

# **SG\_PUBLIKATIONEN RDRM.2021.143 vom 9. Mai 2023**

SG Gerichte, 2023-05-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publikationen\\_RDRM.2021.143](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publikationen_RDRM.2021.143)

FR: SG\_PUBLIKATIONEN RDRM.2021.143 du 9 mai 2023

IT: SG\_PUBLIKATIONEN RDRM.2021.143 del 9 maggio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die von Amtes wegen zu prüfenden Rekursvoraussetzungen – Zuständigkeit, Rekursberechtigung sowie Form- und Fristanforderungen

Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes SG

7/15 (Art. 43bis, 45 Abs. 1, Art. 47 und 48 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [sGS 951.1; abgekürzt VRP]) – sind erfüllt. Auf den Rekurs ist einzutreten.

### **E. 2**

Wie sich sowohl aus den Rechtsbegehren als auch den weiteren Ausführungen im Rekurs ergibt, beschränkt sich der Streitgegenstand des vorliegenden Rekursverfahrens einzig auf das Erlöschen bzw. die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen von A.\_\_\_\_ (Staub/Günthardt, in: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [VRP], Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2020, N 6 zu Art. 48; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen, St.Gallen 2003, Rz. 579). Nachdem das Feststellen des Erlöschens bzw. die Abweisung des Gesuchs um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligungen der drei Kinder nicht angefochten wurde, ist die vorinstanzliche Verfügung diesbezüglich rechtskräftig.

### **E. 3**

Nach Art. 61 Abs. 1 Bst. a des Ausländer- und Integrationsgesetzes (SR 142.20; abgekürzt AIG) erlischt eine Bewilligung mit der Abmeldung ins Ausland. Verlässt ein niedergelassener Ausländer die Schweiz, ohne sich abzumelden, so erlischt die Niederlassungsbewilligung nach sechs Monaten. Auf Gesuch hin kann die Niederlassungsbewilligung während vier Jahren aufrechterhalten werden (Art. 61 Abs. 2 AIG), wobei das Gesuch vor Ablauf der sechsmonatigen Frist eingereicht werden muss (Art. 79 Abs. 2 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [SR 142.201; abgekürzt VZAE]).

Während der tatsächliche Aufenthalt im Ausland die Niederlassungsbewilligung somit erst nach Ablauf von sechs Monaten erlöschen (und sich die Bewilligung auf Gesuch hin auf vier Jahre verlängern) lässt, erlischt die Niederlassungsbewilligung im Fall der Abmeldung bereits mit der Abmeldung selber.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt einer Abmeldung die weitreichende Folge des Erlöschens nur zu, wenn sie klar und eindeutig zu verstehen, d.h. die Erklärung des Ausländers, dass er die Schweiz definitiv verlasse, frei von Willensmängeln ist.

Ausländer mit Niederlassungsbewilligung sind bei der Abmeldung ausdrücklich auf diese Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes SG

8/15 Folgen aufmerksam zu machen (Urteil des BGer 2C\_81/2011 vom 1. September 2011 Erw. 3.1; vorerwähnter VerwGE B 2019/92 vom 1. Juli 2019 betreffend unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung; mit weiteren Hinweisen, u.a. auf Urteil des BGer 2C\_100/2009 vom 19. Oktober 2009). Erfolgt die Abmeldung durch eine Drittperson, z.B. ein Familienmitglied, ist dazu eine eindeutige Vollmacht erforderlich (S. Hunziker, in: Caroni/ Gächter/Thurnherr, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, N 6 zu Art. 61 AuG; M. Spescha, in: Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/De Weck, Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage 2019, N 1 zu Art. 61 AIG).

#### **E. 4**

Der Rekurrent macht geltend, er habe sich weder persönlich beim Einwohneramt abgemeldet noch sei er je auf die Konsequenzen seiner Abmeldung hingewiesen worden. Demgegenüber geht die Vorinstanz davon aus, dass eine vorbehaltlose Abmeldung ins Ausland mit der gesetzlichen Wirkung des sofortigen Erlöschens der Niederlassungsbewilligung vorliege und daher die Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung gar nicht möglich sei.

a) Zunächst ist somit zu prüfen, ob die Abmeldung des Rekurrenten willensmangelfrei erfolgt ist, bzw. ob er wusste, dass die Abmeldung das sofortige Erlöschen der Niederlassungsbewilligung zur Folge hatte.

aa) Wie aus den Akten hervorgeht, brachte der – schon damals rechtskundig vertretene – Rekurrent noch während des laufenden Eheschutzverfahrens und entgegen der gerichtlichen Verpflichtung, den Aufenthaltsort seiner Kinder in der Schweiz zu belassen, seine Kinder bei der Ausübung des Besuchsrechts am 25. August 2018 nach Tunesien und blieb in der Folge mit ihnen im Ausland. Abgesehen davon, dass er sich durch die Ausreise nicht nur dem Eheschutzverfahren, sondern auch den jeweiligen Strafverfahren betreffend Tötlichkeiten, Nötigung und Drohung gegenüber der Ehefrau sowie betreffend Entziehen von Minderjährigen entzog, hat er es dadurch auch selber faktisch verunmöglicht, sich persönlich am Schalter des Einwohneramtes Z.\_\_\_\_ abmelden zu können und sich bei dieser Gelegenheit – soweit dies aufgrund seines Vorwissens überhaupt noch erforderlich war – über die rechtlichen Folgen der Abmeldung "aufklären" zu lassen.

Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes SG

9/15

Stattdessen gelangte der Rekurrent am 8. Oktober 2018 per Mail an das Einwohneramt Z.\_\_\_\_ und meldete sich (sowie die Kinder) rückwirkend per 26. August 2018 nach Tunesien ab. Gleichzeitig teilte er einerseits mit, dass er seinen Bruder C.\_\_\_\_ beauftrage, ihn amtlich in St.Gallen abzumelden. Andererseits orientierte er, dass seine Kinder in Tunesien die Schule besuchen würden und er sich selber und die Kinder in Tunesien angemeldet habe. In den Akten befinden sich darüber hinaus eine undatierte, handschriftliche Vollmacht des Rekurrenten an seinen Bruder C.\_\_\_\_ mit gleichem Inhalt wie das erwähnte Mail sowie eine Bestätigung des Einwohneramtes Z.\_\_\_\_, wonach C.\_\_\_\_ die Abmeldung seines Bruders A.\_\_\_\_ am 8. Oktober 2018 auftragsgemäss persönlich vorgenommen habe.

Sowohl das Mail des Rekurrenten an das Einwohneramt Z.\_\_\_\_ als auch die handschriftliche Mitteilung mit der auf den Bruder ausgestellten Vollmacht sind vom Wortlaut her eindeutig und lassen den vorbehaltlosen Willen des Rekurrenten erkennen, dauerhaft nach Tunesien zurückzukehren bzw. sich definitiv in Z.\_\_\_\_ abzumelden. Dieser erkennbare

Wille stimmt zudem einerseits mit den Aussagen des Rekurrenten in der polizeilichen Einvernahme vom 29. Juni 2018 im Zusammenhang mit der Intervention betreffend häuslicher Gewalt überein, wonach er selber "in naher Zukunft nach Tunesien zurückgehen" werde. Andererseits entspricht die Willenserklärung in der Abmeldung bzw. in der Vollmacht auch seinen Ausführungen im Schreiben vom 16. Juli 2018, wonach er nach dem Ableben seines Vaters im Vorjahr einen Lebensmittelladen in Tunesien geerbt und sich – weil er in der Schweiz keine Zukunft mehr sehe – entschlossen habe, dorthin zurückzukehren. Es sei geplant und mit seiner Frau abgemacht gewesen, dass er Ende August 2018 seinen Aufenthalt in der Schweiz abmelde.

bb) Den Akten sind ferner zahlreiche Hinweise zu entnehmen, dass dem Rekurrenten die Auswirkungen sowohl der Abmeldung als auch des tatsächlichen Aufenthalts im Ausland auf den Bestand seiner Bewilligung bekannt waren: So meldete er bei verschiedenen Gelegenheiten dem Migrationsamt, dass seine Ehefrau und die Kinder in den Jahren 2017 und 2018 jeweils mehr als drei bzw. sechs Monate in Tunesien verbracht

Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes SG

10/15 und die Kinder dort die Schule besucht hätten (Schreiben vom 16. Juli 2018, Mail vom 22. November 2018 und Telefonanruf aus Tunesien vom 14. Dezember 2018). Ziel dieser schriftlichen und telefonischen Anzeigen war es, die Aufenthaltsbewilligung seiner Ehefrau zum Erlöschen zu bringen, wusste er doch um die Konsequenzen der faktischen Landesabwesenheit von drei bzw. sechs Monaten, nachdem er im erwähnten Mail die einschlägigen Art. 61 Abs. 2 AIG (bzw. die gleichlautende Bestimmung in der damals geltenden Fassung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer) sowie Art. 79 Abs. 1 VZAE wörtlich zitierte. Aus dem Kenntnis der massgeblichen Gesetzes- bzw. Verordnungsbestimmung darf willkürfrei geschlossen werden, dass ihm auch die Folgen seiner eigenen Abmeldung ins Ausland bekannt waren. Er bedurfte diesbezüglich keiner zusätzlichen persönlichen Aufklärung durch die Bevölkerungsdienste mehr, zumal er – wie erwähnt – schon damals anwaltlich vertreten war.

cc) Vor diesem Hintergrund ist die Abmeldung des Rekurrenten per Mail sowie die gleichzeitige Erteilung einer Vollmacht an den Bruder C.\_\_\_\_, der daraufhin die Abmeldung für den Rekurrenten am Schalter vornahm, als willensmangelfrei und vorbehaltlos im Sinn der Rechtsprechung (Urteil des BGer 2C\_100/2009 vom 19. Oktober 2009 Erw. 3.2) zu betrachten. Die Niederlassungsbewilligung des Rekurrenten ist daher nach Art. 61 Abs. 1 Bst. a AIG von Gesetzes wegen mit der Abmeldung selber erloschen. Ist die Niederlassungsbewilligung mit der Abmeldung per sofort erloschen, erweist sich das am 26. Februar 2019 nachträglich eingereichte Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung von vornherein als unbehelflich.

b) Aber selbst wenn keine vorbehaltlose Abmeldung erfolgt wäre bzw. diese nicht das sofortige Erlöschen der Niederlassungsbewilligung bewirkt hätte, kann nicht einfach davon ausgegangen werden, dass die Niederlassungsbewilligung bei einem über sechsmonatigen Auslandsaufenthalt trotz eines entsprechenden Gesuchs aufrechterhalten wird.

aa) Das Gesetz legt zwar keine Kriterien fest, die für die Aufrechterhaltung der Bewilligung massgebend sind (Urteil des BGer 2C\_461/2012 vom 7. November 2012 Erw. 2.1). Bei der Auslegung von Art. 61 Abs. 2

## Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes SG

11/15 AIG steht der Behörde ein erheblicher Ermessensspielraum offen (S. Hunziker, a.a.O., N 25 ff. zu Art. 61 AuG) und ist zu berücksichtigen, dass ein Aufenthaltsrecht nur besteht, wenn und solange es auch durch die persönliche Anwesenheit ausgeübt wird. Auch die Niederlassungsbewilligung kann deshalb im Fall einer Auslandsabwesenheit von mehr als sechs Monaten nur dann fortbestehen, wenn der Gesuchsteller tatsächlich die Absicht hatte, innert längstens vier Jahren wieder zurückzukehren und der Auslandsaufenthalt seiner Natur nach nur vorübergehend, d.h. zum vornherein zeitlich befristet war (wie etwa Militärdienst oder Inhaftierung im Heimatland, Weiterbildung oder Ausübung einer Tätigkeit im Auftrag des schweizerischen Arbeitgebers im Ausland oder Abklärungen der Integrations- und Wiedereingliederungsmöglichkeiten bzw. Vorbereitung einer Rückkehr ins Heimatland).

bb) Der Rekurrent macht sinngemäss geltend, die Ausreise mit den Kindern bzw. sein eigener Aufenthalt in Tunesien sei nur vorübergehend gewesen. Er habe immer beabsichtigt gehabt, wieder in die Schweiz zurückzukommen und hier zu arbeiten, was er denn auch getan habe, sobald die durch die Corona-Pandemie bedingten Reisebeschränkungen aufgehoben worden seien. Aus dem Umstand, dass die Ehefrau und die Kinder nun in Tunesien leben würden, könne nicht geschlossen werden, auch er selber habe die Schweiz definitiv verlassen wollen.

Entgegen der Darstellung des Rekurrenten finden sich in den Akten jedoch zahlreiche Indizien, dass er den Aufenthalt in der Schweiz tatsächlich beenden und den Lebensmittelpunkt nach Tunesien zurückverlegen wollte, und zwar nicht nur im Zeitpunkt der Ausreise mit seinen Kindern bzw. der Abmeldung per Ende August 2018, sondern auch noch während einer längeren Zeitspanne, nachdem er das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassung eingereicht hatte:

Wie bereits erwähnt, hatte der Rekurrent sowohl bei der polizeilichen Einvernahme vom 29. Juni 2018 als auch in seinem Schreiben vom 16. Juli 2018 an das Migrationsamt die Absicht geäussert, in naher Zukunft nach Tunesien zurückzugehen, nicht zuletzt, weil er dort von seinem Vater einen Lebensmittelladen geerbt hatte. Darüber hinaus sprechen nicht nur die Tatsache, dass er in der Schweiz seit Januar 2018 arbeitslos war (wie

## Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes SG

12/15 u.a. der Eheschutzvereinbarung vom 27. Juli 2018 zu entnehmen ist), sondern auch die eingereichte Bestätigung des tunesischen Arbeitamtes, wonach er dort seit 15. März 2019 angemeldet sei, für die anhaltende Absicht eines dauernden Verbleibs in Tunesien.

Abgesehen von der Einreichung des Gesuchs um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung am 26. Februar 2019 unternahm der Rekurrent seit seiner Ausreise Ende August 2018 bis zur Wiedereinreise Ende Oktober 2020 zudem keine erkennbaren Anstrengungen, um seine Kinder – wie er dies noch im Dezember 2018 mitteilen liess – wieder zu ihrer damals (und noch bis Ende Dezember 2019) in der Schweiz lebenden Mutter zurückzubringen, wie auch selber in die Schweiz zurückzukehren und sich hier um eine Arbeitsstelle zu bemühen. Im Gegenteil sind sowohl der Umstand, dass er die Kinder in Tunesien einschulte, als auch die Tatsache, dass seine Ehefrau Ende Dezember 2019 zu ihm und den Kindern nach Tunesien zurückkehrte, starke Anhaltspunkte für die ursprüngliche Absicht einer definitiven Rückkehr nach Tunesien.

Schliesslich erweist sich das Vorbringen, wonach er aufgrund der coronabedingten Reisebeschränkungen nicht früher habe in die Schweiz zurückkommen können, mit Blick darauf, dass die Pandemie erst Mitte März 2020 zu zahlreichen Einschränkungen geführt hatte bzw. vorher keine Reisebeschränkungen bestanden, als reine Schutzbehauptung.

cc) Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Migrationsamt nach Feststellen des Erlöschens der Niederlassungsbewilligung das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung abgelehnt hat.

c) Zusammenfassend erweist sich die Verfügung der Vorinstanz als recht- und verhältnismässig. Der Rekurs ist abzuweisen.

## **E. 5**

Als deutschem Staatsangehöriger ist es dem Rekurrenten unbenommen, ein neues Gesuch um Aufenthaltsbewilligung zwecks Erwerbstätigkeit zu stellen, das – wie auch die Vorinstanz mehrfach zugesichert hat – geprüft und bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen des Freizügigkeitsabkommens (SR 0.142.112.681) bewilligt werden würde.

Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes SG

13/15

## **E. 6**

Der Rekurrent beantragte für das Rekursverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung. Er reichte dazu das entsprechende Gesuchsformular mit verschiedenen Belegen sowie nach entsprechenden Aufforderungen weitere Unterlagen zu den aktuellen finanziellen Verhältnissen ein (vgl. vorn Bst. G).

a) Nach Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung (SR 101) hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Interessen notwendig ist, hat sie zudem Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung (Art. 117 Bst. a und b sowie Art. 118 Abs. 1 Bst. c der Zivilprozessordnung [SR 272; abgekürzt ZPO] i.V.m. Art. 99 Abs. 2 VRP).

b) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt eine Person als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und ihre Familie erforderlich sind. Massgebend sind die gesamten konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse, also sowohl das Einkommen als auch das tatsächlich verfügbare Vermögen, unabhängig davon, aus welcher Quelle es stammt (statt vieler: Urteil des BGer 4A\_362/2018 vom 5. Oktober 2018 Erw. 4.1; A. Bühler, in: Berner Kommentar zu Art. 1 bis 149 ZPO, N 6, 13 f., 19 und 34 zu Art. 117 ZPO). Bei der Abklärung der Mittellosigkeit trifft den Gesuchsteller gestützt auf Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO i.V.m. Art. 99 Abs. 2 VRP eine Mitwirkungspflicht. Er hat die Einkünfte, Vermögenssituation und Schulden vollständig und klar darzustellen und durch Urkunden zu belegen, andernfalls er die Beweisführungslast in Bezug auf die Bedürftigkeit verletzt und das Gesuch abzuweisen ist (A. Bühler, a.a.O., N 104 zu Art. 119 ZPO).

aa) Bei der Ermittlung des notwendigen Bedarfs wird von den betriebsrechtlichen Ansätzen ausgegangen. Der Grundbetrag, wie er zur Berechnung des

betriebsrechtlichen Existenzminimums verwendet wird, wird dabei praxisgemäss um einen gewissen Prozentsatz erhöht und mit den effektiven Kosten für Wohnung, Krankenkasse, etc. ergänzt (Kreisschreiben der kantonalen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung)

Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes SG

14/15 und Konkurs über die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenz- minimums vom November 2019 [auf: [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)]; A. Bühler, a.a.O., N 117 ff. zu Art. 117 ZPO). Dieser prozessuale Notbedarf wird an- schliessend dem anrechenbaren Einkommen und Vermögen gegenüber- gestellt. Mittellosigkeit ist gegeben, wenn das anrechenbare Einkommen geringer ist als der prozessuale Notbedarf und kein den Notgroschen- Freibetrag übersteigendes liquides Vermögen vorhanden ist (A. Bühler, a.a.O., N 202 ff. zu Art. 117 ZPO).

bb) Aufgrund der eingereichten Akten und geltend gemachten Ausgaben- positionen ergibt sich folgender monatlicher Bedarf: Grundbetrag Alleinstehender (Kreisschreiben Ziff. 3.2.2) Fr. 1'230.– Zuschlag 30 % des Grundbetrags

Fr. 369.■ Wohnkosten (gem. Mietvertrag, Beilage 6 zum Gesuch)

Fr. 630.– Krankenkasse (gem. Beilage 4 zum Gesuch)

Fr. 223.■ Fahrtkosten (Monatsabo 3 Zonen)

Fr. 112.– ----- Total Bedarf

Fr. 2'564.■

Aus den eingereichten Lohnausweisen 2021 der H.\_\_\_\_ (02-07/2021) bzw. der I.\_\_\_\_ (10-12/2021) ergibt sich für das Jahr 2021 ein durchschnitt- liches monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'591.–. Demgegenüber er- höhte sich das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen im Jahr 2022 gestützt auf die Lohnabrechnung 01/2022 der I.\_\_\_\_ und den Lohn- ausweis 2022 der K.\_\_\_\_ (03-12/2022) auf Fr. 3'190.–.

Demnach resultiert aus der Gegenüberstellung des Bedarfs und des Ein- kommens ein Überschuss von monatlich über Fr. 600.–. Dieser Betrag erlaubt es, die Verfahrens- und Anwaltskosten innert eines bis zwei Jah- ren zu decken (A. Bühler, a.a.O., N 222 ff. zu Art. 117 ZPO; Urteil des BGer 5A\_726/2017 vom 23. Mai 2018 Erw. 3.1).

c) Die Bedürftigkeit des Gesuchstellers ist daher nicht ausgewiesen, wes- halb es an einer massgeblichen Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt. Bei dieser Sachlage erübrigt sich die Prüfung der weiteren Voraussetzungen bzw. können die Fragen der Ver- fahrensaussichten (Art. 117 Bst. b ZPO) und der Notwendigkeit der un- entgeltlichen Rechtsverteidigung (Art. 118 Abs. 1 Bst. c ZPO) offen- bleiben. Das Gesuch ist abzuweisen.

Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartementes SG

15/15

7.a) Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Verwaltungsstreitigkeiten jener Be- teiligte die Verfahrenskosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teil- weise abgewiesen werden. Die Entscheidegebühr von Fr. 1'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwal- tung [sGS 821.5]) wird demnach dem unterliegenden Rekurrenten aufer-

legt.

b) Das Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten ist bei diesem Verfahrensausgang ebenfalls abzuweisen (Art. 98bis VRP).

Demgemäss erlässt das Sicherheits- und Justizdepartement als Entscheid 1. Der Rekurs von A.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_, wird abgewiesen.

2. Das Gesuch von A.\_\_\_\_ um unentgeltliche Rechtspflege und Rechts- verbeiständung durch MLaw Sébastien Touton, Rechtsanwalt, St.Gallen, wird abgewiesen.

3. Die Entscheidunggebühr in Höhe von Fr. 1'000.– wird A.\_\_\_\_ auferlegt.

4. Das Begehren von A.\_\_\_\_ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Der Vorsteher:

Fredy Fässler, lic.iur. Regierungspräsident

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