

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00536 vom 18. Januar 2013

ZH Verwaltungsgericht, 2013-01-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00536

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00536 du 18 janvier 2013

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00536 del 18 gennaio 2013

Regeste

Niederlassungsbewilligung | [Erlöschen der Niederlassungsbewilligung und deren Wiedererteilung.] Für das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung genügt das formale Kriterium eines mehr als sechs Monate dauernden Auslandsaufenthalts. Eine Verlegung des Lebensmittelpunkts ist nicht zwingend erforderlich; wenn dieser jedoch ins Ausland verschoben wird, so unterbrechen vorübergehende Besuchs-, Tourismus- oder Geschäftsaufenthalte in der Schweiz diese Frist nicht (Art. 79 VZAE; E. 5.2). Der Beschwerdeführer kam vorliegend zwar während seiner Auslandsabwesenheit mehrmals in die Schweiz; ihm gelingt es jedoch nicht, im Sinn seiner Mitwirkungspflicht genügend glaubhaft zu machen, dass er seinen Lebensmittelpunkt in der Schweiz nicht aufgegeben hat (E. 5.3 f.). Die Niederlassungsbewilligung kann bereits nach einem kürzeren Aufenthalt erteilt werden, wenn dafür wichtige Gründe vorliegen (Art. 34 Abs. 3 AuG). Die wichtigen Gründe werden jedoch nicht abschliessend durch Art. 61 VZAE geregelt (E. 6.1 ff.). Der Beschwerdegegner und die Vorinstanz sind damit zu Unrecht davon ausgegangen, dass ein wichtiger Grund einzig dann vorliegt, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller die Niederlassungsbewilligung schon während mindestens zehn Jahren besessen und der Auslandsaufenthalt nicht länger als sechs Jahre gedauert hat, und haben es somit unterlassen, den Sachverhalt dahingehend abzuklären, ob ein anderer wichtiger Grund vorliegt (E. 6.6). Teilweise Gutheissung und Rückweisung an die Vorinstanz.

Erwägungen

E. 4

Der Beschwerdegegner wirft dem Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, er sei vom 30. Juni 2009 bis zum 28. Juni 2010 unbekanntem Orts gewesen; der Nachweis, dass er sich während dieser Zeit in der Schweiz aufgehalten habe, sei ihm nicht gelungen. Damit sei seine Niederlassungsbewilligung von Gesetzes wegen erloschen.

E. 5.1

Gemäss Art. 61 Abs. 2 AuG erlischt die Niederlassungsbewilligung unter andere m dann, wenn sich die ausländische Person, ohne sich abzumelden, während sechs Monaten tatsächlich im Ausland aufhält.

E. 5.2

Für das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung genügt das formale Kriterium eines mehr als sechs Monate dauernden Auslandsaufenthalts (BGE 120 Ib 369 E. 2c). Nach konstanter Rechtsprechung kommt es für das Erlöschen weder auf die Motive der Landesabwesenheit noch auf die Absichten des Betroffenen an (BGr, 5. November 2014, 2C_213/2014, E. 2.1). Eine Verlegung des Lebensmittelpunkts ist nicht zwingend erforderlich; wenn dieser jedoch

ins Ausland verschoben wird, so unterbrechen vorübergehende Besuchs-, Tourismus- oder Geschäftsaufenthalte in der Schweiz diese Frist nicht (Art. 79 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]; BGr, 1. September 2011, 2C_81/2011, E. 3.2 mit Hinweisen).

E. 5.3

Nach Art. 90 Ingress AuG müssen Ausländerinnen und Ausländer bei der Feststellung des massgebenden Sachverhalts mitwirken; nach Art. 90 lit. b AuG sind sie verpflichtet, die erforderlichen Beweismittel unverzüglich einzureichen oder sich darum zu bemühen, sie innerhalb einer angemessenen Frist zu beschaffen. Das Bundesgericht hat es bei Personen, die sich zumindest zeitweise im Ausland aufhielten, aber geltend machten, regelmässig in der Schweiz gewohnt zu haben, als zulässig erachtet, dass die kantonalen Behörden relativ einfach beizubringende minimale Sachbeweise verlangten und damit voraussetzten, dass der Standpunkt der ausländischen Person einigermaßen glaubhaft erscheine, bevor der Sachverhalt von Amtes wegen weiter untersucht oder weitere Sachbeweise abgenommen würden (BGr, 1. September 2011, 2C_81/2011, E. 3.7 f., sowie 18. Januar 2013, 2C_471/2012, E. 4.2). In diesen Fällen ist es somit zulässig, aus der fehlenden Mitwirkung darauf zu schliessen, dass die ausländische Person ihren Lebensmittelpunkt ins Ausland verlegt hat (VGr, 19. Februar 2014, VB.2013.00841, E. 2.3).

E. 5.4

Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer sich im Zeitraum vom 30. Juni 2009 bis zum 28. Juni 2010 über Monate hinweg immer wieder in der Heimat aufgehalten hat. Nach Einsicht in seinen Pass resultiert in diesem Zeitraum lediglich ein Aufenthalt von etwa zweieinhalb Monaten in der Schweiz. Der Beschwerdeführer stellt die Auslandsabwesenheit auch nicht in Abrede, macht jedoch geltend, zwischendurch immer wieder hier gewesen zu sein. Dabei gab er an, im Jahr 2009 ein paar Wochen oder Monate bei F sowie von Januar bis März 2010 bei der Familie G gewohnt zu haben. Sowohl F als auch Herr G haben die Angaben des Beschwerdeführers auf telefonische Nachfragen hin nicht bestätigt bzw. abweichend und widersprüchlich ausgesagt. Die ehemalige Freundin des Beschwerdeführers und Mutter seiner Tochter, E, gab in einem Schreiben vom 20. Dezember 2010 an, der Beschwerdeführer sei zwischen Juni 2009 und Juli 2010 insgesamt fünf Mal besuchshalber in der Schweiz gewesen. Am 16. Januar 2011 bestätigte sie auf Nachfrage ihre Angaben und präziserte, der Beschwerdeführer sei im Sommer und September 2009 ein paar Tage, im Dezember 2009 eine Woche, an Weihnachten 2009, im Februar 2010 sowie zum Geburtstag der Tochter im Mai 2010 zu Besuch gewesen. Er habe dabei jeweils bei der Familie oder Kollegen geschlafen. Die Kindsmutter konnte folglich detailliert und widerspruchsfrei schildern, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum von Ende Juni 2009 bis Ende Juni 2010 mehrfach in die Schweiz eingereist sei und sich hier für ein paar Tage oder Wochen aufgehalten habe. In Abgleichung mit den vorhandenen Pässeinträgen des Beschwerdeführers, welche Ein- und Ausreisen im betreffenden Zeitraum dokumentieren, ist übereinstimmend mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer sich mehrere Male für einen kürzeren Zeitraum in der Schweiz zu Besuch aufgehalten hat. Wie bereits dargelegt, vermögen vorübergehende Besuchsufenthalte in der Schweiz die sechsmonatige Frist im Sinn von Art. 61 Abs. 2 AuG nicht zu unterbrechen, sofern der Lebensmittelpunkt ins Ausland verlegt wurde (vorn 5.2). Die Frage des Lebensmittelpunkts wird damit vorliegend zum ausschlaggebenden Kriterium. Der Beschwerdeführer vertritt die Auffassung, seinen Lebensmittelpunkt in der

Schweiz nicht aufgegeben zu haben. Dabei beruft er sich auf seine lange Anwesenheit in der Schweiz und die intensive Beziehung zu seiner Tochter. Das BFM hält in den Weisungen zum Ausländerbereich fest, dass der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse anhand des Schwerpunkts der familiären, sozialen und privaten Beziehungen zu eruieren sei (abrufbar unter www.ejpd.admin.ch/dam/data/bfm/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-d.pdf; Version 25.10.2013, Ziff. 3.3.4, S. 65). Die Kindsmutter bestätigte mehrfach, dass der Beschwerdeführer zu seiner Tochter eine gute, regelmässige und enge Beziehung pflege, sie ihm wichtig sei und er sie auch mehrmals während seiner Auslandsabwesenheit in der Schweiz besucht habe. Es ist folglich davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nach wie vor über einen starken familiären Bezug zur Schweiz verfügt. Der Vorinstanz ist jedoch darin beizupflichten, dass es der Beschwerdeführer unterlassen hat, durch Unterlagen wie namentlich Rechnungen, Namen und Aussagen seiner Bekannten und dergleichen einen trotz Auslandsabwesenheit weiterhin vorhandenen Lebensmittelpunkt in der Schweiz zu belegen. In der Heimat leben seine Eltern und alle seine Geschwister. Die Familie unterstützt ihn finanziell und gab ihm in der Heimat eine Unterkunft. Insofern besteht ebenfalls ein starker familiärer, sozialer und privater Bezug zur Heimat. In der Beschwerdeschrift beschränkt sich der Beschwerdeführer wiederum darauf, seine Sicht der Dinge zu schildern, ohne dies mit einem einzigen Beweis zu unterlegen. Wenn er geltend macht, in der Heimat weder eine Wohnung gemietet noch ein Arbeitsstelle angetreten zu haben, ist dem entgegenzuhalten, dass er seine Wohnung in der Schweiz ebenfalls aufgab und den Akten während dieses Zeitraums auch keine Bemühungen zu entnehmen sind, in der Schweiz wieder eine Stelle zu finden. Wenn es dem Beschwerdeführer darum ging, nach dem Konkurs seiner Firma in der Heimat wieder auf die Beine zu kommen und der Schweiz finanziell nicht zur Last zu fallen, hätte er ein Gesuch stellen können, dass seine Niederlassungsbewilligung während vier Jahren aufrechterhalten werde (Art. 61 Abs. 2 AuG). Dies hat er jedoch offensichtlich nicht getan. Dem Beschwerdeführer gelingt es damit nicht, genügend glaubhaft zu machen, dass er seinen Lebensmittelpunkt in der Schweiz nicht aufgegeben hat. Folglich ist seine Niederlassungsbewilligung infolge seines längeren Auslandsaufenthaltes von Gesetzes wegen erloschen.

E. 6.1

Der Beschwerdeführer bringt eventualiter vor, es bestünden wichtige Gründe im Sinn von Art. 34 Abs. 3 AuG für die Wiedererteilung der Niederlassungsbewilligung. Eine solche Wiedererteilung sei nicht nur in Anwendung der strengen Kriterien von Art. 61 VZAE möglich. Der Gesetzestext schaffe mit der Formulierung "wichtige Gründe" vielmehr Platz für flexible Lösungen bzw. Einzelfallgerechtigkeit. Die enge familiäre Verbindung zu seiner Tochter sowie sein über 26-jähriger rechtmässiger Aufenthalt in der Schweiz seien wichtige Gründe für eine Wiedererteilung der Niederlassungsbewilligung.

E. 6.2

Gemäss Art. 34 Abs. 2 AuG kann Ausländerinnen und Ausländern die Niederlassungsbewilligung erteilt werden, wenn sie sich insgesamt mindestens zehn Jahre mit einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufgehalten haben und sie während der letzten fünf Jahre ununterbrochen im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung waren (lit. a) und keine Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen (lit. b). Die Niederlassungsbewilligung kann jedoch bereits nach einem kürzeren Aufenthalt erteilt werden, wenn dafür wichtige Gründe bestehen (Art. 34 Abs. 3 AuG).

Beim Begriff "wichtige Gründe" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Auf Verordnungsstufe hält Art. 61 VZAE dazu fest, dass die Niederlassungsbewilligung vorzeitig erteilt werden kann, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller diese früher schon während mindestens zehn Jahren besessen und der Auslandsaufenthalt nicht länger als sechs Jahre gedauert hat.

E. 6.3

Der Beschwerdeführer war unbestrittenermassen nicht zehn Jahre im Besitz einer Niederlassungsbewilligung, weshalb Beschwerdegegner und Vorinstanz gestützt auf Art. 61 VZAE die Anwendbarkeit von Art. 34 Abs. 3 AuG verneinten.

E. 6.4

Art. 34 Abs. 3 AuG in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 VZAE verleiht keinen Rechtsanspruch auf Wiedererteilung der Niederlassungsbewilligung, sofern die Voraussetzungen erfüllt sind. Die Kann-Vorschrift räumt dem Beschwerdegegner vielmehr ein sogenanntes Entschliessungsermessen ein. Hierzu gilt es vorab festzuhalten, dass die Kognition des Verwaltungsgerichts beschränkt ist. Geltend gemacht werden können grundsätzlich nur Rechtsverletzungen sowie unrichtige und unvollständige Sachverhaltsfeststellung (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a und b VRG). Als Rechtsverletzung gilt auch die qualifiziert falsche Ermessensbetätigung der Vorinstanz(en), das heisst Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung oder -unterschreitung. Gewöhnliche Fehler bei der Ermessensausübung, das heisst die bloss unzweckmässige und unangemessene Ausübung des Ermessens, bildet im Beschwerdeverfahren dagegen keinen Rügegrund (Donatsch, § 50 N. 25).

E. 6.5

Wie bereits dargelegt, handelt es sich beim Begriff "wichtige Gründe" um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe kann vom Verwaltungsgericht grundsätzlich frei überprüft werden (Donatsch, § 50 N. 28 ff.). Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob Art. 61 VZAE die wichtigen Gründe abschliessend regelt oder nur einen bestimmten Anwendungsfall näher ausführt. Mit der Verwendung des Begriffs der wichtigen Gründe bezweckt der Gesetzgeber eine offene Regelung, die es erlaubt, den besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Das schliesst eine abschliessende Aufzählung wichtiger Gründe durch den (Vollziehungs-)Verordnunggeber gerade aus. Die Erteilung der Niederlassungsbewilligung aus wichtigen Gründen ist im Gegensatz zur ordentlichen Erteilung (Art. 34 Abs. 1 f. AuG) oder jener bei erfolgreicher Integration (Abs. 4) nicht von einer Mindestaufenthaltsdauer oder sonstigen zeitlichen Voraussetzungen abhängig. Daraus ergibt sich im Grundsatz, dass der Gesetzgeber nicht bezweckte, das Vorliegen wichtiger Gründe an Aufenthaltsdauer und Fristen zu knüpfen. In der Lehre wird daher auch die Frage aufgeworfen, inwieweit Art. 61 VZAE gesetzeskonform sei. Im früheren Recht war die Regelung grundsätzlich flexibel, da die Wiedererteilungsmöglichkeit bloss an die Voraussetzung geknüpft war, dass die ausländische Person die Niederlassungsbewilligung "früher schon während Jahren besessen hat und trotz [...] Abwesenheit mit der Schweiz eng verbunden geblieben ist" (vgl. Art. 10 Abs. 1 Satz 2 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer; Silvia Hunziker/Beat König in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 34 N. 39 ff.; Peter Bolzli in: Marc Spescha et al.,

Migrationsrecht, 3. A., Zürich 2012, Art. 34 AuG N. 6). Im erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit wird in Bezug auf Art. 61 ausgeführt, die Niederlassungsbewilligung könne weiterhin vor Ablauf der gesetzlichen Fristen erteilt werden, wenn eine Person "beispielsweise" eine solche bereits früher während einer längeren Zeit besessen habe und in die Schweiz zurückkehre (abrufbar unter www.ejpd.admin.ch/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/asylg-aug/20070328_ber_vzaeaug-d.pdf). Überdies handelt es sich bei der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit um eine sogenannte Ausführungs- oder Vollzugsverordnung, welche der Bundesrat gestützt auf Art. 182 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101) erlassen kann. Solche Ausführungs- oder Vollzugsverordnungen dienen dazu, die gesetzlichen Bestimmungen zu konkretisieren und gegebenenfalls untergeordnete Lücken zu füllen, soweit dies für den Vollzug des Gesetzes erforderlich ist. Sie müssen sich an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften aufstellen, welche Rechte beschränken oder neue Pflichten vorsehen, selbst wenn diese Regeln mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar wären (Giovanni Biaggini, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 182 N. 4; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. A., Bern 2011, § 46 Rz. 20). Folglich hätte der Bundesrat auch gar nicht die Kompetenz gehabt, in der genannten Verordnung die wichtigen Gründe abschliessend zu regeln, weil dies gerade dem Zweck des Gesetzes widerspräche. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass Art. 61 VZAE nur einen möglichen Tatbestand wichtiger Gründe gemäss Art. 34 Abs. 3 AuG regelt, ohne gleichzeitig dessen Anwendbarkeit auf weitere Tatbestände auszuschliessen.

E. 6.6

Der sinngemässen Auffassung der Vorinstanz und des Beschwerdegegners, die wichtigen Gründe im Sinn von Art. 34 Abs. 3 AuG würden abschliessend durch Art. 61 VZAE geregelt, kann damit nicht gefolgt werden. Indem der Beschwerdegegner sowie die Vorinstanz einzig auf den Wortlaut von Art. 34 Abs. 3 AuG in Verbindung mit Art. 61 VZAE abstellten und damit zu Unrecht davon ausgingen, ein wichtiger Grund für die vorzeitige (Wieder-)Erteilung der Niederlassungsbewilligung könne nur dann vorliegen, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller diese früher schon während mindestens zehn Jahren besessen und der Auslandsaufenthalt nicht länger als sechs Jahre gedauert habe, haben sie es unterlassen, den Sachverhalt dahingehend abzuklären, ob ein anderer wichtiger Grund vorliege. Überdies haben sie infolgedessen eine Ermessensunterschreitung begangen, indem sie sich als gebunden ansahen und das ihnen zustehende Ermessens nicht ausschöpften (vgl. Donatsch, § 50 N. 26). Sind wichtige, entscheidrelevante Elemente des Sachverhalts von der Vorinstanz nicht bzw. nicht hinreichend abgeklärt worden, nimmt das Verwaltungsgericht in aller Regel eine Rückweisung vor (Donatsch, § 64 N. 8). Die Vorinstanz wird demnach vorliegend den Sachverhalt ergänzend abzuklären und in der Folge unter Berücksichtigung des oben Dargelegten neu zu entscheiden haben.

E. 7

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Sache unter Aufhebung des Rekursentscheids zur Vornahme weiterer Abklärungen und Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 8

Eine Rückweisung zu neuem Entscheid bei offenem Ausgang ist in Bezug auf die Nebenfolgen als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei zu behandeln, wenn die Rechtsmittelinstanz reformatorisch oder kassatorisch entscheiden kann (BGr, 28. April 2014, 2C_846/2013, E. 3.2 f. mit Hinweisen; Donatsch, § 64 N. 5). Entsprechend gilt es, die Kosten des vorliegenden Verfahrens dem unterliegenden Beschwerdegegner aufzuerlegen und dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG sowie § 17 Abs. 2 lit. a VRG).

E. 9.1

Beim vorliegenden Urteil handelt es sich um einen Rückweisungsentscheid. Ein solcher wird grundsätzlich als Zwischenentscheid qualifiziert, der sich nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) weiterziehen lässt (BGE 134 II 137 E. 1.3.2). Zwischenentscheide sind vor Bundesgericht nur dann anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Als Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG lässt sich ein Rückweisungsentscheid dann einstufen, wenn der unteren Instanz kein Beurteilungsspielraum mehr verbleibt (BGE 134 II 124 E. 1.3).

E. 9.2

Gegen den Entscheid über das Erlöschen einer Niederlassungsbewilligung ist die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG zulässig, weil grundsätzlich ein Anspruch auf das Fortbestehen dieser Bewilligung gegeben ist (BGE 135 II 1 E. 1.2.1; BGr, 18. Januar 2013, 2C_471/2012, E. 1.1). Andernfalls steht lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG zu Gebot (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG). Das Ergreifen beider Rechtsmittel hätte laut Art. 119 Abs. 1 BGG in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen.

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