

# **BGer 2C\_361/2024 vom 24. Januar 2025**

Bundesgericht, 2025-01-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_361\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_361_2024)

FR: TF 2C\_361/2024 du 24 janvier 2025

IT: TF 2C\_361/2024 del 24 gennaio 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesgericht prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 150 IV 103 E. 1). Ist die Zulässigkeit eines Rechtsmittels zweifelhaft, umfasst die Begründungspflicht gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG grundsätzlich auch die Eintretensvoraussetzungen ( BGE 133 II 353 E. 1; Urteile 2C\_99/2023 vom 10. Juni 2024 E. 1.1; 2C\_1002/2022 vom 16. August 2023 E. 1.1).

### **E. 1.2**

Die Vorinstanz brachte das bei ihr hängige Verfahren mit dem angefochtenen Nichteintretensentscheid zum Abschluss (Dispositiv-Zif

fer 1 des angefochtenen Urteils). Ein Nichteintretensentscheid kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden, wenn diese auch für den Entscheid in der Sache offen steht ( BGE 135 II 145 E. 3.2; Urteile 2C\_95/2024 vom 8. August 2024 E. 1.2; 2C\_457/2023 vom 15. September 2023 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 150 I 73 ).

### **E. 1.3**

Auf dem Gebiet des Ausländerrechts ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide betreffend ausländerrechtliche Bewilligungen nur zulässig, wenn das Bundesrecht oder das Völkerrecht einen Anspruch auf die Bewilligung einräumt ( Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG

e contrario ). Für das Eintreten genügt, wenn die betroffene Person in vertretbarer Weise dartut, dass potenziell ein solcher Anspruch besteht. Ob tatsächlich ein Aufenthaltsrecht besteht, ist eine materielle Frage und keine Eintretensfrage ( BGE 147 I 268 E. 1.2.7 ; 139 I 330 E. 1.1).

#### **E. 1.3.1**

Die Beschwerdeführerin 1 beruft sich sinngemäss auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie auf Art. 42 Abs. 2 AIG . Sie bringt vor, der prozedurale Aufenthalt gelte als rechtmässiger Aufenthalt. Sie könne sich daher einerseits auf eine rechtmässige Anwesenheit in der Schweiz von über 10 Jahren stützen, weshalb sie einen Anspruch aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK (Recht auf Privatleben) habe. Andererseits halte sie sich damit rechtmässig in einem EFTA-Staat auf, weshalb sie auch einen Anspruch aus Art. 42 Abs. 2 AIG habe.

#### **E. 1.3.2**

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin 1 zu Recht keinen Aufenthaltsanspruch aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK (Recht auf Familienleben) mehr ableiten will. Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 19. Oktober 2023 festgestellt, dass zwischen der

Beschwerdeführerin 1 und ihrem Enkelsohn kein besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht, das in den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK (Recht auf Familienleben) fallen würde (Urteil 2C\_769/2022 vom 19. Oktober 2023 E. 6.4). Nachdem die Beschwerdeführerin 1 keine neuen Tatsachen im Hinblick auf dieses Abhängigkeitsverhältnis vorgebracht hat, bleibt es bei dieser Einschätzung und die Beschwerdeführerin 1 kann sich nicht auf das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK stützen.

### **E. 1.3.3**

Gemäss der mit BGE 144 I 266 begründeten Praxis kann nach einer rechtmässigen Aufenthaltsdauer von rund zehn Jahren regelmässig davon ausgegangen werden, dass die sozialen Beziehungen in diesem Land so eng geworden sind, dass es für eine Aufenthaltsbeendigung besonderer Gründe bedarf; im Einzelfall kann es sich freilich anders verhalten und die Integration zu wünschen übrig lassen ( BGE 149 I 207 E. 5.3.2 ; 149 I 72 E. 2.1.2 ; 149 I 66 E. 4.3 ; 146 I 185 E. 5.2 ; 144 I 266 E. 3.9; Urteile 2C\_459/2023 vom 5. Juni 2024 E. 1.2; 2C\_159/2023 vom 6. Februar 2024 E. 6.2; 2C\_1002/2022 vom 16. August 2023 E. 1.3). Der Zeit, in der die ausländische Person aufgrund laufender Verfahren lediglich geduldet ist, namentlich durch die gewährte aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde, kommt praxisgemäss nicht der gleiche Stellenwert zu wie dem bewilligten Aufenthalt und zählt nicht als rechtmässiger Aufenthalt im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung ( BGE 149 I 207 E. 5.3.3 ; 149 I 66 E. 4.4; 137 II 1 E. 4.3; Urteile 2C\_330/2023 vom 2. April 2024 E. 1.2.1; 2C\_145/2024 vom 14. März 2024 E. 3.4; 2C\_436/2018 vom 8. November 2018 E.2.3; je mit Hinweisen).

Wie bereits im Urteil vom 19. Oktober 2023 festgehalten, endete der im Jahr 2011 ersuchte rechtmässige Aufenthalt der Beschwerdeführerin 1 2018, als das Migrationsamt ihr die Aufenthaltsbewilligung nicht verlängerte. Seither ist sie hier infolge gewährter aufschiebender Wirkung ihrer Beschwerden und laufender Ausreisefrist lediglich prozedural geduldet (vgl. Urteil 2C\_769/2022 vom 19. Oktober 2023 E. 6.5). Ihr prozeduraler Aufenthalt während der letzten sechseinhalb Jahre zählt entgegen ihrer Auffassung somit nicht als rechtmässiger Aufenthalt im Sinne der Rechtsprechung. Sie hält sich damit nicht seit etwa 10 Jahren rechtmässig im Land auf, was ihr vermutlich den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK eröffnen würde. Dass die Beschwerdeführerin 1 mit dieser Rechtsprechung nicht einverstanden ist, vermag daran nichts zu ändern, dass sie sich diese trotzdem entgegenhalten lassen muss. Es besteht kein Anlass, diese Praxis zu ändern (vgl. zu den Voraussetzungen BGE 149 II 354 E. 2.3; 149 II 381 E. 7.3.1). Nachdem die Beschwerdeführerin 1 - abgesehen von der langjährigen Sozialhilfeabhängigkeit - auch sozial nicht besonders gut integriert ist (vgl. Urteil 2C\_769/2022 vom 19. Oktober 2023 E. 6.5), kann sie sich auch nicht auf eine besonders gelungene Integration stützen (vgl. BGE 147 I 207 E. 5.3 ; 144 I 266 E. 4.7). Ein potenzieller Anspruch aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK ist damit nicht ersichtlich.

### **E. 1.3.4**

Artikel 42 Abs. 2 AIG gewährt ausländischen Verwandten in aufsteigender Linie von Schweizerinnen einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, sofern die Verwandten in einem Staat, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen wurde, eine dauerhafte Aufenthaltsbewilligung haben und ihnen Unterhalt gewährt wird (Urteile 2C\_574/2020 vom 27. Juli 2021 E. 4; 2D\_22/2016 vom 13. Juni 2016 E. 2.1).

Die Beschwerdeführerin 1 ist Staatsangehörige von Serbien und somit weder EU- noch EFTA-Bürgerin. Ebenfalls ist unstrittig, dass die Beschwerdeführerin in keinem Land, mit dem die Schweiz ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen hat, über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt.

Die Beschwerdeführerin 1 macht nun geltend, Zweck von Art. 42 Abs. 2 AIG sei es, den Nachzug von Familienangehörigen aus Drittstaaten zu verhindern. Sie aber befinde sich bereits in der Schweiz, einem EFTA-Staat. Ausreichend sei statt einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung zudem bloss ein rechtmässiger Aufenthalt. Sie könne sich daher auf Art. 42 Abs. 2 AIG berufen, da sie sich seit 13 Jahren rechtmässig in der Schweiz aufhalte und nicht aus einem Drittstaat, sondern einem EFTA-Staat, nämlich der Schweiz selbst, nachgezogen werden würde.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen verfährt nicht: Wie vorstehend erörtert, hält sich die Beschwerdeführerin 1 nicht rechtmässig in der Schweiz auf. Sie ist hier vielmehr lediglich geduldet, was praxisgemäss nicht als rechtmässiger Aufenthalt zählt (dazu vorstehend E. 1.3.3). Unabhängig davon, ob ein bloss rechtmässiger Aufenthalt in der Schweiz anstelle einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung in einem Vertragsstaat überhaupt genügen würde, erfüllt die Beschwerdeführerin 1 die Kriterien offensichtlich nicht. Dass die Beschwerdeführerin die geltende Rechtslage als unbefriedigend empfindet und auf laufende Gesetzgebungsbestrebungen verweist, ändert nichts daran, dass sie sich weder rechtmässig in der Schweiz aufhält noch von einem Staat, mit dem ein Freizügigkeitsabkommen geschlossen wurde, eine Aufenthaltsbewilligung besitzt. Ein potenzieller Anspruch aus Art. 42 Abs. 2 AIG ist demnach nicht ersichtlich.

### **E. 1.3.5**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist somit unzulässig.

### **E. 1.4**

Vorliegend kommt nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ( Art. 113 BGG ) in Frage. Zur Verfassungsbeschwerde ist berechtigt, wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat ( Art. 115 lit. b BGG ; vgl. BGE 147 I 89 E. 1.2.1).

#### **E. 1.4.1**

Rechtsprechungsgemäss sind Beschwerdeführerinnen, die - wie vorliegend - keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung haben, nicht gemäss Art. 115 lit. b BGG legitimiert, die Verweigerung einer solchen Bewilligung über die subsidiäre Verfassungsbeschwerde anzufechten (vgl. Urteil 2D\_22/2016 vom 13. Juni 2016 E. 2.3). Trotz fehlender Legitimation in der Sache kann dennoch die Verletzung von Parteirechten, deren Missachtung einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommt, gerügt werden, soweit das Gericht diese losgelöst von der Frage in der Sache selber beurteilen kann. Unzulässig bleiben damit Vorbringen, welche im Ergebnis auf eine materielle Überprüfung des angefochtenen Entscheids abzielen ("Star"-Praxis; BGE 149 I 72 E. 3.1; 137 II 305 E. 2; Urteile 2C\_691/2023 vom 8. August 2024 E. 1.3.1; 2D\_23/2023 vom 29. Mai 2024 E. 1.3.3).

#### **E. 1.4.2**

Die Beschwerdeführerinnen rügen zwar eine formelle Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV . Sie werfen der Vorinstanz vor, diese habe ihre Vorbringen betreffend

erheblicher Veränderung der wesentlichen tatsächlichen Verhältnisse, namentlich der Ablösung von der Sozialhilfe und Ergänzungsleistungen, nicht wunschgemäss berücksichtigt und sei zu Unrecht nicht auf ihr Wiedererwägungsgesuch eingetreten. Diese Rügen zielen aber auf eine Überprüfung in der Sache ab. Die Beschwerdeführerinnen möchten damit einzig - infolge einer anderen Würdigung - das Eintreten auf ihr Wiedererwägungsgesuch erreichen. Die Rügen sind dementsprechend nicht zulässig und führen nicht zum Eintreten im Rahmen der "Star"-Praxis (vgl. Urteile 2C\_691/2023 vom 8. August 2024 E. 1.3.2; 2C\_799/2022 vom 30. April 2024 E. 2.2). Demzufolge steht auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht offen.

## **E. 2**

Nach dem Gesagten kann auf die Eingabe weder als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten noch als subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingetreten werden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens tragen die unterliegenden Beschwerdeführerinnen die Gerichtskosten solidarisch ( Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG ). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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