

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00387 vom 25. Februar 2009**

ZH Verwaltungsgericht, 2009-02-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2008.00387](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2008.00387)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00387 du 25 février 2009

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00387 del 25 febbraio 2009

## **Regeste**

Niederlassungsbewilligung | Erlosene Niederlassungsbewilligung Die Bf 2 und 3, mittlerweile volljährige Kinder des Bf 1, erhielten im Rahmen des Familiennachzugs Niederlassungsbewilligungen. Zum Zeitpunkt ihrer Einschulung wurden sie in ihr Heimatland entsandt, wo sie die gesamte Schulzeit wie auch die Berufsausbildung absolvierten. Trotz der gegenüber dem Gesetzeswortlaut milderer bundesgerichtlichen Praxis, wonach die Niederlassungsbewilligung bei bis zu 4jährigen Landesabwesenheit zu Ausbildungszwecken weiterbesteht, ist vorliegend festzustellen, dass die Niederlassungsbewilligungen der Bf 2 und 3 nach 10jähriger Landesabwesenheit erloschen sind (ANAG 9 III lit. c). Dies, da der Hauptzweck des Familiennachzugs - das Zusammenleben der Familie - durch die Bf selbst vereitelt wurde. BV 13 I und EMRK 8 sind infolge Volljährigkeit der Bf 2 und 3 und mangels Abhängigkeitsverhältnis nicht tangiert. Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist nach § 43 Abs. 1 lit. h und Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) auf dem Gebiet der Fremdenpolizei nur zulässig, soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen steht. Bei Entscheiden über Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen wird daher vorausgesetzt, dass der oder die ausländische Staatsangehörige einen bundes- oder völkerrechtlichen Anspruch auf deren Erteilung hat (Art. 83 lit. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] aus Umkehrschluss; BGE 128 II E. 1.1.1).

### **E. 1.2**

Am 1. Januar 2009 ist die Frist für die Anpassung des kantonalen Rechts an die Vorgaben von Art. 29a der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) (Rechtsweggarantie) sowie des Bundesgerichtsgesetzes (Vorinstanzenregelung; Art. 130 Abs. 3 BGG) abgelaufen. Da der angefochtene Entscheid vor diesem Zeitpunkt – am 11. Juni 2008 – ergangen ist, ändert sich vorliegend jedoch nichts daran, dass das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde eintreten muss. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist bei einem durch die Behörde festgestellten Erlöschen einer Niederlassungsbewilligung ein Aufenthaltsrecht aufgrund eines Rechtsanspruchs streitig.

### **E. 2**

Für die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels, welche nicht vorgeschrieben ist (§ 58 VRG) besteht keine Veranlassung, denn die Vernehmlassung der Staatskanzlei

beschränkt sich darauf, auf die Ausführungen des angefochtenen Beschlusses des Regierungsrats zu verweisen. Das Begehren ist abzuweisen.

### **E. 3.1**

Gemäss dem hier anwendbaren Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG, auf welche Vorschrift sich die Vorinstanzen stützen, erlischt die Niederlassungsbewilligung durch Abmeldung oder wenn sich die ausländische Person tatsächlich während mindestens sechs Monaten im Ausland aufhält, sofern kein Gesuch um Verlängerung – welche für längstens zwei Jahre möglich ist – gestellt wird. Es ist nach dem Gesetzestext nicht zweifelhaft, dass die überlange Abwesenheit automatisch zum Erlöschen der Bewilligung führt und nicht einer rechtsge-staltenden Anordnung durch die Fremdenpolizeibehörde bedarf (vgl. Alberto Achermann, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts 2006/2007 im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, Bern 2007, S. 145 ff.; auch zur Situation, in welcher die rechtzeitige Rückkehr objektiv unmöglich ist).

### **E. 3.2**

Der Regierungsrat ist – übereinstimmend mit dem Migrationsamt – vom Sachverhalt ausgegangen, dass die beiden Beschwerdeführenden 2 und 3 (Kinder) zuerst in die Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers 1 (Vater) einbezogen worden waren. Als sie – zu verschiedenen Zeitpunkten – die Schulreife erlangten, schickten sie ihre Eltern in ihre Heimat, wo sie die Volksschule und anschliessend eine Berufsausbildung (Elektriker beziehungsweise Krankenpflegerin) absolvierten, welche der Beschwerdeführer 2 allerdings vorzeitig abbrach. Der Regierungsrat stellte Erwägungen an zur Dauer des Aufenthalts der Beschwerdeführenden 2 und 3 in D und über den Zeitpunkt und die Anzahl der Besuche und Ferientaufenthalte bei den Eltern in der Schweiz. Ebenfalls stellte der Regierungsrat die Frage in den Raum, ob der Sohn in D zum obligatorischen Militärdienst eingezogen worden sei oder nicht; entsprechende Beweisaufgaben, dass dies nicht der Fall gewesen sei, betrachtet die Vorinstanz als nicht erfüllt. In freier Würdigung des Ergebnisses der Sachverhaltsuntersuchung erachtete es der Regierungsrat als erstellt, dass die Beschwerdeführenden 2 und 3 vom Juli 1999 (Beschwerdeführer 2) beziehungsweise Mai 2004 (Beschwerdeführerin 3) bis zum Sommer 2007 "mindestens sechs Monate lang – wenn nicht sogar jahrelang – ununterbrochen im Ausland gewilt haben", weshalb ihre Niederlassungsbewilligungen bereits einige Zeit vor dem Erlass der Verfügung des Migrationsamts von Gesetzes wegen erloschen seien. Nach der Ansicht des Regierungsrats ändere an dieser Rechtslage nichts, dass sie während des Auslandsaufenthalts in der Schweiz krankenversichert geblieben seien und hier allenfalls Steuern bezahlt hätten. Zusätzlich erwähnte der Regierungsrat, "dass die Eltern die Kinder zunächst in der Heimat die Schule und eine Ausbildung absolvieren lassen wollten, um sie dann als junge Erwachsene in Umgehung der ausländerrechtlichen Zulassungsbeschränkungen in die Schweiz zu übersiedeln und sie damit von den besseren Lebens- und Arbeitsbedingungen profitieren zu lassen". Ein solches Vorgehen sei rechtsmissbräuchlich, weil die hauptsächliche Voraussetzung für die Niederlassungsbewilligung, nämlich die Aufnahme einer auf Dauer angelegten familiären Gemeinschaft von Eltern und minderjährigen Kindern in der Schweiz, nicht beabsichtigt und auch nicht verwirklicht worden sei.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführenden bestreiten nicht, dass die Kinder während mehr als zehn Jahren ihre Schul- und Berufsausbildung in D verfolgten, nämlich der Sohn von 1991 bis 2001, die

Tochter seit 1996 bis heute. Sie machen geltend, dass nach der Rechtsprechung der Schulbesuch im Ausland der Erteilung und Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung nicht entgegenstehe, "sofern die Kinder mit den Eltern in der Schweiz zusammenwohnen bzw. dies zu tun beabsichtigen". Die Praxis, wonach ein Aufenthalt im Ausland zum Schul- oder Besuch einer Ausbildungsstätte nach vier Jahren Dauer zum Erlöschen der Niederlassungsbewilligung führt, auch wenn sich die Jugendlichen nie länger als sechs Monate ohne Unterbruch im Ausland aufhielten, betrachten die Beschwerdeführenden als rechtsverletzend, weil daraus eine Schlechterstellung gegenüber Schweizer Kindern resultiere. Sie sei auch nicht sinnvoll, weil eine abgeschlossene Ausbildung im Ausland eine spätere Integration in der Schweiz erleichtern könne. Die Familie habe zu keinem Zeitpunkt rechtsmissbräuchlich vorgehen wollen. Dass man vom Beschwerdeführer 2 einen schriftlichen Beweis dafür, dass er in D keinen Militärdienst leisten müssen, verlangt habe, sei übertrieben formalistisch, weshalb ihm nicht zum Nachteil gereichen könne, dass er diesen Nachweis nicht beigebracht hatte. Im Übrigen lebe der Beschwerdeführer 2 seit Jahren wieder im Kanton Zürich. Der Beschwerdeführerin 3, welche ihre Berufsausbildung abgeschlossen habe, werde jedoch die Einreise in die Schweiz verunmöglicht.

#### **E. 4.1**

Im Rahmen der Beschränkung der Überprüfung des Beschlusses des Regierungsrats durch das Verwaltungsgericht auf dessen Rechtmässigkeit (§ 50 Abs. 2 VRG) ist von Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG auszugehen. Danach erlischt eine Niederlassungsbewilligung ohne behördlichen Akt automatisch, wenn sich die ausländische Person während mehr als sechs Monaten im Ausland aufhält und vor Ablauf dieser Frist keine Verlängerung beantragt hat; Letztere ist bis zu zwei Jahren möglich. Bei sich in Ausbildung befindlichen Jugendlichen hat das Bundesgericht diese Vorschrift insofern gemildert, als es möglich ist, die Frist von sechs Monaten zu überschreiten, wenn ein späteres gemeinsames Familienleben beabsichtigt ist; die absolute Grenze wurde jedoch bei einer Auslandabwesenheit von vier Jahren gesetzt. Dann erlischt die Niederlassungsbewilligung auch, wenn die einzelne Abwesenheit nie länger als sechs Monate gedauert hat. Es kann auf die zutreffende Darstellung der Rechtslage durch den Regierungsrat verwiesen werden (§70 in Verbindung mit § 28 VRG). Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, dem Ziel der Niederlassungsbewilligung nachzuleben, welches gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 2 und 3 ANAG das dauerhafte Zusammenleben der Familienangehörigen ermöglichen und erleichtern soll. Die Beschwerdeführenden 2 und 3 haben unbestrittenerweise ohne ihre in der Schweiz verbliebenen Eltern je rund zehn oder mehr Jahre zum Zweck des Schulbesuchs und der Ausbildung in ihrer Heimat verbracht. Ein Verlängerungsgesuch ist nicht gestellt worden. Damit ist der Erlöschensgrund gemäss Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG erfüllt. Selbst wenn die mildere Praxis für minderjährige Kinder in Ausbildung beigezogen wird, ist mit einer Auslandabwesenheit von rund zehn oder mehr Jahren für die beiden Beschwerdeführenden 2 und 3 der Grenzwert von vier Jahren um ein Vielfaches überschritten. Es erübrigt sich unter diesen Umständen zu erörtern, ob die Grenze von vier Jahren sinnvoll sei oder nicht. Ebenso wenig spielt es eine Rolle, ob und wie oft die Beschwerdeführenden 2 und 3 ihren Ausbildungsaufenthalt in D zum Zweck von Besuchen in der Schweiz unterbrochen haben. Auch braucht nicht abgeklärt zu werden, ob der Beschwerdeführer 2 in seiner Heimat in die Armee eingezogen wurde oder nicht. Denn es steht fest, dass mit der Entsendung der Kinder in die Heimat zum Zweck der Erfüllung ihrer Schulpflicht und einer anschliessenden Berufsausbildung der Hauptzweck der

Niederlassungsbewilligung vereitelt war, welcher darin besteht, dass die Familie zusammenwohnt. Entfällt die Voraussetzung des Zusammenwohnens, so fällt der Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung dahin (Art. 17 Abs. 2 Satz 2 und 3 ANAG). Selbst wenn die Niederlassungsbewilligung für die Beschwerdeführenden 2 und 3 nicht aufgrund der Abwesenheit im Ausland automatisch erloschen wäre, wären im Zeitpunkt, als die Eltern den Entscheid fällten, ihre Kinder zum Schulbesuch und zur Ausbildung ins Ausland zu schicken, die Berufung auf die Niederlassungsbewilligung rechtsmissbräuchlich.

#### **E. 4.2**

Was die Beschwerdeführenden dagegen vorbringen, ändert daran nichts. Eine Benachteiligung von ausländischen Personen gegenüber Schweizern ist im Wesen des Ausländerrechts begründet. Im Übrigen ist die Niederlassungsbewilligung eine Besonderheit des schweizerischen Ausländerrechts und muss deren Entzug nicht als solcher mit dem Verfassungs- und Völkerrecht vereinbar sein, sondern der Entzug der Aufenthaltswilligung. Zwar schützt Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV) unter anderem das Zusammenleben der Familien. Einen Anspruch auf Aufenthalts- bzw. Niederlassungsbewilligung können daraus grundsätzlich aber nur minderjährige Nachkommen in der Schweiz anwesenheitsberechtigter Ausländer ableiten. Bei volljährigen Nachkommen wird dazu ein Abhängigkeitsverhältnis – beispielsweise aufgrund einer Behinderung des Nachkommens – vorausgesetzt. Andernfalls würde der Schutzbereich von Art. 8 EMRK übermässig ausgedehnt (BGE 115 Ib 1 E. 2). Da sowohl der Beschwerdeführer 2 wie auch die Beschwerdeführerin 3 volljährig sind und eine besondere Abhängigkeit nicht behauptet wurde und sich auch aus den Akten nicht ergibt, können die Beschwerdeführenden 2 und 3 keinen Niederlassungsanspruch gestützt auf Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. EMRK ableiten. Des Weiteren war es der Entscheid der Eltern der Beschwerdeführenden 2 und 3, dass während der Ausbildungszeit der Kinder eben gerade auf ein gemeinsames Familienleben in der Schweiz verzichtet wurde. Hätte das Zusammenleben angedauert, wäre die Niederlassungsbewilligung nicht entzogen worden. Eine Verletzung des übergeordneten Rechts liegt somit nicht vor. Der Einwand, die Integration der Kinder in der Schweiz falle leichter, wenn der Schulbesuch im Ausland stattfinde und eine Einreise erst nachher erfolge, ist nicht nachvollziehbar und widerspricht sämtlichen Erfahrungen. So ist im neuen Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer der Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung nur bis zum 12. Altersjahr gegeben (Art. 42 Abs. 4 AuG); dies aus der Erfahrung heraus, dass die Integration von Jugendlichen, die in einem anderen Sprach- und Kulturkreis aufgewachsen sind, eben viel schwieriger und problematischer ist als zu einem früheren Zeitpunkt. Im Übrigen findet im Fall der Beschwerdeführenden überhaupt zu keinem Zeitpunkt eine Integration von Minderjährigen statt, war es doch geplant, dass beide Kinder bis zum Abschluss der Berufsausbildung im Ausland verbleiben sollten. Damit aber nahmen die Eltern in Kauf, dass ihre Kinder die Jugendjahre nicht in der Schweiz verbringen würden. Damit war eine Integration auch nicht geplant und erweisen sich die Argumente einer späten Integration ohnehin als hinfällig. Ebenso wenig hilfreich sind die Verweise der Beschwerdeführenden auf die ausländischen Fach- und Führungskräfte in der Schweiz, welche ihre Kinder im Ausland ausbilden lassen. Zum einen mögen für viele dieser Fälle entweder die Vorschriften der Freizügigkeitsabkommen mit der EU/EFTA massgebend sein oder aber wird mit einem vorübergehenden Aufenthalt in der Schweiz gerechnet und die Kinder zum

Zweck der Ausbildung im Ausland belassen. In der Regel ist jedoch der Nachzug der Kinder an den Wohnort der Eltern und deren Aufenthalt immer möglich, auch wenn keine Niederlassungsbewilligung zur Debatte steht. Dass endlich die Eltern der Beschwerdeführenden 2 und 3 berechtigt waren, ihre Kinder im Ausland ausbilden zu lassen, ist unbestritten. In der Konsequenz führte dies aber zu einem Verzicht auf ein gemeinsames Familienleben in der Schweiz und in rechtlicher Hinsicht dazu, dass im Zeitpunkt dieses Entscheids ein Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung wegfiel. Der Beschluss des Regierungsrats erweist sich damit als rechtmässig, was zur Abweisung der Beschwerdeanträge führt. Streitpunkt in diesem Verfahren ist das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung. Über ein Einreise- oder Aufenthaltsgesuch für die erwachsenen Beschwerdeführenden 2 und 3 hat nicht das Verwaltungsgericht erstinstanzlich zu befinden (§ 41 VRG). Auf das Begehren, das Gericht möge für die Bewilligung von Einreise und Aufenthalt der Beschwerdeführenden 2 und 3 besorgt sein, kann nicht eingetreten werden.

#### **E. 5**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden (anteilmässig unter solidarischer Haftung eines jeden für den ganzen Betrag) aufzuerlegen. Parteienschädigungen sind nicht zuzusprechen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 70 VRG; § 14 und § 17 Abs. 2 VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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