Ehegattennachzug. Ihre Beschwerde stützt sich damit auf neue Tatsachen, welche vom ursprünglich zu beurteilenden Sachverhalt wesentlich abweichen und vorinstanzlich noch gar nicht aufgeworfen wurden. Sodann basieren ihre Anträge auch auf einer neuen rechtlichen Grundlage, beruft sie sich doch nun in materieller Hinsicht primär auf ihr Recht auf Ehe und Familienleben aufgrund ihrer geplanten bzw. inzwischen erfolgten Ehe mit einem Schweizer. Es erscheint damit fraglich, ob ihre Beschwerde noch vom vorinstanzlichen Streitgegenstand mitumfasst ist. Allerdings besteht ein enger Sachzusammenhang zum Gegenstand des vorinstanzlichen Entscheids und es wird dieselbe Rechtsfolge begehrt, weshalb es auch aus prozessökonomischen Gründen gerechtfertigt erscheint, die Begehren der Beschwerdeführerin materiell zu prüfen und auf die Beschwerde einzutreten. Jedoch wird im Sinn nachfolgender Ausführungen bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen sein, dass die entscheidewesentlichen Noven erst nach dem Rekursentscheid vorgetragen wurden bzw. eingetreten sind.

### **E. 3.1**

Die zuständigen Behörden erlassen eine ordentliche Wegweisungsverfügung u. a., wenn eine Ausländerin oder ein Ausländer eine erforderliche Bewilligung nicht besitzt (Art. 64 Abs. 1 lit. a AIG) oder die Einreisevoraussetzungen (Art. 5 AIG) nicht oder nicht mehr erfüllt (Art. 64 Abs. 1 lit. b AIG).

### **E. 3.2**

Während hängigem Beschwerdeverfahren wurde der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer am 23. März 2022 eingegangenen Ehe mit einem Schweizer Staatsangehörigen im Kanton Tessin eine Aufenthaltsbewilligung erteilt und das gegen sie verhängte Einreiseverbot aufgehoben. Damit wurde ihr Aufenthalt inzwischen reguliert und sind die Wegweisungs Voraussetzungen nachträglich entfallen. Die vorliegende Beschwerde ist damit nicht gegenstandslos geworden. Vielmehr präjudizieren die Bewilligungserteilung im Kanton Tessin und das inzwischen aufgehobene Einreiseverbot den vorliegend zu fällenden materiellen Entscheid, wobei in Bezug auf die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen entscheidend erscheint, ob die Wegweisung der Beschwerdeführerin von Beginn weg ungerechtfertigt war oder die Wegweisungs Voraussetzungen erst nach Abschluss des Rekursverfahrens entfallen sind.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin verfügte bis zu ihrer Hochzeit und der nachfolgenden Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht über die erforderliche Bewilligung für einen Aufenthalt in der Schweiz über die visumsfreie Zeit hinaus ("Overstay"). Sodann ist unbestritten, dass

die Beschwerdeführerin am 10. November 2019 in den Schengenraum (Spanien) einreiste und am 30. November 2021 in Zürich in eine Polizeikontrolle geraten war. Gemäss Art. 28 der Verordnung über die Einreise und die Visumserteilung vom 15. August 2018 (VEV) in Verbindung mit Art. 12 Abs. 3 und Anhang IV der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Schengener Grenzkodexes vom 16. März 2006 sind Reisedokumente von Drittstaatsangehörigen bei der Überschreitung der Schengen-Aussengrenzen systematisch abzustempeln, weshalb vermutungsweise von einer Visums-Überschreitung auszugehen ist, wenn eine rechtzeitige Ausreise aus den Reisedokumenten nicht ersichtlich ist. Die Beschwerdeführerin war vor der Regulierung ihres Aufenthalts als Drittstaatsangehörige lediglich zu einem kurzfristigen Aufenthalt im Schengenraum während höchstens 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen berechtigt (vgl. Art. 2 lit. a VEV), weshalb der Schengenraum bei Erreichen der Maximaldauer für mindestens 90 Tage verlassen werden muss. Eine entsprechende Ausreise wird durch die Beschwerdeführerin weder belegt noch wird eine solche substantiiert behauptet, nachdem die von der Beschwerdeführerin behauptete Ausreise aus der Schweiz (ohne Ausreise aus dem Schengenraum) nicht genügen würde, nach der Wiedereinreise einen neuen kurzfristigen Aufenthalt begründen zu können. Auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin gemäss eigenen Angaben seit dem 8. Januar 2020 im Kanton Tessin provisorisch angemeldet sowie seit dem 1. Juni 2020 kranken- und unfallversichert war, deutet klar auf einen über die visumsbefreite Zeit hinausgehenden Aufenthalt (Overstay) im Schengenraum hin, wobei anzumerken ist, dass die Anmeldung bei der Einwohnerkontrolle nicht mit einer Legalisierung des Aufenthalts einhergeht. Ferner ist festzuhalten, dass zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids noch ein gültiges Einreiseverbot gegen die Beschwerdeführerin bestand und sie damit damals auch die Einreisevoraussetzungen von Art. 5 AIG nicht erfüllte. Auch die ihr vorinstanzlich angesetzte Ausreisefrist regulierte ihren Aufenthalt nicht und machte diesen ferner auch nicht rechtmässig im Sinn von Art. 98 Abs. 4 des Zivilgesetzbuchs (ZGB), selbst wenn das Tessiner Zivilstandsamt hiervon allenfalls bei der Einleitung des Ehevorbereitungsverfahrens ausgegangen ist (vgl. dazu auch untenstehende Ausführungen).

#### **E. 3.4**

Ausländerrechtlich musste damit vor der Regulierung des Aufenthalts durch die Tessiner Behörden von einem Overstay bzw. einem Aufenthalt ohne die hierfür notwendige Bewilligung bzw. Erfüllung der Einreisevoraussetzungen ausgegangen werden. Selbst wenn die Staatsanwaltschaft mit Einstellungsverfügung vom 24. Januar 2022 davon ausging, dass die Beschwerdeführerin sich aufgrund ihres bevorstehenden Eheschlusses mit einem Schweizer und mangels anklagegenügenden Nachweises einer Visum-Überschreitung (Overstay) rechtmässig in der Schweiz aufhalte, sind die diesbezüglichen Erwägungen für die Migrationsbehörden nicht bindend, zumal diese und nicht die Staatsanwaltschaft ausländerrechtliche Bewilligungsinstanz sind und das Migrationsamt überdies auch nicht legitimiert wäre, den Strafentscheid anzufechten (vgl. VGr, 4. März 2022, VB.2022.00015, E. 2.4). Darüber hinaus gelten strafprozessuale Garantien wie das Verbot des Selbstbelastungszwangs und die Unschuldsvermutung im ausländerrechtlichen Verfahren nicht, weshalb es an der mitwirkungspflichtigen und anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin gelegen wäre, ihre rechtzeitige Ausreise aus dem Schengenraum zu belegen. Auch wenn im ausländerrechtlichen Verfahren zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheide nicht ohne Not von der strafrechtlichen Beurteilung abgewichen werden sollte (vgl. auch den die Beschwerdeführerin betreffenden Abschreibungsentscheid des BVGr vom 13. Juni 2022 [F-216/2022], mit Hinweis auf BGE 139 II 95 E. 3.2; BGE 137 I 363

E. 2.3.2, BGr, 2. Juni 2017, 1C\_98/2017, E. 2.4), erscheint dies vorliegend – entgegen der Ansicht im Abschreibungsentscheid des BVGr – aus dargelegten Gründen gerechtfertigt. Analoges gilt für die Beurteilung des rechtmässigen Aufenthalts im Sinn von Art. 98 Abs. 4 ZGB im Ehevorbereitungsverfahren durch die zuständige Tessiner Zivilstandsbehörden, zumal dort die Zivilstandsbehörden an die ausländerrechtliche Beurteilung gebunden sind und nicht umgekehrt. Inwieweit das Tessiner Zivilstandsamt aufgrund des prekären Aufenthalts der Beschwerdeführerin überhaupt ein Ehevorbereitungsverfahren hätte einleiten dürfen, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu klären.

### **E. 3.5**

Überdies liess sich der heutige Ehemann der Beschwerdeführerin gemäss deren Angaben im Ehevorbereitungsverfahren erst am 19. Januar 2022 von seiner früheren Ehefrau scheiden und hatte die Beschwerdeführerin erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid bei den zuständigen Tessiner Behörden um die Einleitung eines Eheschliessungsverfahrens und die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Verbleibs bei ihrem damaligen Verlobten ersucht. Zum Zeitpunkt des Rekursentscheids lag zudem eine nach wie vor gültige Einreisesperre gegen die Beschwerdeführerin vor. In der Rekurschrift wurde – wie bereits dargelegt – ein bevorstehender Eheschluss seitens der Beschwerdeführerin noch überhaupt nicht thematisiert und verwies die Beschwerdeführerin stattdessen allein auf ihr inniges Verhältnis zu ihrem hier lebenden Sohn. Vor Vorinstanzen konnte damit noch nicht von einem unmittelbar bevorstehenden Eheschluss und einer baldigen Regulierung des Aufenthalts der Beschwerdeführerin ausgegangen werden. Umso weniger kann auf die strafrechtliche Beurteilung abgestellt werden, welche massgeblich auf den zu dieser Zeit noch überhaupt nicht absehbaren Eheschluss abstellte.

### **E. 3.6**

Nach dargelegter Sach- und Rechtslage stand ein Eheschluss bei Erlass der vorinstanzlichen Entscheide keineswegs unmittelbar bevor. Vielmehr hatte die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt des Rekursentscheids weder ein Ehevorbereitungsgesuch noch ein Nachzugsgesuch gestellt, sondern Derartiges lediglich im Strafverfahren für die Zukunft in Aussicht gestellt, während sie diesbezügliche Absichten im ausländerrechtlichen Verfahren zunächst unerwähnt liess. Ein Eheschluss wäre im Übrigen zumindest zum Zeitpunkt des migrationsamtlichen Entscheids noch gar nicht möglich gewesen, nachdem sich der heutige Ehemann der Beschwerdeführerin erst am 19. Januar 2022 von seiner früheren Ehefrau hatte scheiden lassen. Damit waren die Zulassungsvoraussetzungen bei Erlass der vorinstanzlichen Entscheidungen keineswegs im Sinn von Art. 17 Abs. 2 AIG offensichtlich erfüllt und konnte sich die Beschwerdeführerin zu diesem Zeitpunkt weder auf ihr Recht auf Ehe gemäss Art. 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und 12 der Bundesverfassung (BV) noch auf ihr Recht auf Familienleben gemäss Art. 8 EMRK und 13 BV berufen. Mangels bereits gestellten Bewilligungsgesuchs fiel zu diesem Zeitpunkt die Gewährung eines prozeduralen Aufenthalts gestützt auf Art. 17 AIG ohnehin ausser Betracht.

### **E. 3.7**

Damit steht fest, dass die Wegweisungsvoraussetzungen von Art. 64 AIG heute zwar nicht mehr erfüllt sind, nachdem sich die Beschwerdeführerin nach Abschluss des Rekursverfahrens im Kanton Tessin erfolgreich um die Regulierung ihres Aufenthalts bemüht hatte und seit dem 23. Juni 2022 im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung zum

Verbleib bei ihrem Schweizer Ehemann ist. In Aufhebung der vorinstanzlich verfügten Wegweisung ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen. Jedoch sind die Wegweisungsvoraussetzungen erst im Beschwerdeverfahren entfallen und war vor Vorinstanzen eine zeitnahe Regulierung des Aufenthalts noch gar nicht absehbar, was im Sinn nachfolgender Ausführungen bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen ist.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin lässt weiter diverse Verfahrensfehler rügen. So sei sie in Verletzung ihres rechtlichen Gehörs vor dem Erlass der Wegweisungsverfügung nicht bzw. nur im Strafverfahren angehört worden. Sodann sei sie lediglich auf ihr strafprozessuales Aussageverweigerungsrecht und nicht auf ihre ausländerrechtliche Mitwirkungspflicht hingewiesen worden. Weiter habe die Vorinstanz eine unzulässige Motivsubstitution vorgenommen, nachdem sie sich neu auf Art. 12 SGK stütze und der Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts im Strafverfahren mit Einstellungsverfügung vom 24. Januar 2022 ausgeräumt worden sei. Eine Heilung der Gehörsverletzungen im Rekursverfahren sei deshalb ausgeschlossen. Sodann sollen die Vorinstanzen in Verletzung ihrer Untersuchungspflichten den entscheidenderheblichen Sachverhalt ungenügend bzw. falsch erstellt haben.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin hatte bereits anlässlich ihrer polizeilichen Befragung vom 1. Dezember 2021 und damit noch vor Erlass der Wegweisungsverfügung Gelegenheit, sich zur beabsichtigten Wegweisung zu äussern. Allerdings fand diese Einvernahme in Zusammenhang mit den strafrechtlichen Vorwürfen betreffend Überschreitung des bewilligungsfreien Aufenthalts statt, weshalb die Beschwerdeführerin zwar auf ihr strafprozessuales Aussageverweigerungsrecht aufmerksam gemacht wurde, nicht aber auf ihre ausländerrechtliche Mitwirkungspflicht gemäss Art. 90 AIG. Inwieweit damit ihr rechtliches Gehör verletzt wurde und ihr insbesondere die Konsequenzen einer mangelhaften Mitwirkung nicht hinreichend aufgezeigt wurden, kann jedoch offengelassen werden, nachdem die inzwischen anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin im Rekursverfahren hinreichend Gelegenheit und Anlass hatte, zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen und den ausländerrechtlichen Voraussetzungen ihrer Wegweisung Stellung zu nehmen. Eine allfällige Gehörsverletzung kann damit zumindest als geheilt erachtet werden.

#### **E. 4.3**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz mit dem Verweis auf Art.12 SGK überdies auch keine unzulässige Motivsubstitution vorgenommen, zumal in diesem Zusammenhang vorinstanzlich lediglich festgehalten wurde, dass eine zeitweilige Ausreise aus dem Schengenraum durch Ausreisestempel nachweisbar sein müsste. Sowohl der migrationsamtliche als auch der vorinstanzliche Entscheid stützen die Wegweisung auf den unrechtmässigen Aufenthalt der Beschwerdeführerin ab, welcher im dargelegten Sinn auch nicht durch die staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügung widerlegt wurde.

#### **E. 4.4**

Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid weiter festgehalten, dass die Beschwerdeführerin bis anhin nicht geltend gemacht hätte, das gegen sie verhängte Einreiseverbot (erfolgreich) angefochten zu haben. Zudem stellte sie fest, dass die Beschwerdeführerin bislang nicht um

eine dauerhafte Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei ihrem (damaligen) Lebenspartner ersucht habe. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese vorinstanzlichen Feststellungen nach dem damaligen Aktenstand unzutreffend gewesen sein sollten, nachdem die Beschwerdeführerin auch eigenen Angaben zufolge erst am 17. Februar 2022 – mehrere Tage nach Erlass des vorinstanzlichen Entscheids – im Kanton Tessin um eine Aufenthaltsgenehmigung ersucht hatte und das Einreiseverbot erst nach ihrer Heirat aufgehoben wurde.

#### **E. 4.5**

Damit erweisen sich auch die Verfahrensrügen der Beschwerdeführerin als unbegründet und ist die Beschwerde lediglich aufgrund der im Beschwerdeverfahren eingetretenen Noven gutzuheissen, ohne dass die vorinstanzliche Beurteilung damit nach damaligem Aktenstand unrichtig erscheint.

#### **E. 5.1**

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 und § 17 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a VRG sind die Verfahrenskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei bzw. Amtsstelle aufzuerlegen und kann diese zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe ihres Gegners verpflichtet werden. Aus Billigkeitsgründen und dem in § 13 Abs. 2 Satz 2 VRG statuierten Verursacherprinzip kann hiervon jedoch unter anderem abgewichen werden, wenn eine Partei bzw. Amtsstelle im Rechtsmittelverfahren nur aufgrund von Noven unterliegt, welche im vorinstanzlichen Verfahren noch nicht berücksichtigt werden konnten (vgl. Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 13 N. 64; VGr, 17. April 2019, VB.2019.00145, E. 3; vgl. zum Verursacherprinzip im Allgemeinen auch Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 55 ff. und § 17 N. 25 ff.).

#### **E. 5.2**

Da die Wegweisungsvoraussetzungen bei Fällung des vorinstanzlichen Entscheids im dargelegten Sinn noch erfüllt waren und erst im Verlauf des Beschwerdeverfahrens entfallen sind, erweisen sich die vorinstanzlichen Entscheide nicht als fehlerhaft, weshalb die Verfahrenskosten getreu dem Verursacherprinzip trotz Obsiegens in der Hauptsache der Beschwerdeführerin aufzuerlegen sind und ihr keine Parteientschädigung zusteht. Aufgrund dieser Sach- und Rechtslage besteht auch kein Anlass, die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen neu zu regeln.

#### **E. 5.3**

Das vorliegende Verfahren verursachte zumindest in der Prozessleitung einen überdurchschnittlichen Aufwand, weshalb sich eine leichte Erhöhung der in ausländerrechtlichen Verfahren üblichen Gerichtskosten rechtfertigt, zuzüglich Zustellkosten (vgl. § 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 [GebV VGr]).

#### **E. 6**

Der vorliegende Entscheid kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) angefochten werden, soweit ein Rechtsanspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung geltend gemacht wird. Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen. Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen

(Art. 119 Abs. 1 BGG). Wie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren folgt auch im bundesgerichtlichen Verfahren der Rechtsmittelzug bei der Anfechtung der Kosten- und Entschädigungsfolgen demjenigen der Hauptsache.

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