



Kommentar zu: Urteil: [2C_376/2022](#) vom 13. September 2022
Sachgebiet: Bürgerrecht und Ausländerrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. öffentlich-rechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Bürgerrecht, Ausländerrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Hürdenreicher Weg zur Verwirklichung des Rechts auf Ehe und Familienleben

Autor / Autorin

Valerio Priuli

Redaktor / Redaktorin

Marc Spescha

**ADVOKATURBÜRO
LANGSTRASSE 4**

POSTFACH 1063 · CH 8021 ZÜRICH

Der Weg zur Verwirklichung der Grundrechte auf Ehe (Art. 14 BV und Art. 12 EMRK) und Familienleben (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK) kann hürdenreich sein. Falls Ehemittler das Verfahren nicht im Ausland abwarten wollen, kann ein langwieriger Kampf um das prozedurale Aufenthaltsrecht drohen. Die bundesgerichtlichen Urteile 2C_303/2022 vom 4. Mai 2022 und 2C_376/2022 vom 13. September 2022 zeigen dies exemplarisch. Insbesondere fällt die fehlende Koordination der gleichzeitig laufenden Kindes- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren und die unzureichende Berücksichtigung des Grundsatzes der Priorität des Bewilligungsverfahrens in der Hauptsache durch die Rechtsmittelinstanzen ins Auge.

Sachverhalt

[1] Der für die Besprechung relevante Sachverhalt lässt sich wie folgt zusammenfassen: Der 1980 geborene nigerianische Staatsangehörige A. reiste am 13. November 2011 in die Schweiz ein und ersuchte um Asyl. Mit Verfügung vom 6. März 2012 wurde das Asylgesuch abgelehnt, eine dagegen gerichtete Beschwerde blieb ohne Erfolg. Im Sommer 2012 verliess A. die Schweiz nach Ungarn, wo er eine ungarische Staatsangehörige heiratete und in der Folge eine Aufenthaltsbewilligung erhielt.

[2] Spätestens im Sommer 2015 reiste A. erneut in die Schweiz. Das Regionalgericht Oberland (Bern) verurteilte ihn am 3. Mai 2016 unter anderem wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 20 Monaten. Gemäss seinen eigenen Angaben verhängte das SEM in der Folge eine fünfjährige Einreisesperre gegen ihn. Am 26. Mai 2016 wurde A. im Rahmen eines Dublin-Verfahrens nach Ungarn überstellt. Dort soll er sich im Jahr 2019 von seiner ungarischen Ehefrau geschieden haben.

[3] Seit 2016 führen A. und die Schweizer Bürgerin B. (geb. 1973) eine Liebesbeziehung. Nach eigenen Angaben schlossen sie im April 2017 in Nigeria traditionell die Ehe. Im November 2017 zogen sie gemeinsam dorthin und am 7. Februar 2018 brachte B. in Lagos (Nigeria) Zwillinge zur Welt, welche A. anerkannte. Im September 2018 kehrte B. mit den beiden Kindern in die Schweiz zurück, während A. wieder nach Ungarn zog. Seit ihrer Wiedereinreise in die Schweiz bezieht B. gemeinsam mit ihren Kindern Sozialhilfe. Im September 2020 wurden die Zwillinge fremdplatziert, wobei bereits zuvor eine Beistandschaft für sie errichtet wurde.

[4] Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt reiste A. erneut in die Schweiz ein; hier wurde er am 10. August 2021 verhaftet, da er wegen eines möglichen ausländerrechtlichen Delikts zur Fahndung ausgeschrieben war. Am 11. August 2021 ersuchte er erneut um Asyl. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2021 trat das SEM auf das Asylgesuch nicht ein.

[5] Bereits am 7. Oktober 2021 hatte A. um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat mit B. ersucht. Das Migrationsamt des Kantons Zürich wies das Gesuch mit Verfügung vom 26. Januar 2022 ab und A. aus der Schweiz weg; einem allfälligen Rekurs entzog es die aufschiebende Wirkung.

[6] Am 2. März 2022 erhob A. Rekurs und beantragte – in prozessualer Hinsicht – um Anordnung eines Vollzugsstopps sowie Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und – in der Hauptsache – um Gutheissung des Gesuchs um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat. Mit prozessleitender Anordnung vom 3. März 2022 wies die Sicherheitsdirektion die prozessualen Anträge ab.

[7] Dagegen erhob A. mit Eingabe vom 11. März 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Mit Präsidialverfügung vom 16. März 2022 wies die Abteilungspräsidentin das Gesuch um Anordnung eines superprovisorischen Vollzugsstopps ab. Dagegen erhob A. am 19. April 2022 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht. Mit Verfügung vom 21. April 2022 hiess die zuständige Abteilungspräsidentin des Bundesgerichts das Gesuch von A. um Erlass vorsorglicher Massnahmen insofern gut, als Vollzugshandlungen während des bundesgerichtlichen Verfahrens untersagt wurden.

[8] Mit Urteil vom 13. April 2022 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde betreffend Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab (VGer/ZH, Urteil [VB.2022.00151](#) vom 13. April 2022). Das Urteil wurde A. am 20. April 2022 eröffnet, also einen Tag nachdem A. den mit Präsidialverfügung vom 16. März 2022 verweigerten Vollzugsstopp mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten hatte.

[9] Das Bundesgericht kam nach Eröffnung des verwaltungsgerichtlichen Urteils vom 13. April 2022 mit Verfügung vom 4. Mai 2022 zum Schluss, dass A. kein aktuelles Interesse mehr daran habe, zu prüfen, ob die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Erlass superprovisorischer Massnahmen zu Recht abgewiesen hatte. Es schrieb das Verfahren folglich als gegenstandslos geworden ab, wobei betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolgen davon ausgegangen wurde, dass die Beschwerde voraussichtlich gutgeheissen worden wäre, womit keine Gerichtskosten erhoben und dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zugesprochen wurde (BGer, Verfügung [2C_303/2022](#) vom 4. Mai 2022).

[10] Gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil vom 13. April 2022 betreffend Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung erhob A. am 16. Mai 2022 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und dem Rekurs vom 2. März 2022 gegen den Entscheid des Migrationsamts vom 26. Januar 2022 sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zudem sei das Migrationsamt im Sinne einer superprovisorischen Massnahme anzuweisen, während des Verfahrens von jeglichen Wegweisungsvollzugshandlungen abzusehen. Am 17. Mai 2022 entsprach die Abteilungspräsidentin dem Gesuch von A. um vorsorgliche Massnahmen und ordnete erneut an, dass jegliche Vollzugshandlungen während des bundesgerichtlichen Verfahrens zu unterbleiben hätten. Mit Urteil vom 13. September 2022 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab (BGer, Urteil [2C_376/2022](#) vom 13. September 2022).

[11] Bereits zuvor, nämlich mit Rekursentscheid vom 24. Mai 2022, hatte die Sicherheitsdirektion den Rekurs in der Hauptsache abgewiesen (Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung) und A. dagegen am 24. Juni 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht Zürich erhoben. Am 3./4. und 6. Juli 2022 reichte A. die folgenden Dokumente beim Verwaltungsgericht Zürich und beim Bundesgericht ein: ein Standortgespräch des Hauses, in das die Umplatzierung der Zwillinge erfolgt war, sowie eine Bestätigung des Zivilstandsamts der Stadt Zürich vom 4. Juli 2022, wonach das Ehevorbereitungsverfahren und die Aktenprüfung erfolgreich abgeschlossen wurden. Mit Urteil vom 1. September 2022 hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die Beschwerde in der Hauptsache teilweise gut. Die Verfügung des Migrationsamts vom 7. Oktober 2022 (recte: 26. Januar 2022) und die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Rekursentscheids vom 24. Mai 2022 wurden aufgehoben und das Migrationsamt wurde angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat zu erteilen (VGer/ZH, Urteil [VB.2022.00390](#) vom 1. September 2022, Dispositiv-

Ziffer 1).

Rechtliche Erwägungen

Erwägungen zum superprovisorischen Vollzugsstopp

[12] Das Migrationsamt wies das Gesuch um Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung ab und A. aus der Schweiz weg. Weiter entzog es einem allfälligen Rekurs die aufschiebende Wirkung. Die Sicherheitsdirektion und das Verwaltungsgericht wiesen die jeweiligen Gesuche um superprovisorischen Erlass eines Vollzugsstopps ebenfalls ab. Dagegen erhob A. Beschwerde beim Bundesgericht. Dieses schrieb das Verfahren mit Verfügung vom 4. Mai 2022 infolge Gegenstandslosigkeit ab. Aufgrund der Kostenfolge äusserte sich das Bundesgericht jedoch trotzdem zum Vollzugsstopp. Es hielt das Folgende fest (BGer, Verfügung 2C_303/2022 vom 4. Mai 2022, E. 3.2. f.):

3.2. Entscheidet eine Behörde über eine vorsorgliche Massnahme, tut sie dies anhand der ihr bis dahin zur Verfügung stehenden Akten aufgrund einer bloss summarischen Prüfung und Abwägung der im Spiel stehenden Interessen, ohne sich bereits vertieft mit den sich stellenden Sach- und Rechtsfragen auseinanderzusetzen (BGE [139 III 86](#) E. 4.2; [131 III 473](#) E. 2.3). Bei der entsprechenden Interessenabwägung kommt der Behörde praxisgemäss ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (BGE [130 II 149](#) E. 2.2; [129 II 286](#) E. 3). Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist (vgl. BGE [130 II 149](#) E. 2.2). Indessen soll der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen den durch die Endverfügung zu regelnden Zustand weder präjudizieren noch verunmöglichen bzw. das Hauptverfahren nicht von vornherein als gegenstandslos erscheinen lassen (vgl. BGE [130 II 149](#) E. 2.2; Urteil [2C_595/2021](#) vom 30. September 2021 E. 4.3 mit Hinweisen).

3.3. Vorliegend ist aufgrund einer summarischen Prüfung davon auszugehen, dass die Beschwerde voraussichtlich gutgeheissen worden wäre. Die angefochtene Präsidialverfügung, mit welcher ein superprovisorisches Gesuch um Gestattung des prozeduralen Aufenthalts während des vorinstanzlichen Verfahrens abgewiesen wurde, nimmt den Entscheid in der Sache vorweg bzw. führt dazu, dass das Hauptverfahren, dessen Gegenstand einzig die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung im Verfahren vor der Sicherheitsdirektion bildet (Art. 17 Abs. 2 [AIG](#)), seines Sinnes entleert wird. Aus der vorinstanzlichen Interessenabwägung ergibt sich nicht, inwiefern das öffentliche Interesse an der Wegweisung des Beschwerdeführers vor Ausfällung des Entscheids über die aufschiebende Wirkung im konkreten Fall überwiegen soll. Dies ist auch nicht ohne Weiteres ersichtlich, zumal Entscheide über vorsorgliche Massnahmen in der Regel in einem beschleunigten Verfahren ergehen, was sich bereits daran zeigt, dass vorliegend das Urteil in der Hauptsache am 13. April 2022 und somit knapp ein Monat nach der hier angefochtenen Präsidialverfügung vom 16. März 2022 ergangen ist.»

Erwägungen zum prozeduralen Aufenthalt

[13] Das Migrationsamt und die Sicherheitsdirektion gewährten den prozeduralen Aufenthalt nicht. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich befasste sich im Endentscheid vom 13. April 2022 mit der Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beziehungsweise mit dem prozeduralen Aufenthaltsrecht nach Art. 17 [AIG](#). Es rekapituliert in E. 2.1 f. die diesbezügliche Rechtsprechung und wendet sie anschliessend auf den vorliegenden Fall an (E. 2.3 und 2.4). Es hebt es hervor, die Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 42 Abs. 1 [AIG](#) seien nach der Heirat mit der Schweizerin B. nicht offensichtlich erfüllt: A. sei mit Urteil vom 3. Mai 2016 insbesondere wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 20 Monaten verurteilt worden, womit er einen Widerrufgrund nach Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. b [AIG](#) gesetzt habe. Der Umstand, dass die Straffälligkeit seit über sechs Jahren zurückliege und A. sich in dieser Zeit wohlverhalten habe, ändere daran nichts. Weiter beziehe B. seit Jahren Sozialhilfe und es sei – trotz vorliegender Arbeitszusicherung für A. – nicht auszuschliessen, dass auch A. Sozialhilfe beziehen werde. Auch setze die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung voraus, dass mit dem Eheschluss in absehbarer Zeit zu rechnen sei. Dies sei nicht der Fall, da das Zivilstandsamt mit Schreiben vom 22. Oktober 2021 mitgeteilt habe, die Aktenprüfung sei noch nicht abgeschlossen und es müssten noch Papiere nachgereicht werden. Hierbei falle ins Gewicht, dass der Zivilstand von A. noch unklar sei, weil insbesondere nicht klar sei, ob

die in Ungarn erfolgte Scheidung von seiner ungarischen Ehefrau in der Schweiz anerkannt werde. Daher sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz A. den prozeduralen Aufenthalt versagt habe. Ergänzend führt das Verwaltungsgericht aus, dass A. auch aus der Vaterschaft der Zwillinge nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermöge, da er nicht offensichtlich einen Anspruch aus Art. 8 [EMRK](#) ableiten könne; er habe während der letzten Jahre kaum Kontakt zu den Kindern gehabt und sie seien momentan fremdplatziert, wobei auch die momentane Umplatzierung in eine Institution nichts daran ändere. Schliesslich könne er sich auch nicht auf seine Beziehung zu seiner anderen Tochter aus einer früheren Beziehung stützen. Folglich sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

[14] Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde ein, weil in vertretbarer Weise geltend gemacht wurde, die Verweigerung der beantragten Bewilligung vereitle das Recht auf Ehe von A. (Art. 14 BV, Art. 8 i.V.m. Art. 12 [EMRK](#) und Art. 98 Abs. 4 [ZGB](#)) und – mit Bezug auf die Zwillinge – das Recht auf Familienleben (Art. 13 BV und Art. 8 [EMRK](#); BGer, Urteil [2C 376/2022](#) vom 13. September 2022, E. 1.2. m.w.H.). Da es sich um einen kantonalen Zwischenentscheid über eine vorsorgliche Massnahme mit materiellrechtlichen Vorgaben im Bundesrecht handelte, der bei einem Eingriff in das Familienleben einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge haben konnte (Art. 93 [BGG](#)), prüfte das Bundesgericht diesen nur daraufhin, ob verfassungsmässige Rechte verletzt wurden (Art. 98 [BGG](#)), wofür eine qualifizierte Rügepflicht besteht (Art. 106 Abs. 2 [BGG](#); E. 1.3. m.w.H.). Es stützte sich auf den von der Vorinstanz verbindlich festgestellten Sachverhalt, wobei die Eingaben vom 3. und 6. Juli 2022 (Standortgespräche und Bestätigung Abschluss Ehevorbereitungsverfahren und Aktenprüfung) als echte Noven keine Berücksichtigung fanden (Art. 99 und Art. 105 [BGG](#); E. 2).

[15] In E. 3.1. und 3.2. legt das Bundesgericht mit Hinweis auf BGE [139 I 37](#) und [137 I 351](#) seine ständige Rechtsprechung zum Anspruch auf Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung dar. In den E. 3.3. und 3.4. rekapituliert das Gericht seine Rechtsprechung zu Art. 17 [AIG](#):

3.3. Nach Art. 17 Abs. 1 [AIG](#) haben ausländische Personen, die für einen vorübergehenden Aufenthalt eingereist sind und die nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, den entsprechenden Entscheid im Ausland abzuwarten. Die Gesuchstellenden sollen sich – so die Botschaft des Bundesrats – nicht darauf berufen können, dass sie das nachgesuchte Aufenthaltsrecht bereits während des Verfahrens ausüben dürfen, es sei denn, die Bewilligungsvoraussetzungen erschienen als «mit grosser Wahrscheinlichkeit» erfüllt (BBl 2002 3709 ff., 3778). Ist dies der Fall, kann bzw. muss die zuständige kantonale Behörde im Rahmen ihres verfassungskonform (und damit auch in verhältnismässiger Weise; vgl. Art. 5 Abs. 2 [BV](#)) zu handhabenden Ermessens (vgl. Art. 96 Abs. 1 [AIG](#)) den Aufenthalt während des Verfahrens gestatten, falls (1) die Voraussetzungen eines gesetzlichen, verfassungs- oder konventionsrechtlichen Anspruchs auf die Bewilligung mit grosser Wahrscheinlichkeit gegeben erscheinen (Art. 17 Abs. 2 [AIG](#)); (2) keine Widerrufsgründe vorliegen und (3) die betroffene Person ihren Mitwirkungspflichten nach Art. 90 [AIG](#) nachkommt (so Art. 6 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [\[VZAE\]](#); SR 142.201]; BGE [139 I 37](#) E. 2; Urteil [2C 1019/2021](#) vom 17. Mai 2022 E. 4.2.1).

3.4. Allein aus Vorkehren wie der Einleitung ehe- und familienrechtlicher Verfahren, der Einschulung von Kindern, dem Liegenschaftserwerb, der Wohnungsmiete, dem Abschluss eines Arbeitsvertrags oder der Geschäftsgründung oder -beteiligung können grundsätzlich keine Ansprüche im Bewilligungsverfahren abgeleitet werden (Art. 6 Abs. 2 [VZAE](#)). Die Behörden müssen diese Aspekte allerdings dennoch in ihre summarische Würdigung miteinbeziehen, wenn bereits ein schützenswertes Familienleben nach Art. 8 [EMRK](#) besteht, in das mit Art. 17 Abs. 1 [AIG](#) eingegriffen wird. Die Anwendung des Grundsatzes, dass der Bewilligungsentscheid im Ausland abzuwarten ist, muss grundrechtskonform erfolgen; unverhältnismässige, schikanöse Ausreisepflichtungen und Verfahrensverzögerungen sind im Interesse aller Beteiligten unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebots (vgl. Art. 29 Abs. 1 [BV](#)) zu vermeiden. Es soll, wenn möglich, kein zeitraubendes Zwischenverfahren über den prozeduralen Aufenthalt (mit Beschwerdemöglichkeit bis vor Bundesgericht) eingeleitet, sondern vielmehr rasch in der Sache selber entschieden werden (BGE [139 I 37](#) E. 2). Ziel dieser Rechtsprechung ist es – wie jener zu Art. 14 [BV](#) und Art. 12 [EMRK](#) –, die grundsätzliche Ausreisepflicht nach Art. 17 Abs. 1 [AIG](#) zu mildern, wenn sie keinen Sinn (mehr) ergibt,

weil vermutlich die Bewilligung zu erteilen sein wird (Urteile [2C_1019/2021](#) vom 17. Mai 2022 E. 4.2.2; [2D_74/2015](#) vom 28. April 2016 E. 2.2).»

[16] In E. 4 fasst das Gericht die Argumentationen der Vorinstanz und des Beschwerdeführers zusammen. In E. 5 folgt die bundesgerichtliche Subsumtion, wobei die Kognition des Gerichts auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt ist: Das Gericht hält fest, es sei nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz verneine, dass die Zulassungsvoraussetzungen *offensichtlich* erfüllt seien im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AIG i.V.m. Art. 14 BV und Art. 12 EMRK. Aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung vom 3. Mai 2016 liege ein Widerrufsgrund vor (Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. b AIG). Weiter sei die Aktenprüfung des Zivilstandsamts gemäss dem für das Gericht verbindlich festgestellten Sachverhalt noch nicht abgeschlossen. Vor diesem Hintergrund habe die Vorinstanz willkürfrei davon ausgehen dürfen, dass mit dem Eheschluss nicht in absehbarer Zeit zu rechnen sei.

[17] In E. 5.3. hält das Gericht fest, aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV lasse sich zwar kein Anspruch darauf ableiten, den Ausgang eines ausländerrechtlichen Bewilligungs- oder Rechtsmittelverfahrens – entgegen der Grundsatzregelung von Art. 17 AIG – im Land abwarten zu dürfen. Dennoch müsse die Handhabung des prozeduralen Aufenthalts als Ganzes im Einzelfall im Rahmen der Interessenabwägung den Vorgaben von Art. 8 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 36 BV Rechnung tragen. Soweit die Verweigerung des prozeduralen Aufenthalts in durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte und bereits gelebte Beziehungen eingreife, erweise es sich für den Beschwerdeführer als zumutbar, das Rekursverfahren im Ausland abzuwarten und den Kontakt zu seinen Kindern und zu seiner Verlobten in dieser Zeit vom Ausland her zu pflegen: Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz habe sich der Beschwerdeführer bis vor seiner erneuten Einreise in die Schweiz in Ungarn befunden. Er habe ab September 2018 nicht (mehr) mit seiner Verlobten zusammengelebt; zu den Zwillingen habe er in den letzten Jahren kaum Kontakt gehabt.

[18] Nach diesen Ausführungen geht das Bundesgericht in Auseinandersetzung mit der Argumentation des Beschwerdeführers auf das bundesgerichtliche Urteil [2C_800/2018](#) ein: Vorliegend stehe nur, aber immerhin, der prozedurale Aufenthalt in Frage. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers sei deshalb nicht ersichtlich, weshalb ihm mit der Verweigerung des prozeduralen Aufenthalts generell die Möglichkeit genommen würde, jemals mit seinen Kindern zusammenzuleben bzw. das Aufenthaltsbestimmungsrecht oder die elterliche Obhut wiederzuerlangen. Umgekehrt bestünden auch keine Hinweise, dass ohne Anwesenheit des Beschwerdeführers während des Rekursverfahrens das Kindeswohl gefährdet wäre, zumal die Zwillinge länger ohne ihren Vater gelebt hätten und es sich gewohnt seien, nicht mit ihm zusammen zu sein. Den Interessen des Beschwerdeführers und den Kindesinteressen könne somit im Rahmen des Entscheids in der Sache hinreichend Rechnung getragen werden. Der Miteinbezug des Beschwerdeführers im Rahmen der (beabsichtigten) Umplatzierung der Zwillinge sei sodann in erster Linie auf den Umstand zurückzuführen, dass er in die Schweiz einreiste bzw. hier verblieb, anstatt das Bewilligungsverfahren im Ausland abzuwarten. Art. 17 AIG wolle indessen gerade verhindern, dass der Gesuchsteller durch einen unbewilligten Aufenthalt in der Schweiz vollendete Tatsachen schaffe, die er bei rechtmässigem Verhalten nicht hätte schaffen können, und dadurch privilegiert werde gegenüber denjenigen, die das korrekte Verfahren einhalten (E. 5.4. m.w.H.). In Anbetracht der materiellen Erfolgsaussichten sowie der auf dem Spiel stehenden privaten und öffentlichen Interessen erweise sich der Entscheid der Vorinstanz, dem Beschwerdeführer den prozeduralen Aufenthalt zu verweigern, als verfassungs- bzw. konventionskonform; dies gelte auch unter Berücksichtigung der angerufenen Vorschriften der Kinderrechtskonvention, die praxismässig keine über die Garantien von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV hinausgehenden eigenständigen Bewilligungsansprüche verschafften.

Erwägungen zur Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung

[19] Das Migrationsamt entsprach dem Gesuch auch in der Hauptsache nicht; es stellte keine Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung aus. Den dagegen erhobenen Rekurs wies die Sicherheitsdirektion mit Entscheid vom 24. Mai 2022 ab. Dagegen erhob A. Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dieses hiess die Beschwerde teilweise gut. In der Hauptsache hielt es das Folgende fest (E. 3.1):

Nach Art. 98 Abs. 4 ZGB müssen Verlobte, die nicht Schweizer Bürgerinnen oder Schweizer Bürger sind, während des Vorbereitungsverfahrens ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz

nachweisen, ansonsten die Zivilstandsbeamten die Trauung nicht vollziehen dürfen (vgl. auch Art. 66 Abs. 2 lit. e i.V.m. Art. 67 Abs. 3 [ZStV](#)). In Konkretisierung des Gesetzeszwecks dieser Bestimmung und in Beachtung des von Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützten Familienlebens sind die Migrationsbehörden gehalten, Ehemittler ohne Aufenthaltsrecht zur Vermeidung einer Verletzung ihres Rechts auf Ehe gemäss Art. 12 EMRK bzw. dem analog ausgelegten Art. 14 BV eine vorübergehende (Kurz-)Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, sofern keine Hinweise vorliegen, dass die ausländische Person mit ihrem Vorhaben die Vorschriften über den Familiennachzug umgehen will, und «klar» erscheint, dass sie nach der Heirat mit dem Ehepartner in der Schweiz wird verbleiben können, das heisst, sie auch die weiteren hierfür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt (analoge Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AIG; [...]). Für die Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung zum Zweck der Eheschliessung ist sodann vorausgesetzt, dass mit dem Eheschluss in absehbarer Zeit zu rechnen ist (zum Ganzen VGr, 18. Februar 2021, VB.2020.00399, E. 2.1 Abs. 1 – 1. September 2020, VB.2020.00189, E. 2.3.1).»

[20] Im Rahmen der Subsumtion hält das Verwaltungsgericht zunächst fest, dass nichts darauf hindeute, dass die Verlobten keine echte Beziehung leben (E. 3.2.1 m.H. auf BGer, Urteil [2C_17/2019](#) vom 7. Juni 2019, E. 4.1 f.). Weiter sei nunmehr in absehbarer Zeit mit dem Eheschluss zu rechnen, nachdem das Zivilstandsamt am 4. Juli 2022 bestätigte, dass das Vorbereitungsverfahren und die Aktenprüfung abgeschlossen seien und es nur noch an den Unterschriften sowie am Nachweis über den rechtmässigen Aufenthalt von A. fehle (E. 3.2.2). Betreffend die strafrechtliche Verurteilung des Jahres 2016 hält das Gericht fest, es sei ein Widerrufsgrund gesetzt worden, jedoch sei in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Straffälligkeit über sechs Jahre zurückliege und er sich seither wohlverhalten habe. Auch habe A. vor der Geburt der Zwillinge delinquent beziehungsweise sich seit deren Geburt nichts mehr zuschulden kommen lassen. Betreffend die Sozialhilfe hielt das Verwaltungsgericht fest, die in den Akten liegende Arbeitszusicherung vermöge am diesbezüglichen Risiko nichts zu ändern, jedoch sei A. gewillt, Deutsch zu lernen, um sich auf dem Arbeitsmarkt integrieren zu können; dies sei ihm grundsätzlich auch möglich, zumal er erst rund 40 Jahre alt und – soweit ersichtlich – gesund sei. Weiter sei im Rahmen der summarischen Prüfung zu berücksichtigen, dass sich im Vergleich zum Verfahren betreffend den prozeduralen Aufenthalt ([VB.2022.00151](#)) folgende wesentliche Veränderung des Sachverhalts ergeben habe: A. wohne seit dem 3. Mai 2022 gemeinsam mit der Verlobten und den Zwillingen. Er habe damit die Beziehung zu seinen beiden Kindern in den letzten vier Monaten intensiviert und sich aktiv an deren Erziehung und Betreuung beteiligt. Gemäss der Beiständin sei A. eine «riesen Ressource». Sein Einbezug bei der Kinderbetreuung sei «eine Bedingung für eine gelingende Mutter-Kind Platzierung». Dieser intensivierten Vater-Kind-Beziehung sei bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit des mit einer Bewilligungsverweigerung verbundenen Eingriffs in den Anspruch auf Schutz des Familienlebens (Art. 8 EMRK) Rechnung zu tragen (E. 3.2.2 m.H. auf BGer, Urteile [2C_707/2021](#) vom 2. Februar 2022 E. 5.2 und [2C_1009/2018](#) vom 30. Januar 2019 E. 3.5). Insgesamt sei somit im Sinne einer summarischen Gesamtwürdigung davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer nach erfolgter Hochzeit eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen sei. Folglich sei die Beschwerde gutzuheissen und der Beschwerdegegner anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat zu erteilen (E. 3.3).

Kommentar

[21] Die Grundrechte auf Ehe und Familie sind gewährleistet (Art. 14 BV und Art. 12 EMRK und Art. 13 BV und Art. 8 EMRK). Sie müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen; die Behörden sind als Träger staatlicher Aufgaben daran gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 1 und 2 BV) – dies erfordert nicht nur einen (passiven) Respekt, sondern auch einen (aktiven) Beitrag (JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018, S. 52). Die oben geschilderten Verfahrensabläufe vermitteln allerdings den Eindruck, den kantonalen Instanzen sei die rasche Anordnung des Wegweisungsvollzugs weit vordringlicher gewesen als aktiv zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen und in der Hauptsache prioritär zu entscheiden: Mit Einreichung des Gesuchs um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung sowie Gewährung des prozeduralen Aufenthaltsrechts beim Migrationsamt Zürich befand sich A. ausländerrechtlich in einem sogenannten «Schwebezustand», womit sein Aufenthalt nicht illegal war (MARC SPESCHA, in: Marc Spescha/Andreas Zünd/Peter Bolzli/Constantin Hruschka/Fanny de Weck [Hrsg.], OFK-Migrationsrecht, 5. Aufl., Zürich 2019, Art. 17 N 6 und ANDREAS ZÜND, in: Marc Spescha/Andreas Zünd/Peter

Bolzi/Constantin Hruschka/Fanny de Weck [Hrsg.], OFK-Migrationsrecht, 5. Aufl., Zürich 2019, Art. 115 N 7). Das Migrationsamt wies die Gesuche um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung sowie um Gewährung des prozeduralen Aufenthalts ab und A. aus der Schweiz weg und entzog allfälligen Rekursen die aufschiebende Wirkung. Die Rekursinstanz wies das Begehren um Vollzugsstopp einen Tag nach Eingang des Rekurses ab, das Verwaltungsgericht fünf Tage nach Eingang der dagegen erhobenen Beschwerde. Erst die Präsidentin der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts ordnete einen Vollzugsstopp an.

[22] Wie das Bundesgericht in der Verfügung vom 4. Mai 2022 richtig ausführt, nimmt die Anordnung des Vollzugs den Entscheid über die Gewährung des prozeduralen Aufenthalts respektive der aufschiebenden Wirkung vorweg (BGer, Urteil [2C_303/2022](#) vom 4. Mai 2022 E. 3.3.; die Gewährung des prozeduralen Aufenthalts nach Art. 17 Abs. 2 AIG entspricht im Ergebnis der Gewährung der aufschiebenden Wirkung im Rechtsmittelverfahren, vgl. PETER UEBERSAX/ROSWITHA PETRY/CONSTANTIN HRUSCHKA/NULA FREI/CHRISTOPH ERRASS, Migrationsrecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2021, S. 81 f. sowie PETER UEBERSAX/STEFAN SCHLEGEL, Einreise und Anwesenheit, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugli Yar/Thomas Geiser/Luzia Vetterli [Hrsg.], HAP Ausländerrecht, 3. Aufl., Basel 2022, Rz. 9.521). Auch ergehen Entscheide über superprovisorische Gesuche um Vollzugsstopp gestützt auf eine Interessenabwägung, wobei im vorliegenden Fall keine öffentlichen Interessen ersichtlich waren, die eine Abweisung gerechtfertigt hätten – dies umso weniger, als es auch in der Hauptsache um eine vorsorgliche Massnahme ging, nämlich um den *prozeduralen* Aufenthalt, mithin um einen Entscheid, der in einem beschleunigten Verfahren zu ergehen hat (BGer, Urteil [2C_303/2022](#) vom 4. Mai 2022 E. 3.3.). Offensichtlich hätten bereits bei dieser Interessenabwägung die Grundrechte auf Ehe und Familie berücksichtigt werden müssen. Weiter hätten die Interessen der beiden vom Entscheid betroffenen Kinder vorrangig berücksichtigt werden müssen (Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 [KRK]; SR 0.107). Der Entzug der aufschiebenden Wirkung durch das Migrationsamt sowie die unmittelbare Anordnung des Vollzugs durch die Rechtsmittelinstanzen stützten sich nicht nur auf eine vom Bundesgericht anders vorgenommene Interessenabwägung, sie nahmen auch den nachfolgenden Entscheid betreffend den prozeduralen Aufenthalt vorweg und hätten den Entscheid über die Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung negativ präjudiziert, wäre die Rechtsvertreterin nicht ans Bundesgericht gelangt, um einen Vollzugsstopp zu erwirken.

[23] Betreffend den prozeduralen Aufenthalt nach Art. 17 AIG rekapitulieren die Urteile die mit BGE [139 I 37](#) begründete ständige Rechtsprechung. Die bundesgerichtliche Subsumtion im vorliegenden Fall überzeugt jedoch nicht durchwegs: Das Bundesgericht schützte die vorinstanzliche Abweisung des Gesuchs um Gewährung des prozeduralen Aufenthalts respektive Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung u.a. mit Hinweis auf die Verurteilung des Beschwerdeführers vom 3. Mai 2016 wegen mehrfacher und teils qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 20 Monaten (BGer, Urteil [2C_376/2022](#) vom 13. September 2022 E. 5.2.).

[24] A. hatte sich seither jedoch während rund sechs Jahren wohlverhalten, womit die Verurteilung einen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Recht auf Ehe und Familie offensichtlich nicht mehr hätte rechtfertigen können. Dies wäre gemäss Rechtsprechung nicht nur bei der Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung zu berücksichtigen gewesen, sondern auch bei der Gewährung des prozeduralen Aufenthalts: Das Bestehen eines Widerrufsgrunds allein rechtfertigt die Nichtgewährung des prozeduralen Aufenthalts nämlich nicht, vielmehr bedarf es auch hier einer Interessenabwägung, die den Grundrechten Rechnung trägt. Dies zeigt sich z.B. beim Urteil [2C_76/2013](#) vom 23. Mai 2013, wo zwei Verurteilungen aus den Jahren 2006 und 2009 (die erste auch wegen Delikten gegen das Betäubungsmittelgesetz) einer Gewährung des prozeduralen Aufenthalts im Jahre 2012 respektive 2013 nicht entgegenstand.

[25] Es ist denn auch nicht nachvollziehbar, dass die Argumente, wonach A. vor der Geburt der Zwillinge delinquierte, die Tat mehr als sechs Jahre zurücklag und A. sich seither wohlverhalten hatte, beim Gesuch um Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung berücksichtigt wurden, beim Verfahren betreffend den prozeduralen Aufenthalt aber nicht (vgl. VGer/ZH, Urteil [VB.2022.00390](#) vom 1. September 2022 E. 3.2.3 betreffend die Kurzaufenthaltsbewilligung: «Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Straffälligkeit des Beschwerdeführers heute über sechs Jahre zurückliegt und er sich seither wohlverhalten hat [...]. Ebenso ist von Bedeutung, dass der Beschwerdeführer vor der Geburt von E und F delinquierte bzw. sich seit

deren Geburt nichts mehr zuschulden kommen liess.» Im VGer/ZH-Urteil [VB.2022.00151](#) vom 13. April 2022 E. 2.3 heisst es dagegen: «Damit hat er einen Widerrufsgrund [...] gesetzt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass diese Straffälligkeit heute über sechs Jahre zurück [sic!] und der Beschwerdeführer sich seither wohlverhalten hat»). Aufgrund der mit BGE [110 Ib 201](#) begründeten «Reneja-Praxis» erscheint im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AIG offensichtlich, dass eine vor über sechs Jahren ausgesprochene bedingte Freiheitsstrafe von 20 Monaten einen Eingriff in das Ehe- und Familienleben zur Schweizer Ehefrau und den Zwillingen nicht zu rechtfertigen vermag (grundsätzlich kritisch zur Möglichkeit der Einschränkung des Rechts auf Ehe aufgrund der persönlichen Situation der Ehemittler: LUCA MONTISANO, Das Recht auf Ehe und Familie im Migrationsrecht, IMPULSE, Band 43, Zürich 2019, S. 46 f. m.w.H.). Dies hätte bereits beim prozeduralen Aufenthalt berücksichtigt werden müssen.

[26] Das Gesuch um Gewährung des prozeduralen Aufenthalts wurde auch mit der Begründung abgelehnt, dass im Zeitpunkt der Ablehnung der Abschluss des Ehevorbereitungsverfahrens nicht absehbar gewesen sei (BGer, Urteil [2C_376/2022](#) vom 13. September 2022 E. 5.2.). Gemäss Bundesgericht ist die Eheschliessung absehbar, «wenn mit der Beibringung der erforderlichen Papiere innert der für die Vorbereitung der Eheschliessung üblichen Zeitperiode von sechs Monaten gerechnet werden kann; der entsprechende prozedurale Aufenthalt ist gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip allenfalls ausnahmsweise sach- und fallgerecht anzupassen» (BGer, Urteil [2D_14/2021](#) vom 5. Oktober 2021 E. 4.1.; vgl. hierzu PETER BOLZLI/LISA RUDIN/SVEN GRETZER, Migrationsrecht, Zürich/Basel/Genf 2022, Ziff. 8.4 m.w.H.). Dass die sechsmonatige Frist nicht absolut gilt, ergibt sich nicht zuletzt aus Art. 2 lit. e der [Verordnung des EJPD über das ausländerrechtliche Zustimmungsverfahren](#) (ZV-EJPD; [SR 142.201.1](#)), wonach Aufenthaltsbewilligungen zwecks Vorbereitung der Heirat für einen Aufenthalt von bis zu einem Jahr ohne Zustimmung des SEM und selbst überjährige Aufenthalte mit Zustimmung des SEM bewilligt werden können. Gemäss einschlägiger Weisung sollen solche Aufenthalte insbesondere möglich sein, wenn die Beglaubigung von Zivilstandsdokumenten sehr viel Zeit benötigt (SEM-Weisung Ausländerrecht, Ziff. 5.6.5).

[27] Aufgrund des Novenverbots durfte das Bundesgericht die Bestätigung des Zivilstandsamtes vom 4. Juli 2022 betreffend Abschluss des Vorbereitungsverfahrens vorliegend nicht berücksichtigen. Auch war nicht nur die Aktenprüfung im Ehevorbereitungsverfahren ausstehend, sondern der Zivilstand von A. zumindest im Oktober 2021 noch unklar. Trotzdem erscheint die Schlussfolgerung, der Abschluss des Ehevorbereitungsverfahrens sei nicht absehbar, im Lichte der obigen Ausführungen als zu apodiktisch. Das Verwaltungsgericht urteilte am 13. April 2022, der Eheschluss sei nicht absehbar (VGer/ZH, Urteil [VB.2022.00151](#) vom 13. April 2022 E. 2.3), das Zivilstandsamt bestätigte aber nicht einmal drei Monate später (nämlich am 4. Juli 2022) den Abschluss des Ehevorbereitungsverfahrens. Dies zeigt, dass eine andere Auffassung zumindest vertretbar, wenn nicht sogar geboten gewesen wäre. Im Übrigen wäre zu prüfen gewesen, ob nicht bereits in diesem Zeitpunkt ein aufenthaltsbegründendes Konkubinat vorlag (vgl. hierzu BGer, Urteil [2C_702/2011](#) vom 23. Februar 2012 E. 4.4.; SEM-Weisung Ausländerrecht, Ziff. 5.6.4 sowie LAURA AEBERLI, Ausländische Personen in ausserehelichen Lebens- und Familiengemeinschaften, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugli Yar/Thomas Geiser/Luzia Vetterli [Hrsg.], HAP Ausländerrecht, 3. Aufl., Basel 2022, Rz. 24.44 ff.).

[28] Praktisch unberücksichtigt blieb der kinderschutzrechtliche Hintergrund des Falls: Die Tatsache, dass sich die Familie gerade im Zeitpunkt, in dem über den prozeduralen Aufenthalt entschieden wurde, in einer höchst fragilen und für die gemeinsame Zukunft entscheidenden Phase befand, wurde kaum berücksichtigt. Just im Sommer 2022 wurde nämlich die Rückplatzierung der Zwillinge in Betracht gezogen, was die Rechtsvertreterin vor Bundesgericht vorbrachte (BGer, Urteil [2C_376/2022](#) vom 13. September 2022 E. 4.2.). Sie betonte insbesondere die Wichtigkeit der physischen Unterstützung durch A. für die Kindsmutter und die Zwillinge, die Gefahr des Scheiterns und folglich die Präjudizierung des kinderrechtlichen Verfahrens im Fall einer Verweigerung des prozeduralen Aufenthalts von A. sowie die fehlende bisherige Koordination der beiden Verfahren (ebenda). Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, es stehe – anders als im Urteil [2C_800/2018](#) – «nur aber immerhin der prozedurale Aufenthalt infrage», weshalb nicht ersichtlich sei, dass A. mit der Verweigerung desselben die Möglichkeit genommen würde, jemals mit den Kindern zusammenzuziehen bzw. das Aufenthaltsbestimmungsrecht oder die elterliche Obhut wiederzuerlangen (BGer, Urteil [2C_376/2022](#) vom 13. September 2022 E. 5.3.). Auch bestünden keine Hinweise, dass das Kindeswohl ohne Anwesenheit von A. gefährdet wäre. Den Interessen von A. und der Zwillinge könne somit im Rahmen des Entscheids in der Sache (Kurzaufenthalt zwecks Eheschliessung) hinreichend Rechnung getragen werden.

[29] Dies überzeugt wenig, insbesondere im Vergleich mit dem bundesgerichtlichen Urteil [2C_800/2018](#) vom 12. Februar 2020, wo es dem Gericht gelang, mit der nötigen Sensibilität für die familiären Umstände des Falls eine Art. 8 EMRK und Art. 3 KRK respektierende Lösung zu finden (vgl. zu diesem Urteil MARC SPESCHA/VALERIO PRIULI, Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht [FZA/AIG/EMRK] ab November 2018 bis Ende August 2020, in: FamPra.ch 1/2021, S. 49 ff., S. 53 ff.). In jenem Urteil hob das Bundesgericht zweierlei hervor, nämlich die Notwendigkeit der sachgerechten Koordination von migrationsrechtlichen Verfahren mit Kindesschutzverfahren (BGer, Urteil [2C_800/2018](#) vom 12. Februar 2020 E. 5.5. m.H. auf BGer, Urteil [5A_618/2016](#) vom 26. Juni 2017 E. 2.1) und die Pflicht der Migrationsbehörden, im Rahmen des Möglichen Entscheide zu treffen, welche eine Zusammenführung eines (alleinigen) Elternteils mit einem Kind nicht definitiv ausschliessen (BGer, Urteil [2C_800/2018](#) vom 12. Februar 2020 E. 5.5. m.H. auf BGer, Urteil [2C_972/2011](#) vom 8. Mai 2012 E. 4.2); bei Schweizern Kindern steht hierbei die Zusammenführung in der Schweiz im Vordergrund (vgl. BGer, Urteil [2C_972/2011](#) vom 8. Mai 2012 E. 4.2).

[30] Weshalb diese Prinzipien beim Verfahren um den *prozeduralen Aufenthalt* nicht oder anders gelten sollen, erschliesst sich nicht. Entscheidend ist vielmehr der Stand des Kindesschutzverfahrens und hier verhielt es sich ja so, dass die Rückplatzierung während hängigem ausländerrechtlichem Verfahren erfolgte – diese beiden Verfahren hätten folglich koordiniert werden müssen. Aus Sicht des Kommentators hätten im Rahmen der Koordination die Interessen der Familie und der vom Entscheid betroffenen Kinder vorrangig berücksichtigt werden müssen (überwiegende öffentliche Interessen sind jedenfalls nicht auszumachen). Damit spricht nicht – wie vom Bundesgericht vorgebracht – die prozedurale Natur des Aufenthalts *gegen* die Gewährung desselben, sondern die Interessen der Familie sprechen *für* die «nur aber immerhin» prozedurale Anwesenheit von A. während der Rückplatzierung.

[31] Nach Ansicht des Bundesgerichts war der Miteinbezug des Beschwerdeführers im Rahmen der Rückplatzierung nur möglich, weil er das Bewilligungsverfahren nicht im Ausland abgewartet hatte. Dies lief Art. 17 AIG insofern zuwider, als dieser verhindern wolle, durch einen unbewilligten Aufenthalt Fakten schaffen zu können, die man bei einem rechtmässigen Aufenthalt nicht hätte schaffen können (BGer, Urteil [2C_376/2022](#) vom 13. September 2022 E. 5.4.). Diese Sichtweise lässt sich mit dem verfassungsmässig vorgeschriebenen (aktiven) Beitrag der Behörden zur Verwirklichung des Rechts auf Ehe und Familie (Art. 35 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 BV und Art. 12 EMRK respektive Art. 13 BV und Art. 8 EMRK) sowie der völkerrechtlich vorgeschriebenen vorrangigen Berücksichtigung der Kindesinteressen nicht in Einklang bringen (Art. 3 Abs. 1 KRK) und verkennt m.E. auch das Ziel von Art. 17 Abs. 2 AIG.

[32] In der Hauptsache wurde A. mit verwaltungsgerichtlichem Urteil [VB.2022.00390](#) vom 1. September 2022 eine Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat zugesprochen. Bemerkenswerterweise berücksichtigte das Verwaltungsgericht bei der summarischen Prüfung, ob die Voraussetzungen der Bewilligungserteilung nach erfolgter Eheschliessung erfüllt sein werden, dass A. seit 3. Mai 2022 gemeinsam mit der Verlobten und den Zwillingen «im Haus G.» lebte, A. in «den letzten rund vier Monaten» die Beziehung zu den Zwillingen intensiviert und sich aktiv an deren Erziehung und Betreuung beteiligt habe und er gemäss Beiständin eine «riesen Ressource» sei, wobei sein Einbezug bei der Kinderbetreuung eine Bedingung für die gelingenden Mutter-Kind-Platzierung sei. Diese wesentlichen Sachverhaltsänderungen sind allesamt während hängigem Verfahren zustande gekommen. Dies zeigt, dass die Anwesenheit von A. für das Zusammenwachsen der Familie wesentlich war. Damit zeigt sich, dass gerade der Aufenthalt während des Verfahrens für die gemeinsame familiäre Zukunft ausschlaggebend war, weshalb der Verwirklichung der Grundrechte auf Ehe und Familie bereits im Rahmen von vorsorglichen Entscheiden gebührend Rechnung zu tragen ist.

[33] An einschlägigen Fachveranstaltungen vernimmt man hin und wieder die Klage, das Migrationsrecht werde immer komplizierter und die Verfahren immer aufwendiger. Wenn man sich vor Augen führt, dass das vorliegende Verfahren zur Vorbereitung der Heirat zwei Mal bis zum Bundesgericht und ein drittes Mal bis zum Verwaltungsgericht Zürich führte, wird die Klage vorliegend eindrücklich bestätigt. Auch die feinen, fast schon sophistischen Unterscheidungen zwischen den Voraussetzungen des (superprovisorischen) Vollzugsstopps, des (provisorischen) prozeduralen Aufenthalts und der (temporären) Kurzaufenthaltsbewilligung oder Duldung zwecks Eheschliessung erscheinen angesichts der diesen Ansprüchen zugrundeliegenden tatsächlichen Familienkonstellationen und Lebensumstände allzu formalistisch. Die langwierigen prozeduralen Streitigkeiten

hätten sich ohne Weiteres vermeiden lassen, wenn die Rechtsmittelinstanzen dem Grundsatz der Priorität des Bewilligungsverfahrens in der Hauptsache mehr Gewicht geschenkt hätten, wie dies vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung auch stets gefordert wird (vgl. schon BGE [139 I 37](#) E. 2.2). Noch grundsätzlicher stellt sich die Frage, ob Art. 17 AIG gegenüber der altrechtlichen Konzeption von Art. 1 Abs. 1 ANAV nicht eine gesetzgeberische «Verschlimmbesserung» darstellt, da der Streit um die Frage, ob ein Anwendungsfall von Art. 17 Abs. 2 AIG gegeben sei, vorprogrammiert ist. Nach altem Recht durfte demgegenüber die rechtmässig eingereiste ausländische Person nach Anmeldung und Gesuchstellung während des Verfahrens grundsätzlich im Land verbleiben, wobei abweichende Anordnungen der zuständigen Behörden vorbehalten waren. Damit war die Wegweisung besonders begründungsbedürftig, womit wohl sichergestellt war, dass diese auf Fälle beschränkt blieb, in denen das öffentliche Interesse an der Wegweisung auch tatsächlich überwog.

VALERIO PRIULI, Rechtsanwalt und Dr. iur., Dozent für Völker- und Europarecht mit Schwerpunkt Migrationsrecht an der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften.

Zitiervorschlag: Valerio Priuli, Hürdenreicher Weg zur Verwirklichung des Rechts auf Ehe und Familienleben, in: dRSK, publiziert am 30. Dezember 2022

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch