

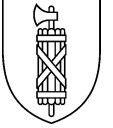


Fall-Nr.:	RDRM.2023.34/RDGS.2023.216
Stelle:	Generalsekretariat Sicherheits- und Justizdepartement
Instanz:	Sicherheits- und Justizdepartement
Publikationsdatum:	29.02.2024
Entscheiddatum:	25.10.2023

SJD RDRM.2023.34/RDGS.2023.216

Migrationsrecht, Art. 61 Abs. 2 AIG. Das Erlöschen nach sechsmonatigem Auslandsaufenthalt ist gesetzliche Rechtsfolge, weshalb die Behörde über keine Möglichkeit verfügt, die Aufenthaltsbewilligung ausnahmsweise weiterbestehend zu erklären. Entsprechend besteht kein Ermessensspielraum, innerhalb dessen eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen wäre. Nicht zu beanstanden ist ausserdem, dass die Vorinstanz keine Interessenabwägung nach Art. 8 EMRK vorgenommen und eine Wiedenzulassung im Rahmen von Art. 30 AIG nicht geprüft hat.

Dent Entscheid finden Sie im angehängten PDF-Dokument.



RDRM.2023.34/RDGS.2023.216

Entscheid vom 25. Oktober 2023

Rekurrent

A.____
vertreten durch MLaw Lea Herzig, Rechtsanwältin, Landmann
Rechtsanwälte AG, Postfach, 8050 Zürich

gegen

Vorinstanz

Migrationsamt St.Gallen, (Verfügung vom 7. März 2023)

Betreff

Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung

Sachverhalt

A.

a) A.____, geb. ____1992, heiratete am 12. Januar 2012 in X.____ die in der Schweiz niedergelassene Landsfrau B.____, geb. ____ 1991. Am 20. April 2012 reiste er in die Schweiz ein. Im Rahmen des Familiennachzugs erhielt er am 27. April 2012 eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei seiner Ehefrau.

b) Aus der Ehe gingen die Kinder C.____, geb. ____ 2014, und D.____, geb. ____ 2017, beide Staatsangehörige des X.____, hervor. Die Kinder verfügen über eine Niederlassungsbewilligung.

B.

Am 13. September 2022 und 23. März 2023 informierten das Einwohneramt Z.____ sowie die Schweizer Botschaft in Y.____ das Migrationsamt darüber, dass A.____ im X.____ wegen «Gefährdung im Strassenverkehr» zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden sei und sich seit dem 14. März 2022 im Gefängnis W.____ im Strafvollzug befinde (Vorakten S. 132 und S. 303).

C.

Mit Verfügung vom 7. März 2023 stellte das Migrationsamt fest, dass sich A.____ im Rahmen des Strafvollzugs seit dem 14. März 2022 in einem Gefängnis im X.____ aufhalte und er damit mehr als sechs Monate landesabwesend sei, weshalb die Aufenthaltsbewilligung erloschen sei.

D.

Gegen diese Verfügung erhob A.____ (nachfolgend Rekurrent), vertreten durch Lea Herzig, Rechtsanwältin, Zürich, mit Schreiben vom 17. April 2023 Rekurs beim Sicherheits- und Justizdepartement. Es werden folgende Anträge gestellt:

1. Es sei die Verfügung der Rekursgegnerin vom 7. März 2023 aufzuheben und die Sache an die Rekursgegnerin zwecks vollständiger Sachverhaltsfeststellung und Gewährung des rechtlichen Gehörs sowie zur ordentlichen Begründung zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei die Verfügung der Rekursgegnerin vom 7. März 2023 aufzuheben und die Rekursgegnerin anzuweisen, die Aufenthaltsbewilligung des Rekurrenten zu verlängern.
3. Es sei dem Rekurrenten die unentgeltliche Verbeiständung mit der Unterzeichnenden und ihm die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren sowie ihn von der Bezahlung eines Kostenvorschusses zu befreien.



4. Es sei dem Rekurs die aufschiebende Wirkung zu erteilen bzw. zu belassen und den Rekurrenten während des Verfahrens zum Aufenthalt in der Schweiz zuzulassen.
5. Es sei die Rekursgegnerin anzuweisen, dem Rekurrenten bzw. seiner Vertretung neue Akten unverzüglich und unaufgefordert zuzustellen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zulasten der Rekursgegnerin.

Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht, dass dem Rekurrenten vor Erlass der Verfügung keine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden sei, obwohl ihn diese erheblich belaste. Mithin liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Zudem sei das Recht auf Achtung des Familienlebens unberücksichtigt geblieben. Die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung führe dazu, dass er vor seinen beiden Töchtern getrennt und folglich eine intakte Familie auseinandergerissen werde. Nicht berücksichtigt worden seien alsdann die Rechte der Kinder sowie die Tatsache, dass sich der Rekurrent seit mehr als zehn Jahren in der Schweiz aufhalte und seine Kinder hier sozialisiert seien. Mit Blick auf das Kindeswohl sei eine solche Situation als Härtefall zu qualifizieren, weshalb das Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung sowie die Wegweisung aus der Schweiz einer Verhältnismässigkeitsprüfung nicht standhalten würden.

E. Zwecks Prüfung des Gesuchs um unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung reicht der Rekurrent mit Schreiben vom 22. Mai 2023 diverse Unterlagen als Beleg für seine Mittellosigkeit ein.

F. Mit Vernehmlassung vom 26. Juli 2023 beantragt das Migrationsamt (nachfolgend Vorinstanz), den Rekurs unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung wird geltend gemacht, dass die angefochtene Verfügung vom 7. März 2023 lediglich das Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung feststelle. Das Erlöschen nach einem sechsmonatigen Auslandsaufenthalt sei eine gesetzliche Rechtsfolge, wobei die Gründe für den Aufenthalt im Ausland unbeachtlich seien. Da der Behörde kein Ermessen zukomme, finde auch keine Verhältnismässigkeitsprüfung statt. Dem Rekurrent stehe es frei, ein Gesuch um Wieder- bzw. Neuerteilung einer Bewilligung einzureichen.

G. Mit Rekursergänzung vom 22. August 2023 teilt der Rekurrent mit, dass ihm gemäss Entscheid des Kreisgerichts V.____ vom 7. August 2023 ein Kinderbetreuungsanteil von 40% zugesprochen



worden sei. Folglich würden seine privaten Interessen und die seiner Familie an einem weiteren Verbleib in der Schweiz schwer wiegen.

H. Mit Schreiben vom 24. August 2023 orientiert die Vorinstanz über das sistierte Gesuch des Rekurrenten um Wiedererteilung einer Aufenthaltsbewilligung.

I. Mit Replik vom 4. Oktober 2023 führt der Rekurrent an, dass das rechtliche Gehör auch bei Verfügungen, die das Erlöschen einer Aufenthaltsbewilligung feststellen, zu gewähren sei. Der Rekurs sei somit zur Wahrung seiner verfassungsmässigen Rechte notwendig gewesen.

Erwägungen

1. Die von Amtes wegen zu prüfenden Rekursvoraussetzungen, nämlich Zuständigkeit, Rekursberechtigung sowie Form- und Fristenfordernisse, sind erfüllt (Art. 43^{bis}, Art. 45 Abs. 1, Art. 47 und 48 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [sGS 951.1; abgekürzt VRP]). Auf den Rekurs ist einzutreten.

2. Der Rekurrent macht zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da ihm vor Erlass der Feststellungsverfügung keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden sei.

a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das zentrale Mitwirkungsrecht der Parteien im Verwaltungsverfahren. Es beinhaltet unter anderem, dass sich die betroffene Person in einem Verfahren zur Sache angemessen äussern kann, bevor die Entscheidung getroffen wird. Wie weit dieses Recht geht, lässt sich allerdings nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen. Entscheidend ist, ob dem Betroffenen ermöglicht wurde, seinen Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (BGE 144 I 11 Erw. 5.3). Eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs führt nicht ohne weiteres zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Der Verfahrensmangel wird geheilt, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. Rizvi / Risi, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons St.Gallen [VRP], St.Gallen 2020, Art. 15 N 11).

b) Ob der Gehörsanspruch vorliegend verletzt wurde, kann letztlich offenbleiben, da das Sicherheits- und Justizdepartement über volle Überprüfungsbefugnis verfügt (Art. 46 Abs. 1 VRP), der Rekurrent im Rekursverfahren ausführlich zur Sache Stellung



nehmen konnte und ein allfälliger Mangel damit als geheilt gilt. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass dem Rekurrenten von vornherein klar war, dass er mit dem Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung zu rechnen hatte, sollte der Strafvollzug länger als sechs Monate dauern. Immerhin teilte er dem Einwohneramt Z.____ mit E-Mail vom 14./15. März 2022 (Vorakten S. 159 ff.) mit, dass er die Schweiz vorübergehend aus «privatem Grund» verlassen werde, woraufhin ihn dieses darüber orientierte, dass die Aufenthaltsbewilligung erlöschen werde, sollte die Rückkehr nicht innert sechs Monaten erfolgen. Die nun verfügte Feststellung, die Aufenthaltsbewilligung sei erloschen, traf den Rekurrenten somit zumindest nicht überraschend.

3. Eine fremdenpolizeiliche Bewilligung erlischt unter anderem mit der Abmeldung ins Ausland (Art. 61 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [SR 142.20; abgekürzt AIG]). Verlässt eine ausländische Person die Schweiz, ohne sich abzumelden, so erlischt die Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 61 Abs. 2 AIG nach sechs Monaten von Gesetzes wegen und ohne behördliches Zutun. Dies gilt auch dann, wenn auf die Verlängerung der Bewilligung ein Anspruch besteht. Nach konstanter bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt es beim Erlöschen infolge einer sechsmonatigen Landesabwesenheit weder auf die Motive noch auf die Absichten des Betroffenen an, so dass namentlich auch eine Inhaftierung zum Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung führt (BGE 149 I 66 Erw. 4.7 mit Hinweisen; VerwGE B 2022/155 vom 16. Januar 2023 Erw. 2.2.2 und 2.3).

a) Gemäss Mitteilung der Schweizer Botschaft in Y.____ vom 23. März 2023 wurde der Rekurrent im X.____ zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, wobei er sich seit dem 14. März 2022 im Strafvollzug befand. Am 5. Juli 2023 informierte die Schweizerische Botschaft in Y.____ die Vorinstanz, dass der Rekurrent ein Rückreisevisum stellte (Vorakten S. 363). Es ist nicht ersichtlich, dass er während des Strafvollzugs Ausgänge oder anderweitige Unterbrüche hatte, die eine Rückkehr in die Schweiz ermöglicht hätten. Somit hat er sich ohne vorherige Abmeldung mehr als sechs Monate ununterbrochen im Ausland aufgehalten, was die Aufenthaltsbewilligung von Gesetzes wegen erlöschen liess.

b) Das Erlöschen nach sechsmonatigem Auslandsaufenthalt ist gesetzliche Rechtsfolge. Die Behörde verfügt über keine Möglichkeit, die Aufenthaltsbewilligung ausnahmsweise weiterbestehend zu erklären. Entsprechend besteht – im Gegensatz zum Widerruf einer Bewilligung – kein Ermessensspielraum, innerhalb dessen eine Verhältnismässigkeitsprüfung des Erlöschens als



aufenthaltsbeendende Massnahme vorzunehmen wäre. (VerwGE B 2022/155 vom 16. Januar 2023 Erw. 2.2.1 und 2.4).

4. Für das Erlöschen der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 61 Abs. 2 AIG hat der Gesetzgeber auf formelle Kriterien abgestellt. Wie bereits in Ziff. 3 ausgeführt, erlischt die Aufenthaltsbewilligung somit von Gesetzes wegen bzw. automatisch, wenn das Kriterium – eine Landesabwesenheit von sechs aufeinanderfolgenden Monaten – erfüllt ist. In einer solchen Konstellation das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101; abgekürzt EMRK) weitergeltend zu lassen, hätte zu Folge, dass Art. 61 Abs. 2 AIG seiner Substanz beraubt würde, was nicht mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar ist (Urteil des Bundesgerichts 2C_734/2022 vom 3. Mai 2023 Erw. 5.3.3; BGE 149 I 66 Erw. 4.8). Entsprechend ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz keine Interessenabwägung nach Art. 8 EMRK vorgenommen hat. Eine Verletzung der Begründungspflicht liegt somit nicht vor.

5. Ist die Aufenthaltsbewilligung durch ununterbrochenen Auslandsaufenthalt von sechs Monaten erloschen, gelten wieder die allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen und die Bestimmungen über die Wiedererteilung, wobei die Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG zu prüfen sind (VerwGE B 2022/155 vom 16. Januar 2023 Erw. 2.2.3). Dass die Vorinstanz die Wiederezulassung im Rahmen von Art. 30 AIG in ihrer Verfügung vom 7. März 2023 nicht geprüft hat, ist nicht zu beanstanden, handelt es sich hierbei doch um eine Ermessensbewilligung (BGE 149 I 66 Erw. 4.9). Insofern sich der Rekurrent im Rekursverfahren auf einen Härtefall im Sinn von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG beruft, ist dieser somit auf das bei der Vorinstanz pendente Verfahren um Wiedererteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu verweisen (act. 10). Im selben Verfahren hat die Vorinstanz in einer umfassenden Interessen- und Rechtsgüterabwägung ebenfalls einen allfälligen Anspruch zufolge des Rechts auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK) zu prüfen und die Interessen der Kinder zu würdigen (Art. 3 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes [SR 0.107]).

6. Demgemäss ist der Rekurs abzuweisen. Gründe, die im Sinn von Art. 83 AIG die Ausreise in den X.____ nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar erscheinen liessen, wurden nicht dargetan und sind nicht ersichtlich.

7. Mit Rekurseingabe vom 17. April 2023 beantragte der Rekurrent die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung.



a) Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Verwaltungsstreitigkeiten jener Beteiligte die Verfahrenskosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. In Anwendung von Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung (sGS 821.5) ist die Entscheidungsbüher auf Fr. 1'000.– festzusetzen und dem Verfahrensausgang entsprechend dem Rekurrenten aufzuerlegen. Auf die Erhebung der amtlichen Kosten für das vorliegende Rekursverfahren ist allerdings zu verzichten (Art. 97 VRP). Folglich ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos und somit abzuschreiben.

b) Der Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteistandung im Verwaltungsverfahren ergibt sich aus Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt BV) und Art. 99 Abs. 1 VRP. Ein Anspruch auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege setzt voraus, dass die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller bedürftig ist und das Verfahren nicht aussichtslos erscheint (Art. 99 Abs. 2 VRP i.V.m. Art. 117 Bst. a und Bst. b der Zivilprozessordnung [SR 272; abgekürzt ZPO]). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Verfahren als aussichtslos anzusehen, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und daher kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügend Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer summarischen Prüfung im Zeitpunkt, in dem das Gesuch gestellt wird (BGE 138 III 217 Erw. 2.2.4, 129 I 135 f. mit Hinweisen).

c) Aufgrund der klaren Gesetzeslage und Rechtsprechung waren die Erfolgsaussichten für den Rekurs von Beginn weg beträchtlich tiefer einzustufen als die Verlustgefahr. Damit ist der Rekurs als aussichtslos zu qualifizieren, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteistandung abzuweisen ist.

d) 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. A.____ wird eine Entscheidegebühr von Fr. 1'000.– auferlegt. Auf die Erhebung wird verzichtet. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgeschrieben.
3. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.
4. Das Begehren von A.____ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

Der Vorsteher:

Fredy Fässler, lic.iur.
Regierungsrat