



**Fall-Nr.:** B 2012/211  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 13.11.2012  
**Entscheiddatum:** 13.11.2012

### **Urteil Verwaltungsgericht, 13.11.2012**

**Ausländerrecht, Art. 14 Abs. 1 AsylG (SR 142.31), Art. 8 Ziffer 1 EMRK (SR 0.101). Gemäss dem Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens können rechtskräftig abgewiesene Asylbewerber kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung. Ein solcher Anspruch kann sich aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 Ziffer 1 EMRK ergeben. Hierfür ist jedoch erforderlich, dass der Ehegatte der um eine Aufenthaltsbewilligung nachsuchenden Person entweder über die Schweizer Staatsbürgerschaft oder über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügt. Daran fehlt es hier, weshalb die Vorinstanz die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung an die rechtskräftig abgewiesene Asylbewerberin zu Recht verweigert hat (Verwaltungsgericht, B 2012/211).**

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber Dr. H. Fenners

---

In Sachen

A. B.,

X. Y.,

Beschwerdeführer,



## St.Galler Gerichte

beide vertreten durch Rechtsanwältin lic.iur. C. D.,

gegen

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

Vorinstanz,

betreffend

Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat

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

A./ Die mongolische Staatsangehörige A. B. reiste im November 2007 zusammen mit ihrem Sohn, X. Y., in die Schweiz ein und stellte am 27. Dezember 2007 ein Asylgesuch. Das Bundesamt für Migration wies das Asylgesuch mit Entscheid vom 29. April 2008 ab. Die Schweiz verliess sie in der Folge jedoch nicht.

Am 14. Februar 2011 stellte A. B. erneut ein Asylgesuch. Gemeinsam mit ihrem Sohn wurde sie dem Kanton Tessin zugewiesen. Auf das Asylgesuch trat das Bundesamt für Migration mit Verfügung vom 17. Juni 2011 nicht ein. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 28. Juni 2011 ab.

B./ A. B. und X. Y. halten sich seit dem 15. Januar 2012 bei E. Z. in Q. auf. Letzterer hatte am 26. Dezember 2007 ebenfalls ein Asylgesuch gestellt, welches das Bundesamt für Migration mit Verfügung vom 19. Februar 2010 abwies. Die Wegweisung aus der Schweiz wurde jedoch wegen Unzumutbarkeit nicht vollzogen



## St.Galler Gerichte

und zu Gunsten einer vorläufigen Aufnahme aufgeschoben. Mit der Umsetzung der vorläufigen Aufnahme wurde der Kanton St. Gallen beauftragt.

C./ A. B. und E. Z. wollen heiraten. Sie machten deswegen das Ehevorbereitungsverfahren beim Zivilstandsamt in Q. anhängig. Mit Schreiben vom 15. Mai 2012 setzte die Zivilstandsbeamtin A. B. eine Frist von 60 Tagen an, um den Nachweis des rechtmässigen Aufenthalts im Kanton St. Gallen zu erbringen.

D./ Am 23. Mai 2012 stellte A. B. für sich und ihren Sohn ein Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat. Das Migrationsamt des Kantons St. Gallen stellte mit Verfügung vom 20. Juni 2012 fest, es könne kein Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung eingeleitet werden.

Dagegen liessen A. B. und X. Y. über ihre zwischenzeitlich beigezogene Rechtsvertreterin, Rechtsanwältin lic. iur. C. D., mit Eingabe vom 5. Juli 2012 Rekurs beim Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen einreichen. Dabei beantragten sie zum einen, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und A. B. eine Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat mit E. Z. zu erteilen. Zum anderen verlangten sie, es sei A. B. und ihrem Sohn zu gestatten, den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz respektive im Kanton St. Gallen abzuwarten; eventualiter sei ihnen der Wechsel vom Kanton Tessin in den Kanton St. Gallen zum vorläufigen Verbleib bei E. Z. zu bewilligen. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies mit Verfügung vom 16. Juli 2012 das Begehren, es sei A. B. und X. Y. zu gestatten, den Ausgang des Verfahrens im Kanton St. Gallen abzuwarten, ab (Ziff. 1); auf das Gesuch um Bewilligung des Wechsels vom Kanton Tessin in den Kanton St. Gallen zum vorläufigen Verbleib bei E. Z. trat es sodann nicht ein (Ziff. 2.).

E./ Gegen die Verfügung des Sicherheits- und Justizdepartements vom 16. Juli 2012 liessen A. B. und X. Y. mit Eingabe vom 23. Juli 2012 Beschwerde beim Verwaltungsgericht erheben. Das entsprechende Verfahren (B 2012/164) wurde vom Präsidenten des Verwaltungsgerichts mit Verfügung vom 30. Juli 2012 bis zum Entscheid in der Hauptsache sistiert.

F./ Am 13. September 2012 erging der Hauptsachenentscheid. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies den Rekurs ab, soweit es darauf eintrat.



## St.Galler Gerichte

G./ Mit Eingabe vom 28. September 2012 erhoben A. B. und X. Y. über ihre Rechtsvertreterin auch gegen den Rekursentscheid vom 13. September 2012 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Dabei liessen sie folgende Anträge stellen:

"1. Der Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartements vom 13. September 2012 sei aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin unter Einbezug ihres Sohnes eine Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung zu erteilen.

2. Eventualiter sei das Verfahren zur Vornahme weiterer Sachverhaltsabklärungen an das Migrationsamt zurückzuweisen.

3. Es sei den Beschwerdeführern zu gestatten, den Ausgang des Verfahrens betreffend Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat im Kanton St. Gallen abwarten und während dieser Zeit bei E. Z. verbleiben zu dürfen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge auch für das Verfahren vor der Vorinstanz.

Subsidiär sei den Beschwerdeführern die unentgeltliche Prozessführung und

Rechtsverteidigung durch die unterzeichnende Rechtsanwältin zu gewähren."

Das Sicherheits- und Justizdepartement beantragte in seiner Vernehmlassung vom 4. Oktober 2012 Abweisung der Beschwerde unter Verweis auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid.

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

1. (...).

2. Bei den Beschwerdeführern handelt es sich um rechtskräftig abgewiesene Asylbewerber. Im Streit liegt einzig die Frage, ob sich das Migrationsamt zu Recht geweigert hat, ein Verfahren um Erteilung einer (Kurz-)Aufenthaltsbewilligung einzuleiten.



2.1. Rechtskräftig abgewiesene asylsuchende Personen können gemäss Art. 14 Abs. 1 des Asylgesetzes (SR 142.31) bis zur Ausreise kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung. Dies wird als Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens bezeichnet. Eine Ausnahme davon setzt nach der Praxis voraus, dass der Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung offensichtlich ist. Ein solcher Anspruch kann sich aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101, abgekürzt EMRK) ergeben, wenn es darum geht, die Beziehung zwischen Ehegatten zu schützen. Dies verlangt aber neben einer engen und tatsächlichen Verbindung, dass der Ehegatte der um eine Aufenthaltsbewilligung nachsuchenden Person entweder über die Schweizer Staatsbürgerschaft oder über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügt (BGE 130 II 281 E. 3.1; BGer 2C\_511/2008 vom 17. November 2008).

2.2. Im Unterschied zur vorgenannten Konstellation steht hier nicht das Aufenthaltsrecht einer bereits verheirateten Person zur Diskussion, sondern die (Einleitung eines Verfahrens zur) Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung an eine rechtskräftig abgewiesene asylsuchende Person, welche beabsichtigt, in Kürze eine in der Schweiz aufenthaltsberechtigte Person zu heiraten. Mit der identischen Frage war das Bundesgericht erst kürzlich befasst (BGer 2C\_349/2011 vom 23. November 2011 = BGE 137 I 351). Das höchste Gericht erwog im entsprechenden Urteil, eine automatisch und ohne nähere Prüfung erfolgte Verhinderung der Heirat von illegal in der Schweiz sich aufhaltenden Personen könne das Recht auf Eheschliessung gemäss Art. 14 der Bundesverfassung (SR 101) beziehungsweise Art. 12 EMRK verletzen. Es kam deshalb zum Schluss, die Fremdenpolizeibehörden seien im Hinblick auf eine verfassungs- und konventionsrechtskonforme Rechtsanwendung gehalten, eine Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat zu erteilen, wenn keine Hinweise vorlägen, dass die ausländische Person mit ihrem Vorhaben die Vorschriften für den Familiennachzug umgehen wolle, und offensichtlich feststehe, dass sie nach der Heirat die Zulassungsvoraussetzungen in der Schweiz erfülle (BGer a.a.O., E. 3.7), wobei auf eine analoge Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG hingewiesen wird.

2.3. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid auf das entsprechende Urteil hingewiesen. Auch die Beschwerdeführer nehmen darauf Bezug; sie geben jedoch die



bundesgerichtlichen Erwägungen unrichtig beziehungsweise nur unvollständig wieder. So trifft es nicht zu, wenn sie ausführen, es könne dem Urteil nicht entnommen werden, dass die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung auf sogenannte Anspruchsfälle beschränkt sei. Sie übersehen, dass im Urteil mehrfach auf die analoge Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG hingewiesen wird. Diese Bestimmung regelt den prozessualen Aufenthalt, der dann bewilligt werden «kann», wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind. Hierfür muss (unter anderem) ein landesrechtlicher oder völkerrechtlicher Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung gegeben sein (Egli/Meyer, in: Caroni/Gächter/Thurnheer (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, N 11 zu Art. 17). Dies gilt nach dem erwähnten Grundsatzurteil gleichermassen oder jedenfalls sinngemäss für eine illegal anwesende Person, die einen in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Partner heiraten will. Die Erteilung einer (Kurz-)Aufenthaltsbewilligung zwecks Vorbereitung der Heirat kommt nur in Betracht, wenn «klar» ist, dass die illegal anwesende Person nach der Heirat rechtmässig mit dem über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Ehegatten hier leben dürfen. Für eine Legalisierung des Aufenthalts genügt es somit entgegen der Meinung der Beschwerdeführer nicht, dass keine Anhaltspunkte für eine Scheinehe bestehen.

2.4 Vorliegend kann keine Rede davon sein, dass die Beschwerdeführer die Bewilligungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllen. E. Z. verfügt als vorläufig aufgenommene Person unbestrittenermassen über kein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz. Zudem ist den Beschwerdeführern eine Rückkehr in ihr Heimatland zuzumuten. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sie – als illegal anwesende Personen – besser gestellt werden sollten als andere Ausländer oder Ausländerinnen, denen mangels Rechtsanspruch auf eine Bewilligung der Aufenthalt während dem Bewilligungsverfahren verweigert wird. Die Vorinstanzen gingen daher zu Recht davon aus, dass keine Ausnahme vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens gegeben ist. Somit war auch kein Verfahren um Erteilung einer (Kurz-)Aufenthaltsbewilligung einzuleiten. Eine Rückweisung an das Migrationsamt zwecks Abklärung, ob nach Ablauf der dreijährigen Wartefrist gemäss Art. 85 Abs. 7 AuG die Voraussetzungen für einen Familiennachzug erfüllt sind, erweist sich als entbehrlich. Auch nach Ablauf der 3-Jahres-Frist im Februar 2013 fehlt es an einem Rechtsanspruch auf Erteilung einer Bewilligung.



3. Vorsorgliche Massnahmen fallen grundsätzlich mit dem instanzenabschliessenden Entscheid in der Hauptsache dahin (vgl. Seiler, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, N 52 zu Art. 56; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, N 1 zu § 6; Meyer/Dormann, in: Niggli/Wiprächtiger/Übersax [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, N 12 zu Art. 104). Entsprechend erweist sich das im Verfahren B 2012/211 gestellte Begehren um Gewährung des prozessualen Aufenthalts als gegenstandslos. Die Beschwerde B 2012/164 wurde sodann mit dem Rekursentscheid vom 13. September 2012 gegenstandslos; sie kann daher abgeschrieben werden.

4. Die Beschwerdeführer stellen für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung durch Rechtsanwältin lic. iur. C. D. Gemäss Art. 99 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 117 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272) wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, wenn die Gesuchsteller nicht über die erforderlichen Mittel verfügen und das Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Als nicht aussichtslos gilt ein Begehren, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Davon kann hier keine Rede sein, zumal keineswegs klar erscheint, dass die Beschwerdeführerin nach erfolgter Heirat mit E. Z. die Zulassungsvoraussetzungen in der Schweiz offensichtlich erfüllen würde. Nur dann ist aber einer rechtskräftig abgewiesenen asylsuchenden Person ein provisorischer Aufenthaltstitel zwecks Vorbereitung der Heirat auszustellen; die diesbezüglichen Ausführungen im erst kürzlich ergangenen bundesgerichtlichen Grundsatzurteil (BGE 137 I 351) sind unmissverständlich. Mangels Erfüllen der Voraussetzungen ist deshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie Rechtsverbeiständung abzuweisen.

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten den Beschwerdeführern aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 1'000.-- ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung [sGS 941.12]). Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Art. 98bis VRP).



### Demnach hat das Verwaltungsgericht

#### zu Recht erkannt:

- 1./ Die Beschwerdeverfahren B 2012/164 und B 2012/211 werden vereinigt.
- 2./ Die Beschwerde B 2012/211 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist und sie sich nicht als gegenstandslos erweist. Die Beschwerde B 2012/164 wird zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
- 3./ Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung wird abgelehnt.
- 4./ Die Beschwerdeführer haben die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'000.-- zu bezahlen.
- 5./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V.      R.      W.

Der Präsident:      Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- die Beschwerdeführer (durch Rechtsanwältin C. D.)
- die Vorinstanz



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 dreissig Tagen nach der Eröffnung Beschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.