

# **BGer 2C 260/2022 vom 23. August 2022**

Bundesgericht, 2022-08-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_260\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_260_2022)

FR: TF 2C 260/2022 du 23 août 2022

IT: TF 2C 260/2022 del 23 agosto 2022

## **Regeste**

Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung | Bürgerrecht und Ausländerrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Auf dem Gebiet des Ausländerrechts ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide ausgeschlossen, welche Bewilligungen betreffen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumen ( Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ). Für das Eintreten genügt, wenn der Betroffene in vertretbarer Weise dartun kann, dass ein potenzieller Anspruch auf die beantragte Bewilligung besteht. Ob die jeweiligen Voraussetzungen tatsächlich gegeben sind, bildet dann Gegenstand der materiellen Beurteilung (vgl. BGE 137 I 305 E. 2.5; 136 II 177 E. 1.1, 497 E. 3.3).

### **E. 1.2**

Der Beschwerdeführer beruft sich in diesem Zusammenhang auf die Beziehung zu seiner Schweizer Tochter ( "umgekehrter" Familien-nachzug ) - zu Unrecht: Diese ist inzwischen volljährig, weshalb er sich im Verhältnis zu ihr nicht (mehr) in vertretbarer Weise auf einen Anspruch aus dem Schutz seines Familienlebens nach Art. 8 EMRK berufen kann (vgl. BGE 145 I 227 E. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen; 136 II 497 E. 3.2 ff.). Er macht nicht geltend und es ist auch nicht ersichtlich, dass zwischen ihnen ein über die normale Kontaktpflege zwischen Eltern und ihren volljährigen Kindern hinausgehendes Abhängigkeitsverhältnis bestehen würde (vgl. BGE 145 I 227 E. 3.1).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer kann im vorliegenden Zusammenhang für seinen Standpunkt auch nichts aus dem Anspruch auf Schutz seines Privatlebens ableiten ( Art. 8 EMRK : BGE 144 I 266 ff. ) : Die Rechtsprechung gemäss BGE 144 I 266 ff. kommt praxisgemäss von vornherein nicht zur Anwendung, wenn ein Aufenthaltsrecht nach seiner rechtskräftigen Beendigung - wie hier - neu begründet werden soll (Urteil 2C\_528/2021 vom 23. Juni 2022 E. 4.6 zur Publikation vorgesehen; Urteil 2C\_89/2022 vom 3. Mai 2022 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 1.4**

Der Beschwerdeführer kann sich indessen im Rahmen von Art. 8 EMRK auf das Bestehen eines gefestigten Konkubinats berufen, auch wenn dieses vorübergehend nicht gelebt worden ist (gelebt 2013 bis 2017 und 2020 bis heute) :

#### **E. 1.4.1**

Aus einem solchen ergibt sich ein Bewilligungsanspruch, wenn die partnerschaftliche Beziehung seit Langem eheähnlich gelebt wird. Die Beziehung der Konkubinatspartner muss bezüglich Art und Stabilität in ihrer Substanz einer Ehe gleichkommen. Dabei ist wesentlich, ob die Partner in einem gemeinsamen Haushalt leben; zudem ist der Natur und Länge ihrer Beziehung sowie ihrem Interesse und ihrer Bindung aneinander, etwa durch Kinder oder andere Umstände wie die Übernahme von wechselseitiger Verantwortung, Rechnung zu tragen (Urteile 2C\_570/2021 vom 13. Oktober 2021 E. 1.3.1 mit Hinweisen; vgl. BGE 135 I 143 E. 3.1 [allgemein zu den Erfordernissen der Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK bei erweiterten familiären Beziehungen]; Urteil der Grossen Kammer des EGMR Yigit gegen die Türkei vom 2. November 2010 [Nr. 3976/05] §§ 93 und 96).

#### **E. 1.4.2**

Der Beschwerdeführer macht einen entsprechenden Anspruch in vertretbarer Weise geltend, was im Rahmen von Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG genügt: Die Partner leben seit mehreren Jahren zusammen und kümmern sich gemeinsam um die Kinder, wobei nicht klar ist, ob sie auch das Sorgerecht über diese teilen oder nicht. Ihre familiären Beziehungen fallen - auch wenn die Partnerin des Beschwerdeführers hier nur über eine Aufenthaltsbewilligung und damit über kein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt - nach der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK ( Art. 13 Abs. 1 BV ). Dass die Konkubinatspartner für die Kosten ihrer Familie nicht aufzukommen vermögen, ist keine Frage des Eintretens bzw. des Anwendungsbereichs des Anspruchs aus Art. 8 EMRK (bzw. Art. 13 Abs. 1 BV ), sondern ein Aspekt (unter anderen), der im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK materiellrechtlich zu berücksichtigen ist (vgl. nachstehende E. 5). Da alle übrigen Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sind (Art. 42, Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, Art. 89 Abs. 1, Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG ), ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten deshalb an die Hand zu nehmen.

#### **E. 1.5**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, es liege kein Härtefall ( Art. 30 Abs. 1 lit. b BGG ) vor. In diesem Zusammenhang ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig ( Art. 83 lit. c Ziff. 5 BGG ; Urteil 2C\_580/2021 vom 4. August 2021 E. 1.2). Es steht lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offen. Diese setzt ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Entscheids voraus ( Art. 115 lit. b BGG ). Ein solches kann weder aus dem Willkürverbot, dem Rechtsgleichheitsgebot noch dem Verhältnismässigkeitsprinzip abgeleitet werden (vgl. BGE 137 II 305 E. 2 ; 134 I 153 E. 4 ; 133 I 185 E. 6.2; Urteil 2C\_661/2016 vom 9. November 2016 E. 1.2 mit Hinweisen). Diesbezüglich wären ausschliesslich Rügen bezüglich verfahrensrechtlicher Punkte zulässig, deren Verletzung einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommt und die das Gericht von der Bewilligungsfrage getrennt prüfen könnte ("Star"-Praxis; BGE 137 II 305 E. 2 und 4). Der Beschwerdeführer bringt insofern nichts vor, das nicht Gegenstand der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bilden kann. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist deshalb nicht einzutreten.

#### **E. 2.1**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 95 lit. a und Art. 106 Abs. 1 BGG ). Immerhin prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und

Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ; vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1 und 2.2), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 142 I 135 E. 1.5; 133 II 249 E. 1.4.1). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht geht auf entsprechende Rügen nur ein, wenn sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und sachbezogen - in Auseinandersetzung mit den Ausführungen im angefochtenen Entscheid - begründet werden (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 II 249 E. 1.4.2; 133 IV 286 E. 1.4; Urteil 2C\_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 1.4.1).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht übernimmt den Sachverhalt grundsätzlich so, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Sachverhaltsfeststellung kann nur als unzutreffend kritisiert bzw. vom Bundesgericht von Amtes wegen berichtigt oder ergänzt werden, falls sie in einem entscheidewesentlichen Punkt offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht, was die beschwerdeführende Person in ihrer Eingabe im Einzelnen aufzuzeigen hat (Urteil 2C\_337/2021 vom 18. Mai 2022 E. 1.4.1). Soweit die vorliegende Eingabe diesen Begründungsanforderungen nicht genügt und sie sich in appellatorischer Kritik erschöpft, geht das Bundesgericht im Folgenden darauf nicht weiter ein ( BGE 145 I 26 E. 1.3).

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer macht in formeller Hinsicht geltend, dass gemäss § 41 Abs. 2 des Organisationsgesetzes des Kantons Basel-Stadt (OG/BS, SG 153.100), wonach Verfügungen von Verwaltungseinheiten bei der nächsthöheren Behörde angefochten werden können, der Regierungsrat zuständig gewesen wäre, den Rekurs gegen den Entscheid des Justiz- und Sicherheitsdepartements zu behandeln. Mit dessen Überweisung an das Appellationsgericht liege ein "Sprungrekurs" vor. Das Gericht hätte deshalb - so der Beschwerdeführer - die Sache mit der gleichen Kognition beurteilen müssen wie der Regierungsrat und hätte deshalb auch die Angemessenheit der Bewilligungsverweigerung zu prüfen gehabt.

### **E. 3.2**

Das Appellationsgericht ging davon aus, dass der Regierungsrat mit seiner Überweisung darauf verzichtet habe, sein eigenes Ermessen anstelle jenes des Justiz- und Sicherheitsdepartements zu setzen. Die Ausübung einer Ermessenskontrolle komme bei einem Sprungrekurs nur infrage, wenn das Ermessen entgegen der gesetzlichen Rechtsmittelordnung aufgrund des Ausfalls einer Rechtsmittelinstanz im Einzelfall gar nicht überprüft werden könnte. Vorliegend sei die Angemessenheitsprüfung ("Ermessenskontrolle") durch das Justiz- und Sicherheitsdepartement vorgenommen worden, weshalb das Gericht nicht sein Ermessen an die Stelle jenes der Verwaltung zu setzen habe.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer legt - entgegen seiner Begründungspflicht (vgl. vorstehende E. 2.1) - nicht dar, inwiefern diese Gesetzesauslegung willkürlich wäre; er verweist diesbezüglich lediglich auf die (frühere) Regelung im Bund ( Art. 47 Abs. 3 VwVG [aufgehoben 2007; AS 2006 2197 1069]), was zur Begründung seiner Rüge der offensichtlichen Fehlerhaftigkeit ebensowenig genügt wie der blosser Hinweis auf Art. 30 BV . Seine Kritik

ist nicht hinreichend substantiiert und eine willkürliche Anwendung des kantonalen Verfahrensrechts nicht dargetan.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer macht in formeller Hinsicht weiter geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt bezüglich der Beziehungen zu seinen Kindern "falsch festgestellt" und diesbezüglich zu Unrecht keine weiteren Abklärungen vorgenommen. Sie habe zudem seinem langen Aufenthalt im Land (17 Jahre) zu wenig Rechnung getragen. Der Beschwerdeführer beanstandet damit in erster Linie nicht die Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung, sondern die Interessenabwägung sowie die von der Vorinstanz dabei vorgenommene Gewichtung der einzelnen Aspekte. Die Vorinstanz stellt nicht infrage, dass der Beschwerdeführer die affektiven Beziehungen zu seiner Partnerin und den gemeinsamen Kindern eng lebt. Dass er und seine Partnerin auf Sozialhilfeleistungen bzw. Nothilfegelder angewiesen sind, ist nicht bestritten. Weitere Abklärungen in tatbeständlicher Hinsicht erübrigten sich. Das Appellationsgericht durfte ohne Verletzung von Art. 29 BV in antizipierter Beweiswürdigung davon absehen, den Sachverhalt weiter zu vertiefen; das Entscheidwesentliche ergab sich aus den Akten (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3; 130 II 425 E. 2.1, je mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 5.1**

Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK gilt nicht absolut. Er kann eingeschränkt werden, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist, einem in Art. 8 Ziff. 2 EMRK genannten Zweck dient und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig erscheint. Die Konvention verlangt, dass die individuellen Interessen an der Erteilung bzw. am Erhalt des Anwesenheitsrechts und der öffentlichen Interessen an dessen Verweigerung sorgfältig gegeneinander abgewogen werden ( Art. 8 Ziff. 2 EMRK ; EGMR-Urteil vom 8. November 2016 El Ghatet gegen Schweiz [Nr. 56971/10] § 53; Urteil 2C\_484/2020 vom 19. Januar 2021 E. 4.2.1; BGE 143 I 21 E. 5.1; 142 II 35 E. 6.1 ; 139 I 330 E. 2.2 ; 135 I 143 E. 2.1; 122 II 1 E. 2; 116 Ib 353 E. 3). Art. 8 EMRK gilt - in seiner verfahrensrechtlichen Tragweite - als verletzt, wenn keine umfassende, faire Interessenabwägung vorgenommen wird ( BGE 143 I 21 E. 5.1 mit Hinweisen; EGMR-Urteil vom 8. November 2016 El Ghatet gegen Schweiz [Nr. 56971/10] §§ 42 und 47).

#### **E. 5.2**

Das Appellationsgericht hat vorliegend die im Rahmen von Art. 96 Abs. 1 bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu berücksichtigenden Aspekte (vgl. hierzu das Urteil des EGMR Saber und Boughassal gegen Spanien vom 18. Dezember 2018 [Nr. 76550/13 und 45938/14] § 40 sowie das bundesgerichtliche Urteil 2C\_484/2020 vom 19. Januar 2021 E. 4.2.2 und E. 4.2.3 mit Hinweisen) in vertretbarer Weise gegeneinander abgewogen:

##### **E. 5.2.1**

Der Beschwerdeführer hält sich zwar seit mehreren Jahren in der Schweiz auf, doch hat er sich hier wirtschaftlich nicht seiner Aufenthaltsdauer entsprechend integriert. Seine beruflichen Aktivitäten erfolgten punktuell und waren jeweils nur von kurzer Dauer. Auch in den Zeiträumen, in denen er über eine Bewilligung verfügte, gliederte er sich hier nicht nachhaltig auf dem Arbeitsmarkt ein. Dass und allenfalls inwiefern er anderweitig (ausserhalb des familiären Rahmens) überdurchschnittlich in den hiesigen Verhältnissen verwurzelt wäre, legt der Beschwerdeführer nicht dar. Wenn die Vorinstanz angenommen

hat, dass er sich ungenügend um eine Arbeit oder eine diese erleichternde Bildung (Sprachkenntnisse) bemüht habe, ist die entsprechende Beweiswürdigung gestützt auf die Akten nicht offensichtlich unhaltbar ( Art. 9 BV ).

### **E. 5.2.2**

Der Beschwerdeführer musste ab 2014 (per Juni 2021) mit rund Fr. 146'628.-- und seine Partnerin ab 2007 (per Juni 2021) mit annähernd Fr. 614'745.-- unterstützt werden; zudem hat der Beschwerdeführer sich erheblich verschuldet (per Juni 2021 rund Fr. 206'041.--). Der Grossteil der Verschuldung - Fr. 190'000.-- - geht unbestrittenermassen auf Zeitperioden zurück, in der er mit Sozialhilfeleistungen unterstützt wurde, welche seine Lebenshaltungskosten (weitgehend) deckten. Die Vorinstanz durfte unter diesen Umständen im Rahmen ihrer Beweiswürdigung willkürfrei davon ausgehen, dass eine Änderung der finanziellen Verhältnisse - trotz der anderslautenden Beteuerungen - nicht absehbar erschien. Der Beschwerdeführer hat in vorwerfbarer Weise sein Arbeitspotenzial für eine nachhaltige Ablösung von der Sozialhilfe über Jahre hinweg unzureichend ausgeschöpft und seine Sozialhilfeabhängigkeit (und diejenige seiner Angehörigen) sowie seine Verschuldung damit mutwillig verursacht. Für den ordentlichen Familiennachzug nach Art. 44 AIG darf die Familie nicht auf Sozialhilfeleistungen angewiesen sein (Abs. 1 lit. c); dies muss auch gelten, wenn eine Bewilligung für den Familiennachzug - wie hier - gestützt auf Art. 8 EMRK zur Diskussion steht (vgl. BGE 146 I 185 E. 6.2 und das Urteil 2C\_865/2021 vom 2. Februar 2022 E. 3.7).

### **E. 5.2.3**

Nicht wesentlich ins Gewicht fallen in der Gesamtsicht die drei Verurteilungen wegen mehrfacher Hehlerei, mehrfacher Fälschung von Ausweisen, Geldwäscherei und mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes. Diese liegen über zehn Jahre zurück. Der Beschwerdeführer hat sich, soweit ersichtlich, seither nichts mehr Gravierendes zuschulden kommen lassen. Er kam im Übrigen trotz der entsprechenden Verurteilungen in den Genuss einer Aufenthaltsbewilligung (Konkubinats), was belegt, dass auch für die kantonalen Behörden die entsprechende Straffälligkeit ausländerrechtlich nicht wesentlich ins Gewicht fiel.

### **E. 5.2.4**

Für die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung spricht das Interesse der drei Kinder, gemeinsam mit beiden Elternteilen in der Schweiz aufwachsen zu können; seine Partnerin musste ihrerseits hingegen im Hinblick auf ihre Sozialhilfeabhängigkeit und jene des Beschwerdeführers davon ausgehen, dass dieser das Land allenfalls würde verlassen müssen und sie ihre Beziehung mit ihm deshalb künftig nicht hier würde leben können. Das Schutzinteresse der Kinder ist zwar von Gewicht (vgl. BGE 143 I 21 E. 5.5.1); es ist aber dennoch im Hinblick auf deren Alter (geb. 2013, 2015, 2019) nicht ausgeschlossen, dass sie allenfalls zusammen mit den Eltern ausreisen. Es steht ihnen auch die Möglichkeit offen, mit ihrer Mutter im Land zu verbleiben. Der Beschwerdeführer kann in diesem Fall seine Beziehungen zu ihnen und zu seiner Gattin im Rahmen von Besuchsaufenthalten und täglich über die heutigen Kommunikationsmittel pflegen. Im Hinblick auf das erhebliche öffentliche Interesse daran, dass der Beschwerdeführer das Land verlässt (E. 3.4 des angefochtenen Urteils), teilt das Bundesgericht die Ansicht der Vorinstanz, dass auch das Kindsinteresse dieses nicht aufzuwiegen vermag.

### **E. 5.2.5**

Dem Beschwerdeführer ist die Ausreise - entgegen seiner Kritik - zumutbar: Er hat Nigeria etwa im Alter von 20 Jahren verlassen und ist in den dortigen Verhältnissen sozialisiert worden. Er ist mit Sprache und Kultur seines Herkunftslands ausreichend vertraut, um sich dort wieder eine Existenz aufbauen zu können. Er soll sich im Februar 2015 für einen Monat in seiner Heimat aufgehalten haben; zuvor will er seine Geschwister und seine Eltern alle ein bis zwei Jahre in der Heimat besucht haben. Auch wenn sich seine Eltern heute in Togo aufhalten sollten, ist es ihm als gesundem erwachsenem Mann möglich, sich in der Heimat wieder zurechtzufinden. Die hier gemachten beruflichen und sprachlichen Erfahrungen können ihm dabei nützlich sein.

#### **E. 5.2.6**

Gestützt auf die dem Beschwerdeführer vorwerfbare, jahrelange Sozialhilfeabhängigkeit (und Schuldenwirtschaft) besteht im Hinblick auf die öffentlichen Finanzen ein relevantes - auch vom EGMR anerkanntes - überwiegendes öffentliches Interesse daran, dass er das Land verlässt (vgl. BGE 139 I 330 E. 3.2 ["wirtschaftliches Wohl des Landes"]; Urteil des EGMR Hasanbasic gegen Schweiz vom 11. Juni 2013 [Nr. 52166/09] § 59 mit zahlreichen Hinweisen sowie Palanci gegen Schweiz vom 25. März 2014 [Nr. 2607/08] § 58; Urteile 2C\_370/2021 vom 28. Dezember 2021 E. 5.2.4; 2C\_525/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.2.6 und 2C\_870/2018 vom 13. Mai 2019 E. 5.3.5). Die aufenthaltsbeendende Massnahme dient dazu, weiteren Belastungen der Sozialhilfe vorzubeugen, nachdem der Beschwerdeführer sich - trotz der ihm wiederholt gebotenen Chancen - nicht veranlasst sah, sich zeitgerecht um eine angemessene Erwerbstätigkeit und eine Ablösung von der Sozialhilfeabhängigkeit zu bemühen.

#### **E. 6.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist damit unbegründet und deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nicht einzutreten.

#### **E. 6.2**

Dem Verfahrensausgang entsprechend würde der unterliegende Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Da er bedürftig ist und seine Beschwerde nicht als zum Vornherein aussichtslos gelten konnte, ist seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu entsprechen ( Art. 64 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.