



Fall-Nr.: B 2016/101
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 23.08.2016
Entscheiddatum: 23.08.2016

Entscheid Verwaltungsgericht, 23.08.2016

Ausländerrecht, Gesuch um Anordnung der vorläufigen Aufnahme und Unterbreitung als schwerwiegender persönlicher Härtefall, Art. 30 Abs. 1 lit. b, Art. 83 AuG, Art. 31 Abs. 1 VZAE. Weil die Beschwerdeführerin ihrer Verpflichtung, den Ausgang des Bewilligungsverfahrens im Ausland abzuwarten, nicht nachgekommen ist, können ihre Integrationsbemühungen nicht berücksichtigt werden. Gesamthaft betrachtet besteht kein Anlass, dem SEM ein Gesuch um Zustimmung zu einer Härtefallbewilligung zu unterbreiten (E. 3.3). Art. 83 Abs. 6 AuG verschafft dem Einzelnen keinen Rechtsanspruch, die vorläufige Aufnahme beim SEM zu beantragen. Das Migrationsamt ist auf das entsprechende Gesuche der Beschwerdeführerin zu Recht nicht eingetreten (E. 4), (Verwaltungsgericht, B 2016/101). Entscheid vom 23. August 2016

Besetzung

Präsident Eugster; Verwaltungsrichter Linder, Heer, Bietenharder, Zindel;
Gerichtsschreiber Bischofberger

Verfahrensbeteiligte

E.D.,

Beschwerdeführerin,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Urs Bertschinger, St. Gallerstrasse 46, Postfach 745, 9471 Buchs,

gegen

Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen,

Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

Gegenstand

Gesuch um Anordnung der vorläufigen Aufnahme und Unterbreitung als schwerwiegender persönlicher Härtefall

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

E.D., geboren 1999 in Y., Serbien, ist serbische Staatsangehörige. Ihre Eltern, A.A., geboren 1982 in Österreich, und D.D., geboren am 1975, beide serbische Staatsangehörige, heirateten im Jahr 1998. Am 30. Oktober 2001 wurde die Ehe geschieden. E.D. wurde unter die elterliche Sorge des Vaters gestellt und wuchs in U., Serbien, auf und schloss dort die obligatorische Schulzeit ab. A.A. zog nach Österreich, wo sie am 16. Juni 2004 in Innsbruck N.A. heiratete und offenbar bis Oktober 2009 lebte. Am 12. Oktober 2009 reiste sie in die Schweiz ein. Am 20. Oktober 2009 heiratete sie den Schweizer Bürger K.C., geboren 1978. Daraufhin wurde ihr im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung erteilt. Am 11. Oktober 2011 wurde ihre Ehe geschieden. Gleichentags teilte ihr das Migrationsamt mit, ihren Aufenthalt in der Schweiz mit Zustimmung des Staatssekretariats für Migration SEM (ehemals: Bundesamt für Migration) wegen eines nahehelichen Härtefalls (psychische Erkrankung des Ehemanns) zu bewilligen (Akten Migrationsamt A.A. [nachfolgend:



Dossier A], S. 8 f., 12, 18, 36, 44, 102, 104 f., 109, 119, 128, 182, 184, 240 f. und 247, Akten Migrationsamt E.D. [nachfolgend: Dossier B], S. 61).

B.

Gestützt auf einen Bericht des Zentrums für soziale Arbeit (Jugendamt), Y., Serbien, vom 21. November 2013 übertrug das Amtsgericht Y. am 13. Januar 2014 das Sorgerecht für E.D. vom Vater auf die Mutter. Begründet wurde diese Sorgerechtszuteilung damit, dass die Mutter E.D. in der Schweiz bessere Lebensverhältnisse bieten könne als der Vater in Serbien. Am 22. Juni 2014 reiste E.D. in die Schweiz ein. Am 25. Juni 2014 ersuchte A.A. um Familiennachzug für E.D. Im August 2014 wurde E.D. in der Realschule T. eingeschult. Mit Verfügung vom 13. Oktober 2014 wies das Migrationsamt das Familiennachzugsgesuch ab und wies E.D. an, die Schweiz bis am 31. Oktober 2014 zu verlassen und allfällige Rechtsmittelverfahren im Ausland abzuwarten. Dagegen rekurrierte A.A. am 28. Oktober 2014 beim Sicherheits- und Justizdepartement. Neben der Aufhebung der Verfügung des Migrationsamtes vom 13. Oktober 2014 beantragte sie, E.D. zu gestatten, den Ausgang des Rekursverfahrens in der Schweiz abzuwarten. Mit departementaler Verfügung vom 12. November 2014 wurde E.D. der Aufenthalt in der Schweiz während des Rekursverfahrens nicht bewilligt. Gleichzeitig wurde sie aufgefordert, die Schweiz bis am 5. Dezember 2014 zu verlassen. Am 3. Dezember 2014 ersuchte A.A. um Wiedererwägung der Verfügung vom 12. November 2014. Auf dieses Wiedererwägungsgesuch trat das Sicherheits- und Justizdepartement mit Verfügung vom 8. Dezember 2014 nicht ein. Eine gegen diese Verfügung am 15. Dezember 2014 erhobene Beschwerde wies der Präsident des Verwaltungsgerichts mit Entscheid B 2014/239 vom 29. Januar 2015 ab. In der Folge wies das Sicherheits- und Justizdepartement den Rekurs von A.A. vom 28. Oktober 2014 mit Entscheid vom 24. August 2015 ab. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit Entscheid B 2015/171 vom 25. Februar 2016 ab. Auf eine Beschwerde gegen diesen verwaltungsgerichtlichen Entscheid trat das Bundesgericht mit Entscheid BGer 2C_281/2016 vom 5. April 2016 nicht ein (Dossier A, S. 142-144, 188-191, 240 f.,



S. 248-254, S. 257-260 und 263-265, Dossier B, S. 40, act. 9/RDRM.2014.135/1, 3, 4 f., 10, 15, 29 und 31, www.gerichte.sg.ch).

C.

Während des Beschwerdeverfahrens B 2015/171 vor Verwaltungsgericht liess E.D. am 14. Dezember 2015 resp. 5. Januar 2016 durch ihren damaligen Rechtsvertreter um Anordnung ihrer vorläufigen Aufnahme und um Unterbreitung als schwerwiegender persönlicher Härtefall ersuchen. Mit Verfügung vom 15. Januar 2016 trat das Migrationsamt auf das Gesuch um Anordnung der vorläufigen Aufnahme nicht ein, wies ihr Gesuch um Unterbreitung als schwerwiegender persönlicher Härtefall ab und verweigerte die Unterbreitung des Falles an das SEM (Dossier B, S. 131 f., 163-176). Dagegen rekurrierte E.D. durch ihren damaligen Rechtsvertreter beim Sicherheits- und Justizdepartement (act. 9/RDRM.2016.20/1 und 9 f.). Dieses wies den Rekurs mit Entscheid vom 3. Mai 2016 ab, soweit es darauf eintrat (act. 2B). Es begründete seinen Entscheid damit, dass sich E.D. nicht auf eine lange Dauer der Anwesenheit in der Schweiz berufen könne und sie die hiesige Rechtsordnung nicht respektiere. Seit dem 6. Dezember 2014 halte sie sich rechtswidrig in der Schweiz auf, weswegen sie mit Strafbefehl der Jugendanwaltschaft Uznach vom 16. Oktober 2015 wegen rechtswidrigen Aufenthalts mit einem Verweis bestraft worden sei. Auch im Rahmen des Ausreisegesprächs des Migrationsamtes vom 16. Dezember 2015 habe sie sich geweigert, ihrer Ausreiseverpflichtung Folge zu leisten. Sie habe zwar in den rund zwei Jahren ihres Aufenthalts in der Schweiz sowohl schulisch als auch sprachlich eine beachtliche Integrationsleistung erbracht und im Berufswahlprozess bislang durchwegs positive Rückmeldungen erhalten. Auch werde sie als Person allseits sehr geschätzt. Diese Integrationsbemühungen würden aber weitgehend auf einem rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz gründen. Sie seien damit nicht von massgebender Bedeutung. Im Weiteren würden sich die finanziellen Verhältnisse bei ihrer Mutter derzeit nicht als gesichert erweisen, da diese ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachkäme, Sozialhilfe bezogen habe und seit Mitte Februar 2016 arbeitslos sei. Die Wiedereingliederung von E.D. in Serbien, wo sie bis zu ihrer Einreise in die Schweiz im Alter von 15 Jahren und drei Monaten gelebt habe, sei möglich. Sie habe dort die



prägenden Jugendjahre verbracht und die Schulausbildung absolviert. Sie beherrsche die dortige Amtssprache und sei mit den kulturellen Gepflogenheiten vertraut. Mittlerweile sei sie 17 Jahre alt und könne mit punktueller Unterstützung hinsichtlich Finanzen und Betreuung durch die Mutter aus der Schweiz, der Halbschwester ihrer Mutter und der Cousine selbständig in Serbien leben. Anknüpfungspunkte für den Aufbau eines weitergehenden (ausser-)familiären Beziehungsnetzes seien damit gegeben. Ferner sei sie im Herkunftsland bereits in ihren frühen Jugendjahren Beschäftigungen im Reinigungsbereich nachgegangen und habe auch die Pflege und Betreuung von Kleinkindern übernommen. Allfällige gesundheitliche Einschränkungen würden keine vorgebracht. Das Kindeswohl sei im Herkunftsland gewährleistet und nicht gefährdet, auch wenn ihre Mutter, welche formell über ihre elterliche Sorge verfüge, in der Schweiz lebe. Im Übrigen sei der Vollzug der Wegweisung weder unmöglich, unzulässig noch unzumutbar.

D.

Gegen den Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartements (Vorinstanz) vom 3. Mai 2016 liess E.D. (Beschwerdeführerin) am 4. Mai 2016 durch ihren Rechtsvertreter Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben (act. 1). Am 31. Mai 2016 ergänzte sie ihre Beschwerde mit einer Begründung und dem Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben. Das Migrationsamt sei anzuweisen, dem SEM ihr Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung zu unterbreiten. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Migrationsamt anzuweisen, dem SEM ihre vorläufige Aufnahme zu beantragen. Im Übrigen sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (act. 5). Mit Vernehmlassung vom 17. Juni 2016 schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde (act. 8).

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.



Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1.

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59^{bis} Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 4. Mai 2016 (act. 1) erfolgte rechtzeitig und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 31. Mai 2016 (act. 5) formal und inhaltlich die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Die Beschwerdeführerin war bei Einreichung der vorliegenden Beschwerde 17 Jahre und knapp zwei Monate alt und ist damit unmündig (Art. 14 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, SR 210, ZGB). Unabhängig davon, ob das Einreichen eines Härtefallgesuchs nach Art. 30 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz; SR 142.20, AuG) oder eines Gesuchs um vorläufige Aufnahme (vgl. Art. 83 ff. AuG) ein höchstpersönliches Recht im Sinne von Art. 19c Abs. 1 ZGB darstellt und es dafür überhaupt einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf, kann im konkreten Fall von der stillschweigenden Zustimmung der gemäss Urteil des Amtsgerichts Y. vom 13. Januar 2014 allein sorgeberechtigten Mutter der Beschwerdeführerin ausgegangen werden (vgl. Art. 19a Abs. 1 ZGB). Das Härtefallgesuch wurde am 14. Dezember 2015 und damit während der Hängigkeit des Beschwerdeverfahrens B 2015/171 betreffend Familiennachzug der heutigen Beschwerdeführerin eingereicht, in welchem ihre Mutter unter anderem um ihre Beiladung ersuchte (vgl. VerwGE B 2015/171 vom 25. Februar 2016 Sachverhalt lit. D, a.a.O.). Die Beschwerdeführerin ist damit zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Soweit die Beschwerdeführerin darum ersucht, eine Amtsauskunft bei der Jugendanwaltschaft Uznach und ein ärztliches Gutachten über ihren Gesundheitszustand einzuholen (act. 5, S. 6 und 8), ist weder ersichtlich noch dargetan, welche neuen entscheiderelevanten Erkenntnisse, die sich nicht bereits aus den Akten ergeben, dadurch gewonnen werden könnten. Unter diesen Umständen ist



in antizipierter Beweiswürdigung auf die beantragten Beweiserhebungen zu verzichten (vgl. BGer 2C_564/2014 vom 20. April 2015 E. 3.1 mit Hinweisen).

3.

Die Beschwerdeführerin macht zur Begründung ihres Hauptantrags geltend, die Vorinstanz habe ihr Ermessen missbraucht, indem sie ihr gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG keine Aufenthaltsbewilligung erteilt habe. Der angefochtene Entscheid sei nicht nur unangemessen, sondern schlichtweg unhaltbar, da von unzutreffenden Annahmen ausgegangen worden sei. Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) sei verletzt. Von einem rechtswidrigen Aufenthalt könne keine Rede sein. Sie habe innert Frist Einsprache gegen den Strafbefehl der Jugendanwaltschaft Uznach vom 16. Oktober 2015 erhoben. Ihre Mutter, welche über das alleinige Sorgerecht verfüge, habe von ihrem Aufenthaltsbestimmungsrecht Gebrauch gemacht, ihren Wohnsitz in T. festzulegen. Insofern sei sie nach Massgabe von Art. 301 Abs. 2 und 3 ZGB und Art. 25 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 82 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (SR 291, IPRG) verpflichtet, in T. zu wohnen. Unter diesen Umständen könne ihr der Aufenthalt bei ihrer Mutter zumindest bis zur Mündigkeit strafrechtlich nicht zur Last gelegt werden, da ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 14 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (SR 311.0, StGB) vorliege. Eventuell liege auch ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 17 StGB oder ein Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 StGB vor. Es sei davon auszugehen, dass das Strafverfahren gegen sie wegen rechtswidrigen Aufenthalts eingestellt werde. Die von der Vorinstanz anerkannten Integrationsbemühungen beruhten nicht auf einem rechtswidrigen Aufenthalt und seien deshalb von massgebender Bedeutung. Auch gehe der Vorwurf fehl, sie habe die Rechtsordnung nicht respektiert. Die Vorinstanz habe Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, EMRK), Art. 11 BV und Art. 3, 9 und 16 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (SR 0.107, KRK) verletzt. Allgemein sei bekannt, dass für eine normale Entwicklung des Kindes das Erlebnis einer harmonischen und lebensstüchtigen Familiengemeinschaft schlechthin unersetzlich sei. Dies werde durch ihren Verbleib bei ihrer Mutter, bei welcher sie schon fast zwei Jahre ununterbrochen lebe, gewährleistet. Das Fehlen einer solchen Lebensordnung in der Kindheit, vor allem die damit einhergehende seelische



Vernachlässigung, würde häufig schwere Entwicklungsstörungen und geistige oder moralische Defekte verursachen, die sich in kriminellen und asozialen Verhalten oder in abartigen sexuellen Neigungen äussern würden. Bei ihr sei denn auch eine juvenile Erschöpfungsdepression mit entsprechender Symptomatik bei belastender Konfliktsituation festgestellt worden. Unter Zunahme der Unsicherheit werde eine mögliche Suizidalität erhöht. Um eine schwere Erkrankung zu verhindern, empfehle der behandelnde Psychiater, sie bei der Mutter zu belassen. Dem Kindeswohl sei gegenüber migrationsrechtlichen Überlegungen ganz klar der Vorrang zu geben. Insbesondere gelte es ihrem Gesundheitszustand Rechnung zu tragen. Eine Wiedereingliederung im Herkunftsland könne unter diesen Umständen nicht erwartet werden, zumal es an diesbezüglichen Abklärungen gänzlich fehle. Sie werde einfach ihrem Schicksal überlassen, ohne über gesicherte Erkenntnisse zu Betreuungsmöglichkeiten zu verfügen. Die finanziellen Möglichkeiten ihrer Mutter könnten keine Rolle spielen. Die willkürliche und rechtsungleiche Praxis der Vorinstanz zeige sich ferner auch daran, dass die Vorinstanz die Umsetzung der vom Bundesgericht abgesehenen Wegweisung eines notorisch kriminellen und schlecht integrierten Paares aus Italien verhindert habe.

3.1.

Wie das Bundesgericht in Erwägung 2.2 des Urteils BGer 2C_281/2016 vom 5. April 2016 bereits festgehalten hat, haben weder die heutige Beschwerdeführerin noch ihre Mutter einen Rechtsanspruch auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Ebenso fehlt der Beschwerdeführerin die Möglichkeit, eine Bewilligung nach Art. 8 EMRK resp. Art. 13 BV zu beanspruchen. Ihre Mutter verfügt über kein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz. Weiter ergibt sich weder aus der KRK noch aus Art. 11 BV ein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (vgl. T. Hugi Yar, Von Trennungen, Härtefällen und Delikten – Ausländerrechtliches rund um die Ehe- und Familiengemeinschaft, in: Achermann/Amarelle/Caroni/epiney/kälin/uebersax [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013, S. 31 ff., S. 128, BGE 139 I 315 E. 2.4 und BGer 2C_613/2014 vom 8. Januar 2015 E. 3.6 je mit Hinweisen). Da die Beschwerdeführerin somit weder aus dem Völkerrecht noch aus dem Landesrecht einen Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz ableiten kann, ist die Frage der Erteilung eines Anwesenheitsrechts von der



Migrationsbehörde nach Massgabe der allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen von Art. 18-29 AuG und im pflichtgemässen Ermessen (vgl. Art. 96 Abs. 1 AuG) zu prüfen. Vorliegend stellt sich die Frage, ob aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls (Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG) allenfalls von den Zulassungsvoraussetzungen abgewichen werden kann. Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass mit verwaltungsgerichtlicher Beschwerde einzig Rechtsverletzungen (einschliesslich Ermessensmissbrauch) sowie die unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden können (Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP, vgl. VerwGE B 2013/219 vom 17. Dezember 2015 E. 2.2, www.gerichte.sg.ch). Ein Ermessensmissbrauch wird angenommen, wenn sich die Behörde zwar an den Rahmen des ihr vom Gesetz eingeräumten Ermessens hält, jedoch die bei der Ermessensausübung zu achtenden verfassungsrechtlichen Grundsätze, insbesondere die Grundsätze der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit oder das Verbot der Willkür, verletzt (vgl. VerwGE B 2014/168 vom 28. April 2016 E. 5.3 mit Hinweis auf Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, N 742, sowie VerwGE B 2014/171 vom 25. Februar 2016 E. 3.1 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch).

3.2.

Die Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG, welche in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201, VZAE) in einer nicht abschliessenden Aufzählung konkretisiert werden (vgl. Bächler/Hemmi/Achermann, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts, in: Achermann/Amarelle/Caroni/Epiney/Kälin/Uebersax [Hrsg.] Jahrbuch für Migrationsrecht 2014/2015, S. 125 ff., S. 136), sind restriktiv zu handhaben (vgl. VerwGE B 2013/219 vom 17. Dezember 2015 E. 2.2 mit Hinweisen, a.a.O). Der Ausländer muss sich in einer persönlichen Notlage befinden. Dies bedeutet, dass seine Lebens- und Daseinsbedingungen gemessen am durchschnittlichen Schicksal von Ausländern in gesteigertem Mass in Frage gestellt sein müssen beziehungsweise die Verweigerung einer Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18-29 AuG für ihn schwere Nachteile zur Folge hat. Bei der Beurteilung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls sind alle Gesichtspunkte des Einzelfalls zu berücksichtigen. Die Tatsache, dass der Ausländer



sich seit längerer Zeit in der Schweiz aufhält, hier sozial und beruflich gut integriert ist und sein Verhalten zu keinen Klagen Anlass gegeben hat, begründet für sich allein keinen schwerwiegenden persönlichen Härtefall. Die Beziehung des Ausländers zur Schweiz muss derart eng sein, dass man von ihm nicht verlangen kann, in einem anderen Land, insbesondere seinem Heimatland, zu leben. In dieser Hinsicht begründen die arbeits-, freund- oder nachbarschaftlichen Beziehungen, die der Ausländer während seinem Aufenthalt knüpfen konnte, normalerweise keine derart enge Verbindung mit der Schweiz, dass eine Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung der Ausländer gerechtfertigt wäre. Die Anerkennung als Härtefall setzt jedoch nicht zwangsläufig voraus, dass die Anwesenheit in der Schweiz den einzig möglichen Ausweg aus der Notlage darstellt. Illegale Aufenthalte in der Schweiz werden im Rahmen der Überprüfung eines Härtefalls nicht berücksichtigt. Selbst ein langer Aufenthalt in der Schweiz ist, soweit illegal, für sich allein kein wesentliches Element, das einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall zu begründen vermöchte. Andernfalls würde die beharrliche Verletzung von geltendem Recht gewissermassen belohnt werden (vgl. BGE 130 II 39 E. 3 mit Hinweis, allerdings in Bezug auf Art. 13 f. der altrechtlichen Begrenzungsverordnung vom 6. Oktober 1986, AS 1986 1791, BVO, und zur Übernahme der Regelung von Art. 13 f. BVO in Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG: Good/Bosshard, in: Caroni/Gächter/Thurnheer [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 30 N 7 f.). Im Weiteren bedarf die Erteilung einer Härtefallbewilligung der Zustimmung des SEM (vgl. Art. 30 Abs. 2 und Art. 99 AuG, Art. 85 Abs. 1 und 2 VZAE und Art. 5 lit. d der Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide, SR 142.201.1).

3.3.

Die Vorinstanz hat ihren Entscheid nachvollziehbar begründet und die wesentlichen Kriterien für die Beurteilung eines persönlichen Härtefalls berücksichtigt. Zunächst kann ihr nicht vorgeworfen werden, sie sei zu Unrecht von einem rechtswidrigen Aufenthalt der Beschwerdeführerin ausgegangen. Wie bereits im Entscheid VerwGE B 2015/171 vom 25. Februar 2016 E. 3.3 (act. 9/RDRM.2014.135/29, www.gerichte.sg.ch) festgestellt wurde, hat die Beschwerdeführerin, indem sie ihrer Verpflichtung, den Ausgang des Bewilligungsverfahrens im Ausland abzuwarten (vgl.



Verfügungen des Sicherheits- und Justizdepartements vom 12. November 2014 und 8. Dezember 2014 sowie Entscheid des Präsidenten des Verwaltungsgerichts vom 29. Januar 2015, act. 9/RDRM.2014.135/3 und 10), nicht nachgekommen ist, die Behörden vor vollendete, auf einer rechtswidrigen Grundlage geschaffene Tatsachen gestellt. Demzufolge können die Integrationsbemühungen der Beschwerdeführerin (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. a VZAE) auch im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden. Dasselbe gilt für den Umstand, dass sie seit über zwei Jahren mit ihrer Mutter zusammenwohnt (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. c VZAE). Daran würde nichts ändern, wenn die Jugendanwaltschaft Uznach das Strafverfahren gegen sie wegen rechtswidrigem Aufenthalt einstellen würde (vgl. Strafbefehl der Jugendanwaltschaft Uznach vom 16. Oktober 2015, Dossier B, S. 140 f. und Einsprache vom 24. März 2016, act. 6/5). Ferner zeugt es, ungeachtet der strafrechtlichen Beurteilung, ausländerrechtlich von mangelndem Respekt der Rechtsordnung gegenüber, dass die Beschwerdeführerin die ihr gesetzte Ausreisefrist verstreichen liess, was unter dem Aspekt von Art. 31 Abs. 1 lit. b VZAE zu ihren Ungunsten zu berücksichtigen ist, wenngleich dies nicht überbewertet werden darf (vgl. BGE 130 II 39 E. 5.2). Abgesehen davon, hält sich die mittlerweile 17 Jahre und fünf Monate alte Beschwerdeführerin erst seit 26 Monaten und damit verhältnismässig kurze Zeit in der Schweiz auf. Ihre Beziehungen zur Schweiz können deshalb nicht derart eng sein, dass von ihr nicht verlangt werden könnte, in einem anderen Land, insbesondere in ihrem Heimatland, wo sie sich bis zu ihrem 16. Lebensjahr aufhielt, zu leben (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. e VZAE). Darüber hinaus ist belegt (vgl. Dossier A, S. 246, 271, act. 6/1 und 2), dass die finanziellen Verhältnisse ihrer Mutter, von welcher die Beschwerdeführerin finanziell abhängig ist, derzeit nicht gesichert sind (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. d VZAE). Im Weiteren hat die Vorinstanz in Erwägung 3b des angefochtenen Entscheides (act. 2B, S. 9 f.) zutreffend ausgeführt, dass der Beschwerdeführerin die Wiedereingliederung im Herkunftsland möglich ist (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. g VZAE). Die Beschwerdeführerin reiste erst im Alter von 15 Jahren und drei Monaten in die Schweiz ein. Sie verbrachte damit die für eine normale Entwicklung prägenden Kinder- und Jugendjahre in Familiengemeinschaft mit ihrem Vater in Serbien. Sie beherrscht die dortige Amtssprache und ist mit den dortigen Verhältnissen nach wie vor vertraut. Nachdem sie die obligatorische Schulzeit in Serbien absolviert hat (vgl. VerwGE B 2015/171 vom 25. Februar 2016 E. 3.3, a.a.O.), sind ihre Chancen für eine berufliche Integration in Serbien nicht eingeschränkt.



Zusätzlich kann sie ihr in der Schweiz an der Realschule T. erworbenes Wissen nutzen, um in ihrer Heimat beruflich Fuss zu fassen. Zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung am 14. Dezember 2015 resp. 5. Januar 2016 (Dossier B, S. 131 f., 163-170) war sie fast 17 Jahre alt. In diesem Alter ist der Ablösungsprozess der Kinder vom Elternhaus regelmässig weit fortgeschritten, ohne allerdings abgeschlossen zu sein. Die Beschwerdeführerin ist demnach in einem Alter, welches ihr erlaubt, mit der finanziellen und moralischen Hilfe ihrer Eltern und Grosseltern unter punktueller Betreuung durch Familienangehörige oder Dritte, selbständig in Serbien zu leben (vgl. BGer 2C_174/2012 vom 22. Oktober 2012 E. 4.2). Das Kindeswohl ist im Herkunftsland gewährleistet und nicht gefährdet (vgl. hierzu bereits VerwGE B 2015/171 vom 25. Februar 2016 E. 3.3, S. 10 f., a.a.O.). Soweit die Eltern – in Wahrnehmung ihrer elterlichen Fürsorge- und Erziehungspflichten – oder die Tante ihre Betreuung nicht übernehmen, bestehen in Serbien alternative Betreuungsmöglichkeiten, etwa durch Gastfamilien. Daran ändert nichts, dass die Mutter der Beschwerdeführerin in der Schweiz lebt und ihr gemäss dem Entscheid des Amtsgerichts Y. vom 13. Januar 2014 (Dossier A, S. 142-144) formell die elterliche Sorge zugeteilt wurde, nachdem die Beschwerdeführerin über 12 Jahre lang, getrennt von ihr, zusammen mit ihrem Vater in Serbien gelebt und dabei ein gutes Verhältnis zu ihm gepflegt hatte. Die Beschwerdeführerin hat nur die ersten zwei Lebensjahre mit ihrer Mutter verbracht und danach den Kontakt zu ihr während über 12 Jahren lediglich besuchsweise oder via die neuen Medien gepflegt. Des Weiteren verfängt die Berufung der Beschwerdeführerin auf gesundheitliche Gründe (Art. 31 Abs. 1 lit. f VZAE), die ihre Anwesenheit in der Schweiz nötig machen würden, nicht. Die von ihr erst im Beschwerdeverfahren geltend gemachte psychische Erkrankung ist auch in Serbien behandelbar (vgl. BVerwGer E-3868/2014 vom 19. August 2014 E. 7.3.2). Darüber hinaus versteht es sich von selbst, dass das Migrationsamt ihre Ausreise sorgfältig vorbereiten wird und sie auch medizinisch begleitet wird, um die psychische Belastung nicht zusätzlich zu verschärfen (vgl. hierzu VerwGE B 2015/138 vom 7. August 2015 E. 4 f. und BGer 2C_856/2015 vom 10. Oktober 2015 E. 3.1 mit Hinweisen). Gesamthaft betrachtet erscheint der Schluss der Vorinstanz, die Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG seien bei der Beschwerdeführerin nicht erfüllt, nicht als rechtsfehlerhaft. Der Vorinstanz kann weder ein Ermessensmissbrauch noch eine ungenügende Feststellung des Sachverhalts



vorgeworfen werden. Damit fehlt es auch an einem Anlass, dem SEM ein Gesuch um Zustimmung zu einer Härtefallbewilligung für die Beschwerdeführerin zu unterbreiten. Daran vermag auch der von der Beschwerdeführerin beiläufig vorgebrachte Hinweis auf einen Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartements vom 3. November 2014 nichts zu ändern, mit welchem ein Wiedererwägungsgesuch eines notorisch straffälligen italienischen Paares gutgeheissen wurde, nachdem diesen die Niederlassungsbewilligungen formell rechtskräftig entzogen und deren Wegweisung angeordnet war (vgl. Bericht der Rechtspflegekommission „Untersuchung eines Wiedererwägungsentscheides des Sicherheits- und Justizdepartements“ vom 22. April 2015, www.ratsinfo.sg.ch, VerwGE B 2012/127 und B 2012/248 je vom 12. März 2013 sowie BGer 2C_407/2013 und BGer 2C_408/2013 je vom 15. November 2013). Der diesen Entscheiden zugrundeliegende Sachverhalt ist mit dem vorliegenden nicht vergleichbar.

4.

Weiter vertritt die Beschwerdeführerin zur Begründung ihres Eventualantrags den Standpunkt, der Vollzug der Wegweisung sei unzumutbar, weshalb das Migrationsamt anzuweisen sei, dem SEM ihre vorläufige Aufnahme zu beantragen. Diesbezüglich möge ihr zwar keine Parteistellung zukommen. Das Migrationsamt könne sich aber nicht willkürlich über die gesetzlichen Vorgaben hinwegsetzen.

Die Anordnung der vorläufigen Aufnahme ist in Art. 83 ff. AuG geregelt. Art. 83 Abs. 6 AuG sieht ausdrücklich vor, dass die kantonale Behörde beim SEM die vorläufige Aufnahme beantragen kann. Demgegenüber verschafft diese Bestimmung dem Einzelnen keinen Rechtsanspruch, die vorläufige Aufnahme beim SEM zu beantragen. Der Gesetzgeber schloss den direkten Zugang des Ausländers zu diesem Verfahren bewusst aus und überliess es dem Kanton, gegebenenfalls ein Gesuch um vorläufige Aufnahme einzuleiten (vgl. BGE 137 II 305 E. 3.2 und Bächler/Hemmi/Achermann, a.a.O., S. 167, mit Hinweis auf BVerwGer C_6333/2013 vom 30. Juli 2014 E. 3.2 f.). Die vorläufige Aufnahme setzt eine rechtskräftige Wegweisung voraus (vgl. P. Bolzli, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka [Hrsg.], Migrationsrecht, Art. 83 N 4). Daraus folgt, dass zum einen die Beschwerdeführerin nicht berechtigt ist, Antrag auf vorläufige Aufnahme zu stellen, und zum anderen die kantonalen Behörden nicht dafür zuständig



sind, darüber zu befinden (vgl. VerwGE B 2009/185 vom 15. April 2010 E. 6, www.gerichte.sg.ch). Im Weiteren hat die Beschwerdeführerin das Begehren um Anordnung der vorläufigen Aufnahme am 14. Dezember 2015 und damit während der Rechtshängigkeit des Beschwerdeverfahrens B 2015/171 betreffend Familiennachzug eingereicht, in welchem über die Zumutbarkeit, Zulässigkeit und Möglichkeit der Wegweisung entschieden wurde (vgl. VerwGE B 2015/171 vom 25. Februar 2016 E. 3.3, a.a.O.). Demnach ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz Ziff. 1 der Verfügung des Migrationsamtes vom 15. Januar 2016 (Dossier B, S. 171-176) schützte, mit welchem das Migrationsamt auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Anordnung der vorläufigen Aufnahme nicht eintrat. Im Übrigen bestehen nach wie vor (vgl. bereits VerwGE B 2015/171 vom 25. Februar 2016 E. 3.3, S. 12, a.a.O., Verfügung des Migrationsamtes vom 15. Januar 2016 E. 3, Dossier B, S. 171-176, und Erwägung 4 des angefochtenen Entscheids, act. 2B, S. 10 f.) keine Anhaltspunkte für das Vorliegen von Wegweisungsvollzugshindernissen gemäss Art. 83 Abs. 2 bis 4 AuG, welche den Vollzug der Wegweisung als nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar erscheinen lassen würden (Art. 83 Abs. 1 AuG). Serbien ist auf der „Safe Countries-Liste“ des SEM aufgeführt (www.sem.admin.ch). Zudem besteht in Serbien, wie bereits unter Erwägung 3.3 hiervor ausgeführt, auch hinsichtlich der psychischen Erkrankung der Beschwerdeführerin keine medizinische Notlage (vgl. hierzu BVerwGer D-4612/2009 vom 19. Dezember 2013 E. 4.2.3 mit Hinweisen, siehe auch VerwGE B 2015/139 vom 17. Dezember 2015 E. 4.2, www.gerichte.sg.ch, sowie BGer 2C_1130/2013 vom 23. Januar 2015 E. 3.1 f. mit Hinweisen). Überdies hat die Beschwerdeführerin vor dem Hintergrund der allgemeinen Lebenserfahrung nicht glaubhaft dargetan (vgl. E. 3.3 hiervor), dass keine alternativen Fremdbetreuungsmöglichkeiten in Serbien vorhanden wären (vgl. zum Beweismassstab: P. Bolzli, a.a.O., Art. 83 N 2). Folglich ist davon auszugehen, dass sie auch von einer Vertrauensperson ausserhalb der engeren Familie betreut werden könnte, sofern sich ihr Vater nachhaltig weigern sollte, sie zu betreuen. Deshalb erscheint die Wegweisung der mittlerweile über 17 Jahre alten Beschwerdeführerin auch unter den Aspekt des Kindeswohls nicht als unzumutbar.

5.



Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 2000 ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf die Erhebung ist angesichts der ausgewiesenen prozessualen Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin und ihrer unterstützungspflichtigen Mutter in Anwendung von Art. 97 VRP zu verzichten. Damit fällt ihr Gesuch um unentgeltliche Prozessführung im Sinne eines Verzichts auf amtliche Kosten dahin. Kostenvorschüsse sind keine zurückzuerstatten. Eine ausseramtliche Entschädigung an die Beschwerdeführerin fällt bei diesem Verfahrensausgang ausser Betracht (Art. 98 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 98^{bis} VRP).

6.

Die Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zusammen mit dem Endentscheid ist insbesondere in denjenigen Fällen nicht zu beanstanden, in denen das Gesuch mit der Eingabe in der Hauptsache verbunden wird und, wie vorliegend (vgl. Beschwerdeergänzung vom 31. Mai 2016, act. 5), keine weiteren Vorkehren des Rechtsvertreters erforderlich sind (vgl. BGer 4A_20/2011 vom 11. April 2011 E. 7.2.2 mit Hinweis). Die unentgeltliche Rechtsverteistandung wird gewährt, wenn der Gesuchsteller bedürftig und das von ihm angestrebte Verfahren nicht aussichtslos ist (Art. 99 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 117 ZPO, und Art. 29 Abs. 3 erster Satz BV). Eine Person gilt dann als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind (vgl. BGE 141 III 369 E. 4.1 mit Hinweisen und Richtlinie zur unentgeltlichen Rechtspflege im Zivilprozess und für die Privatklägerschaft im Strafprozess des Kantonsgerichts vom Mai 2011, www.sg.ch). Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen 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.



Diese vom Bundesgericht zum Begriff der Aussichtslosigkeit gemäss Art. 29 Abs. 3 BV entwickelte Praxis ist auch für die Auslegung von Art. 117 Ingress und lit. b ZPO zu berücksichtigen (vgl. BGE 138 III 217 E. 2.2.4 mit Hinweis). Weiter muss die unentgeltliche Verbeiständung im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO und Art. 29 Abs. 3 zweiter Satz BV zur gehörigen Wahrnehmung der Parteiinteressen notwendig sein (BGE 128 I 225 E. 2.3 mit Hinweisen). Die bedürftige Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen. Droht das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition der betroffenen Person einzugreifen, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters grundsätzlich geboten, sonst nur dann, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre (BGE 130 I 180 E. 2.2 mit Hinweisen).

Die prozessuale Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin ist ausgewiesen (vgl. act. 6/1-4). Hingegen waren die Gewinnaussichten des von der Beschwerdeführerin angestrebten Verfahrens – zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (vgl. BGE 140 V 521 E. 9.1 mit Hinweisen) – beträchtlich geringer als die Verlustgefahren. Zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung am 31. Mai 2016 (act. 5) war das Familiennachzugsgesuch der Mutter der Beschwerdeführerin vom 25. Juni 2014 insbesondere mangels Vorliegen von wichtigen familiären Gründen im Sinne von Art. 73 Abs. 3 VZAE bereits rechtskräftig abgewiesen worden (vgl. VerwGE B 2015/171 vom 25. Februar 2016, a.a.O, und BGer 2C_281/2016 vom 5. April 2016). Dem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht kann dementsprechend wegen Aussichtslosigkeit nicht entsprochen werden (vgl. hierzu BGer 2C_336/2015 vom 21. April 2016 E. 4).

Bei diesem Ergebnis ist der prozessuale Antrag des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin, ihm sei vor Festsetzung der Höhe der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters Gelegenheit zur Einreichung einer Kostennote zu geben (act. 5), ohne weiteres gegenstandslos geworden. Dessen ungeachtet verpflichtet Art. 98^{ter} VRP in Verbindung mit Art. 105 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung; SR 272, ZPO) das Verwaltungsgericht nicht,



eine Kostennote einzuholen, sondern stellt den Parteien oder deren Rechtsvertretern deren Einreichung frei (vgl. VerwGE B 2014/167 vom 27. Oktober 2015 E. 2.1 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch). Die Partei oder ihr Rechtsvertreter wissen, dass ihre Entschädigung bei Nichteinreichung einer Kostennote nach gerichtlichem Ermessen festgesetzt wird (vgl. Art. 6 und 19 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, HonO).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen, soweit es nicht gegenstandslos ist.

3.

Die amtlichen Kosten von CHF 2000 werden der Beschwerdeführerin auferlegt; auf die Erhebung wird verzichtet.

4.

Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Bischofberger