



**Fall-Nr.:** B 2023/59  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 26.09.2023  
**Entscheiddatum:** 06.06.2023

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 06.06.2023**

**Ausländerrecht, Anspruch auf Wiedererwägung einer qualifiziert rechtswidrigen Verfügung, Familiennachzug, Art. 29 BV, Art. 44 Abs. 1 lit. e AIG. Eine unrichtige Rechtsanwendung kann – sofern sie klar zutage tritt – als Rückkommensgrund in Frage kommen, da das öffentliche Interesse an der Verwirklichung des objektiven Rechts bei Dauerverfügungen, bei denen sich eine Gesetzeswidrigkeit wegen fehlerhafter Rechtsanwendung über eine längere Zeitspanne auswirkt, stärker betroffen ist. Der Nachzug der Ehefrau eines Bezügers von Ergänzungsleistungen erweist sich im vorliegenden Einzelfall als zulässig, da aufgrund des nachweislich zu erwartenden Erwerbseinkommens der Ehefrau von keiner zusätzlichen Belastung der öffentlichen Wohlfahrt, sondern im Gegenteil von einer Reduktion der Ergänzungsleistungen des Beschwerdeführers auszugehen ist (Verwaltungsgericht, B 2023/59).**

**Entscheid vom 6. Juni 2023**

Besetzung

Abteilungspräsidentin Lendfers; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;  
Gerichtsschreiberin Schmid Etter

Verfahrensbeteiligte

**A. \_\_,**

**Beschwerdeführer,**

und



## St.Galler Gerichte

B.\_\_,

**Beschwerdeführerin,**

beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Marc Spescha, Advokaturbüro Langstrasse  
4, Langstrasse 4, Postfach 1063, 8021 Zürich,

gegen

**Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen,**

Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen,

**Vorinstanz,**

Gegenstand

**Wiedererwägungsgesuch betreffend Familiennachzug für B. \_\_**

### **Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

**A.**

A.\_\_, von Bosnien und Herzegowina, reiste am 9. Januar 2001 zusammen mit seiner Mutter und seinem Bruder in die Schweiz ein und beantragte Asyl. Das Asylgesuch wurde mit Verfügung vom 21. Mai 2003 abgelehnt, der Vollzug der Wegweisung jedoch aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung (schwere Epilepsie) zugunsten einer vorläufigen Aufnahme aufgeschoben. Am 16. März 2010 erteilte das Migrationsamt des Kantons St. Gallen A.\_\_ eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen. Aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit (Invaliditätsgrad 70 Prozent) bezieht er seit 1. Oktober 2010 Ergänzungsleistungen.

Am 24. Juli 2019 heiratete A.\_\_ seine Landsfrau B.\_\_, welche mit der Heirat den Nachnamen ihres Ehemannes annahm. In der Folge reichte er ein Gesuch um Familiennachzug ein, zog dieses jedoch am 27. Januar 2020 auf Empfehlung des Migrationsamts zurück. Am 3. November 2020 ersuchte A.\_\_ erneut um



Familiennachzug seiner Ehefrau. Auch dieses Gesuch wurde zurückgezogen, dies am 24. Februar 2021. Ein weiteres Nachzugsgesuch wies das Migrationsamt mit Verfügung vom 22. Februar 2022 ab mit der Begründung, dass A.\_\_\_ Ergänzungsleistungen beziehe. Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

### **B.**

Am 1. Juni 2022 reichte A.\_\_\_ erneut ein Gesuch um Familiennachzug für seine Ehefrau ein. Das Migrationsamt betrachtete dieses als Wiedererwägungsgesuch und trat darauf mit Verfügung vom 26. Juli 2022 nicht ein. Der dagegen erhobene Rekurs wurde vom Sicherheits- und Justizdepartement mit Entscheid vom 6. März 2023 abgewiesen, das Gesuch um Befreiung von den Verfahrenskosten zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben und das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen.

### **C.**

Gegen diesen Entscheid erhoben A.\_\_\_ und B.\_\_\_ mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 20. März 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen mit den Anträgen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und das Migrationsamt anzuweisen, das Gesuch materiell zu behandeln, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zudem stellten sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung, einschliesslich für das Verfahren vor der Vorinstanz. Das für das Beschwerdeverfahren gestellte Gesuch wurde von der zuständigen Abteilungspräsidentin bewilligt. In der Vernehmlassung vom 3. April 2023 beantragte die Vorinstanz unter Verweis auf den angefochtenen Entscheid die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführer verzichteten unter Einreichung der Kostennoten für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren auf eine weitere Stellungnahme. Auf die Vorbringen der Beschwerdeführer und die Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## **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 Ergreifung der Beschwerde berechtigt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde gegen den am 8. März 2023 versandten



Rekursentscheid wurde mit Eingabe vom 20. März 2023 rechtzeitig erhoben (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 VRP) und erfüllt formal wie inhaltlich die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

## 2.

### 2.1.

Die Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, eine ausländische Person könne grundsätzlich jederzeit ein neues Bewilligungsgesuch einreichen, ausser es erweise sich als trölerisch. Die Verwaltungsbehörde sei im Rahmen ihres Ermessens und mit Blick auf die Verwirklichung des objektiven Rechts gehalten, sachlich begründete neue Gesuche zu behandeln. Ferner bestehe eine Eintretenspflicht der Behörde, wenn die Verfügung bereits ursprünglich qualifiziert fehlerhaft gewesen sei. Dies sei insbesondere bei einer sich über eine längere Zeitspanne auswirkenden Dauerverfügung von Belang. In den früheren Verfahren seien sie nicht anwaltlich vertreten gewesen. Es könne ihnen daher nicht vorgeworfen werden, dass sie die Verweigerung des Familiennachzugs als groben Verstoss gegen das Gerechtigkeitsgefühl nicht erkannt hätten. Es sei aktenkundig, dass der Beschwerdeführer eine sehr enge Bindung zur Schweiz habe und sich daher auf das Recht auf Privat- und Familienleben berufen könne. Ferner sei unbestritten, dass er in einem Grad behindert sei, der zu einer ganzen IV-Rente berechtigen würde, wenn er die frühere Beitragspflicht erfüllt hätte. Es bestehe für die Beschwerdeführer keine zumutbare Alternative, das Eheleben im Ausland zu pflegen. Die Verweigerung des Familiennachzugs habe zur Folge, dass ihnen das Eheleben faktisch gänzlich verwehrt werde. Aus eigener Kraft könnten sie nichts verändern, womit sich der Eingriff als gravierend erweise. Hinzu komme, dass gegenüber dem Beschwerdeführer als behinderter Person ein Diskriminierungsverbot bestehe. Art. 44 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (SR 142.20, AIG) verstosse gegen die einschlägigen Bestimmungen der Behindertenrechtskonvention. Im Rahmen der parlamentarischen Beratung zur Einführung jener Bestimmung sei festgehalten worden, dass stets eine einzelfallgerechte Verhältnismässigkeitsprüfung erfolgen müsse. Die ursprüngliche Verfügung erweise sich somit als offensichtlich krass fehlerhaft und führe zu einem stossenden, dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufenden willkürlichen Ergebnis. Das Recht auf Familienleben und das Diskriminierungsverbot würden verletzt. Das Migrationsamt hätte daher auf das neuerliche Gesuch eintreten und dieses behandeln



müssen. Der Familiennachzug liege im öffentlichen Interesse, da mit dem Einkommen der Beschwerdeführerin die Ergänzungsleistungen stark reduziert werden könnten.

### 2.2.

Gemäss Rechtsprechung kann auf eine rechtskräftige ablehnende Verfügung nicht ohne Weiteres zurückgekommen werden. Fehlerhafte Verfügungen sind grundsätzlich genauso wirksam wie fehlerfreie Verfügungen (abgesehen von Nichtigkeit). Sind sie in Rechtskraft erwachsen, kann der Mangel nur noch durch eine spätere Änderung der Verfügung behoben werden. Nach Art. 27 Abs. 1 VRP sind Wiedererwägungsgesuche zulässig, begründen aber keinen Anspruch auf eine Stellungnahme der Behörde in der Sache und hemmen den Fristenlauf nicht. Die Wiedererwägung darf nicht dazu dienen, rechtskräftige Verfügungen immer wieder in Frage zu stellen oder Gründe vorzubringen, die der Gesuchsteller von Anfang an kannte und ohne berechtigten Grund verschwieg. Ein Wiedererwägungsgesuch erlaubt es nicht, im ersten Verfahren versäumte oder unterlassene Mitwirkungspflichten gleichsam zu heilen und Tatsachen vorzubringen, die die Partei seinerzeit ins Verfahren hätte einbringen können. Ein Wiedererwägungsgesuch in diesem Sinne stellt ein eigentliches ausserordentliches Rechtsmittel dar. Das Zurückkommen auf eine Verfügung kommt nur aus wichtigen Gründen in Frage. Erheblich oder wesentlich ist die ursprüngliche oder nachträgliche Fehlerhaftigkeit im Allgemeinen dann, wenn angenommen werden kann, dass unter Berücksichtigung der zutreffenden Rechts- oder Sachlage ein anderer Entscheid zu erwarten wäre oder ernstlich in Betracht fällt (vgl. dazu VerwGE B 2021/190 vom 21. Dezember 2021 E. 2.1, B 2020/211 vom 21. Mai 2021 E. 3.1, B 2019/126 vom 1. Dezember 2019 E. 2.1 und B 2018/228 vom 10. Mai 2019 E. 2.1, je mit Hinweisen). Sind dem Gesuch keine ausreichenden Wiedererwägungsgründe zu entnehmen, so ist die Verwaltungsbehörde nicht gehalten, darauf einzutreten. Diesfalls reduziert sich die Wiedererwägung auf einen blossen Rechtsbehelf (Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, Rz. 849 ff., 866).

Das Bundesgericht leitet – namentlich bei Verfügungen mit Dauerwirkungen, zu denen die Ablehnung einer ausländerrechtlichen Bewilligung zählt – direkt aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) im Sinne einer verfahrensrechtlichen Minimalgarantie einen Anspruch auf Wiedererwägung ab, wenn sich die rechtlichen oder tatsächlichen Umstände seit der ersten Verfügung erheblich geändert haben (auch: "Anpassung"), wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel namhaft macht, die im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn unmöglich war oder keine Veranlassung bestand, mithin also, wenn ein Revisionsgrund vorliegt (sog.



"revisionsähnliche Gründe", auch: "Rücknahme") oder wenn sich die Verfügung wegen falscher Rechtsanwendung als ursprünglich fehlerhaft erweist (vgl. zum Ganzen BGE 146 I 185 E. 4.1, 136 II 177 E. 2.1, je mit Hinweisen; VerwGE B 2021/190 vom 21. Dezember 2021 E. 2.1 mit Hinweisen; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., Rz. 855 ff.; T. Tschumi, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2020, N 1 f. zu Art. 27 VRP; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 575 mit Hinweisen).

Eine unrichtige Rechtsanwendung ist grundsätzlich im Anschluss an die Verfügung durch Ergreifen von ordentlichen Rechtsmitteln geltend zu machen und rechtfertigt nur dann ein Rückkommen auf diese, falls sie sich materiell als schwerwiegend fehlerhaft erweist oder wenn sie zu einem stossenden und dem Gerechtigkeitsgefühl zuwiderlaufenden Ergebnis führen würde (BGer 2C\_89/2022 vom 3. Mai 2022 E. 3.2, 2C\_115/2011 vom 22. November 2011 E. 2.2 mit Hinweisen; [BGE 98 Ia 568](#) E. 5b). Eine unrichtige Rechtsanwendung kann – sofern sie klar zutage tritt – als Rückkommensgrund in Frage kommen, da das öffentliche Interesse an der Verwirklichung des objektiven Rechts bei Dauerverfügungen, bei denen sich eine Gesetzeswidrigkeit wegen fehlerhafter Rechtsanwendung über eine längere Zeitspanne auswirkt, stärker betroffen ist (Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., Rz. 859; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N 1128 ff.; [BGE 138 II 501](#) E. 3.1, [137 I 273](#) E. 3.1, mit weiteren Hinweisen; BGer 2C\_89/2022 vom 3. Mai 2022 E. 3.2).

### 2.3.

#### 2.3.1.

Am 10. November 2021 reichte der Beschwerdeführer ein Nachzugsgesuch für seine Ehefrau ein. Dieses wurde vom Migrationsamt mit Verfügung vom 22. Februar 2022 abgewiesen (Migrationsakten [MA] 376 ff.). Das Migrationsamt führte zur Begründung aus, die Vor-aussetzungen für einen Familiennachzug seien nicht erfüllt. Da der Beschwerdeführer als nachziehende Person Ergänzungsleistungen beziehe, liege nach Art. 44 Abs. 1 lit. e AIG ein Ausschlussgrund vor. Aufgrund des eingereichten Arbeitsvertrags würde die Ehefrau voraussichtlich ein monatliches Erwerbseinkommen von netto ca. CHF 2'210 erzielen. Der Bedarf des Ehepaares nach den Richtlinien der Vereinigung der Migrationsämter der Ostschweiz und des Fürstentums Liechtenstein zur Berechnung des Lebensbedarfs beim Familiennachzug (VOF-Richtlinien, vkm-asm.ch) betrage jedoch CHF 3'567 (Grundbedarf CHF 1'550, Ergänzungsbedarf CHF



452, Miete CHF 950, Krankenversicherung CHF 412, Alimente CHF 53 und Erwerbsunkosten CHF 150, vgl. MA 375), wobei die mutmassliche Prämienverbilligung der Krankenkasse bereits berücksichtigt sei. Die Differenz zwischen Einkommen und Bedarf sei mit CHF 1'357 beträchtlich. Es bestehe die Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorge- bzw. Ergänzungsleistungsabhängigkeit, sofern dem Familiennachzug stattgegeben werde. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

### **2.3.2.**

Am 1. Juni 2022 ersuchte der Beschwerdeführer, dieses Mal anwaltlich vertreten, erneut um Nachzug seiner Ehefrau. Er reichte einen unterzeichneten Arbeitsvertrag ein, wonach die Ehefrau mit einem Pensum von 70 Prozent einen Nettolohn von rund CHF 2'700 pro Monat erzielen würde. Dadurch reduziere sich der Bedarf des Beschwerdeführers an Ergänzungsleistungen von derzeit CHF 2'551 deutlich auf rund CHF 1'400, womit der Familiennachzug auch im öffentlichen Interesse liege. Ferner sei stets eine einzelfallgerechte Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen. Der Eingriff in das menschenrechtlich geschützte Familienleben sowie die Diskriminierung des Beschwerdeführers als Zugehöriger der vulnerablen Personengruppe von Behinderten sei nicht zulässig (MA 387 ff.). Das Migrationsamt prüfte das Gesuch unter den Voraussetzungen für eine Wiedererwägung und kam in der Verfügung vom 26. Juli 2022 – ohne vorgängige Gewährung des rechtlichen Gehörs – zum Schluss, die Voraussetzungen für ein Eintreten seien mangels erheblicher Veränderung der Umstände seit Rechtskraft der Verfügung vom 22. Februar 2022 nicht erfüllt (MA 393 ff.).

Davon ging auch die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid aus. Sie führte aus, die gesundheitliche Situation des Beschwerdeführers sei unverändert. Die Erhöhung des voraussichtlichen Arbeitspensums der Beschwerdeführerin von 60 auf 70 Prozent ändere nichts an der Rechtslage, da die Abhängigkeit des Beschwerdeführers von Ergänzungsleistungen in erheblichem Umfang weiterbestehe. Es könne daher keine günstige Prognose gestellt werden. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer ständige häusliche Betreuung benötige, hätte bereits im früheren Nachzugsverfahren geltend gemacht werden können. Es bestehe kein Anspruch auf Wiedererwägung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung würden sodann behinderte Personen nicht unzulässig diskriminiert, wenn deren Aufenthalt nach Art. 24 lit. a Anhang I des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die



Freizügigkeit (SR 0.142.112.681, FZA) davon abhängig gemacht werde, dass keine Ergänzungsleistungen bezogen würden. Die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung erscheine als geeignetes und erforderliches Mittel, um das legitime fiskalische Interesse des Gemeinwesens zu wahren. Dasselbe gelte für die Verweigerung des Familiennachzugs beim Bezug von Ergänzungsleistungen. Da die Voraussetzung von Art. 44 Abs. 1 lit. e AIG nicht erfüllt sei, bestehe gestützt auf Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, EMRK) kein Rechtsanspruch auf Familiennachzug (act. 2, S. 7 ff.).

### **2.3.3.**

Der Vorinstanz ist insofern zuzustimmen, als sich der Sachverhalt gegenüber dem mit Verfügung vom 22. Februar 2022 rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren nicht wesentlich verändert hat. Neu machen die Beschwerdeführer unter Vorlage eines entsprechenden Arbeitsvertrags zwar geltend, die Beschwerdeführerin werde in der Schweiz in einem Pensum von 70 Prozent als Raumpflegerin (im vormaligen Gesuchsverfahren noch 60 Prozent) erwerbstätig sein und dadurch ein um rund CHF 370 höheres Nettomonatseinkommen erzielen. Eine Einkommenserhöhung in diesem relativ geringen Ausmass kann nicht als wesentliche Veränderung in tatsächlicher Hinsicht gegenüber dem Sachverhalt, wie er der Verfügung vom 22. Februar 2022 zugrunde lag, betrachtet werden. Eigentliche Revisionsgründe sind nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht. Zu klären bleibt, ob die Verfügung vom 22. Februar 2022 in materieller Hinsicht qualifiziert rechtswidrig ist, sodass ein Anspruch der Beschwerdeführer auf Wiedererwägung gegeben ist. Da es nicht um die Aufenthaltsbewilligung des erwerbsunfähigen Beschwerdeführers, sondern um Familiennachzug geht, erweist sich die von der Vorinstanz zu Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA erwähnte Rechtsprechung, wo es um die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung an eine behinderte Person ohne Erwerbseinkommen ging, nicht als einschlägig.

### **2.4.**

#### **2.4.1.**

Gemäss Art. 44 Abs. 1 AIG haben ausländische Ehegatten von Personen mit Aufenthaltsbewilligung Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (lit. a), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (lit. b), sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind (lit. c), sie sich an der am Wohnort gesprochenen Sprache verständigen können (lit. d) und die nachziehende Person keine jährlichen Ergänzungsleistungen nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-,



Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (SR 831.30, ELG) bezieht oder wegen des Familiennachzugs beziehen könnte (lit. e). Strittig ist vorliegend, ob das Kriterium gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. e AIG für den Nachzug der Beschwerdeführerin erfüllt ist.

Die aktuell geltende Fassung von Art. 44 AIG, insbesondere lit. e, ist am 1. Januar 2019 in Kraft getreten. Sie geht auf eine Revision zurück, deren Ziel unter anderem die Umsetzung verschiedener parlamentarischer Initiativen, darunter die Initiative "Kein Familiennachzug bei Bezug von Ergänzungsleistungen" (Nr. 08.428), bildete, die als Reaktion auf ein Urteil des Bundesgerichts (BGer 2C\_448/2007 vom 20. Februar 2008) eingereicht wurde. Die Problematik bestand darin, dass Bezüger von Ergänzungsleistungen Familienangehörige nachziehen konnten, die dann – aufgrund der ergänzungsleistungsrechtlich als wirtschaftliche Einheit betrachteten Familiengemeinschaft – ebenfalls in die Berechnung des Ergänzungsleistungsanspruchs des Bezügers einbezogen wurden. Aus den Materialien ergibt sich, dass mit Art. 44 Abs. 1 lit. e AIG in erster Linie die Entlastung der öffentlichen Finanzen bezweckt wurde (vgl. Zusatzbotschaft zur Änderung des Ausländerrechts [Integration] vom 4. März 2016, BBI 2016 2837, 2840, 2852, nachfolgend: Zusatzbotschaft AIG). Es sollte sichergestellt werden, dass die Voraussetzung der genügenden finanziellen Mittel für den Familiennachzug erfüllt ist, um so eine zusätzliche finanzielle Belastung des Staates durch den Familiennachzug zu verhindern (vgl. AB 2016 N 1309 f., Voten Jauslin, Addor; AB 2016 N 1314, Votum Romano). Den parlamentarischen Beratungen lässt sich klar entnehmen, dass eine Gleichbehandlung von Sozialhilfe- und Ergänzungsleistungsbezüger im Hinblick auf den Familiennachzug beabsichtigt wurde bzw. dass beide Konstellationen Hinderungsgründe für den Familiennachzug darstellen sollten (vgl. AB 2016 N 1308, Votum Humbel; AB 2016 N 1311, Votum Flach; AB 2016 N 1314, Voten Romano, Nantermod). Den Materialien lässt sich demgegenüber nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber die Prüfung der genügenden finanziellen Mittel beim Bezug von Ergänzungsleistungen anders oder strenger handhaben wollte als bei der Sozialhilfeabhängigkeit, wo der Gesetzestext zudem nicht auf die nachziehende, sondern auf die nachgezogene Person referiert (Art. 44 Abs. 1 lit. c AIG), oder dass er eine Verletzung verfassungs- und völkerrechtlicher Garantien bewusst in Kauf genommen hat. Vielmehr weist die Zusatzbotschaft AIG darauf hin, dass das



wirtschaftliche Wohlergehen praxisgemäss ein legitimes Ziel für die Einschränkung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK) bildet, wobei ein allfälliger Eingriff sich als verhältnismässig erweisen muss, was eine Interessenabwägung im Einzelfall voraussetzt (vgl. Zusatzbotschaft AIG, a.a.O., BBl 2016 2837; vgl. Urteil [des EGMR] vom 11. Juni 2013 in Sachen Hasanbasic gegen die Schweiz, § 52; vgl. auch [BGE 139 I 330](#) E. 2.4.1 mit Hinweis; BGer 2C\_835/2018 vom 8. April 2018 E. 4.2 und 2C\_1075/2015 vom 28. April 2016 E. 3.1). Auch in den parlamentarischen Beratungen wurde auf die Bedeutung der Verhältnismässigkeit im Rahmen der Rechtsanwendung hingewiesen (vgl. AB 2016 S 970, Voten Cramer und Bundesrätin Sommaruga).

Das Bundesgericht hat zur neuen gesetzlichen Regelung wiederholt festgehalten, dass die Konventionskonformität der Anforderung des fehlenden Bezugs von Ergänzungsleistungen gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. e AIG (für den Familiennachzug einer Person mit Niederlassungsbewilligung, gleichlautend wie Art. 44 Abs. 1 lit. e AIG für den Familiennachzug einer Person mit Aufenthaltsbewilligung) nach den für die Beurteilung der Fürsorgeunabhängigkeit gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. c AIG (gleichlautend wie Art. 44 Abs. 1 lit. c AIG) entwickelten Kriterien zu beurteilen sei (BGer 2C\_795/2021 vom 17. März 2022 E. 4.2.3, 2C\_309/2021 vom 5. Oktober 2021 E. 5.4, 2C\_914/2020 vom 11. März 2020 E. 5.10). Es erwog, der Zweck von Art. 43 Abs.1 lit. c und e AIG (gleichlautend wie Art. 44 Abs. 1 lit. c und e AIG) sei es, die finanzielle Selbständigkeit der Familie zu gewährleisten und eine zusätzliche Belastung der öffentlichen Wohlfahrt zu verhindern. Dabei sei jedoch auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Fürsorgeleistungen und Ergänzungsleistungen nicht in jeder Hinsicht gleichzustellen seien. Insbesondere gelte es zu berücksichtigen, dass es Personen, die Anspruch auf eine IV-Rente hätten, in aller Regel nicht möglich sei, etwas an ihrer finanziellen Situation zu ändern. Schliesslich habe ein allfälliger Eingriff in das Recht auf Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK) auch im Falle des Bezugs von Ergänzungsleistungen verhältnismässig zu sein (BGer 2C\_309/2021 vom 5. Oktober 2021 E. 5.5). Es erscheine sodann nicht ausgeschlossen, dass die Anwendung von Art. 43 Abs. 1 lit. e AIG beim Familiennachzug im Einzelfall zu einer Diskriminierung von an einer Behinderung leidenden Personen, die eine IV-Rente beziehen würden (Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK), führen



könne (BGer 2C\_309/2021 vom 5. Oktober 2021 E. 7).

Gemäss Bundesgericht sind die für die Fürsorgeabhängigkeit nach Art. 43 Abs. 1 lit. c bzw. Art. 44 Abs. 1 lit. c AIG entwickelten Kriterien bei der Prüfung des Bezugs von Ergänzungsleistungen sinngemäss heranzuziehen. Bei Tangierung des Schutzbereichs von Art. 8 Ziff. 1 EMRK ist eine umfassende Interessenabwägung bzw.

Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen (Art. 8 Ziff. 2 EMRK; [BGE 144 I 91 E. 4.2 und 144 I 266 E. 3.7](#); BGer 2C\_64/2020 vom 24. Juli 2020 E. 3.2, 2C\_834/2016 vom 31. Juli 2017 E. 2.2). Dafür ist von den aktuellen Verhältnissen auszugehen und die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung auf längere Sicht abzuwägen. In die Beurteilung sind nicht nur die Einkünfte des hier anwesenheitsberechtigten Familienangehörigen, sondern auch die finanziellen Möglichkeiten aller Familienmitglieder einzubeziehen (BGer 2C\_309/2021 vom 5. Oktober 2021 E. 6.1). Das Einkommen der Angehörigen, die an die Lebenshaltungskosten der Familie beitragen sollen und können, ist daran zu messen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sich dieses grundsätzlich als tatsächlich realisierbar erweist. In diesem Sinn müssen die Erwerbsmöglichkeiten und das damit verbundene Einkommen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf mehr als nur kurze Frist hin gesichert erscheinen (BGer 2C\_795/2021 vom 17. März 2022 E. 4.2.3 mit Hinweisen, 2C\_309/2021 vom 5. Oktober 2021 E. 6.1 mit Hinweisen). Wenn allerdings der Fehlbetrag gering ist, den zu decken es gilt, damit ein Sozialhilfebezug respektive der Bezug von Ergänzungsleistungen entfällt, sind an den Nachweis eines zukünftigen Einkommens der nachzuziehenden Person tiefere Anforderungen zu stellen (BGer 2C\_10/2022 vom 21. September 2022 E. 8.2). Selbst bei sozialhilfeabhängigen Personen kann die Bewilligung des Familiennachzugs im öffentlichen Interesse liegen, wenn Aussicht besteht, dass durch die Erwerbstätigkeit des Nachgezogenen der Bezug der Sozialhilfe künftig verringert oder vermieden werden kann (Spescha/Kerland/Bolzli, Handbuch zum Migrationsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 252).

### **2.4.2.**

Die Umstände des vorliegenden Falles sind in verschiedener Hinsicht besonders. Der Beschwerdeführer ist invalid (Invaliditätsgrad 70 Prozent) und hätte Anspruch auf eine ganze IV-Rente, die dem Familiennachzug nicht entgegenstünde. Wegen nicht erfüllter Mindestbeitragsdauer erhält er aber keine solche, sein ganzer Bedarf wird mit (sog.



rentenlosen) Ergänzungsleistungen gedeckt (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. d ELG). Die Ergänzungsleistungen, die ansonsten stets als Zusatz zu einem Ersatzeinkommen (IV-Rente, AHV-Rente) geleistet werden, fallen bei ihm daher mit CHF 2'551 pro Monat vergleichsweise höher aus, womit die Voraussetzung des fehlenden Ergänzungsleistungsbezugs nach Art. 44 Abs. 1 lit. e AIG bei strikt grammatikalischer Auslegung des Wortlauts von vornherein kaum zu erfüllen ist. An einen solchen Sachverhalt hat der Gesetzgeber bei Einführung der fraglichen Bestimmung auch nicht gedacht. Aufgrund seiner schweren chronischen Erkrankung ist der Beschwerdeführer unverschuldet dauerhaft nicht in der Lage, ein Erwerbseinkommen zu erzielen und seine finanzielle Lage zu verbessern. Die Pflege des Familienlebens ausserhalb der Schweiz und ohne Ergänzungsleistungen (vgl. Art. 4 Abs. 1 ELG) ist für ihn aufgrund seiner gesundheitlichen Situation mit unzumutbaren Nachteilen verbunden, weswegen ihm im Jahr 2010 auch eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen erteilt wurde. Mittlerweile verfügt der Beschwerdeführer über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz. Er lebt seit mehr als 20 Jahren hier, ebenso seine Mutter und sein Bruder. Seine Aufenthaltsbewilligung wurde seit Jahren regelmässig verlängert, und der Bezug von Ergänzungsleistungen stellt keinen Grund für einen Widerruf der Aufenthaltsbewilligung dar. Eine Rückkehr in sein Heimatland ist nicht zumutbar. Folgt man der Rechtsauffassung des Migrationsamts und der Vorinstanz, wonach ein Familiennachzug nur möglich ist, wenn die nachziehende Person keine Ergänzungsleistungen bezieht, wird dem Beschwerdeführer ein Zusammenleben in der Kernfamilie mit seiner Ehefrau in der Schweiz auf unbestimmte Zeit versagt, was mit Blick auf das elementare Grundrecht auf Familienleben äusserst problematisch erscheint. Dem Schutz des Familienlebens kommt daher vorliegend aufgrund der spezifischen Umstände erhöhtes Gewicht zu.

Mit dem Gesuch vom 10. November 2021 reichte der Beschwerdeführer einen unterzeichneten Arbeitsvertrag für seine Ehefrau als Raumpflegerin mit einem Pensum von 60 Prozent ein, was einem monatlichen Nettolohn von ca. CHF 2'210 entsprach (brutto CHF 2'400 zuzüglich 13. Monatslohn, MA 367). Dass es sich bei diesem Arbeitsangebot um eine reine Gefälligkeitsbestätigung handelte, das nicht in ein reales Arbeitsverhältnis gemündet hätte, wurde vom Migrationsamt nicht geltend gemacht. Entsprechende Anhaltspunkte enthalten auch die Akten nicht. Vielmehr erkundigte sich



## St.Galler Gerichte

die künftige Arbeitgeberin, Inhaberin einer Apotheke in St. Gallen, mit E-Mail vom 21. Januar 2022 beim Migrationsamt nach einer befristeten Arbeitsbewilligung für drei Monate, was auf ein anhaltendes ernsthaftes Interesse ihrerseits schliessen liess. Zudem teilte sie mit, sie beabsichtige, die Beschwerdeführerin nach der Probezeit von drei Monaten zusätzlich im (Privat)Haushalt zu beschäftigen (MA 362). Das Migrationsamt erwog, das Einkommen reiche für die Finanzierung des Lebensunterhalts des Ehepaares nicht aus; es bestehe die Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorge- bzw. Ergänzungsleistungsabhängigkeit, sofern dem Familiennachzug stattgegeben werde (MA 379 f.).

Das Nachzugsgesuch wurde abgewiesen, ohne dass eine gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwingend gebotene, auf den Einzelfall bezogene umfassende Interessenabwägung, insbesondere mit Blick auf das verfassungs- und konventionsrechtlich garantierte Recht auf Familienleben und das Diskriminierungsverbot von behinderten Personen, vorgenommen worden wäre; auch eine Verhältnismässigkeitsprüfung unter Einbezug der Prognose hinsichtlich der künftigen Entwicklung der finanziellen Verhältnisse fand nicht statt (vgl. BGer 2C\_502/2020 vom 4. Februar 2021 E. 5.4, wonach auch bei Nichterfüllung der Voraussetzung von Art. 44 Abs. 1 lit. c AIG ["nicht auf Sozialhilfe angewiesen"] eine umfassende Interessenabwägung bzw. Verhältnismässigkeitsprüfung zu erfolgen hat). Ebenso wurde nicht berücksichtigt, dass ein reiner Ergänzungsleistungsbezug ohne zugrundeliegende IV-Rente und damit ein Sonderfall vorliegt. Dies erscheint umso stossender, als sich die Ablehnung des Familiennachzugs im konkreten Fall, wo ein gemeinsames Familienleben weder im Ausland möglich ist noch zu einem späteren Zeitpunkt unter günstigeren wirtschaftlichen Vorzeichen erwartet werden kann (vgl. BGer 2C\_505/2020 vom 4. Februar 2021 E. 5.5), dauerhaft auf die Beschwerdeführer auswirkt. Wäre die Interessenabwägung gemäss den eingangs erwähnten bundesgerichtlichen Kriterien durchgeführt worden, hätte sich sodann gezeigt, dass der Familiennachzug dem mit Art. 44 Abs. 1 lit. e AIG bezweckten öffentlichen Interesse der Entlastung der öffentlichen Finanzen nicht zuwiderläuft, sondern diesem geradezu dient. Die Beschwerdeführerin vermag mit ihrer Erwerbstätigkeit nämlich nicht nur ihren eigenen Bedarf zu decken – sie selbst wird weder auf Sozialhilfe noch auf Ergänzungsleistungen angewiesen sein –, sondern sie kann mit ihrem Verdienst



auch einen beträchtlichen Anteil an den Unterhalt des Beschwerdeführers beitragen, wodurch die öffentliche Hand entlastet wird (D. Hongler, Ergänzungsleistungen und der ausländerrechtliche Familiennachzug, Jusletter vom 10. Januar 2022, S. 19). Der Nachzug der Ehefrau führt somit nicht zu einer zusätzlichen Belastung der öffentlichen Wohlfahrt, im Gegenteil reduzieren sich die Ergänzungsleistungen des Beschwerdeführers, weil durch den Einbezug des Erwerbseinkommens der Ehefrau in die Ergänzungsleistungs-Berechnung das anrechenbare Erwerbseinkommen höher ausfällt als die durch ihren Einbezug erhöhten anerkannten Ausgaben (vgl. Art. 10 f. ELG). Mittlerweile liegt ein unterzeichneter Arbeitsvertrag mit einem Beschäftigungsgrad von 70 Prozent vor (MA 384), womit die Beschwerdeführerin einen Nettolohn von rund CHF 2'580 erzielen könnte, was bei Anrechnung von 80 Prozent des Einkommens (Art. 11 Abs. 1 lit. a ELG) eine deutliche Reduktion der Ergänzungsleistungen um rund CHF 1'000 zur Folge hätte. Mit einem vollen Pensum wäre für sie sogar ein Nettoeinkommen von CHF 3'700 erzielbar, womit eine künftige gänzliche Ablösung des Beschwerdeführers von den Ergänzungsleistungen nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, zumal der vom Migrationsamt nach den VOF-Richtlinien errechnete Bedarf (CHF 3'567) gegenüber dem Bedarf gemäss SKOS-Richtlinien eher hoch bemessen ist. Es ist somit davon auszugehen, dass die Belastung der öffentlichen Wohlfahrt mittel- und längerfristig geringer ausfällt, wenn der Beschwerdeführer nicht sich selbst überlassen bleibt und im Alltag ohne die Unterstützung seiner Ehefrau auskommen muss.

### 2.4.3.

Aufgrund sämtlicher Elemente des vorliegenden Einzelfalles ist davon auszugehen, dass die privaten Interessen des Beschwerdeführers und die fiskalischen Interessen des Staates am Nachzug der Beschwerdeführerin gleichgelagert sind und damit das entgegenstehende öffentliche Interesse an einer restriktiven Einwanderungspolitik eindeutig überwiegen, weshalb Art. 44 Abs. 1 lit. e AIG dem Nachzug der Beschwerdeführerin weder im Zeitpunkt der Verfügung des Migrationsamts vom 22. Februar 2022 noch heute entgegensteht. Ob die in Art. 44 Abs. 1 lit. e AIG statuierte Anknüpfung der Verweigerung des Familiennachzugs an den Bezug von Ergänzungsleistungen der nachziehenden Person und damit an das Vorliegen eines sozialen Risikos – vorliegend Invalidität als Folge von physischer oder psychischer Beeinträchtigung als nicht selbstverschuldetes sensibles Merkmal – als systematisch



verfassungs- und konventionswidrig diskriminierend (Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK sowie Art. 5 des Übereinkommens der UNO über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Behindertenrechtskonvention, SR 0.109, BRK) und damit als dem Völkerrecht widersprechend einzustufen ist (vgl. dazu Hongler, a.a.O., S. 13 ff. und S. 22), erscheint gemäss Bundesgericht zumindest im Einzelfall nicht als ausgeschlossen, kann vorliegend aber offen bleiben (BGer 2C\_10/2022 vom 21. September 2022 E. 8.6; vgl. zum Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht BGE 148 II 169 E. 5.2).

### 2.5.

Zusammenfassend war die Rechtsanwendung von Art. 44 Abs. 1 lit. e AIG durch das Migrationsamt, die zur Abweisung des Gesuchs um Familiennachzug in der Verfügung vom 22. Februar 2022 führte, qualifiziert falsch. Die Argumentation des Migrationsamts, sofern dem Familiennachzug stattgegeben werde, bestehe die Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorge- bzw. Ergänzungsleistungsabhängigkeit, trifft insofern nicht zu, als diese Gefahr beim Beschwerdeführer auch ohne Familiennachzug und sogar in noch höherem Masse besteht. Mit dem Familiennachzug der Beschwerdeführerin kann der Bezug von Ergänzungsleistungen durch den Beschwerdeführer hingegen reduziert werden, was dem öffentlichen Interesse an einer Entlastung der staatlichen Finanzen – woraus die Ergänzungsleistungen als sozialhilfeähnliche Leistungen vollumfänglich finanziert sind – dient. Sodann unterliess es das Migrationsamt, unter Berücksichtigung des vorliegenden Sonderfalls mit hohen Ergänzungsleistungen sowie der gewichtigen privaten Interessen der Beschwerdeführer an einem ehelichen Zusammenleben eine adäquate Interessenabwägung vorzunehmen, was für diese dauerhaft zu einem stossenden Ergebnis führte. Mit der klar zutage tretenden unrichtigen Rechtsanwendung bei einer sich auf Dauer auswirkenden Verfügung liegt ein Wiedererwägungsgrund vor, weshalb das Migrationsamt auf das neuerliche Gesuch um Familiennachzug vom 10. Juni 2022 hätte eintreten und dieses unter Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips materiell hätte behandeln müssen. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 6. März 2023 ist aufzuheben.

Das Vorliegen des Wiedererwägungsgrundes der unrichtigen Rechtsanwendung von Art. 44 Abs. 1 lit. e AIG bedeutet gleichzeitig, dass der Ergänzungsleistungsbezug des



Beschwerdeführers dem Familiennachzug der Beschwerdeführerin nicht entgegensteht. Andere Verweigerungsgründe für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, wie missbräuchliche Eheschliessung, Fehlen einer bedarfsgerechten Wohnung, etc., werden von den kantonalen Behörden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich, weshalb anstelle einer Rückweisung ausnahmsweise ein reformatorischer Entscheid zu fällen ist. Die Sache ist daher zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an die Beschwerdeführerin im Familiennachzug an das Migrationsamt zurückzuweisen. Sollte sich jedoch künftig herausstellen, dass die Beschwerdeführerin – entgegen ihren Zusicherungen und ihrer glaubhaft zum Ausdruck gebrachten Absicht – nicht in der Lage ist, die in Aussicht gestellten Erwerbseinkünfte zu erzielen, und sollte sie deshalb auf (wegen ihres Einbezugs in die Berechnung insgesamt höhere) Ergänzungsleistungen ihres Ehemannes oder ergänzend auf Sozialhilfe angewiesen sein, obliegt es dem Migrationsamt, ihre Aufenthaltsbewilligung in Anwendung von Art. 44 Abs. 1 AIG gegebenenfalls nicht mehr zu verlängern.<sup>3</sup>.

### 3.

#### 3.1.

Amtliche Kosten sind weder für das Rekurs- noch für das Beschwerdeverfahren zu erheben (Art. 95 Abs. 3 VRP).

#### 3.2.

Die obsiegenden Beschwerdeführer sind für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren ausseramtlich zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98<sup>bis</sup> VRP). Ihr Rechtsvertreter hat für beide Verfahren Kostennoten eingereicht. Für das Rekursverfahren macht er ein Honorar nach Zeitaufwand von CHF 1'695.25 (6.35 Stunden à CHF 250 plus Barauslagen, act. 13.2) und für das Beschwerdeverfahren ein solches von CHF 2'678 (8.4 Stunden à CHF 300 plus Barauslagen, act. 13.1) geltend.

In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar pauschal CHF 500 bis CHF 6'000 vor Verwaltungsbehörden und CHF 1'000 bis CHF 15'000 vor Verwaltungsgericht, Verwaltungsrekurskommission und Versicherungsgericht (Art. 22 Abs. 1 Ingress und



lit. a und b der Honorarordnung, sGS 963.75, HonO). Innerhalb dieses Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten bemessen (Art. 19 HonO). Die Pauschale für die in ausländerrechtlichen Verfahren, in denen über das Anwesenheitsrecht zu befinden ist, üblicherweise erforderlichen Bemühungen bewegt sich in der Regel für das Rekursverfahren in der Grössenordnung von CHF 1'000 bis CHF 2'500 und für das Beschwerdeverfahren in der Höhe von rund CHF 2'000 bis CHF 2'500. Gründe, um im vorliegenden Fall davon abzuweichen, liegen nicht vor. Die eingereichten Kostennoten bewegen sich in etwa in diesem Rahmen, wobei zu beachten ist, dass der ungekürzte Stundenansatz für das mittlere Honorar gemäss HonO CHF 250 und nicht CHF 300, wie in der Kostennote für die Beschwerde geltend gemacht, beträgt (Art. 24 HonO). Die Entschädigung für das Rekursverfahren ist somit pauschal auf CHF 1'600 und für das Beschwerdeverfahren auf CHF 2'200 festzusetzen. Hinzu kommen die Barauslagen von pauschal 4 Prozent (Art. 28<sup>bis</sup> Abs. 1 HonO) sowie die beantragte Mehrwertsteuer (vgl. Art. 29 HonO). Der Staat (Migrationsamt) hat die Beschwerdeführer dementsprechend für das Rekursverfahren mit CHF 1'664 (inkl. Barauslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer) und für das Beschwerdeverfahren mit CHF 2'288 (inkl. Barauslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

Die für das Beschwerdeverfahren bewilligte unentgeltliche Rechtspflege wird bei diesem Verfahrensausgang gegenstandslos.

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

#### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 6. März 2023 wird aufgehoben.

#### **2.**

Das Migrationsamt des Kantons St. Gallen wird angewiesen, der Beschwerdeführerin eine Aufenthaltsbewilligung (im Familiennachzug des Ehemannes) zu erteilen.



### 3.

Für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren werden keine amtlichen Kosten erhoben.

### 4.

Der Staat (Migrationsamt) entschädigt die Beschwerdeführer ausseramtlich für das Rekursverfahren mit CHF 1'664 (einschliesslich Barauslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer) und für das Beschwerdeverfahren mit CHF 2'288 (einschliesslich Barauslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer).