

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00528 vom 27. Mai 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00528](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00528)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00528 du 27 mai 2021

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00528 del 27 maggio 2021

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung | [Der Beschwerdeführer, ein kamerunischer Staatsangehöriger, ist Vater eines minderjährigen Sohns, der über das Schweizer Bürgerrecht verfügt, und stellte während des hängigen Asylverfahrens ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 Abs. 1 EMRK.] Weil der Beschwerdeführer in affektiver Hinsicht keine besonders qualifizierte Beziehung zu seinem Sohn unterhält, sind die Voraussetzungen einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK nicht erfüllt. Der Anspruch des Beschwerdeführers auf Kontakt mit seinem Sohn und derjenige seines Sohns, mit beiden Elternteilen aufzuwachsen, überwiegen unter diesen Umständen das Interesse an der Kontrolle und Steuerung der Einwanderung nicht (E. 4). Gutheissung UP/URB. Teilweise Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung VB.2020.00528 Urteil der 4. Kammer vom 27. Mai 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Tamara Nüssle (Vorsitz), Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Verwaltungsrichter Martin Bertschi, Gerichtsschreiber Christoph Raess. In Sachen A, vertreten durch MLaw B, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegner, betreffend Aufenthaltsbewilligung, hat sich ergeben: I. A, geboren 1986, Staatsangehöriger Kameruns, reiste am 27. April 2018 in die Schweiz ein und ersuchte gleichentags um Asyl. Das Staatssekretariat für Migration (SEM) trat mit Verfügung vom 19. Oktober 2018 auf das Gesuch nicht ein und ordnete die Wegweisung nach Italien, das für das Asylverfahren zuständig sei, und deren Vollzug an. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 10. Dezember 2018 ab. Zwei Wiedererwägungsgesuche wies das SEM mit Verfügungen vom 29. Januar 2019 bzw. 28. März 2019 ab. Gegen die zweite Verfügung erhob A eine Beschwerde, auf die das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 17. Juni 2019 nicht eintrat. Am 11. Juli 2019 verhängte das SEM ein Einreiseverbot gegen A, gültig ab 23. Juli 2019 bis 22. Juli 2022, wiedererwägungsweise aufgehoben am 17. Dezember 2019. Dieser wurde am 29. August 2019 nach Italien rücküberstellt. Er reiste am 12. November 2019 erneut in die Schweiz ein und stellte gleichentags ein Asylmehrfachgesuch. Nachdem die italienischen Behörden ein Ersuchen des SEM um Überstellung gutgeheissen hatten, trat dieses mit Verfügung vom 18. Dezember 2019 nicht auf das Gesuch ein und ordnete die Wegweisung von A nach Italien an. Mit Urteil vom 17. Januar 2020 wies das Bundesverwaltungsgericht eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde ab. Nachdem die Frist zur Überstellung nach Italien abgelaufen war, hob das SEM deswegen mit Verfügung vom 23. Juli 2020 die Nichteintretens- und Wegweisungsverfügung vom 18. Dezember 2019 auf und nahm das

Asylverfahren wieder auf. Mit Urteil vom 2. Mai 2019 stellte der Einzelrichter des Bezirksgerichts F fest, dass A Vater eines damals noch ungeborenen Kindes (C, geboren 2019) ist. Dieses wurde unter die gemeinsame elterliche Sorge der Eltern gestellt. Die Obhut wurde der Mutter, der Schweizer Bürgerin D, zugewiesen. Auf eine Regelung des Besuchsrechts und die Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen wurde vorläufig verzichtet. Am 2. Dezember 2019 stellte A beim Migrationsamt des Kantons Zürich ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Mit Verfügung vom 20. April 2020 trat das Migrationsamt auf das Gesuch nicht ein. II. Den gegen diese Verfügung gerichteten Rekurs wies die Sicherheitsdirektion mit Entscheid vom 7. Juli 2020 ab, soweit er nicht gegenstandslos war. Sie wies A an, die Schweiz unverzüglich zu verlassen (Dispositiv-Ziff. II), auferlegte ihm die Kosten des Rekursverfahrens, die sie jedoch wegen offensichtlicher Uneinbringlichkeit umgehend abschrieb (Dispositiv-Ziff. IV), und verweigerte ihm eine Parteientschädigung (Dispositiv-Ziff. V). Das Begehren um unentgeltliche Rechtspflege wies sie ebenfalls ab (Dispositiv-Ziff. III). III. Gegen diesen Entscheid erhob A am 7. August 2020 Beschwerde an das Verwaltungsgericht mit dem Antrag, es sei – unter Entschädigungsfolge zulasten des Staats – der angefochtene Entscheid aufzuheben und ihm die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Subsidiär sei die Sache zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sodann sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und MLaw B als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Sicherheitsdirektion verzichtete ausdrücklich auf Vernehmlassung, das Migrationsamt stillschweigend auf eine Beschwerdeantwort. Mit Eingaben vom 24. September und 2. Oktober 2020 reichte A weitere Unterlagen nach. Am 23. April 2021 übermittelte der Rechtsvertreter seine Honorarnote. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen Rekursentscheide der Sicherheitsdirektion über Anordnungen des Migrationsamts auf dem Gebiet des Ausländerrechts zuständig (§§ 41 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG, LS 175.2]). Weil auch die übrigen Prozessvoraussetzungen gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Nach Art. 14 Abs. 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) kann eine asylsuchende Person kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung. Dieser als Ausschliesslichkeit bzw. Vorrang des Asylverfahrens bezeichnete Grundsatz soll eine Privilegierung von Asylbewerberinnen und Asylbewerbern gegenüber anderen ausländischen Personen und eine Verschleppung des Verfahrens sowie des Wegweisungsvollzugs verhindern. Deshalb ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nur bei Vorliegen eines offensichtlichen ("manifesten") Rechtsanspruchs auf ein Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung einzutreten (vgl. BGE 137 I 351 E. 3.1; VGr, 20. Januar 2021, VB.2020.00712, E. 2.1; Constantin Hruschka, in: Marc Spescha et al., Migrationsrecht, 5. A., Zürich 2019, Art. 14 AsylG N 1 f.). Über die Offensichtlichkeit des Anspruchs ist aufgrund einer summarischen Prüfung zu entscheiden (BGr, 24. Juli 2017, 2C\_551/2017, E. 2.3.2, und 17. März 2017, 2C\_947/2016, E. 3.5). 2.2 Der Beschwerdeführer stellte das Gesuch um die streitige Aufenthaltsbewilligung während eines hängigen Asylverfahrens. Später hielt er sich nach einer rechtskräftigen Wegweisung weiterhin im Land auf; das Asylverfahren wurde schliesslich zu einem Zeitpunkt, in dem die Frist für die Beschwerde an das Verwaltungsgericht lief, wiederaufgenommen. Damit war Art. 14 Abs. 1 AsylG während des gesamten ausländerrechtlichen Verfahrens anwendbar. 2.3 Der Beschwerdeführer leitet gestützt auf die Beziehung zu seinem minderjährigen Sohn mit Schweizer Staatsbürgerschaft einen Aufenthaltsanspruch aus dem Schutz des

Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) bzw. Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ab. Ein offensichtlicher Anspruch liegt damit bei summarischer Prüfung vor. Insofern steht Art. 14 Abs. 1 AsylG dem Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung nicht entgegen (vgl. VGr, 17. April 2019, VB.2018.00804, E. 1.2).

2.4 Vorinstanz und Beschwerdegegner haben den vorgebrachten Anspruch materiell geprüft. Bereits deshalb ist eine materielle Prüfung unabhängig davon vorzunehmen, dass formal ein Nichteintretensentscheid des Beschwerdegegners Ausgangspunkt der Streitsache bildet.

3. 3.1 Zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer aus der Beziehung zu seinem minderjährigen Sohn ein Anwesenheitsrecht in der Schweiz ableiten kann. In Betracht kommt einzig ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung gestützt auf das Recht auf Familienleben gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV zur Einreise und zum Verbleib beim Schweizer Kind ("umgekehrter Familiennachzug"; vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.1 f.). Die übrigen vom Beschwerdeführer angerufenen Bestimmungen des nationalen und internationalen Rechts vermitteln keine weitergehenden Ansprüche.

3.2 3.2.1 Die Europäische Menschenrechtskonvention garantiert grundsätzlich keinen Anspruch auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat. Sie vermittelt kein Recht auf Einreise oder auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts (BGE 130 II 281 E. 3.1; BGr, 10. September 2018, 2C\_7/2018, E. 2.1). Dennoch kann das in Art. 8 Abs. 1 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Familienlebens berührt sein, wenn einer ausländischen Person mit in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen das Zusammenleben mit diesen verunmöglicht wird (BGE 143 I 21 E. 5.1). Der Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihre familiären Beziehungen andernorts zu leben (BGE 144 I 266 E. 3.3, 144 II 1 E. 6.1, je mit weiteren Hinweisen).

3.2.2 Der Anspruch nach Art. 8 Abs. 1 EMRK gilt nicht absolut: Nach Art. 8 Abs. 2 EMRK ist ein gesetzlich vorgesehener Eingriff in das Rechtsgut des Familienlebens statthaft, soweit er in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Die Konvention verlangt insofern eine Abwägung der sich gegenüberstehenden individuellen Interessen an der Erteilung der Bewilligung einerseits und der öffentlichen Interessen an deren Verweigerung andererseits. Als zulässiges öffentliches Interesse fällt dabei grundsätzlich auch die Kontrolle und Steuerung der Zuwanderung (Art. 121a BV) in Betracht (BGE 144 I 266 E. 3.7 mit Hinweisen; EGMR [Grosse Kammer], 24. Mai 2016, Biao, 38590/10, § 117; vgl. auch BGE 137 I 247 E. 4.1.2).

3.3 Der nicht sorge- bzw. nicht hauptsächlich betreuungsberechtigte ausländische Elternteil kann die familiäre Beziehung mit seinem Kind in der Regel ohnehin nur in beschränktem Rahmen leben, nämlich durch die Ausübung des ihm eingeräumten Rechts auf angemessenen persönlichen Verkehr und der damit verbundenen Betreuungsanteile (d. h. des "Besuchsrechts" im Sinn von Art. 273 Abs. 1 des Zivilgesetzbuchs). Hierfür ist nicht unbedingt erforderlich, dass er sich dauerhaft im selben Land aufhält wie das Kind und dort über ein Anwesenheitsrecht verfügt. Unter dem Gesichtswinkel des Schutzes des Anspruchs auf Familienleben genügt je nach den Umständen, 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 (zum Ganzen BGE 144 I 91 E. 5.1, 143 I 21 E. 5.3, je mit weiteren Hinweisen).

3.4 Bei der Interessenabwägung ist dem Kindeswohl und dem grundlegenden Bedürfnis des Kindes Rechnung zu tragen, in möglichst engem Kontakt mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können (BGr, 25. Juli 2019, 2C\_221/2019, E. 3.4; BGE 143 I 21 E. 5.5.1; EGMR, 8. November 2016, El Ghatet, 56971/10, § 46). Nach Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK, SR 0.107) achten die Vertragsstaaten das Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt lebt, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen pflegen zu können, soweit dies nicht seinem Wohl widerspricht (vgl. BGE 143 I 21 E. 5.5.1 mit Hinweis). Das Kindesinteresse ist bei allen Entscheiden vorrangig zu berücksichtigen (vgl. Art. 3 Abs. 1 KRK), was ausländerrechtlich im Rahmen der Interessenabwägung von Art. 8 Abs. 2 EMRK zu geschehen hat, da die Kinderrechtskonvention und der verfassungsmässige Anspruch auf Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV) keine über die Garantien von Art. 8 EMRK hinausgehenden, eigenständigen Bewilligungsansprüche begründen (BGr, 25. Juli 2019, 2C\_221/2019, E. 3.4; BGE 143 I 21 E. 5.5.2 mit weiteren Hinweisen). Das Kindeswohl ist in der Interessenabwägung jedoch nur ein – wesentliches – Element unter anderen und somit nicht allein ausschlaggebend (BGr, 25. Juli 2019, 2C\_221/2019, E. 3.4; BGE 143 I 21 E. 5.5.4).

3.5 Wenn die Beziehung zwischen einem nicht sorge- bzw. hauptsächlich betreuungsberechtigten ausländischen Elternteil und einem in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Kind zu beurteilen ist und der Aufenthalt des Kindes nicht von demjenigen dieses Elternteils abhängt, stellt das Bundesgericht für die auf Art. 8 Abs. 1 EMRK gestützte Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung an den betreffenden Elternteil folgende Anforderungen auf: Es muss eine (1) in affektiver und (2) in wirtschaftlicher Hinsicht enge Eltern-Kind-Beziehung vorliegen; (3) diese müsste wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Staat, in welchen die ausländische Person auszureisen hätte, praktisch nicht mehr aufrechterhalten werden können; (4) die ausreisepflichtige Person muss sich hier weitgehend tadellos verhalten. Diese Anforderungen sind in einer Gesamtabwägung zu würdigen (BGE 144 I 91 E. 5.2; 143 I 21 E. 5.2).

3.6 Entscheidend ist die Enge der tatsächlich gelebten Kontakte zum Kind in affektiver wie in wirtschaftlicher Hinsicht im Rahmen des jeweils Möglichen und Zumutbaren (BGE 144 I 91 E. 5.2.2; BGr, 9. Dezember 2019, 2C\_493/2018, E. 4.2; VGr, 17. April 2019, VB.2018.00804, E. 2.2.6). Das Bundesgericht unterscheidet danach, ob die Verlängerung oder die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung infrage steht. Bei einem nicht sorge- bzw. hauptsächlich betreuungsberechtigten ausländischen Elternteil eines hier aufenthaltsberechtigten Kindes, der aufgrund einer inzwischen aufgelösten ehelichen Gemeinschaft mit einer Person schweizerischer Staatsangehörigkeit oder mit Niederlassungsbewilligung bereits eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz besass, ist das Erfordernis der besonderen Intensität der affektiven Beziehung bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn der persönliche Kontakt im Rahmen eines nach aktuellem Massstab üblichen Besuchsrechts ausgeübt wird. Bei Ausländerinnen und Ausländern, welche erstmals um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchen, wird dagegen eine besonders qualifizierte Beziehung zum hier lebenden Kind verlangt : Erforderlich ist in jenen Fällen ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht, wobei "grosszügig" im Sinne von "deutlich mehr als üblich" zu verstehen ist. In jedem Fall kommt es darauf an, dass das

Besuchsrecht kontinuierlich und reibungslos ausgeübt wird. Das formelle Ausmass des Besuchsrechts ist mit anderen Worten nur insoweit massgeblich, als dieses auch tatsächlich wahrgenommen wird (BGr, 14. Mai 2020, 2C\_57/2020, E. 4.2; BGE 139 I 315 E. 2.5). Als üblich gilt ein Besuchsrecht bei Kindern im Vorschulalter, wenn das Kind einen Tag oder zwei Halbtage pro Monat beim getrennt von ihm lebenden Elternteil verbringt (VGr, 20. Juni 2018, VB.2018.00207, E. 4.1 mit Hinweisen; Peter Breitschmid, in: derselbe/Alexandra Jungo [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich etc. 2016, Art. 273 ZGB N. 5; Ingeborg Schwenzer/Michelle Cottier, Basler Kommentar, 2018, Art. 273 ZGB N. 15).

#### **E. 4.1.1**

Der Beschwerdeführer reiste erstmals am 27. April 2018 als Asylgesuchsteller in die Schweiz ein und hielt sich hier auf, bis er am 29. August 2019 nach Italien, den für die Behandlung des Asylgesuchs zuständigen Staat, rücküberstellt wurde. Derzeit hält er sich aufgrund seines Asylmehrfachgesuchs vom 12. November 2019 in der Schweiz auf, das gemäss Verfügung des SEM vom 23. Juli 2020 materiell behandelt wird, weil die Frist zur Überstellung des Beschwerdeführers nach Italien abgelaufen und die Zuständigkeit daher auf die Schweiz übergegangen ist. Er verfügte in der Schweiz noch nie über einen anderen Aufenthaltstitel als über ein prozedurales Anwesenheitsrecht während der Hängigkeit der Asylverfahren, die aufgrund der Gesuche vom 27. April 2018 und vom 12. November 2019 eröffnet wurden (vgl. Art. 42 und Art. 107a Abs. 2 f. AsylG). Demnach steht die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung infrage. Gemäss der erwähnten Rechtsprechung ist die besonders intensive affektive Beziehung daher nur zu bejahen, wenn ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht kontinuierlich und reibungslos wahrgenommen wird.

#### **E. 4.1.2**

Im Vaterschaftsurteil des Bezirksgerichts F vom 2. Mai 2019 wurde auf eine Regelung des Besuchsrechts verzichtet. Nachdem zuvor nur unregelmässige Kontakte stattgefunden hatten, trafen der Beschwerdeführer und die Kindsmutter im Mai 2020 eine Vereinbarung, wonach Ersterer seinen Sohn während zwei bis drei Stunden pro Woche besucht. Gemäss einem Schreiben der Kindsmutter vom 30. September 2020 trifft der Beschwerdeführer seinen Sohn in ihrem Beisein und spielt mit ihm, in der Regel bei ihr zuhause. Er erscheine zu allen Treffen pünktlich und freue sich sehr, seinen Sohn zu sehen.

#### **E. 4.1.3**

Selbst wenn die Aussagen im Schreiben der Kindsmutter immer noch zutreffen sollten, ist ein grosszügiges Besuchsrecht im Sinn der Rechtsprechung damit nicht gegeben: Ein solches wurde etwa im Fall wöchentlicher zweistündiger Besuche bei Kindern im Vorschulalter verneint (BGr, 13. März 2013, 2C\_235/2012, E. 2.2), während das Vorliegen einer qualifizierten affektiven Beziehung bei einem Vater offengelassen wurde, der seine knapp zweijährige Tochter mehrmals wöchentlich besuchte und sie selbständig betreute, mit ihr zum Kinderarzt ging oder sie in die Kinderkrippe brachte und eine sichere und verlässliche Bindung und Beziehung zum Kind aufgebaut hatte (VGr, 1. April 2019, VB.2018.00358, E. 3.3.2 und 3.4 [nicht publiziert]). Das Besuchsrecht bewegt sich hier vielmehr im üblichen Rahmen. Dem Beschwerdeführer ist zugutezuhalten, dass er in einem Durchgangszentrum für Asylsuchende lebt, wohin er seinen Sohn kaum mitnehmen kann; zudem ist dieser erst anderthalbjährig, und die Kindsmutter war nicht zur Einräumung eines weitergehenden Besuchsrechts bereit. Wenn sich die Kontakte auf das Spielen im Beisein

der Kindsmutter beschränken, bedeutet dies umgekehrt auch, dass der Beschwerdeführer gegenüber seinem Sohn keine Verantwortung oder Erziehungsfunktion wahrnimmt.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer leistet keine wirtschaftliche Unterstützung für seinen Sohn. Als weggewiesener Asylbewerber lebte er von der Nothilfe, was eine wirtschaftliche Unterstützung offensichtlich ausschloss. Im Vaterschaftsurteil des Bezirksgerichts F vom 2. Mai 2019 wurde denn auch mangels Einkommens des Beschwerdeführers vorläufig darauf verzichtet, diesen zu Unterhalt zu verpflichten.

##### **E. 4.2.1**

Asylsuchende verfügen über keine generelle Arbeitserlaubnis in der Schweiz, weshalb ein Stellenantritt immer nur anhand des konkreten Gesuchs eines interessierten Arbeitgebers bei der kantonalen Arbeitsmarktbehörde geprüft und unter den Voraussetzungen von Art. 52 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (SR 142.201) bewilligt werden kann. Aufgrund des Zeitablaufs seit der Wiederaufnahme des Asylverfahrens am 23. Juli 2020 kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdeführer mittlerweile grundsätzlich eine Bewilligung zur Erwerbstätigkeit erhalten könnte (vgl. Art. 43 Abs. 1 und 1 bis sowie Art. 24 AsylG). Den Akten lassen sich keine Angaben hierzu entnehmen. Doch wäre dem Beschwerdeführer eine Arbeitstätigkeit höchstens seit wenigen Monaten gestattet. Unter diesen Umständen ist nach wie vor mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass ihm die ausbleibenden finanziellen Leistungen nicht vorgeworfen werden können (vgl. auch VGr, 17. April 2019, VB.2018.00804, E. 2.2.6).

##### **E. 4.2.2**

Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Verbundenheit könnten nicht nur Geld-, sondern auch Naturalleistungen von Bedeutung sein, insbesondere bei einer alternierenden (oder faktisch gemeinsamen) Betreuung. Selbst wenn lediglich ein spontan und in Anerkennung der entsprechenden Pflichten regelmässig geleisteter Betrag von symbolischer Bedeutung vorliegt, kann dieser im Gesamtzusammenhang aller Umstände wesentlich ins Gewicht fallen, etwa wenn eine enge affektive Beziehung besteht und sich der Elternteil intensiv um das Kind kümmert, damit der andere seiner Arbeit nachgehen kann (BGr, 11. März 2019, 2C\_23/2018, E. 3.3.3, und 9. September 2015, 2C\_1125/2014, E. 4.6.1 f.; VGr, 17. April 2019, VB.2018.00804, E. 2.2.6). Als Naturalleistungen können die Besuche des Beschwerdeführers bei seinem Sohn nicht bezeichnet werden. Symbolische Beiträge lägen vor, wenn die Behauptung des Beschwerdeführers zutreffen sollte, wonach er mit seinem Taschengeld jeweils Geschenke für seinen Sohn kauft. Weil ihm die fehlende finanzielle Unterstützung nicht vorzuwerfen ist, kann dies jedoch offenbleiben.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer könnte ohne Aufenthaltsbewilligung – unter Vorbehalt einer Gutheissung des Asylgesuchs – die Beziehung zu seinem Sohn schwerlich aufrechterhalten. Dass er sie von Kamerun aus pflegen könnte, ist angesichts seiner finanziellen Verhältnisse (derzeit) als kaum möglich zu bezeichnen. Aufgrund des geringen Alters seines Sohnes kommt auch eine Pflege der Beziehung mittels der modernen Kommunikationsmittel ohne Hilfe Dritter vorerst nicht in Betracht. Unabhängig davon, dass eine Anpassung der Regelung des Besuchsrechts notwendig würde, liessen sich Ferienaufhalte für Besuche (des Beschwerdeführers in der Schweiz oder des Sohnes – mit der Kindsmutter – in Kamerun)

nur mit der aktiven Unterstützung der Kindsmutter organisieren.

#### **E. 4.4.1**

Das Kriterium des tadellosen Verhaltens wird vom Bundesgericht streng gehandhabt. Es wird abgeschwächt, sofern eine aufenthaltsbeendende Massnahme gegenüber dem ausländischen, die Obhut ausübenden Elternteil zur Folge hat, dass das Schweizer Kind mit diesem ausreisen müsste. Im Übrigen kann das Gewicht des Kriteriums nur in spezifischen Fällen bzw. bei besonderen Umständen relativiert werden, die es ausnahmsweise rechtfertigen, untergeordnete Verstösse gegen die öffentliche Ordnung nicht so stark zu gewichten, dass sie von vornherein die anderen Kriterien aufwiegen. Dies gilt namentlich, wenn die betreffende Person über die elterliche Sorge verfügt und eine sehr enge Beziehung zum Kind pflegt, wobei – soweit ersichtlich – Personen gemeint sind, die bisher über eine Anwesenheitsbewilligung verfügten (BGr, 9. Dezember 2019, 2C\_493/2018, E. 3.2, und 24. April 2019, 2C\_904/2018, E. 5.1 f., je mit Hinweisen; vgl. BGE 140 I 145 E. 4.3).

#### **E. 4.4.2**

In die Interessenabwägung können grundsätzlich auch Strafverfahren miteinbezogen werden, die eingestellt wurden, sofern die Straftaten eindeutig den Schluss zulassen, dass verpönte Handlungen stattgefunden haben, die für das ausländerrechtliche Verfahren relevant sind. Sie können – nicht als Straftaten, aber als fehlbare Handlungen – mit der gebotenen Vorsicht bzw. nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung im verwaltungsrechtlichen Verfahren berücksichtigt werden (BGr, 31. Juli 2019, 2C\_386/2019, E. 5.2.3; VGr, 13. Februar 2020, VB.2019.00811, E. 4.2.3). Insbesondere ist bei der Beurteilung, ob ein tadelloses Verhalten im Sinn der erwähnten Praxis vorliegt, nicht nur das strafrechtlich relevante Verhalten, sondern auch die Respektierung des Migrationsrechts zu beachten. Die migrationsrechtliche Bewertung kann daher härter ausfallen als die strafrechtliche (BGE 144 I 91 E. 5.2.4, 140 I 145 E. 4.3; BGr, 16. Mai 2019, 2C\_340/2019, E. 6.2.4).

#### **E. 4.4.3**

Der Beschwerdeführer wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft G vom 20. November 2019 wegen rechtswidriger Einreise im Sinn von Art. 115 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und d des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20) mit einer Freiheitsstrafe von 40 Tagen bestraft, wobei der Vollzug aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre angesetzt wurde. Geahndet wurde damit die Einreise am 12. November 2019 ohne Reisepass und Visum sowie unter Verletzung der damals geltenden Einreisesperre. Dieselbe Behörde bestrafte den Beschwerdeführer sodann mit Strafbefehl vom 12. Februar 2020 wegen Sachbeschädigung mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen, wobei der Vollzug wiederum aufgeschoben und eine Probezeit von zwei Jahren angesetzt wurde. Dem Beschwerdeführer wurde vorgeworfen, "durch Kratzen und Reissen mehrere grossflächige Stücke Farbe von den Wänden der Zelle Nr. 01 im Gefängnis E" entfernt zu haben, wodurch der Kantonspolizei Zürich ein Sachschaden von Fr. 800.- entstanden sei. Die Tat geschah nach der Verhaftung des Beschwerdeführers wegen der illegalen Einreise. Der Beschwerdeführer macht allerdings geltend, dass dieser Strafbefehl noch nicht rechtskräftig sei, weil er dagegen Einsprache erhoben habe, was er jedoch nicht belegt. Der Verfahrensstand ergibt sich auch nicht aus den Akten, in denen namentlich ein Strafregisterauszug fehlt, doch kann die Frage offenbleiben: Einerseits kann das fehlbare Verhalten im migrationsrechtlichen Verfahren ungeachtet der allenfalls

fehlenden Rechtskraft berücksichtigt werden, allerdings insofern eingeschränkt, als gemäss dem Polizeirapport vom 20. November 2019 zwar der objektive Tatbestand, nicht aber zwingend die Schuld des Beschwerdeführers gegeben ist. Andererseits ist es aufgrund seiner Geringfügigkeit ohnehin nicht entscheidend.

#### **E. 4.4.4**

Die Vorinstanz hat sodann mitberücksichtigt, dass der Beschwerdeführer der Wegweisung aus der Schweiz keine Folge leistete. Dies ist nach dem Gesagten grundsätzlich zulässig, obwohl die Staatsanwaltschaft G ein diesbezügliches Strafverfahren mit Verfügung vom 1. März 2019 einstellte. Zwar kann der unrechtmässige Aufenthalt in der Schweiz zwischen dem Eintreten der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Dezember 2018, das die Wegweisungsverfügung vom 19. Oktober 2018 schützte, und der Verhaftung am 28. Februar 2019 dem Beschwerdeführer angesichts der äusseren Umstände nicht vorgeworfen werden, wie sich aus der Einstellungsverfügung ergibt. Sodann ist auch die spätere Anwesenheit ohne Berechtigung zu relativieren (es geht um die Zeitspanne bis zur Rücküberstellung nach Italien am 29. August 2019 sowie von der Zustellung des Bundesverwaltungsgerichtsurteils vom 17. Januar 2020, mit dem die Wegweisung gemäss Verfügung des SEM vom 18. Dezember 2019 rechtskräftig wurde, bis zur Wiederaufnahme des Asylverfahrens durch Verfügung des SEM vom 23. Juli 2020): Zum einen wäre die Ausreise nach Italien wegen der gesundheitlichen und namentlich psychischen Probleme des Beschwerdeführers nicht immer möglich gewesen – insbesondere befand sich dieser vom 15. April bis zum 20. Mai 2019 in stationärer Behandlung wegen einer schweren depressiven Episode mit Suizidgefahr. Die psychische Erkrankung des Beschwerdeführers ist aufgrund der ärztlichen Berichte erstellt. Zum andern bleibt offen, ob Italien eine selbständige Einreise des Beschwerdeführers überhaupt zugelassen hätte; insoweit kann diesem nicht vorgeworfen werden, eine solche nicht versucht zu haben. Zu beachten ist jedenfalls, dass Italien ab Ende Februar 2020 unter Hinweis auf die Covid-19-Pandemie keine Rücküberstellungen von Asylsuchenden mehr zulies (www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2020/2020-02-26.html). Schliesslich bezog die Vorinstanz in ihre Interessensabwägung mit ein, dass der Beschwerdeführer am 29. Juli 2019 die geplante Rücküberstellung nach Italien durch seine Renitenz verhinderte, worauf die Wegweisung schliesslich am 29. August 2019 mit einem Sonderflug vollzogen wurde. Da für diesen Zeitpunkt nicht von massgeblichen gesundheitlichen Problemen des Beschwerdeführers auszugehen ist, ist der Schlussfolgerung der Vorinstanz, an der Renitenz und der Missachtung der Ausreisepflicht bestünden gemäss der Aktenlage keine Zweifel, grundsätzlich zuzustimmen.

#### **E. 4.4.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das strafrechtlich geahndete Verhalten des Beschwerdeführers als solches eher leicht wiegt, was auch dann gälte, wenn die Sachbeschädigung uneingeschränkt mitzuberücksichtigen wäre. Sodann sind auch die Weigerung des Beschwerdeführers, der Wegweisung aus der Schweiz Folge zu leisten, sein unrechtmässiger Aufenthalt in der Schweiz und die Verhinderung seiner Rücküberstellung nach Italien im Juli 2019 nach dem Gesagten aufgrund äusserer Umstände, seiner gesundheitlichen Probleme sowie des Umstands, dass diese Handlungen mit seinem unbewilligten Aufenthalt zusammenhängen und nach der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht mehr vorkommen könnten, zu relativieren, weshalb sein Verhalten vorliegend der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht entgegensteht.

#### **E. 4.5**

Weil der Beschwerdeführer aber in affektiver Hinsicht keine besonders qualifizierte Beziehung zu seinem Sohn unterhält, sind die Voraussetzungen einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK nicht erfüllt. Der Anspruch des Beschwerdeführers auf Kontakt mit seinem Sohn und derjenige seines Sohns, mit beiden Elternteilen aufzuwachsen, überwiegen unter diesen Umständen das Interesse an der Kontrolle und Steuerung der Einwanderung nicht. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

#### **E. 5**

Die Verfahrenskosten sind dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG), dem auch keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 6**

Der Beschwerdeführer ersucht wie bereits vor der Vorinstanz um Gewährung unentgeltlicher Prozessführung und Rechtsvertretung.

#### **E. 6.1**

Gemäss § 16 Abs. 1 VRG haben Private, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offenkundig aussichtslos erscheinen, auf Ersuchen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Ein Anspruch auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung besteht, wenn sie zusätzlich nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren (§ 16 Abs. 2 VRG). Offenkundig aussichtslos sind Begehren, deren Chancen auf Gutheissung um derart viel kleiner als jene auf Abweisung erscheinen, dass sie kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (Kaspar Plüss, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 16 N. 46). Mittellos ist, wer nicht in der Lage ist, die Gerichts- und Anwaltskosten aus seinem Einkommen – nach Abzug der Lebenshaltungskosten – innert angemessener Frist zu bezahlen (Plüss, § 16 N. 20). Den Nachweis der Mittellosigkeit hat grundsätzlich die gesuchstellende Person zu erbringen (Plüss, § 16 N. 38).

#### **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer ist mittellos. Weil eine affektive Beziehung zu seinem Sohn vorliegt und der Beschwerdeführer nur in geringfügigem Mass straffällig wurde, ist die Rechtsmittelerhebung auch nicht als aussichtslos zu bezeichnen, weshalb die unentgeltliche Rechtspflege für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren zu gewähren ist.

#### **E. 6.3**

Gemäss § 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 (LS 175.252) wird der unentgeltlichen Rechtsvertretung der notwendige Zeitaufwand nach den Stundenansätzen des Obergerichts für die amtliche Verteidigung entschädigt, wobei die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses berücksichtigt und Auslagen separat entschädigt werden. Die Entschädigung beträgt nach § 3 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (LS 215.3) in der Regel Fr. 220.- pro Stunde.

#### **E. 6.4**

Weil der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nicht über das Anwaltspatent verfügt, gelangt der genannte Stundenansatz hier nicht zur Anwendung. Der Aufwand von

Fr. 1575.-, der in der Kostennote vom 23. April 2021 geltend gemacht wird, ist insgesamt angemessen.

#### **E. 6.5**

Die Vorinstanz auferlegte die Kosten des Rekursverfahrens dem Beschwerdeführer, schrieb sie jedoch infolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit unter Vorbehalt der späteren Einforderung des geschuldeten Betrags umgehend ab. Diese Anordnung kommt im Ergebnis der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gleich, womit dem Gesuch des Beschwerdeführers sinngemäss entsprochen wurde. Soweit dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtsvertretung im Rekursverfahren verweigert wurde, ist die Beschwerde gutzuheissen und die Sache zur Festlegung der Entschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 6.6**

Der Beschwerdeführer ist darauf hinzuweisen, dass gemäss § 16 Abs. 4 VRG eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens.

#### **E. 7**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch geltend gemacht wird, ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zulässig. Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen. Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

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