

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00082 vom 15. Juni 2023

ZH Verwaltungsgericht, 2023-06-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2023.00082](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2023.00082)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00082 du 15 juin 2023

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00082 del 15 giugno 2023

## Regeste

Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat | Kurzaufenthaltsbewilligung zur Ehevorbereitung / freizügigkeitsrechtliche Behandlung von Verlobten und Konkubinatspartner. Kognition des Verwaltungsgerichts (E. 1). Auf die nur bedingt dem Begründungserfordernis entsprechende Beschwerde ist nur insoweit einzugehen, als dass sie sich auch hinreichend mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzt (E. 2). Ehevorbereitungsverfahren: Erfordernis eines rechtmässigen Aufenthalts und Voraussetzungen für die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Ehevorbereitung (E. 3.1). Die Beschwerdeführerin hätte die Schweiz nach der rechtskräftigen Abweisung ihres Asylgesuchs verlassen müssen, weshalb die Legalisierung ihres Aufenthalts zwecks Ermöglichung des Eheschlusses zu prüfen ist (E. 3.2). Freizügigkeitsrechtliche Ansprüche nach dem (geplanten) Eheschluss mit einem EU-Bürger und fehlende freizügigkeitsrechtliche Regelung des Nachzugs von Verlobten und Konkubinatspartnern. Soweit Konkubinatspartner unter Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang 1 FZA zu subsumieren sind, erscheint nach bundesgerichtlicher Praxis fraglich, inwieweit sich hieraus überhaupt Rechtsansprüche ableiten lassen. Selbst bei extensiver Auslegung der freizügigkeitsrechtlichen Bestimmungen stünde Konkubinatspartnern von EU-Bürgern eine entsprechende Bewilligung höchstens dann zu, wenn der in einem gefestigten Konkubinatspartnerschaft lebenden Drittstaatsangehörigen durch den originär aufenthaltsberechtigten EU-Bürger Unterhalt gewährt würde oder diese bereits im Herkunftsland in häuslichen Gemeinschaft gelebt hätten (E. 4.1). Die Beschwerdeführerin hat spätestens nach ihrer geplanten Heirat mit ihrem spanischen Verlobten einen freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch und es kann offenbleiben, ob sie in extensiver Auslegung der freizügigkeitsrechtlichen Bestimmungen allenfalls auch aus ihrer Konkubinatsbeziehung mit einem hier aufenthaltsberechtigten EU-Bürger ein Aufenthaltsrecht ableiten kann. Sofern ihr Sohn aufgrund der Vaterschaftsanerkennung durch seinen spanischen Vater auch noch das spanische Bürgerrecht erwerben sollte, könnte sie inskünftig allenfalls auch hieraus einen Aufenthaltsanspruch ableiten (E. 4.2). Die Zulassungsvoraussetzungen sind damit offenkundig erfüllt bzw. werden spätestens mit der unmittelbar bevorstehenden Heirat erfüllt sein, weshalb die beantragte Kurzaufenthaltsbewilligung zur Heiratsvorbereitung zu erteilen und die Beschwerde damit gutzuheissen ist (E. 4.3). Ausgangsgemässe und aufwandgemässe Regelung der Kostenfolgen (E. 5) und Zusprechung einer angemessenen Entschädigung für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren (E. 6). Beschwerde gutgeheissen.

## Erwägungen

### E. 2

Die Beschwerdeschrift vom 8. Februar 2023 entspricht teilweise wortwörtlich der Rekurseingabe vom 17. August 2022, wenngleich die Parteibezeichnungen dem Verfahrensstand angepasst, die Prozessgeschichte und einzelne Ausführungen etwas ergänzt und Passagen umgestellt bzw. weggelassen wurden. Über weite Strecken werden lediglich die bereits vor Vorinstanz vorgetragenen Argumente wiederholt und rein appellatorisch die vorinstanzlichen Schlussfolgerungen bestritten. Die anwaltlich verfasste Beschwerde lässt damit teilweise eine substanziierte Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen vermissen und genügt deshalb nur bedingt dem Begründungserfordernis von § 54 Abs. 1 VRG. Da das Verwaltungsgericht als eines der obersten kantonalen Gerichte nicht gehalten ist, gleich einer erstinstanzlichen Behörde den angefochtenen Entscheid von Amtes wegen nach allen Seiten hin zu überprüfen, ist auf die Beschwerde nur insoweit einzugehen, als dass sie sich auch hinreichend mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzt (vgl. VGr, 1. Februar 2017, VB.2016.00727, E. 2; VGr, 27. Januar 2016, VB.2015.00662, E. 1.1 [bestätigt mit BGr, 21. März 2016, 2C\_221/2016, E. 2.2]; vgl. auch BGr, 12. Januar 2018, 2C\_140/2017, E. 3).

### **E. 3.1**

Personen, die sich nicht (mehr) rechtmässig in der Schweiz aufhalten und sich hier verheiraten wollen, müssen gemäss Art. 98 Abs. 4 ZGB zuerst ihren Aufenthalt in der Schweiz legalisieren. Die Migrationsbehörden sind in Konkretisierung des Gesetzeszwecks von Art. 98 Abs. 4 ZGB und in Beachtung von Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) jedoch verpflichtet, Ehemülligen ohne Aufenthaltsrecht zur Vermeidung einer Verletzung ihres Rechts auf Ehe gemäss Art. 12 EMRK bzw. dem analog ausgelegten Art. 14 der Bundesverfassung (BV) eine Kurzaufenthaltsbewilligung zu erteilen, sofern keine Hinweise vorliegen, dass die ausländischen Personen mit ihrem Vorhaben die Vorschriften über den Familiennachzug umgehen wollen, und feststeht, dass sie nach der Heirat bzw. Eintragung der Partnerschaft die Zulassungsvoraussetzungen in der Schweiz offensichtlich erfüllen (analoge Anwendung von Art. 17 Abs. 2 bzw. Art. 30 Abs. 1 lit. b des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 [AIG] in Verbindung mit Art. 31 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 [VZAE]; vgl. dazu BGE 137 I 351 E. 3.5 und 3.7; BGE 138 I 41 E. 4 f.; aktuelle Weisungen und Erläuterungen Ausländerbereich [Weisungen AIG] des Staatssekretariats für Migration [SEM] vom Oktober 2013 [abrufbar auf [www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch)], Ziff. 5.6.5). Die Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Vorbereitung des Eheschlusses soll schliesslich nur erteilt werden, wenn mit diesem bzw. dem Erhalt der hierfür zivilrechtlich erforderlichen Papiere und Bestätigungen in absehbarer Zeit, das heisst in der Regel innert sechs Monaten, zu rechnen ist (BGr, 17. Januar 2020, 2C\_827/2019, E. 4.6.4; BGr, 7. Juni 2019, 2C\_117/2019, E. 6.5.2). Aufenthalte von mehr als sechs Monaten werden nur in begründeten Einzelfällen bewilligt, insbesondere wenn die Beglaubigung der Zivilstandsdokumente sehr viel Zeit benötigt (Weisungen AIG, Ziff. 5.6.5). Ist absehbar, dass der Aufenthalt zwecks Heiratsvorbereitung mindestens ein Jahr dauern wird, unterliegt die Bewilligungserteilung überdies dem Zustimmungsverfahren (Art. 2 lit. e der Verordnung des EJPD über das ausländerrechtliche Zustimmungsverfahren vom 13. August 2015 [ZV-EJPD]). Alternativ denkbar ist auch die Bestätigung eines prozeduralen Aufenthalts zum selben Zweck (sogenannte Duldungserklärung) bzw. die Ansetzung einer Ausreisefrist, während der die Heirat und die Regelung des Aufenthalts in der Schweiz zu erfolgen hat (Marc Spescha in: Marc Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht,

5. A., Zürich 2019, Art. 98 ZGB N. 1; BGE 137 I 351). Hingegen geht das blosser Absehen von Vollzugsmassnahmen während der Hängigkeit eines Bewilligungs- bzw. Rechtsmittelverfahrens nicht mit einer Aufenthaltslegalisierung einher, selbst wenn hierzu formelle Anordnungen getroffen wurden (vgl. zum Ganzen VGr, 25. Mai 2022, VB.2022.00213, E. 2.1 [nicht rechtskräftig]).

### **E. 3.2**

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin seit der rechtskräftigen Abweisung ihres Asylgesuchs über keinen Aufenthaltstitel in der Schweiz verfügt und das Land nach Ablauf der ihr im Asylverfahren angesetzten Ausreisefrist (10. Mai 2021) grundsätzlich hätte verlassen müssen. Derzeit hält sie sich lediglich aufgrund des verwaltungsgerichtlich verfügten Vollzugsstopps im Land auf, ohne dass hiermit aber ihr weiterer Aufenthalt im Sinn von Art. 98 Abs. 4 ZGB legalisiert wurde. Damit ist eine Legalisierung ihres Aufenthalts zwecks Ermöglichung des Eheschlusses zu prüfen.

### **E. 4.1**

Gemäss Art. 2 Abs. 2 AIG gelten die Bestimmungen des AIG für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft (heute Europäische Union [EU]) nur so weit, als das Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999 (FZA) keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das AIG günstigere Bestimmungen vorsieht. Vorbehaltlich einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf eine nur formell bestehende Ehe haben Ehegatten von in der Schweiz niedergelassenen oder aufenthaltsberechtigten EU-Bürgern gemäss Art. 6 Abs. 1 bzw. Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 7 lit. d und e FZA und Art. 3 Abs. 1 und 2 lit. a Anhang I FZA Anspruch auf eine mindestens fünf Jahre gültige Aufenthaltserlaubnis (vgl. auch BGE 130 II 113 E. 9; BGE 139 II 393 E. 2.1). Nach Art. 3 Abs. 2 lit. b Anhang I FZA ist überdies auch den Eltern eines EU-Bürgers eine entsprechende Bewilligung zu erteilen, wenn sie dem Kind Unterhalt gewähren. Der Nachzug von Verlobten vor Eheschluss ist im FZA grundsätzlich nicht geregelt und diese zählen auch nicht zum Kreis der Familienangehörigen im Sinne von Art. 7 lit. d und e FZA in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 lit. a-c Anhang I FZA (vgl. Thomas Geiser/Felix Blocher/Marc Busslinger in: Peter Uebersax et al., Ausländerrecht, 3. A., Basel 2022, § 23.103; Astrid Epiney/Andreas Faeh, Zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Alberto Achermann et al., Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, S. 60 f.; vgl. auch Ziff. 7.1.2 der aktuellen Weisungen und Erläuterungen zum VFP (Weisungen VFP) des SEM [abrufbar auf [www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch)]). Soweit Konkubinatspartner unter Art. 3 Abs. 2 letzter Satz Anhang I FZA zu subsumieren sind, erscheint nach bundesgerichtlicher Praxis fraglich, inwieweit sich hieraus überhaupt Rechtsansprüche ableiten lassen ( BGr, 18. Oktober 2018, 2C\_1001/2017, E. 3.2; abweichend unter Verweis auf die nicht direkt anwendbare Unionsbürgerrechtslinie aber VGr, 8. Januar 2020, VB.2019.00413, E. 3.6 ff.). Selbst bei extensiver Auslegung der freizügigkeitsrechtlichen Bestimmungen stünde Konkubinatspartnern von EU-Bürgern eine entsprechende Bewilligung jedoch höchstens dann zu, wenn dem Konkubinatspartner durch die originär aufenthaltsberechtigte Person Unterhalt gewährt würde oder diese bereits im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft leben würden. Hierbei darf aber jedenfalls eine gewisse Dauer und Festigung des Konkubinats verlangt werden, worauf insbesondere eine gemeinsame Haushaltsführung, eine unmittelbar bevorstehende Heirat oder das Vorhandensein gemeinsamer Kinder hindeuten können (vgl. VGr, 8. Januar 2020, VB.2019.00413, E. 3.6 ff.). Zudem müssen generell bedarfsgerechte (wenngleich nicht

zwingend gemeinsame) Wohnräumlichkeiten zur Verfügung stehen (Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA; vgl. Geiser/Blocher/Busslinger in: Uebersax et al., § 23.106 und § 23.121). Da der Familien- bzw. Ehegattennachzug durch hier aufenthaltsberechtigte EU-Bürger aufgrund des Diskriminierungsverbots von Art. 2 FZA nicht von strengeren Anforderungen als beim Nachzug durch Schweizer (im Sinn von Art. 42 AIG) abhängig gemacht werden darf, muss überdies (je nach Erwerbssituation des nachziehenden Ehegatten) auch eine drohende Sozialhilfeabhängigkeit der Familie einen Nachzug nicht immer hindern, solange Sozialhilfe nur ergänzend zum gewährten Unterhalt bezogen wird, der Aufenthalt des originär aufenthaltsberechtigten EU-Bürgers hierdurch nicht gefährdet ist bzw. hierdurch (noch) keine Widerrufsgründe gesetzt werden. Insbesondere geht das Nachzugsrecht bezüglich der Kernfamilie auch bei fortbestehender oder drohender Sozialhilfeabhängigkeit nicht unter, wenn der originär aufenthaltsberechtigte EU-Bürger sein Aufenthaltsrecht zur Ausübung einer (unselbständigen) Erwerbstätigkeit erhalten und seine freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft zwischenzeitlich nicht verloren hat (vgl. Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA; Marc Spescha in: Marc Spescha et al., Kommentar Migrationsrecht, 5. A., Zürich 2019, Art. 3 Anhang I FZA N. 15).

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin möchte sich mit einem in der Schweiz aufenthaltsberechtigten spanischen Staatsangehörigen verheiraten, mit welchem sie gemäss Aktenlage seit September 2021 zusammenlebt, verlobt ist und ein gemeinsames Kind hat. Ihre Heiratsvorbereitungen sind bereits weit fortgeschritten und praktisch nur noch von der Legalisierung ihres Aufenthalts abhängig. Spätestens seit der Klärung der Vaterschaft besteht kein konkreter Anlass mehr, an einer gelebten Beziehung zwischen den Verlobten zu zweifeln, wenngleich die blossе Existenz eines gemeinsamen Kindes eine Scheinbeziehung nicht zwingend ausschliessen muss und die biologische Vaterschaft mit einer Anerkennung nicht zwangsläufig geklärt ist. Die Vorinstanz hat entsprechend auch zu Recht verneint, dass vorliegend Indizien für eine beabsichtigte Scheinehe vorliegen würden. Weiter ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin von ihrem Verlobten auch finanziell unterstützt wird, nachdem dieser offenbar für ihren Lebensunterhalt aufkommt bzw. sie derzeit mangels Erwerbsberechtigung über keine eigenen Einkünfte verfügt. Ihr Verlobter erfüllt sodann die freizügigkeitsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft und erzielt gemäss dem in den Akten liegenden Arbeitsvertrag und weiterer Solvenznachweise ein grundsätzlich existenzsicherndes Brutto-Monatseinkommen von Fr. 4'000.-. Die Beschwerdeführerin hat damit spätestens nach ihrer geplanten Heirat einen freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch als Ehegattin und es kann offenbleiben, ob sie in extensiver Auslegung der freizügigkeitsrechtlichen Bestimmungen allenfalls auch aus ihrer Konkubinatsbeziehung mit einem hier aufenthaltsberechtigten EU-Bürger ein Aufenthaltsrecht ableiten kann. Sofern ihr Sohn aufgrund der Vaterschaftsanerkennung durch seinen spanischen Vater auch noch das spanische Bürgerrecht erwerben sollte, könnte sie inskünftig allenfalls auch hieraus einen Aufenthaltsanspruch ableiten, sobald sie für dessen Unterhalt (mit-)aufkommen wird. Weiter verfügt die Familie gemäss eingereichtem Mietvertrag und einer Bestätigung ihres Vermieters vom 9. Februar 2022 über eine bedarfsgerechte 3-Zimmer-Wohnung. Aufgrund des Erwerbseinkommens des Verlobten und dem zukünftigen Erwerbspotenzial der Beschwerdeführerin besteht keine unmittelbare Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit, jedoch würde eine solche aufgrund der freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft des Verlobten einem Nachzug ohnehin nicht entgegenstehen.

### **E. 4.3**

Die Zulassungsvoraussetzungen sind damit offenkundig erfüllt bzw. werden spätestens mit der unmittelbar bevorstehenden Heirat erfüllt sein, weshalb der Beschwerdeführerin die beantragte Kurzaufenthaltsbewilligung zur Heiratsvorbereitung zu erteilen und die Beschwerde damit gutzuheissen ist. Gemäss der eingereichten Korrespondenz mit dem Zivilstandsamt steht dem Eheschluss derzeit allein die ausstehende Aufenthaltslegalisierung entgegen, womit nach vorliegendem Bewilligungsentscheid mit einer raschen Heirat zu rechnen ist. Sollte der Eheschluss wider Erwarten länger als sechs Monate dauern, wäre eine Bewilligungsverlängerung nur im Ausnahmefall zu erteilen und gegebenenfalls dem Staatssekretariat für Migration (SEM) zur Zustimmung zu unterbreiten. Für eine allfällige Verlängerung der Kurzaufenthaltsbewilligung sowie für die Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ist im jeweiligen Zeitpunkt erneut zu untersuchen und zu prüfen, ob die dannzumal geltenden Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.

### **E. 5**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rekurs- und des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a VRG). Für eine abweichende Kostenverteilung aufgrund des Verursacherprinzips besteht kein Anlass, nachdem die Beschwerdeführerin bereits aufgrund ihres geplanten Eheschlusses mit einem EU-Bürger spätestens vor Vorinstanz gute Aussichten auf eine Bewilligungserteilung hatte, ihr ein rechtsmissbräuchliches Verhalten von den Vorinstanzen nie vorgeworfen wurde und sie damit unabhängig von der späteren Vaterschaftsanerkennung eine Kurzaufenthaltsbewilligung hätte erhalten müssen. Lediglich wenn die Vaterschaftsanerkennung gescheitert und/oder sich eine Drittperson als Vater herausgestellt hätte, wäre eine gelebte Beziehung zwischen den Ehegatten und damit auch eine Bewilligungserteilung ernsthaft infrage gestanden. Selbst wenn der Beschwerdeführerin und ihrem Verlobten vorgeworfen werden könnte, sich nicht beförderlich um eine Vaterschaftsanerkennung bemüht zu haben, würde dies allein noch keine Kostenaufgabe rechtfertigen. Der Beschwerdeführerin vorzuwerfen ist zwar, dass sie sich im Rekursverfahren widersprüchlich zur Eintragung der Vaterschaft äusserte und in ihrem damaligen Rekurs einerseits auf das hängige Eintragungsverfahren hinwies, andererseits aber auch wahrheitswidrig behaupten liess, dass "alle erwähnten Personen" (Beschwerdeführerin, Verlobter und gemeinsames Kind) bereits "im Zivilstandsregister eingetragen" seien. Dies allein rechtfertigt aber weder eine Beschwerdeabweisung noch eine Kostenaufgabe, sondern musste vielmehr Anlass zu weiteren Abklärungen bilden.

### **E. 6.1**

Laut § 17 Abs. 2 (Ingress) VRG wird die unterliegende Partei oder Amtsstelle im Rekursverfahren und im Verfahren vor Verwaltungsgericht zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe ihres Gegners verpflichtet. Gemäss § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 (GebV VGr) wird die Parteientschädigung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Falls, dem Zeitaufwand und den Auslagen bemessen. Ein unnötiger oder geringfügiger Aufwand wird nicht ersetzt (§ 8 Abs. 2 GebV VGr). Der Begriff der "angemessenen Parteientschädigung" wird nach der Praxis des Verwaltungsgerichts so ausgelegt, dass in der Regel nur ein Teil des effektiven Aufwands für die Rechtsvertretung als entschädigungspflichtig angesehen wird. Eine Gleichsetzung der "angemessenen Entschädigung" mit den effektiv angefallenen Rechtsverfolgungskosten wird abgelehnt (VGr, 7. April 2016, VB.2015.00199, E. 4.4 und

4.5). Den oben genannten Kriterien (Bedeutung der Streitsache, Schwierigkeit des Falls, Zeitaufwand, Auslagen) trägt das Verwaltungsgericht in migrationsrechtlichen Streitigkeiten Rechnung, indem es die Parteientschädigung für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren praxisgemäss auf Fr. 1'500.- bis Fr. 3'000.- festsetzt (vgl. z. B. VGr, 12. Juli 2017, VB.2017.00387, E. 2.2 und VGr, 19. November 2014, VB.2014.00509, E. 5.3).

#### **E. 6.2**

Das vorliegende Verfahren weist insgesamt einen durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf und die Rechtsmitteleingaben im Rekurs- und Beschwerdeverfahren sind nicht sonderlich umfangreich ausgefallen, auch unter Berücksichtigung der nachgereichten Dokumente. Damit erscheint eine Entschädigung von Fr. 1'500.- (inklusive Mehrwertsteuer) für das Rekursverfahren angemessen. Im Beschwerdeverfahren ist einerseits dem erhöhten Vertretungsaufwand aufgrund der nachträglichen Eingaben Rechnung zu tragen, andererseits aber auch zu berücksichtigen, dass in der Beschwerdeschrift selbst weitgehend die Argumente des Rekursverfahrens wiederholt wurden (siehe E. 2 vorstehend). Die Entschädigung ist deshalb etwas tiefer als im Rekursverfahren auf Fr. 1'000.- (inklusive Mehrwertsteuer) festzusetzen.

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