

# **SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2009/163 vom 29. Oktober 2001**

Sg Verwaltungsgericht, 2001-10-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_B\\_2009\\_163](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2009_163)

FR: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2009/163 du 29 octobre 2001

IT: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2009/163 del 29 ottobre 2001

## **Regeste**

Ausländerrecht, Art. 61 Abs. 2 AuG (SR 142.20). Gründet der mehr als sechsmonatige Auslandsaufenthalt in einer Freiheitsstrafe und hat der Ausländer rechtzeitig das Gesuch gestellt, die Niederlassungsbewilligung trotz Landesabwesenheit aufrecht zu erhalten, ist für den Entscheid über die Verlängerung der Frist, von dem der Weiterbestand der Niederlassungsbewilligung abhängt, darauf abzustellen, ob auf Grund des deliktischen Verhaltens des Beschwerdeführers eine Ausweisung geboten wäre (Verwaltungsgericht, B 2009/163).

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Die Niederlassungsbewilligung wird unbefristet und ohne Bedingungen erteilt (Art. 34 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20, abgekürzt AuG). Sie kann erlöschen (Art. 61 AuG) oder widerrufen werden (Art. 63 AuG).

### **E. 2.1**

Die Niederlassungsbewilligung erlischt unter anderem durch Abmeldung (Art. 61 Abs. 1 lit. a AuG) oder wenn der Ausländer, ohne sich abzumelden, die Schweiz tatsächlich für mehr als sechs Monate verlässt (Art. 61 Abs. 2 Satz 1 AuG). Auf Grund des klaren Gesetzeswortlauts ist es dabei unerheblich, auf welchen Gründen der Auslandsaufenthalt beruht. Bei Ablauf der Frist liegt ein zwingender Untergangsgrund vor (BGE 2A.514/2003 vom 5. November 2003 E. 3.2). Es spielt insbesondere auch keine Rolle, ob die rechtzeitige Rückkehr in die Schweiz freiwillig oder unfreiwillig unterblieben ist, ob der Ausländer seinen Lebensmittelpunkt verlegt hat bzw. verlegen wollte oder von Beginn an vorgesehen hatte, in die Schweiz zurückzukehren. Die Niederlassungsbewilligung erlischt selbst dann, wenn sich der Ausländer aus gesundheitlichen Gründen oder sonst unfreiwillig im Ausland befindet, weil er zum Beispiel inhaftiert wurde (Zünd/Arquint Hill in Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht, 2. Auflage, Basel 2009 Rz. 8.9; BGE 2A.308/2001 vom 15. November 2001 E. 3a).

### **E. 2.2**

Der Ausländer hat die Möglichkeit, das Begehren zu stellen, dass seine Niederlassungsbewilligung trotz Auslandsaufenthalts während vierer Jahre aufrechterhalten werde (Art. 61 Abs. 2 Satz 2 AuG). Damit soll insbesondere die internationale berufliche Mobilität und Weiterbildung gefördert werden. Zudem soll der Versuch einer Eingliederung im Herkunftsland erleichtert werden, ohne dass der Verlust des Anwesenheitsrechts riskiert werden muss (M. Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Migrationsrecht, Zürich 2008, Rz. 6 zu Art. 61 AuG). Das Gesuch muss vor Ablauf der sechsmonatigen Frist bei der

kantonale Ausländerbehörde eingereicht werden (Art. 79 Abs. 2 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, SR 142.201, abgekürzt VZAE). Diese entscheidet darüber in eigener Kompetenz und nach freiem Ermessen. Die Gesuche müssen ausreichend begründet sein (BGE 2A.357/2000 vom 22. Januar 2001 E. 3b, BGE 2A.308/2001 vom 15. November 2001 E. 4e). Um dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel, eindeutige Verhältnisse zu schaffen, gerecht zu werden, kann einem Gesuch um Verlängerung des Auslandsaufenthalts, wenn es nicht rechtzeitig gestellt worden ist, höchstens beim Vorliegen ausserordentlicher Verhältnisse stattgegeben werden. Es versteht sich von selbst, dass die Berufung auf eine allfällige Unkenntnis der gesetzlichen Regelung ausser Betracht fällt (BGE 2A.514/2003 vom 5. November 2003 E. 3.2).

### **E. 2.3**

Bei der Auslegung von Artikel 61 AuG ist davon auszugehen, dass im Ausländerrecht ein Aufenthaltsrecht grundsätzlich nur besteht, wenn und solange es auch durch die persönliche Anwesenheit ausgeübt wird. Die Niederlassungsbewilligung kann daher im Fall einer Auslandsabwesenheit 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. Zu berücksichtigen sind insbesondere Auslandsaufenthalte, die ihrer Natur nach vorübergehend sind (z.B. Absolvierung des Militärdienstes, Weiterbildung oder Ausübung einer befristeten Tätigkeit im Auftrag des schweizerischen Arbeitgebers). Jugendliche der zweiten Ausländergeneration oder Ausländer, die das Rentenalter erreicht haben, können das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung für längstens vier Jahre einreichen, wenn der Auslandsaufenthalt zur Abklärung der Integrations- oder Wiedereingliederungsmöglichkeit im Heimatstaat dient. Auch Kinder, die wegen Schulbesuchs im Ausland weilen und damit den zivilrechtlichen Wohnsitz der Eltern als Lebensmittelpunkt in der Schweiz beibehalten, verlieren grundsätzlich die Niederlassungsbewilligung, wenn sie sich länger als sechs Monate ununterbrochen oder über die bewilligte Aufrechterhaltung der Bewilligung hinaus im Ausland aufhalten. Eine Erleichterung besteht in solchen Fällen nur insoweit, als (fristgerechte) periodische kurze Aufenthalte bei den Eltern während der Schulferien für die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung in der Regel genügen. Bei Geschäftsleuten reichen blosse Kurzbesuche in der Schweiz sowie vorübergehende Besuchs- und Tourismusaufenthalte in der Schweiz zur Unterbrechung der Sechsmonatsfrist für die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung nicht aus, wenn der Lebensmittelpunkt ins Ausland verlegt worden ist (Art. 79 Abs. 1 VZAE, BGE 2A.357/2000 vom 22. Januar 2001 E. 3b, Weisung des Bundesamtes für Migration betreffend Aufenthaltsregelung [[www.bfm.admin.ch](http://www.bfm.admin.ch) > Themen neues Fenster > Rechtliche Grundlagen neues Fenster > Weisungen und Kreisschreiben neues Fenster > I. Ausländerbereich neues Fenster > 3.4.4. Aufenthaltsregelung der Niederlassungsbewilligung während eines Auslandsaufenthalts]).

### **E. 2.4**

Vorliegend ist nicht mehr umstritten, dass der Beschwerdeführer rechtzeitig um Aufrechterhaltung seiner Niederlassungsbewilligung nachgesucht hat. Dem sinngemässen Gesuch seines Bruders vom Dezember 2007 bzw. seiner Eltern vom 15. Mai 2008 ist überdies zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer nie die Absicht hatte, die Schweiz für längere Zeit zu verlassen. Das Einwohneramt T. bestätigte am 28. Januar 2010, dass er am 9. Oktober 2009 wieder in die Schweiz zurückgekehrt sei und persönlich auf dem Amt vorgesprochen habe. Damit war er insgesamt während zweier Jahre landesabwesend.

## **E. 2.5**

Die Vorinstanz anerkennt für die Entbindung von der persönlichen Anwesenheit in der Schweiz einzig die vom Bundesamt für Migration namentlich erwähnten Ausnahmetatbestände.

### **E. 2.5.1**

Das Gesetz selbst legt für die Aufrechterhaltung der Bewilligung keine Kriterien fest. Auf Grund der "Kann-Formulierung" steht der Verwaltung ein erheblicher Ermessensspielraum offen, in den das Gericht nicht eingreift. Dieses beschränkt sich darauf, über die Einhaltung des Ermessensspielraums zu wachen und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat. Letzteres ist der Fall, wenn die Behörde die bei der Ermessensausübung zu achtenden verfassungsrechtlichen Grundsätze, insbesondere den Grundsatz der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit oder das Verbot der Willkür, verletzt (Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 740 und 742).

### **E. 2.5.2**

Auch wenn der Behörde ein Ermessensspielraum zusteht, soll der Ausländer, der über die Niederlassungsbewilligung verfügt, nicht dem Gutdünken der Verwaltung ausgeliefert sein (BGE 2A.308/2001 vom 15. November 2001 E. 4e). Das Bundesamt für Migration hat deshalb als zuständige Bundesbehörde festgelegt, dass Fristverlängerungen für Auslandsaufenthalte auf Gesuch hin gewährt werden, die ihrer Natur nach nur vorübergehend sind. Dazu zählt es beispielhaft den Militärdienst, die Aus- und Weiterbildung, die befristete Arbeitstätigkeit im Ausland und den Auslandsaufenthalt von Jugendlichen der zweiten Generation im Hinblick auf ihre Wiedereingliederung in der Heimat. Das Bundesgericht seinerseits hielt auch die Aufrechterhaltung einer Niederlassungsbewilligung bei einer Frau für angebracht, die als Flüchtling in die Schweiz gekommen war und in ihre Heimat zurückkehren wollte, weil sie sich von den klimatischen Verhältnissen eine Besserung ihres Gesundheitszustands versprach, sich dessen aber nicht sicher war (BGE 2A.357/2000 vom 22. Januar 2001, E. 3b).

### **E. 2.5.3**

Im vorliegenden Fall gibt es keine Indizien dafür, dass der Beschwerdeführer seinen Lebensmittelpunkt entgegen seiner Erklärungen für längere Zeit ins Ausland verlegen oder die Schweiz sonst für länger verlassen wollte. Zwar war er im Zeitpunkt seiner Abreise offensichtlich arbeitslos (Ausländeramt act. 341), seine Arbeitsstelle hatte er aber bereits im Februar 2007 unabhängig vom Strafverfahren in seinem Heimatland verloren (Ausländeramt act. 330). Seine Wohnung in T. hat er während der ganzen Zeit behalten. Zumindest ist belegt, dass er während des Jahres 2008 trotz seiner Haft im Heimatland weiterhin Miete bezahlt hat. Auch blieb er während der ganzen Zeit in der Gemeinde T. angemeldet. Anlässlich seines (rechtzeitigen) Gesuchs um Beibehaltung der Niederlassungsbewilligung machte er korrekte Angaben über den Zweck und Inhalt seines Auslandsaufenthalts und vor allem brachte er von Anfang an vor, dass er sofort zurückkehren werde, sobald er könne. Das Grundgericht Kumanovo bestätigte am 23. September 2008 zudem, dass es dem Beschwerdeführer den Pass tatsächlich abgenommen habe. Als ihm dieser wieder ausgehändigt wurde, kehrte er umgehend in die Schweiz zurück. Der Beschwerdeführer hat seinen Auslandsaufenthalt als vorübergehend geplant, und dieser hat nicht länger als die gesetzliche Rahmenfrist von vier Jahren

gedauert. Ein entscheidender Unterschied zwischen dem anerkannten Grund des Militärdienstes und dem vorliegenden vorübergehenden Auslandsaufenthalt ist zudem nicht ersichtlich. Wie beim Militärdienst ist der Beschwerdeführer einer amtlichen Vorladung gefolgt. Dazu kommt, dass nicht einmal klar ist, ob die Untersuchungshaft bzw. der angeordnete Hausarrest von zwei Jahren überhaupt gerechtfertigt waren. Damit verletzt die Ablehnung des Gesuchs um Beibehaltung der Niederlassungsbewilligung den Gleichbehandlungsgrundsatz und ist willkürlich. Dies stellt eine Rechtsverletzung dar (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, Rz. 463), was grundsätzlich zur Gutheissung der Beschwerde führt.

### **E. 3**

Gründet der mehr als sechsmonatige Auslandsaufenthalt in einer Freiheitsstrafe und hat der Ausländer – wie hier – dafür rechtzeitig das Gesuch gestellt, die Niederlassungsbewilligung trotz Landesabwesenheit aufrecht zu erhalten, ist für den Entscheid über die Verlängerung der Frist, von dem der Weiterbestand der Niederlassungsbewilligung abhängt, darauf abzustellen, ob auf Grund des deliktischen Verhaltens des Beschwerdeführers eine Ausweisung geboten wäre (BGE 2A.633/2006 vom 26. Januar 2006 E. 3.1).

#### **E. 3.1**

Nach Art. 63 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 62 lit. b AuG kann die Niederlassungsbewilligung eines Ausländers, der zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde, widerrufen werden. Freiheitsstrafen von mehr als einem Jahr gelten als längerfristige Freiheitsstrafe im Sinn von Art. 62 lit. b AuG (Zünd/Arquint Hill, a.a.O., Rz. 8.28, BGE 2C\_295/2009 vom 25. September 2009 E. 4.2). Die rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung im Ausland ist einem inländischen Urteil gleichstellt (BGE 2A.308/2001 vom 15. November 2001 E. 4e, BGE 2A.633/2006 vom 26. Januar 2007 E. 3.3.1).

#### **E. 3.2**

Den Unterlagen lässt sich entnehmen, dass der Beschwerdeführer in Mazedonien wegen versuchten Mordes angeklagt und am 31. Oktober 2008 vom Grundgericht Kumanovo wegen "Gewalttätigkeiten" zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten verurteilt wurde (Ausländeramt act. 412). Der im Sinn einer Untersuchungshaft angeordnete Hausarrest wurde bis zur Rechtskraft des Urteils verlängert, was vom Appellationsgericht Skopje mit Entscheid vom 26. November 2008 zunächst bestätigt, mit Urteil des Obergerichtes der Republik Mazedonien vom 4. Februar 2009 jedoch aufgehoben wurde (Ausländeramt act. 458). In Bezug auf den Schuldspruch war das erstinstanzliche Urteil im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung des Ausländeramtes noch nicht rechtskräftig. Die Vorinstanz führte deshalb zu Recht aus, dass die Niederlassungsbewilligung im damaligen Zeitpunkt mit Blick auf die Unschuldsvermutung nicht widerrufen werden könne. Das Verfahren betreffend Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung hätte deshalb sistiert und das endgültige Urteil aus Mazedonien abgewartet werden müssen. Gemäss Medienmitteilungen des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 19. März 2009 gilt Mazedonien als "Safe Country" ([www.bfm.admin.ch](http://www.bfm.admin.ch) neues Fenster > Dokumentation neues Fenster > Medienmitteilungen neues Fenster > Medienmitteilungen 2009 neues Fenster > Bezeichnung von Burkina Faso, Kosovo und Serbien als verfolgungssichere Staaten). Massgebliche Kriterien für die Bezeichnung eines Staates als "Safe Country" sind insbesondere die Einhaltung der

Menschenrechte sowie die Anwendung internationaler Konventionen im Menschenrechts- und Flüchtlingsbereich. Es liegen auch sonst keine Anhaltspunkte vor, dass das Strafverfahren in Mazedonien mit den hiesigen Rechtsgrundsätzen nicht vereinbar sein soll, wie der Beschwerdeführer sinngemäss vorbringen lässt.

### **E. 3.3**

Mit Blick auf das gefestigte Anwesenheitsrecht der Niederlassungsbewilligung wird die Frage, ob die Fristverlängerung nach Art. 61 Abs. 2 AuG wegen deliktischen Verhaltens des Beschwerdeführers zu verweigern ist, weiter von der Interessenabwägung nach Art. 96 AuG abhängen (BGE 2A.308/2001 vom 15. November 2001 E. 5e). Bei dieser Ermessensausübung sind die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie die Integration des Ausländers zu berücksichtigen. Dabei werden namentlich die Schwere des Verschuldens, die Vorstrafen, die Dauer der Anwesenheit und die dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile zu beachten sein (BGE 2A.633/2006 vom 26. Januar 2007 E. 3.2).

### **E. 4**

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde insoweit als begründet, als die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids für die Verweigerung des Gesuchs um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung Art. 61 Abs. 2 AuG verletzt. Stattdessen hätte der definitive Ausgang des in Mazedonien hängigen Strafverfahrens abgewartet und das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung davon abhängig gemacht werden müssen, ob die ausgefallte Freiheitsstrafe von über einem Jahr bestätigt werde. Alsdann hätte geprüft werden müssen, ob der Weiterbestand der Niederlassungsbewilligung nach den gesamten Umständen angemessen erscheine. Die Angelegenheit ist deshalb gestützt auf Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP zur weiteren Abklärung des Sachverhalts, zur Neu Beurteilung und zur Entscheidung im Sinn der Erwägungen an das Ausländeramt zurückzuweisen. Bei den nachzuziehenden Abklärungen trifft den Beschwerdeführer – namentlich bei der Beschaffung des mazedonischen Strafurteils betreffend "Gewalttätigkeiten" – eine umfassende Mitwirkungspflicht (Art. 90 AuG).

### **E. 5**

Der Ausgang des Verfahrens entspricht einer teilweisen Gutheissung der Beschwerde. Dementsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens je zur Hälfte dem Beschwerdeführer und dem Staat aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von Fr. 2'000.-- ist angemessen (Art. 13 Ziff. 622 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Auf die Erhebung der Gebühr beim Gemeinwesen ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der Anteil des Beschwerdeführers ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Der restliche Kostenvorschuss ist zurückzuerstatten. Ausseramtliche Kosten sind bei einer hälftigen Teilung der amtlichen Kosten nicht zu entschädigen (Art. 98bis VRP, R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 183). Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt: 1./ Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der Rekursentscheid vom 31. August 2009 wird aufgehoben und die Angelegenheit zur weiteren Abklärung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung im Sinn der Erwägungen an das Ausländeramt zurückgewiesen. 2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.-- werden je zur Hälfte dem Beschwerdeführer und dem Staat auferlegt. Auf die Erhebung beim Gemeinwesen wird verzichtet. Der Anteil des Beschwerdeführers wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss

von Fr. 2'000.-- verrechnet, womit dem Beschwerdeführer Fr. 1'000.-- zurückerstattet werden. 3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt. V. R. W. Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Versand dieses Entscheides an: - den Beschwerdeführer (durch Rechtsanwalt lic. iur. D.) - die Vorinstanz - Ausländeramt am: Rechtsmittelbelehrung: Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. BGG geltend gemacht wird, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 82 lit. a BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.

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