

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

4. Abteilung

Urteil vom 26. April 2018

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer, Oberrichter E. Graf, Dr. P. Louis Obergerichtsschreiber D. Hofmann
Verfahren Nr.	O4V 17 26
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführer	A ____ vertreten durch: RA AA____
Vorinstanz	Departement Inneres und Sicherheit , Schützenstrasse 1, 9100 Herisau
Vorvorinstanz	Amt für Inneres, Abteilung Migration , Landsgemeindeplatz 2, 9043 Trogen
Gegenstand	Widerruf der Aufenthaltsbewilligung Beschwerde gegen den Rekursentscheid des Departementes Inneres und Sicherheit vom 6. Juli 2017

Rechtsbegehren

a) des Beschwerdeführers:

1. Der Rekursentscheid des Departements Inneres und Sicherheit vom 6. Juli 2017 sei aufzuheben.
2. Eventualiter sei das Amt für Inneres, Abteilung Migration, anzuweisen, die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf einen eigenen Rechtstitel zu prüfen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

b) der Vorinstanz (sinngemäss):

Die Beschwerde sei abzuweisen.

Sachverhalt

- A. A___ (geb. am XX.XX.1981) ist serbischer Staatsangehöriger. Seine Ehefrau B___ ist österreichische Staatsangehörige. B___ reiste am 10. Oktober 2014 in die Schweiz ein und bezog am 1. Dezember 2014 eine Wohnung an der C___strasse in D___. Am 20. Februar 2015 erhielt sie vom Migrationsamt des Kantons Appenzell Ausserrhoden (heute: Amt für Inneres, Abteilung Migration) die Aufenthaltsbewilligung B-EU/EFTA für die Dauer von fünf Jahren. A___ reiste am 10. Mai 2015 in die Schweiz ein. Am 22. Mai 2015 erteilte ihm das Amt für Inneres die Aufenthaltsbewilligung B-EU/EFTA im Rahmen des Familiennachzugs bis zum 9. Mai 2020. Gemäss Mietvertrag vom 22. Oktober 2015 zog das Ehepaar am 1. November 2015 innerhalb von D___ an die E___strasse.
- B. Nachdem das Ehepaar bei einer Polizeikontrolle nicht an dieser Adresse angetroffen worden war, stellte das Amt für Inneres mit Verfügung vom 17. März 2017 fest, dass die Aufenthaltsbewilligung von B___ erloschen sei. Mit separater Verfügung vom 17. März 2017 widerrief es zudem nach vorgängiger Gewährung des rechtlichen Gehörs die Aufenthaltsbewilligung von A___. Gleichzeitig verfügte es, dass dieser die Schweiz bis spätestens 30. April 2017 zu verlassen habe. Begründet wurde die Verfügung im Wesentlichen damit, dass A___ die gemeinsame Wohnadresse in D___ bzw. die gelebte Ehegemeinschaft gegenüber den Behörden vortäusche, um seine Aufenthaltsbewilligung nicht zu gefährden bzw. nicht zu verlieren.

- C. Gegen diese Verfügung liess A___, vertreten durch RA AA___, mit Eingabe vom 10. April 2017 beim Departement Inneres und Sicherheit Rekurs erheben u.a. mit dem Antrag, die Verfügung sei aufzuheben. Mit Entscheid vom 6. Juli 2017 wies das Departement Inneres und Sicherheit den Rekurs ab. Begründet wurde der Entscheid im Wesentlichen damit, dass die Aufenthaltsbewilligung von B___ erloschen sei und der Rekurrent nicht mehr über ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfüge. Zudem verneinte das Departement auch das Vorliegen eines eigenständigen Aufenthaltsrechts.
- D. Gegen diesen Entscheid liess A___ (im Folgenden: Beschwerdeführer), vertreten durch RA AA___, mit Eingaben vom 31. August und 7. September 2017 Beschwerde beim Obergericht von Appenzell Ausserrhoden mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren erheben.
- E. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2017 verzichtete das Amt für Inneres (im Folgenden: Vorvorinstanz) auf eine Stellungnahme. Das Departement Inneres und Sicherheit (im Folgenden: Vorinstanz) liess sich mit undatierter Eingabe (eingegangen am 20. Oktober 2017) mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren vernehmen. Mit Eingabe vom 23. November 2017 liess der Beschwerdeführer unter Aufrechterhaltung der Anträge eine Replik einreichen.
- F. Auf die Eröffnung des Urteildispositivs hin verlangte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 30. Mai 2018 eine Begründung des Urteils. Damit sind die Voraussetzungen für die in Ziff. 3 des Dispositivs in Aussicht gestellte Reduktion der Entscheidgebühr nicht gegeben.
- G. Auf die Begründung der gestellten Anträge wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen ergibt, dass diese sowohl hinsichtlich der Beschwerdeberechtigung als auch hinsichtlich der Form- und Fristenfordernisse erfüllt sind. Die sachliche bzw. funktionale Zuständigkeit des Obergerichts ergibt sich aus Art. 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1), wonach das Obergericht zur Behandlung von Beschwerden gegen letztinstanzliche Verfügungen der Verwaltungsbehörden zuständig ist. Auf die Beschwerde ist damit einzutreten.

2. Bei der Beurteilung der hier vorliegenden Beschwerde ist die Kognition des Obergerichts gemäss Art. 56 Abs. 1 VRPG darauf beschränkt, den angefochtenen Entscheid hinsichtlich allfälliger Rechtsverletzungen zu überprüfen, wozu auch eine rechtsfehlerhafte Ausübung des Ermessens zählt. Im Weiteren kann beurteilt werden, ob die Vorinstanzen den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt haben. Die Überprüfung der Angemessenheit ist dem Obergericht jedoch verwehrt (Art. 56 Abs. 1 VRPG e contrario).
3. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Anhang I des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) haben die Familienangehörigen einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, das Recht, bei ihr Wohnung zu nehmen. Es handelt sich dabei um ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht des Ehegatten, das dazu bestimmt ist, durch Ermöglichung des gemeinsamen Familienlebens die Wirksamkeit der Freizügigkeit der EU-Angehörigen sicherzustellen und das nur so lange dauert, als das originäre Aufenthaltsrecht des EU-Angehörigen besteht (Urteil des Bundesgerichts 2C_222/2017 vom 29. November 2017 E. 3.1; BGE 139 II 393 E. 2.1). Das FZA kennt keine Rechtsansprüche von drittstaatsangehörigen Ehegatten, im Gastland zu verbleiben, wenn der EU-Angehörige, vom dem sie ihre Aufenthaltsrechte abgeleitet haben, nicht mehr in diesem Land lebt. Der drittstaatsangehörige Ehegatte eines EU-Angehörigen verliert dadurch seinen Status als Familienangehöriger im Sinne von Art. 3 Anhang I FZA und damit sein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach dieser Bestimmung. In diesem Fall kann die abgeleitete Bewilligung eines Drittstaatsangehörigen mangels Fortdauerns der Bewilligungsvoraussetzungen gestützt auf Art. 23 Abs. 1 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP, SR 142.203 i. V. m. Art. 62 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]) widerrufen werden, da das Freizügigkeitsabkommen diesbezüglich keine abweichenden Bestimmungen enthält (BGE 139 II 393 E. 2.1).
- 3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht geschlossen, dass die Behörde getäuscht werden sollte. Aus einem bloss einmaligen Besuch könne nicht hergeleitet werden, jemand wohne nicht am fraglichen Ort. Der Beschwerdeführer arbeite jeweils in Nachtschicht und sei nicht zu den üblichen Zeiten zu Hause. Er sei per 1. November 2015 an die besagte Adresse umgezogen und dort weiterhin wohnhaft. Es liege keine Täuschung der Behörden vor. Es sei zwar richtig, dass es sich bei der gestützt auf den Familiennachzug erteilten Bewilligung um ein abgeleitetes Recht handle und es treffe zu, dass die Feststellungsverfügung über das Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung der Ehefrau B___ in Rechtskraft erwachsen sei. Doch es sei falsch gewesen, mit Erlass der

besagten Feststellungsverfügung gleichzeitig die Verfügung über den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers zu erlassen. Die Aufenthaltsbewilligung könne erst mit Eintritt der Rechtskraft der Feststellungsverfügung der Ehefrau als erloschen gelten. Erst im Anschluss daran hätte dem Beschwerdeführer überhaupt der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung angedroht werden dürfen und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden dürfen.

3.2 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass das Aufenthaltsrecht der Ehefrau des Beschwerdeführers aufgrund der Rechtskraft der Feststellungsverfügung vom 17. März 2017 erloschen ist. Im Sinne der oben genannten Rechtsprechung verlor der Beschwerdeführer als drittstaatsangehöriger Ehegatte dadurch seinen Status als Familienangehöriger gemäss Art. 3 Anhang I FZA und damit sein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach dieser Bestimmung. Da nach eingangs erwähnter bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits der Tatbestand von Art. 62 Abs. 1 lit. d AuG (Nichteinhalten einer Bedingung) erfüllt ist, braucht nicht mehr geprüft zu werden, ob im vorliegenden Fall auch Art. 62 Abs. 1 lit. a AuG (falsche Angaben und Verschweigung von wesentlichen Tatsachen) anwendbar ist. Infolgedessen spielt es keine Rolle, ob der Beschwerdeführer noch an der besagten Adresse an der E___strasse in D___ wohnhaft ist oder nicht. Der Beschwerdeführer erkennt im Weiteren, dass die Rechtsprechung keine rechtskräftige Feststellungsverfügung voraussetzt, sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse abstellt. Er bestreitet denn auch nicht, dass seine Ehefrau zum Zeitpunkt des Widerrufs der Aufenthaltsbewilligung nicht mehr in der Schweiz wohnhaft war. Da die Voraussetzungen für den Familiennachzug zu diesem Zeitpunkt nicht mehr erfüllt waren, ist die Widerrufsverfügung vom 17. März 2017 nicht zu beanstanden, zumal dem Beschwerdeführer vor Erlass der Verfügung das rechtliche Gehör gewährt wurde. Damit ist den Vorinstanzen darin zuzustimmen, dass derzeit mangels Aufenthaltsrechts seiner Ehefrau kein abgeleiteter Aufenthaltsanspruch des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 3 Anhang I FZA besteht.

4. Ausländische Ehegatten von Personen mit Niederlassungsbewilligung haben Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Art. 43 AuG). Das Erfordernis des Zusammenwohnens besteht nicht, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend gemacht werden und die Familiengemeinschaft weiterhin besteht (Art. 49 AuG). Nach Auflösung der Ehe oder Familiengemeinschaft besteht der Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung weiter, wenn die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine erfolgreiche Integration besteht (Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG) oder wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (Art. 50 Abs. 1 lit. b

AuG). Ausländischen Ehegatten von Personen mit Aufenthaltsbewilligung kann nach Art. 44 AuG eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn: sie mit diesen zusammenwohnen (lit. a); eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (lit. b); und sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind (lit. c). Nach Art. 77 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) kann nach Auflösung der Ehe oder der Familiengemeinschaft die im Rahmen des Familiennachzugs nach Art. 44 AuG erteilte Aufenthaltsbewilligung des Ehegatten verlängert werden, wenn die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine erfolgreiche Integration besteht (lit. a) oder wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (lit. b). Wichtige persönliche Gründe können namentlich vorliegen, wenn die Ehegattin oder der Ehegatte Opfer ehelicher Gewalt wurde oder die Ehe nicht aus freiem Willen geschlossen hat oder wenn die soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erscheint (Art. 77 Abs. 2 VZAE).

4.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er gestützt auf Art. 50 Abs. 1 AuG und Art. 77 VZAE aufenthaltsberechtigt sei. Darin werde lediglich vorausgesetzt, dass die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden habe. An einen Ort sei diese Voraussetzung nicht geknüpft. Auch sonst scheine die Vorinstanz über den Wortlaut der Bestimmungen hinauszugehen, wenn sie ausführe, es werde ein eheliches Zusammenleben verlangt. So habe der EuGH zum Freizügigkeitsabkommen entschieden, dass eine eheliche Bindung nicht als aufgelöst gelte, wenn der Ehepartner nicht mit dem Inhaber des Aufenthaltsrechts zusammenwohne. Dies gelte sogar dann, wenn Anzeichen für die Absicht einer Scheidung bestünden. Es sei erwiesen und unbestritten, dass die Ehe des Beschwerdeführers zu B___ seit bald zehn Jahren bestehe, womit die Voraussetzung des dreijährigen Bestehens einer Ehe erfüllt sei. Auch die weiteren Voraussetzungen seien in diesem Fall ohne weiteres gegeben. Der Beschwerdeführer habe sich in verhältnismässig nur kurzer Zeit sehr gut integriert, spreche namentlich gut Deutsch, habe seinen Lebensunterhalt seit seiner Ankunft selber finanziert und keinerlei Schulden. Auch sei er persönlich darauf angewiesen, weiterhin in der Schweiz bleiben zu dürfen.

4.2 Die Vorinstanz hält dagegen, dass im vorliegenden Fall nicht von Belang sei, dass die Ehe vorgängig schon im Ausland bestanden habe. Tatsache sei aber, dass diese Ehe in der Schweiz nicht mehr gelebt werde. Massgebend sei im konkreten Fall, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers gar nicht mehr in der Schweiz lebe und der Beschwerdeführer als serbischer Staatsangehöriger kein eigenständiges Aufenthaltsrecht in der Schweiz geltend machen könne. Es entspreche nicht dem Sinn der Gesetzesbestimmungen, dass die österreichische Ehefrau nicht einmal zwei Jahre nach der Einreise des Beschwerdeführers den Aufenthalt in der Schweiz auch formell aufgegeben habe, der Beschwerdeführer aber

allein unter Hinweis auf eine bloss formell bestehende Ehe ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz beanspruchen könne. Abgesehen davon sei die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers Mitte 2015 explizit im Rahmen des Familiennachzugs gewährt worden. In der konkreten Situation könne dieser Familiennachzug höchstens in Österreich, aber sicher nicht in der Schweiz geltend gemacht werden.

- 4.3 Vorliegend steht fest, dass die EU-angehörige Ehefrau des Beschwerdeführers nicht mehr in der Schweiz, sondern in Österreich lebt. Der Beschwerdeführer beruft sich nicht auf Art. 49 AuG (Ausnahmen vom Erfordernis des Zusammenwohnens), zumal ihn dabei eine besondere Mitwirkungspflicht treffen würde und er einerseits einen wichtigen Grund für das Getrenntleben und andererseits das Fortdauern der ehelichen Gemeinschaft zu belegen hätte (BGE 130 II 482 E. 3.2). Er macht jedoch geltend, dass ein Aufenthaltsrecht gestützt auf Art. 50 Abs. 1 AuG und Art. 77 VZAE (Auflösung der Familiengemeinschaft) besteht.

Gemäss neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die ehemaligen Ehegatten von EU-Angehörigen gleich zu behandeln wie die ehemaligen Ehegatten von Schweizer Bürgern, somit ist Art. 50 AuG auch dann anzuwenden, wenn der Ex-Ehegatte nur eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA und nicht eine Niederlassungsbewilligung besass. Dies gilt allerdings nur, solange der EU-angehörige Ex-Gatte selbst noch über ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügt (Urteile des Bundesgerichts 2C_222/2017 vom 29. November 2017 E. 4.7 und 2C_68/2017 vom 29. November 2017 E. 4.4). Wie bereits angetönt lebt die EU-angehörige Ehefrau des Beschwerdeführers, von der der Beschwerdeführer sein Aufenthaltsrecht abgeleitet hat, in Österreich und hat zur Zeit kein Aufenthaltsrecht in der Schweiz, womit Art. 50 AuG nicht anwendbar ist. Der Beschwerdeführer erkennt im Weiteren, dass nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Berechnung der Dreijahresfrist ausschliesslich die in der Schweiz in ehelicher Gemeinschaft verbrachte Zeit massgebend ist (Urteil des Bundesgerichts 2C_430/2011 BGE 136 II 113 E. 3.3), zudem gilt die Grenze von drei Jahren absolut (Urteil des Bundesgerichts 2C_430/2011 vom 11. Oktober 2011 E. 4.1.1). Diese Rechtsprechung bezieht sich zwar auf Art. 50 AuG, doch muss dies auch für die Auslegung von Art. 77 VZAE gelten, zumal es sich dabei im Gegensatz zu Art. 50 AuG lediglich um eine Kann-Bestimmung handelt.

Der Beschwerdeführer kann infolgedessen nichts aus dem Umstand ableiten, dass die Ehegatten bereits seit dem 21. November 2007 verheiratet sind. Er ist am 10. Mai 2015 in die Schweiz eingereist, erst ab diesem Zeitpunkt konnte die Frist von drei Jahren für ihn zu laufen beginnen. Das eheliche Zusammenleben in der Schweiz hat zum Zeitpunkt der Verfügung der Vorvorinstanz vom 17. März 2017 nicht einmal zwei Jahre angedauert. Ein

Anspruch des Beschwerdeführers auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 77 Abs. 1 lit. a VZAE ist folglich, unabhängig von seiner erfolgreichen Integration, zu verneinen. Wichtige persönliche Gründe, welche im Sinne von Art. 77 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 VZAE einen weiteren Aufenthalt erforderlich machen würden, werden vom Beschwerdeführer keine vorgebracht und sind auch keine ersichtlich. Damit ist auch ein eigenständiges Aufenthaltsrecht des Beschwerdeführers zu verneinen.

5. Zusammenfassend ergibt sich damit, dass der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers und seine Wegweisung aus der Schweiz zu Recht erfolgten. Die Beschwerde ist damit abzuweisen. Da die Vorinstanzen bei der Ansetzung der Ausreisefrist ein allfälliges Rechtsmittelverfahren ausser Acht gelassen haben, ist dem Beschwerdeführer eine neue Frist für die Ausreise aus der Schweiz anzusetzen. Im vorliegenden Fall erscheint eine Ausreisefrist bis zum 31. August 2018 als gerechtfertigt.
6. Nach Art. 19 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 VRPG ist im Beschwerdeverfahren vor Obergericht gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Dem Beschwerdeführer ist ausgangsgemäss eine Entscheidgebühr aufzuerlegen, wobei eine Gebühr von Fr. 1'500.00 als angemessen erscheint (Art. 4a des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen (bGS 233.2). Parteientschädigungen werden keine zugesprochen (Art. 53 Abs. 3 VRPG e contrario, Art. 24 Abs. 3 lit. a VRPG).

Demnach erkennt das Obergericht:

1. Die Beschwerde von A____ wird abgewiesen.
2. Der Beschwerdeführer hat die Schweiz bis zum 31. August 2018 zu verlassen.
3. Dem Beschwerdeführer wird eine Entscheidgebühr von Fr. 1'500.-- auferlegt, unter Verrechnung mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1000.--
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. **Rechtsmittel:**
Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
6. Zustellung an den Beschwerdeführer über seinen Rechtsvertreter, die Vorinstanz sowie die Vorvorinstanz.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtsvizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Daniel Hofmann

versandt am: 21.06.18