



**Fall-Nr.:** B 2023/208  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 09.09.2024  
**Entscheiddatum:** 11.06.2024

### Entscheid Verwaltungsgericht, 11.06.2024

**Ausländerrecht, Art. 13 Abs. 1 AIG, Art. 29 Abs. 3 BV Die Beschwerdeführerin ist Tibeterin und mit einem in der Schweiz niederlassungsbe-richtigen Tibeter verheiratet. Sie haben ein gemeinsames, in der Schweiz ebenfalls niederlassungsberechtigtes Kind. Das Asylgesuch der Beschwerdeführerin blieb erfolglos, weil sie ihre Herkunft aus der Volksrepublik China nicht hatte glaubhaft machen können. Das Migrationsamt wies das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Familien-nachzug ab, weil die Beschwerdeführerin über kein Ausweispapier verfügte, obwohl die Beschaffung eines solchen als möglich und zumutbar erschien. Der Rekurs blieb erfolglos. Im Beschwerdeverfahren belegt die Beschwerdeführerin ihre Herkunft aus Indien. Das Verwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut und weist die Angelegenheit zur weiteren Prüfung und zu neuer Entscheidung an das Migrationsamt unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin an das Migrationsamt zurück. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung wird abgewiesen, weil die Prozessführung die generelle Voraussetzung des Handelns nach Treu und Glauben nicht erfüllt (Verwaltungsgericht, B 2023/208).**

**Entscheid vom 11. Juni 2024**

Besetzung

Abteilungspräsident Brunner; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;  
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

**A. \_\_ und B. \_\_,**

**Beschwerdeführer,**



## St.Galler Gerichte

beide vertreten durch Rechtsanwältin MLaw HSG Margot Benz, Jacober Bialas & Partner, Oberer Graben 44, Postfach 1047, 9001 St. Gallen,

gegen

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

**Vorinstanz,**

Gegenstand

**Familiennachzugsgesuch**

**Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

**A.**

**A.a.**

A.\_\_ ist ethnische Tibeterin. Sie reiste am 28. März 2014 in die Schweiz ein und stellte am folgenden Tag ein Asylgesuch. Dabei gab sie an, am 30. Dezember 1992 geboren worden zu sein und aus der Volksrepublik China zu stammen. Das Staatssekretariat für Migration (SEM) stellte am 21. Oktober 2016 fest, A.\_\_ erfülle die Flüchtlingseigenschaften nicht, lehnte ihr Asylgesuch ab und wies sie aus der Schweiz weg, wobei es einen Vollzug der Wegweisung in die Volksrepublik China ausschloss. Das Bundesverwaltungsgericht wies die von A.\_\_ dagegen erhobene Beschwerde am 17. Mai 2018 ab, weil sie ihre Herkunft aus der Volksrepublik China nicht glaubhaft machen können. In der Folge setzte ihr das SEM eine Frist zur Ausreise bis 23. Juni 2018. A.\_\_ reiste nicht aus.

**A.b.**

Das Migrationsamt erteilte A.\_\_ am 15. März 2019 eine bis 14. Juni 2019 gültige Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat mit B.\_\_. Die Trauung fand am 3. Mai 2019 in Z.\_\_ statt. Das SEM wies am 26. Juli 2019 ein Gesuch A.\_\_s um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ihres Ehemannes ab und wies sie erneut aus der



Schweiz weg. Das Bundesverwaltungsgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde am 27. Mai 2022 ab. A.\_\_\_, inzwischen schwanger, verblieb in der Schweiz.

### **B.**

#### **B.a.**

Am 20. Oktober 2022 wies das Migrationsamt seinerseits das Gesuch von B.\_\_\_, es sei seiner Ehefrau A.\_\_\_ der Aufenthalt im Familiennachzug zu bewilligen, ab. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, Ausländerinnen und Ausländer müssten für jedes ausländerrechtliche Verfahren ein gültiges Ausweispapier vorlegen können. Ohne ein solches Ausweispapier seien die Voraussetzungen für den Familiennachzug nicht erfüllt. Eine rechtliche Grundlage für den Eingriff in den Schutz des Familienlebens sei gegeben und die Verweigerung des Nachzugs entspreche den überwiegenden öffentlichen Interessen. Am 27. Oktober 2022 gebar A.\_\_\_ die eheliche Tochter C.\_\_\_. Das Kind wurde vom SEM am 10. Februar 2023 in die Flüchtlingseigenschaft des Vaters einbezogen und in der Schweiz vorläufig aufgenommen.

#### **B.b.**

Das Sicherheits- und Justizdepartement (SJD) wies am 15. September 2023 den von A.\_\_\_ und B.\_\_\_ gegen die Ablehnung des Familiennachzugs erhobenen Rekurs ab. Zur Begründung führte es aus, zwar könne von B.\_\_\_ nicht verlangt werden, dass er die Schweiz verlasse, um mit seiner Familie in der Volksrepublik China zu leben. Für die Verweigerung des Familiennachzugs seien gute Gründe erforderlich, soweit die gesetzlichen Bedingungen und die Nachzugsfristen eingehalten seien und keine Widerrufsgründe vorlägen. Dass A.\_\_\_ – wie sie behaupte – zur Beschaffung von Ausweispapieren die Botschaften von China, Indien und Nepal kontaktiert habe, sei nicht nachgewiesen. Es sei weiterhin davon auszugehen, dass ihre Staatsangehörigkeit aufgrund ihrer mangelnden Mitwirkung nicht geklärt werden könne. Damit überprüft werden könne, ob es ihr nicht möglich oder nicht zumutbar sei, Ausweispapiere zu beschaffen, habe sie den Behörden überprüfbare Angaben über ihre Identität zu machen. Solange sie ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachkomme, könne ihr Aufenthalt nicht legalisiert werden. Ohne gültiges Ausweispapier könne ihr namentlich keine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs erteilt werden. Da sich A.\_\_\_ und B.\_\_\_ bereits bei der Heirat hätten bewusst sein müssen, dass sie ihre Ehe aufgrund der Verletzung der Mitwirkungspflicht von A.\_\_\_ nicht in der Schweiz würden leben können, überwiege das öffentliche Interesse an der Verweigerung eines Familiennachzugs das private Interesse der Familie, in der Schweiz leben zu können. Auf die Erhebung der amtlichen Kosten wurde verzichtet, das Gesuch um Ersatz der ausseramtlichen Kosten dem Verfahrensausgang entsprechend abgewiesen.



### **C.**

#### **C.a.**

A.\_\_ und B.\_\_ (Beschwerdeführer) erhoben gegen den Entscheid des SJD (Vorinstanz) vom 15. September 2023 mit Eingabe vom 29. September 2023 und Ergänzung vom 26. Oktober 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie beantragten, es sei ihnen unter Aufhebung des angefochtenen Entscheids der Familiennachzug zu bewilligen und ihr Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung sei dem SEM zur Bewilligung zu unterbreiten; unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer), eventualiter unter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und -verbeiständung, und unter Anordnung eines vorsorglichen Stopps des Vollzugs der Wegweisung. Die Vorinstanz verwies mit Vernehmlassung vom 20. November 2023 auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

#### **C.b.**

Am 1. Februar 2024 erhielt der Beschwerdeführer die Niederlassungsbewilligung. Der verfahrensleitende Abteilungspräsident sah daraufhin vor, in der Beschwerdeangelegenheit am 16. Mai 2024 eine öffentliche, mündliche Verhandlung mit Parteibefragung durchzuführen. In der Einladung vom 5. März 2024 hielt er fest, die Verhandlung diene dazu, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, sich zu ihrer Sozialisation und ihrem Aufenthaltsort vor ihrer Einreise in die Schweiz beziehungsweise zur Möglichkeit der Beschaffung heimatlicher Identitätsdokumente zu äussern.

#### **C.c.**

Am 23. April 2024 teilte die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführer dem Gericht mit, die Beschwerdeführerin habe sich entschlossen, ihre Identität und Herkunft vollständig offen zu legen. Sie sei am 30. Dezember 1989 in Y.\_\_ in Indien geboren worden und dort aufgewachsen. In der Folge teilte der verfahrensleitende Abteilungspräsident am 25. April 2024 den Beteiligten mit, das Gericht ziehe in Betracht, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Angelegenheit unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin zur Neubeurteilung an das Migrationsamt zurückzuweisen; auf die Durchführung der angesetzten mündlichen Verhandlung werde verzichtet.

#### **C.d.**

Die Vorinstanz verzichtete am 2. Mai 2024 auf eine Stellungnahme. Die Beschwerdeführer teilten gleichentags mit, sie seien mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung einverstanden. Unter Hinweis darauf, dass die Angst der Betroffenen vor einer Offenlegung ihrer Herkunft fast



unüberwindbar sei, ersuchen sie um Nachsicht bei der Kostenverlegung und einen Teilerlass der Kosten.

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

#### **1.**

Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 59<sup>bis</sup> Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP). Als Adressaten des angefochtenen Entscheids sind die im Rekursverfahren unterlegenen Beschwerdeführer zur Erhebung der Beschwerde berechtigt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde gegen den Rekursentscheid vom 15. September 2023 wurde mit Eingabe vom 29. September 2023 rechtzeitig erhoben und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 26. Oktober 2023 in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Darauf ist einzutreten.

#### **2.**

Das Verwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich reformatorisch, kann aber auch eine Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP). Eine reformatorische Entscheidung setzt insbesondere voraus, dass die Sache entscheidungsreif ist und die Entscheidung nicht in unzulässiger Weise den Rechtsmittelweg verkürzt (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 1028). Für das Beschwerdeverfahren ist es charakteristisch, dass das Verwaltungsgericht in erster Linie die Rechtmässigkeit eines angefochtenen Entscheides überprüft und nicht eine neue tatsächliche Grundlage erstmals rechtlich würdigt. Deshalb ist in der Regel auf Rückweisung zu erkennen, wenn sich aufgrund von neuen Feststellungen im Beschwerdeverfahren ein völlig neuer Sachverhalt präsentiert (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 1029).

#### **3.**

Die Beschwerdeführerin ist tibetischer Ethnie. Migrationsamt und Vorinstanz entsprachen ihrem Begehren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht. Dies mit der Begründung, ein Familiennachzug komme von vornherein nicht in Frage, weil sie bei der Anmeldung kein erforderliches gültiges Ausweispapier im Sinn von Art. 13 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, SR 142.20, AIG) habe vorlegen



können; die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach Art. 13 Abs. 1 Satz 2 AIG in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201, VZAE) seien nicht erfüllt, weil die Beschaffung eines anerkannten Ausweispapiers vorliegend möglich (lit. a) und zumutbar (lit. b) erscheine.

Während des laufenden Beschwerdeverfahrens hat die Beschwerdeführerin unter anderem Kopien eines "Birth certificate" und eines "Certificate of Registration" beigebracht. Die Geburtsurkunde bestätigt, dass sie am 30. Dezember 1989 im Spital D. in Y. im Distrikt E. des Gliedstaats F. in Indien geboren worden ist (act. 22/14). Das auf die Beschwerdeführerin lautende Registrierungsdocument wurde ebenfalls im Distrikt E. ausgestellt (act. 22/18). Zudem hat sich mit der Erteilung der Niederlassungsbewilligung an den – bisher lediglich aufenthaltsberechtigten – Beschwerdeführer am 1. Februar 2024 auch die Rechtsgrundlage für die Beurteilung des Gesuchs der Beschwerdeführerin um Gewährung einer Aufenthaltsbewilligung im Familiennachzug geändert: Während – bei Erfüllung der weiteren gleichlautenden Voraussetzungen – ausländischen Ehegatten von Personen mit Aufenthaltsbewilligung ihrerseits eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden *kann* (Art. 44 Abs. 1 AIG), haben sie als Ehegatten einer Person mit Niederlassungsbewilligung einen *Anspruch* auf die Erteilung einer solchen Bewilligung (Art. 43 Abs. 1 AIG).

Während des Beschwerdeverfahrens haben sich damit einerseits mit der Offenlegung der Identität der Beschwerdeführerin die tatsächlichen Voraussetzungen und andererseits mit der Erteilung der Niederlassungsbewilligung an den Beschwerdeführer auch die massgebenden rechtlichen Grundlagen für die Beurteilung des Gesuchs der Beschwerdeführerin um Familiennachzug wesentlich geändert. Damit ist die Angelegenheit in Punkten, die für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können, erstinstanzlich ungeprüft, was die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Angelegenheit an das Migrationsamt rechtfertigt. Die Beschwerde ist in diesem Sinne teilweise gutzuheissen.

#### 4.

Die Beschwerdeführer haben für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtsverteidigung beantragt. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung gemäss Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) soll für bedürftige Personen prozessuale Chancengleichheit im Hinblick auf eine sachgerechte Prozessführung schaffen (vgl. Steinmann/Schindler/Wyss, in: Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl. 2023, N 75 zu Art. 29 BV). Art. 5 Abs. 3 BV verpflichtet auch



Private im Verhältnis zum Staat zu einem Handeln nach Treu und Glauben. Die Ausübung jeden Rechts steht unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs, weshalb auch das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege unter diesem Vorbehalt steht (vgl. BGer 8C\_607/2013 vom 28. November 2013 E. 6.2). Kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung besteht deshalb, wenn zwar die Rechtsbegehren nicht aussichtslos sind, das Vorgehen aber die generelle Voraussetzung des Handelns nach Treu und Glauben nicht erfüllt (vgl. Art. 99 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 117 und Art. 52 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO; Rüegg/Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar ZPO, N 19 zu Art. 117 ZPO; vgl. auch BGer 4D\_19/2016 vom 11. April 2016 E. 4.5 zum rückwirkenden Entzug der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege).

Die Beschwerdeführer haben die Rechtsmittelverfahren gegen die Abweisung des Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Familiennachzug für die Beschwerdeführerin im Wissen um eine in wesentlichen Punkten unrichtige Darstellung des Sachverhalts geführt. Insoweit kann die Prozessführung nicht als sachgerecht bezeichnet werden; vielmehr wären die Beschwerdeführer gehalten gewesen, die Herkunft der Beschwerdeführerin gegenüber dem Migrationsamt von Anfang an offenzulegen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung widerspricht daher der Verpflichtung der Beschwerdeführer, nach Treu und Glauben zu handeln. Dementsprechend ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und -verbeiständung abzuweisen.

### 5.

Gemäss Art. 95 Abs. 2 Satz 2 VRP hat in Streitigkeiten jeder Beteiligte die Kosten zu übernehmen, die durch nachträgliches Vorbringen von Begehren, Tatsachen oder Beweismitteln entstehen, deren rechtzeitige Geltendmachung ihm möglich und zumutbar gewesen wäre. Die amtlichen Kosten des Rekurs- und des Beschwerdeverfahrens sind dementsprechend den Beschwerdeführern aufzuerlegen. Die vorinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 1'000 bewegt sich innerhalb des der Rekursinstanz zustehenden weiten Ermessensspielraums. Für das Beschwerdeverfahren erscheint insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Schriftenwechsel bereits abgeschlossen und eine öffentliche mündliche Verhandlung mit Parteibefragung anberaumt worden ist, eine Entscheidgebühr von CHF 1'200 als angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Die Vorinstanz hat auf die Erhebung der amtlichen Kosten bei den unterliegenden Beschwerdeführenden verzichtet; darauf kann das Verwaltungsgericht nicht zurückkommen, da der Rekursentscheid vom 15. September 2023 in diesem



## St.Galler Gerichte

Punkt nicht angefochten worden ist. Für das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren besteht mit Blick auf das treuwidrige Prozessieren der Beschwerdeführenden (vgl. E. 4 hiervor) kein Anlass, auf die Kostenerhebung zu verzichten.

Bei dieser Verlegung der amtlichen Kosten haben die Beschwerdeführer keinen Anspruch auf die Entschädigung ihrer Vertretungskosten (vgl. Art. 98 Abs. 1, Art. 98<sup>bis</sup> und Art. 98<sup>ter</sup> VRP; R. Hirt, Die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, 2004, S. 182).

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 15. September 2023 sowie die Verfügung des Migrationsamts vom 20. Oktober 2022 werden aufgehoben.

#### **2.**

Die Sache wird zur weiteren Prüfung im Sinn der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an das Migrationsamt zurückgewiesen.

#### **3.**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung wird abgewiesen.

#### **4.**

Die amtlichen Kosten des Rekursverfahrens von CHF 1'000 und von CHF 1'200 des Beschwerdeverfahrens werden den Beschwerdeführern auferlegt. Auf die Erhebung der amtlichen Kosten des Rekursverfahrens wird verzichtet.

#### **5.**

Ausseramtliche Kosten werden weder für das Rekurs- noch für das Beschwerdeverfahren entschädigt.