

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00721 vom 1. März 2023

ZH Verwaltungsgericht, 2023-03-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00721

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00721 du 1 mars 2023

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00721 del 1 marzo 2023

Regeste

Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung EU/EFTA (Nichteintreten) | [Die Vorinstanz trat auf den Rekurs des Beschwerdeführers nicht ein, weil die betreffende Eingabe nicht ordnungsgemäss unterzeichnet gewesen sei und der Beschwerdeführer den Formfehler innert Nachfrist nicht behoben habe.] Die direkte postalische Zustellung des Rekursentscheids an den Beschwerdeführer in Deutschland erfolgte in Verletzung der Gebietshoheit dieses Staats; der Beschwerdeführer hat sich die Zustellung des Entscheids allerdings als wirksam entgehen lassen (E. 3). Die Verfügung, womit der Beschwerdeführer zur Nachleistung einer Unterschrift auf dem Rekurs aufgefordert wurde, stellte die Vorinstanz ebenfalls direkt per Post ins Ausland zu, wobei nachvollziehbar erscheint, wenn der Beschwerdeführer einwendet, das Schreiben nie erhalten zu haben. Die Vorinstanz ist somit zu Unrecht auf den Rekurs des Beschwerdeführers nicht eingetreten (E. 4.1-4.3). Von einer Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz ist abzusehen (E. 4.4). Das Instrument der Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung bezweckt nicht, Ausländerinnen und Ausländern zu ermöglichen, ihren Wohnsitz beliebig ins Ausland zu verlegen, um von den dortigen sozialversicherungsrechtlichen Garantien profitieren und gleichzeitig in der Schweiz die auf Dauer angelegte Niederlassungsbewilligung behalten zu können (E. 5.3 f.). Die Abweisung des entsprechend begründeten Gesuchs des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau um Aufrechterhaltung ihrer Niederlassungsbewilligungen EU/EFTA ist daher weder rechtsverletzend noch unangemessen (E. 5.5). Gegenstandslosigkeit des UP-Gesuchs; Gutheissung des URB-Gesuchs insofern, als der Beschwerdeführer der Mandatierung eines Rechtsanwalts als Zustellempfänger bedurfte (E. 8.2). Abweisung.

Erwägungen

E. 4

Abteilung VB.2022.00721 Urteil der 4. Kammer vom 1. März 2023 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Tamara Nüssle (Vorsitz), Verwaltungsrichter Reto Häggi Furrer, Verwaltungsrichter Martin Bertschi, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert. In Sachen A, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung EU/EFTA (Nichteintreten), hat sich ergeben: I. A, ein 1983 geborener Staatsangehöriger Deutschlands, hält sich eigenen Angaben zufolge seit über zwölf Jahren in der Schweiz auf. Er ist im Besitz der Niederlassungsbewilligung EU/EFTA und wohnte zuletzt mit seiner Ehefrau C, einer 1985 geborenen Landsfrau, die ebenfalls über die Niederlassungsbewilligung EU/EFTA verfügt, in Winterthur. Mit Schreiben vom 16. April 2022 ersuchte A das Migrationsamt des Kantons Zürich um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung für sich und seine

Familie "für längstens vier Jahre", da seine Ehefrau und er planten, Anfang Juli 2022 mit den beiden Kindern D (geboren 2020) und E (geboren 2022) vorübergehend "für die Dauer der Kleinkinderzeit" nach Deutschland zurückzukehren. Auf Ende April bzw. Mitte Mai 2022 meldeten sich A und seine Ehefrau nach Berlin (Deutschland) ab. Mit Verfügung vom 5. Juli 2022 wies das Migrationsamt das Gesuch von A um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen EU/EFTA von ihm, seiner Frau und ihren beiden Kindern ab; die betreffende Verfügung wurde mit eingeschriebener Post an die frühere Adresse der Familie in Winterthur verschickt und ihnen offenbar infolge eines noch bis Oktober 2022 bestehenden Nachsendeauftrags weitergeleitet. II. Am Abend des 7. Juli 2022 reichte A per E-Mail einen elektronisch signierten Rekurs bei der Sicherheitsdirektion ein. Mit – per Einschreiben an die von A und C in ihren jeweiligen Abmeldeerklärungen angegebene Berliner Adresse versandter – prozessleitender Anordnung vom 8. Juli 2022 forderte die Sicherheitsdirektion den Erstgenannten daraufhin auf, ihr bis am 22. Juli 2022 ein handschriftlich unterzeichnetes Exemplar der Rekurschrift einzureichen, ansonsten auf das Rechtsmittel nicht eingetreten würde. Da sich der Angeschriebene innert Frist nicht äusserte, trat die Sicherheitsdirektion mit Entscheid vom 26. Oktober 2022 auf den Rekurs nicht ein (Dispositiv-Ziff. I), auferlegte die Kosten des Rekursverfahrens in Höhe von Fr. 530.- A (Dispositiv-Ziff. II) und richtete ihm in Dispositiv-Ziff. III keine Parteientschädigung aus. Zuvor hatte sich A bei der Sicherheitsdirektion nach dem Verfahrensstand erkundigt und ihr seine aktuelle Meldeadresse in Reutlingen (Deutschland) mitgeteilt. An diese Adresse wurde ihm am 28. Oktober 2022 auch der Rekursentscheid zugestellt. III. Am 19. November 2022 erhob A Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, der Rekursentscheid vom 26. Oktober 2022 sei aufzuheben "und die Sache zur erneuten Bearbeitung an die Vorinstanz zurückzuweisen, hilfsweise [...] direkt in der Sache zu entscheiden und die Niederlassungsbewilligungen antragsgemäss aufrechtzuerhalten"; darüber hinaus ersuchte er um Aufhebung bzw. – eventualiter – Reduktion der Rekurskosten, Bewilligung der "unentgeltliche[n] Prozessführung für die Bestellung eines Anwalts und für die Verfahrenskosten" sowie um vorläufige Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen von ihm, seiner Ehefrau und ihren beiden Kindern. Auf Aufforderung des Verwaltungsgerichts hin bezeichnete A mit Schreiben vom 3. Dezember 2022 ein Zustelldomizil in der Schweiz und ersuchte sinngemäss darum, ihm den als "Zustellungsempfänger" bezeichneten Rechtsanwalt als unentgeltlichen Rechtsbeistand beizugeben. Diesem Gesuch entsprach das Verwaltungsgericht mit Präsidialverfügung vom 16. Dezember 2022 insofern, als es A "einstweilen nur für die Sicherstellung der Zustellung" die unentgeltliche Rechtsvertretung bewilligte. Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 22. Dezember 2022 auf Vernehmlassung; das Migrationsamt erstattete keine Beschwerdeantwort. Der von A als Zustellempfänger bezeichnete Rechtsanwalt reichte am 23. Februar 2023 eine Honorarnote ein. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen Rekursentscheide der Sicherheitsdirektion über Anordnungen des Migrationsamts auf dem Gebiet des Ausländerrechts zuständig (§§ 41 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG, LS 175.2]). Weil auch die übrigen Prozessvoraussetzungen gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat ein – wie hier – rechtzeitig eingereichtes Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung grundsätzlich aufschiebende Wirkung in Bezug auf das Erlöschen der Bewilligung (BGr, 30. Januar 2019, 2C_789/2018, E. 3.8). Da dem Rekurs und der Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommen und hier auch keine gegenteiligen Anordnungen im

Einzelfall getroffen wurden (vgl. [§ 55 in Verbindung mit] § 25 Abs. 1 und Abs. 3 VRG), war das Gesuch des Beschwerdeführers um vorläufige Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen EU/EFTA von ihm und seiner Familie somit von vornherein gegenstandslos.

3. 3.1 Der Rekursentscheid vom 26. Oktober 2022 wurde dem Beschwerdeführer von der Vorinstanz mittels Einschreiben und Rückschein – und somit unmittelbar auf dem Postweg – in Deutschland zugestellt. Gemäss Rechtsprechung stellt eine solche Zustellung einer Verfügung im Ausland direkt per Post jedoch einen hoheitlichen Akt dar, der ohne Zustimmung des betroffenen Staats bzw. entsprechender Vereinbarung dessen Souveränität beeinträchtigt und somit völkerrechtswidrig ist (vgl. BGE 143 III 28 E. 2.2.1; BGr, 5. November 2019, 2C_160/2019, E. 3.1 mit Hinweisen). Zwar hat die Schweiz im Juni 2019 – wie schon Deutschland im Jahr 1982 – das Europäische Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland vom 24. November 1977 (EZÜ, SR 0.172.030.5) ratifiziert (Inkrafttreten per 1. Oktober 2019), das den Vertragsstaaten die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen ins Ausland erleichtern soll; da Deutschland indes einen generellen Vorbehalt gegen die Möglichkeit der direkten postalischen Zustellung anbrachte und nach Auskunft der deutschen Behörden die Untersagung der Postzustellung streng gehandhabt wird (vgl. Art. 6 und Art. 11 EZÜ; René Wiederkehr/Kaspar Plüss, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2020, Rz. 3529; Bundesrat, Botschaft vom 30. August 2017 zur Genehmigung und zur Umsetzung der Übereinkommen Nr. 94 und Nr. 100 des Europarates über die grenzüberschreitende Verwaltungszusammenarbeit, BBl 2017 5947 ff., 5960 Fussnote 41), müssen Schweizer Behörden – wie auch das Verwaltungsgericht – verwaltungsrechtliche Schriftstücke (Verfügungen etc.) Personen, die sich im Hoheitsgebiet von Deutschland befinden, über die zentrale Zustellbehörde im Sinn von Art. 2 EZÜ zukommen lassen (Wiederkehr/Plüss, Rz. 3507). Vorliegend wäre dies das Regierungspräsidium Freiburg (zuständig für Baden-Württemberg; siehe zum Ganzen auch VGr, 7. Dezember 2022, VB.2022.00635, E. 2.5 mit Hinweisen, und 25. Juni 2020, VB.2020.00131, E. 2.2.1).

3.2 Die direkte postalische Zustellung des Rekursentscheids vom 26. Oktober 2022 an den Beschwerdeführer in Deutschland erfolgte demnach in Verletzung der Gebietshoheit dieses Staats (vgl. BGr, 9. April 2018, 2C_478/2017, E. 4.1). Die Folgen einer solchen unter Verletzung des Territorialitätsprinzips direkt auf dem Postweg erfolgten Zustellung hängen nach der Praxis des Bundesgerichts von den Umständen des Einzelfalls ab. Danach ist eine nicht ordnungsgemässe Zustellung zu unterscheiden von dem völligen Fehlen einer Zustellung: Auszugehen ist davon, dass ein Urteil oder eine Verfügung erst mit der Mitteilung an die Parteien rechtliche Existenz erlangt. Vor seiner Mitteilung ist es ein Nichturteil, was von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (vgl. statt vieler BGE 142 II 411 E. 4.2). Eine erfolgte Zustellung hingegen kann ihren Zweck auch dann erfüllen, wenn sie fehlerhaft ist. Es ist anhand der Umstände des konkreten Falls zu prüfen, ob die betroffene Partei durch die Unregelmässigkeit der Zustellung irregeführt wurde und dadurch einen Schaden erlitten hat. Diesbezüglich gilt es sich an dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) zu orientieren, der der Berufung auf einen Formmangel Grenzen setzt; so muss die betroffene Person innerhalb einer angemessenen Frist handeln, sobald sie in irgendeiner Weise von der Verfügung, die sie anfechten will, Kenntnis erlangt hat. Dies bedeutet insbesondere, dass eine Verfügung, auch wenn sie nicht ordnungsgemäss eröffnet wurde, in Rechtskraft erwachsen kann, wenn sie nicht innert angemessener Frist weitergezogen wird (zum Ganzen BGr, 5. November 2019, 2C_160/2019, E. 4.1 mit weiteren Hinweisen insbesondere auch auf BGr, 9. April

2018, 2C_478/2017, E. 5.1 f.; ferner BGr, 27. August 2020, 1C_513/2019, E. 1.3; siehe ausserdem VGr, 7. Dezember 2022, VB.2022.00635, E. 3.1, wo die Frage der Konsequenzen einer nicht ordnungsgemässen Zustellung ins Ausland offengelassen wurde). Hier hat sich der Beschwerdeführer (unstreitig) auf das Verfahren eingelassen. Nicht nur äusserte er im Rahmen seiner Beschwerde keine Einwände bezüglich der Zustellung des Rekursentscheids, er erhob das Rechtsmittel auch innert der darin bezeichneten Frist. Unter diesen Umständen vermag sich der Beschwerdeführer nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (im Nachhinein) nicht mehr auf den Zustellungsmangel zu berufen. Vielmehr hat er sich die Zustellung des Rekursentscheids auf dem Postweg als für ihn wirksam entgegenhalten zu lassen (so BGr, 27. August 2020, 1C_513/2019, E. 1.3).

E. 4.1

Die Vorinstanz trat auf den Rekurs des Beschwerdeführers nicht ein, weil die betreffende Eingabe nicht ordnungsgemäss unterzeichnet gewesen sei und der Beschwerdeführer den Formfehler innert Nachfrist nicht behoben habe.

E. 4.2

Gemäss § 22 Abs. 1 Satz 1 VRG ist ein Rekurs innert 30 Tagen seit Mitteilung der angefochtenen Anordnung bei der Rekursinstanz schriftlich einzureichen. Gemäss Praxis des Verwaltungsgerichts gehört zur Schriftform gemäss § 22 VRG – obwohl im Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnt – die eigenhändige Unterschrift der rekurrierenden Partei oder ihres Vertreters (VGr, 22. Oktober 2015, VB.2015.00387, E. 6.3 – 24. August 2006, VB.2006.00312, E. 3.3; Alain Griffel in: derselbe [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 22 N. 6). Sie ist stets von einer natürlichen Person anzubringen und hat deren Namen wiederzugeben. Um Manipulationen und Fälschungen möglichst zu vermeiden, muss die Unterschrift im Original vorliegen. Daran fehlt es bei Rekursen, die per Fax oder E-Mail eingehen. Das VRG sieht für das Rekursverfahren – anders als für das Beschwerdeverfahren (vgl. § 71 VRG in Verbindung mit Art. 130 Abs. 1 der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [SR 272]) – die Möglichkeit nicht vor, die eigenhändige Unterschrift durch eine elektronische Signatur zu ersetzen. Im Rekursverfahren sind elektronische Eingaben somit nicht zulässig (zum Ganzen Griffel, § 22 N. 6 und § 53 N. 4 je mit Hinweisen; VGr, 21. Juli 2020, VB.2020.00331, E. 3.1 mit Hinweisen). Genügt eine Rekurschrift dem Schriftlichkeitserfordernis nicht und ist im Einzelfall anzunehmen, dass der Formfehler auf ein blosses Versehen oder prozessuale Unbeholfenheit zurückzuführen ist, so wird der rekurrierenden Partei gemäss § 23 Abs. 2 VRG eine Frist zur Behebung des Mangels angesetzt unter der Androhung, dass sonst auf den Rekurs nicht eingetreten würde (Griffel, § 22 N. 9). Diese Bestimmung soll überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV) verhindern (vgl. BGE 142 I 10 E. 2.4.2 f.).

E. 4.3

Die fehlende eigenhändige Unterschrift war vorliegend offenkundig auf einen Irrtum des rechtsunkundigen Beschwerdeführers zurückzuführen. Demnach setzte ihm die Vorinstanz zu Recht eine Nachfrist zur Mangelbehebung an, zumal die Beschwerdefrist bei Einleitung des Rekursverfahrens ohnehin noch lange nicht abgelaufen war. Auch die betreffende Verfügung vom 8. Juli 2022 stellte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau jedoch direkt per Post ins Ausland zu, wobei als Zustelladresse die von diesen rund zwei Monate zuvor auf der Abmeldeerklärung (definitiver Wegzug ins Ausland)

angegebene Adresse in Berlin gewählt wurde und kein Nachweis für die effektive Zustellung in den Akten liegt. Die Vorinstanz unterliess es vielmehr trotz Ausbleiben des (unterzeichneten) Rückscheins, die aktuelle Adresse des Beschwerdeführers zu erfragen bzw. auf das Schreiben vom 5. Oktober 2022, womit dieser der Vorinstanz von sich aus seine aktuelle "Meldeanschrift" in Reutlingen (D) mitteilte, einen erneuten Zustellungsversuch zu unternehmen. Es erscheint deshalb nachvollziehbar, wenn der Beschwerdeführer einwendet, das Schreiben vom 8. Juli 2022 nie erhalten zu haben. Vor diesem Hintergrund ist mit Blick auf die vorstehend wiedergegebene Praxis (3.2) davon auszugehen, dass die prozessleitende Anordnung vom 8. Juli 2022 keine rechtliche Existenz erlangte, das heisst keinerlei Rechtswirksamkeit zu entfalten vermochte (BGr, 9. April 2018, 2C_478/2017, E. 5.1 mit Hinweisen). Die Vorinstanz ist somit zu Unrecht auf den Rekurs des Beschwerdeführers nicht eingetreten.

E. 4.4

Kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, eine Vorinstanz sei auf ein Begehren zu Unrecht nicht eingetreten, weist es die Angelegenheit in der Regel zurück; es kann stattdessen aber auch selber in der Sache entscheiden (§ 63 Abs. 1 und § 64 Abs. 1 e contrario VRG; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 63 N. 18 und § 64 N. 7). Bei der gegebenen Akten- und Rechtslage käme es hier einem prozessualen Leerlauf gleich, die Sache zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, enthält der Rekursentscheid doch eine materielle Eventualbegründung. Der Beschwerdeführer beantragt zudem "hilfsweise" einen reformatorischen Entscheid des Verwaltungsgerichts. Dieses verzichtet daher auf eine Rückweisung und fällt einen materiellen Entscheid. Dabei verfügt das Gericht auch über die Kompetenz zur Entscheidung von Ermessensfragen (Donatsch, § 64 N. 13).

E. 5.1

Nach Art. 2 Abs. 1 des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (AIG, SR 142.20) gilt dieses Gesetz für Ausländerinnen und Ausländer, soweit keine anderen Bestimmungen des Bundesrechts oder von der Schweiz abgeschlossene völkerrechtliche Verträge zur Anwendung kommen. Als Staatsangehörige Deutschlands können sich der Beschwerdeführer und seine Ehefrau grundsätzlich auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft (nunmehr Europäische Union [EU]) und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA [SR 0.142.112.681]) sowie die Niederschrift vom 19. Dezember 1953 zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland über Niederlassungsfragen (Niederschrift [SR 0.142.111.364]) berufen. Für die Beantwortung der (Streit-)Frage, ob ihre Niederlassungsbewilligungen EU/EFTA aufrechterhalten werden können, ist die Anwendbarkeit des Freizügigkeitsabkommens indes nicht von Bedeutung, da dieses Abkommen die Niederlassungsbewilligung als Bewilligungsart nicht kennt (vgl. BGr, 13. Januar 2021, 2C_867/2020, E. 3.1 mit Hinweisen; siehe ferner Marc Spescha in: ders. et al., Migrationsrecht, 5. A., Zürich 2019, Art. 6 Anhang I FZA N. 6). Die Niederschrift zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland über Niederlassungsfragen regelt die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung ebenfalls nicht eigenständig, sondern verweist diesbezüglich auf das nationale Recht (Ziff. IV Niederschrift). Für die Beurteilung des Gesuchs um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen EU/EFTA des Beschwerdeführers und seiner Familie ist folglich allein das Ausländer- und Integrationsgesetz massgebend.

E. 5.2

Die Niederlassungsbewilligung ist auf Dauer angelegt (Art. 34 Abs. 1 AIG). Einmal erteilt, ist sie vom Zeitpunkt der Erteilung (bzw. von einem allenfalls ausdrücklich genannten Anfangszeitpunkt) an gültig; ihre Gültigkeit hängt somit vorerst nicht vom tatsächlichen Aufenthalt in der Schweiz ab. Gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. a AIG erlischt die Niederlassungsbewilligung allerdings mit der Abmeldung einer ausländischen Person ins Ausland. Verlässt die ausländische Person die Schweiz ohne Abmeldung, erlischt die Niederlassungsbewilligung nach sechs Monaten Auslandsaufenthalt (Art. 61 Abs. 2 Satz 1 AIG). Auf Gesuch hin kann sie während vier Jahren aufrechterhalten werden (Art. 61 Abs. 2 Satz 2 AIG). Einem Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung während vier Jahren nach Art. 61 Abs. 2 Satz 2 AIG kann dabei praxismässig nur entsprochen werden, wenn die gesuchstellende Person tatsächlich die Absicht hat, innerhalb der Frist von vier Jahren wieder in die Schweiz zurückzukehren, mithin lediglich eine vorübergehende Landesabwesenheit geplant ist. Dies ist nicht der Fall, wenn der Lebensmittelpunkt dauerhaft ins Ausland verlegt werden soll und eine Rückkehr in die Schweiz nicht beabsichtigt ist. Diese Einschränkungen dienen nicht zuletzt auch den finanziellen bzw. wirtschaftlichen Interessen der Schweiz, da längere Auslandsaufenthalte eine desintegrierende Wirkung haben, Beitragslücken bei den Sozialversicherungen entstehen können und sich die Vermittelbarkeit der Betroffenen auf dem hiesigen Arbeitsmarkt verschlechtern kann (zum Ganzen VGr, 11. Mai 2022, VB.2022.00113, E. 2.2 mit Hinweisen). Zweck der (vorübergehenden) Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung ist denn auch in erster Linie die Förderung der internationalen beruflichen Mobilität und Weiterbildung. Zudem soll nach dem Willen des Gesetzgebers auch der Versuch einer Eingliederung im Herkunftsland erleichtert werden, ohne den Verlust des Anwesenheitsrechts riskieren zu müssen (zum Ganzen Spescha, Art. 61 AIG N. 8 mit Hinweisen; Andreas Zünd/Arthur Brunner, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Peter Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, 3. A., Basel 2022, Rz. 10.16, siehe dazu auch BGr, 22. Januar 2001, 2A.357/2000, E. 3 mit weiteren Beispielen; ferner Weisungen des Staatssekretariats für Migration [SEM] zum Ausländerbereich vom Oktober 2013, Stand: 1. Februar 2023 [Weisungen AIG], Ziff. 3.5.3.2.3, auch zum Folgenden). Die zuständige kantonale Ausländerbehörde entscheidet über ein betreffendes Gesuch in eigener Kompetenz und nach pflichtgemässigem Ermessen. Die Gesuche müssen ausreichend begründet sein.

E. 5.3

Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau ersuchten noch vor ihrer Ausreise aus der Schweiz um Aufrechterhaltung ihrer Niederlassungsbewilligungen EU/EFTA. Sie begründeten das Gesuch vom 16. April 2022 im Wesentlichen damit, dass sie ihre beiden Kinder bis zum Eintritt in das Kindergartenalter soweit als möglich selbst betreuen wollten, was ihnen in der Schweiz aufgrund ihres Arbeitspensums als Ärztin bzw. Arzt sowie der hohen Fixkosten nicht möglich sei, zumal hier – anders als in Deutschland – kein gesetzlicher Anspruch auf Elternzeit bestehe und die Betreuungskosten sehr hoch seien. Mit weiteren Eingaben vom 6. und 16. Mai 2022 führte der Beschwerdeführer ergänzend an, seit Jahren keinen Weiterbildungsplatz in der Schweiz zu finden, weshalb er seine Facharztweiterbildung in Deutschland abschliessen müsse. Seine Ehefrau und er wollten aber unbedingt wiederkommen, sich hier mit einer Praxis niederlassen und ihre Kinder in der Schweiz aufwachsen sehen. Er habe sich auch "eben" erst als "Promotionsstudent an der

UZH" eingeschrieben und absolviere einen Master in Medizininformatik an der Berner Fachhochschule. Dem hält der Beschwerdegegner entgegen, dass die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung "praxisgemäss gerade nicht dazu [diene], das Familienleben im Ausland zu leben und eine Niederlassungsbewilligung zu haben, auf die man sich eines Tages falls nötig berufen kann". Beweise dafür, dass ihr Aufenthalt in Deutschland nur vorübergehender Natur sein werde, hätten der Beschwerdeführer und seine Ehefrau nicht eingereicht, obwohl sie diesbezüglich beweispflichtig seien. Ebenso wenig vermöge der Beschwerdeführer nachzuweisen, dass er in Deutschland über einen (befristeten) Ausbildungsplatz für seine Facharztausbildung verfüge. Damit sei kein Rückkehrwille nachgewiesen und überwiege das öffentliche Interesse an der Durchsetzung einer einheitlichen migrationsrechtlichen Praxis das private Interesse des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau an der Aufrechterhaltung ihrer Niederlassungsbewilligungen EU/EFTA.

E. 5.4

Die Beurteilung des Beschwerdegegners ist mit Blick auf das ihm zukommende Ermessen bei der Entscheidung über Gesuche um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung nicht zu beanstanden. So ist dem Beschwerdegegner darin beizupflichten, dass die behauptete Absicht des Beschwerdeführers, in der Heimat eine Aus- bzw. Weiterbildung zu absolvieren, trotz dessen Mitwirkungspflicht (Art. 90 AIG) gänzlich unbelegt blieb. Was die weiteren vom Beschwerdeführer genannten Gründe für seinen Auslandsaufenthalt anbelangt, die Möglichkeit des Bezugs weitergehender Sozialleistungen und die Reduktion der Lebenshaltungskosten, sind diese nicht vom Zweck der Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung gedeckt. Wie aufgezeigt, soll das Instrument der Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung in erster Linie ausländische Personen, die dauerhaft in der Schweiz leben wollen, jedoch gezwungen sind, das Land vorübergehend zu verlassen, vor dem Verlust der Niederlassungsbewilligung bewahren. Es bezweckt nicht, Ausländerinnen und Ausländern zu ermöglichen, ihren Wohnsitz beliebig ins Ausland zu verlegen, um von den dortigen sozialversicherungsrechtlichen Bedingungen profitieren und gleichzeitig in der Schweiz die auf Dauer angelegte Niederlassungsbewilligung behalten zu können (vgl. zum Ganzen auch BGr, 18. August 2020, 2C_424/2020, E. 5.4.2, auch zum Folgenden; ferner Weisungen AIG, Ziff. 3.5.3.2.3).

E. 5.5

Die Abweisung des Gesuchs des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau um Aufrechterhaltung ihrer Niederlassungsbewilligungen EU/EFTA ist daher unter den gegebenen Umständen weder rechtsverletzend noch unangemessen, zumal sie auch ohne die betreffende Bewilligung jederzeit in die Schweiz zurückkehren und hier eine Arbeit aufnehmen bzw. eine Stelle suchen können.

E. 6.1

Der Beschwerdeführer beanstandet im Weiteren die Höhe der ihm auferlegten Kosten des Rekursverfahrens in Höhe von Fr. 530.-.

E. 6.2

Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 VRG können die Verwaltungsbehörden für ihre Amtshandlungen Gebühren und Kosten auferlegen. Die Höhe der Kosten bestimmt sich nach einer vom Regierungsrat erlassenen Verordnung (§ 13 Abs. 1 Satz 2 VRG). Gemäss § 5 der (betreffenden) Gebührenordnung für die Verwaltungsbehörden vom 30. Juni 1966 (GebO VB, LS 682) betragen die Staatsgebühren für Entscheide im Rechtsmittelverfahren Fr. 50.-

bis Fr. 4'000.-. Innerhalb dieses Rahmens ist die Gebühr nach dem Zeitaufwand und der Bedeutung des Geschäfts zu berechnen (§ 9 Abs. 1 GebO VB). Für Beschlüsse oder Verfügungen, mit denen eine Sache ohne materiellen Entscheid erledigt wird, können die in den vorstehenden Bestimmungen aufgestellten Ansätze bis auf einen Fünftel herabgesetzt werden (§ 6 GebO VB). Die Bemessung der Schreibgebühren richtet sich sodann nach den detaillierten Vorgaben von § 7 GebO VB. Bei der Kostenbemessung verfügen die Behörden über einen weiten Ermessensspielraum und darf die Rechtsmittelinstanz nur im Fall einer zu stark von der Regel abweichenden Kostenauflegung korrigierend eingreifen (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 25).

E. 6.3

Die Höhe der von der Vorinstanz festgelegten Staatsgebühr liegt mit Fr. 500.- zwar in der oberen Hälfte des von § 5 in Verbindung mit § 6 GebO VB für formelle Rekursentscheide vorgesehenen Kostenrahmens. Im angefochtenen Entscheid ist allerdings auch eine materielle Eventualbegründung enthalten und es ist weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern die Staatsgebühr nicht dem Zeitaufwand und der Tragweite des Entscheids entsprechen sollte. Die Erhebung der Ausfertigungsgebühren bzw. deren Festlegung entspricht § 7 GebO VB. Die Vorinstanz hat den ihr bei der Bemessung der Rekurskosten zustehenden Ermessensspielraum daher nicht überschritten.

E. 7

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde im Sinn der Erwägungen abzuweisen. Da der Beschwerdeführer und seine Ehefrau rechtzeitig ein Gesuch um Aufrechterhaltung ihrer Niederlassungsbewilligungen EU/EFTA eingereicht haben und diesem Gesuch aufschiebende Wirkung in Bezug auf das Erlöschen der Bewilligungen zukommt (dazu vorn 2), ist ihnen eine angemessene Nachfrist zur Wiedereinreise zu gewähren (BGr, 12. Mai 2004, 2A.86/2004, E. 2.2.2). Sollten der Beschwerdeführer und seine Familienmitglieder ihren Wohnsitz innert zweier Monate ab Rechtskraft dieses Urteils nicht wieder in die Schweiz verlegt haben, erlöschen ihre Niederlassungsbewilligungen EU/EFTA.

E. 8.1

Nach dem Unterliegerprinzip wären die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Davon abweichend können die Kosten allerdings auch nach dem Verursacherprinzip auferlegt werden (§ 13 Abs. 2 Satz 2 VRG). Hier sind die Kosten in diesem Sinn der Vorinstanz zu überbinden, war ihr Nichteintreten doch nicht gerechtfertigt, sodass die Beschwerdeerhebung diesbezüglich gerechtfertigt war (Plüss, § 13 N. 59). Eine Parteientschädigung wurde nicht verlangt.

E. 8.2.1

Soweit der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Beschwerde auch um unentgeltliche Prozessführung ersuchte, ist dieses Gesuch mit Blick auf die angeordnete Kostenfolge als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung ist angesichts der ausgewiesenen Mittellosigkeit des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau gutzuheissen und dem Erstgenannten in der Person seines Rechtsvertreters, Rechtsanwalt B, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (§ 16 Abs. 1 f. VRG). Dies gilt allerdings nur insofern, als er dessen Beizugs auch bedurfte, das heisst nur bezüglich der Beauftragung von Rechtsanwalt B als Zustellungsempfänger im verwaltungsgerichtlichen

Beschwerdeverfahren.

E. 8.2.2

Gemäss § 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 (LS 175.252) wird der unentgeltlichen Rechtsvertretung der notwendige Zeitaufwand nach den Stundenansätzen des Obergerichts für die amtliche Verteidigung entschädigt, wobei die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses berücksichtigt und Auslagen separat entschädigt werden. Die Entschädigung beträgt nach § 3 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (LS 215.3) in der Regel Fr. 220.- pro Stunde. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht einen Aufwand von 2,20 Stunden sowie Auslagen im Betrag von Fr 11.65 (Spesenpauschale von 2 %) geltend. Dieser Aufwand erscheint als zu hoch, zumal Rechtsanwalt B lediglich als Zustellempfänger eingesetzt wurde, zur Erfüllung welcher Aufgabe es weder eines aufwändigen Aktenstudiums noch eines "Rechtsstudiums" bedurfte. Mit Blick auf den Umfang der an den Beschwerdeführer gerichteten Korrespondenz ist hier vielmehr ein Aufwand von einer Stunde angemessen. Die Kostennote des Rechtsvertreters ist entsprechend zu kürzen und die ihm für das verwaltungsgerichtliche Verfahren auszurichtende Entschädigung auf insgesamt Fr. 241.70 (inklusive Spesenentschädigung und Mehrwertsteuer) zu beziffern.

E. 8.2.3

Abschliessend gilt es, den Beschwerdeführer auf § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 16 Abs. 4 VRG aufmerksam zu machen, wonach eine Partei, der unentgeltliche Rechtsvertretung gewährt wurde, Nachzahlung leisten muss, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens.

E. 9

Gegen Entscheide betreffend die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung nach Art. 61 Abs. 2 AIG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (SR 173.110) zulässig (BGr, 30. Januar 2019, 2C_789/2018, E. 1.1).

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