

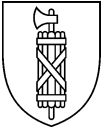


Fall-Nr.:	RDRM.2021.143
Stelle:	Generalsekretariat Sicherheits- und Justizdepartement
Instanz:	Sicherheits- und Justizdepartement
Publikationsdatum:	25.07.2023
Entscheiddatum:	09.05.2023

SJD RDRM.2021.143

Migrationsrecht, Art. 61 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 AIG: Die Abmeldung ins Ausland erfolgte willensmängelfrei und vorbehaltlos. Dem Rekurrenten waren die Konsequenzen sowohl seiner Abmeldung als auch des tatsächlichen Aufenthalts im Ausland bekannt. Aus diesem Grund ist die Niederlassungsbewilligung von Gesetzes wegen mit der Abmeldung per sofort erloschen. Das nachträglich eingereichte Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung erweist sich daher von vornherein als unbehelflich. Aber selbst wenn keine Abmeldung erfolgt wäre, könnte nicht einfach davon ausgegangen werden, dass die Niederlassungsbewilligung bei einem weit über sechsmonatigen Auslandsaufenthalt trotz eines entsprechenden Gesuchs aufrechterhalten wird. Abweisung Rekurs.

Den Entscheid SJD RDRM.2021.143 finden Sie im angehängten PDF-Dokument.



Entscheid vom 9. Mai 2023

Rekurrent

A.____, Z.____

vertreten durch MLaw Sébastien Touton, Rechtsanwalt, Grand & Nisple Rechtsanwälte und Notare, Oberer Graben 26, 9000 St.Gallen

gegen

Vorinstanz

Migrationsamt St.Gallen, Oberer Graben 38, 9001 St.Gallen

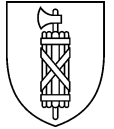
Verfügung vom 17. November 2021

Betreff

Erlöschen der Niederlassungsbewilligung, Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung

Geschäftsnummer

RDRM.2021.143



Sachverhalt

A.a) A.____, geb. 1978, tunesischer und deutscher Staatsangehöriger, reiste am 22. April 2007 zwecks Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in die Schweiz ein. Am 26. Juni 2007 wurde ihm eine entsprechende Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erteilt. Seit 23. April 2012 verfügte er über die Niederlassungsbewilligung, deren Kontrollfrist letztmals bis 21. April 2022 verlängert worden war.

b) Am 24. Juni 2011 heiratete A.____ in Tunesien die tunesische Staatsangehörige B.____ (Jahrgang 1981), die am 4. Oktober 2011 in die Schweiz einreiste und im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zum Verbleib beim Ehemann erhielt. Das Ehepaar hat drei gemeinsame Kinder (mit Jahrgängen 2012, 2014 und 2015), die alle in der Schweiz geboren wurden, ebenfalls deutsch-tunesische Doppelbürger sind und wie der Vater über Niederlassungsbewilligungen verfügten.

c) Nach Intervention der Polizei wegen häuslicher Gewalt wurde A.____ am 29. Juni 2018 aus der ehelichen Wohnung weggewiesen und mit einem Rückkehrverbot belegt. Das Kreisgericht Z.____ wies die eheliche Wohnung mit superprovisorischer Verfügung vom 5. Juli 2018 der Ehefrau zur alleinigen Benutzung zu und verfügte gegenüber A.____ ein Betretungsverbot der Liegenschaft sowie ein Annäherungs- und Kontaktverbot. An der Eheschutzverhandlung vom 27. Juli 2018 vereinbarten die beiden je anwaltlich vertretenen Eheleute u.a., dass die Kinder unter die Obhut der Mutter gestellt und durch sie betreut würden, dem Vater ein Besuchsrecht eingeräumt werde, der Aufenthaltsort der Kinder in der Schweiz zu belassen sei und die Reisedokumente der Kinder der Mutter zu übergeben seien.

d) Entgegen dieser Abmachung brachte A.____ die drei Kinder am vereinbarten Besuchsnachmittag vom 25. August 2018 nicht mehr in die Obhut der Mutter zurück, sondern reiste mit ihnen nach Tunesien aus (Polizei-rapporte vom 26. bzw. 31. August 2018). In der Folge wurden A.____ und die drei Kinder international zur Aufenthaltsnachforschung, A.____ zudem



national zur Festnahme ausgeschrieben. Mit superprovisorischer Verfügung vom 13. September 2018 sistierte das Kreisgericht Z.____ das vereinbarte Besuchsrecht.

e) Mit persönlich unterzeichneter Mailnachricht vom 8. Oktober 2018 sowie undatierter handschriftlicher Mitteilung meldete A.____ sich und seine Kinder rückwirkend per 26. August 2018 beim Einwohneramt Z.____ nach Hammamet/Tunesien ab, wobei er gleichzeitig seinen Bruder C.____ bevollmächtigte, die Abmeldung für ihn vorzunehmen. Er informierte zudem, dass er nun mit den Kindern in Tunesien lebe, die Kinder dort die Schule besuchen würden und sie alle in Tunesien angemeldet seien.

f) Das Strafverfahren betreffend Entziehen von Minderjährigen wurde am 8. November 2018 zufolge unbekannten Aufenthalts sistiert. Am 5. Dezember 2018 liess A.____ über seinen Rechtsvertreter der Staatsanwaltschaft mitteilen, dass er die Kinder ohne Einverständnis der Mutter, seiner Ehefrau, nach Tunesien mitgenommen habe. Er sei bereit, die Kinder wieder in die Schweiz zurückzubringen und mit den Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren, sofern er hier nicht verhaftet werde.

B.a) Am 26. Februar 2019 reichte A.____ vertreten durch Rechtsanwalt Sébastien Touton, St.Gallen, der ihn schon im Eheschutz- sowie in den Strafverfahren vertreten hatte, ein Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung ein. Das Migrationsamt wies ihn am 7. März 2019 darauf hin, dass die Niederlassungsbewilligung mit der Abmeldung per 26. August 2018 von Gesetzes wegen erloschen sei. Als EU-Bürger stehe es ihm jedoch jederzeit offen, bei gegebenen Voraussetzungen ein neues Gesuch zu stellen.

b) Mit Schreiben seines Rechtsvertreters vom 21. März 2019 ersuchte A.____ um Erlass einer rekursfähigen Verfügung und gleichzeitig um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung wurde vom zuständigen Sicherheits- und Justizdepartement (SJD) mit Verfügung vom 2. April 2019 zufolge Aussichtslosigkeit abgewiesen (RDGS.2019.76). Demgegenüber hiess das Verwaltungsgericht die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 1. Juli 2019 (B 2019/92) gut und gewährte



A.____ für das Verfahren vor dem Migrationsamt betreffend Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung durch Rechtsanwalt Sébastien Touton.

c) Das Strafverfahren betreffend Tötlichkeiten, Nötigung und Drohung (gegenüber der Ehefrau) wurde auf Antrag der Ehefrau mit Verfügung vom 16. Dezember 2019 sistiert. Am 20. Dezember 2019 meldete sich die Ehefrau persönlich beim Einwohneramt Z.____ ab und reiste zum Ehemann und den Kindern nach Tunesien zurück.

C.a) Mit Verfügung vom 6. Juli 2020 stellte das Migrationsamt fest, dass die Niederlassungsbewilligungen von A.____ und den drei Kindern aufgrund der Abmeldung von Gesetzes wegen erloschen seien. Über das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung entschied es darin nicht.

b) Gegen diese Verfügung erhob A.____ mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 16. Juli 2020 Rekurs beim SJD und reichte dazu am 27. August 2020 die Rekursbegründung nach (RDRM.2020.91). Er machte im Wesentlichen geltend, die Abmeldung sei bloss vorübergehend gewesen bzw. er habe innert sechs Monaten ein Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung gestellt. In seiner Vernehmlassung vom 21. September 2020 beantragte das Migrationsamt die Abweisung des Rekurses.

c) Nachdem A.____ am 26. Oktober 2020 wieder in die Schweiz eingereist war und ab 12. November 2020 eine neue Arbeitsstelle vorweisen konnte, hob das Migrationsamt die angefochtene Verfügung betreffend Erlöschen der Niederlassungsbewilligung am 23. November 2020 wiedererwägungsweise auf, wobei es gleichzeitig darauf hinwies, dass das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung geprüft werde. Das Rekursverfahren konnte deshalb am 1. Dezember 2020 abgeschlossen werden.

D.a) Am 22. sowie 27. Januar 2021 orientierte das Migrationsamt den Rechtsvertreter, dass es bereit sei, A.____ eine Aufenthaltsbewilligung



zwecks Erwerbstätigkeit zu erteilen. Dieser entgegnete am 5. Februar 2021, dass sein Mandant an der Niederlassungsbewilligung festhalte bzw. diese – aufgrund der Wiedererwägung – nach wie vor bestehe.

b) Mit Schreiben vom 4. Dezember 2020 (richtig 2021 [Eingangsstempel 4. November 2021]) stellte er eine Rechtsverweigerungsbeschwerde in Aussicht, sollte das Migrationsamt seinem Mandanten nicht innert zehn Tagen einen Ausweis über die Niederlassungsbewilligung bzw. eine anfechtbare Verfügung zukommen lassen.

c) Mit Verfügung vom 17. November 2021 stellte das Migrationsamt erneut fest, dass die Niederlassungsbewilligungen von A.____ und den drei Kindern erloschen seien, lehnte das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung ab und forderte A.____ zum Verlassen der Schweiz innert 60 Tagen ab Rechtskraft der Verfügung auf. Gleichzeitig wiederholte es, dass es bereit sei, ein neues Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Erwerbstätigkeit zu prüfen und bei gegebenen Voraussetzungen zu erteilen.

E. Gegen diese Verfügung erhob A.____ mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 2. Dezember 2021 wiederum Rekurs beim SJD und beantragte die Aufrechterhaltung seiner Niederlassungsbewilligung sowie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung. In der Rekursergänzung vom 17. Januar 2022 liess er zur Begründung im Wesentlichen geltend machen, dass er nach der Reise mit seiner Familie nach Tunesien immer die Absicht gehabt habe, wieder in die Schweiz zurückzukommen und hier zu arbeiten. Er habe dies denn auch getan, sobald die durch die Corona-Pandemie bedingten Reisebeschränkungen aufgehoben worden seien. Aus dem Umstand, dass die Ehefrau und die Kinder in Tunesien lebten, könne nicht geschlossen werden, er selber habe die Schweiz definitiv verlassen wollen. Dass er sich in Tunesien beim Arbeitsamt angemeldet habe, spreche ebenfalls nicht gegen seinen Willen, wieder in die Schweiz zurückzukehren. Weder er noch sein bevollmächtigter Bruder seien bei der Abmeldung auf die Konsequenzen der Abmeldung aufmerksam gemacht worden, andernfalls hätte er dies nicht getan. Das Migrationsamt handle widersprüchlich und rechtsmiss-



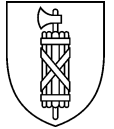
bräuchlich, wenn es während des früheren Rekursverfahrens die ursprüngliche Verfügung betreffend Erlöschen der Niederlassungsbewilligung wiedererwägungsweise aufhebe und dann in einer neuen Verfügung im Ergebnis gleich entscheide.

F. Das Migrationsamt beantragte in der Vernehmlassung vom 14. Februar 2022 mit Hinweis auf die angefochtene Verfügung und die Akten die Abweisung des Rekurses. Es hielt daran fest, dass die Niederlassungsbewilligung von Gesetzes wegen erloschen sei. Bei der wiedererwägungsweisen Aufhebung der Verfügung betreffend Erlöschen der Niederlassungsbewilligung habe es darauf hingewiesen, dass das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung geprüft werde, wobei das Ergebnis der Prüfung offengelassen worden sei. Diese Prüfung habe nun wiederum zur Feststellung des Erlöschens der Niederlassungsbewilligung geführt. Erneut stellte es dem Rekurrenten – nachdem dieser mittlerweile wieder einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz nachgehe – in Aussicht, ihm auf entsprechendes Gesuch hin und nach Vorlage des Arbeitsvertrags, aus dem die Anstellungsdauer und der Beschäftigungsgrad hervorgingen, eine Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA zur Erwerbstätigkeit zu erteilen.

G. Nach entsprechenden Aufforderungen der Verfahrensleitung, mit Blick auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung nicht nur die Einkünfte aus den bisherigen Temporäranstellungen bei der H.____ bzw. der I.____, sondern auch die aktuellen finanziellen Verhältnisse aufgrund der neuen Festanstellung bei der K.____ vollständig offenzulegen, reichte der Rechtsvertreter (jeweils innert erstreckten Fristen) am 15. März 2022, 23. August 2022 sowie 27. Februar 2023 weitere Unterlagen ein.

Erwägungen

1. Die von Amtes wegen zu prüfenden Rekursvoraussetzungen – Zuständigkeit, Rekursberechtigung sowie Form- und Fristerfordernisse



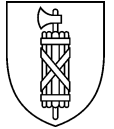
(Art. 43^{bis}, 45 Abs. 1, Art. 47 und 48 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [sGS 951.1; abgekürzt VRP]) – sind erfüllt. Auf den Rekurs ist einzutreten.

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.

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



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 AuG).

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 willensmängelfrei erfolgt ist, bzw. ob er wusste, dass die Abmeldung das sofortige Erlöschen der Niederlassungsbewilligung zur Folge hatte.

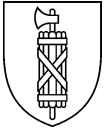
aa) Wie aus den Akten hervorgeht, brachte der – schon damals rechtskundig vertretene – Rekurrent noch während des laufenden Eheschutzverfahrens und entgegen der gerichtlichen Verpflichtung, den Aufenthaltsort seiner Kinder in der Schweiz zu belassen, seine Kinder bei der Ausübung des Besuchsrechts am 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.



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



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 der 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 willensmängelfrei 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



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



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

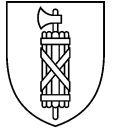
Abgesehen von der Einreichung des Gesuchs um Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung am 26. Februar 2019 unternahm der Rekurrent seit seiner Ausreise Ende August 2018 bis zur Wiedereinreise Ende Oktober 2020 zudem keine erkennbaren Anstrengungen, um seine Kinder – wie er dies noch im Dezember 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.

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.



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



und Konkurs über die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom November 2019 [auf: www.gerichte.sg.ch]; A. Bühler, a.a.O., N 117 ff. zu Art. 117 ZPO). Dieser prozessuale Notbedarf wird anschliessend dem anrechenbaren Einkommen und Vermögen gegenübergestellt. 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 Ausgabenpositionen 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 durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'591.–. Demgegenüber erhöhte sich das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen im Jahr 2022 gestützt auf die Lohnabrechnung 01/2022 der I.____ und den Lohnausweis 2022 der K.____ (03-12/2022) auf Fr. 3'190.–.

Demnach resultiert aus der Gegenüberstellung des Bedarfs und des Einkommens ein Überschuss von monatlich über Fr. 600.–. Dieser Betrag erlaubt es, die Verfahrens- und Anwaltskosten innert eines bis zwei Jahren 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, weshalb 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 Verfahrensaussichten (Art. 117 Bst. b ZPO) und der Notwendigkeit der unentgeltlichen Rechtsverteidigung (Art. 118 Abs. 1 Bst. c ZPO) offenbleiben. Das Gesuch ist abzuweisen.



7.a) Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Verwaltungsstreitigkeiten jener Beteiligte die Verfahrenskosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung [sGS 821.5]) wird demnach dem unterliegenden Rekurrenten auferlegt.

b) Das Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten ist bei diesem Verfahrensausgang ebenfalls abzuweisen (Art. 98^{bis} 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 Rechtsbeistandung durch MLaw Sébastien Touton, Rechtsanwalt, St.Gallen, wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr 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