



Fall-Nr.: B 2010/294
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 31.05.2011
Entscheiddatum: 31.05.2011

Urteil Verwaltungsgericht, 31. 05. 2011

Ausländerrecht, Art. 84 Abs. 5 AuG (SR 142.20) und Art. 31 Art. 1 VZAE (SR 142.201). Gesuche um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von vorläufig aufgenommen Personen, die sich mehr als fünf Jahre in der Schweiz aufhalten, sind vertieft zu prüfen. Diese umfassende Prüfungspflicht wird verletzt, wenn nur die finanziellen Aspekte gewürdigt werden und die familiären Verhältnisse sowie der Grad der Integration der Gesuchsteller unberücksichtigt bleiben (Verwaltungsgericht, B 2010/294).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder,

Dr. B. Heer,

lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; a.o. Gerichtsschreiber lic. iur. Ph. Lenz

In Sachen

G. X.,

S. X,

L. X,

B. X,

C. X,

M. x,



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführer,

alle vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. E.,

gegen

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

Vorinstanz,

betreffend

Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ G. X. (geb. 1968), seine Ehefrau S. X. (geb. 1975) und ihre vier Kinder L. (geb. 1993), B. (geb. 1994), C. (geb. 1995) und M. (geb. 2000), alle Staatsangehörige von Kosovo und Angehörige einer dem Kreis der Roma, Ashkali und Ägypter zugehörenden Volksgruppe, reisten am 10. Januar 2003 in die Schweiz ein und beantragten Asyl. Das Bundesamt für Flüchtlinge (heute Bundesamt für Migration [abgekürzt BFM]) lehnte die Gesuche mit Verfügung vom 25. Juli 2003 ab und wies die Gesuchsteller aus der Schweiz weg. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 11. August 2008 ab. Daraufhin forderte das BFM die Familie auf, die Schweiz bis 16. September 2008 zu verlassen.

B./ Am 9. September 2008 stellte die Familie ein Begehren um Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung, welches mit Verfügung des Ausländeramts (heute Migrationsamt) vom 18. November 2008 abgelehnt wurde. Mit Eingabe vom 16.



St.Galler Gerichte

September 2008 ersuchte die Familie um Wiedererwägung der verfügten Wegweisung aus der Schweiz. Zur Begründung wurden die schwere chronische Asthmaerkrankung von B. X. und die durch traumatisierende Kriegserlebnisse ausgelöste geistige Behinderung von C. X. aufgeführt. Das BFM hiess das Gesuch am 18. Dezember 2008 gut und schob den Vollzug der Wegweisung wegen Unzumutbarkeit zu Gunsten der vorläufigen Aufnahme auf.

Am 22. August 2007 wurde L. X. von der Jugendanwaltschaft A. des Diebstahls (Kosmetikartikel im Gesamtwert von Fr. 330.35) schuldig gesprochen und mit einer persönlichen Leistung von vier Halbtagen bestraft. Mit Bussenverfügung vom 9. April 2008 sprach das Untersuchungsamt A. G. X. der Verletzung von Verkehrsregeln (Unfallverursachung infolge Missachtung des Hauptstrassenvortritts) schuldig und verurteilte ihn zu einer Busse von Fr. 300. .

Die Familie bezog bis Juli 2009 Sozialhilfe in der Höhe von Fr. 193'711.77. Hinzu kamen monatliche Mietkosten von Fr. 1'560.--.

C./ Mit Eingaben vom 7. und 9. September 2009 ersuchten G. und S. X. und ihre Kinder um Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung. Das Migrationsamt wies die Gesuche mit Verfügung vom 5. März 2010 ab. Die Weiterleitung der Fälle an das BFM wurde mit der Begründung verweigert, es bestehe eine latente Gefahr der wiederkehrenden Sozialhilfeabhängigkeit. Zudem hätten G. und L. X. die Rechtsordnung nicht respektiert und durch ihr Verhalten Anlass zu Klagen gegeben.

D./ Gegen die Verfügung des Migrationsamts erhob die Familie am 22. März 2010 durch ihren Rechtsvertreter Rekurs, welcher vom Sicherheits- und Justizdepartement mit Entscheid vom 13. Dezember 2010 abgelehnt wurde.

E./ Mit Eingabe vom 28. Dezember 2010 erhob die Familie X., vertreten durch ihren Rechtsvertreter, Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Rechtsbegehren, der Beschluss des Regierungsrates sei aufzuheben; die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventualiter sei das Gesuch der Beschwerdeführer an das BFM weiterzuleiten zwecks Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung; es sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und auf die Erhebung eines



Kostenvorschusses zu verzichten; es sei den Beschwerdeführern in der Person des Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu stellen; alles unter Entschädigungs- und Kostenfolge zu Lasten der Vorinstanz. Zur Begründung führten sie im wesentlichen an, es grenze an Willkür, alleine aufgrund der in der Vergangenheit bezogenen Sozialhilfe auf den Grad der Integration zu schliessen. Es fehle an der rechtlichen Grundlage, ein Gesuch um (humanitäre) Aufenthaltsbewilligung alleine aufgrund der finanziellen Verhältnisse abzuweisen, da das Gesetz auch den Willen zur Teilhabe am Wirtschaftsleben voraussetze. Tue dies die Vorinstanz trotzdem, so überschreite sie ihr Ermessen und verletze Recht. Wenn zudem die Würdigung sämtlicher anderer Kriterien zur Beurteilung eines Härtefalls ausgespart werde, sei die Begründungspflicht verletzt. Die Vorinstanz habe damit den Anspruch der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör verletzt. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Härtefallkriterien sei festzustellen, dass die Beschwerdeführer alle Voraussetzungen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls erfüllten. Einzig die Sozialhilfeabhängigkeit bis Juli 2009 und die Bagatelldelikte von G. und L. X. fielen negativ ins Gewicht. Auf die einzelnen Ausführungen wird, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Die Vorinstanz liess sich mit Schreiben vom 7. Januar 2011 zur Beschwerde vernehmen. Sie beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen. Zur Begründung verwies sie auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid.

Die Beschwerdeführer erhielten Gelegenheit, zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen. Dies taten sie mit Eingabe vom 25. Januar 2011.

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). Die Beschwerdeführer sind zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 28. Dezember 2010 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 daher einzutreten.

2. Die Beschwerdeführer rügen, die Vorinstanz habe nur ihre finanzielle Situation und nicht auch die übrigen Kriterien zur Beurteilung eines Härtefalls gewürdigt. Damit sei sie ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen, und es liege folglich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

2.1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das Recht des Privaten, in einem vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde geführten Verfahren mit seinem Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können. Das rechtliche Gehör ist einerseits persönlichkeitsbezogenes Verfahrensrecht der Beteiligten und schützt vor Herabminderung zum blossen Verfahrensobjekt. Andererseits ist es ein Mittel der Sachaufklärung, dient der optimalen Aufarbeitung der relevanten Entscheidungsgrundlagen und ermöglicht im Rahmen des Verfahrensrechts die Einführung der Sicht der Betroffenen. Der Umfang des rechtlichen Gehörs richtet sich nach Art. 15 VRP und subsidiär nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, abgekürzt BV). Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt sodann, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss deshalb so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (BGE



135 II 286; BGE 129 I 232; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1673; G. Steinmann, in: St. Galler Kommentar zur BV, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 21 zu Art. 29). Art. 15 Abs. 2 VRP hält insbesondere fest, dass Verfügungen, die erheblich belasten, nur zulässig sind, wenn die Betroffenen den wesentlichen Sachverhalt kennen und Gelegenheit zur Stellungnahme hatten.

2.2. Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid, Gesuche um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländern, die sich seit mehr als fünf Jahren in der Schweiz aufhielten, würden unter Berücksichtigung der Integration, der familiären Verhältnisse und der Zumutbarkeit einer Rückkehr in den Herkunftsstaat vertieft geprüft. Sie wies sodann auf die nach Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201, abgekürzt VZAE) zu berücksichtigenden Entscheidungskriterien hin und führte ergänzend aus, nach kantonaler Praxis sei insbesondere eine dauerhafte wirtschaftliche Existenz erforderlich. Berücksichtigt werde die Prognose hinsichtlich Sozialhilfeabhängigkeit. Sie setzte sich sodann mit der finanziellen Situation der Beschwerdeführer auseinander und kam zum Ergebnis, es könne gesamthaft nicht von gesicherten finanziellen Verhältnissen ausgegangen werden, die eine durchwegs positive Prognose erlaubten. Fehle es schon an einer gesicherten wirtschaftlichen Existenz, erübrige sich die Prüfung der weiteren Voraussetzungen für eine Umwandlung.

2.3. Die Vorinstanz hat im Entscheid nachvollziehbar und ausreichend begründet, weshalb sie die finanziellen Verhältnisse als nicht gesichert beurteilt. Sie gelangte zum Ergebnis, unter diesen Umständen erübrige sich die Prüfung der anderen in Art. 31 Abs. 1 VZAE aufgeführten Härtefallkriterien. Dies ermöglichte es den Beschwerdeführern, den Entscheid sachgerecht anzufechten. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist deshalb nicht ersichtlich. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Vorinstanz Recht verletzte, indem sie nur die finanzielle Situation prüfte (Art. 31 Abs. 1 lit. d VZAE) und die übrigen Kriterien unbeachtet liess. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

3. Gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG kann von den Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18 bis 29 AuG abgewichen werden, um schwerwiegenden persönlichen Härtefällen oder wichtigen öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Auch vorläufig



aufgenommene Personen, die sich seit mehr als fünf Jahren in der Schweiz aufhalten, können grundsätzlich eine Härtefallbewilligung erhalten (Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 7.190). Art. 84 Abs. 5 AuG sieht vor, dass Gesuche um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländern, die sich seit mehr als fünf Jahren in der Schweiz aufhalten, unter Berücksichtigung der Integration, der familiären Verhältnisse und der Zumutbarkeit einer Rückkehr in den Herkunftsstaat vertieft zu prüfen sind.

Das Bundesgericht hat bis zum Inkrafttreten des AuG eine umfangreiche Praxis zum Vorliegen eines Härtefalls entwickelt, die gemäss dem Willen des Gesetzgebers weiterentwickelt werden soll (Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3786). Danach liegt ein Härtefall vor, wenn sich die betroffene Person in einer persönlichen Notlage befindet. Ihre Lebens- und Daseinsbedingungen müssen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von anderen ausländischen Personen, in gesteigertem Mass in Frage gestellt sein (BGE 130 II 39 E. 3; BGE 128 II 200 E. 4; Th. Baur, Die Härtefallregelung im Asylbereich - kritische Analyse der kantonalen Praxis, in: ASYL 2/2009, S. 11 ff.). Der Begriff des schwerwiegenden persönlichen Härtefalls ist dabei restriktiv auszulegen. Bei der Prüfung der in Art. 31 Abs. 1 und 2 VZAE aufgeführten Härtefallkriterien ist deshalb ein strenger Massstab anzulegen. Folgende Umstände sind massgeblich: Integration, Respektierung der Rechtsordnung, Familienverhältnisse, insbesondere Zeitpunkt der Einschulung und Dauer des Schulbesuchs der Kinder, finanzielle Verhältnisse und Bereitschaft zu Erwerbstätigkeit und Bildungserwerb, Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, Gesundheitszustand, Möglichkeiten der Wiedereingliederung im Herkunftsstaat sowie Offenlegung der Identität der gesuchstellenden Person (Uebersax/Rudin/Hugi/Yar/Geiser, a.a.O., Rz. 7.192). Dabei ist jedoch jeder Fall individuell unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu prüfen. Die in Art. 31 Abs. 1 VZAE aufgeführten Kriterien stellen deshalb weder einen abschliessenden Katalog dar, noch müssen sämtliche darin aufgeführten Kriterien kumulativ erfüllt sein.

3.1. Die Vorinstanz erwog, nach kantonalen Praxis sei insbesondere eine dauerhafte wirtschaftliche Existenz erforderlich. Berücksichtigt werde sodann die Prognose hinsichtlich Sozialhilfeabhängigkeit. Die Rekurrenten lebten seit 2003 in der Schweiz



und erfüllten die zeitlichen Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung der Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen. Seit ihrer Ankunft in der Schweiz bis Juli 2009 hätten sie jedoch mit Sozialhilfeleistungen in der Höhe von Fr. 193'711.70 unterstützt werden müssen, was für eine schlechte Integration spreche. Die Vorinstanz errechnete sodann ein Familieneinkommen von brutto rund Fr. 6'000.--. Dazu führte sie aus, die Ehefrau gehe seit Juni 2008 einer Teilzeitarbeit nach und nehme aktuell monatlich rund Fr. 1'000.-- ein. Die älteste Tochter habe im Sommer eine Lehre als Detailhandelsassistentin begonnen und verdiene monatlich Fr. 550.--. Der Vater sei seit Mitte 2008 ständig erwerbstätig und erziele ein Monatseinkommen von Fr. 4'500.--. Entsprechende Zahlungseingänge seien jedoch nicht nachgewiesen und nach dem Arbeitsvertrag vom 29. April 2009 sei ein Akkordlohn vereinbart, weshalb der Lohn unterschiedlich hoch sein werde. Die Lohnabrechnungen Juni und Juli 2009 sprächen für einen tieferen Lohn. Aus einer nunmehr zweieinhalb Jahre andauernden Erwerbstätigkeit könne angesichts der bald achtjährigen Anwesenheit noch nicht der Schluss gezogen werden, das Ehepaar habe im Arbeitsleben definitiv Fuss gefasst. Das Familieneinkommen sei zudem für den Unterhalt einer sechsköpfigen Familie nicht ausreichend. Gemäss der gemeinsamen Richtlinie der Fremdenpolizeichefs Ostschweiz und Fürstentum Liechtenstein (in: www.vof.ch, abgekürzt: VOF-Richtlinie), welche sich an die Richtlinie der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (in: www.skos.ch, abgekürzt SKOS-Richtlinie) anlehne, sei von einem Grundbedarf von Fr. 2735.--, einem Ergänzungsbedarf von Fr. 979.--, Mietzinsen in der Höhe von Fr. 1'560. sowie Erwerbskosten für die drei erwerbstätigen Personen von Fr. 400.-- auszugehen; hinzu kämen die Prämien für die Krankenkasse. Zu berücksichtigen seien auch die weiteren finanziellen Verpflichtungen (Sozialhilfeausstand). Gesamthaft könne (noch) nicht von gesicherten finanziellen Verhältnissen ausgegangen werden, die eine durchwegs positive Prognose erlaubten.

3.2. Die Beschwerdeführer machen geltend, sie erfüllten seit Anfang August 2009 die Voraussetzungen von Art. 31 Abs. 1 lit. d VZAE. Seit diesem Zeitpunkt seien sie nicht mehr von der Sozialhilfe abhängig. Die Ehefrau sei seit Anfang Juni 2008 unbefristet bei der H. AG, S., als Teilzeitarbeitskraft im Stundenlohn angestellt, wobei sie ihr Arbeitspensum mit Älterwerden der Kinder ständig erhöhen könne. Ausserdem hätten die Beschwerdeführer seit Beginn ihres Aufenthaltes in der Schweiz einen starken Willen gezeigt, sich in das wirtschaftliche Leben zu integrieren. Von November 2005 bis



Ende Januar 2006 sei der Ehemann angestellt gewesen; aus wirtschaftlichen Gründen, namentlich wegen der schlechten Auftragslage, sei ihm gekündigt worden. Danach habe er sich beharrlich, aber leider erfolglos um eine neue Anstellung bemüht. Seine Bewerbungsbemühungen seien dokumentiert. Seit Mitte Mai 2009 sei er nun bei der B. GmbH, W., mit einem Vollzeitpensum im Monatslohn beschäftigt. Die Vorinstanz hebe zu Unrecht die bezogenen Sozialhilfeleistungen hervor und erkläre, diese stünden der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung entgegen. Dabei verkenne sie dreierlei: Erstens könne - gestützt auf den Wortlaut des Gesetzes und die Rechtsprechung - selbst bei Sozialhilfeabhängigkeit eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden. Zweitens müsse eine Prognose in die Zukunft gestellt werden, was einer rückwärts gerichteten Betrachtungsweise entgegenstehe. Derzeit bezögen die Beschwerdeführer keine Sozialhilfe. Anzeichen dafür, dass sich dies ändere, lägen keine vor. Auch wenn die Beschwerdeführer ein bescheidenes Erwerbseinkommen erzielten, stellten sie damit den Willen zur Teilhabe am Wirtschaftsleben unter Beweis. Und drittens ändere daran nichts, dass die Beschwerdeführer irgendwann in der Zukunft wieder auf Sozialhilfe angewiesen sein könnten. Dann - und erst dann - könne die Aufenthaltsbewilligung wieder entzogen werden.

3.3. Wie den von den Beschwerdeführern mit der Stellungnahme zur Vernehmlassung der Vorinstanz eingereichten Lohnabrechnungen zu entnehmen ist, erzielte der Ehemann vom 5. Juli bis 30. Dezember 2010 ein Nettoeinkommen von insgesamt Fr. 25'474.82 (durchschnittlich Fr. 4'245.45 pro Monat). Der ausbezahlte Lohn der Ehefrau wird vom 1. Mai bis 31. Oktober 2010 mit insgesamt Fr. 7'557.40 (durchschnittlich Fr. 1'259.55 pro Monat) angegeben. Dabei fällt auf, dass die Lohnabrechnungen der Ehefrau nicht von der H. AG ausgestellt worden sind, sondern von der V. AG, S. Den Rekursakten liegt zwar ein entsprechender Arbeitsvertrag für Mitarbeitende im Stundenlohn bei, in der Beschwerdeschrift wird diese Arbeitgeberin jedoch nicht mehr erwähnt. Es ist in diesem Zusammenhang auch nicht erklärbar, weshalb die Beschwerdeführer Lohnabrechnungen des Ehemannes bis Ende 2010 einreichten, für die Ehefrau jedoch nur von 1. Mai (Arbeitsaufnahme) bis 31. Oktober 2010. Es bleibt deshalb offen, ob die Ehefrau, wie die Beschwerdeführer anführen, nach wie vor ein Einkommen von rund Fr. 1'000.-- pro Monat erzielt. Den Akten liegt zudem ein vom kantonalen Amt für Berufsbildung genehmigter Lehrvertrag für die älteste Tochter bei. Die vereinbarte Lehrzeit dauert vom 9. August 2010 bis 8. August



2012, wobei das Monatsgehalt im ersten Bildungsjahr Fr. 550.-- und im zweiten Fr. 750.-- beträgt. Damit besteht ein belegtes monatliches Gesamteinkommen von rund Fr. 4'800.-- bzw. Fr. 5'000.-- ab August 2011. Diesem Einkommen stehen Kosten für den Lebensunterhalt gegenüber, die sich gemäss der VOF-Richtlinie auf rund 3'700.-- belaufen (Grundbedarf: Fr. 2'735.--; Ergänzungsbedarf: Fr. 979.--). Es ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass sich diese Beträge an diejenigen der SKOS-Richtlinie anlehnen, welche für eine sechsköpfige Familie von einem Grundbedarf von Fr. 2'638.-- ausgeht. Unter Hinzurechnung der monatlichen Wohnkosten von Fr. 1'560.-- ist folglich von einem Monatsbudget von rund Fr. 5'260.-- auszugehen. Dies zeigt, dass die Familie in angespannten finanziellen Verhältnissen lebt und auf das Zusatzeinkommen der Ehefrau angewiesen ist. Wie erwähnt, kann den Akten aber nicht entnommen werden, ob ein solches nach wie vor erzielt wird. Es ist zudem fraglich, ob die Ehefrau in der Lage sein wird, das Arbeitspensum mit zunehmendem Alter der Kinder kontinuierlich zu steigern, wie sie es beabsichtigt. Einerseits besteht keine Gewähr, dass die Arbeitsmarktsituation dies zulassen wird, und andererseits erscheint es angesichts der von den Beschwerdeführern angeführten gesundheitlichen Probleme ihrer Söhne, insbesondere des geistig behinderten jüngsten Sohnes, zumindest fragwürdig, ob sie sich den notwendigen Freiraum für ein erhöhtes Arbeitspensum schaffen kann.

Angesichts dieser Umstände hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, es könne nicht von gesicherten finanziellen Verhältnissen ausgegangen werden, die eine durchwegs positive Prognose erlaubten. Daran ändert auch nichts, dass ein Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung besteht. Dass die Beschwerdeführer in der Vergangenheit Sozialleistungen in der Höhe von rund Fr. 190'000.-- bezogen haben, ist in diesem Zusammenhang allerdings nicht ausschlaggebend. Diese an sich erhebliche Summe ist mit Blick auf die Bezugsdauer von sechs Jahren und die Grösse der Familie zu relativieren.

3.4. Nachdem die Vorinstanz festgestellt hatte, dass es an der gesicherten wirtschaftlichen Existenz der Beschwerdeführer fehlt, verzichtete sie auf die Prüfung der weiteren in Art. 31 Abs. 1 VZAE aufgeführten Härtefallkriterien. Sie hielt lediglich noch fest, der Ehemann und die älteste Tochter seien strafrechtlich in Erscheinung getreten, allerdings nicht schwerwiegend. Wie erwähnt, ist dies grundsätzlich zulässig,



denn die Härtefallkriterien müssen nicht kumulativ erfüllt sein. Allerdings sind die finanziellen Verhältnisse (lit. d) der Beschwerdeführer nicht derart schlecht, dass die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung alleine aufgrund dieses Kriteriums ausser Betracht fallen würde. Immerhin beziehen die Beschwerdeführer derzeit keine Sozialhilfe und bestreiten ihren Lebensunterhalt aus eigener Erwerbstätigkeit. Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, mit der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung würden die Beschwerdeführer gegenüber anderen Ausländerkategorien bevorteilt, denn ein Aufenthaltler in der gleichen Situation könnte kaum mehr mit einer Verlängerung der Bewilligung rechnen. Dem kann nicht gefolgt werden. Auch bei einem Widerruf nach Art. 62 lit. e AuG muss das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt und folglich eine Abwägung der gesamten Umstände gemacht werden (M. Spescha, in: Spescha/Thür/Zünd /Bolzli, Migrationsrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, Rz. 10 zu Art. 63 AuG).

Der Gesetzgeber hat die Rechtsstellung von vorläufig Aufgenommenen mit Inkraftsetzung des AuG unter zwei Voraussetzungen gestärkt. Einerseits muss eine dauerhafte Anwesenheit in der Schweiz absehbar sein, andererseits darf die betroffene Person die Undurchführbarkeit des Vollzugs der Wegweisung nicht selbst verschuldet haben (Botschaft, a.a.O., BBl 2002 3735). Art. 84 Abs. 5 AuG verlangt deshalb ausdrücklich, dass Gesuche von vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländern, die sich seit mehr als fünf Jahren in der Schweiz aufhalten, unter Berücksichtigung der Integration, der familiären Verhältnisse und der Zumutbarkeit einer Rückkehr in den Herkunftsstaat vertieft zu prüfen sind. Indem sowohl das Migrationsamt als auch die Vorinstanz nur die finanziellen Aspekte würdigten und weder die familiären Verhältnisse noch den Grad der Integration der Beschwerdeführer berücksichtigten, kamen sie dieser umfassenden Prüfungspflicht nicht nach. Insbesondere die Situation der Kinder, welche teilweise die entscheidenden Jahre der Adoleszenz (vgl. BGE 123 II 125 E. 4b) in der Schweiz verbrachten, hätte zu weiteren Abklärungen Anlass gegeben. Im Speziellen wäre auch zu prüfen gewesen, inwieweit die, durch ärztliche Berichte bestätigten, Krankheiten der beiden Söhne eine längere Anwesenheit in der Schweiz bedingten. Dies ist insofern bedeutend, als die Begründung des am 16. September 2008 eingereichten Gesuchs um Wiedererwägung des Wegweisungsentscheides darauf schliessen lässt, dass die gesundheitliche Situation der beiden Söhne den Entscheid des BFM, die Beschwerdeführer vorläufig



aufzunehmen, massgeblich prägte. Dieser Entscheid fiel im übrigen in Kenntnis des Entscheids des Migrationsamts, mit welchem das erste Gesuch der Beschwerdeführer um eine Aufenthaltsbewilligung abgelehnt worden war.

Wie erwähnt, erwog die Vorinstanz, der Ehemann und die älteste Tochter hätten die Rechtsordnung missachtet. Sie beurteilte die Verstösse jedoch als nicht schwerwiegend. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass dieses gesetzwidrige Verhalten, soweit es gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. b VZAE in die Gesamtbeurteilung mit einbezogen wird, die Rechtsstellung der übrigen unbescholtenen Familienmitglieder nicht verschlechtern darf. Die Aufnahmegesuche sind folglich differenziert zu prüfen.

3.5. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Vorinstanz verletzte Art. 84 Abs. 5 AuG, indem sie, gleich wie das Migrationsamt, auf eine vertiefte, die gesamten Umstände erfassende Abwägung verzichtete und ihre Erwägungen einseitig auf die finanzielle Situation der Beschwerdeführer beschränkte. Der Rekursentscheid und die Verfügung des Migrationsamts vom 5. März 2010 sind deshalb aufzuheben und die Angelegenheit gestützt auf Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 VRP zur Neubeurteilung im Sinn der Erwägungen und zur neuen Entscheidung an das Migrationsamt zurückzuweisen.

4. Mit der Gutheissung der Beschwerde wird das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung hinfällig. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Staat aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.-- ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

Die Beschwerdeführer haben Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98bis VRP). Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung ermessensweise festzusetzen ist (Art. 6 und 19 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Eine Entschädigung von Fr. 2'500.-- zuzügl. MWSt für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren ist angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. a und b HonO).



Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der Entscheid der Vorinstanz sowie die Verfügung des Migrationsamts vom 5. März 2010 werden aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird zur weiteren Abklärung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen und zur neuen Beurteilung und Entscheidung an das Migrationsamt zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten von Fr. 2'000.-- gehen zulasten des Staates; auf die Erhebung wird verzichtet.

4./ Der Staat entschädigt die Beschwerdeführer für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren ausseramtlich mit Fr. 2'500.-- zuzüglich MWSt.

V. R. W.

Der Präsident:

Der a.o. Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführer (durch Rechtsanwalt lic. iur. E.)

- die Vorinstanz



- das Migrationsamt

am:

Rechtsmittelbelehrung

Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. BGG geltend gemacht wird, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 82 lit. a BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.