

**Geschäftsnummer: VB.2023.00288**

Entscheidart und - datum: Endentscheid vom 22.11.2023

Spruchkörper: 4. Abteilung/4. Kammer

Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Rechtsgebiet: Ausländerrecht

**Betreff: Aufenthaltsbewilligung**

Stichworte:

[AFFEKTIV BESONDERS ENGE BEZIEHUNG](#)[BEZIEHUNGSNÄHE](#)[BURKINA FASO](#)[EINGRIFF](#)[FAMILIENLEBEN](#)[FREMDPLATZIERUNG](#)[MUTTER-KIND-BEZIEHUNG](#)[SCHWEIZER KIND](#)[WIRTSCHAFTLICH BESONDERS ENGE BEZIEHUNG](#)

Rechtsnormen:

Art. 8 Abs. 1 EMRK

Art. 3 KRK

Publikationen:

- keine -

[Die Beschwerdeführerin, eine 1980 geborene Staatsangehörige Burkina Fasos, hält sich seit 2006 ohne Bewilligung in der Schweiz auf; sie ist Mutter zweier 2008 bzw. 2012 geborenen Söhne, die inzwischen eingebürgert sind und beim Vater leben.]

Die Beschwerdeführerin pflegt die Beziehung zu ihren beiden Söhnen nur beschränkt über unmittelbare Kontakte und kommt nicht für ihren Unterhalt auf. Dieser Umstand ist jedoch massgeblich auf ihren prekären Aufenthaltsstatus und ihre Wohnsituation (Unterbringung in Durchgangszentren, Notunterkünften) zurückzuführen und kann ihr somit nicht direkt vorgeworfen werden (E. 2.3.1 f.). Dass sie die Beziehung zu ihren Söhnen von Burkina Faso aus pflegen könnte, erscheint nicht realistisch. Generell ist fraglich, ob der Beschwerdeführerin die Ausreise ins Heimatland überhaupt zugemutet werden kann (E. 2.3.4). In diesem speziell gelagerten Fall verletzt die Wegweisung der Beschwerdeführerin Art. 8 EMRK (E. 2.4).

Gutheissung.



VB.2023.00288

## Urteil

der 4. Kammer

vom 22. November 2023

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Tamara Nüssle (Vorsitz), Verwaltungsrichter Reto Häggi Furrer,  
Verwaltungsrichter Martin Bertschi, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert.

In Sachen

A, vertreten durch RA B,

**Beschwerdeführerin,**

gegen

Migrationsamt des Kantons Zürich,

**Beschwerdegegner,**

**betreffend Aufenthaltsbewilligung,**

hat sich ergeben:

## **I.**

**A.** A, eine am 6. März 1980 geborene Staatsangehörige Burkina Fasos, reiste im Dezember 2006 illegal in die Schweiz ein und ersuchte knapp zwei Jahre später erstmals um Erteilung einer "Aufenthaltsbewilligung [...] aufgrund eines Härtefalls". Das Migrationsamt des Kantons Zürich unterbreitete das Gesuch dem Bundesamt für Migration (heute: Staatssekretariat für Migration), welches einer Bewilligungserteilung mit Verfügung vom 2. März 2010 die Zustimmung verweigerte. Auf ein dagegen erhobenes Rechtsmittel trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 27. Juli 2010 nicht ein, sodass A verpflichtet gewesen wäre, die Schweiz bis am 23. November 2010 zu verlassen.

Ihrer Ausreiseverpflichtung nicht nachkommend, lebt A seither in verschiedenen Durchgangszentren oder Notunterkünften; eine zwangsweise Rückführung nach Burkino Faso war jedenfalls bislang nicht möglich.

**B.** A hat zwei Söhne, C (geboren 2008) und D (2012), mit einem in der Schweiz wohnhaften Staatsangehörigen Österreichs. Die beiden Knaben wurden im September 2013 nach mehreren Gefährdungsmeldungen vorübergehend fremdplatziert und A das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen. Mit Beschlüssen vom 25. Juni 2015 wurden die Kinder unter die Obhut des Vaters gestellt und diesem das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht eingeräumt; die elterliche Sorge verblieb bei beiden Elternteilen. Seit Juli 2015 leben C und D beim Vater, dessen Ehefrau und der Halbschwester im Kanton E. Laut der Mutter wurden die Knaben vor Kurzem eingebürgert.

Unter Hinweis auf ihre familiäre Situation ersuchte A über die Jahre hinweg wiederholt um eine Aufenthaltsbewilligung. Auf die entsprechenden Gesuche vom 9. Februar und 7. März 2011, 2. Juli 2014 und 2. März 2015 trat das Migrationsamt mit Schreiben vom 14. Februar und 7. März 2011, 20. Oktober 2014 und 9. Juni 2015 jeweils (sinngemäss) nicht ein und machte A stattdessen darauf aufmerksam, dass sie die Schweiz verlassen müsse, ansonsten sie mit "Zwangs- und Fernhaltmassnahmen zu rechnen" habe.

**C.** Am 11. Dezember 2020 liess A beim Migrationsamt erneut um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchen, da ihre "Ausschaffung [...] ohne ihre Kinder eine inakzeptable Zerstörung des Mutter-Kinderverhältnisses bewirken" würde. Auf dieses Gesuch trat das Migrationsamt mit Verfügung vom 16. Dezember 2020 nicht ein und hielt A zum umgehenden Verlassen des schweizerischen Staatsgebiets an.

Am 22. Juni 2021 wies die Sicherheitsdirektion einen dagegen erhobenen Rekurs ab und auferlegte A die Verfahrenskosten. Diesen Entscheid hob das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 3. März 2022 auf (VB.2021.00580) und wies die Angelegenheit zum materiellen Entscheid an das Migrationsamt zurück.

**D.** Das Migrationsamt nahm in der Folge weitere Abklärungen vor und verweigerte A mit Verfügung vom 10. Januar 2023 die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung.

## **II.**

Mit Entscheid vom 18. April 2023 wies die Sicherheitsdirektion einen dagegen erhobenen Rekurs ab (Dispositiv-Ziff. I), forderte A zum unverzüglichen Verlassen der Schweiz auf (Dispositiv-Ziff. II), auferlegte

ihr die Kosten des Rekursverfahrens (Dispositiv-Ziff. III) und verweigerte ihr in Dispositiv-Ziff. IV eine Parteientschädigung.

### III.

A liess am 22. Mai 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben und beantragen, unter Entschädigungsfolge sei der Rekursentscheid vom 18. April 2023 aufzuheben und ihr eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, eventualiter die Sache zur Neuurteilung an die Sicherheitsdirektion zurückzuweisen.

Mit Verfügung vom 23. Mai 2023 ordnete die Abteilungspräsidentin an, dass eine Wegweisungsvollstreckung gegenüber A bis auf Weiteres zu unterbleiben habe. Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 26. Mai 2023 auf eine Vernehmlassung; das Migrationsamt erstattete keine Beschwerdeantwort.

Die Kammer erwägt:

#### 1.

Das Verwaltungsgericht ist nach §§ 41 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) für Beschwerden gegen Rekursentscheide der Vorinstanz betreffend das Aufenthaltsrecht zuständig. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

#### 2.

**2.1** Da die Beschwerdeführerin nie mit dem Vater ihrer beiden Kinder verheiratet war und das Ausländer- und Integrationsgesetz vom 16. Dezember 2005 (AIG, SR 142.20) keinen umgekehrten Familiennachzug zu den Kindern vorsieht, vermöchte ihr bloss Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) einen Anspruch auf eine ausländerrechtliche Bewilligung zu vermitteln. Die Beschwerdeführerin beruft sich denn auch auf die genannte Bestimmung und macht geltend, dass ihre Wegweisung die Beziehung zu ihren beiden Söhnen zerstören würde. Hinzu komme, dass Ghana, wo sie vor ihrer Einreise in die Schweiz gelebt habe, "keine Option" für sie sei, da sie die Staatsangehörigkeit des Landes nicht besitze. Burkina Faso wiederum sei ein "failed-state" mit katastrophalen bürgerkriegsähnlichen Zuständen, wo sie sich keine Existenz werde aufbauen können.

**2.2** Art. 8 EMRK verschafft praxisgemäss keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen Aufenthaltstitel. Er hindert Konventionsstaaten nicht daran, die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet zu regeln und den Aufenthalt ausländischer Personen unter Beachtung überwiegender Interessen des Familien- und Privatlebens gegebenenfalls auch wieder zu beenden. Dennoch kann das in Art. 8 Abs. 1 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Familienlebens berührt sein, wenn einer ausländischen Person mit in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen das Zusammenleben verunmöglicht wird (BGE 144 II 1 E. 6.1, 143 I 21 E. 5.1). So ist Art. 8 EMRK berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (BGE 139 I 330 E. 2.1, 137 I 247 E. 4.1.2, 116 Ib 353 E. 3c).

Der nicht sorge- bzw. obhutsberechtigten ausländischen Elternteil kann die familiäre Beziehung mit seinem Kind von vornherein nur in beschränktem Rahmen pflegen, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts. Um dieses wahrnehmen zu können, ist es in der Regel nicht erforderlich, dass der ausländische Elternteil dauerhaft im selben Land wie das Kind lebt und dort über ein Anwesenheitsrecht verfügt. Unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf Familienleben (Art. 8 Abs. 1 EMRK) genügt es grundsätzlich, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls dessen Modalitäten entsprechend auszugestaltet sind (BGE 147 I 149 E. 4, 144 I 91 E. 5.1, 139 I 315 E. 2.2). Ein weitergehender Anspruch fällt nach der Rechtsprechung in Betracht, wenn (1) in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht (so etwa bei einer geteilten Obhut bzw. faktisch gleichwertigen Betreuung mit gemeinsamem Sorgerecht), (2) die Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland der ausländischen Person praktisch nicht aufrechterhalten werden kann und (3) das bisherige Verhalten der letzteren in der Schweiz (weitgehend) "tadellos" war (BGE 144 I 91 E. 5.1, 142 II 35 E. 6.2, 139 I 315 E. 2.2).

Im Rahmen der Überprüfung, ob die Massnahme verhältnismässig erscheint (vgl. Art. 8 Abs. 2 EMRK), ist dabei auch dem grundlegenden Bedürfnis des Kindes, in möglichst engem Kontakt mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können (vgl. Art. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [SR 0.107]), – als einem (wesentlichen) Element unter anderen – Rechnung zu tragen (BGE 143 I 21 E. 5.5.1).

## 2.3

**2.3.1** Hier ist unbestritten, dass keine enge wirtschaftliche Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Söhnen besteht, wobei dies der Beschwerdeführerin nicht direkt vorgeworfen werden kann, weil sie infolge ihres Aufenthaltsstatus keiner Erwerbsarbeit in der Schweiz nachgehen darf und deshalb zivilrechtlich auch zu keinen Unterhaltsleistungen verpflichtet wurde. Den Angaben des Vaters ihrer Kinder zufolge unterstützt sie diesen sodann zumindest so weit wie möglich (vgl. dazu 2.3.2) bei der Kindererziehung, was unter dem Titel Naturalunterhalt berücksichtigt werden kann.

**2.3.2** In Bezug auf das Kriterium der affektiven Beziehung geht aus den Akten hervor, dass die Beschwerdeführerin und ihre beiden Söhne in den letzten Jahren regelmässig telefonischen und/oder schriftlichen Kontakt hatten. Laut dem Kindsvater telefonierten die Knaben fast täglich mit ihrer Mutter über WhatsApp. Sehen würden sie ihre Mutter hauptsächlich in den Ferien, weil sie während des Schuljahrs beide sportlich stark ausgelastet seien und oft Fussballspiele an den Wochenenden hätten. Eine Besuchsrechtsregelung bestehe nicht; die Kinder bestimmten den Takt. Es könne aber auch passieren, dass die Beschwerdeführerin ihre Söhne aufgrund der belastenden Wohnverhältnisse nicht empfangen wolle. "Auf ihren 2 m<sup>2</sup> Wohnfläche ist sie mehr belastet als gut ist". Die Beschwerdeführerin liess vor Vorinstanz in die gleiche Richtung gehend ausführen, dass sie mit ihren beiden Söhnen in permanentem Kontakt stehe und es mehrmals pro Woche zu einem Austausch zwischen ihnen über WhatsApp (schriftlich) und telefonisch komme. In ihrer Beschwerde ans Verwaltungsgericht bringt sie ergänzend bzw. neu vor, dass "es selbstverständlich auch immer wieder häufige persönliche Kontakte" zwischen ihr und ihren Söhnen gebe.

Die Beschwerdeführerin pflegt die Beziehung zu ihren beiden Söhnen demnach nur beschränkt über unmittelbare Kontakte. Auch dieser Umstand ist jedoch massgeblich auf ihren prekären Aufenthaltsstatus und ihre Wohnsituation (Unterbringung in Durchgangszentren, Notunterkünften) zurückzuführen. Bis ins Jahr 2013 war sie Hauptbetreuungs- und Hauptbezugsperson ihrer beiden Söhne. Diese wurden damals in erster Linie deshalb fremdplatziert, weil die Beschwerdeführerin über keine stabile Wohnsituation verfügte und die Wahrscheinlichkeit für die Kinder, in der Schweiz verbleiben zu können, so als grösser eingestuft wurde. Angesichts dessen ist ausnahmsweise von einer hinreichend engen Mutter-Sohn-Beziehung auszugehen.

**2.3.3** Was schliesslich das Erfordernis des tadellosen Verhaltens betrifft, ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin mit einem verfälschten ghanaischen Reisepass und ohne ein erforderliches gültiges Visum in die Schweiz einreiste und sich seit mehreren Jahren hartnäckig weigert, das Land zu verlassen. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 16. Juli 2019 wurde sie ausserdem wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte sowie sexueller Belästigung mit einer Freiheitsstrafe von 50 Tagen belegt. Damit hat die Beschwerdeführerin mehrfach gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen. Die Verstösse erscheinen jedoch bei genauerer Betrachtung bloss von untergeordneter Natur. So kann die Beschwerdeführerin nicht zwangsweise in die Heimat ausgeschafft werden und weigert sie sich aus verständlichen Gründen, freiwillig auszureisen und ihre Kinder hier in der Schweiz zurückzulassen im Wissen, dass der Kontakt zu ihnen diesfalls wohl ganz wegbräche. Die Verurteilung der Beschwerdeführerin wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte sowie sexueller Belästigung zeugt wiederum von der – auch vom Vater ihrer Kinder angesprochenen – psychischen Ausnahmesituation, in der sich die Beschwerdeführerin seit Jahren befindet, weil sie in wechselnden Notunterkünften untergebracht ist und keiner Beschäftigung nachgehen darf (vgl. ...: "A wird ohne Beschäftigung verrückt und die Kinder mit ihr. Entweder sie lassen A arbeiten, oder sie bitten sie nach Burkina Faso oder Ghana zurückzugehen. Das was Sie derzeit machen, ist wie Guantanamo, für wen der sich an Regeln hält").

**2.3.4** Im Fall der Wegweisung nach Burkina Faso wäre selbst eine beschränkte Ausübung des Besuchsrechts kaum möglich.

Generell ist fraglich, ob der Beschwerdeführerin die Ausreise nach Burkina Faso überhaupt zugemutet werden kann. So ruft der UNHCR die Staaten aktuell aufgrund der Verschlechterung der Sicherheits-, Menschenrechts- und humanitären Lage im Land auf, keine Personen aus den folgenden Regionen gewaltsam nach Burkina Faso zurückzuführen: Boucle du Mouhoun, Cascades, Centre-Est, Centre-Nord, Centre-Ouest, Centre-Sud, Est, Hauts-Bassins, Nord, Sahel und Sud-Ouest. Die Beschwerdeführerin stammt aus der erstgenannten Region (zum Ganzen UNHCR, Position on returns to Burkina Faso – Update I, Juli 2023, abrufbar unter <[www.refworld.org](http://www.refworld.org)>). Die von der Vorinstanz alternativ genannte Möglichkeit einer Rückkehr nach Ghana, wo die Beschwerdeführerin vor ihrer Ausreise gelebt hat, ist mit Blick auf ihre langjährige Landesabwesenheit ebenfalls mit Fragezeichen behaftet.

**2.4** Im Rahmen einer Gesamtabwägung erscheint eine Wegweisung der Beschwerdeführerin in diesem speziell gelagerten Fall als unverhältnismässig. Der Eingriff in das Familienleben ist namentlich mit Blick auf das ausserordentlich grosse Interesse der beiden minderjährigen Söhne der Beschwerdeführerin, weiterhin in möglichst engem Kontakt zu beiden Elternteilen aufwachsen zu können, unstatthaft und verletzt Art. 8 EMRK.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der Beschwerdegegner anzuweisen, der Beschwerdeführerin eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

4.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Desgleichen hat dieser der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'500.- inklusive Mehrwertsteuer für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

5.

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird, ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zulässig; ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. c Ziff. 2 und Ziff. 4 BGG).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung des Beschwerdegegners vom 10. Januar 2023 sowie die Dispositiv-Ziff. I, II und IV des Rekursentscheids vom 18. April 2023 werden aufgehoben. Das Migrationsamt wird angewiesen, der Beschwerdeführerin eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

In Abänderung von Dispositiv-Ziff. III des Rekursentscheids vom 18. April 2023 werden die Kosten des Rekursverfahrens dem Beschwerdegegner auferlegt.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 2'000.--; die übrigen Kosten betragen:

Fr. 70.-- Zustellkosten,

Fr. 2'070.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'500.- zu bezahlen.

5. Gegen dieses Urteil kann im Sinn der Erwägungen Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist binnen 30 Tagen ab Zustellung einzureichen beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14.

6. Mitteilung an:

a) die Parteien;

b) die Sicherheitsdirektion;

c) das SEM.

