



Fall-Nr.: B 2017/64
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 22.02.2018
Entscheiddatum: 22.02.2018

Entscheid Verwaltungsgericht, 22.02.2018

Ausländerrecht, Art. 49 Abs. 2 lit. b, Art. 30 Abs. 1 lit. k AuG. Die Zweijahresfrist ist strikt zu handhaben. Selbst wenn das Schreiben an den Stadtpräsidenten von Q. trotz sehr unklaren Wortlauts als Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung und trotz Einreichung bei einer unzuständigen Behörde fristachtend wäre, läge der Entscheid über die Wiedenzulassung im Ermessen der Behörde. Inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen durch die Berücksichtigung von Strafbefehlen und Zahlungsausständen in der Schweiz missbraucht haben sollte, ist nicht ersichtlich (Verwaltungsgericht, B 2017/64).

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

A.Y.,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw HSG Roman Kern, Jacober Bialas & Partner,
Oberer Graben 44, Postfach 1047, 9001 St. Gallen

gegen



Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen, Oberer Graben 32,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

Gegenstand

Erlöschen der Niederlassungsbewilligung / Wiedererteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. A.Y., geboren 1971, türkischer Staatsangehöriger, und B.Y., geboren 1973, türkische Staatsangehörige, heirateten am 25. November 1994 in der Türkei (Vorakten Migrationsamt, nachfolgend Dossier, S. 6 ff.). Im Rahmen des Familiennachzugs zu seiner Ehefrau reiste A.Y. am 27. Juli 1995 in die Schweiz und erhielt zunächst eine Aufenthaltsbewilligung, später eine Niederlassungsbewilligung. Das Ehepaar hat ein gemeinsames Kind, O.Y., geboren 1997. Die Ehe der beiden wurde am 2. Juli 2003 in der Türkei geschieden.

Am 28. September 2004 heiratete A.Y. C.Y., geboren 1986, türkische Staatsangehörige. Im Rahmen des Familiennachzugs reiste seine neue Ehefrau in die Schweiz ein und erhielt eine Aufenthaltsbewilligung. Die beiden haben drei gemeinsame Kinder: P.Y., geboren 2005, R.Y., geboren 2007, und S.Y., geboren 2011. Am 26. November 2012 verliessen die Kinder die Schweiz und zogen in die Türkei. Das Kind S.Y. kehrte am 4. Juni 2013 aus der Türkei zurück in die Schweiz und lebt seither bei seiner Mutter. Am 6. September 2013 folgte A.Y. seinen beiden anderen Kindern und zog in die Türkei. Die Ehe wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 10. Juli 2014 geschieden.



B. Mit Eingabe vom 18. November 2015 stellte A.Y. beim Migrationsamt ein Gesuch um Wiedererteilung der Niederlassungsbewilligung. Das Migrationsamt stellte mit Verfügung vom 13. Mai 2016 fest, dass die Niederlassungsbewilligung von A.Y. erloschen sei und wies das Gesuch um Wiedererteilung einer Aufenthaltsbewilligung ab (Dossier, S. 220 ff.). Das Sicherheits- und Justizdepartement wies den von A.Y. dagegen am 31. Mai 2016 erhobenen Rekurs (Dossier, S. 270 ff.) mit Entscheid vom 15. März 2017 ab.

C. A.Y. (Beschwerdeführer) erhob gegen den am 17. März 2017 versandten Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartements (Vorinstanz) durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 3. April 2017 und Ergänzung vom 3. Mai 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, eventualiter unter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und -verbeiständung, sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und dem Beschwerdeführer vorsorglich der Aufenthalt während des Beschwerdeverfahrens und die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern.

Die Vorinstanz verwies mit Vernehmlassung vom 22. Mai 2017 auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Begründung seiner Anträge sowie die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. (...).
2. Die Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers ist aufgrund seines mehr als sechs aufeinanderfolgende Monate dauernden Auslandsaufenthalts erloschen. Dies wird seinerseits nicht bestritten.



2.1. Der Beschwerdeführer verlangt nun gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. k des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20, AuG) eine Kurz- oder Aufenthaltsbewilligung mit der Begründung, dass die Kontrollfrist der erloschenen Niederlassungsbewilligung bis am 21. November 2015 lief und dass er bereits im Juni 2015 versucht habe, die rechten Schritte in die Wege zu leiten, um zurückzukehren (act. 1 S. 3 f.). Das sei bei der Berechnung der Zweijahresfrist zu berücksichtigen, obwohl das formell richtige Gesuch an das Migrationsamt erst am 18. November 2015 gestellt worden sei. Denn er habe vor Ablauf der Zweijahresfrist seinen Rückkehrwunsch deutlich gemacht. Ausserdem seien die sechs Monate Karenzfrist zu berücksichtigen. Das von der Vorinstanz erwähnte Schreiben an den Stadtpräsidenten der Gemeinde Q. sei nicht nur für die Kinder gedacht gewesen. Er hätte die Kinder natürlich in die Schweiz begleiten sollen; nur so mache es Sinn. Dass sich die Rückkehr verzögert habe, habe unter anderem mit der Herzkrankheit des Vaters des Beschwerdeführers zu tun und sollte ihm nicht entgegen gehalten werden. Die Voraussetzungen für die Wiedererteilung einer Bewilligung im Sinne von Art. 30 Abs. 1 lit. k AuG in Verbindung mit Art. 49 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201, VZAE) seien daher erfüllt.

Darüber hinaus würden familiäre Gründe dafür sprechen, dass er erneut ein Aufenthaltsrecht erhalten sollte. Sein Sohn aus erster Ehe lebe in der Schweiz und auch wenn dieser volljährig sei, werde die Beziehung zwischen ihnen doch gelebt. Ausserdem lebe der Sohn S.Y. ebenfalls bei seiner Mutter und verfüge über eine Niederlassungsbewilligung. Er sei Mitinhaber der elterlichen Sorge. Die Beziehung zu einem so kleinen Kind, S.Y. wurde im September 2011 geboren, könne nicht über die neuen Kommunikationsmittel vom Ausland her geführt werden. Auch unregelmässige Besuchsaufenthalte, die kaum finanzierbar seien, wenn er in der Türkei lebe, würden nicht zu einem regelmässigen Kontakt führen, weshalb sie nicht geeignet seien, eine innige Vater-Kind-Beziehung zu fördern. Es sei im Übrigen nicht so, dass er sich freiwillig von seinem Kind getrennt habe. Denn äussere Umstände in der Heimat hätten dazu geführt, dass der Vater diesen Schritt im Interesse des Kindes gemacht habe. Hätte er freie Wahl gehabt, hätte er sich nicht von seinem Kind getrennt. Die Beziehungsnähe sei keine mathematische Funktion, die sich aus der Regelmässigkeit der Unterhaltszahlungen ergebe. Das Leben könne solche Zahlungen bisweilen verhindern. Unterhaltszahlungen wären möglich, wenn er in der Schweiz arbeiten



könnte. Es müssten erhebliche Gründe gegen seinen Aufenthalt in der Schweiz sprechen, damit bei einer Interessenabwägung dem Wohl des Kindes weniger Gewicht zugesprochen werden könnte. Solche Gründe würden vorliegend nicht vorliegen. Die ins Recht gereichten Strafuntersuchungen könnten aufgrund der Unschuldsvermutung nicht berücksichtigt werden. Es sei der Wunsch der Familie, die Geschwister in der Schweiz wieder zusammenzuführen. Die Scheidungskonvention verdeutliche, dass er ein Familienmensch sei und sich um seine Kinder kümmere. Anders sei es nicht zu erklären, dass die Kinder in seine Obhut gegeben worden seien. Er habe eine Arbeitsstelle beim Pizzakurier X. in Aussicht, zu einem Lohn von CHF 4'500 brutto. Dieser Lohn würde es ihm erlauben, finanziell auch für seine Familie aufzukommen.

2.2. Zu prüfen ist zunächst die Frage, ob die Zweijahresfrist in Art. 49 Abs. 1 lit. b VZAE absolut gilt und ob das Schreiben des Beschwerdeführers an den Stadtpräsidenten von Q. (Dossier, S. 19 f.) fristwährend war. Der Wortlaut der Bestimmung deutet darauf hin, dass es keine Ausnahmen von dieser Frist gibt. Sodann werden im Ausländerrecht Fristen im Allgemeinen auch in anderen Fällen strikt gehandhabt (vgl. BGer 2C_195/2010 vom 23. Juni 2010 E. 5.1 zur Dreijahresfrist in Art. 50 Abs. 1 lit. a AuG). Auch das systematische Element spricht für eine absolute Handhabung der Frist. Im Übrigen deutet auch weder der Gesetzestext noch sonst etwas darauf hin, dass die Gründe, warum die Frist im konkreten Fall verpasst wurde, zu berücksichtigen wären. Ebenso wenig, dass relevant wäre, wann die Kontrollfrist der (erloschenen) Niederlassungsbewilligung abgelaufen wäre. Die Frist ist also strikte zu handhaben. Selbst wenn man nun das Schreiben an den Stadtpräsidenten von Q. trotz sehr unklarem Wortlaut als Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung und trotz Einreichung bei einer unzuständigen Behörde als im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Satz 3 VRP fristwährend erachten würde, wäre festzustellen, dass der Entscheid über die Erteilung oder Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 30 Abs. 1 lit. k AuG in Verbindung mit Art. 49 Abs. 1 lit. b VZAE im Ermessen der Behörde liegt. Art. 30 Abs. 1 lit. k AuG verschafft keinen Bewilligungsanspruch (vgl. VerwGE B 2015/294 vom 20. Dezember 2016 E. 3.2 mit Hinweis auf BGer 2C_147/2015 vom 22. März 2016 E. 2.5 sowie VerwGE B 2010/185 vom 16. Dezember 2010 E. 2.4, www.gerichte.sg.ch). Das Gesetz bestimmt lediglich, dass die Wiederzulassung zu erleichtern ist. Die Frage der Wiedererteilung eines Anwesenheitsrechts ist damit von den Migrationsbehörden im pflichtgemässen Ermessen (vgl. Art. 96 Abs. 1 AuG) zu prüfen. Eine gesetzliche Pflicht,



Ermessen in irgendeiner Weise grosszügig zu handhaben, besteht indes aber nicht. Mit verwaltungsgerichtlicher Beschwerde können einzig Rechtsverletzungen (inkl. Ermessensmissbrauch) sowie die unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP, VerwGE B 2015/294 vom 20. Dezember 2016 E. 3.2. mit Hinweis auf VerwGE B 2013/219 vom 17. Dezember 2015 E. 2.2, www.gerichte.sg.ch). Wenngleich die Vorinstanz in ihren Ausführungen insgesamt nicht immer ganz konsistent bleibt, ist nicht ersichtlich, inwiefern sie ihr Ermessen durch die Berücksichtigung der Strafbefehle vom 14. Dezember 2011 (Dossier, S. 77 ff.) und vom 4. Februar 2016 (Dossier, S. 186 ff.) sowie der Zahlungsausstände in der Schweiz (Dossier, S. 173 ff.) missbraucht haben sollte.

2.3. Sofern das volljährige Kind betroffen ist, beruft sich der Beschwerdeführer zudem vergeblich auf Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, EMRK), denn der Nachzug zu einem volljährigen Kind lässt sich nicht auf diese Norm stützen, zumal ein eigentliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und diesem volljährigen Kind, welches über die normalen affektiven Beziehungen hinausgehen würde, nicht aufgezeigt wurde (statt vieler BGer 2C_820/2017 vom 27. September 2017 E. 2.1).

Der Beschwerdeführer macht sodann den umgekehrten Familiennachzug in Bezug auf seinen Sohn S.Y. geltend. Diesbezüglich ist anzumerken, dass der Beschwerdeführer dieses Kind bei seiner Ausreise in die Türkei in der Schweiz liess und die Beziehung zu ihm aus der Türkei pflegte. Damit tat er kund, dass dies durchaus zumutbar ist. Nun geltend zu machen, dass dies doch nicht zumutbar sei, stellt ein *venire contra factum proprium* dar. Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang vage andeutet, dass er sich nicht freiwillig von seinem Kind getrennt habe, da ihn äussere Umstände in der Heimat dazu gebracht hätten, diesen Schritt im Interesse des Kindes zu machen, und er sich nicht von seinem Kind getrennt hätte, wenn er eine freie Wahl gehabt hätte, überzeugt seine Argumentation aus mehreren Gründen nicht. Einerseits wird kein konkreter Grund dargelegt, sondern es wird nur eine vage Andeutung gemacht; andererseits ist nicht einleuchtend, warum bezüglich dieses Kindes ein solcher Grund vorgelegen haben sollte, der aber bei den anderen beiden Kindern offenbar nicht vorlag. Der Beschwerdeführer vermag auch keine in wirtschaftlicher oder affektiver



Hinsicht besonders enge Beziehung zu diesem Kind darzutun, die aufgrund der räumlichen Distanz praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte.

Einen weiteren möglichen Grund für einen Härtefall, der über die beschriebene Situation mit dem Kind S.Y. hinausgehen würde, legt der Beschwerdeführer nicht dar und ist für das Gericht auch keiner ersichtlich. Insbesondere stellt die Trennung der Geschwister keinen Grund dar, einen Härtefall zugunsten des Beschwerdeführers anzunehmen. Dass die Trennung der Geschwister keinen Härtefall darstellt, hat der Beschwerdeführer durch die Trennung derselben in der Vergangenheit ausreichend bekundet.

2.4. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthalts-/Niederlassungsbewilligung hat bzw. die Verweigerung einer solchen nicht nur rechtmässig, sondern auch verhältnismässig war und insbesondere auch vor Art. 8 EMRK standhält. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

3. Das Begehren des Beschwerdeführers, das Verfahren bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Schweiz abwarten zu dürfen (prozeduraler Aufenthalt), wird mit diesem Entscheid gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.

4.

4.1. Dem Verfahrensausgang entsprechend hat der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 2'000 ist angemessen (vgl. Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Da davon auszugehen ist, dass der Beschwerdeführer weder über Einkommen – er ist in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt – noch über Vermögen verfügt und er zudem in der Schweiz nicht mehr anwesenheitsberechtigt ist, ist auf die Erhebung zu verzichten (Art. 97 VRP). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege fällt damit dahin.

4.2. Dem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung wird entsprochen, da der der Beizug eines Rechtsanwalts zur gehörigen Interessenwahrung erforderlich war, weshalb die Kosten zulasten des Staates gehen (Art. 99 Abs. 2 VRP in



St.Galler Gerichte

Verbindung mit Art. 122 Abs. 1 Ingress sowie lit. b der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO).

4.3. Wird die unentgeltliche Rechtsverteiständung wie vorliegend gewährt (Art. 99 Abs. 1 VRP), wird die staatliche Honorarordnung für die Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens der Verwaltungsrechtspflege angewendet (siehe Art. 30 Ingress lit. b Ingress und Ziff. 2 des Anwaltsgesetzes; sGS 963.70, AnwG). Bei unentgeltlicher Prozessführung wird das Honorar um einen Fünftel herabgesetzt (Art. 31 Abs. 3 AnwG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Verwaltungsgericht pauschal CHF 1'000 bis CHF 12'000 (siehe Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten; sGS 963.75, HonO). Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, bemessen (vgl. Art. 19 HonO). Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht. Ein Pauschalhonorar von CHF 2'000, das um einen Fünftel auf CHF 1'600 zu kürzen ist, erscheint angemessen. Hinzu kommen pauschale Barauslagen von CHF 80 (vier Prozent von CHF 2'000, Art. 28bis HonO) sowie die Mehrwertsteuer (Art. 29 HonO) zum Satz von acht Prozent, zumal der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die anwaltlichen Leistungen im Wesentlichen vor dem 1. Januar 2018 erbrachte (vgl. (vgl. Ziff. 2.1 der MWST-Info 19 zur Steuersatzänderung per 1. Januar 2018, www.estv.admin.ch).

Angesichts dieser Beurteilung in Bezug auf die unentgeltliche Rechtsverteiständung ist die Beschwerde in Bezug auf Ziff. 4 des Entscheids der Vorinstanz gutzuheissen und dem Rechtsvertreter eine angemessene Entschädigung im vorinstanzlichen Verfahren zuzusprechen. Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht. Ein Pauschalhonorar von CHF 1'000 (inkl. Barauslagen) zuzüglich acht Prozent Mehrwertsteuer erscheint angemessen (Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. a HonO).

Demnach erkennt der Abteilungspräsident zu Recht:



St.Galler Gerichte

1. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren B 2017/64 wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Dem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Beschwerdeverfahren B 2017/64 wird entsprochen und Rechtsanwalt MLaw HSG Roman Kern, St. Gallen, zum Rechtsbestand des Beschwerdeführers bestimmt.
3. Die Beschwerde wird insofern gutgeheissen, als damit die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Rekursverfahren beanstandet wird und Ziffer 4 des angefochtenen Entscheides der Vorinstanz vom 15. März 2017 aufgehoben. Der Staat (Sicherheits- und Justizdepartement) entschädigt den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das Rekursverfahren aus unentgeltlicher Rechtsverteidigung mit CHF 1'000 zuzüglich acht Prozent Mehrwertsteuer.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht als gegenstandslos abgeschrieben wird.
2. Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2'000 werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Auf die Erhebung wird verzichtet.
3. Der Staat entschädigt den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers aus unentgeltlicher Rechtsverteidigung für das Beschwerdeverfahren mit CHF 1'680 zuzüglich acht Prozent Mehrwertsteuer.

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Zürn

Scherrer