

SO_GERICHTE VWBES.2017.158 vom 27. Juli 2017

SO Obergericht, 2017-07-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2017.158

FR: SO_GERICHTE VWBES.2017.158 du 27 juillet 2017

IT: SO_GERICHTE VWBES.2017.158 del 27 luglio 2017

Erwägungen

E. 1

Der aus Eritrea stammende A.____ (geb. 1984, nachfolgend Beschwerdeführer genannt) reiste am 12. Dezember 2006 in die Schweiz ein und ersuchte um Asyl. Am 28. Januar 2008 wurde er als Flüchtling anerkannt und ihm wurde Asyl gewährt, worauf er die Aufenthaltsbewilligung erhielt. Seit dem 25. Oktober 2011 ist er im Besitz der Niederlassungsbewilligung.

E. 2

Ein am 15. März 2014 gestelltes Familiennachzugsgesuch für seine Ehefrau wurde am 13. Mai 2014 bewilligt, woraufhin die Ehefrau am 23. Juni 2014 in die Schweiz einreiste. Anlässlich ihrer Anmeldung bei der Wohngemeinde sagte die Ehefrau aus, der Beschwerdeführer befinde sich zurzeit in einer Strafanstalt in Deutschland. Der Beschwerdeführer war bereits am 10. Mai 2014 in Deutschland verhaftet worden. Bis zur Hauptverhandlung am 13. November 2014 ■ während mehr als sechs Monaten ■ war er in Untersuchungshaft. Das Amtsgericht Rosenheim verurteilte den Beschwerdeführer am 13. November 2014 wegen Einschleusens von Ausländern zu einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten, bedingt vollziehbar bei einer Bewährungszeit von fünf Jahren. Der Beschwerdeführer hatte vier eritreischen Staatsangehörigen Hilfe bei deren unerlaubter Einreise und unerlaubtem Aufenthalt geleistet, indem er sie von Österreich kommend mit seinem Personenwagen nach Deutschland verbrachte. Infolge dieser Verurteilung widerrief das Staatssekretariat für Migration (SEM) am 17. Dezember 2015 das dem Beschwerdeführer gewährte Asyl. Die Flüchtlingseigenschaft wurde ihm hingegen belassen.

E. 3

Das Migrationsamt gewährte dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 11. Mai und 12. Juli 2016 das rechtliche Gehör. Ihm wurde mitgeteilt, es werde erwogen festzustellen, dass seine Niederlassungsbewilligung erloschen sei, da er sich sechs Monate im Ausland aufgehalten habe. Weiter werde erwogen, nach Abschluss des Verfahrens sein Dossier dem SEM zu unterbreiten, um über die Flüchtlingseigenschaft und die vorläufige Aufnahme zu befinden. Der Beschwerdeführer liess durch seinen Vertreter, Rechtsanwalt Jürg Walker, Stellung nehmen.

E. 4

Mit Entscheid vom 6. März 2017 lehnte das SEM das Asylgesuch der Ehefrau des Beschwerdeführers ab. Eine Wegweisung wurde nicht verfügt.

E. 5

Die am 3. April 2017 getätigten Abklärungen des Migrationsamts ergaben, dass der Beschwerdeführer seit 2010 nicht mehr von der Sozialhilfe unterstützt wird. Seine Ehefrau habe hingegen in den Jahren 2015/2016 in der Gesamthöhe von CHF 6'250.45 sozialhilferechtlich unterstützt werden müssen. Der Beschwerdeführer sei im Betreibungsregister nicht verzeichnet. Gemäss dem am 13. April 2017 eingereichten Arbeitsvertrag sei er seit dem 1. Februar 2012 bei der [...] AG in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis tätig.

E. 6

Mit Entscheid vom 19. April 2017 stellte das Departement des Innern fest, die Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers sei erloschen. Der Kanton Solothurn sei aber bereit, ihm im Rahmen der Wiedereinreise eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Die Erteilung dieser Aufenthaltsbewilligung erfolge unter der Bedingung, dass der Beschwerdeführer seinen Lebensunterhalt ohne Beanspruchung von Sozialhilfe bestreite, keine Schulden anhäufe und nicht erneut straffällig werde. Dieser Entscheid werde dem SEM zur Zustimmung unterbreitet. Dabei wurde erwogen, sollte das SEM der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung zustimmen, werde auch der Ehefrau im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung erteilt.

E. 7

Gegen diesen Entscheid liess der Beschwerdeführer am 28. April 2017, vertreten durch Rechtsanwalt Jürg Walker, Beschwerde an das Verwaltungsgericht erheben. Es wurde die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt, sowie die Feststellung, dass die Niederlassungsbewilligung nicht erloschen sei. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung von Rechtsanwalt Jürg Walker als unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bewilligen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Die Verfügung müsse kassiert werden, da der Briefkopf und das Zustellcouvert auf das Migrationsamt und nicht das Departement des Innern lauteten. Auch sei nicht sicher, ob diese rechtsgültig unterzeichnet sei, da sie in Vertretung unterschrieben sei und unklar sei von wem.

Es treffe zu, dass sich der Beschwerdeführer ein kleines Bisschen länger als sechs Monate im Ausland aufgehalten habe. Wenn man die Reisetage nicht zähle, sei es nur gerade ein Tag mehr als sechs Monate. Das Migrationsamt habe über die Inhaftierung Bescheid gewusst und sei mit der Ehefrau des Beschwerdeführers in Kontakt gestanden. Es hätte diese oder den Beschwerdeführer darauf hinweisen müssen, dass ein Gesuch um Reservierung der Niederlassungsbewilligung gestellt werden könne. Indem das Migrationsamt dies unterlassen habe, habe es gegen Treu und Glauben gehandelt. Der Beschwerdeführer müsse deshalb gestellt werden, wie wenn er das Gesuch um Reservierung der Niederlassungsbewilligung gestellt hätte.

E. 8

Mit Verfügung vom 2. Mai 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.

E. 9

Das Migrationsamt beantragte mit Vernehmlassung vom 23. Mai 2017 namens des Departements des Innern die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge.

Die Verfügung sei von der Leiterin der Abteilung Familiennachzug unterzeichnet worden. Es bestehe keine Pflicht des Migrationsamts, den Beschwerdeführer auf das Erlöschen und die Möglichkeit der Reservierung der Niederlassungsbewilligung aufmerksam zu machen. Dem Migrationsamt sei nicht bekannt, wann der Beschwerdeführer aus der Schweiz ausgereist sei. Es sei nur bekannt, dass er sich ab 10. Mai 2014 in Untersuchungshaft befunden habe. Auch das Strafmass sei bis zum Eingang des Urteils nicht bekannt gewesen. Auch wenn der Beschwerdeführer die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung beantragt hätte, wäre das Gesuch nicht gutgeheissen worden. Das Vorliegen eines Widerrufsgrundes im Sinne von Art. 63 des Ausländergesetzes (AuG, SR 142.20) ■ wie vorliegend (längerfristige Freiheitsstrafe von 14 Monaten) ■ stehe gemäss den Weisungen des SEM einer Aufrechterhaltung entgegen.

E. 10

Mit Verfügung vom 24. Mai 2017 wurden dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsanwalt Jürg Walker als unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt.

E. 11

Der Beschwerdeführer liess dazu am 2. Juni 2017 Stellung nehmen.

Es möge sein, dass das Migrationsamt Niedergelassene, die vorübergehend ins Ausland reisten, nicht auf das Risiko des Erlöschens der Bewilligung aufmerksam machen müsse. Vorliegend habe das Migrationsamt aber genau gewusst, dass der Beschwerdeführer länger als ein halbes Jahr im Ausland sein werde und habe dabei zugeschaut, wie die Frist verstrichen und die Bewilligung erloschen sei. Dies widerspreche Treu und Glauben.

Mit dem Widerrufsgrund könne es wohl nicht so weit her gewesen sein, da das Migrationsamt dem Beschwerdeführer trotzdem eine Aufenthaltsbewilligung erteilt habe. Das Migrationsamt könne wohl kaum behaupten, die in Deutschland erfolgte Verurteilung hätte zwingend nach einem Widerruf der Niederlassungsbewilligung verlangt, hätte aber die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen der Wiederezulassung erlaubt. Es verstehe die Weisung des SEM falsch. Beim fraglichen Widerrufsgrund gehe es um eine Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe. Vorliegend habe sich der Beschwerdeführer aber in Untersuchungshaft befunden und es habe die Unschuldsvermutung gegolten, weshalb dieser Widerrufsgrund noch gar nicht hätte angerufen werden können und die Reservierung hätte bewilligt werden müssen. Die Reservierung könnte ja widerrufen werden, wenn sich dann aus der Verurteilung ein Widerrufsgrund ergeben würde. Der Beschwerdeführer sei deshalb gleich zu behandeln, wie wenn die Reservierung der Niederlassungsbewilligung gewährt worden wäre. Das Migrationsamt habe bisher im Fall einer Untersuchungshaft die Reservierung der Niederlassungsbewilligung immer gewährt.

II.

1. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). A. ___ ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerdelegitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Dem Beschwerdeführer ist darin Recht zu geben, dass die angefochtene Verfügung gemäss § 2 Abs. 1 der Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz (EAuV, BGS 512.153) den Briefkopf des Departements des Innern und nicht des Migrationsamts tragen müsste. Dennoch ist aus dem Dispositiv der Verfügung klar ersichtlich, dass das Departement des Innern verfügt hat, und auch aus der Unterschrift ist zu entnehmen, dass das Migrationsamt «namens des Departements des Innern» gehandelt hat. Die Verfügung ist damit vom zuständigen Departement erlassen worden. Der falsche Briefkopf stellt keinen Ungültigkeitsgrund, schon gar keinen Nichtigkeitsgrund, dar. Die Verfügung ist zudem gemäss § 4 Abs. 1 lit. Ibis/Iterder Verordnung über die Delegation der Unterschriftsberechtigung in den Departementen (BGS 122.218) auch von einer unterschriftsberechtigten Abteilungsleiterin unterzeichnet worden, womit die Verfügung rechtsgültig erlassen wurde und kein Kassationsgrund besteht.

3. Verlässt die Ausländerin oder der Ausländer die Schweiz, ohne sich abzumelden, so erlischt die Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung nach sechs Monaten. Auf Gesuch hin kann die Niederlassungsbewilligung während vier Jahren aufrechterhalten werden (Art. 61 Abs. 2 AuG). Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts lässt auch das unfreiwillige Verweilen im Ausland über die Frist hinaus die Bewilligung erlöschen (Urteile 2C_819/2016 vom 14. November 2016 E. 2.1; 2C_461/2012 vom 7. November 2012 E. 4.2.1; 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), sodass namentlich auch eine Inhaftierung im Ausland diese Konsequenz nach sich ziehen kann (Urteile des Bundesgerichts 2C_512/2013 vom 17. Februar 2014 E. 2; 2C_461/2012 vom 7. November 2012 E. 2.4.1; 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). Art. 61 Abs. 2 AuG beruht darauf, dass nach einem längeren Auslandsaufenthalt der Zusammenhang mit der bisherigen Anwesenheitsgrundlage abbricht, was namentlich darin zum Ausdruck kommt, dass nach sechs Monaten Landesabwesenheit auch die mit der unbefristeten Niederlassungsbewilligung verbundene gefestigte Rechtsposition dahinfällt (Urteil des Bundesgerichts 2C_483/2014 vom 26. Mai 2014 E. 2.3). Mit Art. 61 Abs. 2 AuG hat der Gesetzgeber einen ■ in jeder Hinsicht ■ absoluten und zwingenden Erlöschensgrund geschaffen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_327/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 2.1, 2A.740/2004 vom 10. März 2005 E. 2.2). Um dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel, eindeutige Verhältnisse zu schaffen, gerecht zu werden, kann einem Gesuch um Verlängerung des Auslandsaufenthaltes, wenn es nicht rechtzeitig gestellt worden ist, höchstens beim Vorliegen ausserordentlicher Verhältnisse stattgegeben werden. Es versteht sich von selbst, dass etwa eine Berufung auf eine allfällige Unkenntnis der gesetzlichen Regelung ausser Betracht fällt (Urteil des Bundesgerichts 2A.514/2003 vom 5. November 2003 E. 3.2).

4. Es ist nicht klar, ab welchem Zeitpunkt sich der Beschwerdeführer im Ausland aufgehalten hat. Sicher ist aber, dass er am 10. Mai 2014 verhaftet wurde und sich ab diesem Zeitpunkt bis zur Hauptverhandlung am 13. November 2014 in Untersuchungshaft aufhielt. An diesem Tag kehrte er in die Schweiz zurück. Somit ist klar, dass sich der Beschwerdeführer während mindestens sechs Monaten und drei Tagen im Ausland aufgehalten hat. Auch wenn die Frist von sechs Monaten nur ganz knapp überschritten wurde, so ist doch klar, dass deswegen keine Ausnahme gemacht werden kann. Dem Gesetzgeber ging es mit der Regelung von Art. 61 Abs. 2 AuG darum, klare Verhältnisse zu

schaffen und der Erlöschensgrund ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung absolut und zwingend. Die absolute Frist darf nicht durch Ausnahmen verwässert werden und gilt auch dann, wenn sie bloss knapp überschritten ist.

Der Beschwerdeführer hat kein Gesuch um Reservierung seiner Niederlassungsbewilligung gestellt, da er offenbar von dieser Möglichkeit keine Kenntnis hatte. Auch wenn es für den Beschwerdeführer stossend erscheinen mag, so hatte die Vorinstanz ■ auch im Sinn einer Gleichbehandlung aller übrigen Ausreisenden ■ keine Pflicht, den Beschwerdeführer oder dessen Ehefrau auf die Möglichkeit der Reservierung hinzuweisen. Es besteht deshalb kein Grund, den Beschwerdeführer so zu stellen, wie wenn er ein Gesuch um Reservierung seiner Niederlassungsbewilligung gestellt hätte.

Es ist daher auch nicht zu prüfen, ob das Gesuch überhaupt bewilligungsfähig gewesen wäre.

5. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sie ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang hat A. ___ grundsätzlich die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidegebühr auf CHF 1'500.00 festzusetzen sind. Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege trägt der Kanton Solothurn die Kosten; vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während zehn Jahren, sobald A. ___ zur Rückzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]).

Rechtsanwalt Jürg Walker hat mit Kostennote vom 2. Juni 2017 einen Aufwand von 8 Stunden zu einem Stundenansatz von CHF 230.00 zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer geltend gemacht. Dieser Aufwand erscheint grundsätzlich angemessen. Entschädigt werden kann jedoch bloss ein Stundenansatz von CHF 180.00 (vgl. § 161 i.V.m. § 160 Abs. 3 des kantonalen Gebührentarifs [GT, BGS 615.11]). Somit ist die durch den Kanton Solothurn zu bezahlende Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands auf CHF 1'612.35 (Aufwand: CHF 1'440.00, Auslagen: CHF 52.90, MWST: CHF 119.45) festzusetzen; vorbehalten bleibt der Nachzahlungsanspruch des unentgeltlichen Rechtsbeistands im Umfang von CHF 400.00 (Differenz zum vollen Honorar von CHF 230.00) zuzüglich Mehrwertsteuer, sowie der Rückforderungsanspruch des Staates während zehn Jahren, sobald A. ___ zur Nachzahlung in der Lage ist (vgl. § 58 Abs. 1 VRG i.V.m. Art. 123 ZPO).

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1■500.00 werden A. ___ zur Bezahlung auferlegt, sind aber zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege durch den Staat Solothurn zu übernehmen; vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren, sobald A. ___ zur Nachzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 ZPO).

3. Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes, Rechtsanwalt Jürg Walker, wird auf CHF 1■612.35 (inkl. Auslagen und MWST) festgesetzt und ist zufolge unentgeltlicher Rechtspflege vom Staat Solothurn zu bezahlen. Vorbehalten bleibt der Nachzahlungsanspruch von Rechtsanwalt Jürg Walker von CHF 400.00 zuzüglich Mehrwertsteuer sowie der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren, sobald A. ___ zur Nachzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 ZPO).

Rechtsmittel:Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin

Kaufmann

Das vorliegende Urteil wurde vom Bundesgericht mit Urteil 2C_776/2017 vom 2. Oktober 2017 bestätigt.

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