



**Fall-Nr.:** B 2016/135  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 22.03.2018  
**Entscheiddatum:** 22.03.2018

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 22.03.2018**

**Ausländerrecht. Art. 30 Abs. 1 lit. b, 43 Abs. 1 und 51 Abs. 2 AuG (SR 142.20).Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bzw.**

**Niederlassungsbewilligung; Gesuch um Unterbreitung als schwerwiegender persönlicher Härtefall / Familiennachzug. Bestätigung der vorinstanzlichen Bewilligungsverweigerung und Verneinung eines Härtefalls durch das Verwaltungsgericht (Verwaltungsgericht, B 2016/135).**

Besetzung

Abschnittspräsident Eugster; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;  
Gerichtsschreiber Schmid

Verfahrensbeteiligte

**A.Y.**, c/o S.W.,

**K.M.**, c/o S.W.,

**Beschwerdeführer,**

vertreten durch S.W.,

gegen



**Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen**, Oberer Graben 32,  
9001 St. Gallen,

**Vorinstanz,**

Gegenstand

**Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bzw. Niederlassungsbewilligung; Gesuch um Unterbreitung als schwerwiegender persönlicher Härtefall / Familiennachzug**

**Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

**A.**

a. A.Y., geb. 1976, von Weissrussland, und U.T., Schweizer Staatsbürger, geb. 1975, heirateten am 7. April 2006 in der Schweiz. Im Rahmen des Familiennachzugs erhielt A.Y. am 23. Juni 2006 eine Aufenthaltsbewilligung im Kanton Zürich. Am 5. April und 21. August 2007 beantragte sie im Rahmen eines Kantonswechsels in St. Gallen eine Aufenthaltsbewilligung. Das Ausländeramt (später Migrationsamt) St. Gallen trat mit Verfügungen vom 15. Juni 2007 und 12. Februar 2008 auf die Gesuche nicht ein, weil A.Y. die verlangten Unterlagen nicht eingereicht hatte. Mit Urteil des Bezirksgerichts X. vom 11. November 2008 wurde die Ehe von U.T. und A.Y. geschieden. Das Migrationsamt wies A.Y. hierauf mit Verfügung vom 23. März 2009 an, den Kanton St. Gallen bis 7. April 2009 zu verlassen. Am 13. November 2013 gebar A.Y. ihren Sohn K.M. Am 8. September 2014 anerkannte O.M., geb. 1969, von Italien, die Vaterschaft. Am 24. Dezember 2014 beantragten A.Y. und O.M. eine Aufenthaltsbewilligung für A.Y. und eine Niederlassungsbewilligung für K.M. Das Migrationsamt trat mit Verfügung vom 11. März 2015 auf die Gesuche nicht ein mit der Begründung, es sei nicht zuständig, da wegen fehlender Mitwirkung der Aufenthaltsort von A.Y. nicht habe ermittelt werden können. Es bestünden Hinweise, dass sie sich im Kanton Appenzell Aussenrhoden aufhalte (act. G 10 I/228).



**b.** Nachdem A.Y. gegen diese Verfügung Rekurs beim Sicherheits- und Justizdepartement erhoben hatte, hob das Migrationsamt die Verfügung am 4. Juni 2015 wiedererwägungsweise auf und prüfte das Gesuch materiell. Mit Verfügung vom 13. August 2015 wies es das Gesuch von O.M. um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA an K.M. im Rahmen des Familiennachzugs ab (act. G 10 III/99). Mit Verfügung vom 15. Oktober 2015 wies das Migrationsamt auch das Gesuch um Unterbreitung als schwerwiegender persönlicher Härtefall bzw. Familiennachzug betreffend A.Y. und K.M. ab. Zur Begründung hielt es im Wesentlichen fest, das Familiennachzugsgesuch von O.M. sei abgewiesen worden. Selbst wenn K.M. über eine Bewilligung verfügen würde, verleihe dies seiner Mutter keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs. A.Y. habe keine Verwandten in der Schweiz, die das Schweizer Bürgerrecht oder die Niederlassungsbewilligung besitzen würden. Lediglich der Vater ihres Sohnes besitze die Niederlassungsbewilligung. Zwischen Vater und Sohn sei weder in wirtschaftlicher noch affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung auszumachen. O.M. werde vollumfänglich vom Sozialamt unterstützt. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls seien nicht gegeben (act. G 10 I/270). Den gegen die Verfügung vom 15. Oktober 2015 erhobenen Rekurs vom 28. Oktober 2015 (act. G 10/1) wies das Sicherheits- und Justizdepartement mit Entscheid vom 8. Juni 2016 ab (act. G 5).

### **B.**

**a.** Gegen diesen Entscheid erhoben A.Y. und K.M., beide vertreten durch S.W. mit Eingabe vom 24. Juni 2016 Beschwerde mit den Anträgen, den Beschwerdeführern sei die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Alternativ sei der Beschwerdeführerin eine Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Erbringung gültiger Ausweispapiere zu erteilen. Auf eine Ausweisung bzw. Ausschaffung der Beschwerdeführer sei in jedem Fall zu verzichten (act. G 1).

**b.** In der Vernehmlassung vom 8. August 2016 beantragte die Vorinstanz Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verwies sie auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid (act. G 9). Nach Einsicht in die Akten nahm der Rechtsvertreter der



Beschwerdeführer mit Eingabe vom 22. August 2016 Stellung (act. G 13). Am 24. August 2017 reichte das Migrationsamt weitere Unterlagen (Polizeiberichte) ein (act. G 16).

c. Auf die Vorbringen in den Eingaben dieses Verfahrens wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

### **Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:**

1. (...).

2.

**2.1.** Zu prüfen ist, ob - und gegebenenfalls unter welchem Rechtstitel - den Beschwerdeführern eine Bewilligung zum Verbleib im Kanton St. Gallen zu erteilen ist. Die EMRK verschafft keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen besonderen Aufenthaltstitel. Sie hindert die Konventionsstaaten nicht daran, die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet zu regeln und den Aufenthalt ausländischer Personen unter Beachtung der Interessen des Familien- und Privatlebens gegebenenfalls auch wieder zu beenden. Dennoch kann es das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzen, wenn einer ausländischen Person, deren Familienangehörige sich hier aufhalten, die Anwesenheit untersagt und damit ihr Zusammenleben vereitelt wird. Das entsprechende, in Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV geschützte Recht ist berührt, wenn eine staatliche Entfernung- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser möglich bzw. zumutbar wäre, das entsprechende Familienleben andernorts zu pflegen (vgl. BGE 142 II 35 E. 6.1 mit Hinweisen).

**2.2.** Nach Art. 43 Abs. 1 AuG haben ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung unter Vorbehalt von Art. 51 Abs. 2 AuG Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Eine ausländerrechtlich relevante Ehegemeinschaft besteht



solange, als die eheliche Beziehung tatsächlich gelebt wird und ein gegenseitiger Ehwille vorhanden ist. Dabei ist hauptsächlich auf die nach aussen wahrnehmbare eheliche Wohngemeinschaft abzustellen (vgl. BGE 138 II 229 E. 2 und BGE 137 II 345 E. 3.1.2). Nach Art. 51 Abs. 2 lit. b AuG erlischt der Anspruch auf Familiennachzug resp. die Aufenthaltsbewilligung unter anderem, wenn Widerrufsgründe gemäss Art. 62 AuG vorliegen. Gemäss Art. 62 lit. e AuG erlischt der Anspruch auf Familiennachzug, wenn eine Person, für die der Ausländer zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist. Art. 62 lit. e AuG setzt eine konkrete Gefahr der Fürsorgeabhängigkeit voraus. Bloss finanzielle Bedenken allein genügen nicht. Für die Beurteilung der Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit ist von den aktuellen Verhältnissen auszugehen und die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung auf längere Sicht abzuwägen. Bejaht wird die Dauerhaftigkeit der Sozialhilfeabhängigkeit, wenn im Zeitpunkt des Entscheids nicht mit einer Verbesserung der Situation gerechnet werden kann und das Fürsorgerisiko aller Voraussicht nach bestehen bleibt. Entscheidend sind die finanziellen Möglichkeiten aller Familienmitglieder über eine längere Sicht. Das Einkommen des Angehörigen, der an die Lebenshaltungskosten der Familie beitragen soll, ist daran zu messen, ob und in welchem Umfang es tatsächlich realisierbar ist. In diesem Sinne müssen die Erwerbsmöglichkeiten und das damit verbundene Einkommen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf mehr als nur kurze Frist hin gesichert erscheinen (BGer 2C\_31/2012 vom 15. März 2012 E. 2.2 mit Hinweisen). Eine hohe Verschuldung wirkt sich dabei negativ auf die Zukunftsprognose aus (S. Hunziker in: Caroni/Gächter/Thurnheer, Handkommentar zum AuG, Bern 2010, Rz. 49 zu Art. 62 AuG).

### 3.

**3.1.** Der in der Schweiz niederlassungsberechtigte italienische Staatsangehörige O.M. ist der Vater des Beschwerdeführers, welcher Staatsangehöriger von Weissrussland (Belarus) ist (act. G 10 III/6). Unbestritten ist, dass die beiden Beschwerdeführer nie in familiärer Gemeinschaft mit O.M. lebten. Für einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs (Art. 43 Abs. 1 AuG, Art. 3 Abs. 1 FZA) fehlt es daher an der Voraussetzung einer intakten Familiengemeinschaft.



Ein Aufenthaltsanspruch des Beschwerdeführers wäre unter Umständen gegeben, wenn von einer in wirtschaftlicher und affektiver Sicht besonders engen Beziehung des nicht sorgeberechtigten Vaters zum Beschwerdeführer auszugehen wäre, diese Beziehung wegen der Distanz praktisch nicht aufrecht erhalten werden könnte und das bisherige Verhalten des Vaters in der Schweiz zu keinen Klagen Anlass gegeben hätte (vgl. BGer 2C\_147/2015 vom 22. März 2016, E. 2.2.2 mit Hinweisen), wobei die blosser Absicht, eine solche Beziehung erst aufzubauen, für einen Aufenthaltsanspruch nicht genügen würde (BGer 2C\_1025/2013 vom 7. April 2014, E. 2.4.4 mit Hinweisen). Aus den Akten ist ersichtlich, dass O.M. für seinen Lebensunterhalt seit 2007 vom Sozialamt unterstützt wird und alleine lebt (act. G 10 III/68). Die vorinstanzliche Feststellung, dass er keine Unterhaltszahlung für den Beschwerdeführer leistet und deshalb zumindest in wirtschaftlicher Hinsicht keine besonders enge Vater-Kind-Beziehung dargetan ist (act. G 5 S. 6 f.), blieb unbestritten. Zur Beziehung zwischen O.M. und dem Beschwerdeführer äusserten sich die Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren nicht weiter. Damit fehlt es an einem konkreten Anlass, aufgrund dessen die Verneinung eines Anspruchs auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung durch die Vorinstanz unter EMRK-rechtlichen Gesichtspunkten zu beanstanden wäre.

**3.2.** Von den Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18-29 AuG kann abgewichen werden, um schwerwiegenden persönlichen Härtefällen Rechnung zu tragen (Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG). 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, sind restriktiv zu handhaben (vgl. VerwGE B 2016/101 vom 23. August 2016, E. 3.2, mit Hinweis auf VerwGE B 2013/219 vom 17. Dezember 2015, E. 2.2). Die betroffene Person muss sich in einer persönlichen Notlage befinden. Dies bedeutet, dass ihre 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 sie schwere Nachteile zur Folge hat. Bei der Beurteilung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls sind alle Gesichtspunkte des Einzelfalls zu berücksichtigen. Die Tatsache, dass die betroffene Person 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 der Person zur Schweiz muss derart eng sein, dass man von ihr nicht verlangen kann, in einem anderen Land, insbesondere ihrem Heimatland, zu leben. In dieser Hinsicht begründen die arbeits-, freund- oder nachbarschaftlichen Beziehungen, die sie während ihres Aufenthalts 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 einen Härtefall bewirken (vgl. in anderem Zusammenhang auch BGE 130 II 39 E. 3 mit Hinweis). 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 hielt im angefochtenen Entscheid fest, seit dem Ablauf der Gültigkeit ihrer Aufenthaltsbewilligung im April 2007 lebe die Beschwerdeführerin ohne Bewilligung in der Schweiz. Die Dauer des bewilligungslosen Aufenthalts sei bei der Prüfung der Härtefallbewilligung nicht anzurechnen. Die Beschwerdeführerin habe in der Schweiz keine nahen Verwandten und bis zu ihrer Einreise im Alter von 30 Jahren in Weissrussland gelebt. Sie sei daher mit den dortigen Sitten und Gebräuchen sowie der Landessprache vertraut. Es könne ihr zugemutet werden, dort ein Beziehungsnetz wieder aufzubauen. Eine schlechtere wirtschaftliche Lage im Heimatstaat begründe keinen Härtefall. Der Beschwerdeführer befinde sich in einem Alter, in welchem er stark an die Eltern gebunden sei. Eine Ausreise zusammen mit der Mutter treffe ihn daher nicht besonders hart. Umstände, welche die allgemeine und politische Situation im Herkunftsland betreffen würden, fielen im Zusammenhang mit Härtefallbewilligungen ausser Betracht. Mit dem Hinweis, dass die staatliche Unterstützung für Alleinerziehende und die medizinische Grundversorgung in Weissrussland nicht den Verhältnissen in der Schweiz entspreche, könne kein Härtefall begründet werden. Die



verfassungs- und staatsvertragsrechtliche Pflicht zur Wahrung des Kindeswohls gebe keinen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung in demjenigen Land, in welchem der höchste Standard der finanziellen bzw. sozialen Unterstützung oder medizinischen Behandlung gewährleistet sei. Die Voraussetzungen eines Härtefalls seien nicht erfüllt (act. G 5 S. 8 f.).

Hinsichtlich der Frage der Verhältnismässigkeit der Verweigerung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an die Beschwerdeführer (Art. 96 AuG) kam die Vorinstanz zum Schluss, die Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik gegenüber Personen, die nicht aus einem EU- oder EFTA-Mitgliedstaat stammen würden, stelle ein anerkanntes öffentliches Interesse an der Bewilligungsverweigerung dar. Es habe zum Zweck, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der schweizerischen und ausländischen Wohnbevölkerung und die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die hier wohnenden und arbeitenden Ausländer zu gewährleisten. Dieses öffentliche Interesse überwiege die privaten Interessen der Beschwerdeführer an einer Bewilligungserteilung. Gründe, welche die Wegweisung im Sinn von Art. 83 AuG als nicht möglich, nicht zulässig und nicht zumutbar erscheinen lassen würden, lägen nicht vor (act. G 5 S. 10).

**3.4.** Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer hielt in der Beschwerde fest, der Beschwerdeführer verfüge momentan über keinen Ausweis, weshalb es für die Beschwerdeführerin nicht möglich sei, sich in Weissrussland gültige Papiere zu beschaffen. Die weissrussische Botschaft stelle nur Reisedokumente für die Beschwerdeführerin aus, nicht aber für ihren Sohn. Daher bestehe die reelle Gefahr, dass Mutter und Kind bei der Einreise in Weissrussland getrennt würden. Sie seien der Auffassung, dass die Härtefall-Regelung Anwendung finden sollte. Der Vater des Beschwerdeführers sei dabei, für den Beschwerdeführer einen italienischen Personalausweis zu beschaffen. Sobald dieser vorliege, könne die Beschwerdeführerin sich die nötigen Ausweispapiere für sich selbst beschaffen, ohne befürchten zu müssen, von ihrem Sohn getrennt zu werden. Eine Suchanfrage beim Roten Kreuz für den Bruder der Beschwerdeführerin sei bisher erfolglos geblieben (act. G 1). In der Stellungnahme vom 22. August 2016 legten die Beschwerdeführer dar, dass die Beschwerdeführerin für sich Reisedokumente, die maximal drei Wochen gültig seien, bei der weissrussischen Botschaft beantragen könne, nicht jedoch für ihren Sohn.



## St.Galler Gerichte

Dieser könne jedoch einen italienischen Pass über seinen Vater O.M. nur bekommen, sofern die Beschwerdeführerin gültige Ausweispapiere vorweist. Diese besonderen Umstände, die den Beschwerdeführer praktisch zu einem Staatenlosen machen würden, seien zu berücksichtigen (act. G 13).

4. Die Vorinstanz begründete im angefochtenen Entscheid die Bewilligungsverweigerung und deren Verhältnismässigkeit einlässlich und nachvollziehbar. Die bezüglichen Ausführungen werden auch von den Beschwerdeführern grundsätzlich nicht beanstandet. Ein konkreter Anlass, aufgrund dessen die vorinstanzlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid zu beanstanden wären, ist auch mit Blick auf die einschlägige Rechtsprechung (vgl. BGer 2C\_625/2017 vom 13. Dezember 2017, E. 3.1 mit Hinweisen) nicht ersichtlich. Nach Lage der Akten sind sodann keine Vollzugshindernisse oder Unzumutbarkeitsgründe im Sinn von Art. 83 Abs. 2-4 AuG dargetan. Für die Nichtbeibringung des bereits im Juni 2016 (act. G 1) in Aussicht gestellten italienischen Personalausweises für den Beschwerdeführer, welcher durch seinen Vater die italienische Staatsbürgerschaft besitzt, vermögen die Beschwerdeführer keinen nachvollziehbaren Grund anzuführen. Es wird Sache der Vollzugsbehörde sein, zusammen mit den Beschwerdeführern für deren Reisepapiere zu sorgen. Die vorinstanzliche Ermessensausübung hat das Verwaltungsgericht, das nach Art. 61 Abs. 1 VRP nur zur Rechtskontrolle befugt ist, zu respektieren. Eine Ermessenskontrolle steht ihm nicht zu; im Fall der Ausübung pflichtgemässen Ermessens - wie vorliegend im angefochtenen Rekursentscheid - ist ihm eine Korrektur verwehrt.

5. (...).

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Beschwerdeführer bezahlen die amtlichen Kosten von CHF 2'000.--, unter Verrechnung mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe.

# Publikationsplattform



## St.Galler Gerichte

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Schmid