



Fall-Nr.: B 2022/33
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 22.12.2022
Entscheiddatum: 30.09.2022

Entscheid Verwaltungsgericht, 30.09.2022

Ausländerrecht, Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK (SR 0.101) und Art. 13 BV (SR 101). Der nigerianische Vater zweier Söhne (10 und 12 Jahre alt) lebte mit der Schweizer Mutter nie zusammen, hielt sich aber seit deren Geburt häufig als Tourist in der Schweiz auf. In Spanien ist er verheiratet und verfügt über eine bis ins Jahr 2026 gültige Aufenthaltsbewilligung. Besuche bei den Söhnen an jedem Mittwochnachmittag und an jedem zweiten Wochenende ohne Übernachtungen stellen keine deutlich mehr als üblichen Kontakte dar. Die Aufrechterhaltung der Vater-Sohn-Beziehung ist von Spanien aus möglich und zumutbar. Insgesamt liegt mit der Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung an den nicht sorgeberechtigten Vater kein unzulässiger Eingriff in Art. 8 Ziff. 1 EMRK vor (Verwaltungsgericht, B 2022/33).

Entscheid vom 30. September 2022

Besetzung

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

Verfahrensbeteiligte

D.__,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Lukas Rast, Advocentral Advokaturen,
Zähringerstrasse 51, 8001 Zürich,



St.Galler Gerichte

gegen

Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen,

Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

Gegenstand

Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

Der 1980 geborene D.__ ist nigerianischer Staatsangehöriger und reiste am 25. Februar 2008 illegal in die Schweiz ein. Gleichentags beantragte er unter der Identität K.__, geb. 1987, Asyl. Mit Verfügung vom 4. April 2008 trat das Bundesamt für Migration (heute Staatssekretariat für Migration) nicht auf das Asylgesuch ein, und D.__ wurde aus der Schweiz weggewiesen. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 15. April 2008 ab. D.__ bezog in der Folge Nothilfe und kam seiner Ausreisepflicht nicht nach. Nachdem das Migrationsamt des Kantons St. Gallen einen Laissez-Passer für D.__ beschafft und einen Flug nach Nigeria für den 13. April 2010 gebucht hatte, tauchte dieser unter und war fortan unbekanntem Aufenthaltsorts. In Spanien heiratete er eine spanische Staatsangehörige und erhielt dadurch eine Aufenthaltsbewilligung für Spanien. Seit 2013 lebt er getrennt von der Ehefrau in B. Die spanische Aufenthaltsbewilligung wurde kürzlich bis am 24. März 2026 verlängert.

B.

Im Dezember 2010 wurde D.__ Vater von M.__. Dessen Mutter ist die Schweizerin Z.__, wohnhaft in X.__. Im August 2012 kam ein weiterer gemeinsamer Sohn namens P.__ zur Welt. D.__ anerkannte die Kinder und verpflichtete sich per Unterhaltsvertrag, für diese je einen Unterhaltsbeitrag von CHF 50 pro Monat zu bezahlen.



C.

Am 7. März 2019 stellte D.__ beim Migrationsamt ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Verbleibs bei seinen in X.__ lebenden Söhnen M.__ und P.__. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs wies das Migrationsamt das Gesuch von D.__ mit Verfügung vom 16. April 2020 ab. Es begründete seinen ablehnenden Entscheid im Wesentlichen damit, dass die Voraussetzungen für einen umgekehrten Familiennachzug nicht gegeben seien, da D.__ nicht mit seinen Söhnen in einer Familiengemeinschaft lebe und über kein Sorgerecht verfüge. Den gegen diesen Entscheid erhobenen Rekurs wies das Sicherheits- und Justizdepartement mit Entscheid vom 8. Februar 2022 ab.

D.

D.__ (Beschwerdeführer) reichte mit Eingabe vom 17. Februar 2022 (Datum Postaufgabe) und Ergänzungen seines Rechtsvertreters vom 23. März und 8. April 2022 Beschwerde gegen den Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartements (Vorinstanz) ein. Er beantragte die Aufhebung des Entscheids der Vorinstanz und die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zudem ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteiständung, was vom Abteilungspräsidenten mit verfahrensleitender Verfügung vom 16. Mai 2022 genehmigt wurde. Mit Vernehmlassung vom 4. Mai 2022 schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde und verwies zur Begründung auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheids. Das Migrationsamt reichte in der Folge weitere Unterlagen ein und das Verwaltungsgericht holte Protokolle von Anhörungen der Kinder des Beschwerdeführers und die Stellungnahme von deren Mutter im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Region X.__ ein. Der Vertreter des Beschwerdeführers nahm dazu mit Eingabe vom 29. August 2022 Stellung. Die Vorinstanz verzichtete stillschweigend auf eine Äusserung dazu.

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge sowie die Akten wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1.

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



Eintretensvoraussetzungen sind erfüllt: Der Beschwerdeführer, der mit seinem Antrag, ihm sei eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, im Rekursverfahren unterlag, ist zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 17. Februar 2022 rechtzeitig erhoben und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 23. März und 8. April 2022 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 einzutreten.

2.

Der Beschwerdeführer besitzt in Spanien eine Aufenthaltsbewilligung mit Wohnort B (Migrationsakten [MA] 273 f.). Er war in der Schweiz nie im Besitz eines Aufenthaltstitels – auf sein Asylgesuch wurde mit Verfügung vom 4. April 2008 rechtskräftig nicht eingetreten –, und es ist unbestritten, dass ihm gestützt auf das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (SR 142.20, AIG) wie auch das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681) kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz zusteht. Hingegen beruft sich der Beschwerdeführer mit Blick auf seine zwei Kinder, welche als Schweizer Staatsbürger über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügen, auf sein Recht auf Familienleben, das in 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) und Art. 17 Abs. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2, UNO-Pakt II) geschützt wird.

In seiner Beschwerde führt der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, der persönliche Kontakt der Kinder zu ihm als Vater sei sehr wichtig, zumal bei P.____ ein ADHS (Aufmerksamkeits-Defizit-Syndrom) vorliege und er mit ihm mehrmals pro Woche Sport betreibe. Er sei selber Fussballprofi gewesen und P.____ wolle ebenfalls eine Fussballkarriere verfolgen. Dabei unterstütze er ihn erfolgreich. Die Mutter verstehe diesen Traum nicht. Zu den beiden Söhnen bestehe eine in affektiver Hinsicht besonders enge Beziehung, welche nicht aufrechterhalten werden könnte, wenn er die Schweiz verlassen müsste. Die letzten drei Jahre habe er durchgehend in der Schweiz verbracht. Er halte sich ununterbrochen in der Nähe der Söhne auf und sehe diese mehrmals pro Woche. Sie würden zusammen viel Zeit an der frischen Luft verbringen. Er verfüge über ein ausserordentlich ausgedehntes, von der KESB Region X.____ eingeräumtes Besuchsrecht und dies, obschon er keine eigene Wohnung habe, in welcher die Söhne auch übernachten könnten. Dass er keine Wohnung habe und



keinen namhaften finanziellen Beitrag leisten könne, sei unverschuldet. Seit Jahren gebe es für ihn konkrete Jobangebote, die er aber ohne Aufenthaltsbewilligung nicht annehmen könne. Über die gemeinsame elterliche Sorge verfüge er lediglich wegen einer Formsache nicht. Er habe die übergangsrechtliche Antragsfrist im Jahr 2014 verpasst. Gegen den ablehnenden Entscheid der KESB Region X.___ habe er Beschwerde erhoben. Obschon er derzeit mittellos sei und von der Heilsarmee unterstützt werde, sei es nicht seine Absicht, in der Schweiz Sozialhilfe zu beziehen. Er habe ein konkretes Arbeitsangebot, wo er sofort loslegen könne. Trotz seiner Prekarität schaffe er es, seine Söhne jedes zweite Wochenende und jeden Mittwochnachmittag zu besuchen.

3.

3.1.

Art. 8 EMRK verschafft praxismässig keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen Aufenthaltstitel in einem bestimmten Staat. Er hindert 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. Dennoch kann das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens berührt sein, wenn einer ausländischen Person mit in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen das Zusammenleben verunmöglicht wird. Der sich hier aufhaltende Familienangehörige muss über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen, was praxismässig der Fall ist, wenn er das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem Rechtsanspruch beruht. 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 von Vornherein nicht verletzt, wenn das in der Schweiz aufenthaltsberechtigte Familienmitglied das Land zusammen mit der ausländischen Person, der eine Aufenthaltsbewilligung verweigert worden ist, ohne Schwierigkeiten verlassen kann (BGE 144 I 91 E. 4.2 in: Pra 2019 Nr. 11, BGE 140 I 145 E. 3.1 in: Pra 2014 Nr. 90). Wenn dies hingegen von einem Familienmitglied, das in der Schweiz bleiben kann, wegen gewisser Schwierigkeiten nicht ohne Weiteres erwartet werden darf, kann der Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK 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). Dies setzt voraus, dass den gesamten Umständen Rechnung getragen und das private Interesse



an der Erlangung einer Aufenthaltsbewilligung und das öffentliche Interesse an deren Verweigerung gegeneinander abgewogen wird (BGE 144 I 91 E. 4.2, vgl. BGer 2C_800/2018 vom 12. Februar 2020 E. 3.2). 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]). 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 (Garantie des Kindeswohls), Art. 9 (grundsätzlich keine Trennung gegen den Willen der Eltern) und Art. 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).

3.2.

Der nicht sorge- bzw. hauptsächlich betreuungsberechtigte ausländische Elternteil kann die familiäre Beziehung mit seinem Kind in der Regel – so oder anders – nur in beschränktem Rahmen leben, nämlich durch die Ausübung des ihm eingeräumten Rechts auf angemessenen persönlichen Verkehr und der damit verbundenen Betreuungsanteile (Art. 273 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches, SR 210, ZGB). Hierfür ist nicht unbedingt erforderlich, dass er sich dauerhaft im selben Land aufhält wie das Kind und dort über ein Anwesenheitsrecht verfügt (vgl. zivilrechtlich etwa BGer 5A_781/2015 vom 14. März 2016 E. 3.2.3 und 5A_310/2013 vom 18. Juni 2013 E. 4.2). Unter dem Gesichtswinkel des Rechts auf Familienleben (Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 Ziff. 1 EMRK) genügt es in der Regel, dass der Kontakt zum Kind im Rahmen von Kurzaufenthalten, Ferienbesuchen oder über die modernen Kommunikationsmittel vom Ausland her wahrgenommen werden kann; gegebenenfalls sind die zivilrechtlichen Modalitäten den ausländerrechtlichen Vorgaben entsprechend anzupassen (BGE 139 I 315 E. 2.2). Das Besuchsrecht eines Elternteils für sein Kind muss nicht zwingend zweimonatlich ausgeübt werden und kann auch so organisiert werden, dass es mit Aufenthalt in verschiedenen Ländern vereinbar ist. So hat das Bundesgericht beispielsweise entschieden, dass die Weigerung, eine Aufenthaltsbewilligung zu verlängern, nicht zu einer Verhinderung der Ausübung des Besuchsrechts, das eine Aufenthaltsbewilligung rechtfertige, führe, solange dieses Besuchsrecht von Frankreich aus wahrgenommen werden könne, wo der Ausländer ein Aufenthaltsrecht habe. Diesfalls sei Art. 8 EMRK offensichtlich nicht anwendbar (BGer 2A.342/1990 vom 15. November 1990, bestätigt in BGE 144 I 91 E. 5.1). Gemäss der ständigen bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts kann ein weitergehender Anspruch nur dann in Betracht fallen, wenn in (1) affektiver und (2) wirtschaftlicher Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht, (3) diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte und (4) sich die ausländische Person tadellos verhalten hat. Diese Anforderungen sind gesamthaft zu beurteilen und müssen Gegenstand einer umfassenden Interessenabwägung bilden (BGE 144 I 91 E. 5.2, 143 I 21 E. 5.2 und 5.3, 139 I 315 E. 2.2, BGer 2C_904/2018 vom



24. April 2019 E. 2.3; M. Spescha, in: Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/ de Weck [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Nr. 21 N 26 f.).

Zur affektiven Beziehung zum Kind führte das Bundesgericht aus, 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 besessen hätten, 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. Dies heisse, dass ein übliches Besuchsrecht nicht ausreiche, um im Sinne der Rechtsprechung von einer besonders engen gefühlsmässigen Beziehung auszugehen, wenn der Ausländer, der sich bezüglich seines Familienlebens auf Art. 8 EMRK berufen wolle, ohne ein bereits bestehendes Aufenthaltsrecht zu haben, in der Schweiz weile. In solchen Fällen sei das Vorliegen einer ausserordentlich intensiven Beziehung zum betreffenden Kind nachzuweisen (BGE 144 I 91 E. 5.2.1, 139 I 315 E. 2.5). Im Gegensatz zu jenen Personen, die bereits einmal über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt und durch den legalen Aufenthalt in der Schweiz 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. Erforderlich sei in jenen Fällen ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht, wobei "grosszügig" dort im Sinne von "deutlich mehr als üblich" zu verstehen sei. In jedem Fall komme es weiterhin darauf an, dass das Besuchsrecht kontinuierlich und reibungslos ausgeübt werde (BGE 139 I 315 E. 2.4 und 2.5).

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 vorwerfbaren Weise nicht um Einkommen bemüht, das ihm erlaubt, seine Unterhaltsleistungen erbringen zu können (BGer 2C_904/2018 vom 24. April 2019 E. 4.3).

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).

Zu prüfen ist schliesslich, 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 straffällig geworden ist oder 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).

4.

4.1.

Der Beschwerdeführer hat nie mit der Mutter und den zwei Söhnen zusammengelebt. Auch heute pflegen die beiden Elternteile keine Partnerschaft. Noch vor der Geburt des ersten Sohnes im Dezember 2010 verliess der Beschwerdeführer die Schweiz im April 2010 in Richtung Spanien, da seine Ausschaffung nach Nigeria unmittelbar bevorstand. Nachdem sein Asylgesuch im April 2008 rechtskräftig abgewiesen worden war, musste er im Zeitpunkt der Geburt seiner Kinder damit rechnen, nicht zusammen mit ihnen in der Schweiz leben zu können. Eine Ausreise nach Spanien kommt für die Schweizer Kinder, die in der Obhut der Schweizer Mutter leben, nicht in Frage. Der Beschwerdeführer ist in Spanien verheiratet, lebt aber gemäss eigenen Angaben seit Jahren getrennt von seiner spanischen Ehefrau. Er verfügt dort über eine bis 24. März



2026 gültige Aufenthaltsbewilligung, die ihn zum Aufenthalt als Tourist in der Schweiz für eine Dauer von jeweils maximal 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen berechtigt. Seinen eigenen Angaben zufolge hielt er sich seit 2011 häufig in der Schweiz auf und sah die beiden Söhne regelmässig. Seit er vor rund drei Jahren das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestellt habe, lebe er ständig in der Schweiz.

4.2.

Der Beschwerdeführer hat in der Schweiz noch nie über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, weshalb in affektiver Hinsicht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine besonders enge gefühlsmässige Beziehung im Sinn eines grosszügig ausgestalteten Besuchsrechts ("deutlich mehr als üblicher" Kontakt) erforderlich ist. Dem Beschwerdeführer steht weder die elterliche Sorge noch die (alternierende) Obhut über M.__ und P.__ zu. Die KESB Region X.__ hat sein Gesuch um Einräumung der gemeinsamen elterlichen Sorge mit Beschluss vom 16. Februar 2022 abgewiesen (act. 6/2). Ein dagegen erhobener Rekurs ist bei der Verwaltungsrekurskommission hängig.

Da der Beschwerdeführer mit den Kindern nie in häuslicher Gemeinschaft lebte, erfolgten die Kontakte zwischen Vater und Söhnen von Beginn weg im Rahmen von befristeten Besuchen. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer den persönlichen Kontakt zu seinen Söhnen pflegte, wenn er sich in den vergangenen Jahren jeweils während mehrerer Monate in der Schweiz aufhielt, indem er sie im Einverständnis mit der Mutter stundenweise betreute, mit ihnen dabei vornehmlich sportliche Aktivitäten unternahm und an ihrer Entwicklung teilhatte (MA 323). Seit dem Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im März 2019 verbrachte er rund einen bis zwei Nachmittage pro Woche mit seinen Kindern. Wo er selbst tatsächlich wohnt, ist unklar. Als Adresse gibt er jene von A.__ in X.__ an. Diese ist eine gute Bekannte der Familie und die Gotte von P.__. Im Zusammenhang mit der Regelung des Besuchsrechts durch die KESB Region X.__ stellte sich allerdings heraus, dass der Beschwerdeführer dort offenbar nicht mehr wohnt. Die zum Besuchsrecht befragten Söhne gaben an, dass in der (damaligen) Wohnung des Vaters kein Schlafplatz für sie vorhanden sei (vi-act. 19/1). Gemäss Stellungnahme vom 29. August 2022 ist er aktuell bei der Heilsarmee in Y.__ untergebracht.

Die KESB Region X.__ räumte dem Beschwerdeführer in ihrer Verfügung vom 16. Februar 2022 ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend bis Samstagabend sowie drei Wochen Ferien jährlich ein (act. 6/2). Wie aus einem Schreiben der KESB Region X.__ vom 7. Dezember 2021 hervorgeht und auch der Beschwerdeführer darlegt, fanden bis anhin keine Übernachtungen der Kinder beim



Vater statt. Die KESB Region X.___ führte aus, der Vater sei aufgrund seiner aktuellen Wohnverhältnisse nicht in der Lage, seinen Kindern den für Übernachtungen nötigen Schlafplatz zur Verfügung zu stellen. Er sei darauf angewiesen, dass A.___ ihre Wohnung dafür zur Verfügung stelle (vi-act. 19/1). Aus den aktuellen eigenen Angaben, wonach der Beschwerdeführer es schaffe, seine Söhne jedes zweite Wochenende und jeden Mittwochnachmittag zu besuchen, ist zu schliessen, dass trotz entsprechendem Besuchsrecht nach wie vor keine Übernachtungen der Kinder bei ihm stattfinden (act. 26). Selbst wenn dem so wäre, bewegt sich das verfügte Besuchsrecht mit einer (erstmaligen) Übernachtung alle zwei Wochen angesichts des Alters der Söhne von zehn und bald zwölf Jahren (im Dezember 2022) an der unteren Bandbreite des üblichen Rahmens. Trotz entsprechenden Antrags des Beschwerdeführers verfügte die KESB Region X.___ kein weitergehendes Besuchsrecht und auch keine zusätzlichen Besuche unter der Woche, wie sie vom Beschwerdeführer geltend gemacht werden und in den vergangenen Jahren offenbar auch stattfanden. Ein deutlich mehr als üblicher Kontakt, wie beispielsweise eine regelmässige länger dauernde Betreuung der Söhne auch unter der Woche im Sinn einer alternierenden Obhut oder an mehreren Tagen während des Wochenendes (mit zwei Übernachtungen), liegt damit nicht vor, und dies, obschon der Beschwerdeführer sich seit drei Jahren ständig in der Schweiz aufhält. Offenbar entspricht ein häufigerer Kontakt auch nicht dem Wunsch der Mutter, stimmte sie doch dem Antrag des Beschwerdeführers nach mehr Kontakt im Kindesschutzverfahren nicht zu. Sie führte am 2. Juli 2021 aus, die Besuche hätten mehr oder weniger regelmässig stattgefunden, sie habe sich nie auf den Vater verlassen können. Eine Zeitlang (vier Monate) habe er sich gar nicht mehr gemeldet. Die Kinder hätten damals nicht gross nach ihm gefragt. Auch M.___ und P.___ äusserten im Kindesschutzverfahren nicht den Wunsch nach mehr Kontakten zum Vater; eine Übernachtung alle zwei oder drei Wochen würde ihnen zudem reichen (act. 23). Die für eine erstmalige Erteilung der Aufenthaltsbewilligung erforderliche besonders enge affektive Beziehung in Form eines deutlich mehr als üblichen Kontakts zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Söhnen ist damit nicht hinreichend dargetan.

Hinzu kommt, dass auch in wirtschaftlicher Hinsicht fraglich erscheint, ob eine besonders enge Beziehung vorliegt. Gemäss den bestehenden Unterhaltsverträgen vom 13. September 2011 und 11. April 2013 schuldet der Vater monatliche Unterhaltsbeiträge von je CHF 50. Sofern der Beschwerdeführer einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz nachgeht, erhöht sich der Unterhaltsbeitrag für M.___ auf 16 Prozent des Nettoeinkommens (MA 292 und 294). Die momentan gültigen Unterhaltsbeiträge von CHF 50 pro Monat und Kind stellen lediglich einen symbolischen Beitrag dar. Inwiefern sie tatsächlich geleistet werden, geht aus den Akten nicht nachweislich hervor, zumal



der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben über keinerlei Einkünfte verfügt und die tatsächliche Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht geltend machte (vgl. act. 10). Momentan hält er sich bei der Heilsarmee in Y.__ auf. Für den Unterhalt von M.__ und P.__ ist die Mutter jedenfalls auf Sozialhilfe angewiesen. Die Unterhaltsbeiträge von je CHF 50 sind minimal und dadurch begründet, dass der Beschwerdeführer weder in Spanien noch in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgeht. Anders als in der Schweiz wäre es ihm in Spanien, wo er über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, jedoch erlaubt und auch zumutbar, eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Zugunsten des rechtlich nicht gesicherten, ständigen Aufenthalts in der Schweiz verzichtet er jedoch offenbar darauf und nimmt damit in Kauf, dass er seine Kinder finanziell nicht angemessen unterstützen kann.

In jedem Fall fehlt es aber an der dritten Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, der praktischen Unmöglichkeit der Aufrechterhaltung der Vater-Sohn-Beziehung ohne Aufenthalt in der Schweiz. Für den Beschwerdeführer ist es möglich und auch zumutbar, den direkten Kontakt zu seinen Söhnen im Rahmen von kurzen oder auch längeren Aufenthalten und Ferienbesuchen von Spanien her wahrzunehmen. Die geografische Distanz ist nicht übermässig gross, und es ist dem Beschwerdeführer erlaubt, sich innerhalb eines Jahres zweimal während jeweils drei Monaten als Tourist in der Schweiz aufzuhalten. Wenn er in Spanien einer Erwerbstätigkeit nachginge, stünden ihm dafür auch finanzielle Mittel zur Verfügung. Zwar lag die Arbeitslosenquote in Spanien mit knapp 15 Prozent im Jahr 2021 (Angaben der OECD, www.oecd.org/berlin/statistiken/arbeitslosenquote.htm, besucht am 20. September 2022) deutlich über jener in der Schweiz. Dass es dem Beschwerdeführer deswegen längerfristig unmöglich sein sollte, eine Anstellung zu finden, ist deswegen jedoch nicht anzunehmen. Eine ernsthafte und trotzdem erfolglose Stellensuche belegt er jedenfalls nicht und macht eine solche auch nicht substantiiert geltend. In jenen Zeiten, in denen sich der Beschwerdeführer in Spanien aufhält, ist der Kontakt mit den Söhnen mittels Sprach- bzw. Videoanrufen und auch E-Mails möglich. Das Besuchsrecht kann entsprechend angepasst werden. In wenigen Jahren ist es auch möglich, dass die Kinder den Vater in Spanien selbständig besuchen. Dass die Beziehung zu den Söhnen wegen der Distanz praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte, trifft damit nicht zu.

4.3.

Die qualifizierten Voraussetzungen für die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an den nicht sorgeberechtigten bzw. nicht hauptsächlich betreuenden Beschwerdeführer sind folglich nicht erfüllt; insbesondere ist die Pflege



einer regelmässigen persönlichen Beziehung zwischen dem Vater und seinen Söhnen auch ohne ständigen Aufenthalt in der Schweiz möglich, da der Vater in Spanien aufenthaltsberechtigt ist und von dort regelmässig zu Besuch kommen kann. Sodann ist weder in affektiver noch in wirtschaftlicher Hinsicht von einer besonders engen Beziehung des Beschwerdeführers zu seinen beiden Söhnen auszugehen.

Dass die Voraussetzung des tadellosen Verhaltens erfüllt ist, vermag daran nichts zu ändern, wobei ein solches grundsätzlich erwartet werden darf. Auch die Einräumung der gemeinsamen elterlichen Sorge ohne Änderung der Betreuungsanteile und damit ohne Einfluss auf die affektive Beziehung zu den Kindern würde zu keinem anderen Ergebnis führen (vgl. BGE 143 I 21 E. 6.3.1). Folglich besteht auch keine Veranlassung, das Beschwerdeverfahren bis zum Entscheid der Verwaltungsrekurskommission in dieser Frage zu sistieren. Der Beschwerdeführer reichte am 20. Mai 2021 bei der KESB Region X. ein Gesuch um Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge ein, das mit Verfügung vom 16. Februar 2022 abgewiesen wurde. Die Mutter hatte dem Gesuch nicht zugestimmt, da es ihrer Ansicht nach dabei nicht um die Interessen der Kinder, sondern um den Aufenthaltsstatus des Vaters geht (act. 6/2). Angesichts des damals hängigen Rekursverfahrens zur Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers vor der Vorinstanz ist dieser Zusammenhang nicht von der Hand zu weisen, zumal zuvor jahrelang keine entsprechenden Bemühungen des Vaters erfolgten. Vor diesem Hintergrund müssen offenbar auch die Versuche des Beschwerdeführers, die Mutter im Kindesschutzverfahren zu diskreditieren und eine Kindeswohlgefährdung zu konstruieren, gesehen werden. Die KESB Region X. konnte jedenfalls keine entsprechenden Hinweise erkennen.

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er zukünftig in der Schweiz arbeiten wolle, um die Söhne zu unterstützen. Angesichts seiner häufigen Aufenthalte in der Schweiz geht er in Spanien offenbar seit Jahren keiner oder zumindest keiner geregelten Erwerbstätigkeit nach. Wie er seinen Lebensunterhalt finanziert, ist unklar. Inwiefern unter diesen Umständen realistisch betrachtet Aussicht darauf besteht, dass der Beschwerdeführer in der Schweiz dauerhaft einer Erwerbstätigkeit nachgehen und damit für seinen Lebensunterhalt inklusive Unterstützung der zwei Söhne aufkommen kann, erscheint fraglich und die Gefahr einer Sozialhilfeabhängigkeit damit nicht als unwahrscheinlich (vgl. Art. 62 Abs. 1 lit. e, wonach bei dauerhafter Angewiesenheit auf Sozialhilfe ein Widerrufsgrund vorliegt; Spescha, a.a.O., N 14 zu Art. 62 AIG, BGer 2C_184/2018 vom 16. August 2018 E. 2.3; siehe ferner die aktenkundigen Anträge auf Sozial- bzw. Nothilfe aus der jüngeren Vergangenheit in act. 18.2-18.6). Das öffentliche



Interesse an der Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung ist somit als erheblich einzustufen.

4.4.

Zusammenfassend überwiegt demnach das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers dessen privates Interesse am dauerhaften Verbleib in der Schweiz. Die Verweigerung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung erweist sich damit als verhältnismässig und stellt keinen unzulässigen Eingriff in den Anspruch auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 BV dar. Die Beschwerde erweist sich folglich als unbegründet und ist abzuweisen.

5.

5.1.

Dem Verfahrensausgang entsprechend hat der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 2'000 ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Zuzüglich bewilligter unentgeltlicher Prozessführung gehen die Kosten zulasten des Staates (vgl. Art. 99 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO).

5.2.

Mangels Obsiegens besteht kein Anspruch auf Entschädigung der ausseramtlichen Kosten (Art. 98^{bis} VRP). Wird vor Verwaltungsgericht die unentgeltliche Rechtsverteidigung gewährt, gelangt die staatliche Honorarordnung für die Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens der Verwaltungsrechtspflege zur Anwendung (Art. 30 lit. b Ziff. 2 des Anwaltsgesetzes; sGS 963.70, AnwG). Bei unentgeltlicher Prozessführung wird das Honorar um einen Fünftel herabgesetzt (Art. 31 Abs. 3 AnwG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Verwaltungsgericht pauschal CHF 1'500 bis CHF 15'000 (Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung; sGS 963.75, HonO). Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten 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).

Der Rechtsvertreter beantragt für Instruktion, Aktenstudium und Erstellung der Beschwerdeschrift ein ungekürztes Honorar von CHF 1'250 (fünf Stunden à CHF 250) zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 5). Den Aufwand für die rund drei Textseiten umfassende Beschwerdeergänzung (act. 11), die Kenntnisaufnahme der weiteren Gerichtskorrespondenz sowie die Stellungnahme vom 29. August 2022 (act. 27) hat er



nicht beziffert. Angemessen erscheint die Zusprache eines pauschalen Honorars von CHF 1'750, zufolge unentgeltlicher Rechtsverbeiständung auf CHF 1'400 gekürzt (80 Prozent von CHF 1'750). Hinzu kommen die Barauslagen von pauschal CHF 70 (4 Prozent von CHF 1'750, Art. 28^{bis} HonO) und die beantragte Mehrwertsteuer von CHF 113.20 (Art. 29 HonO).

Der Rechtsvertreter darf von seinem Mandanten kein zusätzliches Honorar fordern (Art. 11^{bis} HonO). Der Beschwerdeführer ist zur Nachzahlung der Kosten aus unentgeltlicher Rechtspflege und Rechtsverbeiständung an den Staat verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 99 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 123 Abs. 1 ZPO).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2'000 werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Zuzugewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird er von der Bezahlung befreit.

3.

Der Staat entschädigt den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers aus unentgeltlicher Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren mit CHF 1'583.20 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer).