

# LU\_GERICHTE V 06 85\_2 vom 9. März 2007

LU Gerichte, 2007-03-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu\\_gerichte\\_V\\_06\\_85\\_2](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_V_06_85_2)

FR: LU\_GERICHTE V 06 85\_2 du 9 mars 2007

IT: LU\_GERICHTE V 06 85\_2 del 9 marzo 2007

## Regeste

Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG; § 28 VRG. Wurde die Verlängerung der gesetzlichen Frist zur Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung während des Auslandsaufenthaltes rechtskräftig abgewiesen, erlischt die Niederlassungsbewilligung nach Ablauf der angesetzten Nachfrist. Keine Zustellung des Entscheides an den ausländischen Aufenthaltsort des Beschwerdeführers. | Ausländerrecht

## Erwägungen

### E. 3

a) (...) Im Gegensatz zur Aufenthaltsbewilligung gilt die Niederlassungsbewilligung unbefristet, und sie darf nicht mit Bedingungen verbunden werden (Art. 6 ANAG). Sie vermittelt die stärkere Rechtsstellung. So ist die Erwerbstätigkeit von Ausländerinnen und Ausländern mit Niederlassungsbewilligung keinen ausländerrechtlichen, arbeitsmarktlichen oder wirtschaftlichen Beschränkungen mehr unterworfen (Art. 3 Abs. 10 ANAV; Art. 2 lit. b BVO). Sie verleiht eine unabhängige Aufenthaltsberechtigung, d.h. sie ist nicht mehr abhängig vom ursprünglichen Zweck der Aufenthaltbewilligung (z.B. Verbleib bei den Eltern). Zu unterscheiden von der Niederlassungsbewilligung ist der Ausländerausweis, welcher über die fremdenpolizeiliche Rechtslage erschöpfend Auskunft gibt (Art. 13 ANAV). Obwohl die Niederlassungsbewilligung selbst unbefristet ist, wird der Ausländerausweis für Niedergelassene zur Kontrolle mit einer Laufzeit von drei Jahren ausgestellt. Der Ausländerausweis muss spätestens zwei Wochen vor Ablauf der Kontrollfrist der zuständigen Behörde zur Verlängerung vorgelegt werden (Art. 11 Abs. 3 ANAV). b) Da die Niederlassungsbewilligung die stärkere Rechtsposition verleiht als andere Bewilligungsarten, ist auch der Untergang dieser Bewilligung an strengere Voraussetzungen geknüpft. Die Gültigkeit der Bewilligung hängt indes vom Aufenthalt in der Schweiz ab. Die Niederlassungsbewilligung erlischt durch Abmeldung oder wenn sich der Ausländer während sechs Monaten tatsächlich im Ausland aufhält (Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG). Der Klarheit halber hat der Gesetzgeber zwei formale Kriterien bestimmt, welche massgebend sind für den Untergang der Niederlassungsbewilligung. Diese Regelung weist keine Lücke auf, die bei der Rechtsanwendung ausgefüllt werden müsste oder könnte (BGE 112 Ib 2 Erw. 2a). Die Niederlassungsbewilligung soll erlöschen, wenn ein Auslandsaufenthalt mehr als sechs Monate gedauert hat, unabhängig davon, aus welchen Gründen der Ausländer nicht vor Ablauf dieser Frist zurückgekehrt ist (BGE 120 Ib 372 Erw. 2c). Namentlich kommt es nicht darauf an, ob er seinen Lebensmittelpunkt verlegt hat bzw. verlegen wollte oder von Beginn an vorgesehen hatte, in die Schweiz zurückzukehren (zum Ganzen: BG-Urteil 2A.86/2004 vom 12.5.2004, Erw. 2.1). Die Frage nach dem Lebensmittelpunkt ist nur ausschlaggebend, wenn es sich um wiederholte längere Aufenthalte im Heimatland über mehrere Jahre hinweg handelt, die lediglich unterbrochen

werden durch mehr oder weniger lange Anwesenheiten in der Schweiz (BG-Urteil 2A.31/2006 vom 8.5.2006, Erw. 3.2 mit Hinweisen). c) Der Ausländer hat indes die Möglichkeit, um Verlängerung der 6-monatigen Frist bis auf 2 Jahre zu ersuchen. Bei der Auslegung von Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG ist davon auszugehen, dass im Ausländerrecht ein Aufenthaltsrecht grundsätzlich nur besteht, wenn und solange es auch durch die persönliche Anwesenheit ausgeübt wird. Die Verlängerung der Frist ist daher nur zu gewähren, wenn der Gesuchsteller tatsächlich die Absicht hat, innerhalb der Frist von zwei Jahren wieder in die Schweiz zurückzukehren. Zu berücksichtigen sind einerseits Auslandsaufenthalte, die ihrer Natur nach vorübergehend sind (z.B. Absolvierung des Militärdienstes, Weiterbildung oder Ausübung einer befristeten Tätigkeit im Auftrag des schweizerischen Arbeitgebers). Andererseits soll Jugendlichen und Rentnern die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung für längstens zwei Jahre auch gewährt werden, wenn der Auslandsaufenthalt zur Abklärung der Integrations- oder Wiedereingliederungsmöglichkeit im Heimatstaat dient (ANAG-Weisungen des Bundesamtes für Migration, Rz. 344; vgl. Urteil V 04 294 vom 23.2.2005, Erw. 2c). Das Bundesgericht hielt zudem die Aufrechterhaltung einer Niederlassungsbewilligung bei einer Frau für angebracht, die den Mittelpunkt ihrer Lebensverhältnisse in den Heimatstaat zurückverlegen wollte, weil sie sich von den klimatischen Verhältnissen eine Besserung ihres Gesundheitszustandes versprach, sich dessen aber nicht sicher war (nicht veröffentl. BG-Urteil A.153/1985 vom 22.11.1985 zitiert in Zünd, in: Ehrenzeller [Hrsg.], Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts, St. Gallen 2001, S. 136). Weiter ist die Verlängerung der Frist auf 2 Jahre zu gewähren, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt (vgl. Urteil V 04 294 vom 23.2.2005, Erw. 2d mit Hinweis). Erfolgt die Rückkehr nach Ablauf von sechs Monaten oder nach der von der kantonalen Ausländerbehörde verlängerten Frist, ist die Niederlassungsbewilligung erloschen. In diesem Fall werden die Ausländer als Neueinreisende betrachtet und unterstehen den allgemeinen Bestimmungen der BVO. d) Wird ein Gesuch um Verlängerung der sechsmonatigen Frist noch innerhalb derselben gestellt, erlischt die Niederlassungsbewilligung bei Ablauf dieser Frist nicht automatisch. Ein solches Gesuch muss grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben, ansonsten Ausländer gezwungen wären, in jedem Fall vor Ablauf von sechs Monaten in die Schweiz zurückzukehren, wenn sie nicht Gefahr laufen wollten, die Niederlassungsbewilligung zu verlieren. In der Tat würde jedes Gesuch um Aufrechterhaltung der Bewilligung, das nicht innerhalb der sechsmonatigen Landesabwesenheit des Ausländers behandelt würde, gegenstandslos, da die sechsmonatige Auslandsabwesenheit die Niederlassungsbewilligung ohne weiteres erlöschen liesse. Dies kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen. Vielmehr obliegt es den zuständigen Behörden, über Fristverlängerungsgesuche nach Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG rasch zu befinden und bei einer negativen Entscheidung, wenn dieser erst nach Ablauf von sechs Monaten ergeht, den Betroffenen nötigenfalls eine kurze Nachfrist zur Wiedereinreise zu gewähren (BG-Urteil 2A.86/2004 vom 12.5.2004, Erw. 2.2.2). e) Nach der Praxis ist es bei entschuldbarer Säumnis bzw. bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände sogar zulässig, auch noch innert kurzer Frist nach Ablauf der ersten sechs Monate eine Verlängerung des Auslandsaufenthaltes nach Art. 9 Abs. 3 lit. c Halbsatz 2 ANAG zu beantragen (BG-Urteile 2A.514/2003 vom 5.11.2003, Erw. 3.2, 2A.308/2001 vom 15.11.2001, Erw. 4c und 2A.365/1999 vom 10.12.1999, Erw. 2b).

#### **E. 4**

a) Der Beschwerdeführer begann am 18. August 2003 in der Schweiz eine dreijährige Ausbildung zur Erlangung des Eidg. Fähigkeitszeugnisses Kaufmann/ Kauffrau. Er bestand

indes das 1. Semester nicht. Seit 23. September 2002 war er in ärztlicher Behandlung wegen einer Erkrankung. Der Verlauf dieser Erkrankung zeigte, dass eine Verschlechterung seines Zustandes jederzeit auftreten und eine intensive ärztliche Betreuung notwendig machen kann. Die ärztliche Behandlung in der Schweiz hatte zu keiner dauerhaften Besserung geführt. Der Beschwerdeführer verliess während seiner Sommerferien am 4. Juli 2004 die Schweiz und reiste zu seinen Grosseltern in die Ukraine, wo er sich in ärztliche Behandlung begab. Am 15. November 2004 wandte sich die Mutter des Beschwerdeführers an die Vorinstanz und schrieb Folgendes: (:) "In Februar 2005 hat A Möglichkeit Semester wiederholen und bis Anfang Februar möchte er in Poltova, Ukraine bei Neurologe seine Behandlung weiterführen. A hat Sorgen, ob er nicht Aufenthaltsbewilligung C verliert, wenn er noch 2 Monate länger in Ausland bleiben werde (als erlaubte 6 Monate). Ich bitte sie uns zu helfen, weil Arztbehandlung sehr sehr wichtig." (...). Die Vorinstanz erklärte, das Gesuch nicht beantworten zu können, da der Beschwerdeführer bereits volljährig sei. Falls er ein Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung stellen möchte, müsse er dies selber tun. In seinem Gesuch vom 20. November 2004 beschrieb der Beschwerdeführer die Symptome seiner Erkrankung und die negativen Auswirkungen auf seine Leistungsfähigkeit in der Schule. Die medizinische Behandlung solle bis Februar dauern, weshalb er Folgendes beantrage: "Sehr geehrte Damen und Herren, ich bitte Sie deswegen sehr mir bis Februar in der Ukraine bleiben zu erlauben. Am Anfang Februar hätte ich in die Schweiz zurückgekehrt". Weiter schrieb er: "Die Antwort können Sie mir auf die Adresse, die auf dem Zettel im Kuvert aufgeschrieben ist, schicken. Sie können auch meine Mutter informieren. Ihre Adresse ist: (...)." b) Die Vorinstanz wies das Gesuch am 21. Januar 2005 ab mit der Begründung, wirtschaftliche, private oder politische Interessen könnten für die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung von vorneherein nicht berücksichtigt werden. Weiter führte das Amt aus, dass seine gesundheitlichen Probleme die Aufrechterhaltung nicht zu rechtfertigen vermögen. Die Schweiz verfüge über ein sehr gutes Gesundheitswesen, weshalb es ihm zumutbar sei, sich in der Schweiz entsprechend ärztlich behandeln zu lassen. Vielmehr sei anzunehmen, dass er allenfalls aus anderen nicht genannten Gründen eine Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung wünsche. Die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung wurde verweigert und es wurde dem Beschwerdeführer eine Nachfrist bis spätestens 20. Februar 2005 gesetzt, um in die Schweiz zurückzukehren. Die Verfügung wurde an die Adresse seiner Mutter in der Schweiz gesandt, ohne dem Beschwerdeführer an seine Adresse in der Ukraine eine Orientierungskopie zu schicken.

## **E. 5**

Der Beschwerdeführer rügt die Zustellung dieser Verfügung. Die Verfügung sei lediglich an seine Mutter adressiert worden, obwohl vorgängig auf ihr Gesuch nicht eingetreten worden sei. Seine Mutter habe die Verfügung erst nach zweiter postalischer Zustellung abgeholt und den Beschwerdeführer am 2. Februar 2005 telefonisch über den Verfügungsinhalt informiert. Die schriftliche Verfügung habe der Beschwerdeführer schliesslich anlässlich der Instruktionsbesprechung mit seinem Rechtsanwalt (nach Aktenedition) am 5. April 2006 zu Gesicht bekommen. a) Eine Verfügung kann ihre Rechtswirkungen entfalten, sobald die Zustellung an den Adressaten, dessen Vertreter oder einen anderen Berechtigten ordnungsgemäss erfolgt ist. Es bedarf dazu weder der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Adressaten, noch ist darauf abzustellen, ob und in welchem Zeitpunkt ihm die Anordnung intern übergeben wurde. Massgebend ist allein, dass sich eine Sendung im Machtbereich des Adressaten befindet (Kölz/Bosshart/Röhl,

Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N 26 zu § 10, mit Hinweisen). Aus mangelhafter Eröffnung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen. Die Möglichkeit, ein Rechtsmittel zu ergreifen, darf nicht eingeschränkt oder vereitelt werden. Hat der Adressat von einer ihm nicht rechtsgenügend eröffneten Anordnung Kenntnis erhalten, kann aus dem Eröffnungsmangel nicht generell abgeleitet werden, die Rechtsmittelfrist habe ihm gegenüber nicht zu laufen begonnen. Vielmehr ist nach den Umständen des Einzelfalls zu prüfen, ob der Betroffene durch den Mangel tatsächlich irreführt und dadurch benachteiligt worden ist. Dabei ist nach Treu und Glauben zu beurteilen, ob der Adressat die ihm zumutbaren Schritte unternommen hat, um in den Besitz der für die Wahrung seiner Rechte notwendigen Unterlagen zu gelangen (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 62 zu § 10).

b) Der Beschwerdeführer weilte im Zeitpunkt, als die Verfügung erging, im Ausland und war nicht rechtlich vertreten (vgl. § 22 VRG). Insbesondere hatte die Vorinstanz seine Mutter mangels Vertretungsvollmacht nicht als seine Vertreterin akzeptiert, obwohl sie grundsätzlich dazu berechtigt gewesen wäre (§ 23 Abs. 1 VRG). Die Vorinstanz hatte davon abgesehen, ihn auf die Möglichkeit, sich durch seine Mutter vertreten zu lassen, hinzuweisen. Die Zustellung von gerichtlichen Akten stellt eine Amtshandlung dar, die auf fremdem Staatsgebiet nicht ohne Zustimmung des fremden Staates vorgenommen werden darf (BGE 103 III 4 Erw. 2, 94 I 244 Erw. 5). Eine Postzustellung von gerichtlichen Akten in einem fremden Staat ohne dessen Zustimmung ist demnach unzulässig (BGE 105 Ia 311 Erw. 3b). Eine postalische Zustellung der Verfügung an die Adresse des Beschwerdeführers in die Ukraine schied folglich aus. Das VRG sieht entsprechend vor, dass Parteien mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland auf Verlangen der Behörde im Kanton Luzern ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen haben. Zustellungen an Parteien, die dieser Aufforderung nicht Folge leisten, können unterbleiben oder durch öffentliche Mitteilung erfolgen (§ 28 Abs. 3 VRG). Die Vorinstanz verlangte vom Beschwerdeführer indes keine förmliche Benennung eines Zustellungsdomizils, sondern fasste bereits seine Notiz in seinem Gesuch "Sie können auch meine Mutter informieren. Ihre Adresse ist: (...)" als solche Bezeichnung auf. Da sich die Mutter bereits im Namen ihres Sohnes an die Vorinstanz gewandt hatte und vom Beschwerdeführer als mögliche Empfängerin bezeichnet wurde, durfte die Vorinstanz so verfahren. Angesichts der Tatsache, dass sowohl der Beschwerdeführer wie auch seine Mutter juristische Laien sind (und sich der Notwendigkeit eines Zustellungsdomizils in der Schweiz wohl nicht bewusst waren), wäre es aber angezeigt gewesen, ersteren mit einer Orientierungskopie zu bedienen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 24 zu § 10).

c) Der Beschwerdeführer erhielt unbestrittenermassen am 2. Februar 2005 Kenntnis vom Inhalt der Verfügung. Die Verfügung wurde am 24. Januar 2005 versandt (eingeschrieben). Ist bei eingeschriebener Sendung eine Übergabe zufolge Abwesenheit des Adressaten oder mangels anderer zur Entgegennahme befugter Personen nicht möglich und wird deshalb eine Abholungseinladung in den Briefkasten oder in sein Postfach gelegt, so gilt die Sendung in dem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt und dadurch dem Empfänger übergeben wird. Geschieht dies nicht innert der Abholungsfrist von sieben Tagen, gilt die Sendung als am letzten Tag der Abholfrist zugestellt (BGE 127 I 34 Erw. 2a/aa). Geht man von dieser Zustellfiktion aus - der Beschwerdeführer argumentiert, seine Mutter habe die Verfügung erst nach zweimaliger postalischer Zustellung entgegengenommen - erfolgte die mündliche Überlieferung des Inhalts somit unverzüglich danach. Dem Beschwerdeführer ist folglich durch die Zustellung an seine Mutter kein Nachteil erwachsen und er hätte die Möglichkeit gehabt, fristgemäss ein Rechtsmittel gegen

diesen Entscheid zu ergreifen. Der Beschwerdeführer kann aus der Adressierung der Verfügung an seine Mutter nichts zu seinen Gunsten ableiten.

## **E. 6**

Der Beschwerdeführer wandte sich innert laufender Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz. Er setzte sich am 9. Februar 2005 telefonisch mit der zuständigen Mitarbeiterin der Vorinstanz in Kontakt. Der Inhalt dieses Gesprächs ist indes nicht in den Akten dokumentiert. Gemäss Ausführungen des Beschwerdeführers teilte er dem Amt mit, dass er auf seine Passverlängerung warte und ohne eine solche nicht aus der Ukraine ausreisen könne. Die Vorinstanz bestreitet indes die Behauptung des Beschwerdeführers, die Mitarbeiterin habe ihn angewiesen, die Passverlängerung beim russischen Konsulat in der Schweiz zu beantragen, obwohl er ihr mitgeteilt habe, dass diese Behörde den Antrag bereits negativ beantwortet habe. Wie es sich damit verhält, kann hier offen bleiben. Fest steht zumindest, dass der Beschwerdeführer das Amt am 9. Februar 2005 über die Verzögerung der hängigen Passverlängerung und der damit zusammenhängenden objektiven Unmöglichkeit, innert der angesetzten Nachfrist bis 20. Februar 2005 legal in die Schweiz zurückzukehren, informiert hat. a) Der Beschwerdeführer argumentiert, seine Vorbringen in diesem Telefongespräch hätten als neues Gesuch im Sinne von Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG entgegengenommen werden müssen und beantragt, das Gericht habe über dieses Gesuch zu entscheiden. b) Es gilt der Grundsatz der Schriftlichkeit des Verwaltungsverfahrens (§ 26 VRG, vgl. auch: Ausnahme von diesem Grundsatz in § 135 Abs. 2 letzter Teilsatz VRG). Dies berechtigt die Behörde indes nicht, mündliche Vorbringen gänzlich unbeachtet zu lassen. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgt unter Umständen die Pflicht der Behörde, den Betroffenen auf die Formvorschrift von § 26 VRG hinzuweisen und ihm somit Gelegenheit zu geben, sich in richtiger Form an die Behörde zu wenden. Die Vorinstanz rügt die fehlenden Beweise für das behauptete mündliche Gesuch und bestreitet folglich sinngemäss, dass ein solches gestellt worden wäre. Dabei ist indes zu bemerken, dass es an der Vorinstanz gelegen hätte, eine Aktennotiz über den Inhalt des Telefongesprächs zu verfassen. c) (...) d) Aus der Tatsache, dass die Vorinstanz durch seine telefonische Intervention und die Nachricht seiner Mutter anlässlich der Bezahlung der Gebühren über die Verzögerung der Passverlängerung informiert war, kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Niederlassungsbewilligung setzt den Besitz eines gültigen heimatlichen Ausweispapiers voraus (Art. 6 Abs. 1 ANAG). Entsprechend ist die Gültigkeit des Passes auf der Niederlassungsbewilligung vermerkt. Sein Pass lief am 27. Januar 2005 ab und die 6-monatige Frist der Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung am 3. Januar 2005. Der Beschwerdeführer durfte nicht im Vertrauen auf die Gutheissung seines Gesuches untätig bleiben, sondern war gehalten, rechtzeitig für die Verlängerung seines Passes zu sorgen. Ebenso wenig kann er aus einer allfälligen fehlerhaften Auskunft der Mitarbeiterin der Vorinstanz hinsichtlich des Verfahrens der Passverlängerung etwas zu seinen Gunsten ableiten. Für eine Passverlängerung sind die Behörden desjenigen Staates, auf welche sich die Staatsangehörigkeit bezieht, zuständig. Dies musste auch der Beschwerdeführer wissen, weshalb für ihn klar erkennbar war, dass Mitarbeiter des Amtes für Migration keine verbindlichen Äusserungen machen können, an wen er sich für seine Passverlängerung zu wenden habe. e) Somit steht fest, dass die gesetzliche 6-monatige Frist am 3. Januar 2005 ablief und die Niederlassungsbewilligung mit unbenutztem Ablauf der gewährten Nachfrist (20.2.2005) erlosch. Der Untergang der Niederlassungsbewilligung hängt einzig vom formalen Kriterium des Zeitablaufs ab. Die konkreten Gründe, welche den Beschwerdeführer von der Rückkehr abhielten, haben auf den Untergang der

Bewilligung keinen Einfluss (siehe Erw. 3b), weshalb seine diesbezüglichen Vorbringen nicht durchdringen. f) Angesichts der besonderen Umstände, der relativ knapp gewährten Nachfrist zur Rückkehr und der Verzögerung bei seiner Passverlängerung wäre allenfalls eine Erstreckung der Nachfrist bis zur Verlängerung seines Passes angemessen gewesen (vgl. Erw. 3e). Der Beschwerdeführer verfügte indes ab dem 16. Mai 2005 wieder über einen gültigen Reisepass. Gleichwohl ist er erst am 10. Juni 2005 in die Schweiz zurückgekehrt und wandte sich erst am 12. August 2005 zur Verlängerung der Kontrollfrist des Niederlassungsausweises an die Vorinstanz. Der Beschwerdeführer sah somit davon ab, rechtzeitig um eine Erstreckung der Nachfrist zu ersuchen. Folglich hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass seine Niederlassungsbewilligung erloschen ist, weshalb die Verwaltungsgerichtsbeschwerde diesbezüglich abzuweisen ist. Eine Verlängerung des Niederlassungsausweises fällt unter diesen Umständen ausser Betracht. Der Sachverhalt und weitere Erwägungen sind unter der Fallnummer V 06 85 zu finden.

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