



Fall-Nr.:	B 2021/83
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	21.12.2021
Entscheiddatum:	28.10.2021

Entscheid Verwaltungsgericht, 28.10.2021

Ausländerrecht, Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung, Recht auf Familienleben, Art. 13 BV (SR 101), Art. 8 EMRK (SR 0.101). Die Beschwerdeführer (Mutter und Sohn) stammen aus Nigeria, der Vater ist Schweizer. Die Eltern waren nie verheiratet und leben seit Geburt des Kindes getrennt. Mutter und Sohn halten sich seit rund sieben Jahren in der Schweiz auf und verfügten hier bis anhin über kein Aufenthaltsrecht. Im Zusammenhang mit der Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK bildet das Bestehen einer besonders engen Eltern-Kind-Beziehung in affektiver wie wirtschaftlicher Hinsicht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Kriterium. Für den Verbleib des besuchsberechtigten Elternteils in der Schweiz genügen Eltern-Kind-Kontakte im Rahmen eines üblichen Besuchsrechts, während dem sorge- und obhutsberechtigten Elternteil samt Kind bei gleichartigen Kontakten des Kindes zum besuchs- und aufenthaltsberechtigten anderen Elternteil kein Bleiberecht zusteht. Bei aus Sicht des Kindes gleich schützenswerter Beziehung zum besuchsberechtigten Elternteil wird damit eine Ungleichheit geschaffen, für die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine nachvollziehbare Begründung ersichtlich ist (E. 5.2.1). Bei der wirtschaftlichen Eltern-Kind-Beziehung fällt ins Gewicht, ob sich der Pflichtige in einer ihm vorwerfbaren Weise nicht um Einkommen bemüht, das ihm erlaubt, seine Unterhaltsleistungen erbringen zu können. Die Anforderungen an das Ausmass der affektiven und wirtschaftlichen Beziehungen, die der Ausländer zu seinem Kind unterhalten soll, müssen sich im Rahmen des Möglichen und Vernünftigen bzw. Zumutbaren bewegen (E. 5.2.2). In der zu beurteilenden Konstellation, wo es um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung eines ausländischen Kindes, dessen besuchsberechtigter Elternteil über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügt, und – gestützt auf den umgekehrten Familiennachzug – von dessen ausländischer Mutter geht, genügt daher nach Ansicht des Verwaltungsgerichts für die Annahme einer besonders engen Beziehung in affektiver Hinsicht das im vorliegenden Fall



tatsächlich gelebte Besuchsrecht zwischen Vater und Sohn, das aufgrund knapper wirtschaftlicher Verhältnisse und grosser Distanz alle zwei bis drei Wochen ausgeübt wird. Angesichts der vollen Erwerbsfähigkeit des Vaters, der verheiratet ist und weitere Kinder hat, stellen monatlichen Zahlungen in der Grössenordnung von 70 Prozent des Unterhaltsbeitrags mehr als nur einen symbolischen Beitrag dar und liegen an der oberen Grenze der finanziellen Leistungsfähigkeit (E. 5.3.1). Aufgrund der grossen Distanz zwischen der Schweiz und Nigeria und den finanziell zur Verfügung stehenden Mitteln muss davon ausgegangen werden, dass die heute bestehende enge persönliche Beziehung zum Vater bei einer Wegweisung des Beschwerdeführers nach Nigeria praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte (E. 5.3.2). Gutheissung der Beschwerde (Verwaltungsgericht, B 2021/83).

Entscheid vom 28. Oktober 2021

Besetzung

Vizepräsident Eugster; Präsident Zürn, Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg und Engeler; Gerichtsschreiberin Schmid Etter

Verfahrensbeteiligte

A.____,

Beschwerdeführerin,

und

B.____,

Beschwerdeführer,

beide vertreten durch Rechtsanwältin MLaw HSG Margot Benz, Jacober Bialas & Partner, Oberer Graben 44, Postfach 1047, 9001 St. Gallen

gegen



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

Vorinstanz,

Gegenstand

Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung und Verweigerung der Unterbreitung des Gesuchs an das Staatssekretariat für Migration

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

A.__, geb. 1982, Staatsangehörige von Nigeria, verliess im Jahr 2002 ihr Herkunftsland und reiste nach Italien. Ihre beiden Kinder (geb. 1999 und 2001) aus einer früheren Beziehung verblieben in der Heimat. In der Folge hielt sie sich abwechslungsweise in Italien, Frankreich und in der Schweiz auf. In dieser Zeit lernte sie S.__ kennen, der über eine Niederlassungsbewilligung in der Schweiz verfügte und von dem sie schwanger wurde. Am 1. August 2014 zog sie zu ihm in die Schweiz, ohne über eine Aufenthaltsbewilligung zu verfügen. Nachdem sich die beiden getrennt hatten, stellte sie am 3. November 2014 ein Asylgesuch. Das Staatssekretariat für Migration (SEM) trat darauf mit Verfügung vom 26. Januar 2015 nicht ein und wies sie aus der Schweiz nach Italien weg (Migrationsakten von A.__ [MA RE] 217). Eine dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid vom 9. Juni 2015 gut und wies die Sache zur vollständigen und richtigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und zur Neuurteilung an das SEM zurück (MA RE 187).

Zwischenzeitlich war B.__ 2015 zur Welt gekommen und in das Asylverfahren einbezogen worden. S.__ anerkannte B.__ als sein Kind und verpflichtete sich zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen (MA RE 141). Das Asylgesuch von Mutter und Sohn wies das SEM mit Verfügung vom 13. Juni 2017 mangels Vorliegens der Flüchtlingseigenschaft ab (MA RE 126). Das SEM sprach keine Wegweisung aus, sondern wies den Entscheid über den weiteren Aufenthalt oder eine allfällige Wegweisung in die Zuständigkeit der kantonalen Migrationsbehörde. Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.



B.

Am 8. Juni 2017 stellte A.__ für ihren Sohn B.__ und für sich beim Migrationsamt des Kantons St. Gallen ein Gesuch um Familiennachzug und umgekehrten Familiennachzug (MA RE 134). Das Migrationsamt trat darauf mit Verfügung vom 7. August 2017 nicht ein und wies die beiden aus der Schweiz weg (MA RE 114). Auf dagegen erhobenen Rekurs hin hob das Migrationsamt die Verfügung am 5. Oktober 2018 zwecks materieller Behandlung des Gesuchs wiedererwägungsweise auf. Im Januar 2019 erwarb S.__ die Schweizer Staatsbürgerschaft. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs wies das Migrationsamt das Gesuch von A.__ und B.__ um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung mit Verfügung vom 6. März 2020 ab und verweigerte die Unterbreitung des Gesuchs an das SEM (MA RE 35). Zur Begründung wurde ausgeführt, dass B.__ weder einen Anspruch auf Familiennachzug habe, da er nicht mit dem Vater zusammenlebe und auch nie zusammengelebt habe, noch einen solchen aus dem Recht auf Familienleben geltend machen könne, da die dafür erforderlichen besonderen Umstände einer intensiven wirtschaftlichen und affektiven Beziehung nicht vorlägen. Der dagegen erhobene Rekurs wurde vom Sicherheits- und Justizdepartement mit Entscheid vom 12. März 2021 abgewiesen (act. 2).

C.

Gegen diesen Entscheid erhoben A.__ und B.__ mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 13. April 2021 (act. 1) und Ergänzung vom 17. Mai 2021 (act. 6) Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen mit den Anträgen, der angefochtene Entscheid sowie die Verfügung des Migrationsamtes seien aufzuheben, den Beschwerdeführern sei eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen und das Gesuch sei dem SEM zur Bewilligung zu unterbreiten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchten sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung. Diesem Ersuchen kam der Abteilungspräsident mit Verfügung vom 14. April 2021 nach. In der Vernehmlassung vom 26. Mai 2021 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde (act. 9). Zur Begründung verwies sie auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid. Die Beschwerdeführer nahmen mit Schreiben vom 14. Juni 2021 Stellung (act. 12). Auf die Vorbringen der Beschwerdeführer wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. *Eintreten*

Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 59^{bis} Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Nach Art. 18 Abs. 3



Ingress Satz 1 des Gerichtsgesetzes (sGS 941.1, GerG) spricht das Verwaltungsgericht Recht grundsätzlich in Dreierbesetzung. Vorbehalten bleibt gemäss Art. 18 Abs. 3 Ingress und lit. b GerG die Rechtsprechung in Fünferbesetzung, unter anderem wenn allenfalls von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungs- oder des Bundesgerichts abgewichen werden soll (Ziffer 3).

Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde, soweit damit die Aufhebung der Verfügung des Migrationsamts vom 6. März 2020 beantragt wird. Letztere wurde vom angefochtenen Rekursentscheid vorläufig ersetzt und kann deshalb nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein (Devolutiveffekt; BGE 125 II 29 E. 1c mit Hinweisen). Im Übrigen sind die Eintretensvoraussetzungen erfüllt: Die Beschwerdeführer, die mit ihrem Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Rekursverfahren unterlagen, sind zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde gegen den am 17. März 2021 zugestellten Rekursentscheid wurde mit Eingabe vom 13. April 2021 rechtzeitig erhoben und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 17. Mai 2021 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 unter dem genannten Vorbehalt einzutreten.

2. Anwendbares Recht

Mit der am 1. Januar 2019 in Kraft getretenen Revision des Ausländergesetzes (AuG), welches neu Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) heisst, erfuhr das Gesetz einige Anpassungen. Art. 126 Abs. 1 AIG bestimmt, dass auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten des AIG eingereicht worden sind, das bisherige Recht anwendbar bleibt. Das Verfahren richtet sich dagegen nach dem neuen Recht (Art. 126 Abs. 2 AIG). Da das Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung am 8. Juni 2017 gestellt wurde, ist die Angelegenheit nach bisherigem, bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Ausländergesetz (im Folgenden noch mit "AuG" bezeichnet) zu beurteilen.

3. Vorbringen der Beschwerdeführer

Die Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, in wirtschaftlicher Hinsicht bestehe eine besonders enge Beziehung des Vaters zum Kind. Mit den regelmässigen Zahlungen von CHF 300 pro Monat komme dieser seiner Unterhaltsverpflichtung zwar nicht vollständig, aber in grossen Teilen nach. Sodann bestehe in affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zwischen Vater und Sohn. Auch ohne verbindliches Besuchsrecht besuche der Vater seinen Sohn seit März 2020 ein- oder zweimal pro Monat, und zuvor habe er ihn alle zwei bis drei Wochen besucht. Aufgrund der örtlichen Distanz und der knappen finanziellen Verhältnisse seien die Besuche sehr kostspielig und könnten daher nicht öfters oder ausgedehnter erfolgen. Der Vater habe



eine Familie in Q.___ und gehe dort auch seiner Arbeitstätigkeit nach. Im Rahmen seiner zeitlichen Möglichkeiten bemühe er sich daher ausserordentlich um eine enge Beziehung zu seinem Sohn. Regelmässige Besuche des Vaters fielen bei einer Ausreise des Sohnes nach Nigeria weg. Den Sohn für Ferien zum Vater in die Schweiz zu senden, werde aus finanziellen Gründen nicht möglich sein. Auch der Kontakt über soziale Medien sei nicht gesichert, falls die Beschwerdeführerin in Nigeria über keinen Internetzugang verfügen würde. Die Behauptung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin bemühe sich nicht um wirtschaftliche, sprachliche und soziale Integration, treffe nicht zu. Die Beschwerdeführerin habe sich in den letzten fünf Jahren sehr bemüht, die deutsche Sprache zu erlernen. Sofort nach dem Umzug nach M.___ habe sie diverse Sprachkurse besucht. Im A2-Kurs sei sie eine der besten Schülerinnen. Ferner nehme sie an einem gemeindeinternen Beschäftigungsprogramm teil; die Rückmeldungen seien sehr positiv. Mangels Aufenthaltsbewilligung könne sie keiner ordentlichen Arbeit nachgehen, wolle dies aber umgehend tun, sobald sie über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge. Auch sozial sei sie gut integriert. Sie nehme an allen Aktivitäten des Solidaritätsnetzwerkes teil. Gemäss Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte müsse die Behörde hinsichtlich der Durchführbarkeit und Verhältnismässigkeit jeder Ausweisung eines fremden Elternteils Beweise erheben, um dem Wohl des Kindes ausreichendes Gewicht zu geben und es effektiv zu schützen. Weder das Migrationsamt noch die Vorinstanz hätten dies vorliegend getan. Ihr Entscheid beruhe einzig auf einer realitätsfernen Prognose. Die Trennung der Kindseltern sei allein vom Kindsvater herbeigeführt worden. Die Befürchtung der Vorinstanz, die Beschwerdeführer seien bei Erteilung der Aufenthaltsbewilligung weiterhin auf Sozialhilfe angewiesen, treffe voraussichtlich nicht zu. Den Tatbeweis habe die Beschwerdeführerin bislang nicht erbringen können; sie sei aber gewillt, künftig teil- oder sogar vollzeitlich erwerbstätig zu sein. Die Rückkehr sei für sie nicht zumutbar. Sie lebe seit 18 Jahren nicht mehr in Nigeria. Sie habe dort keine Verwandten mehr. Eine Schwester von ihr lebe in P.___ und ein Bruder in Frankreich. Ihre 22-jährige Tochter lebe in Ghana und der 19-jährige Sohn sei auf der Flucht nach Europa. Sie verfüge daher über kein tragfähiges soziales Beziehungsnetz in Nigeria. Nicht berücksichtigt worden sei schliesslich, dass der Beschwerdeführer sich nach einem fünfjährigen ordentlichen Aufenthalt in der Schweiz einbürgern lassen könnte. Diese Möglichkeit werde ihm mit der Wegweisung aus der Schweiz verwehrt. Insgesamt sei die Verhältnismässigkeitsprüfung einseitig zuungunsten der Beschwerdeführer erfolgt und deren private Interessen seien völlig unzureichend gewichtet worden, weshalb die Beschwerde zu schützen und die Aufenthaltsbewilligungen zu erteilen seien.



4. Familiennachzug

4.1. Rechtliches

Ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Schweizerinnen und Schweizern haben Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Art. 42 Abs. 1 AuG). Bedingung des Familiennachzugs ist eine gemeinsame Wohnung (M. Spescha, in: Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/de Weck [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, N 3 zu Art. 42 AuG). Das Erfordernis des Zusammenwohnens besteht nicht, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend gemacht werden und die Familiengemeinschaft weiterbesteht (Art. 49 AuG). Nach Auflösung der Ehe oder der Familiengemeinschaft besteht der Anspruch des Ehegatten und der Kinder auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 42 AuG fort, wenn wichtige persönliche Gründe einen Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG).

4.2. Tatsächliches

Der Beschwerdeführer steht unter der alleinigen elterlichen Sorge und der alleinigen Obhut seiner Mutter. Sein Schweizer Vater lebt in Q. __, ist verheiratet und hat mit seiner Ehefrau zwei weitere Kinder. Das Asylgesuch der Beschwerdeführer wurde mit Verfügung vom 13. Juni 2017 rechtskräftig abgewiesen. Sie waren in der Schweiz nie im Besitz eines Aufenthaltstitels. Die Beschwerdeführerin lebte vor der Geburt des Sohnes nur wenige Monate mit dem Vater zusammen. Die Eltern waren nicht verheiratet. Von wem die Trennung damals herbeigeführt wurde, spielt keine Rolle. Der Sohn lebte nie mit seinem Vater in einer Familiengemeinschaft. Mangels Ehe bzw. Zusammenlebens mit dem Schweizer Vater steht den Beschwerdeführern deshalb gestützt auf Art. 42 AuG kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz zu. Da nach wie vor keine Familiengemeinschaft zwischen Vater und Mutter bzw. Sohn besteht und auch nicht bevorsteht – der Vater hat kein Gesuch um Familiennachzug seines Sohnes gestellt –, kann vom Erfordernis des Zusammenwohnens nicht abgewichen werden. Ein Anspruch ergibt sich mangels Ehe und vorgängig gelebter Familiengemeinschaft des Sohnes mit dem Vater auch nicht aus Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG, und zwar unabhängig davon, ob wichtige Gründe vorliegen. Aus dem Recht auf Familiennachzug gemäss dem AuG besteht somit kein Anspruch der Beschwerdeführer auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung.

5. Recht auf Familienleben

5.1. Rechtliches

Hingegen berufen sich der Beschwerdeführer mit Blick auf seinen Schweizer Vater und



die Beschwerdeführerin wiederum mit Blick auf ihren Sohn (umgekehrter Familiennachzug) auf das Recht auf Familienleben, welches durch Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, EMRK) sowie Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) geschützt wird. Das unmündige Kind teilt aus familienrechtlichen Gründen (Art. 25 Abs. 1 und Art. 301 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, SR 201, ZGB; BGer 2C_31/2007 vom 27. Juli 2007 E. 2.5) grundsätzlich das ausländerrechtliche Schicksal des sorgeberechtigten Elternteils; es hat das Land gegebenenfalls mit diesem zu verlassen, wenn jener über keine Aufenthaltsberechtigung (mehr) verfügt (BGE 143 I 21 E. 5.2). Das Verfassungs- (Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 36 Abs. 3 BV) und das Konventionsrecht (Art. 8 EMRK) gebieten praxisgemäss, die individuellen Anliegen an der Erteilung bzw. am Erhalt des Anwesenheitsrechts und die öffentlichen Interessen an dessen Beendigung gegeneinander abzuwägen, wenn zumindest eine der beteiligten Personen in der Schweiz über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt, wie dies hier gestützt auf die Schweizer Staatsbürgerschaft des Vaters der Fall ist (vgl. [BGE 144 I 91 E. 4.2](#); [135 I 153 E. 2.2.1](#)). Das in Art. 8 EMRK bzw. in Art. 13 BV geschützte Recht auf Privat- und Familienleben kann berührt sein, wenn einer ausländischen Person mit in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen das Zusammenleben verunmöglicht wird (BGE 143 I 21 E. 5.1). Kein Eingriff in das Familienleben liegt vor, wenn von den betroffenen Personen erwartet werden kann, dass sie ihr Familienleben im Ausland verwirklichen. Art. 8 EMRK ist daher von Vornherein nicht verletzt, wenn das in der Schweiz aufenthaltsberechtigte Familienmitglied das Land zusammen mit der ausländischen Person ohne Schwierigkeiten verlassen kann (BGE 144 I 91 E. 4.2 = Pra 108 Nr. 11). Da dem Vater ein Wegzug mit seiner heutigen Kernfamilie nach Nigeria nicht zumutbar ist, kann sich der von ihm getrenntlebende Beschwerdeführer aufgrund des durch die Wegweisung drohenden Eingriffs in eine intakte gelebte familiäre Beziehung auf den Schutz des Familienlebens berufen.

Art. 8 EMRK begründet praxisgemäss keinen absoluten Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen besonderen Aufenthaltstitel. Er hindert die Konventionsstaaten nicht daran, die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet zu regeln und den Aufenthalt ausländischer Personen unter Beachtung überwiegender Interessen des Familien- und Privatlebens gegebenenfalls auch wieder zu beenden ([BGE 140 I 145 E. 3.1](#); [139 I 330 E. 2.1](#); [138 I 246 E. 3.2.1](#) mit Hinweisen). Die faktische und rechtliche Situation eines niedergelassenen Ausländers ist dabei nicht dieselbe wie jene eines Ausländers, der erstmals um eine Aufenthaltsbewilligung ersucht. Zu berücksichtigen ist auch, ob das Familienleben zu einer Zeit geschaffen wurde, zu der den beteiligten



Personen bekannt war, dass das Fortbestehen desselben im fraglichen Land wegen des Einwanderungsstatus einer Person von Beginn weg unsicher war (vgl. Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte [EGMR] "Jeunesse gegen Niederlande" vom 3. Oktober 2014 [Nr. 12738/10] Ziff. 100, 105, 107 und 108 [bezüglich erstmaliger Bewilligungserteilung]).

Der Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK kann rechtmässig eingeschränkt werden, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig erscheint (Art. 8 Ziff. 2 EMRK). Die Konvention verlangt, dass die individuellen Interessen an der Erteilung bzw. am Erhalt des Anwesenheitsrechts und die öffentlichen Interessen an dessen Verweigerung sorgfältig gegeneinander abgewogen werden (BGE 142 II 35 E. 6.1; 139 I 330 E. 2.2). Das Recht nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK gilt als verletzt, wenn keine umfassende, faire Interessenabwägung erfolgt, obwohl die intakten, engen persönlichen und familiären Beziehungen der Familienmitglieder nicht problemlos andernorts gelebt werden können (BGer 2C_697/2008 vom 2. Juni 2009 E. 4.1 und 2C_914/2014 vom 18. Mai 2015 E. 4.3, je mit Hinweisen). Als zulässiges öffentliches Interesse fällt insbesondere das Durchsetzen einer restriktiven Einwanderungspolitik in Betracht. Eine solche ist im Hinblick auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen schweizerischer und ausländischer Wohnbevölkerung, die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der in der Schweiz fest ansässigen Ausländer und die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur sowie eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung im Lichte von Art. 8 Ziff. 2 EMRK zulässig (BGE 135 I 143 E. 2.2 mit Hinweisen).

Aus Art. 3 (Garantie des Kindeswohls) des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (SR 0.107, KRK) ergibt sich ebenfalls kein direkter Leistungsanspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung (S. Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, N 1 zu Art. 3 KRK). Dafür sprechen auch Art. 9 Abs. 3 und Art. 10 Abs. 2 KRK, wonach die Vertragsstaaten das Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, zu achten haben, "regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte" zu beiden Elternteilen pflegen zu können, soweit dies seinem Wohl entspricht bzw. keine aussergewöhnlichen Umstände vorliegen; hierfür ist nicht in allen Fällen der Aufenthalt im selben Land erforderlich; Kurzaufenthalte genügen. Wird die Trennung von den Eltern selber herbeigeführt, ist nicht erforderlich, dass der Staat gestützt auf Art. 8 EMRK bzw. Art. 3 und 10 KRK wegen eines Besuchsrechts voraussetzungslos eine weitere Anwesenheit aller Familienmitglieder (sorge- und obhutsberechtigter



ausländischer Elternteil und ausländisches Kind) gestattet (BGer 2C_648 vom 6. Juli 2015 E. 2.3). Aus der Kinderrechtskonvention ergibt sich somit kein unmittelbarer Anspruch auf Familienzusammenführung (BGer 2C_613/2014 vom 8. Januar 2015 E. 3.5 und 2A.195/2006 vom 7. Februar 2007 E. 3). Bei der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls handelt es sich praxisgemäss um einen Leitgedanken bzw. eine Interpretationsmaxime, die bei Erlass wie Auslegung und Anwendung des Gesetzes zu beachten sind (BGE 124 II 361 E. 3b; 126 II 377 E. 5d; Caroni/Scheiber/Preisig/Zoetewij, Migrationsrecht, 4. Aufl. 2018, S. 63 ff.). Das Bundesgericht trägt Art. 3, 9 (grundsätzlich keine Trennung gegen den Willen der Eltern) und 10 KRK (wohlwollende, humanitäre und beschleunigte Prüfung von Gesuchen zwecks Familienzusammenführung) im migrationsrechtlichen Zusammenhang im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK als einem von mehreren Elementen Rechnung (so ausdrücklich auch das EGMR-Urteil "Jeunesse gegen Niederlande", a.a.O., Ziff. 108 in fine und 117).

5.2. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Im Zusammenhang mit der Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK hat das Bundesgericht für getrennt lebende Eltern mit gemeinsamen Kindern in den vergangenen Jahren das private Interesse eines ausländischen Elternteils am Verbleib im Land als regelmässig dann überwiegend gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer einschränkenden Migrationspolitik beurteilt, wenn eine besonders enge Eltern-Kind-Beziehung (1) in affektiver wie (2) wirtschaftlicher Hinsicht besteht, (3) die Beziehung wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Staat, in welchen die ausländische Person ausreisen müsste, praktisch nicht mehr aufrecht erhalten werden könnte, und (4) sich die ausreisepflichtige Person in der Schweiz tadellos verhalten hat. Diese Anforderungen sind gemäss Bundesgericht gesamthaft zu beurteilen und müssen Gegenstand einer umfassenden Interessenabwägung bilden. Im Rahmen der Überprüfung, ob die Massnahme verhältnismässig ist, soll auch dem grundlegenden Bedürfnis des Kindes, in möglichst engem Kontakt mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können, Rechnung getragen werden (BGE 147 I 149 E. 3.2, 143 I 21 E. 5.2). Im Folgenden ist auf diese Kriterien einzugehen.

5.2.1. Besonders enge affektive Eltern-Kind-Beziehung

Beim Kriterium der besonders engen affektiven Beziehung unterscheidet das Bundesgericht zwischen zwei Konstellationen.

5.2.1.1. Bewilligungserteilung an einen nicht sorgeberechtigten ausländischen Elternteil eines hier aufenthaltsberechtigten Kindes



Das Bundesgericht erwog, dass der ausländische nicht sorge- bzw. obhutsberechtigte Elternteil die familiäre Beziehung mit seinem Kind von vornherein nur in beschränktem Rahmen pflegen könne, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts. Um dieses wahrnehmen zu können, sei es in der Regel nicht erforderlich, dass der ausländische Elternteil dauerhaft im selben Land wie das Kind lebe und dort über ein Anwesenheitsrecht verfüge. Unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf Familienleben (Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 13 Abs. 1 BV) genüge es grundsätzlich, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden könne, wobei allenfalls dessen Modalitäten entsprechend anzupassen seien. Für ausländische Personen, welche aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft mit einem/-er schweizerischen Staatsangehörigen oder einer Person mit Niederlassungsbewilligung bis anhin bereits eine Aufenthaltsbewilligung besaßen, liege eine besonders enge gefühlsmässige Beziehung vor, wenn die persönlichen Kontakte im Rahmen eines üblichen, nach heutigen Standards ausgeübten Besuchsrechts tatsächlich gepflegt würden. Massgeblich seien allein die persönlichen Bindungen, namentlich das tatsächliche Bestehen einer besonders engen, familiären Beziehung in affektiver Hinsicht und nicht lediglich die gerichtlichen Anordnungen oder Abmachungen der Eltern in Bezug auf die Zuteilung des Sorge- bzw. des Obhutsrechts für die gemeinsamen Kinder oder gar die Festlegung der gemeinsamen elterlichen Sorge. Bei besuchsberechtigten Ausländern, welche erstmals um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchten, müsse eine ausserordentlich intensive Beziehung zum Kind vorhanden sein (BGE 144 I 91 E. 5.2.1). Erforderlich sei in jenen Fällen ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht, wobei "grosszügig" dort im Sinne von "deutlich mehr als üblich" zu verstehen sei (BGE 139 I 315 E. 2.5). Im Gegensatz zu jenen Personen, die bereits einmal über eine Aufenthaltsbewilligung verfügten und die Gelegenheit gehabt hätten, sich in legitimer Weise zu integrieren und vertiefte Verbindungen zur Schweiz zu knüpfen, hätten jene Ausländer, welche aufgrund ihrer Elternschaft zu einem hier anwesenheitsberechtigten Kind erstmals um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchten, keine qualifizierten vorbestehenden Verbindungen zur Schweiz.

5.2.1.2. Bewilligungserteilung an einen sorge- bzw. obhutsberechtigten Elternteil eines hier aufenthaltsberechtigten Kindes (umgekehrter Familiennachzug)

Im Zusammenhang mit dem umgekehrten Familiennachzug entschied das Bundesgericht, dass die Zumutbarkeit der Ausreise des in der Schweiz aufenthaltsberechtigten oder niedergelassenen ausländischen Kindes – anders als bei einem Schweizer Kind – für eine Bewilligungsverweigerung des sorge- bzw.



obhutsberechtigten Elternteil genüge, wobei die Möglichkeit der Ausübung des Besuchsrechts des in der Schweiz anwesenheitsberechtigten anderen Elternteils sachgerecht mitzuberücksichtigen sei. Für die Erteilung der Bewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV sei in diesem Fall erforderlich, dass analog die Voraussetzungen, unter denen nach der Rechtsprechung dem nicht sorgeberechtigten Ausländer eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden müsste, wenn diesem gegenüber seinem Kind, das mit dem anderen Elternteil in der Schweiz bleibe und hier ein gefestigtes Bleiberecht habe, ein Besuchsrecht zustehe. Erforderlich sei danach, dass eine intensive Beziehung in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht zwischen dem hier anwesenden besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind bestehe und sich der obhutsberechtigte Elternteil, welcher um die Bewilligung ersuche, tadellos verhalten habe. Dabei sei mit noch grösserer Zurückhaltung auf eine Pflicht zu schliessen, ihm eine Bewilligung zu erteilen, als im Falle des besuchsberechtigten Ausländers, der selber, im Hinblick auf die Ausübung seines Besuchsrechts, um die Bewilligung nachsuche. Der obhutsberechtigte Elternteil, der die Bewilligung einzig zur Erleichterung der Ausübung des Besuchsrechts zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil erhältlich machen wolle, solle dies nur bei Vorliegen besonderer Umstände tun können (BGE 137 I 247 E. 4.2.3 mit Hinweisen; BGer 2C_364/2010 vom 23. September 2010 E. 2.2.4).

5.2.1.3. Würdigung und Anwendung auf den vorliegenden Fall

Der im vorliegenden Fall zugrundeliegende Sachverhalt deckt sich weder mit jenem des besuchs-, aber nicht sorgeberechtigten ausländischen Elternteils eines hier aufenthaltsberechtigten Kindes (E. 5.2.1.1) noch mit jenem des sorge- bzw. obhutsberechtigten Elternteils eines hier aufenthaltsberechtigten Kindes (E. 5.2.1.2). Er ist jedoch vergleichbar mit der Konstellation des umgekehrten Familiennachzugs mit dem Unterschied, dass das Kind (der Beschwerdeführer) in der Schweiz über keinen Aufenthaltstitel verfügt. Gemäss Bundesgericht ist beim umgekehrten Familiennachzug eine Bewilligung zurückhaltender – namentlich bei Vorliegen besonderer Umstände –, zu erteilen, als im Falle eines besuchsberechtigten Ausländers, der selber im Hinblick auf die Ausübung seines Besuchsrechts um eine Bewilligung nachsucht. Beim besuchsberechtigten Ausländer werden in Bezug auf die enge Beziehung in affektiver Hinsicht Besuchskontakte im üblichen Rahmen verlangt. Worin beim umgekehrten Familiennachzug darüber hinaus die besonderen Umstände bestehen sollen, führt das Bundesgericht in der erwähnten Entscheidung nicht näher aus. Insbesondere sagt es nicht, darunter sei ein deutlich mehr als übliches Besuchsrecht zu verstehen wie bei besuchsberechtigten Ausländern, die erstmals um die Erteilung einer



Aufenthaltsbewilligung ersuchen. In einem weiteren Entscheid zum umgekehrten Familiennachzug wurde das Kriterium der besonderen Umstände nicht erwähnt, sondern lediglich auf das tadellose Verhalten des ausreisepflichtigen Elternteils verwiesen (BGer 2C_870/2018 vom 13. Mai 2019 E. 4.3).

Gemäss der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt also in Fällen, wo der besuchsberechtigte Elternteil um ein Aufenthaltsrecht ersucht, eine im Rahmen eines üblichen Besuchsrechts gelebte persönliche Beziehung zum Kind, während dort, wo der sorge- und obhutsberechtigte Elternteil um ein Aufenthaltsrecht ersucht, besondere Umstände vorliegen müssen. Mit anderen Worten genügen Eltern-Kind-Kontakte im Rahmen eines üblichen Besuchsrechts für den Verbleib des besuchsberechtigten Elternteils in der Schweiz, während dem sorge- und obhutsberechtigten Elternteil samt Kind bei gleichartigen Kontakten des Kindes zum besuchs- und aufenthaltsberechtigten anderen Elternteil kein Bleiberecht zusteht. Bei aus Sicht des Kindes gleich schützenswerter Beziehung zum besuchsberechtigten Elternteil wird damit eine Ungleichheit geschaffen, für die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine nachvollziehbare Begründung ersichtlich ist.

Hinzu kommt, dass der besuchsberechtigte Elternteil im Gegensatz zum (Klein)Kind auf das entscheidende Kriterium des Bestehens einer besonders engen affektiven und wirtschaftlichen Beziehung massgeblichen Einfluss nehmen kann. Er hat es in der Hand, die Intensität der persönlichen Beziehung zu prägen und seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Dass bei ihm für die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ein deutlich mehr als übliches Besuchsrecht verlangt wird, ist unter diesem Aspekt wie auch jenem der fehlenden qualifizierten vorbestehenden Verbindungen zur Schweiz nicht zu beanstanden. In BGE 143 I 21 E. 5.5.4 hat das Bundesgericht sodann ausgeführt, das Kindeswohl sei in ausländerrechtlichen Entscheiden von zusehends grundlegenderer Bedeutung. In BGer 2C_870/2018 vom 13. Mai 2019 E. 4.1.2 wurde erwogen, dass den Anliegen betroffener Kinder bei der Interessenabwägung zwar nicht ausschliesslich, aber dennoch in wesentlicher Weise Rechnung zu tragen sei. Das konventions- und verfassungsrechtlich garantierte Kindeswohl beinhalte ein grundlegendes Bedürfnis des Kindes, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen pflegen zu können.

In der zu beurteilenden Konstellation, wo es um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung eines ausländischen Kindes, dessen besuchsberechtigter



Elternteil über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügt, und – gestützt auf den umgekehrten Familiennachzug – von dessen ausländischer Mutter geht, genügt daher nach Ansicht des Verwaltungsgerichts für die Annahme einer besonders engen Beziehung in affektiver Hinsicht das im vorliegenden Fall tatsächlich gelebte Besuchsrecht (vgl. dazu nachfolgend unter E. 5.3.1). Selbst wenn man noch auf besondere Umstände abstellen wollte, könnten solche vorliegend darin bestehen, dass die Wegweisung in ein weit entferntes Land (Nigeria) erfolgen müsste, was die persönliche Beziehung zwischen Vater und Sohn übermässig erschweren würde (vgl. dazu nachfolgend unter E. 5.3.2). Dass die Beschwerdeführer erstmals um eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz ersuchen, rechtfertigt im konkreten Fall ebenfalls keine erhöhten Voraussetzungen, da die Beschwerdeführerin sich mittlerweile seit sieben und der Beschwerdeführer seit sechs Jahren (seit Geburt) hier aufhalten, mit den Verhältnissen vertraut und gut integriert sind (vgl. nachfolgend unter E. 5.3.3) und somit über qualifizierte vorbestehende Verbindungen zur Schweiz verfügen.

5.2.2. Besonders enge wirtschaftliche Eltern-Kind-Beziehung

Die wirtschaftliche Beziehung ist gemäss Bundesgericht dann besonders eng, wenn die ausländische Person für das Kind jene finanziellen Leistungen erbringt, welche die Zivilgerichtsinstanzen festgelegt haben. Der Unterhaltsbeitrag kann auch in Naturalleistungen erfolgen. Es ist allerdings zu unterscheiden, ob der Ausländer mangels Arbeitsbewilligung nicht in der Lage ist, Leistungen für sein Kind zu erbringen, oder ob er keinerlei Anstrengungen unternimmt, eine Anstellung zu finden. Die Anforderungen an das Ausmass der affektiven und wirtschaftlichen Beziehungen, die der Ausländer zu seinem Kind unterhalten soll, müssen sich im Rahmen des Möglichen und Vernünftigen bzw. Zumutbaren bewegen (BGE 144 I 91 E. 5.2.2, BGer 2C_1125/2014 vom 9. September 2015 E. 4.6.2). Bei schlechten finanziellen Verhältnissen können auch Beiträge von bloss symbolischer Natur ausreichen (BGer 2C_493/2018 vom 9. Dezember 2019 E. 4.2). Ins Gewicht fällt, ob sich der Pflichtige in einer ihm vorwerfaren Weise nicht um Einkommen bemüht, das ihm erlaubt, seine Unterhaltsleistungen erbringen zu können (BGer 2C_904/2018 vom 24. April 2019 E. 4.3). Das Bundesgericht hat in einem Entscheid festgehalten, dass die Überlegungen der dortigen Vorinstanz, wonach eine signifikante Unterstützung notwendig sei, dazu führen würden, dass finanziell besser gestellte ausländische Personen ohne sachlichen Grund beim weiteren Aufenthalt besser behandelt würden als weniger gut gestellte (BGer 2C_1125/2014 vom 9. September 2015 E. 4.6.2).

5.2.3. Aufrechterhaltung der Beziehung trotz Distanz

Die Möglichkeit, das Besuchsrecht vom Ausland her auszuüben, darf gemäss



Bundesgericht nicht nur rein theoretisch bestehen, sondern ist im konkreten Fall zu untersuchen. Dabei ist namentlich dem Alter der Betroffenen, deren finanziellen Mitteln, den zur Verfügung stehenden Kommunikations- und Transportmöglichkeiten sowie der Distanz zwischen den Wohnorten Rechnung zu tragen. Die praktische Unmöglichkeit, die persönliche Beziehung zu unterhalten, ist dann als gegeben zu betrachten, wenn das Land des besuchsberechtigten Ausländers sehr weit von der Schweiz entfernt liegt (z.B. Mexiko in BGE 144 I 91 E. 5.2.3).

5.2.4. Tadelloses Verhalten

Geht es darum, dass eine Bewilligung beantragt wird, um das Besuchsrecht des in der Schweiz verbleibenden Elternteils zu erleichtern, ist zu prüfen, ob das Verhalten des grundsätzlich ausreisepflichtigen Elternteils als tadellos im Sinn der Rechtsprechung gelten kann. An einem tadellosen Verhalten fehlt es, wenn die betroffene Person in einer ihr vorwerfbaren Weise über eine längere Dauer Sozialhilfegelder bezieht oder bezogen hat (BGer 2C_870/2018 vom 13. Mai 2019 E. 4.3).

5.3. Tatsächliches

5.3.1. Besonders enge affektive und wirtschaftliche Eltern-Kind-Beziehung

Die KESB X.___ genehmigte am 18. März 2016 einen Unterhaltsvertrag der Eltern. Demnach verpflichtete sich der Vater, dem Beschwerdeführer bis zum 6. Altersjahr monatlich CHF 430 zuzüglich Kinderzulage zu bezahlen. Als Basis dafür diente das damalige Bruttoeinkommen des Vaters von rund CHF 66'000. In der Folge überwies der Vater der Mutter bis mindestens April 2017 CHF 630 pro Monat (vi-act. 9.1). Ab 1. Mai 2019 musste ein Teil der Alimente bevorschusst werden (MA RE 42). Im Jahr 2020 bezahlte der Vater CHF 300 pro Monat (vi-act. 9.5). Angesichts des im Unterhaltsvertrag erwähnten Bruttoeinkommens des Vaters von CHF 66'000 ist von knappen finanziellen Verhältnissen auszugehen. Anfänglich, als der Vater noch keine weiteren Kinder zu unterstützen hatte, kam er seinen finanziellen Verpflichtungen gegenüber seinem Sohn vollumfänglich nach. Dass es mit der Erweiterung seiner Familie (Ehefrau und zwei weitere Kinder) zunehmend schwierig wurde, den vollen Unterhaltsbeitrag von CHF 430 für den Beschwerdeführer zu bezahlen, liegt auf der Hand. Vor diesem Hintergrund erscheinen die monatlichen Zahlungen von CHF 300 nicht nur einen symbolischen Beitrag darzustellen, sondern liegen an der oberen Grenze seiner finanziellen Leistungsfähigkeit. Dem Vater, der einer Erwerbstätigkeit in vollem Umfang nachgeht, kann nicht vorgeworfen werden, er bemühe sich nicht um Einkommen. Vielmehr erbringt er seine Unterhaltsleistungen, soweit es ihm möglich und zumutbar ist, womit eine besonders enge Beziehung in wirtschaftlicher Hinsicht



gegeben ist.

Die knappen finanziellen Verhältnisse des Vaters wirken sich sodann auch auf die Ausübung des Besuchsrechts aus. Bei der Regelung des Unterhalts wurde auf die Festlegung eines Besuchsrechts verzichtet. Offenbar gab es keinen Regelungsbedarf, da sich die Eltern einvernehmlich einigen konnten und bis heute können. Da es auf die tatsächlich gelebte familiäre Beziehung in affektiver Hinsicht ankommt, steht das Fehlen gerichtlicher oder behördlicher Anordnungen dem nicht entgegen. Wie die Beschwerdeführer zutreffend ausführen, stellt jeder Besuch des in Q. __ wohnhaften Vaters bei seinem Sohn in M. __ eine Belastung seines engen finanziellen Budgets dar. Umgekehrt verfügt auch die sozialhilfeabhängige Beschwerdeführerin nicht über ausreichend Geld, um mit ihrem Sohn (häufig) nach Q. __ zu fahren. Vor diesem Hintergrund ist den regelmässigen Besuchen des Vaters bei seinem Sohn alle zwei bis drei Wochen (17 Besuche in 10 Monaten) ein höheres Gewicht beizumessen; dies nicht zuletzt auch aufgrund der Situation mit seiner "neuen" Familie. Wie aus dem Schreiben eines die Familie betreuenden Mitglieds des Solidaritätsnetzes X. __ hervorgeht, kenne sie den Vater seit dem Zuzug der Mutter nach M. __. In den ersten Jahren sei er sehr häufig nach M. __ zu Besuch gekommen. Später habe er sich wegen seiner neuen Familie etwas zurückgezogen; trotzdem pflege er den Kontakt zu seinem Sohn weiterhin intensiv (vgl. act. 7/6). Hinzu kommen die beinahe täglichen Telefonate des Vaters mit dem Sohn. Auch diese sind ein deutliches Indiz für eine besonders enge Beziehung in affektiver Hinsicht. Der Vater zeigt seit der Geburt seines Sohnes bis heute ein ernsthaftes Interesse an einer persönlichen Beziehung zu ihm; sein Gedeihen liegt ihm ernsthaft am Herzen. Aufgrund der unter erschwerten Umständen (finanzielle Verhältnisse, Zweitfamilie des Vaters) im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren wahrgenommenen regelmässigen Besuche und sehr häufigen Telefonate ist im konkreten Fall davon auszugehen, dass zwischen Vater und Sohn eine tatsächlich gelebte intakte und enge persönliche und damit schützenswerte Beziehung besteht.

5.3.2. Aufrechterhaltung der Beziehung trotz Distanz

Aufgrund der grossen Distanz zwischen der Schweiz und Nigeria und den finanziell zur Verfügung stehenden Mitteln muss vorliegend davon ausgegangen werden, dass die heute bestehende enge persönliche Beziehung zum Vater bei einer Wegweisung des Beschwerdeführers nach Nigeria praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte. Anders als bei der Wegweisung in Nachbarstaaten der Schweiz oder generell europäische Länder, wo Besuche nicht bereits aus geographischen Gründen beinahe ausgeschlossen sind (vgl. BGer 2C_589/2021 vom 20. September 2021 E. 5.3.2), sind



Kurz- oder auch Ferienaufenthalte des Vaters in Nigeria oder des Beschwerdeführers in der Schweiz mit hohen Kosten und auch zeitlichem Aufwand verbunden. Telefonate wären wohl weiterhin möglich. Diese vermögen aber die seit Geburt gepflegten regelmässigen persönlichen Kontakte nicht zu ersetzen (vgl. BGer 2C_589/2021 vom 20. September 2021 E. 5.3.2). Es ist dem Beschwerdeführer somit nicht zuzumuten, die familiäre Beziehung zum Vater vom Ausland aus zu pflegen.

5.3.3. Tadelloses Verhalten

Die Beschwerdeführerin hält sich mittlerweile seit sieben Jahren in der Schweiz auf, wobei sowohl während des Asylverfahrens als auch nach Abschluss desselben – eine Wegweisung wurde bisher nicht ausgesprochen – kein illegaler Aufenthalt vorliegt. Ihr Verhalten ist tadellos. Dass es im Zusammenhang mit der Alimentenbevorschussung anfänglich zum Bezug von zu hohen Sozialhilfeleistungen kam, ist auf ein Missverständnis zurückzuführen. Die Beschwerdeführerin hat denn die zu viel erhaltenen Gelder mittlerweile auch anstandslos zurückbezahlt (MA RE 285). Der Bezug von Sozialhilfe ergibt sich zwingend aus ihrem Status als abgewiesene Asylbewerberin und dem damit verbundenen Arbeitsverbot und kann der Beschwerdeführerin nicht zum Vorwurf gereichen, was auch die Vorinstanz anerkennt. Die Ausführungen der Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin im Hinblick auf eine mögliche Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung keine Bemühungen im Hinblick auf eine wirtschaftliche, sprachliche und soziale Integration tätige, wurden im Beschwerdeverfahren widerlegt. Gemäss Angaben des Solidaritätsnetzes X.__ (act. 7/6) bemüht sich die Beschwerdeführerin seit Beginn ihres Aufenthalts in M.__, die deutsche Sprache zu erlernen. Bis heute besucht sie den Unterricht der Y.__-schule X.__. Zusätzlich nimmt sie an einem wöchentlichen Frauen-Deutschtreff teil. Im Niveau A2-Unterricht sei sie eine der besten Schülerinnen. Sodann arbeitet die Beschwerdeführerin seit 30. März 2021 in einem Beschäftigungsprogramm, aktuell während zweieinhalb Tagen pro Woche (act. 7/9). Da der finanzielle Anreiz einer solchen Tätigkeit eher gering ist, lässt sich aus diesem Engagement auf ihre Leistungsbereitschaft und ihren Integrationswillen schliessen. Sozial ist sie gemäss Angaben des Solidaritätsnetzes in M.__ sehr gut integriert. Sie pflegt Kontakte zur Pfarrei, zum Solidaritätsnetzwerk und zu anderen Müttern. Die Prognose der Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin bei Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung auf absehbare Zeit weiterhin von der Sozialhilfe abhängig sein werde, lässt sich aufgrund dieser positiven Schilderungen nicht aufrechterhalten. Dabei handelt es sich lediglich um eine Hypothese. Eine konkrete Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit im Sinn eines Widerrufgrundes (vgl. Art. 62 Abs. 1



lit. e AuG) liegt nicht vor. Auch der Beschwerdeführer ist bestens integriert. Er wurde hier in der Schweiz geboren, besuchte die Spielgruppe und ist mittlerweile eingeschult.

5.3.4. Öffentliches Interesse

Als öffentliches Interesse fällt einzig jenes an einer regulierten Zuwanderung in Betracht, welches vorliegend – im Vergleich zu den erheblichen privaten Interessen des Beschwerdeführers und seiner Familie – nicht als besonders hoch zu gewichten ist. Angesichts der intakten, engen persönlichen Beziehung in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht zwischen dem Beschwerdeführer und dem Vater, die im Fall einer Wegweisung nicht aufrechterhalten werden könnte, sowie des tadellosen Verhaltens der Beschwerdeführerin, die ihr Heimatland zudem vor bald 20 Jahren verliess und dort über keine sozialen Kontakte mehr verfügt, überwiegen im konkreten Fall die privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz, weshalb eine Wegweisung der Beschwerdeführer nach Nigeria deren Recht auf Familienleben in unzulässiger Weise verletzt.

5.4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich gestützt auf das Recht auf Familienleben (Art. 8 EMRK und Art. 13 BV) und unter gebührender Berücksichtigung des vorrangigen Kindeswohls ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, damit seine intakte enge Beziehung zum Schweizer Vater weiterhin gewahrt werden kann. Verfügt indessen der Beschwerdeführer über ein Aufenthaltsrecht, begründet dies einen Anspruch der sorge- und obhutsberechtigten Beschwerdeführerin auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (umgekehrter Familiennachzug). Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz vom 12. März 2021 aufzuheben. Das Migrationsamt ist anzuweisen, den Beschwerdeführern eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen und diese dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten (Art. 99 AuG in Verbindung mit Art. 3 lit. f der Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide, SR 142.201.1).

6. Kosten

6.1. Amtliche Kosten

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten des Rekurs- und des Beschwerdeverfahrens vom Staat (Migrationsamt) zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Die von der Vorinstanz festgesetzte Entscheidgebühr von CHF 1'000 ist unbestritten und nicht zu beanstanden. Für den Beschwerdeentscheid ist eine Gebühr von CHF 2'000



angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Auf deren Erhebung ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

6.2. Ausseramtliche Kosten

Die Beschwerdeführer sind für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren ausseramtlich zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP). Ihre Rechtsvertreterin hat keine Kostennoten eingereicht. 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 für Rechtsanwälte und Rechtsagenten; 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 in ausländerrechtlichen Verfahren, in denen über das Anwesenheitsrecht zu befinden ist, 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 CHF 2'500. Mit diesen Pauschalansätzen wird auch Art und Umfang der üblicherweise erforderlichen Bemühungen Rechnung getragen. Gründe, um im vorliegenden Fall davon abzuweichen, liegen nicht vor. Von der Vorinstanz wurde die zufolge unentgeltlicher Rechtspflege um einen Fünftel gekürzte Entschädigung auf CHF 1'500 (inkl. Barauslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer) festgesetzt. Die Höhe der Entschädigung wurde in der Beschwerde nicht beanstandet. Aufgrund des Obsiegens ist nun die volle Entschädigung von CHF 1'875 (inkl. Barauslagen) geschuldet. Für das Beschwerdeverfahren ist die volle Entschädigung auf CHF 2'600 (inkl. Barauslagen, Art. 28^{bis} Abs. 1 HonO) festzusetzen. Ein Antrag auf Mehrwertsteuerzuschlag wurde weder im Rekurs- noch im Beschwerdeverfahren gestellt (vgl. Art. 29 HonO). Der Staat (Migrationsamt) hat die Beschwerdeführer dementsprechend für das Rekursverfahren mit CHF 1'875 (inkl. Barauslagen, ohne Mehrwertsteuer) und für das Beschwerdeverfahren mit CHF 2'600 (inkl. Barauslagen, ohne Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist, und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 12. März 2021 wird aufgehoben.



2.

Das Migrationsamt wird angewiesen, der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdeführer die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen und die Gesuche dem Staatssekretariat für Migration zur Zustimmung zu unterbreiten.

3.

Die amtlichen Kosten des Rekursverfahrens von CHF 1'000 und des Beschwerdeverfahrens von CHF 2'000 trägt der Staat. Auf die Erhebung wird verzichtet.

4.

Der Staat (Migrationsamt) entschädigt die Beschwerdeführer ausseramtlich für das Rekursverfahren mit CHF 1'875 (ohne Mehrwertsteuer) und für das Beschwerdeverfahren mit CHF 2'600 (ohne Mehrwertsteuer).