

würde dies bedeuten, dass ein Betroffener, der sich im neunten Jahr etwas zu Schulden kommen lässt, erst nach 18-jährigem Aufenthalt in der Schweiz eine Härtefallbewilligung beantragen könnte. Diese Auffassung wird - wie die vorgenommene Interessenabwägung gezeigt hat - den Umständen des Einzelfalles nicht gerecht.

#### **85 Widerruf der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung**

**Die Auflage des Zusammenlebens in ehelicher Gemeinschaft stellt eine zulässige "Bedingung" im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG dar. Eine Aufenthaltsbewilligung darf grundsätzlich widerrufen oder nicht mehr verlängert werden, wenn diese Auflage nicht mehr erfüllt ist (Erw. II./2.2.-2.6.).**

**Die Verhältnismässigkeit eines Widerrufs einer Aufenthaltsbewilligung ist dann zu prüfen, wenn der Ausreisezeitpunkt vor Ablauf der Aufenthaltsbewilligung terminiert wird (Erw. II./4.1.-4.4.).**

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 24. November 2006 in Sachen B.G. betreffend Widerruf der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung (1-BE.2006.23).

#### *Aus den Erwägungen*

II. 2.2. Dem Beschwerdeführer wurde am 4. Februar 2005 gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ANAG eine Aufenthaltsbewilligung erteilt. Diese wurde am 1. Dezember 2005 bis zum 31. Januar 2007 verlängert. Der Beschwerdeführer wurde im Bewilligungsverfahren mit Schreiben des Migrationsamtes vom 4. Februar 2005 ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass ihm die Aufenthaltsbewilligung unter der Bedingung des Zusammenlebens mit seiner Ehefrau erteilt und widerrufen oder nicht mehr verlängert werde, sobald diese Bedingung nicht oder nicht mehr restlos erfüllt sei. Der Beschwerdeführer erklärte am 11. Februar 2005 mit seiner Unterschrift, diese Bedingung zur Kenntnis genommen zu haben. Am 9. November 2005 trennten sich der Beschwerdeführer und seine Ehefrau und wohnen seither nicht mehr zusammen. Hierauf verfügte das Migrati-

onsamt am 27. April 2006 gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung.

2.3. Gestützt auf Art. 5 Abs. 1 ANAG kann eine Aufenthaltsbewilligung mit Bedingungen verbunden werden. Wird eine Bedingung nicht (mehr) erfüllt, kann die Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG widerrufen werden. Zu prüfen ist nachfolgend, ob die Bedingung des ehelichen Zusammenlebens, unter welcher dem Beschwerdeführer die Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde, eine Bedingung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG darstellt und ein Widerruf damit grundsätzlich zulässig ist.

2.4. Zunächst ist zu klären, ob die "Bedingung" des Zusammenlebens, welche das Migrationsamt an die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung knüpft, eine Bedingung im Rechtssinne und insbesondere im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG darstellt.

2.4.1. Nach der herrschenden Lehre liegt eine Bedingung dann vor, wenn die Rechtswirksamkeit einer Verfügung von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Man unterscheidet zwischen Suspensivbedingungen, bei denen die Rechtswirksamkeit der Verfügung erst eintritt, wenn die Bedingung erfüllt ist und Resolutivbedingungen, bei denen die Rechtswirksamkeit der Verfügung mit Eintritt der Bedingung endet (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Basel/Genf/St. Gallen/Zürich 2006, S. 190, Rz. 907 f.). Formell zeichnet sich eine Bedingung (etwa gegenüber einer gesetzlichen Voraussetzung, welche unmittelbar gilt) dadurch aus, dass sie in der zugehörigen Verfügung ausdrücklich vermerkt wird (vgl. Rahel Küttel, in: Patricia Schiess Rütimann [Hg.], Schweizerisches Ausländerrecht in Bewegung?, S. 43).

Demgegenüber stellt eine Auflage eine mit einer Verfügung verbundene zusätzliche Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen dar. Von der Bedingung unterscheidet sich die Auflage dadurch, dass die Rechtswirksamkeit der Verfügung nicht davon abhängt, ob die Auflage erfüllt wird oder nicht. Wird die Auflage nicht (mehr) erfüllt, berührt dies nicht die Gültigkeit der Verfügung, kann aber einen Grund für den Widerruf der Verfügung darstellen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 190 f., Rz. 913 f.).

2.4.2. In der Lehre wird eingeräumt, dass die in der Praxis verwendete Terminologie an Klarheit zu wünschen übrig lasse. Häufig werde als Bedingung bezeichnet, was in Tat und Wahrheit eine Auflage darstelle. Ob eine Bedingung oder eine Auflage vorliege, sei nicht nach der Bezeichnung sondern nach dem Sinn und Zweck zu beurteilen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 191, Rz. 915).

Der Bedingungsbegriff von Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG wird in Art. 10 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAV) vom 1. März 1949 definiert. Als an Aufenthaltsbewilligungen geknüpfte "Bedingungen" gelten danach die "vom Ausländer im Bewilligungsverfahren übernommenen Verpflichtungen und abgegebenen Erklärungen, besonders über den Zweck des Aufenthaltes".

Der Beschwerdeführer unterzeichnete am 11. Februar 2005 im Rahmen der Bewilligungserteilung eine Erklärung, wonach er von der "Bedingung" des ehelichen Zusammenlebens Kenntnis genommen habe. Damit liegt im Sinne von Art. 10 Abs. 3 ANAV eine "Bedingung" vor.

In casu erteilte das Migrationsamt dem Beschwerdeführer mit sofortiger Rechtswirkung eine Aufenthaltsbewilligung, stellte aber zugleich ausdrücklich deren Nichtverlängerung bzw. Widerruf für den Fall der Aufgabe des ehelichen Zusammenlebens in Aussicht.

Da bei Eintritt bzw. bei Wegfall der "Bedingung" die Rechtswirksamkeit der Verfügung demzufolge weder eintritt noch endet, sondern - insbesondere bei Wegfall der "Bedingung" - der Widerruf der Verfügung ausgesprochen werden kann, handelt es sich hierbei gemäss herrschender Lehre - entgegen der verwendeten Terminologie - nicht um eine Bedingung sondern vielmehr um eine Auflage.

Unter diesen Umständen steht fest, dass in Art. 5 und 9 ANAG sowie in Art. 10 ANAV zwar der Begriff der "Bedingung" verwendet wird, jedoch als "Auflage" zu verstehen ist.

2.4.3. Bei genauerer Betrachtung der Legaldefinition der "Bedingung" nach Art. 10 Abs. 3 ANAV erweist sich diese als zu wenig präzise. Für die grundsätzliche Zulässigkeit eines Widerrufs nach Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG kann es nicht allein darauf ankommen, ob der betroffene Ausländer eine Verpflichtung übernommen bzw. eine

Erklärung abgegeben hat. Massgebend ist auch, ob die dem Betroffenen auferlegte "Bedingung" im Einzelfall als zulässig bezeichnet werden kann. Dabei ist zu klären, welchen inhaltlichen Anforderungen diese Verpflichtungen und Erklärungen genügen müssen, um generell als zulässige "Bedingung" zu gelten. Soweit Art. 10 Abs. 3 ANAV hierzu nichts zu entnehmen ist, ist auf die in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückzugreifen.

2.5. Eine Bedingung (bzw. richtigerweise Auflage) im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG stellt eine Nebenbestimmung einer Verfügung dar. Sie bezweckt, die durch die Verfügung begründeten Pflichten und Rechte genauer zu umschreiben und entsprechend den konkreten Umständen auszugestalten (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 189, Rz. 901). Voraussetzung für den Erlass einer Nebenbestimmung ist das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage und die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Konkret genügt es für die Zulässigkeit der Nebenbestimmung, wenn sich diese aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck ergibt. Eine Bewilligung kann im Sinne einer mildernden Massnahme namentlich dann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, wenn die Bewilligung auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen auch verweigert werden könnte. Schliesslich müssen Nebenbestimmungen die Voraussetzungen der Eignung, Erforderlichkeit sowie der Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung (Zumutbarkeit) erfüllen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 191 f., Rz. 918 ff.). Unzulässig sind dagegen sachfremde Auflagen. Zu prüfen ist nachfolgend, ob die Auflage des Zusammenlebens diesen Anforderungen genügt.

2.5.1. Dass mit Art. 5 bzw. 9 ANAG dem Legalitätsprinzip entsprochen wird, steht ausser Zweifel und bedarf keiner weiteren Ausführungen. Gleiches gilt für die Frage, ob die Auflage des ehelichen Zusammenlebens sachgerecht und sachbezogen ist, da bereits Art. 17 Abs. 2 ANAG das eheliche Zusammenwohnen als gesetzliche Voraussetzung für die Erteilung bzw. Verlängerung der Aufenthaltbewilligung definiert.

2.5.2. Die Auflage des ehelichen Zusammenwohnens muss schliesslich verhältnismässig sein. Die Frage nach der Eignung der Auflage bestimmt sich nach dem Gesetzeszweck. Die ausländer-

rechtlichen Bestimmungen zum Familiennachzug bezwecken einerseits, den betroffenen Ausländern die Fortführung ihrer Familiengemeinschaft in der Schweiz zu ermöglichen. Andererseits soll verhindert werden, dass Nachzuziehende unter dem Titel des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung erhalten, ohne effektiv in Familiengemeinschaft in der Schweiz zusammenleben zu wollen. Die Auflage des Zusammenlebens in ehelicher Gemeinschaft erweist sich damit als geeignete Massnahme der Missbrauchsverhinderung.

Es stellt sich weiter die Frage, ob die Auferlegung der Auflage auch erforderlich sei. Die Auflage, mit dem Ehegatten in tatsächlicher Lebensgemeinschaft zusammenzuwohnen, stellt zweifellos einen erheblichen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Ausländer dar. Dennoch ist eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme nicht ersichtlich, wenn mit verhältnismässigem Aufwand überprüfbar bleiben soll, ob die Einreise auch tatsächlich zum Zweck des ehelichen Zusammenlebens erfolgte.

Unter dem Aspekt der Zumutbarkeit erscheint die Auflage des tatsächlichen Zusammenlebens zwar nicht ganz unproblematisch. Insgesamt ist aber der Missbrauchsbekämpfung im Bereich des Familiennachzugs ein grösseres öffentliches Interesse beizumessen als dem privaten Interesse der betroffenen Ausländer an uneingeschränkter Lebens- und Beziehungsgestaltung. Dies umso mehr, als die mit der Auflage verbundene Einschränkung befristet ist: Sobald der Ehegatte eines mit Niederlassungsbewilligung in der Schweiz lebenden Ausländers eine eigenständige Niederlassungsbewilligung erwirbt, nach Art. 17 Abs. 2 ANAG also nach ordnungsgemäsem und ununterbrochenem Aufenthalt von fünf Jahren in der Schweiz, können die Ehegatten unbeschadet ihrer Aufenthaltsrechte getrennten Wohnsitz nehmen.

2.5.3. Unter diesen Umständen steht fest, dass sich die Auflage des Zusammenlebens in ehelicher Gemeinschaft sowohl auf eine gesetzliche Grundlage stützen kann als auch grundsätzlich verhältnismässig ist.

2.6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Auflage des Zusammenlebens in ehelicher Gemeinschaft eine "Bedingung" im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG darstellt und das Migrationsamt die

Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers in zulässiger Weise mit der "Bedingung" des Zusammenlebens verbunden hat. Nachdem die Ehegatten getrennt leben, ist diese "Bedingung" nicht mehr erfüllt. Damit erweist sich die Rechtsfolge des Widerrufs als grundsätzlich zulässig.

(...)

4.1. Bei Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung bezieht sich das behördliche Ermessen einzig auf die Frage, ob die damit verbundene Wegweisung als solche angemessen ist, insbesondere, ob sie einen Härtefall begründet. Insoweit der Beschwerdeführer die Wegweisung als solche beanstandet, ist die Beschwerde mit Verweis auf die vorstehenden Erwägungen ("Härtefallprüfung") abzuweisen.

4.2.1. Anders verhält es sich, wenn die Fremdenpolizeibehörde eine Aufenthaltsbewilligung widerruft. Gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG ist die Behörde zwar grundsätzlich berechtigt, eine Aufenthaltsbewilligung bei Vorliegen eines Widerrufsgrundes zu widerrufen. Nachdem die genannte Bestimmung aber als "Kann-Vorschrift" formuliert wurde, gewährt sie den Behörden einen Ermessensspielraum für den Entscheid im Einzelfall. In ihrem Rechtsfolgeermessen sind die Behörden indessen nicht frei, sondern haben sich insbesondere von den verfassungsmässigen Grundsätzen der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit sowie der Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen leiten zu lassen (Häfelin/Müller/ Uhlmann, a.a.O., S. 93, Rz. 441).

Der Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung stellt dann eine schärfere Massnahme als deren blosse Nichtverlängerung dar, wenn der mit dem Widerruf festzulegende Ausreisezeitpunkt vor Ablauf der Aufenthaltsbewilligung terminiert wird. In solchen Fällen ist die Behörde verpflichtet, die Verhältnismässigkeit des Widerrufs auch in Bezug auf die mildere Massnahme der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu prüfen.

4.2.2. Zwar ist dem vorinstanzliche Entscheid nicht explizit zu entnehmen, ob der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung auch in Bezug auf deren Nichtverlängerung als verhältnismässig erachtet wurde. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich das Migrationsamt bei

seiner Entscheidungsfindung nicht von entsprechenden Überlegungen leiten liess. Nachdem vor Rekursgericht gemäss § 9 Abs. 2 lit. a EGAR lediglich Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens gerügt werden kann, steht dem Rekursgericht auch bezüglich des Rechtsfolgeermessens nur eine eingeschränkte Kognition zu. Nachfolgend ist deshalb einzig zu prüfen, ob die Anordnung des Widerrufs der Aufenthaltsbewilligung in Bezug auf das Absehen von einer Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung einem Ermessensmissbrauch darstellt.

4.3.1. Im vorliegenden Fall wurde dem Beschwerdeführer erstmals am 4. Februar 2005 eine bis 31. Januar 2006 gültige Aufenthaltsbewilligung erteilt. Am 1. Dezember 2005 verlängerte das Migrationsamt die Aufenthaltsbewilligung bis zum 31. Januar 2007. Dies, obschon der Beschwerdeführer seit dem 9. November 2005 von seiner Ehefrau getrennt gelebt hatte. Am 23. März 2006 wurde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör betreffend Wegweisung aus der Schweiz wegen Getrenntlebens gewährt und am 27. April 2006 verfügte das Migrationsamt den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung und ordnete an, der Beschwerdeführer habe die Schweiz 60 Tage nach Rechtskraft der Verfügung zu verlassen. Unter Berücksichtigung des Empfangs der Verfügung und der 20-tägigen Rechtsmittelfrist hätte der Beschwerdeführer die Schweiz somit frühestens per 17. Juli 2006 verlassen müssen.

4.3.2. Der Beschwerdeführer rügt, die ihm eingeräumte Frist zum Verlassen der Schweiz sei zu knapp bemessen gewesen. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Beschwerdeführer wusste, dass sein Aufenthaltsrecht in der Schweiz vom Zusammenleben mit seiner Ehefrau abhängt. Seit der Trennung von seiner Ehefrau im November 2005 musste er damit rechnen, dass das Migrationsamt den Widerruf seiner Verfügung aussprechen würde. Zweifellos bewusst wurde ihm dies Ende März 2006, als ihm das Migrationsamt das rechtliche Gehör betreffend Wegweisung gewährte. Er hatte demnach auf jeden Fall vier Monate Zeit, sich auf die bevorstehende Wegweisung einzustellen. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer aufgrund der offensichtlich bestehenden ehelichen Probleme auch nicht darauf ver-

trauen durfte, die Trennung sei nur von kurzer Dauer und das eheliche Zusammenleben werde in absehbarer Zeit wieder aufgenommen.

4.3.3. Der Beschwerdeführer rügt weiter, ein Widerruf dürfe nur dann ausgesprochen werden, wenn dafür eine gewisse Dringlichkeit bestehe. Richtig ist, dass sich das Migrationsamt bei der Anordnung eines Widerrufs einer Aufenthaltsbewilligung von sachlichen Überlegungen leiten lassen muss. Dass dem in casu nicht so war, ist nicht ersichtlich. Zwar trifft es zu, dass das Migrationsamt in Fällen wie dem vorliegenden nach einer Aufgabe des ehelichen Zusammenlebens oft die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung verfügt. Dies bedeutet aber nicht, dass ein Widerruf unzulässig wäre. Liegt der Zeitpunkt des Widerrufs wie hier mehrere Monate vor Ablauf der Aufenthaltsbewilligung, ist der Widerruf jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn das Migrationsamt dem Interesse des Betroffenen an einer geordneten Ausreise durch Ansetzung einer - wie hier - angemessenen Ausreisefrist Rechnung trägt. Inwiefern zusätzlich eine gewisse Dringlichkeit bestehen müsste, ergibt sich weder aus dem Gesetz noch ist es sonst ersichtlich.

Nachdem der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung im vorliegenden Fall bereits nach einem Aufenthalt von wenig mehr als einem Jahr erfolgte, kann auch keine Rede davon sein, der Widerruf sei im Verhältnis zur bisherigen Aufenthaltsdauer als unverhältnismässig zu bezeichnen.

4.4. Damit ist festzuhalten, dass der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung auch in Bezug auf die mildere Massnahme der Nichtverlängerung verhältnismässig ist.

- 86 Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung**  
**Unzulässiger Entzug der aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren, da keine wichtigen Gründe im Sinne von § 44 Abs. 1 VRPG vorliegen (Erw. II).**

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 22. September 2006 in Sachen M.C. betreffend Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (1-BE.2006.38).