



Fall-Nr.: B 2013/253
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 11.02.2020
Entscheiddatum: 28.01.2014

Präsidentialentscheid Verwaltungsgericht, 28.01.2014

Art. 17 AuG, Ausländerrecht, Aufenthalt in der Schweiz während der Dauer des Verfahrens. Art. 99 Abs. 2 VRP und Art. 117 ZPO, unentgeltliche Rechtspflege, Aussichtslosigkeit. Die Aufenthaltsbewilligungen des 1999 geborenen Beschwerdeführers und seiner Mutter wurden im Oktober 2010 widerrufen. Die nach einem erfolglosen Rekursverfahren angesetzte Ausreisefrist verstrich am 6. November 2011 ungenutzt. Ein Wiedererwägungsgesuch blieb erfolglos (BGer 2C_50/2013 vom 24. Januar 2013). Auf ein erneutes Wiedererwägungsgesuch trat das Migrationsamt am 29. Oktober 2013 nicht ein. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rekursverfahren und der Bewilligung des prozeduralen Aufenthalts ab. Die Zulassungsvoraussetzungen sind im Sinn von Art. 17 Abs. 2 AuG offensichtlich erfüllt. Insbesondere mit Blick auf den Umstand, dass es sich bereits um das zweite, innerhalb relativ kurzer Frist gestellte Wiedererwägungsgesuch handelt, hat die Vorinstanz den Rekurs zu Recht als aussichtslos bezeichnet (Verwaltungsgericht, Präsidentialentscheid, B 2013/253).

Entscheid vom 28. Januar 2014

In Sachen

X.Y.,

Beschwerdeführer,

vertreten durch A.B.,

gegen



St.Galler Gerichte

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

Vorinstanz,

betreffend

unentgeltliche Rechtspflege und vorsorgliche Massnahme

hat der Präsident des Verwaltungsgerichts festgestellt:

A./ X.Y. (geb. 1999) reiste zusammen mit seiner Mutter, welche im Jahr 2007 in Ghana einen Schweizer ghanaischer Herkunft geheiratet hatte, am 4. Oktober 2008 in die Schweiz ein. Sie erhielten Aufenthaltsbewilligungen, die jedoch - nachdem der Stiefvater und Ehemann die Schweiz im Jahr 2010 verlassen hatte – am 27. Oktober 2010 widerrufen wurden. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies den dagegen erhobenen Rekurs am 15. August 2011 ab. Nach Rechtskraft des Entscheides setzte das Migrationsamt eine Ausreisefrist bis 6. November 2011 an. Auf das Gesuch von X.Y. um Wiedererwägung des Widerrufs seiner Aufenthaltsbewilligung trat das Migrationsamt am 23. Januar 2012 nicht ein. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies den dagegen erhobenen Rekurs am 30. Juli 2012, das Verwaltungsgericht die gegen den Rekursentscheid erhobene Beschwerde am 13. November 2012 ab (B 2012/188). Das Bundesgericht trat am 24. Januar 2013 auf eine verspätete Beschwerde nicht ein (2C_50/2013). Das Migrationsamt setzte X.Y. und seiner Mutter eine neue Ausreisefrist bis 7. März 2013 an.

Am 15. Oktober 2013 ersuchte X.Y. das Migrationsamt erneut wiedererwägungsweise um Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung. Eventuell sei beim Bundesamt für Migration die Zustimmung zur kontingentsfreien Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls einzuholen. Das Migrationsamt trat am 29. Oktober 2013 auf beide Gesuche nicht ein. Dagegen erhob X.Y. beim Sicherheits- und Justizdepartement Rekurs mit dem Antrag, unter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sei das Migrationsamt anzuweisen, auf die Gesuche einzutreten. Vorsorglich sei anzuordnen, dass er den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten könne.



St.Galler Gerichte

Das Sicherheits- und Justizdepartement wies am 27. November 2013 das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit ab und forderte X.Y. auf, bis 16. Dezember 2013 einen Kostenvorschuss von CHF 1'000 zu leisten. Das Gesuch, es sei X.Y. vorsorglich der Aufenthalt in der Schweiz für die Dauer des Verfahrens zu bewilligen, wurde abgewiesen.

B./ X.Y. (nachfolgend Beschwerdeführer) erhob gegen die Verfügung des Sicherheits- und Justizdepartements (nachfolgend Vorinstanz) vom 27. November 2013 durch seinen Vertreter mit Eingabe vom 3. Dezember 2013 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Ersuchen, die angefochtene Verfügung sei unter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege aufzuheben und es sei ihm zu gestatten, den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abzuwarten. Der Vertreter des Beschwerdeführers hat am 17. Dezember 2013 Einsicht in die bei der Vorinstanz eingeholten Akten genommen und die Beschwerde mit Eingaben vom 12., 15. und 31. Dezember 2013 ergänzt. Auf die Ausführungen zur Begründung der Anträge wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Die Vorinstanz verzichtete am 14. Januar 2014 auf ergänzende Bemerkungen und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen. Am 24. Januar 2014 ging beim Gericht ein zusätzliches Schreiben des Beschwerdeführers ein.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Anfechtungsobjekt ist die Verweigerung einer vorsorglichen Massnahme und der unentgeltlichen Rechtspflege durch ein Departement. Dagegen erhobene Beschwerden beurteilt der Präsident des Verwaltungsgerichts (Art. 59bis Abs. 2 und Art. 60 des Gerichts über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, abgekürzt VRP). Der minderjährige Beschwerdeführer, der Adressat der angefochtenen Verfügung und dessen Anwesenheitsrecht in der Schweiz für die Dauer des Wiedererwägungsverfahrens, für das er erfolglos die unentgeltliche Rechtspflege beantragte, umstritten ist, ist zur Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Mit der Zustimmung seiner Mutter hat er einen Vertreter mit der unentgeltlichen Führung des Beschwerdeverfahrens betraut (act. 9.3). Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 3. Dezember 2013 rechtzeitig erhoben und erfüllt zusammen



mit den Ergänzungen vom 12., 15. und 31. Dezember 2013 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). Auf die Beschwerde ist dementsprechend einzutreten.

2. Die Vorinstanz hat das Gesuch des Beschwerdeführers, den Entscheid über sein neuerliches Wiedererwägungsgesuch vom 15. Oktober 2013 in der Schweiz abzuwarten, in analoger Anwendung von Art. 17 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz; SR 142.20, abgekürzt AuG) abgewiesen.

2.1. Das Ausländerrecht regelt die Anwesenheit in der Schweiz während der Dauer des ausländerrechtlichen Verfahrens nur in Teilbereichen ausdrücklich. Nach Art. 17 AuG hat, wer für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist ist und nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragt, den Entscheid grundsätzlich im Ausland abzuwarten. Dieser Grundsatz muss umso mehr für illegal Anwesende gelten (vgl. VerwGE B 2013/183 vom 26. September 2013 E. 2; P. Uebersax, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII: Ausländerrecht, Basel 2009, Rz. 7.332). Grundsätzlich in der Schweiz aufhalten darf sich während der Dauer des Verfahrens, wer spätestens 14 Tage vor Ablauf der Gültigkeitsdauer das Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung einreicht (Art. 59 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit; SR 142.201, abgekürzt VZAE). Im Übrigen gelten die allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätze. So ist es namentlich aufgrund der Interessenlage nicht ausgeschlossen und mitunter gegenüber bereits anwesenden Personen sogar geboten, vorsorglich die (weitere) Anwesenheit zu bewilligen (vgl. etwa BGer 2A.692/2004 vom 9. Februar 2005).

2.2. Der Beschwerdeführer ist im Jahr 2008 im Familiennachzug rechtmässig für einen dauerhaften Aufenthalt zu seinem Stiefvater in die Schweiz eingereist. Seine Aufenthaltsbewilligung wurde jedoch nicht mehr verlängert, nachdem sein Stiefvater aus der Schweiz ausgereist war. Der entsprechende Rekursentscheid vom 15. August 2011 wurde unangefochten rechtskräftig. Die nach dem im Jahr 2012 geführten, erfolglosen Wiedererwägungsverfahren ihm und seiner Mutter angesetzte Frist zur Ausreise ist am 7. März 2013 ungenutzt verstrichen. Zwar ist er im Jahr 2008 nicht



bloss für einen vorübergehenden, sondern für einen dauerhaften Aufenthalt rechtmässig in die Schweiz eingereist. Da das Verfahren über sein dauerhaftes Aufenthaltsrecht in der Schweiz rechtskräftig erledigt ist, kann er allerdings aus Art. 59 Abs. 2 VZAE keinen Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz für die Dauer des Wiedererwägungsverfahrens ableiten. Dementsprechend hat die Vorinstanz die Frage seines prozeduralen Aufenthaltsrechts zu Recht in analoger Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AuG geprüft. Danach kann die zuständige kantonale Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens gestatten, wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind.

2.3./2.3.1. Die Zulassungsvoraussetzungen können insbesondere dann als "offensichtlich" erfüllt gelten, wenn die eingereichten Unterlagen mit grosser Wahrscheinlichkeit einen gesetzlichen, verfassungs- oder konventionsrechtlichen Anspruch auf die Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung belegen, keine Widerrufsründe vorliegen (Art. 62 AuG) und die betroffene Person ihren Mitwirkungspflichten (Art. 90 AuG) nachkommt (Art. 6 Abs. 1 VZAE). Ist dies der Fall, kann beziehungsweise muss die zuständige kantonale Behörde im Rahmen ihres verfassungskonform (und damit auch verhältnismässig; vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; SR 101, abgekürzt BV) zu handhabenden Ermessens (vgl. Art. 96 AuG) den Aufenthalt während des Verfahrens gestatten (sog. "prozeduraler Aufenthalt"). Der Grundsatz, dass der Bewilligungsentscheid im Ausland abzuwarten ist, ist grundrechtskonform anzuwenden; unverhältnismässige, schikanöse Ausreiseverpflichtungen und Verfahrensverzögerungen sind im Interesse aller Beteiligten unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebots (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV) primär dadurch zu vermeiden, dass rasch erstinstanzlich in der Sache entschieden wird (vgl. BGer 2C_76/2013 vom 23. Mai 2013 E. 2.1.2 mit Hinweis auf 2C_195/2012 vom 2. Januar 2013, veröffentlicht in BGE 139 I 37 E. 2).

2.3.2. In der Beschwerde ist unbestritten, dass die Mutter des minderjährigen Beschwerdeführers kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz mehr hat. Der Aufenthaltsort seines leiblichen Vaters wird aus den Akten nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer vermag deshalb aus dem verfassungs- und konventionsrechtlichen Schutz des Familienlebens gemäss Art. 13 BV und Art. 8 der Europäischen Konvention



zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, abgekürzt EMRK) keinen Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz abzuleiten.

2.3.3. Aus dem Schutz des Privatlebens lässt sich ein Recht auf Verbleib im Land bloss unter besonderen Umständen ableiten; eine mehr oder weniger lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration genügen hierzu für sich allein nicht; es bedarf vielmehr besonders intensiver, über eine normale Integration hinausgehender privater Bindungen gesellschaftlicher oder beruflicher Natur bzw. entsprechender vertiefter sozialer Beziehungen zum ausserfamiliären Bereich (BGE 130 II 281 E. 3.2.1; 126 II 377 E. 2c; 120 Ib 16 E. 3b). Von solchen kann bei einem zum Vornherein bloss zeitlich beschränkt bewilligten Aufenthalt von lediglich zwei Jahren nicht ausgegangen werden, auch wenn Kinder eingeschult wurden und es diesen, wegen der Dauer der verschiedenen Rechtsmittelverfahren, inzwischen schwerfallen mag, das Land mit ihren Eltern zu verlassen (vgl. Art. 6 Abs. 2 VZAE; BGer 2D_58/2012 vom 23. Oktober 2012 E. 3.3).

Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass die Bestimmungen der Kinderrechtskonvention keinen unmittelbaren Anspruch auf die Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung gewähren (BGer 2C_1112/2012 vom 24. Juni 2013 E. 2.4 mit Hinweis auf BGE 126 II 377 E. 5; 124 II 361 E. 3b). Bei ausländerrechtlichen Entscheiden ist im Rahmen von Art. 8 EMRK beziehungsweise Art. 13 (in Verbindung mit Art. 36) BV auch den Kindsinteressen angemessen Rechnung zu tragen, ein eigenständiger Anspruch kann daraus aber nicht abgeleitet werden (BGE 137 I 247 E. 4.2.3 und 5.1.3; 126 II 377 E. 5d; 124 II 361 E. 3b). Das Kindeswohl ist ausländerrechtlich zwar ein im Rahmen von Art. 8 EMRK zu berücksichtigender Faktor unter mehreren, aber nicht wie beim zivilrechtlichen Zuteilungsentscheid (vgl. Art. 133 Abs. 2 und 3 ZGB) der allein ausschlaggebende Aspekt (BGer 2C_250/2012 vom 28. März 2012 E. 2.2.3). Als widerstreitendes öffentliches Interesse gilt auch das Durchsetzen einer restriktiven Einwanderungspolitik; eine solche ist im Hinblick auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der schweizerischen und der ausländischen Wohnbevölkerung, auf die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der in der Schweiz bereits ansässigen Ausländer und die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur sowie auf eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung



zulässig (BGer 2D_58/2012 vom 23. Oktober 2012 E. 3.4 mit Hinweisen auf BGE 137 I 247 E. 4.1.2; 135 I 143 E. 2.2, 153 E. 2.2.1).

2.3.4. Die Nichtverlängerung des Aufenthaltsrechts des Beschwerdeführers, dessen Schicksal mit jenem seiner Mutter verbunden ist, erscheint angesichts seines Alters und seiner eigenständigen, aktiven und erfolgreichen Integrationsbemühungen in der Tat hart. Das vermag indessen nichts daran zu ändern, dass unter Würdigung aller Umstände im Licht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Zulassungsvoraussetzungen nicht als "offensichtlich" erfüllt gelten können.

Der 1999 geborene Beschwerdeführer reiste 2008 in die Schweiz ein. Seit 2011 fehlt für seine Anwesenheit in der Schweiz eine Rechtsgrundlage. Sein rechtmässiger Aufenthalt beschränkte sich damit auf rund drei Jahre. An der fehlenden Rechtsgrundlage für seinen Aufenthalt vermag nichts Wesentliches zu ändern, dass die heimatlichen Behörden dem Beschwerdeführer und seiner Mutter bisher keine Reisepapiere ausgestellt haben, da die Mutter – soweit aus den Akten ersichtlich – sich erstmals im Jahr 2013 um einen Laissez-passer bemüht und bei der Anhörung durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde noch am 16. Mai 2013 geäussert hat, sie wolle die Schweiz keinesfalls verlassen (act. 6/Auszug aus den Akten des Migrationsamtes 6). Der Beschwerdeführer ist mit den Lebensverhältnissen in seinem Heimatland vertraut. Zumal seine Mutter kaum Deutsch spricht, ist davon auszugehen, dass er auch seine Muttersprache nach wie vor beherrscht. Das Betreuungsverhältnis muss als gesichert angesehen werden, zumal die Ausreise des Beschwerdeführers auch jene seiner Mutter voraussetzt und sie – wie sich aus dem Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vom 23. Mai 2013 ergibt – in der Lage scheint, ihre Aufgabe wahrzunehmen.

2.4. Hinzu kommt, dass sich der Beschwerdeführer und seine Mutter widerrechtlich in der Schweiz aufhalten und die Aufenthaltsbewilligung mit einem zweiten Wiedererwägungsgesuchs angestrebt wird (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2.1). Auch unter diesem Blickwinkel können die Zulassungsvoraussetzungen nicht als offensichtlich erfüllt beurteilt werden. Dementsprechend erweist sich die Beschwerde, soweit sie sich gegen die Verweigerung des prozeduralen Aufenthaltsrechts für die Dauer des Wiedererwägungsverfahrens richtet, als unbegründet.



3. Der Beschwerdeführer hat im Rekursverfahren vor Vorinstanz beantragt, "es sei unentgeltliche Rechtspflege/UP zu gewähren, insbes. sei von einem Kostenvorschuss/KV abzusehen". Die Vorinstanz hat das Gesuch wegen Aussichtslosigkeit des Wiedererwägungs- und des Härtefallverfahrens abgewiesen.

3.1. Das Migrationsamt ist auf das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers mangels wesentlich veränderten Sachverhaltes nicht eingetreten. Auf das Härtefallgesuch ist es mit der Begründung nicht eingetreten, der Integrationsstand und damit die geltend gemachten "Härtefallgründe" seien bei der Beurteilung der Rückkehrzumutbarkeit berücksichtigt worden. Härtefallgründe, welche beim Entscheid vom 6. November 2011 (Ablauf der Ausreisefrist) nicht bekannt gewesen seien, würden nicht geltend gemacht.

Die Vorinstanz hat die Aussichtslosigkeit mit der fehlenden Handlungsfähigkeit des minderjährigen Beschwerdeführers begründet. Sowohl der Antrag auf Wiedererwägung der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung als auch der Antrag um Erteilung einer Härtefallbewilligung betreffen keine höchstpersönlichen Rechte des Beschwerdeführers. Die Genehmigung durch die Mutter im Rekursverfahren habe sich nur auf das Gesuch um Wiedererwägung, nicht aber auf das Härtefallgesuch bezogen. Widersetze sich das Kind elterlichen Anordnungen den Aufenthalt betreffend, komme nur das Anrufen der Vormundschaftsbehörde in Betracht. Das ausländische unmündige Kind teile schon aus familienrechtlichen Gründen das ausländerrechtliche Schicksal des sorgeberechtigten Elternteils und habe gegebenenfalls mit diesem zusammen das Land zu verlassen, wenn der Elternteil keine Bewilligung mehr habe. Für die sorgeberechtigte Mutter liege weder ein Wiedererwägungsgesuch noch ein Gesuch um Härtefallbewilligung vor.

Der Beschwerdeführer macht geltend, Wiedererwägungs- und Härtefallgesuch seien mit der Eingabe vom 17. November 2013 durch das mütterliche Vertretungs- und Aufenthaltsbestimmungsrecht abgedeckt. Er habe den Reifesprung der Pubertät in der Schweiz durchlebt und sich entsprechend seiner alterstypischen entwicklungspsychologischen Aufgabe von der Mutter abzulösen begonnen. Er könne sich eine Existenz in der Schweiz auch ohne seine Mutter vorstellen. Er habe mittlerweile die Urteilsfähigkeit darüber erlangt, ob seine Interessen in Ghana oder in



der Schweiz besser gewahrt seien. Die zwischenzeitlich eingetretene tiefe, überfamiliäre Verwurzelung in der schweizerischen Gesellschaft, das heisst in Sprache, Schule, Freizeit, Berufswahl, Jugendkultur usw., habe eine massive Entwurzelung im Heimatstaat zur Folge.

3.2. Die unentgeltliche Rechtspflege wird gewährt, wenn der Gesuchsteller bedürftig und das von ihm angestrebte Verfahren nicht aussichtslos ist (Art. 99 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 117 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SR 272, abgekürzt ZPO; Art. 29 Abs. 3 BV). Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Diese vom Bundesgericht zum Begriff der Aussichtslosigkeit gemäss Art. 29 Abs. 3 BV entwickelte Praxis ist auch für die Auslegung von Art. 117 lit. b ZPO zu berücksichtigen (vgl. BGE 138 III 217 E. 2.2.4 mit Hinweis). Die Erfolgsaussichten im Hauptverfahren sind in vorläufiger und summarischer Prüfung des Prozessstoffes abzuschätzen (vgl. BGer 1C_665/2012 und 1C_119/2013 vom 19. April 2013 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 133 III 614 E. 5, 130 I 180 E. 2.1 und 129 I 129 E. 2.3.1, BGE 128 I 225 E. 2.5.3).

3.3. Im Rekursverfahren, für welches der Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege beantragt, wird zu prüfen sein, ob das Migrationsamt zu Recht auf die Gesuche des Beschwerdeführers um Wiedererwägung (vgl. dazu nachfolgend E. 3.3.1) und um Einholung der Zustimmung des Bundesamtes für Migration zu einer Härtefallbewilligung (vgl. dazu nachfolgend E. 3.3.2) nicht eingetreten ist.

3.3.1. Ob ein Wiedererwägungsgesuch in Fällen wie dem vorliegenden materiell zu behandeln ist, hängt davon ab, ob sich der Sachverhalt oder die Rechtslage in einer Art geändert haben, dass ein anderes Ergebnis ernstlich in Betracht kommt. Massgebend ist dabei eine Gesamtbetrachtung: Auch wenn sich einzelne Umstände ändern, die bei



der Abwägung im früheren Entscheid mitberücksichtigt worden sind, besteht nur dann Anspruch auf eine erneute materielle Prüfung, wenn ein anderes Ergebnis realistischerweise möglich ist. Soweit sich weder die Sach- noch die Rechtslage in rechtserheblicher Weise geändert haben, steht die Rechtskraft des früheren Entscheids der Wiedererwägung entgegen. Diese darf namentlich nicht bloss dazu dienen, rechtskräftige Entscheide immer wieder in Frage zu stellen oder die Fristen für die Ergreifung von Rechtsmitteln zu umgehen (vgl. BGer 2C_683/2012 vom 19. März 2013 E. 3.1). Die Tatsache, dass sich Kinder wegen eines Wiedererwägungsgesuchs und der damit verbundenen Rechtsmittel ein weiteres Jahr in der Schweiz aufgehalten haben, bildet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Wiedererwägungsgrund (vgl. BGer 2A.147/2003 vom 10. April 2003 E. 2).

Das Vorgehen des Beschwerdeführers und seiner Mutter – Missachten der Ausreisepflicht und Weigerung, sich ernsthaft um Reisepapiere zu bemühen – legen es nahe, dass sie neue Sachzwänge zu schaffen versuchen, um in einem Wiedererwägungsverfahren den rechtskräftigen Entscheid (immer wieder) infrage zu stellen und sich dann auf den mit diesem Verfahren verbundenen Zeitablauf berufen zu können. Solches Verhalten ist nicht schutzwürdig, würde doch sonst schlechter gestellt, wer sich an die ihm auferlegte (rechtskräftige) Ausreisepflicht hält (vgl. BGer 2C_683/2012 vom 19. März 2013 E. 3.3.2).

Die altersgerecht fortschreitende Integration des Beschwerdeführers im schweizerischen Umfeld ist in erster Linie Folge des Umstandes, dass seine Mutter ihrer Ausreiseverpflichtung nicht nachgekommen ist. Dass dieses Verhalten sich auf den Beschwerdeführer, der sich in einem entwicklungspsychologisch wichtigen Lebensabschnitt befindet, ungünstiger auswirken kann als bei Erwachsenen, ist nachvollziehbar, vermag indessen nichts daran zu ändern, dass auch eine neue materielle Beurteilung nicht zu einem anderen Ergebnis führen würde (vgl. dazu nachfolgend E. 3.4 sowie oben E. 2.3).

3.3.2. Der Beschwerdeführer beruft sich auf Art. 30 Abs. 1 Ingress und lit. b AuG. Danach kann von den in Art. 18-29 AuG genannten Zulassungsvoraussetzungen abgewichen werden, insbesondere um schwerwiegenden persönlichen Härtefällen Rechnung zu tragen. Die kantonale Behörde hat entsprechend Art. 99 AuG und Art. 85



VZAE die Zustimmung des Bundesamtes für Migration zur Zulassung einzuholen (vgl. Bundesamt für Migration, Weisungen AuG, Fassung vom Oktober 2013, Ziff. 1.3.2 lit d, abrufbar unter www.bfm.admin.ch, Rechtliche Grundlagen, Weisungen und Kreisschreiben, I. Ausländerbereich).

Das Migrationsamt ist zum Ergebnis gekommen, die Voraussetzungen für einen Härtefall seien bereits im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit der Rückkehr geprüft worden. Bei der Beurteilung, ob ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt, sind gemäss Art. 31 Abs. 1 VZAE unter anderem die Integration des Gesuchstellers (lit. a), die Familienverhältnisse, insbesondere der Zeitpunkt der Einschulung und die Dauer des Schulbesuches der Kinder (lit. c), die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz (lit. e) und die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat (lit. g) zu berücksichtigen. Im Zusammenhang mit Kindern konkretisiert Art. 29 Abs. 1 VZAE die Härtefallklausel insoweit, als ausländischen Kindern von Schweizerinnen und Schweizern, die sich nicht auf den Familiennachzug berufen können, eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden kann, wenn die Möglichkeit der Wiedereinbürgerung oder der erleichterten Einbürgerung besteht. Gemäss Bundesrat soll die Klausel des schwerwiegenden persönlichen Härtefalls auch als Grundlage für die Regularisierung von Sans-Papiers dienen können (vgl. dazu Good/Bosshard, in: Caroni/ Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar AuG, Bern 2010, N 7 zu Art. 30 AuG mit Hinweisen auf die parlamentarische Beratung). Rechtswidrige Anwesenheiten können bei der Prüfung eines Härtefalls nicht in gleicher Weise berücksichtigt werden wie legale Aufenthalte, weil andernfalls die Missachtung der anzuwendenden Anwesenheits- und Begrenzungsvorschriften in gewisser Weise nachträglich belohnt würde. Ein langjähriger illegaler Aufenthalt begründet gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts für sich betrachtet keine schwerwiegende persönliche Notlage. In den Fällen illegalen Aufenthalts ist jedoch zu prüfen, ob sich die Betroffenen aus anderen Gründen als des solchermassen erwirkten Aufenthalts in einer schwerwiegenden Notlage befinden. Dazu ist auf die familiären Beziehungen in der Schweiz und im Heimatland sowie auf die gesundheitliche und berufliche Situation, die soziale Integration usw. abzustellen. Der Umstand der Illegalität führt jedoch zu keinen besonderen Beurteilungskriterien beziehungsweise zu keiner Herabsetzung der Anforderungen an die schwerwiegende



persönliche Notlage (vgl. BGE 130 II 39, BVerwGer C-1128/2009 vom 25. April 2012 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

Bei einer vorläufigen und summarischen Prüfung überwiegen die Verlustgefahren die Erfolgsaussichten im Rekursverfahren beträchtlich. Die gesamten Umstände – die relativ kurze Dauer des legalen Aufenthalts in der Schweiz, gleichzeitige Verpflichtung der Mutter zur Ausreise aus der Schweiz, anpassungsfähiges Alter, Vertrautheit mit den Verhältnissen im Heimatland – würden selbst in einem erstmaligen Verfahren zu einem Widerruf beziehungsweise zu einer Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung, in welchem die Verhältnismässigkeit der Massnahme umfassend und nicht lediglich auf das Vorliegen von Härtefallgründen zu prüfen wäre, führen.

3.4. Auch nach einer vorläufigen und summarischen materiellen Prüfung sind die Erfolgsaussichten für die (erneute) Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung beträchtlich geringer als die Verlustgefahren.

3.4.1. Das ausländische unmündige Kind teilt grundsätzlich schon aus familienrechtlichen Gründen (Art. 25 Abs. 1 und Art. 301 Abs. 3 ZGB; BGE 136 III 353 E. 3.2; 2C_31/2007 vom 27. Juli 2007 E. 2.5) das ausländerrechtliche Schicksal des sorgeberechtigten Elternteils und hat gegebenenfalls mit diesem das Land zu verlassen, wenn der Elternteil keine Bewilligung (mehr) hat. Ist dem Kind die Ausreise zumutbar, liegt kein Eingriff in das Familienleben vor, so dass sich eine Interessenabwägung im Sinn von Art. 8 EMRK erübrigt (BGE 135 I 153 E. 2.1; 122 II 289 E. 3b; 2C_656/2011 vom 8. Mai 2012 E. 3.2). Für Kinder im anpassungsfähigen Alter ist der Umzug in ein anderes Land zusammen mit der Inhaberin der elterlichen Sorge grundsätzlich zumutbar, zumal wenn sie mit dessen Kultur durch Sprachkenntnisse und gelegentliche Ferienaufenthalte vertraut sind. Der blosse Umstand, dass die wirtschaftlichen Aussichten im Ausland weniger gut sein mögen als in der Schweiz, kann nicht ausschlaggebend sein. Bei Kindern ohne schweizerisches Bürgerrecht genügt die Zumutbarkeit der Ausreise des Kindes für eine Bewilligungsverweigerung an den sorge- bzw. obhutsberechtigten Elternteil (vgl. BGer 2C_1228/2012 vom 20. Juni 2013 E. 6.1).



Für ein in der Schweiz geborenes 14-jähriges Kind ist das Bundesgericht davon ausgegangen, es befinde sich noch in einem anpassungsfähigen Alter (vgl. BGer 2A.188/2002 E. 2.1, 2A.80/2006 vom 24. März 2006 E. 3, 2C_824/2008 vom 20. Februar 2009 E. 2.2.2; 2A.471/2001 vom 29. Januar 2002 E. 2b/cc; vgl. auch BGer 2A.32/2005 vom 26. Mai 2005 E. 3.2). Gleiches wurde für ein seit dem sechsten Altersjahr in der Schweiz lebendes, schulisch und sozial gut integriertes 14-jähriges Mädchen hinsichtlich einer Rückkehr nach Togo angenommen (vgl. BGer 2A.80/2006 vom 24. März 2006 E. 3). Insbesondere hat das Bundesgericht in diesem Zusammenhang die Schlussfolgerung, die Erfolgsaussichten seien beträchtlich geringer als die Verlustgefahren, nicht beanstandet (BGer 2C_824/2008 vom 20. Februar 2009 E. 2.2.2). Als problematisch bezeichnete das Bundesgericht die Rückkehr eines 15-jährigen Kindes, das einen Grossteil der schulischen Grundausbildung absolviert und sein gesamtes Leben in der Schweiz verbracht hatte (vgl. BGer 2A.149/2003 vom 9. Juli 2003 E. 3.4).

Eine Rückkehr hat das Bundesgericht auch einem 1997 geborenen Brasilianer zugemutet, der Ende 2006 zu seinem Onkel mütterlicherseits und dessen Lebenspartner in die Schweiz gezogen war und mit ihnen während rund fünf Jahren in einer nach Art. 8 EMRK geschützten Familiengemeinschaft gelebt hatte, unter anderem mit der Begründung, sein Aufenthalt in der Schweiz sei nicht bewilligt gewesen und die Beteiligten hätten damit in Kauf genommen, die Familiengemeinschaft nicht in der Schweiz leben zu können. Die Betreuung im Heimatstaat galt als gesichert (vgl. BGer 2C_56/2012 vom 24. September 2012 E. 5.4.4).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt selbst im Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens nichts anderes. Zwar wurde damit ein selbständiges Anwesenheitsrecht für Kinder von Bürgern aus EU- oder EFTA-Staaten beziehungsweise deren Partnern übernommen, dessen Sinn und Zweck es ist, über die Teilnahme am allgemeinen Unterricht die Integration in der Aufnahmegesellschaft zu fördern, was voraussetzt, dass die Kinder tatsächlich über diesen (bzw. anschliessend während der Lehrlings- und Berufsausbildung) bei (noch) intakter Familiengemeinschaft bereits in nennenswerter Weise begonnen haben, sich zu integrieren bzw. massgebliche Beziehungen ausserhalb der Kernfamilie auszubilden. Das Bundesgericht hat ein solches Aufenthaltsrecht für einen mongolischen Jugendlichen,



der im Familiennachzug des portugiesischen Freizügigkeitsberechtigten in die Schweiz eingereist war, verneint mit der Begründung, im Zeitpunkt, als er seine Ausbildung als Elektriker begonnen habe, sei die eheliche Gemeinschaft längst aufgelöst gewesen und habe zwischen seiner (mongolischen) Mutter und dem (portugiesischen) Stiefvater nur noch das formelle Eheband fortbestanden, dessen Anrufung ohne jegliche Aussicht auf eine Wiederannäherung als rechtsmissbräuchlich zu gelten hätte. Er hätte sich für den weiteren Aufenthalt, um seine Ausbildung abzuschliessen, allenfalls dann auf das Freizügigkeitsabkommen berufen können, wenn ihm die Rückkehr in die Heimat nicht zuzumuten gewesen wäre und es darum ginge, eine vor dem Dahinfallen der das abgeleitete Anwesenheitsrecht begründenden Familiengemeinschaft begonnene Ausbildung (noch) abzuschliessen. Der Jugendliche hatte bis im Frühling 2007 in der mongolischen Grossfamilie in Ulaanbaatar gelebt. Die Eheleute trennten sich Ende 2008. Seine Ausbildung begann er, nachdem er den Haushalt seiner (sorgeberechtigten) Mutter im April 2010 verlassen hatte und sich – so oder anders – nicht mehr als Stiefsohn eines EU-Bürgers auf sein (über die Mutter zweifach) abgeleitetes freizügigkeitsrechtliches Aufenthaltsrecht berufen konnte (vgl. BGE 139 II 393 E. 4.2).

3.4.2. Der Beschwerdeführer wurde 1999 in Ghana geboren und kam 2007, mithin im Alter von acht Jahren, zusammen mit seiner Mutter in die Schweiz. In der Schweiz hielt er sich rund drei Jahre legal auf. Er ist mit den Verhältnissen in seiner Heimat nach wie vor vertraut. Die in der Schweiz absolvierten Schuljahre sind geeignet, das Fortkommen auch in seinem Heimatland günstig zu beeinflussen. Wohl wird sein künftiger Lebensweg, insbesondere was die mögliche Ausbildung anbetrifft, durch die Wegweisung der Mutter, welche die Obhut über ihn allein wahrnimmt, faktisch beeinflusst. Dies ist aber vorab die schicksalhafte Folge des Verhaltens seiner Mutter. Der Anspruch auf Grundschulunterricht gilt für Kinder (jeglicher Nationalität), die sich in der Schweiz aufhalten, schützt aber nicht vor ausländerrechtlichen Anordnungen und daraus folgenden, direkten oder indirekten Auswirkungen (vgl. BGer 2C_657/2007 vom 26. Mai 2008 E. 2.4.2).

3.5. Die Angelegenheit erweist sich unabhängig von den Fragen des selbständigen Auftretens des Beschwerdeführers im Verfahren oder der Bestellung eines eigenen Vertreters in der Sache mit Blick auf die Rechtsprechung zum selbständigen



Aufenthaltsrecht minderjähriger Kinder als aussichtslos. Im Übrigen hat das Bundesgericht bereits im Entscheid vom 24. Januar 2013 (2C_50/2013 E. 2.2.3) festgestellt, den Anforderungen von Art. 12 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, SR 0.107) sei in optimaler Form Rechnung getragen worden. Mit Blick auf die gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung und den Umstand, dass es sich nach der rechtskräftigen Verweigerung der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers innerhalb relativ kurzer Zeit bereits um das zweite Wiedererwägungsgesuch handelt, hat die Vorinstanz den Rekurs zu Recht als aussichtslos bezeichnet und deshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). In einem weiteren Verfahren wäre allerdings zu prüfen, inwieweit die amtlichen Kosten gestützt auf das Verursacherprinzip (Art. 95 Abs. 2 VRP; vgl. auch Art. 94 Abs. 1 VRP) dem Vertreter aufzuerlegen wären. Eine Entscheidgebühr von CHF 1'000 ist angemessen (vgl. Art. 7 Ziff. 212 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Angesichts der Minderjährigkeit des Beschwerdeführers und der übrigen Umstände des Falles ist auf die Erhebung zu verzichten (Art. 97 VRP). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Sinn des Verzichts auf die Erhebung einer Entscheidgebühr wird damit hinfällig.

Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Art. 98bis und 98ter VRP). Selbst wenn das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung umfassen sollte und diesem entsprochen werden müsste, käme dem Vertreter des Beschwerdeführers, der nicht als Rechtsanwalt zugelassen ist und seine Tätigkeit unentgeltlich ausübt, kein Anspruch auf Entschädigung zu.

Demnach wird

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird abgewiesen.



2./ Die amtlichen Kosten von CHF 1'000 werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Auf die Erhebung wird verzichtet.

3./ Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist gegenstandslos.

VERWALTUNGSGERICHT

des Kantons St. Gallen

Der Präsident:

lic. iur. Beda Eugster