



Fall-Nr.:	B 2016/111
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	05.12.2019
Entscheiddatum:	16.01.2018

Zirkulationsentscheid Verwaltungsgericht, 16.01.2018

Ausländerrecht, Art. 61 Abs. 1 lit. b AuG. Der aus dem Kosovo stammende Beschwerdeführer war im Jahr 1999 zusammen mit seiner Familien vorläufig in der Schweiz aufgenommen worden. Seine vorläufige Aufnahme wurde im Jahr 2008 aufgehoben, und der Beschwerdeführer verliess die Schweiz. Von 2009 bis 2011 war er mit einer Schweizerin verheiratet. Das gemeinsame Kind untersteht der elterlichen Sorge der Mutter. Nach der erneuten Einreise in die Schweiz im Jahr 2012 stimmte Belgien, wo er in den Jahren 2010 und 2012 um Asyl ersucht hatte, einer Rückübernahme zu. Nach der Heirat mit einer Österreicherin Ende 2012 erhielt er im Rahmen des Familiennachzugs eine bis 2017 gültige Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA. Nachdem er im Rahmen einer Eheschutzmassnahme 2014 zum Verlassen der ehelichen Wohnung verpflichtet worden war, zog er zu seiner Schweizer Freundin und dem gemeinsamen Kind (geb. 2010). Am 9. Mai 2016 wurde die Aufenthaltsbewilligung widerrufen. Nachdem die Ehe mit der Österreicherin im Dezember 2016 geschieden worden war, heiratete er im Februar 2017 die Schweizer Freundin. Der Beschwerdeführer wohnt angeblich bei seiner Schweizer Ehefrau und den gemeinsamen Kindern im Kanton Luzern. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Angelegenheit insbesondere zur Klärung des Wohnsitzes und zu neuer Entscheidung an das Migrationsamt zurückgewiesen (Verwaltungsgericht, B 2016/111). Auf die gegen dieses Urteil am 16. Februar 2018 erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 22. Februar 2018 nicht ein (Verfahren 2C_161/2018). Nachdem das Migrationsamt des Kantons St. Gallen seine Zuständigkeit verneint und das Migrationsamt des Kantons Luzern ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt hatte, erhob der Beschwerdeführer am 8. Juli 2019 erneut Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 16. Januar 2018 und beanstandete den Kostenspruch. Das Bundesgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 12. November 2019 ab (Verfahren 2C_646/2019).

Zirkulationsentscheid vom 16. Januar 2018



St.Galler Gerichte

Besetzung

Abteilungspräsident Eugster; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

A.Y., mehrere Wohn- und Postadressen, nämlich:

- (...),

- (...),

- (...),

- (...),

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Peter Wicki, Denkmalstrasse 2, Postfach, 6000 Luzern 6,

gegen

Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen, Oberer Graben 32,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

Gegenstand

Widerruf der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA

Das Verwaltungsgericht stellt fest:



A. A.Y. (geb. 1990) ist Staatsangehöriger des Kosovo. Er reiste am 11. Juni 1999 mit seinen Eltern und sechs Geschwistern in die Schweiz ein. Das Bundesamt für Flüchtlinge (heute Staatssekretariat für Migration) wies ihr Asylgesuch am 22. Juli 1999 ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz mit gleichzeitiger vorläufiger Aufnahme an. Nachdem die gruppenweise vorläufige Aufnahme jugoslawischer Staatsangehöriger mit letztem Wohnsitz in der Provinz Kosovo aufgehoben worden war, wurden sie am 30. Oktober 2001 wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig aufgenommen. Wegen wiederholter Gesetzesverstösse, unter anderem von A.Y., wurde die vorläufige Aufnahme der Familie am 23. August 2007 aufgehoben. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht eine dagegen erhobene Beschwerde am 20. Oktober 2008 abgewiesen hatte, setzte das Bundesamt für Migration eine Frist zur Ausreise bis 10. Dezember 2008 an. Obwohl A.Y. am 6. April 2009 eine Schweizerin heiratete und den gemeinsamen Sohn B. (geb. 2008) anerkannte, verliess er die Schweiz. Die Ehe wurde am 15. September 2011 geschieden und das Kind unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt.

B. Am 14. Oktober 2012 reiste A.Y. erneut in die Schweiz ein. Weil Belgien, wo er am 6. Juli 2010 und am 28. Februar 2012 um Asyl ersucht hatte, ein Übernahmegesuch guthiess, trat das Bundesamt (heute Staatssekretariat) für Migration am 25. November 2012 auf sein Asylgesuch nicht ein und wies ihn nach Belgien weg. Am 11. Dezember 2012 heiratete A.Y. in P. die österreichische Staatsangehörige K.R. In der Folge wurde ihm im Rahmen des Familiennachzugs eine bis 16. Dezember 2017 gültige Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erteilt. Am 12. Februar 2014 verpflichtete das Kreisgericht Wil ihn, die eheliche Wohnung zu verlassen. Am 13. März 2014 meldete A.Y. dem Einwohneramt Q. den Umzug zu seiner dort wohnhaften schweizerischen Freundin L.T. (geb. 1989) und der gemeinsamen Tochter C. (geb. 2010). Das Migrationsamt widerrief seine Aufenthaltsbewilligung am 8. August 2014.

Im dagegen erhobenen Rekurs berief sich A.Y. insbesondere auf die Kontakte zu seinem Sohn B. und die Absicht, nach der Scheidung L.T. zu heiraten und mit ihr für die gemeinsame Tochter C. zu sorgen. Im August 2015 kam ein weiteres gemeinsames Kind, der Sohn D., zur Welt. Am 9. Mai 2016 wies das Sicherheits- und Justizdepartement den Rekurs gegen den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung ab (act. 2/B).



C. A.Y. (Beschwerdeführer) erhob gegen den Rekursentscheid des Sicherheits- und Justizdepartements (Vorinstanz) durch seinen damaligen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 23. Mai 2016 und Ergänzung vom 19. August 2014 [richtig: 2016] Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und vom Widerruf der Aufenthaltsbewilligung abzusehen, eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Aus den zusätzlich eingereichten Akten ergibt sich das gemeinsame Sorgerecht des Beschwerdeführers und von L.T. für die gemeinsamen Kinder D. und C. (act. 8/25-26).

Die Vorinstanz verzichtete am 24. August 2016 auf ergänzende Bemerkungen und beantragte, die Beschwerde sei, soweit darauf einzutreten sei, abzuweisen. Der Beschwerdeführer äusserte sich dazu durch seinen damaligen Rechtsvertreter am 31. August 2014 [richtig: 2016]. Am 13. September 2016 ersuchte der neue Rechtsvertreter des Beschwerdeführers um Zustellung der Akten sowie Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 22). Vom Migrationsamt während des Beschwerdeverfahrens eingereichte Akten wurden den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gebracht. Der Beschwerdeführer reichte am 30. Oktober 2016 eine zusätzliche Eingabe samt Beilagen ein. Daraus ging unter anderem hervor, dass er am 13. September 2016 beim Migrationsamt Luzern um Bewilligung des Kantonswechsels ersucht hatte. Dieses teilte ihm am 17. November 2016 mit, sein Aufenthalt werde für die Dauer des vorliegenden Beschwerdeverfahrens geduldet (act. 35/2). Offenbar meldete sich der Beschwerdeführer per 24. November 2016 in S. LU an (act. 38/42). Am 6. Dezember 2016 wurde die Ehe des Beschwerdeführers mit der österreichischen Staatsangehörigen K.R. geschieden (act. 44.1). Am 13. Februar 2017 heiratete er L.T. (act. 47.1). Nach eigenen Angaben sowie dem eingereichten Mietvertrag wohnt der Beschwerdeführer nun mit seiner Schweizer Ehefrau und den beiden gemeinsamen Kindern in S. LU.

Auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid, die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Begründung seines Rechtsbegehrens und die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.



Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1.

1.1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 59^{bis} Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Der Beschwerdeführer, dessen Rekurs gegen den Widerruf seiner Aufenthaltsbewilligung mit dem vorinstanzlichen Entscheid vom 9. Mai 2016 abgewiesen wurde, ist zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 23. Mai 2016 rechtzeitig erhoben und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 19. August 2016 in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP).

1.2. Zur örtlichen Zuständigkeit des Gerichts ist zu sagen, dass die st. gallischen Behörden und damit auch das Verwaltungsgericht zuständig für das Widerrufsverfahren im Zusammenhang mit der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers sind, solange diesem, wie vorliegend, gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b des Ausländergesetzes (SR 142.20, AuG) keine Bewilligung eines anderen Kantons ausgestellt worden ist (vgl. BGer 2C_155/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 3.2.). Dennoch ist vorliegend festzuhalten, dass es fraglich ist, wo der Beschwerdeführer in den letzten Jahren effektiv Wohnsitz hatte, das heisst, wo er sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhielt (Art. 23 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches; SR 210, ZGB). Denn der Beschwerdeführer gab am 28. Januar 2015 zweimal „E.-strasse 0, in Q., c/o M.Z., X. 01, in V.“ als Adresse an (es kann sich deshalb nicht um ein Versehen handeln) (act. 8/25-26), obwohl er zu diesem Zeitpunkt in Q. SG gemeldet war. Im Rubrum eines Entscheids des Bezirksgerichts Kulm vom 26. August 2015 wurde als Adresse gar uneingeschränkt „X. 01, in V.“ aufgeführt (act. 8/27), obschon im Zivilstandsregister noch am 20. August 2015 Q. SG als Domizil vermerkt gewesen war (act. 8/26). Und laut dem am 12. Juni 2016 unterzeichneten Mietvertrag für die Wohnung in S. LU hatte die vorherige Adresse des Beschwerdeführers „X. 01, in V.“ gelautet (act. 32/31), also keine Adresse in Q. SG. Laut Rubrum eines Entscheids des Bezirksgerichts Willisau vom 5. August 2016 hatte der Beschwerdeführer, damals vertreten durch Rechtsanwalt Urs Bertschinger, offenbar Wohnsitz im X. 01, in V. LU



(act. 9.3). Mit Schreiben vom 20. Juni 2016 hielt Rechtsanwältin Christine Arndt deshalb auch fest, dass der Beschwerdeführer im X. 01, in V. wohne und dort rechtmässig betrieben werden könne (act. 9.2). Auch das dem Gericht nun vorliegende Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unterzeichnete der Beschwerdeführer am 2. Oktober 2016 in S. LU, obwohl er zu diesem Zeitpunkt noch in Q. SG gemeldet war (act. 32/29 S. 2). Es liegen also diverse Hinweise dafür vor, dass der Beschwerdeführer in den letzten Jahren effektiv Wohnsitz im Kanton Luzern hatte, entgegen seiner Meldung (act. 41.2) und auch entgegen den Angaben auf der Beschwerdeschrift. Laut Rubrum des Entscheids des Kreisgerichts Wil vom 6. Dezember 2016 war der Beschwerdeführer demgegenüber wieder in Q. SG wohnhaft (act. 44.1), obwohl er sich dort Ende November 2016 abgemeldet hatte (41.2). Auf die örtliche Zuständigkeit des Gerichts hat dies jedoch, wie eingangs erwähnt, keinen Einfluss.

1.3. Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. Weil im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 61 Abs. 3 VRP neue Begehren unzulässig sind, berücksichtigt das Verwaltungsgericht Tatsachen, die nach Abschluss des Rekursverfahrens eingetreten sind („echte Noven“), grundsätzlich nicht mehr (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Auf. 2003, Rz. 642). Im Bereich des Ausländerrechts hat das Verwaltungsgericht als Ausnahme von diesem Grundsatz laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf den Sachverhalt im Zeitpunkt seines Entscheides abzustellen (BGE 128 II 149). Es hat also entscheidungswesentliche Tatsachen, die nach Abschluss des Rekursverfahrens eingetreten sind, zu berücksichtigen.

3. Gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 Satz 1 VRP kann das Verwaltungsgericht die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen. Eine Rückweisung ist unter anderem anzuordnen, wenn dem Verwaltungsgericht in einer bestimmten Frage nicht dieselbe Überprüfungsbefugnis zusteht wie der Vorinstanz. Dies ist insbesondere in jenen Bereichen der Fall, in denen das Gesetz der urteilenden Instanz einen Ermessensspielraum einräumt. Eine Rückweisung ist auch angezeigt, wenn dem Betroffenen der Instanzenzug in unzulässiger Weise abgeschnitten würde, sofern die angerufene Instanz von sich aus entscheiden würde (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 1031 f.). Da Art. 56 Abs. 2 Satz 1 VRP im



Beschwerdeverfahren sachgemäss anzuwenden ist, kann das Verwaltungsgericht die Sache auch an die erstverfügende Behörde zurückweisen (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 1034).

Da aufgrund der obgenannten Widersprüche im Zusammenhang mit dem tatsächlichen Wohnsitz des Beschwerdeführers in den letzten Jahren unklar ist, ob dieser nun tatsächlich in S. LU bei seiner Schweizer Ehefrau Wohnsitz bezogen hat, wie dies aus seinem Mietvertrag hervorgeht, oder ob er allenfalls tatsächlich weiterhin in V. LU lebt, wo er allenfalls auch während der letzten Jahre trotz seiner Anmeldung in Q. SG und seiner Beziehung mit der damals in Q. lebenden L.T. (seiner heutigen Ehefrau) lebte, und dem Verwaltungsgericht im Hinblick auf eine solche Sachverhaltsabklärung nicht dieselben Möglichkeiten offen stehen wie dem Migrationsamt, ist die Angelegenheit nach Aufhebung des Rekursentscheides zur weiteren Sachverhaltsabklärung an das Migrationsamt zurückzuweisen, das nach der genannten Abklärung sodann einen neuen Entscheid, basierend auf den dazumal relevanten Fakten, zu erlassen haben wird.

4.

4.1. Angesichts der Tatsache, dass es dem Beschwerdeführer bei Einreichung der Beschwerde und auch vor der Vorinstanz offenbar problemlos möglich war, die besagten Kostenvorschüsse zu leisten (ansonsten ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt worden wäre), wird das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen. Der eingereichte Entscheid betreffend die Sozialhilfe betrifft einzig die Ehefrau des Beschwerdeführers, die gemäss den Ausführungen des Sozialamtes im Übrigen damals alleinerziehend war (act. 24.3). Auf die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers können aufgrund dieses Dokuments keine Rückschlüsse gezogen werden. Laut eingereichtem Gesuch verfügt der Gesuchsteller zusätzlich zu seinem Lohn über einen monatlichen Vermögensertrag in Höhe von CHF 4'000 (act. 32/29). Dies scheint ein Missverständnis zu sein. Der Beschwerdeführer meinte damit allenfalls das vorhandene Vermögen. Zu diesem fehlen jegliche Unterlagen (z.B. Steuererklärung, Kontoauszüge). Die Existenzminimberechnung des Betreibungsamtes belegt in keiner Weise, dass der Beschuldigte nicht über Vermögen verfügt. Im Übrigen führte der Rechtsvertreter des



Beschwerdeführers gegenüber dem Migrationsamt Luzern selbst aus, dass das Einkommen des Beschwerdeführers „ohne Weiteres“ reiche, um für sich, die Lebenspartnerin und die gemeinsamen Kinder aufzukommen beziehungsweise sogar noch Alimente für den nicht gemeinsamen Sohn zu bezahlen (act. 32/41). Dies widerspricht einer Bedürftigkeit seinerseits; die Alimente für den nicht gemeinsamen Sohn gehen den vorliegenden Kosten nicht vor. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist es nicht Aufgabe des Gerichts, die fehlenden Nachweise zu verlangen, denn es muss dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer klar sein, dass die Höhe seines Vermögens für die Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege relevant ist. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung wird deshalb abgewiesen.

4.2. Bei dieser Sachlage sind die Kosten der bisherigen Verfahren vor den kantonalen Instanzen neu zu verlegen. Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat jener Verfahrensbeteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Aufgrund dieser Bestimmung sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von CHF 2'000 und des Rekursverfahrens in Höhe von CHF 1'000 dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Denn dessen Rechtsbegehren werden mehrheitlich abgewiesen. Die nun erforderliche weitere Sachverhaltsabklärung wurde durch vom Beschwerdeführer widersprüchlich gesetzte Tatsachen nach Widerruf der Aufenthaltsbewilligung durch das Migrationsamt und nicht durch die Vorinstanzen verursacht. Die vom Beschwerdeführer bereits geleisteten Kostenvorschüsse in Höhe von insgesamt CHF 3'000 werden angerechnet.

4.3. Art. 98 Abs. 1 VRP bestimmt, dass im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht Anspruch auf Ersatz der ausseramtlichen Kosten besteht. Im Rekursverfahren werden nach Art. 98 Abs. 2 VRP ausseramtliche Kosten entschädigt, soweit sie aufgrund der Sach- oder Rechtslage notwendig und angemessen erscheinen. Ausseramtliche Kosten sind mangels relevanten Obsiegens (Beschwerdeführer; vgl. dazu die Ausführungen zur weiteren Sachverhaltsabklärung) beziehungsweise mangels grundsätzlichen Anspruchs und Antrags (Vorinstanz) nicht zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 98^{bis} VRP; Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 832).



Demnach verfügt der Abteilungspräsident zu Recht:

Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung wird abgewiesen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und der angefochtene Rekursentscheid der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 mit Ausnahme des Kostenspruches aufgehoben.
2. Die Angelegenheit wird zur Überprüfung beziehungsweise Ergänzung des Sachverhalts im Sinn der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an das Migrationsamt zurückgewiesen.
3. Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2'000 bezahlt der Beschwerdeführer unter Anrechnung mit dem von ihm in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss.
4. Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Scherrer