

# **SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2009/65 vom 16. September 2010**

Sg Verwaltungsgericht, 2010-09-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_B\\_2009\\_65](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2009_65)

FR: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2009/65 du 16 septembre 2010

IT: SG\_VERWALTUNGSGERICHT B 2009/65 del 16 settembre 2010

## **Regeste**

Ausländerrecht, Widerruf bzw. Erlöschen einer EG/EFTA-Niederlassungsbewilligung, Art. 49, Art. 62 lit. a und Art. 63 AuG (SR 142.20), Art. 66 VZAE (SR 142.201), Art. 6 Abs. 5 Anhang I FZA (SR 0.142.112.681). Die Niederlassungsbewilligung erlischt, wenn eine Ausländerin, die in der Schweiz ihren Wohn- und Arbeitsort hatte, ohne sich hier abzumelden den Familienwohnsitz verlegt und regelmässig zwischen einem Ort im nahen Ausland und einem in Pendlerdistanz liegenden Ort in der Schweiz hin- und herreist, um in der Schweiz weiter der Erwerbstätigkeit nachzugehen (B 2010/65).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Sachurteilsvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen:

#### **E. 1.1**

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist grundsätzlich gegeben (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Sodann hat A. B.-C. ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Verfügung des Ausländeramtes vom 19. November 2008. Weiter erfüllen die Beschwerdeeingabe vom 3. März 2010 und ihre Ergänzung vom 7. Mai 2010 die gesetzlichen Anforderungen in zeitlicher, sachlicher und inhaltlicher Hinsicht (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP).

#### **E. 1.2**

Nicht eingetreten werden kann auf die Beschwerde, soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht, das Ausländeramt habe Recht verletzt, weil über ihr am 4. August 2008 eingereichtes Gesuch um Familiennachzug von X. B. und der gemeinsamen Kinder bisher nicht entschieden worden sei (vgl. Art. 89 Abs. 1 lit. b VRP).

#### **E. 1.3**

Auf die Beschwerde ist im Sinn der Erwägungen einzutreten.

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin ist seit dem 3. März 2008 im Besitz einer EG/EFTA-Niederlassungsbewilligung. Strittig ist, ob die Niederlassungsbewilligung zu Recht entzogen worden bzw. ob sie erloschen ist. Die Beschwerdeführerin macht geltend, diese Anordnung verstosse gegen Art. 49 und Art. 63 AuG, Art. 66 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Niederlassung (SR 142.201, abgekürzt VZAE) und Art. 6 Abs. 5 Anhang I des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und

ihren Mitgliedstaaten über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681, abgekürzt FZA).

### **E. 2.1**

Nach Art. 2 Abs. 2 AuG gilt das Gesetz für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft nur soweit, als das FZA keine abweichenden Bestimmungen enthält oder dieses Gesetz günstigere Bestimmungen vorsieht. Die ausländerrechtlichen Bestimmungen des FZA (insbesondere jene im Anhang I) sind inhaltlich hinreichend bestimmt und klar, um als Grundlage für den Entscheid im Einzelfall zu dienen, weshalb sie grundsätzlich unmittelbar anwendbar sind. Auf eine Umsetzung des Abkommens im Landesrecht wurde infolgedessen verzichtet, und die Ausführungsbestimmungen finden sich in der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, SR 142.203, abgekürzt VEP (vgl. auch BGE 129 II 249 ff. E. 3.3 mit Hinweisen). Nach Art. 23 Abs. 1 VEP können Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen EG/EFTA sowie Grenzgängerbewilligungen EG/EFTA widerrufen oder nicht verlängert werden, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht mehr erfüllt sind. Für die Niederlassungsbewilligung EG/EFTA gilt Art. 63 AuG (Art. 23 Abs. 2 VEP). Nach Art. 63 Abs. 1 AuG kann die Niederlassungsbewilligung u.a. widerrufen werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 62 lit. a AuG erfüllt sind. Nach Art. 62 lit. a AuG kann die Niederlassungsbewilligung widerrufen werden, wenn die Ausländerin oder der Ausländer oder ihr oder sein Vertreter im Bewilligungsverfahren falsche Angaben gemacht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat. Erforderlich ist eine Täuschungsabsicht. Getäuscht werden kann dabei nur über Gegebenheiten, die für die Bewilligungserteilung bedeutsam, somit für den Entscheid erheblich sind, ohne dass feststehen muss, dass bei richtigen und vollständigen Angaben die Bewilligung verweigert worden wäre. Dabei obliegt es in erster Linie der Ausländerbehörde, den massgeblichen Sachverhalt zu ermitteln bzw. nach den wesentlichen Tatsachen zu fragen. Unterlässt sie dies, kann dem Gesuchsteller jedenfalls nicht ohne weiteres vorgeworfen werden, sich die Bewilligung durch falsche Angaben oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen verschafft zu haben (Zünd/Arquint Hill, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, N. 8.27 mit Hinweis auf BGE 102 Ib 99 E. 3; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 24. August 2005 2A.488/2005 mit Hinweisen). Art. 63 AuG gewährt der zuständigen Behörde beim Entscheid über den Widerruf der Niederlassungsbewilligung einen Ermessensspielraum. Der Tatbestand ist als "Kann-Bestimmung" formuliert. Der Widerruf einer Niederlassungsbewilligung ist anzuordnen, wenn er bei sorgfältiger Abwägung der Interessen verhältnismässig erscheint (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung, SR 101).

### **E. 2.2**

Nach Art. 49 AuG, auf den sich die Beschwerdeführerin ebenfalls beruft, besteht das Erfordernis des Zusammenwohnens nach Art. 42-44 im Zusammenhang mit dem Familiennachzug nicht, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend gemacht werden und die Familiengemeinschaft weiter besteht.

### **E. 2.3**

Nach Art. 6 Abs. 5 Anhang I FZA berühren Aufenthaltsunterbrechungen, die sechs aufeinanderfolgende Monate nicht überschreiten, sowie eine durch Militärdienst gerechtfertigte Abwesenheit die Gültigkeit der Aufenthaltserlaubnis nicht. Demgegenüber lässt ein Auslandsaufenthalt von mehr als einem halben Jahr die Aufenthaltsberechtigung EG/EFTA erlöschen, wenn er nicht durch Leistung von Militärdienst gerechtfertigt ist

(Zünd/Arquint, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, a.a.O., N. 8.17). Auf Gesuch hin kann die Niederlassungsbewilligung aber während vier Jahren aufrechterhalten werden (Art. 61 Abs. 2 Satz 2 AuG). Nach Art. 79 Abs. 2 VZAE muss das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung vor Ablauf der sechsmonatigen Frist eingereicht werden.

### **E. 2.3.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist unerheblich, auf welchen Gründen der Auslandsaufenthalt beruht. Namentlich kommt es nicht darauf an, ob die rechtzeitige Rückkehr in die Schweiz freiwillig oder unfrei-willig unterblieben ist, ob der Betroffene seinen Lebensmittelpunkt verlegen wollte oder ob er von Beginn an vorgesehen hatte, in die Schweiz zurückzukehren (Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juni 2004 1A.14/2004 mit Hinweis auf BGE 120 Ib 369 E. 2c S. 372 und Urteil vom 19. Juli 2002 2A.153/2002 E. 3.2).

### **E. 2.3.2**

Unter gewissen Umständen wird die Frage nach dem Lebensmittelpunkt indessen zum ausschlaggebenden Kriterium. Die sechsmonatige Frist wird durch vorübergehende Besuchs-, Tourismus- oder Geschäftsaufenthalte nicht unterbrochen (Art. 79 Abs. 1 VZAE), wenn der Lebensmittelpunkt ins Ausland verlegt worden ist und eine definitive Rückkehr in die Schweiz vor Fristablauf nicht erfolgt (Zünd/Arquint Hill, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, a.a.O., N. 8.9 mit Hinweis u.a. auf BGE 120 Ib 369 und Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2003 2A.380/2003). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann in der Regel nicht von einer Unterbrechung der Landesabwesenheit gesprochen werden, wenn der Ausländer während eines grösseren Zeitraums landesabwesend ist, wobei er aber jeweils vor Ablauf von sechs Monaten für beschränkte Zeit in die Schweiz zurückkehrt, dies aber bloss zu Geschäfts- oder Berufs-zwecken. Dies gilt unter Umständen selbst dann, wenn der Ausländer in der Schweiz eine Wohnung zur Verfügung hat. Bei solchen Verhältnissen (wiederholte längere Aufenthalte im Heimatland über mehrere Jahre hinweg, unterbrochen durch mehr oder weniger lange Anwesenheiten in der Schweiz) wird - anders als üblicherweise - die Frage nach dem Lebensmittelpunkt zum ausschlaggebenden Kriterium (Urteil des Bundesgerichts vom 8. Mai 2006 2A.31/2006 mit Hinweis auf BGE 120 Ib 369 E. 2c und d). Davon ist auch auszugehen, wenn sich ein Ausländer mit Niederlassungsbewilligung, der in der Schweiz seinen Wohn- und Arbeitsort hatte, ohne sich hier abzumelden, regelmässig zwischen einem Ort im nahen Ausland und der Schweiz hin- und herzureisen beginnt, um in der Schweiz weiterhin einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Andernfalls ist es im grenznahen Raum möglich, dass eine Person, die in Tat und Wahrheit Grenzgänger ist, ihren Wohnsitz im Sinn von Art. 23 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SR 210, abgekürzt ZGB) in der Schweiz fiktiv beibehalten kann.

### **E. 2.3.3**

Bei verheirateten Personen befindet sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen üblicherweise am Wohnort der Familie und nicht am Arbeitsort. Dies gilt auch für diejenigen Personen, welche am Arbeitsort übernachten und lediglich am Wochenende nach Hause fahren. Der Wochenaufenthalts- und Arbeitsort wird zum Wohnsitz, wenn die Familie bloss noch in grossen und unregelmässigen Abständen besucht wird. Lässt die Arbeitszeit häufigere Besuche nicht zu, so genügt eine Rückkehr je Monat zur Beibehaltung des Wohnsitzes am Wohnort der Familie (D. Staehelin, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch

I, 3. Aufl., Basel 2006, N 11 zu Art. 23 ZGB mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Beruft sich eine Person in einem Verfahren auf ihren Wohnsitz, so trägt sie die Beweislast (P. Breitschmid, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, N 8 zu Art. 23 ZGB).

### **E. 3**

Die Vorinstanz hat den Rekurs auch mit der Begründung abgewiesen, das Ausländeramt habe die Niederlassungsbewilligung der Beschwerdeführerin zu Recht widerrufen, weil sie im Zusammenhang mit der Einreichung des Gesuchs vom 12. Februar 2008 nicht mitgeteilt habe, dass sie sich und ihre Familie in S. angemeldet und dort mit ihrem Ehemann und den Kindern eine gemeinsame Wohnung bezogen habe. Bei diesem Umstand handelt es sich zweifellos um eine wesentliche Tatsache. Sodann musste das Ausländeramt nicht damit rechnen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Ehemann, der aus der Schweiz und aus dem Fürstentum Liechtenstein weggewiesen worden war, im nahen Ausland einen Familienwohnsitz begründet hatte, auch wenn ihr Gesuch um Familiennachzug ihres Ehemannes in die Schweiz vom 22. Mai 2006 erfolglos geblieben war. Es bestand deshalb kein Anlass, den Sachverhalt vor Erteilung der Niederlassungsbewilligung in dieser Hinsicht näher abzuklären. Die Beschwerdeführerin hatte auf dem Gesuchsformular lediglich vermerkt, sie sei verheiratet und gehe (in der Schweiz) einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach. Sie muss sich deshalb den Vorwurf gefallen lassen, sie habe dem Ausländeramt in Täuschungsabsicht wesentliche Tatsachen verschwiegen.

### **E. 4**

Im weiteren ist die Niederlassungsbewilligung nach Ansicht der Vorinstanz erloschen, weil die Beschwerdeführerin ihren Lebensmittelpunkt vor mehr als sechs Monaten nach Deutschland verlegt hat. Auch nach Ansicht des Verwaltungsgerichts ist es nicht glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin, die mit Ehemann und Kindern in der Schweiz ein Familienleben führen will, nicht regelmässig, wenigstens einmal in der Woche, nach S. zurückkehrt, um mit ihren nächsten Angehörigen, insbesondere auch mit ihren kleinen Kindern, zusammenzusein, zumal S. in Pendler- bzw. Grenzgängerdistanz zu St. Gallen liegt. Daran ändert nichts, dass sie geltend macht, ein eigentliches Familienleben sei in S. nicht möglich, weil der gastgewerbliche Betrieb in St. Gallen, dessen Geschäftsführerin sie sei, auch am Samstag und am Sonntag geöffnet sei. Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin am 25. August 2008 gegenüber dem Ausländeramt bestätigt hat, ihre Arbeitszeit betrage 42 Stunden je Woche, ist nicht anzunehmen, dass sie während der Öffnungszeiten des Restaurants dort immer anwesend sein muss bzw. dass bei einem gastgewerblichen Betrieb mit 12 Mitarbeitern die Stellvertretung nicht geregelt ist. Wie die Beschwerdeführerin selber ausführt, hat sie sich und ihre Angehörigen im nahe gelegenen Ausland angemeldet, um ihren Ehemann, für den ein Einreiseverbot für die Schweiz besteht, und ihre Kinder in der Nähe zu haben, bis der Familiennachzug in die Schweiz bewilligt ist. Damit bringt sie zum Ausdruck, dass ihr eine schnelle und deshalb häufige Rückkehr zur Familie wichtig ist bzw. dass sich der Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen im nahegelegenen Ausland befindet. Für diese Annahme spricht auch, dass das Landeskreisamt N. der Vorinstanz am 17. November 2009 bestätigt hat, die Familie B. sei nach S. zugezogen und die Beschwerdeführerin habe gegenüber dieser Amtsstelle erklärt, sie arbeite in der Schweiz und werde üblicherweise pendeln. Ins Gewicht fällt in diesem Zusammenhang zudem, dass die Beschwerdeführerin zwar geltend macht, sie habe an der A-strasse 00 in St. Gallen eine Wohnung gemietet, wo sie mehrheitlich die Nächte

verbringe, dass sie indessen darauf verzichtet hat, dies zu belegen. Auch wenn eine Bestätigung des Einwohneramtes St. Gallen vom 18. August 2010 vorliegt, wonach die Beschwerdeführerin unter dieser Adresse angemeldet ist, steht nicht fest, ob ihre Behauptung zutrifft. Fest steht jedenfalls, dass unter dieser Adresse keine auf den Namen der Beschwerdeführerin lautende Festnetz-Telefonnummer zu finden ist, obschon sie dies als Kriterium für eine Wohnsitznahme anführt. Es bestehen im übrigen auch sonst keine Anhaltspunkte, die dafür sprechen würden, dass sich die Beschwerdeführerin nicht nur zu Erwerbszwecken in St. Gallen aufhalten könnte. Schliesslich fällt im Zusammenhang mit der Beurteilung, wo sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen der Beschwerdeführerin befindet, nicht ins Gewicht, dass sie geltend macht, ihre Familie lebe nur vorübergehend im Ausland bzw. sie habe mit ihren Gesuchen um Familiennachzug vom 22. Mai 2006 und vom 4. August 2008 hinreichend kundgetan, dass sie die Absicht habe, mit ihrem Ehemann und den Kindern in der Schweiz zu leben. Abgesehen davon, dass die Familie B. vor mehr als zweieinhalb Jahren in S. Wohnsitz genommen hat und somit seit längerem dort lebt, ist dem Gesuch um Familiennachzug vom 22. Mai 2006 nicht entsprochen worden, und das Gesuch vom 4. August 2008 ist noch hängig, weil der Beschwerdeführerin in der Zwischenzeit die Niederlassungsbewilligung entzogen worden ist. Auch die Tatsache, dass das BFM das gegen den Ehemann der Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot am 14. Dezember 2009 zwecks Besuchs der Beschwerdeführerin für 21 Tage ausgesetzt hat, lässt im übrigen nicht darauf schliessen, es sei ihr nicht möglich, sich regelmässig ins nahe Ausland zu begeben, um dort das Familienleben zu pflegen.

#### **E. 5**

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, die familiären Beziehungen der Beschwerdeführerin zu ihrem Ehemann und den gemeinsamen Kindern seien in S. nicht auf unregelmässige und seltene Kontakte beschränkt. Der Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen befindet sich deshalb seit über einem halben Jahr am Wohnort der Familie in Deutschland und nicht am Arbeitsort der Beschwerdeführerin in St. Gallen. Die Niederlassungsbewilligung ist somit von Gesetzes wegen erloschen.

#### **E. 6**

Die Beschwerdeführerin beruft sich darauf, nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit sei zu berücksichtigen, dass es ihr mit einer Grenzgängerbewilligung nicht mehr möglich wäre, ihrer Erwerbstätigkeit in St. Gallen nachzugehen. Sie begründet dies damit, sie sei Gesellschafterin und Geschäftsführerin der P. GmbH, die das Restaurant "L." (gemäss Auskunft der Stadtpolizei St. Gallen, Bewilligungen Gast- und Unterhaltungsgewerbe, vom 9. August 2010 wurde der Betrieb am 5. November 2008 von "L." in "C." umbenannt) in St. Gallen betreibe. Nach Art. 814 Abs. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SR 220, abgekürzt OR) muss die Gesellschaft durch eine Person vertreten werden können, die Wohnsitz in der Schweiz hat. Dieses Erfordernis kann durch einen Geschäftsführer oder einen Direktor erfüllt werden. Mit dieser Vorschrift wird eine personelle Verbindung der Gesellschaft zur Schweiz gewährleistet zur Sicherstellung des rechtsverbindlichen Verkehrs der Gesellschaft mit den Behörden, Geschäftspartnern, Kunden und Gläubigern. Wird das Wohnsitzerfordernis durch den Direktor erfüllt, so dürfen sämtliche Geschäftsführer ausserhalb der Schweiz wohnen. Der Direktor muss mit dieser Funktionsbezeichnung im Handelsregister eingetragen sein (M.F. Nussbaum, in: Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, Kurzkommentar zum GmbH-Recht, Muri bei Bern 2007, Art. 814 OR N. 9 und 10). Gemäss Internet-Auszug aus dem Handelsregister

des Kantons St. Gallen ist die Beschwerdeführerin einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der P. GmbH mit Sitz in St. Gallen (vorher: Hünenberg), die das Restaurant C. in St. Gallen gemäss ihren Angaben betreibt. Die Tatsache, dass sie das Wohnsitzerfordernis nicht erfüllt, hat deshalb zur Folge, dass die Vertretung der P. GmbH neu geregelt werden muss. Das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung nach einem Auslandsaufenthalt von mehr als einem halben Jahr ist aber eine zwingende Rechtsfolge, weshalb eine Prüfung der Verhältnismässigkeit bzw. eine Güterabwägung nicht erfolgen kann (vgl. dazu auch Urteil des Verwaltungsgerichts vom 1. Juli 2010 i.S. L., F. und A. K. in: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)).

#### **E. 7**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Verfahrensausgang entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu Lasten der Beschwerdeführerin (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.-- ist angemessen (Art. 13, Ziff. 622 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Sie wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet. Ausseramtliche Entschädigungen sind nicht zuzusprechen (Art. 98 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 98bis VRP). Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt: 1./ Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. 2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.-- bezahlt die Beschwerdeführerin unter Verrechnung mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe. 3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt. V. R. W. Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Versand dieses Entscheides an: - die Beschwerdeführerin (durch Rechtsanwalt lic. iur. X. Y.) - die Vorinstanz 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.