



**Fall-Nr.:** B 2009/150  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 22.09.2009  
**Entscheiddatum:** 22.09.2009

### **Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. September 2009**

**Ausländerrecht, Art. 14 AsylG (142.31), Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG (SR 142.20).  
Einem abgewiesenen Asylbewerber, der keinen Bewilligungsanspruch geltend machen kann, steht kein Recht zu, ein kantonales Verfahren zur Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung wegen Vorliegens eines Härtefalls in Gang zu setzen (Verwaltungsgericht, B 2009/150).**

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf, lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener; Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

---

In Sachen

H.O.,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic.iur. S. ,

gegen

Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen, Moosbruggstrasse 11,  
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,



betreffend

Aufenthaltsbewilligung (Unterbreitung als Härtefall, evtl. vorläufige Aufnahme)

### **hat das Verwaltungsgericht festgestellt:**

A./ H.O., geb. 1980, reiste am 5. November 2001 ohne Identitätspapiere in die Schweiz ein und stellte am 7. November 2001 ein Asylgesuch, wobei er sich als irakischer Staatsangehöriger ausgab. Das Bundesamt für Migration lehnte das Asylgesuch am 25. Februar 2005 ab. Dagegen erhob der Gesuchsteller Beschwerde, die vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 15. Dezember 2008 abgewiesen wurde. Das Bundesamt für Migration setzte hierauf H.O. am 12. Januar 2009 eine Ausreisefrist bis 9. Februar 2009 an.

Am 7. Februar 2009 stellte H.O. durch seine Rechtsvertreterin beim Ausländeramt unter Berufung auf Art. 14 Abs. 2 des Asylgesetzes (SR 142.31, abgekürzt AsylG) und Art. 30 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20, abgekürzt AuG) ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen. Ausserdem beantragte er, es sei für die Dauer des Verfahrens von Vollzugshandlungen abzusehen.

Mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 17. April 2009 wiederholte H.O. seinen am 7. Februar 2009 gestellten Antrag. Ausserdem stellte er das Eventualbegehren, er sei infolge Vorliegens eines Wegweisungshindernisses vorläufig in der Schweiz aufzunehmen bzw. es sei dem Bundesamt für Migration ein entsprechendes Gesuch zu unterbreiten.

Mit Verfügung vom 6. Mai 2009 wies das Ausländeramt das Gesuch von H.O. ab und hielt fest, es sei nicht bereit, das Gesuch dem Bundesamt für Migration zu unterbreiten. Auch werde das Eventualbegehren um vorläufige Aufnahme dem Bundesamt für Migration nicht unterbreitet.



B./ Gegen die Verfügung des Ausländeramts erhob H.O. durch seine Rechtsvertreterin mit Eingabe vom 22. Mai 2009 Rekurs, der vom Sicherheits- und Justizdepartement mit Entscheid vom 12. August 2009 abgewiesen wurde. Das Departement erwog, aufgrund der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens könne kein Verfahren um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung eingeleitet werden, solange der Betroffene nicht aus der Schweiz ausgereist sei.

C./ Mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 31. August 2009 erhob H.O. Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Rekursentscheid vom 12. August 2009 sei aufzuheben und die Behörde sei anzuweisen, ihm gestützt auf Art. 14 Abs. 2 AsylG eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen bzw. ein entsprechendes Gesuch dem Bundesamt für Migration zur Zustimmung zu unterbreiten, evtl. sei er infolge Vorliegens eines Wegweisungshindernisses vorläufig in der Schweiz aufzunehmen bzw. es sei ein entsprechendes Gesuch dem Bundesamt für Migration zu unterbreiten, für die Dauer des Verfahrens sei von Vollzugshandlungen abzusehen bzw. die Ausreisefrist auszusetzen und für die Dauer des Verfahrens sei ihm zu gestatten, einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu können bzw. sich beim RAV erneut zur Stellenvermittlung anzumelden; ausserdem sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung zu gewähren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die zur Begründung dieser Begehren vorgebrachten Ausführungen werden, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 3. September 2009 unter Hinweis auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheids die Abweisung der Beschwerde.

### **Darüber wird in Erwägung gezogen:**

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Der Beschwerdeführer ist zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 31. August 2009 wurde rechtzeitig eingereicht und entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen



## St.Galler Gerichte

Anforderungen (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP).  
Auf die Beschwerde ist im Grundsatz einzutreten.

2. Art. 14 AsylG lautet wie folgt:

Ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kann eine asylsuchende Person kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung (Abs. 1).

Der Kanton kann mit Zustimmung des Bundesamtes einer ihm nach diesem Gesetz zugewiesenen Person eine Aufenthaltsbewilligung erteilen, wenn:

- a. die betroffene Person sich seit Einreichung des Asylgesuches mindestens fünf Jahre in der Schweiz aufhält;
- b. der Aufenthaltsort der betroffenen Person den Behörden immer bekannt war; und
- c. wegen der fortgeschrittenen Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Abs. 2).

Will der Kanton von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, so meldet er dies dem Bundesamt unverzüglich (Abs. 3).

Die betroffene Person hat nur beim Zustimmungsverfahren des Bundesamtes Parteistellung (Abs. 4).

Hängige Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung werden mit dem Einreichen eines Asylgesuchs gegenstandslos (Abs. 5).



Erteilte Aufenthaltsbewilligungen bleiben gültig und können gemäss den ausländerrechtlichen Bestimmungen verlängert werden (Abs. 6).

2.1. Der Beschwerdeführer ist abgewiesener Asylbewerber. Eine vorläufige Aufnahme wurde im Asylverfahren nicht angeordnet. Gegen den Beschwerdeführer wurde die Wegweisung verfügt. Gemäss Art. 14 Abs. 1 AsylG kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine asylsuchende Person ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf Erteilung. Nun kann ein Kanton mit Zustimmung des Bundesamtes einer ihm nach dem Asylgesetz zugewiesenen Person, die sich seit Einreichung des Asylgesuchs mindestens fünf Jahre in der Schweiz aufhält, eine Aufenthaltsbewilligung erteilen, wenn wegen fortgeschrittener Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Art. 14 Abs. 2 AsylG). Aus der Regelung von Art. 14 Abs. 2 bis 4 AsylG ergibt sich, dass der Kanton vorerst blosser Antragsteller ist und erst nach einer allfälligen Zustimmung des Bundesamtes, welches seinerseits dem Ausländer Parteistellung (einschliesslich Beschwerderecht) einräumen muss, die Erteilung oder auch nur die Zusicherung einer Bewilligung ins Auge fassen kann. Dem abgewiesenen Asylbewerber, der keinen Bewilligungsanspruch geltend machen kann, steht, vom Gesetzgeber gewollt (Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 AsylG), kein Recht zu, einen Bewilligungsantrag zu stellen bzw. ein entsprechendes kantonales Verfahren in Gang zu setzen und zu durchlaufen (Urteil des Bundesgerichts BGE 2D\_90/2008 vom 9. September 2008 mit Hinweis auf die Urteile 2C\_526/2008 vom 17. Juli 2008 E. 2, 2D\_79/2008 vom 6. August 2008 E. 2 sowie 2D\_81/2008 vom 5. August 2008 E. 2).

Dies bedeutet, dass ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid, der die Frage einer Bewilligungserteilung nach Art. 14 Abs. 2 AsylG zum Gegenstand hat, nicht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden kann (vgl. Art. 83 lit. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes, SR 173.110, abgekürzt BGG). Zudem ist aber auch die Möglichkeit, gegen einen solchen Entscheid subsidiäre



## St.Galler Gerichte

Verfassungsbeschwerde zu erheben, weitgehend eingeschränkt, wenn nicht gar ausgeschlossen (Urteil 2D\_90/2008 vom 9. September 2008).

2.2. Der Beschwerdeführer macht unter Berufung auf Peter Uebersax (Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 7.87) geltend, Art. 14 Abs. 2 AsylG stelle einen Ausnahmetatbestand zu dem in Abs. 1 festgelegten Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens dar. Dies trifft im Grundsatz zu. Dieser Ausnahmetatbestand kommt aber - abgesehen vom Fall eines Rechtsanspruchs auf eine Bewilligung - nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur zum Tragen, wenn ein Kanton von seiner Möglichkeit Gebrauch macht und dem Bundesamt ein Begehren als Härtefall unterbreitet. Der Ausländer kann, selbst wenn er die Voraussetzungen als Härtefall in seiner Person als erfüllt erachtet, nicht von sich aus einen Bewilligungsantrag stellen bzw. ein entsprechendes kantonales Verfahren in Gang setzen. Dies hat das Bundesgericht im Urteil 2D\_90/2008 vom 9. September 2008 unter Hinweis auf verschiedene weitere Urteile ausdrücklich festgehalten.

2.3. In der Weigerung des Ausländeramts bzw. der Vorinstanz, für den Gesuchsteller beim Bund ein Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung zu beantragen, ist kein Missbrauch bzw. keine Überschreitung des Ermessens zu erblicken. Zwar hält sich der Beschwerdeführer bereits seit knapp acht Jahren in der Schweiz auf und hat sich soweit ersichtlich klaglos verhalten. Allerdings stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, es sei ihm zumutbar gewesen, sich bezüglich der Ausstellung von Identitätspapieren an die heimatlichen Behörden zu wenden. Er habe sich weder um die Offenlegung seiner tatsächlichen Herkunft noch um die Beibringung echter Identitätspapiere bemüht und seine Mitwirkungspflicht verletzt. Daher habe er die Folgen der Verheimlichung seiner wahren Identität und Herkunft zu tragen (Urteil vom 15. Dezember 2008, E. 6.4). Am 21. Januar 2009 äusserte er seine Bereitschaft, nach Syrien auszureisen. Kurz vor Ablauf der Ausreisefrist ersuchte er um eine Bewilligung und um den weiteren Verbleib in der Schweiz. Der Beschwerdeführer versucht offensichtlich, den Vollzug der Wegweisung zu durchkreuzen. Dies zeigt sich auch darin, dass er bei der Vorsprache auf dem syrischen Konsulat behauptete, er sei irakischer Staatsangehöriger. Es ist nicht einsichtig, weshalb ihn Syrien einreisen lassen soll, wenn er grundsätzlich in seinen geltend gemachten Herkunftsstaat ausreisen könnte. Der Beschwerdeführer hätte sich schon längst um eine Vorsprache



bei der irakischen Vertretung bemühen können. Bisher weigerte er sich, in den geltend gemachten Herkunftsstaat auszureisen. Aufgrund dieser Umstände kann es nicht als rechtswidrig oder gar willkürlich qualifiziert werden, dass das Ausländeramt das Gesuch nicht dem Bundesamt für Migration unterbreitete. Folglich ist die Beschwerde abzuweisen.

2.4. Die Vorinstanz hielt zutreffend fest, dass der Beschwerdeführer nicht legitimiert ist, die vorläufige Aufnahme zu beantragen. Es kann auf die Erwägungen 5 a - d des angefochtenen Entscheids verwiesen werden, ebenso auf E. 6.4 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts. Auf das in der Beschwerde gestellte Eventualbegehren, der Beschwerdeführer sei vorläufig in der Schweiz aufzunehmen, kann daher nicht eingetreten werden.

2.5. Mit dem Entscheid in der Sache ist das Begehren um Aussetzung von Vollzugshandlungen, Verlängerung der Ausreisefrist bzw. Zulassung des Abwartens des Entscheids in der Schweiz gegenstandslos, ebenso Ziff. 4 des Rechtsbegehrens, das sich auf die Dauer des Verfahrens bezieht.

3. Der Beschwerdeführer hat ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gestellt. Aufgrund der Praxis des Bundesgerichts (vgl. oben E. 2.1.), auf die die Vorinstanz verwies, muss die Beschwerde als aussichtslos qualifiziert werden, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung abzuweisen ist (Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung, SR 101; Art. 99 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 281 Abs. 2 lit. a des Zivilprozessgesetzes, sGS 961.2) Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 1'500.-- ist angemessen (Art. 13, Ziff. 622 Gerichtskostentarif, sGS 941.12).

Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Ar. 98bis VRP).

Demnach hat das Verwaltungsgericht

**zu Recht erkannt:**



1./ Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'500.-- bezahlt der Beschwerdeführer.

3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V.      R.      W.

Der Präsident:              Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- den Beschwerdeführer (durch Rechtsanwältin lic. iur. S.)
- die Vorinstanz

am:

Rechtsmittelbelehrung:

Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 116 BGG geltend gemacht wird, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 113 ff. BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.