

## **BGer 2C\_461/2012 vom 7. November 2012**

Bundesgericht, 2012-11-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_461\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_461_2012)

FR: TF 2C\_461/2012 du 7 novembre 2012

IT: TF 2C\_461/2012 del 7 novembre 2012

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Soweit der Beschwerdeführer den weiteren Bestand seiner Niederlassungsbewilligung geltend macht, indem er deren Erlöschen bestreitet, kann er sich auf einen Anspruch im Sinne von Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG berufen, da diese Bewilligung ihrem Inhaber grundsätzlich ein unbefristetes Aufenthaltsrecht gewährt (vgl. Art. 34 Abs. 1 AuG [SR 142.20]). Diesbezüglich greift der erwähnte Ausschlussgrund des Art. 83 BGG nicht und die Beschwerde ist insoweit zulässig (vgl. Urteil 2C\_609/2011 vom 3. April 2012 E. 1 mit Hinweis).

#### **E. 1.2**

Soweit der Beschwerdeführer in seinem Hauptantrag allgemein um Feststellung ersucht, dass ihm weiterhin die Niederlassungsbewilligung zustehe, kann darauf nur insoweit eingetreten werden, als sich diese Feststellung aus der eventualiter beantragten Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung ergibt. Diese Aufrechterhaltung ("Reservation") bildet vorliegend Prozessthema, war doch nur sie Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung vom 8. Februar 2012 wie auch des vorinstanzlichen Urteils vom 10. April 2012 (zur Umschreibung des Streitgegenstandes vgl. Urteil 2C\_446/2007 vom 22. Januar 2008 E. 2.2 mit Hinweisen). Nicht einzutreten ist ferner auf den erstmals vor Bundesgericht gestellten Feststellungsantrag, wonach dem Beschwerdeführer nach 27 Jahren Aufenthalt in der Schweiz eine Rückkehr in sein Heimatland nicht mehr zumutbar sei (vgl. Art. 99 Abs. 2 BGG). Unzulässig ist schliesslich der prozessuale Antrag, die neu aufgelegten Dokumente zu den Akten zu nehmen. Ihm stehen das Novenverbot ( Art. 99 Abs. 1 BGG ) und die zeitliche Begrenzung des Streitgegenstandes entgegen. Unberücksichtigt bleiben namentlich Tatsachen oder Beweismittel, die sich auf das vorinstanzliche Prozessthema beziehen, jedoch erst nach dem angefochtenen Entscheid eingetreten bzw. entstanden sind (sog. echte Noven; vgl. zum Streitgegenstand in zeitlicher Hinsicht Art. 105 BGG ; BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 344; 121 II 97 E. 1c S. 99 ff.; 107 Ib 167 E. 1b S. 169; Urteil 2C\_35/2012 vom 20. August 2012 E. 1.3; zu allfälligen Ausnahmen aus prozessökonomischen Gründen vgl. Urteil 2C\_276/2009 vom 22. September 2009 E. 1.4.2, nicht publ. in BGE 136 II 43 ; MEYER/DORMANN, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 12 zu Art. 105 BGG ).

#### **E. 1.3**

Unter diesen Einschränkungen ist auf die ansonsten form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid einzutreten (vgl. Art. 86 Abs. 1 lit. d, Art. 89 und Art. 90 BGG ).

#### **E. 2.1**

Verlässt eine niederlassungsberechtigte Person die Schweiz, ohne sich abzumelden, erlischt die Niederlassungsbewilligung nach sechs Monaten (Art. 61 Abs. 2 Satz 1 AuG). Auf Gesuch hin kann die Niederlassungsbewilligung während vier Jahren aufrechterhalten werden (Art. 61 Abs. 2 Satz 2 AuG). Das Gesetz legt keine Kriterien fest, die für die Aufrechterhaltung der Bewilligung massgebend sind. Dies erhöht den Entscheidungsspielraum der Verwaltung und damit die Verantwortung zur pflichtgemässen Ermessensausübung (Art. 96 AuG).

### **E. 2.2**

Unbestritten ist vorliegend, dass das Gesuch rechtzeitig eingereicht worden ist. Die Vorinstanz hat erwogen, dass eine Genehmigung für die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung restriktiv zu erteilen sei und die Ausnahme bilde. Gemeinsam sei den in der Botschaft des Bundesrates und den Weisungen des BFM aufgeführten Gründen, die zu einer Genehmigung des Gesuchs führen können, dass der Aufenthalt im Ausland freiwillig erfolge. Bei einer Inhaftierung sei dies "in der Regel" nicht der Fall. Darüber hinaus sei gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu prüfen, ob ein Widerrufsgrund vorliege. Beim Beschwerdeführer treffe dies zu, bestehe doch seit langem eine erhebliche Sozialhilfeabhängigkeit.

### **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer bringt vor, die ganze Regelung in Art. 61 AuG beruhe auf einem freiwilligen Verlassen der Schweiz. Das unfreiwillige Verbleiben im Ausland sei vom Gesetzgeber nicht bedacht worden. Die damit einhergehende Lücke sei vom Gericht zu füllen. Es erscheine als sehr unbillig, dass jemand, der unbeabsichtigt länger als sechs Monate im Ausland weile, die Niederlassungsbewilligung verlieren könne. Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgen wolle, hätten die Vorinstanzen jedenfalls ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt, indem sie den Gefängnisaufenthalt als Verlängerungsgrund verweigert hätten. Es widerspreche der "Philosophie", d.h. dem Sinn und Zweck des Ausländergesetzes wie auch des Art. 62 AuG, dass jemand die Bewilligung verliere, wenn er aufgrund eines äusseren Zwangs im Ausland festgehalten werde. Die Vorinstanzen hätten weder die Verhältnismässigkeit noch die Zumutbarkeit der Rückkehr ins Heimatland näher geprüft, so dass der Sachverhalt nur ungenügend festgestellt worden sei.

### **E. 2.4.1**

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kommt es nach der konstanten Rechtsprechung weder auf die Motive der Landesabwesenheit noch auf die Absichten des Betroffenen an (Urteile 2C\_397/2011 vom 10. Oktober 2011 E. 3.2.2; 2C\_980/2010 vom 21. Juni 2011 E. 2.1; 2C\_853/2010 vom 22. März 2011 E. 5.1; je mit Hinweisen), so dass namentlich auch eine Inhaftierung zum Erlöschen der Niederlassungsbewilligung führt (Urteile 2A.633/2006 vom 26. Januar 2007 E. 3.1; 2A.14/2004 vom 4. Juni 2004 E. 2.1; 2A.308/2001 vom 15. November 2001 E. 3a; je mit Hinweisen). Ebenso widerspricht es jedoch der genannten Praxis, wenn die Vorinstanz annimmt, nur ein freiwilliges Verlassen der Schweiz sei genügender Grund für eine Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung. Eine Inhaftierung im Ausland kann durchaus Anlass für eine Aufrechterhaltung sein, handelt es sich doch typischerweise um einen zeitlich befristeten Auslandsaufenthalt, der in dieser Hinsicht mit anderen Auslandsaufenthalten vergleichbar ist, die ihrer Natur nach nur vorübergehend sind, wie z.B. die Absolvierung des Militärdienstes, eine Weiterbildung oder die Ausübung einer Tätigkeit im Auftrag des schweizerischen

Arbeitgebers (Urteile 2A.633/2006 vom 26. Januar 2007 E. 3.1; 2A.308/2001 vom 15. November 2001 E. 4e). Entgegen der Vorinstanz kommt es damit nicht entscheidend darauf an, ob der (zeitlich befristete) Auslandsaufenthalt freiwillig oder unfreiwillig erfolgt. Dies zeigt sich im Übrigen auch darin, dass die Weisungen des BFM mit der Absolvierung des Militärdienstes ausdrücklich einen Grund nennen, bei dem der befristete Auslandsaufenthalt regelmässig in Erfüllung einer Dienstpflicht erfolgt (Ziff. 3.4.4 der Weisungen des BFM zum Ausländerbereich, Aufenthaltsregelung [Stand: 30. September 2011; <http://www.bfm.admin.ch>]). Dass dem Auslandsaufenthalt (möglicherweise) ein strafbares Verhalten zu Grunde liegt, wird insofern berücksichtigt, als die Niederlassungsbewilligung nicht zu verlängern ist, wenn sie widerrufen werden könnte (Art. 63 AuG). Dabei genügt es nicht, dass ein Widerrufsgrund vorliegt, sondern der Widerruf muss im konkreten Fall auch verhältnismässig sein (Art. 96 AuG; Urteile 2A.633/2006 vom 26. Januar 2007 E. 3.1; 2A.308/2001 vom 15. November 2001 E. 4e; jeweils mit Hinweisen; ZÜND/ARQUINT HILL, in: Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl. 2009, N. 8.10 S. 318 f.).

#### **E. 2.4.2**

Diese Rechtsprechung hat die Vorinstanz nicht genügend beachtet und damit ihren Entscheid rechtsfehlerhaft getroffen. Besonders ins Gewicht fällt, dass die vorinstanzlichen Erwägungen sehr knapp gehalten sind und die Umstände des Einzelfalls ausser Acht lassen. So wird mit der dauerhaften und erheblichen Sozialhilfeabhängigkeit des Beschwerdeführers ein Widerrufsgrund (Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG) genannt, bei dem Zweifel bestehen, ob er überhaupt anwendbar ist (vgl. insb. Art. 63 Abs. 2 AuG). Darüber hinaus verzichtet die Vorinstanz gänzlich auf eine Interessenabwägung. Die gegen den Beschwerdeführer erhobenen Vorwürfe (Verdacht auf Terrorismusfinanzierung) wiegen schwer. Entsprechend wichtig ist eine sorgfältige Abklärung der Sach- und Rechtslage. Da im angefochtenen Urteil die der Interessenabwägung zu Grunde liegenden Tatsachen nicht festgestellt worden sind, erlaubt es der Sachverhalt in der vorliegenden Form nicht, die sich stellenden Rechtsfragen abschliessend zu beantworten. Aus diesem Grund ist die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und anschliessender Neuentscheidung an die erste Instanz zurückzuweisen ( Art. 107 Abs. 2 BGG ; Urteil 2C\_821/2011 vom 22. Juni 2012 E. 1, nicht publ. in BGE 138 II 229 ). Die Rückweisung an die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde ist vorliegend sachgerecht, da diese über einen erheblichen Entscheidungsspielraum verfügt (Urteil 1D\_11/2007 vom 27. Februar 2008 E. 6, nicht publ. in BGE 134 I 56 ).

#### **E. 3**

Dem unterliegenden Kanton Solothurn sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Er muss den obsiegenden Beschwerdeführer für dieses jedoch angemessen entschädigen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ). Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren gegenstandslos. Das Verwaltungsgericht hat dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens entsprechend die kantonale Kosten- und Entschädigungsfrage neu zu regeln (vgl. Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.