

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2024.32 vom 25. April 2024

BS Appellationsgericht, 2024-04-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2024.32

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2024.32 du 25 avril 2024

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2024.32 del 25 aprile 2024

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Regierungspräsidenten vom 28. Februar 2024 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Zum Entscheid ist nach § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) das Dreiergericht berufen. Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist somit gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Der vorliegende Rekurs wurde den Voraussetzungen von § 16 Abs. 1 und Abs. 2 VRPG entsprechend rechtzeitig angemeldet und begründet. Darauf ist einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob das JSD den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihm zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Mangels einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift ist das Verwaltungsgericht im Ausländerrecht nicht befugt, über die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung zu entscheiden und damit im Ergebnis sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen der zuständigen Verwaltungsbehörde zu setzen. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind bei der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit eines ausländerrechtlichen Entscheids durch das kantonale Gericht die tatsächlichen Verhältnisse massgebend, wie sie im Zeitpunkt des entsprechenden Gerichtsentscheids herrschen (BGE 127 II 60 E. 1b; BGer 2C_42/2011 vom 23. August 2012 E. 5.3; VGE VD.2022.117 vom 10. November 2022 E. 1.2, VD.2019.75 vom 26. Juni 2019 E. 1.3). Noven sind deshalb in diesem Fall zulässig, obwohl das Verwaltungsgericht nach kantonalem Recht grundsätzlich bloss eine nachträgliche Verwaltungskontrolle ausübt (vgl. zum Ganzen VGE VD.2022.117 vom 10. November 2022 E. 1.2).

E. 2

2.1 Wenn ein Ausländer die Schweiz verlässt, ohne sich abzumelden, erlischt seine Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 61 Abs. 2 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG, SR 142.20) nach sechs Monaten. Auf Gesuch hin kann die Niederlassungsbewilligung während vier Jahren aufrechterhalten werden. Das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung muss gemäss Art. 79 Abs. 2 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) vor

Ablauf der sechsmonatigen Frist eingereicht werden. Beim Entscheid über das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung verfügt die kantonale Ausländerbehörde über einen erheblichen Ermessensspielraum (vgl. BGer 2A.357/2000 vom 22. Januar 2001 E. 3b; Weisungen AIG Ziff. 3.5.3.2.3; Hunziker, in: Caroni et al. [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar AuG, Bern 2010, Art. 61 N 25). Bei der Ermessensausübung haben die Verwaltungsbehörden aber insbesondere den Grundsatz des öffentlichen Interesses, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, das Rechtsgleichheitsgebot, den Grundsatz von Treu und Glauben, das Willkürverbot sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten. Wenn die Verwaltungsbehörde zwar die im Rechtssatz umschriebenen Voraussetzungen und Grenzen des Ermessens beachtet, aber ihr Ermessen nach unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschrift fremden Gesichtspunkten betätigt oder einen der vorstehend erwähnten Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns verletzt, missbraucht sie ihr Ermessen. Ein Ermessensmissbrauch stellt eine Rechtsverletzung dar (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, N 320, 409 und 434).

2.2 Wenn der Auslandsaufenthalt seiner Natur nach vorübergehend ist (zum Beispiel Militärdienst, Weiterbildung, befristete Tätigkeit im Auftrag eines schweizerischen Arbeitgebers) und der Ausländer die Absicht hat, innerhalb der Frist von vier Jahren wieder in die Schweiz zurückzukehren, ist sein Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung nach Rechtsprechung und Lehre in der Regel gutzuheissen (vgl. BGer 2A.308/2001 vom 15. November 2001 E. 4e, 2A.357/2000 vom 22. Januar 2001 E. 3b; Caroni/Scheiber/Preisig/Plozza, Migrationsrecht, 5. Auflage, Bern 2022, S. 283; vgl. ferner Spescha/Bolzli/De Weck/Priuli, Handbuch zum Migrationsrecht, 4. Auflage, Zürich 2020, S. 318). Gemäss den vom JSD zitierten Weisungen des SEM und einer Kommentatorin kann die Niederlassungsbewilligung im Fall einer Auslandabwesenheit von mehr als sechs Monaten nur dann fortbestehen, wenn der Gesuchsteller tatsächlich die Absicht hat, innerhalb der Frist von vier Jahren wieder in die Schweiz zurückzukehren (Weisungen AIG Ziff. 3.5.3.2.3; Hunziker, a.a.O., Art. 61 N 26; angefochtener Entscheid, E. 2). Dies kann jedoch nicht bedeuten, dass der Ausländer bereits im Zeitpunkt des Gesuchs sicher sein muss, dass er innert der Vierjahresfrist wieder in die Schweiz zurückkehren will. Aus den Materialien, der Rechtsprechung und der Lehre ist vielmehr zu schliessen, dass die Bewilligung eines Gesuchs um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung nicht notwendigerweise voraussetzt, dass der Auslandsaufenthalt seiner Natur nach vorübergehend ist und der Ausländer im Zeitpunkt des Gesuchs bereits sicher ist, dass er innert der Vierjahresfrist wieder in die Schweiz zurückkehren will. Gemäss den Materialien, der Rechtsprechung und der Lehre kann die Gutheissung eines Gesuchs um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung unter Umständen insbesondere zum Zweck eines Wiedereingliederungsversuchs im Heimatstaat geboten sein (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, in: BBl 2002 S. 3709, 3808; BGer 2A.357/2000 vom 22. Januar 2001 E. 3b f.; Hunziker, a.a.O., Art. 61 N 24; Spescha, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage, Zürich 2019, Art. 61 AIG N 8; Zünd/Brunner, in: Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 3. Auflage, Basel 2022, N 10.16 vgl. ferner Weisungen AIG Ziff. 3.5.3.2.3; Spescha/Bolzli/De Weck/Priuli, a.a.O., S. 318). In diesem Fall ist im Zeitpunkt des Gesuchs offen, ob der Versuch scheitern und sich der Ausländer nur vorübergehend im Ausland aufhalten wird, oder ob der Versuch gelingen und der Ausländer dauernd im Ausland bleiben wird.

E. 3.1

3.1.1 Der Rekurrent stammt aus dem Libanon. Aus einer Ehe des Rekurrenten entsprangen zwei Töchter. Diese sind am [...] 2005 und am [...] 2006 geboren und leben im Libanon. Bei der Scheidung vom 20. Oktober 2006 vereinbarten die Eheleute, dass der Rekurrent zugunsten der Kindsmutter auf das Sorgerecht für die beiden Töchter verzichte. Am [...] 2009 heiratete der Rekurrent eine Schweizerin. Er reiste am [...] 2010 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz ein und erhielt am [...] 2015 eine Niederlassungsbewilligung. Der Rekurrent ist am 8. Oktober 2021 zu seinen Töchtern in den Libanon gereist und hält sich seither ununterbrochen dort auf. Am 31. März 2022 ersuchte er vertreten durch seine Ehefrau rechtzeitig um Aufrechterhaltung seiner Niederlassungsbewilligung (vgl. angefochtener Entscheid, Tatsachen Ziff. 1■4 und E. 3; Akten BdM S. 22 und 37; Beilage zur Rekursbegründung).

3.1.2 Zur Begründung seines Gesuchs um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung vom 31. März 2022 (Akten BdM S. 117) macht der Rekurrent geltend, er habe am 8. Oktober 2021 überraschenderweise sofort in den Libanon reisen müssen, weil die Kindsmutter das Sorgerecht über seine beiden Töchter niedergelegt habe und die beiden minderjährigen Töchter nicht unbeaufsichtigt gelassen werden könnten. Eigentlich sei vereinbart gewesen, dass bei Abwesenheit des Rekurrenten die Kindsmutter sich vorübergehend weiterhin um die Töchter kümmere. Daher sei geplant gewesen, dass der Rekurrent am 21. Dezember 2021 zurückkehre. In der Folge habe die Kindsmutter die Töchter aber überhaupt nicht mehr sehen wollen. Eine Covid-19-Infektion habe den Rekurrenten sowohl an einer Rückkehr in die Schweiz als auch an der Suche nach einer geeigneten vorübergehenden Betreuung für seine Töchter gehindert. Nachdem er genesen sei, habe die vertrauenswürdige Person aus der Familie, welche für die vorübergehende Betreuung der Töchter vorgesehen gewesen sei, abgesagt. Nun müsse der Rekurrent erneut eine vertrauenswürdige Betreuung für die Töchter suchen. Wie lange der Rekurrent benötigen werde, um eine vertrauenswürdige Betreuung für die Töchter zu finden, sei «noch nicht absehbar». Seine Ehefrau gehe aber davon aus, dass er es nicht bis zum 8. April 2022 schaffen werde. Zudem habe die ältere Tochter ihren Heiratswunsch geäußert. Ab Ende Januar 2022 habe sich der Rekurrent auch noch darum kümmern müssen.

3.1.3 Mit E-Mail vom 14. Juni 2022 (Akten BdM S. 145) fragte der Bereich BdM die Ehefrau des Rekurrenten, ob die Betreuung der Töchter und die Fragen im Zusammenhang mit dem Heiratswunsch der älteren Tochter inzwischen hätten geregelt werden können. Aus der E-Mail der Ehefrau vom 14. Juni 2022 10:28 (Akten BdM S. 146 f.) ist zu schliessen, dass die Betreuung der Töchter noch nicht geregelt werden konnte und die Eheleute fehlende finanzielle Mittel aufgrund angeblicher Rechtsverzögerungen der zuständigen Stellen bei der Behandlung angeblicher Ansprüche der Eheleute dafür verantwortlich machen (vgl. auch E-Mail vom 14. Juni 2022 13:51 [Akten BdM S. 161]). Die Frage, ob die Fragen im Zusammenhang mit dem Heiratswunsch der älteren Tochter inzwischen hätten geregelt werden können, hat die Ehefrau ausdrücklich bejaht.

3.1.4 Mit E-Mail vom 12. September 2022 (Akten BdM S. 201) erklärte die Ehefrau des Rekurrenten auf Nachfrage des Bereichs BdM (Akten BdM S. 200), dass sich der Rekurrent weiterhin im Libanon aufhalte. Dies begründete sie damit, dass er während des Ramadan und der Trauerfeiern aufgrund zweier Todesfälle in der Familie keine Betreuungsperson für die Töchter gefunden habe. Nachdem er eine Betreuungsperson gefunden habe, sei der Test mit ihr im Juli gut verlaufen. Er habe dann einen Rückflug nach Basel gebucht, sei aber

zuerst eine Woche bei seinem Vater geblieben zur Kontrolle des Verhaltens der Betreuungsperson. Die jüngere Tochter habe einen Unfall erlitten und anschliessend seien die ältere Tochter und der Vater des Rekurrenten erkrankt. Im Zusammenhang mit der Hospitalisierung seines Vaters habe der Rekurrent verschiedene Aufgaben übernehmen müssen. Die Ehefrau erklärte, sie und der Rekurrent hofften, dass Ende September 2022 alles in Ordnung sein werde und der Rekurrent werde nach Basel fliegen können.

3.1.5 Mit E-Mail vom 4. November 2022 (Akten BdM S. 212) erklärte die Ehefrau des Rekurrenten, weitere Schicksalsschläge hätten die Rückkehr ihres Ehemanns in die Schweiz erneut verzögert. Zuerst hätten er und die Töchter eine schwere Grippe gehabt. Die Familie des jüngsten Bruders der am 7. Oktober 2020 verstorbenen Mutter des Rekurrenten habe die Kinderbetreuung übernehmen wollen. Dieser Onkel sei jedoch an Krebs gestorben. Daher müsse der Rekurrent erneut nach einer geeigneten Betreuung für seine Töchter suchen.

3.1.6 Mit E-Mail vom 10. Januar 2023 (Akten BdM S. 213) erklärte die Ehefrau des Rekurrenten, dieser habe eine Lösung für die Betreuung seiner Töchter gefunden und sie hätten für ihn einen Rückflug in die Schweiz buchen wollen. Die Kindsmutter habe aber das Sorgerecht für die Töchter zurückhaben wollen. Daher habe alles von vorne begonnen.

3.1.7 Mit Stellungnahme vom 25. Januar 2023 (Akten BdM S. 228 f.) im Rahmen des rechtlichen Gehörs machte der Rekurrent vertreten durch seine Ehefrau nochmals geltend, dass die Kindsmutter im Oktober 2021 das Sorgerecht für seine beiden Töchter niedergelegt habe. Da es im Libanon keine Behörde gebe, die sich in einem solchen Fall um die Kinder kümmere, habe er dies übernehmen müssen. Da die Kindsmutter die vereinbarte vorübergehende Fortführung der Betreuung der Töchter verweigere und diese überhaupt nicht mehr habe sehen wollen, habe er seine Rückkehr in die Schweiz verschieben und nach einer vertrauenswürdigen Betreuung für die Töchter suchen müssen. Weitere Verzögerungen der Rückkehr in die Schweiz seien durch eine Covid-19-Infektion des Rekurrenten, muslimische Feierlichkeiten, einen Unfall und den Wegfall der Betreuung durch Familienangehörige verursacht worden. Als eine Betreuungslösung für die Töchter vorgelegen habe, habe gegen Ende 2022 die Kindsmutter erklärt, dass sie die Töchter respektive das Sorgerecht wieder zurückhaben wolle, und hätten die Töchter erklärt, dass sie zur Kindsmutter wollten. Daher begännen die Verhandlungen neu und müsse der Rekurrent für die Verhandlungen mit der Kindsmutter im Libanon bleiben und seine Rückkehr in die Schweiz verschieben.

3.1.8 Als Beilage zur Rekursbegründung hat die Ehefrau eine Erklärung des Rekurrenten vom 18. Januar 2024 mit folgendem Inhalt einreicht: «Ich bekräftige die Eingaben und Inhalte meiner Ehefrau [] in meinem Namen zur umgehenden Rückkehr nach Hause (Basel) auf Aufrechterhaltener C-Bewilligung.» Daraus ist zu schliessen, dass der Rekurrent umgehend in die Schweiz zurückkehren will und er die Betreuung seiner Töchter inzwischen offenbar regeln konnte.

E. 3.2

3.2.1 Abgesehen von der Begründung der Verzögerung der Rückkehr in die Schweiz mit Rechtsverzögerungen bei der Behandlung angeblicher Ansprüche der Eheleute (vgl. dazu angefochtener Entscheid, E. 2) bezweifeln die Vorinstanzen die Darstellung der Gründe für den Auslandsaufenthalt des Rekurrenten zu Recht nicht. Eine Mitarbeitende des Bereichs BdM erklärte sogar ausdrücklich, die Vorbringen der Ehefrau des Rekurrenten schienen glaubhaft (Akten BdM S. 233), und der Bereich BdM erwog in seiner Verfügung vom 16.

März 2023 (Akten BdM S. 240 ff., E. 4), die in der Stellungnahme vom 25. Januar 2023 geschilderten Gründe für die Verlängerung des Auslandsaufenthalts des Rekurrenten seien nachvollziehbar. Somit ist davon auszugehen, dass der Grund dafür, dass der Auslandsaufenthalt des Rekurrenten mehr als sechs Monate dauert, darin besteht, dass er aufgrund der Niederlegung des Sorgerechts durch die Kindsmutter gezwungen gewesen ist, für seine beiden minderjährigen Töchter eine vertrauenswürdige Betreuungsperson zu organisieren und sie persönlich zu betreuen, bis eine anderweitige Betreuung gewährleistet gewesen ist. Gemäss der zutreffenden Einschätzung des JSD handelt es sich dabei um einen wichtigen familiären Grund (vgl. angefochtener Entscheid, E. 8). Trotzdem sind die Vorinstanzen der Auffassung, dem Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung könne nicht entsprochen werden, weil der Auslandsaufenthalt des Rekurrenten nicht vorübergehend sei (angefochtener Entscheid, E. 8 f.; vgl. Verfügung vom 16. März 2023, E. 2 und 4). Diese Ansicht ist aus mehreren Gründen unrichtig.

3.2.2 Die ältere Tochter ist am [...] 2023 volljährig geworden und die jüngere Tochter wird am [...] 2024 und damit lange vor Ablauf der Frist von vier Jahren seit der Ausreise vom 8. Oktober 2021 volljährig. Jedenfalls in der Schweiz wäre davon auszugehen, dass die Töchter nach dem Erreichen der Volljährigkeit keiner Betreuung mehr bedürfen. Damit wäre der Auslandsaufenthalt des Rekurrenten seiner Natur nach vorübergehend. Der Rekurrent scheint allerdings geltend machen zu wollen, dass Töchter im Libanon insbesondere zum Schutz vor sexuellen Übergriffen bis zu ihrer Heirat der Betreuung bedürfen (Rekursbegründung S. 2: «zum Schutz der Kinder vor sexuellen Übergriffen [Verantwortung Vater: Minderjährig / Unverheiratet: die Kinder bleiben bis zu einer Heirat bei den Eltern: Schutz Eltern]»). In diesem Fall ist der Auslandsaufenthalt des Rekurrenten nicht bereits seiner Natur nach vorübergehend. Dies ist jedoch entgegen der offenbar von den Vorinstanzen vertretenen Auffassung auch keine notwendige Voraussetzung für die Gutheissung des Gesuchs um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung (vgl. oben E. 2.2).

3.2.3 Das JSD hat festgestellt, mit der Erklärung im Gesuch vom 31. März 2022, es sei noch nicht absehbar, wie lange er benötigen werde, um eine vertrauenswürdige Betreuung für seine Töchter zu finden, habe der Rekurrent zugestanden, dass es nicht um einen vorübergehenden Aufenthalt gehe (angefochtener Entscheid, E. 8 f.). Diese Feststellung ist nicht haltbar. Ein Aufenthalt ist offensichtlich nicht nur dann vorübergehend, wenn seine konkrete Dauer absehbar ist. Bei der Anwendung von Art. 61 Abs. 2 AIG muss es für die Qualifizierung als vorübergehend vielmehr genügen, dass der Aufenthalt maximal vier Jahre dauern wird. Davon kann im vorliegenden Fall entgegen der Ansicht des JSD (vgl. angefochtener Entscheid, E. 8) ausgegangen werden. Auch wenn der Rekurrent bei der Organisation eines nachhaltigen Betreuungssettings für seine Töchter wiederholt auf Schwierigkeiten gestossen ist, ist nicht ersichtlich, weshalb es ihm innert vier Jahren seit seiner Ausreise und damit bis am 7. Oktober 2025 zum vornherein nicht gelingen könnte, ein solches zu organisieren. Zudem ist aus seiner Erklärung, dass er umgehend in die Schweiz zurückkehren wolle (vgl. oben E. 3.1.8), zu schliessen, dass ihm dies inzwischen bereits gelungen ist. Daran, dass der Rekurrent von Anfang an die Absicht gehabt hat, innerhalb einer Frist von maximal vier Jahren wieder in die Schweiz zurückzukehren, kann kein Zweifel bestehen (vgl. auch Stellungnahme des Bereichs BdM vom 4. Juli 2023, Ziff. 3 [Akten BdM S. 272 ff.]). Im Übrigen ist daraus, dass ein Wiedereingliederungsversuch im Heimatstaat ein anerkannter Zweck für eine Aufrechterhaltung der

Niederlassungsbewilligung darstellt, zu schliessen, dass eine solche selbst dann in Betracht kommt, wenn ungewiss ist, ob sich der Auslandsaufenthalt als vorübergehend oder dauerhaft erweisen wird (vgl. oben E. 2.2). Folglich wäre die Gutheissung des Gesuchs des Rekurrenten um Aufrechterhaltung seiner Niederlassungsbewilligung derzeit selbst dann möglich, wenn nicht auszuschliessen wäre, dass es ihm innert vier Jahren seit seiner Ausreise nicht gelingt, ein nachhaltiges Betreuungssetting für seine Töchter zu organisieren.

3.2.4 Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Begründung der Vorinstanzen für die Abweisung des Gesuchs des Rekurrenten um Aufrechterhaltung seiner Niederlassungsbewilligung nicht haltbar ist. Ein anderer sachlicher Grund, der gegen die Aufrechterhaltung sprechen könnte, ist nicht ersichtlich. Hingegen besteht ein triftiger familiärer Grund für die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung (vgl. oben E. 3.2.1). Unter diesen Umständen hat der Bereich BdM sein Ermessen missbraucht, indem er das Gesuch des Rekurrenten um Aufrechterhaltung seiner Aufenthaltsbewilligung nicht gutgeheissen hat. Daher ist dem Rekurrenten die Aufrechterhaltung seiner bis am 13. Januar 2026 gültigen (Akten BdM S. 137) Niederlassungsbewilligung trotz Auslandsaufenthalts während vier Jahren bis am 7. Oktober 2025 zu bewilligen. Folglich ist seine Niederlassungsbewilligung entgegen der Feststellung in der Verfügung des Bereichs BdM vom 16. März 2023 aufgrund des Aufenthalts des Rekurrenten im Libanon während mehr als sechs Monaten nicht erloschen. Der Rekurrent wird darauf hingewiesen, dass seine Niederlassungsbewilligung in jedem Fall nach Art. 61 Abs. 2 AIG erlischt, wenn er sich über den 7. Oktober 2025 hinaus weiterhin im Ausland aufhält.

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