

# **BGer 2C\_85/2022 vom 24. Mai 2022**

Bundesgericht, 2022-05-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_85\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_85_2022)

FR: TF 2C\_85/2022 du 24 mai 2022

IT: TF 2C\_85/2022 del 24 maggio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen ( Art. 29 Abs. 1 BGG ) und mit freier Kognition (vgl. BGE 146 II 276 E. 1; 141 II 113 E. 1).

#### **E. 1.1**

Angefochten ist das vorinstanzliche Urteil zunächst insoweit, als die Vorinstanz das Nichteintreten des Migrationsamts auf das Wiedererwägungsgesuch um Familiennachzug bestätigt hat. Diesbezüglich betrifft die frist- ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und formgerecht ( Art. 42 BGG ) eingereichte Eingabe eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts ( Art. 82 lit. a BGG ) und richtet sich gegen das kantonale letztinstanzliche ( Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG ), verfahrensabschliessende ( Art. 90 BGG ) Urteil eines oberen Gerichts ( Art. 86 Abs. 2 BGG ). Die Beschwerdeführer sind bereits im kantonalen Verfahren als Parteien beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem sind die beiden Beschwerdeführer durch das angefochtene Urteil in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt. Sie sind somit zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Das Rechtsmittel ist in diesem Punkt als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, da der Beschwerdeführer über ein nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügt und sich die seit dem Jahr 2001 verheirateten Beschwerdeführer damit in vertretbarer Weise auf den in Art. 8 EMRK verankerten Anspruch auf Achtung ihres Familienlebens berufen können ( Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ; vgl. BGE 144 II 1 E. 6.1). Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist einzutreten, soweit die Beschwerdeführer mit ihrem Hauptantrag verlangen, es sei auf das Gesuch um Familiennachzug einzutreten.

#### **E. 1.2**

Die Vorinstanz hat sodann die Gesuche um Rentnerbewilligung im Sinne von Art. 28 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20) sowie betreffend Härtefallbewilligung nach Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG jeweils abgewiesen. Bei beiden Bewilligungen handelt es sich um sogenannte Ermessensbewilligungen (vgl. BGE 137 II 345 E. 3.2.1).

##### **E. 1.2.1**

Soweit kein Anspruch auf eine Bewilligung besteht, ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig ( Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ). Dies betrifft namentlich die subeventualiter beantragte Rentnerbewilligung. Bei Art. 28 AIG handelt es sich um eine Kann-Bestimmung, die keinen Rechtsanspruch einräumt (vgl. Urteile 2C\_279/2021 vom 16. November 2021 E. 6.3; 2C\_301/2016 vom 19. Juli 2017 E.

6.1; 2D\_22/2016 vom 13. Juni 2016 E. 2.1). Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist auch unzulässig gegen Entscheide betreffend Abweichungen von den Zulassungsvoraussetzungen ( Art. 83 lit. c Ziff. 5 BGG ) - also namentlich soweit die Beschwerdeführer eventualiter die vorinstanzliche Anwendung von Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG beanstanden (vgl. Urteile 2D\_37/2021 vom 2. Dezember 2021 E. 3.1; 2C\_123/2020 vom 25. Juni 2020 E. 2.2; 2C\_873/2013 vom 25. März 2014 E. 1.2).

### **E. 1.2.2**

Mit Blick auf den Eventual- und Subeventualantrag ist nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zulässig ( Art. 113 ff. BGG ), wobei mit dieser nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden kann ( Art. 116 BGG ). Dazu gehört die Rüge der Verletzung von Parteirechten, deren Missachtung einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommt (sog. "Star"-Praxis; BGE 137 II 305 E. 2). Zur Verfassungsbeschwerde legitimiert ist, wer unter anderem ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat ( Art. 115 lit. b BGG ). Das erforderliche rechtlich geschützte Interesse ergibt sich dabei nicht bereits aus dem verfassungsrechtlichen Willkürverbot (vgl. BGE 137 II 305 E. 2 ; 134 I 153 E. 4; Urteil 2D\_23/2020 vom 21. August 2020 E. 1.3.3). Da die Beschwerdeführer im Zusammenhang mit Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG (Härtefallbewilligung) und Art. 28 AIG (Rentnerbewilligung) lediglich eine Verletzung von Art. 9 BV sowie Art. 96 AIG rügen, ist auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten.

### **E. 2**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann namentlich die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a und lit. b BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5; 133 II 249 E. 1.4.1). Der Verletzung von Grundrechten geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 147 II 44 E. 1.2; 143 II 283 E. 1.2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 143 I 1 E. 1.4; 133 II 249 E. 1.4.2).

### **E. 3**

Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, fehlt es in der Beschwerde an hinreichend begründeten Sachverhaltsrügen. Die Vorbringen der Beschwerdeführer erschöpfen sich in einer blossen Gegendarstellung zum angefochtenen Urteil, weshalb es sich um appellatorische Kritik handelt. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

### **E. 4**

Der Beschwerdeführer stellte am 11. September 2015 ein Familiennachzugsgesuch, das mit rechtskräftiger Verfügung des Migrationsamts vom 3. Dezember 2015 abgewiesen wurde.

Die Beschwerdeführerin wurde dabei aufgefordert, die Schweiz zu verlassen. Am 2. Oktober 2020 reichten die Beschwerdeführer wiedererwägungsweise ein weiteres Familiennachzugsgesuch ein. Darauf trat das Migrationsamt mit Verfügung vom 20. Mai 2021 nicht ein, was die Vorinstanz mit Urteil vom 8. Dezember 2021 bestätigte. Mit Blick auf den beantragten Familiennachzug stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz den Nichteintretensentscheid des Migrationsamts zu Recht stützte.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, die massgebenden Umstände hätten sich zwischen dem 11. September 2015 und dem 2. Oktober 2020 verändert. Es sei neuerdings ein langjähriges, gefestigtes Eheleben der Beschwerdeführer am gleichen Wohnort zu berücksichtigen. Die Beschwerdeführerin habe mittlerweile das Rentenalter erreicht und dennoch ein Arbeitsstelle gefunden. Es sei ihnen nicht mehr zumutbar, ihre Ehe in Sri Lanka fortzuführen. Die Vorinstanz hätte unter dem Blickwinkel von Art. 8 EMRK sowie Art. 43 AIG und Art. 47 Abs. 4 AIG die Voraussetzungen des Familiennachzugs wiedererwägungsweise prüfen müssen.

#### **E. 4.2**

Eine kantonale Behörde muss sich mit einem Wiedererwägungsgesuch dann förmlich befassen und allenfalls auf eine rechtskräftige Verfügung zurückkommen, wenn das kantonale Recht dies vorsieht (vgl. § 28 Abs. 1 des Gesetz des Kantons Solothurn vom 15. November 1970 über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG/SO; BGS 124.11]) und die entsprechenden (gesetzlichen) Voraussetzungen erfüllt sind oder wenn dies unmittelbar die Grundsätze gemäss Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 BV verlangen: Danach besteht eine behördliche Pflicht, auf ein Gesuch um Wiedererwägung einzutreten, wenn die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich verändert haben oder wenn die gesuchstellende Person erhebliche Tatsachen und Beweismittel dartut, die ihr im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für sie rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand. Es besteht nicht bereits dann ein Anspruch auf eine Neubeurteilung, wenn ein Wiedererwägungsgrund nur behauptet wird. Die betroffene Person hat vielmehr glaubhaft zu machen und mit geeigneten Beweismitteln zu belegen, welche tatsächlichen Verhältnisse sich seit dem ersten Entscheid derart verändert haben, sodass es sich rechtfertigt, die Situation erneut zu überprüfen, sowie aufzuzeigen, dass die veränderten Verhältnisse geeignet sind, bei dieser Prüfung zu einer anderen Beurteilung zu gelangen (vgl. BGE 136 II 177 E. 2; 120 Ib 42 E. 2b; Urteil 2C\_885/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.2).

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz erwägt im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben zutreffend, dass die Beschwerdeführer keine neuen Umstände vorbringen, die die rechtskräftige Verfügung vom 3. Dezember 2015 infrage stellen.

##### **E. 4.3.1**

Das Familiennachzugsgesuch vom 11. September 2015 wurde abgewiesen, da die Nachzugsfrist von fünf Jahren gemäss Art. 47 Abs. 1 AIG bereits seit dem Jahr 2006 abgelaufen war und keine wichtigen familiären Gründe gemäss Art. 47 Abs. 4 AIG vorlagen (vgl. auch E. 2.2 des angefochtenen Urteils). Die Beschwerdeführerin hätte die Schweiz daraufhin bis zum 29. Februar 2016 verlassen müssen (vgl. Bst. A hiavor).

Angesichts des darauffolgenden unrechtmässigen Aufenthalts in der Schweiz können sich die Beschwerdeführer nicht darauf berufen, es sei im Oktober 2020 neuerdings ein Eheleben in den Jahren von 2015 bis 2020 am gleichen Wohnort zu berücksichtigen. Gleichermassen ins Leere stösst das Vorbringen der Beschwerdeführer, wonach sie nach über fünf Jahren Untätigkeit der Migrationsbehörden hätten darauf vertrauen dürfen, dass die Wegweisung nicht mehr vollzogen werde: Der Beschwerdeführer gab den Behörden an, seine Ehefrau sei am 31. August 2016 verschwunden, obwohl sie nach ihren jetzigen Angaben weiterhin zusammenlebten. Ausserdem leistete die Beschwerdeführerin dem Vorführungsbefehl vom 6. September 2016 keine Folge. Dass sich die Beschwerdeführer vor diesem Hintergrund auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen, erweist sich ihrerseits als treuwidrig. Die in diesem Zusammenhang stehende Gehörsrüge, wonach die Vorinstanz es unterlassen habe, abzuklären, ob die Beschwerdeführerin die Behörden tatsächlich hintergangen habe, indem sie sich ohne Aufenthaltstitel weiterhin in der Schweiz aufgehalten habe, ist ebenso unbegründet.

#### **E. 4.3.2**

Da die Beschwerdeführerin die Schweiz bis zum 29. Februar 2016 hätte verlassen müssen, ist auch der Umstand, dass sie mittlerweile das Rentenalter erreicht habe, nicht massgebend. Ferner steht der eingereichte Arbeitsvertrag der Beschwerdeführerin vom 25. Juni 2021 unter der Bedingung der Erteilung der vorliegend umstrittenen Aufenthaltsbewilligung (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG). Daher handelt es sich auch diesbezüglich um keine neue rechtserhebliche Tatsache. Sodann ist ein allenfalls schlechter Gesundheitszustand des Beschwerdeführers kein neuer Umstand, der nach einer Wiedererwägung verlangt hätte. Der schlechte Gesundheitszustand des Beschwerdeführers führte bereits im Jahr 2003 zu einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit. Dieser Umstand floss in die (erste) Beurteilung vom 3. Dezember 2015 ein (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG). Inwiefern der Zustand sich weiter verschlechtert hätte, wird nicht rechtsgenügend dargelegt.

#### **E. 4.4**

Es ist nach dem Dargelegten nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Nichteintretensentscheid des Migrationsamts bestätigte und wiedererwägungsweise auf eine (erneute) eingehende Prüfung des Familiennachzugsgesuchs verzichtete. Es sind keine neuen rechtserheblichen Tatsachen ersichtlich, die zu einer anderen Beurteilung im Rahmen von Art. 47 Abs. 4 AIG und Art. 8 EMRK führen könnten. Es liegt demnach weder eine Verletzung des Anspruchs auf Wiedererwägung gestützt auf Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 BV noch eine Verletzung des Willkürverbots nach Art. 9 BV vor. Soweit die Beschwerdeführer überdies eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV rügen, da die Vorinstanz auf die Durchführung einer erneuten Interessenabwägung verzichtet habe, ist ihnen im Lichte des Gesagten ebenfalls nicht zu folgen.

#### **E. 5**

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nicht einzutreten. Die Beschwerdeführer beantragen für den Fall ihres Unterliegens, ihnen die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren. Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann nicht entsprochen werden, da das Rechtsmittel von vornherein als aussichtslos bezeichnet werden muss ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Diesem Verfahrensausgang entsprechend sind die umständehalber reduzierten Kosten des

bundesgerichtlichen Verfahrens den Beschwerdeführern zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG ).  
Parteientschädigungen sind nicht geschuldet ( Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG ).

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