Urteilskopf

143 I 21

2. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. A.A. und Mitb. gegen Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_27/2016 vom 17. November 2016

Regeste (de):
Art. 8 EMRK; Art. 3, 9 und 18 KRK; Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 36 BV; Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG; Art. 273 Abs. 1, 298a Abs. 1 und 2, 301 Abs. 1 bis , 301a ZGB; ausländerrechtlicher Familiennachzug unter dem neuen zivilrechtlichen Sorge- und Betreuungsrecht.

Beim nachehelichen Härtefall im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG stehen die Interessen der gemeinsamen Kinder der Eheleute, deren Beziehung gescheitert ist, im Vordergrund und nicht jene von Kindern aus einer den Behörden verschwiegenen Parallelbeziehung (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 8 CEDH; art. 3, 9 et 18 CDE; art. 13 al. 1 en relation avec l'art. 36 Cst.; art. 50 al. 1 let. b LEtr; art. 273 al. 1, 298a al. 1 et 2, 301 al. 1 bis , 301a CC; regroupement familial en droit des étrangers et nouvelles dispositions du code civil relatives à l'autorité parentale conjointe et à la prise en charge.

Dans les cas de rigueur après dissolution de la famille au sens de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr, seuls les intérêts des enfants communs des conjoints dont la relation a échoué doivent être mis au premier plan et non pas ceux des enfants issus d'une relation parallèle cachée aux autorités (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 8 CEDU; art. 3, 9 e 18 CDF; art. 13 cpv. 1 in relazione con l'art. 36 Cost.; art. 50 cpv. 1 lett. b LStr; art. 273 cpv. 1, 298a cpv. 1 e 2, 301 cpv. 1 bis , 301a CC; ricongiungimento familiare in diritto degli stranieri e nuove disposizioni del Codice civile concernenti l'autorità parentale congiunta e la cura dei figli.

Nei casi di rigore in seguito allo scioglimento della comunità familiare ai sensi dell'art. 50 cpv. 1 lett. b LStr, solo gli interessi dei figli comuni dei coniugi la cui relazione è naufragata devono essere posti in primo piano, non quelli dei figli nati da una parallela relazione sottaciuta alle autorità (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 23

BGE 143 I 21 S. 23

A. A.A. (geb. 1975) stammt aus Nigeria. Sie reiste am 14. November 2005 in die Schweiz ein und heiratete hier am 28. November 2005 den Schweizer Bürger B.A. (geb. 1970), worauf sie eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei diesem erhielt. Am 1. Dezember 2010 erteilte das Migrationsamt des Kantons Zürich ihr die Niederlassungsbewilligung. A.A. gebar am 23. Dezember 2010 und 3. Juli 2012 zwei ausserehelliche Kinder, deren (biologischer) Vater anerkanntermassen der nigerianische Staatsangehörige E. (geb. 1973) ist. Am 30. September 2013 wurde die Ehe von A.A. und B.A. geschieden.

B.

B.a Das Migrationsamt des Kantons Zürich widerrief am 25. April 2014 die Niederlassungsbewilligung von A.A., da diese bei deren Erteilung die seit März 2010 bestehende Parallelbeziehung zu ihrem Landsmann und ihre Schwangerschaft von diesem verschwiegen habe. Die eheliche Gemeinschaft mit B.A. sei insgesamt höchstens während anderthalb Jahren gelebt worden; es bestünden im Übrigen keine wichtigen persönlichen Gründe, welche ihren weiteren Verbleib in der Schweiz erforderlich machen würden, weshalb ihr auch keine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen eines nachehelichen Härtefalls erteilt werden könne. Das Migrationsamt lehnte es gleichzeitig ab, den Kindern eine Niederlassungsbewilligung zu erteilen. Diese verfügten wegen der hängigen Bewilligungsverfahren ihrer (biologischen) Eltern noch über keinen (formell) geregelten Anwesenheitsstatus. E. besass ursprünglich eine nacheheliche Härtefallbewilligung; am 11. August 2015 erteilte das Migrationsamt des Kantons Zürich ihm die Niederlassungsbewilligung.

B.b Die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich bestätigte die Verfügung des Migrationsamts am 23. April 2015: Die aufenthaltsbeendende Massnahme erscheine aufgrund der gesamten Umstände als verhältnismässig. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hiess die hiergegen gerichtete Beschwerde am

5. November 2015 insofern teilweise gut, als die Sicherheitsdirektion dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wegen Aussichtslosigkeit der Eingabe keine Folge gegeben hatte. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab: Die Niederlassungsbewilligung sei zu Recht widerrufen worden. Seit dem Entscheid der Vorinstanz hätten die Eltern das gemeinsame Sorgerecht über die Kinder beantragt und am 20. Mai 2015 auch erhalten (Art. 298a ZGB). Gestützt hierauf sei neu zu beurteilen, ob die mit dem Kindsvater nicht verheiratete und von ihm getrennt lebende Mutter, welche die elterliche Sorge mit dem hier gefestigt anwesenheitsberechtigten Vater teile, gestützt auf das Anwesenheitsrecht der Kinder bei deren Nachzug durch diesen im Land verbleiben könne. Dies sei zu verneinen, da die Kinder nicht von beiden Elternteilen gleichwertig betreut würden, vielmehr lediglich eine "besuchsrechtsähnliche" Kontaktregelung vorliege. Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung verletze die Verweigerung eines weiteren Anwesenheitsrechts für die Mutter und die Kinder weder Art. 13 Abs. 1 BV (i.V.m. Art. 36 BV [Anspruch auf Schutz des Familienlebens]) noch Art. 8 EMRK.

C. A.A. (Beschwerdeführerin 1) und ihre Kinder beantragen vor Bundesgericht, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich in der Sache aufzuheben und ihre Niederlassungsbewilligung nicht zu widerrufen bzw. den Kindern eine solche zu erteilen; allenfalls sei das Migrationsamt anzuhalten, ihnen Aufenthaltsbewilligungen auszustellen. A.A. und ihre Kinder machen geltend, der Widerruf bzw. die Nichterteilung der Niederlassungsbewilligungen sei im Rahmen von Art. 8 EMRK (Art. 13 Abs. 1 BV) und Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG (nachehelicher Härtefall) unverhältnismässig. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Der Fortbestand der elterlichen Beziehung zum hier gefestigt anwesenheitsberechtigten Kind kann einen wichtigen Grund zum Verbleib im Land bilden (Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG [SR 142.20], Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK; vgl. BGE 140 II 289 E. 3.4.1 S. 292; BGE 138 II 229 E. 3.1); dabei ist jeweils die Gesamtsituation zu würdigen und das Gesetzesrecht möglichst verfassungs- (Art. 13 Abs. 1 BV) bzw. konventionskonform anzuwenden (Urteil 2C_1125/2014

vom 9. September 2015 E. 4.1 mit Hinweisen). Der Anspruch aus Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG geht im Rahmen seines Anwendungsbereichs grundsätzlich nicht weniger weit als jener aus Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 EMRK (Urteile 2C_173/2011 vom 24. Juni 2011 E. 4; 2C_930/2012 vom 10. Januar 2013 E. 4.1; siehe auch NATHALIE CHRISTEN, Le développement du regroupement familial inversé par la jurisprudence suisse et européenne, in: Migrations et regroupement familial, Amarelle/Christen/Nguyen [Hrsg.], 2012, S. 71 ff.).

4.2

4.2.1 Die Regelung von Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG, welche nach Auflösung der Familiengemeinschaft dem ausreisepflichtigen Gatten bzw. den Kindern bei wichtigen persönlichen Gründen einen Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gewährt, kommt im vorliegenden Fall nicht zum Tragen: Wie sich aus der systematischen Einordnung der Bestimmung im Kapitel über den ehelichen Familiennachzug (Art. 42 ff. AuG) ergibt und der Wortlaut von Absatz 1 sowie die Botschaft vom 8. März 2002 zum Ausländergesetz (BBl 2002 3709, 3754 Ziff. 1.3.7.6) bestätigen, sind damit grundsätzlich und in erster Linie die gemeinsamen Kinder der Eheleute gemeint, deren Beziehung gescheitert ist (Urteil 2C_830/2010 vom 10. Juni 2011 E. 3.1.3). Der Anspruch nach Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG kann zwar sämtliche Aspekte, welche mit dem Familiennachzug und der späteren Auflösung der Beziehung in einem minimalen Sachzusammenhang stehen, erfassen und eine gewisse Gesamtsicht der Interessen und der familiären Strukturen gebieten. Im vorliegenden Fall wurden die Kinder ausserehelich in einer Parallelbeziehung mit einer Drittperson gezeugt. Da sie trotz der ursprünglich geltenden Vaterschaftsvermutung keinerlei Beziehung zum (sozialen) Vater und Ehemann der Beschwerdeführerin 1 aufgebaut haben, fallen sie nicht unter den Begriff der "gemeinsamen Kinder", welcher ohne weitere Gründe (eheliche Gewalt, stark gefährdete soziale Wiedereingliederung usw.) eine Anwesenheit der geschiedenen Gattin und der Kinder "erforderlich" machen bzw. rechtfertigen könnte (Art. 50 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 AuG).

4.2.2 Wenn das Bundesgericht davon ausgegangen ist, dass für den nachehelichen Härtefall aufgrund der gesamten Umstände jeweils eine erhebliche Intensität der Konsequenzen für das Privat- und Familienleben erforderlich sein muss und diese in einem Bezug zur Lebenssituation nach dem Dahinfallen der gestützt auf Art. 42 Abs. 1 bzw. Art. 43 Abs. 1 AuG abgeleiteten Anwesenheitsberechtigung zu

stehen hat, kann dies - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer - nicht so verstanden werden, dass das notwendigerweise generell und auch für den Fall von missbräuchlich aufrechterhaltenen, inhaltsleeren Ehen

gilt, bei denen im Rahmen einer Parallelbeziehung ausserehelicher Kinder gezeugt wurden (vgl. Art. 51 Abs. 2 lit. a AuG). Hiervon ist zumindest auszugehen, wenn - wie hier - keinerlei gefühlsmässige oder anderweitige (allenfalls wirtschaftliche) Verbindung zwischen dem Registervater und den Kindern besteht oder bestanden hat.

5. Der angefochtene Entscheid verletzt gestützt auf den für das Bundesgericht verbindlich festgestellten Sachverhalt - d.h. ohne Berücksichtigung der unzulässigen und nur punktuell nachträglich belegten neuen Vorbringen - auch weder Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 36 BV noch Art. 8 EMRK:

5.1 Art. 8 EMRK verschafft praxisgemäss keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen Aufenthaltstitel. 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 Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK gilt im Übrigen nicht absolut, sondern 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 der öffentlichen Interessen an dessen Verweigerung sorgfältig gegeneinander abgewogen werden (Art. 8 Ziff. 2 EMRK; Urteil des EGMR El Ghatet gegen Schweiz vom 8. November 2016 [Nr. 56971/10]§ 53; BGE 142 II 35 E. 6.1 S. 47; BGE 139 I 330 E. 2.2 S. 336; BGE 135 I 143 E. 2.1 S. 147; BGE 122 II 1 E. 2 S. 6; BGE 116 Ib 353 E. 3 S. 357 ff.). Das Recht nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK gilt - auch in seiner verfahrensrechtlichen Tragweite (vgl. hierzu Urteil des EGMR El Ghatet gegen Schweiz , § 47 mit Hinweisen; GRABENWARTER/PABEL,

Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 22 N. 64 ff.; JENS MEYER-LADEWIG, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl. 2011, N. 47 zu Art. 8 EMRK) - als verletzt, wenn keine umfassende, faire Interessenabwägung erfolgt (Urteil des EGMR El Ghatet gegen Schweiz , § 42 und 47), obwohl die intakten, engen persönlichen und familiären Beziehungen der Familienmitglieder nicht problemlos andernorts gelebt werden können (vgl. Urteile 2C_697/2008 vom 2. Juni 2009 E. 4.1 mit Hinweisen und 2C_914/2014 vom 18. Mai 2015 E. 4.3 mit Hinweisen).

5.2 Das Verfassungs- (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV) und das Konventionsrecht 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 (BGE 135 I 153 E. 2.2.1, BGE 135 I 143 E. 2.1; BGE 122 II 1 E. 2 S. 6; BGE 116 Ib 353 E. 3 S. 357 ff.; Urteil 2C_1142/2012 vom 14. März 2013 E. 3.4). Erforderlich ist dabei (1) eine in affektiver und (2) in wirtschaftlicher Hinsicht besonders enge Eltern-Kind-Beziehung; (3) der Umstand, dass diese wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Staat, in welchen die ausländische Person oder Personen mutmasslicherweise auszureisen hätten, praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte; und (4) dass sich die ausreisepflichtige Person hier weitgehend tadellos verhalten hat (BGE 142 II 35 E. 6.1 und 6.2 S. 46 ff.; BGE 140 I 145 E. 3.2 S. 148; BGE 139 I 315 E. 2.2 S. 319 ff.; Urteil 2C_1140/2015 vom 7. Juni 2016 E. 2.2.3). Geht es darum, dass der Sorge- und Obhutsberechtigte mit den Kindern im Land verbleiben will, um deren Weiterführung der Beziehung zum hier gefestigt anwesenheitsberechtigten Elternteil zu erleichtern, ist die Rechtsprechung tendenziell restriktiver; in dieser Situation soll die Bewilligung nur bei

besonderen Umständen erteilt werden (BGE 137 I 247 E. 4.2.2 S. 251 mit Hinweisen; ZÜND/HUGI YAR, Aufenthaltsbeendende Massnahmen im schweizerischen Ausländerrecht, insbesondere unter dem Aspekt des Privat- und Familienlebens, EuGRZ 2013 S. 1 ff., dort N. 47).

5.3 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 den damit

verbundenen Betreuungsanteilen (Art. 273 Abs. 1 ZGB ["Besuchsrecht"]). 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 die Urteile 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 Schutzes des Anspruchs auf Familienleben (Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 Ziff. 1 EMRK) 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 (BGE 139 I 315 E. 2.2 S. 319; Urteil 2C_497/2014 vom 26. Oktober 2015 E. 5.2; vgl. zu den zivilrechtlichen Anforderungen BGE 142 III 481 E. 2.8 S. 495 ff. bezüglich der Konnexität der Zulässigkeit des Wegzugs ins Ausland und des Betreuungsrechts bzw. des persönlichen Verkehrs des in der Schweiz verbleibenden anderen Elternteils im Rahmen von Art. 301a Abs. 5 ZGB). Hinsichtlich der Verlagerung des Aufenthaltsorts des Kindes ins Ausland im Sinn von Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB hat das Bundesgericht festgehalten, dass für die Beurteilung des Kindeswohls immer die konkreten Umstände des Einzelfalls massgebend sein müssen, indessen dem wegzugswilligen (bzw. ausländerrechtlich wegzugspflichtigen) Elternteil, welcher die Kinder bislang überwiegend betreut hat und dies auch in Zukunft tun wird, die Verlegung des Aufenthaltsorts mit den Kindern ins Ausland in der Regel nicht verweigert werden kann (BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 492 ff.).

5.4 Minderjährige haben grundsätzlich dem Inhaber der elterlichen Sorge und der faktischen Obhut (im Sinne einer überwiegenden Betreuung) zu folgen; das ausländische unmündige Kind teilt schon aus familienrechtlichen Gründen (Art. 25 Abs. 1 und Art. 301 Abs. 3 sowie heute Art. 301a ZGB; BGE 133 III 305 E. 3.3 S. 306 ff.) regelmässig das ausländerrechtliche Schicksal des sorge-/betreuungsberechtigten Elternteils; es hat das Land gegebenenfalls mit diesem zu verlassen, wenn er über keine Aufenthaltsberechtigung (mehr) verfügt (BGE 139 II 393 E. 4.2.3 S. 400; Urteile 2C_359/2014 vom 1. Dezember 2014 E. 5.4 und 2C_326/2013 vom 20. November 2013 E. 4.3). Für Kinder im anpassungsfähigen Alter ist der Umzug in ein anderes Land bzw. die Heimat zusammen mit der Inhaberin oder dem Inhaber der elterlichen Sorge bzw. dem Hauptbetreuungsanteil

(faktische Obhut: vgl. BGE 142 III 612 E. 4.1 S. 614) zumutbar, zumal wenn sie mit dessen Kultur durch Sprachkenntnisse, gelegentliche Ferienaufenthalte und einer entsprechenden Kulturvermittlung seitens der Eltern vertraut sind (BGE 122 II 289 E. 3c S. 298; Urteile 2C_1228/2012 vom 20. Juni 2013 E. 6.1 mit Hinweisen; 2C_930/2012 vom 10. Januar 2013 E. 4.4.4; 2C_260/2012 vom 28. August 2012 E. 4.2.2; 5D_171/2009 vom 1. Juni 2010 E. 2, nicht publ. in BGE 136 III 353). Ausländerrechtlich sind grundsätzlich die zivilrechtlichen Ver-

hältnisse massgebend, wie sie zum Zeitpunkt des Entscheids der Migrationsbehörden bzw. der Vorinstanz des Bundesgerichts bestehen und tatsächlich gelebt werden (Urteil 2C_1031/ 2011 vom 22. März 2012 E. 4.1.4 mit Hinweisen); allfällige spätere zivilrechtliche Anpassungen des Sorge- bzw. Betreuungsrechts (vgl. Art. 298d ZGB) sind bewilligungsrechtlich allenfalls wiedererwägungsweise bzw. im Rahmen eines neuen Verfahrens geltend zu machen und zu prüfen.

5.5

5.5.1 Bei der Interessenabwägung ist dem Kindeswohl und dem grundlegenden Bedürfnis des Kindes - als einem (wesentlichen) Element unter anderen - Rechnung zu tragen, in möglichst engem Kontakt mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können (Urteil des EGMR El Ghatet gegen Schweiz , §§ 27, 28 und 46: "...must place the best interests of the child at the heart of their considerations and attach crucial weight to it"; GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., § 22 N. 46 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; vgl. hierzu auch BGE 142 III 481 E. 2.3-2.6 mit Hinweisen). Nach Art. 9 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (UN-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. hierzu: STEFANIE SCHMAHL, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2013, N. 9 zu Art. 9 KRK mit weiteren Hinweisen). Gemäss Art. 18 KRK bemühen sich die Vertragsstaaten zudem nach besten Kräften darum, den Grundsatz sicherzustellen, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind; hieraus lässt sich zwar keine Verpflichtung ableiten, im nationalen Recht ein gemeinsames Sorgerecht für getrennt lebende Elternteile oder die Möglichkeit einer alternierenden Betreuung vorzusehen

(BGE 142 III 617 E. 3.2.3 mit Hinweisen), doch ist der entsprechende Aspekt jeweils auslegungsweise bzw. bei der ausländerrechtlichen Interessenabwägung dennoch mitzuberücksichtigen (SCHMAHL, a.a.O., N. 2 zu Art. 18 KRK).

5.5.2 Der schweizerische Gesetzgeber hat - wie auch die Vorinstanz in ihrem Entscheid eingehend darlegt - dem Anliegen von Art. 18 KRK zivilrechtlich im Bundesgesetz vom 21. Juni 2013 zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs und der darin als Regel vorgesehenen gemeinsamen elterlichen Sorge sowie den Möglichkeiten verschiedener Betreuungsformen seitens der Eltern (von der ausschliesslichen Betreuung [faktische Obhut]durch einen einzelnen Elternteil bis zur hälftigen alternierenden Betreuung usw.) Rechnung getragen (Art. 296 ff. ZGB; vgl. AS 2014 357 ff.; Botschaft vom 16. November 2011, BBl 2011 9077 ff.; vgl. HILDEGUND SÜNDERHAUF-KRAVETS, Alternierende Obhut in der Schweiz, in: Achte Schweizer Familienrecht§Tage, Büchler/Schwenzer [Hrsg.], 2016, S. 33 ff.; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge - eine Würdigung aus praktischer Sicht, FamPra.ch 2014 S. 1 ff.; SÜNDERHAUF/WIDRIG, Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut, AJP 2014 S. 885 ff.; MARTIN WIDRIG, Alternierende Obhut - Leitprinzip des Unterhaltsrechts aus grundrechtlicher Sicht, AJP 2013 S. 903 ff.). Die Regelung entspricht dem Leitgedanken von Art. 3 KRK bzw. Art. 11 Abs. 1 BV, wonach das Kindsinteresse bei allen Entscheiden vorrangig berücksichtigt werden soll, was ausländerrechtlich im Rahmen der Interessenabwägung von Art. 8 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 36 Abs. 3 BV zu geschehen hat, da die Kinderrechtskonvention und der Anspruch auf Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV) praxisgemäss keine über die Garantien von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV hinausgehenden eigenständigen Bewilligungsansprüche verschaffen (vgl. Urteile 2C_648/2014 vom 6. Juli 2015 E. 2 und 3; 2C_728/2014 vom 3. Juni 2015 E. 3; 2C_851/2014 vom 24. April 2015 E. 4; 2C_828/2012 vom 26. März 2013 E. 2.3.2; BGE 140

I 145 ff.; BGE 139 I 315 ff.).

5.5.3 In seiner zivilrechtlichen Rechtsprechung hat das Bundesgericht zur alternierenden Obhut jüngst ausgeführt, dass das "Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts (BGE 141 III 328 E. 5.4 S. 340)" zu gelten hat; "es ist für die Regelung des Eltern-Kind- Verhältnisses [...]immer der entscheidende Faktor, während die Interessen und Wünsche der Eltern in den Hintergrund zu treten

haben (BGE 131 III 209 E. 5 S. 212)" (so BGE 142 III 612 E. 4.2 S. 614). Die alternierende Obhut als Betreuungslösung muss aller Voraussicht nach dem Wohl des Kindes entsprechen, was bedingt, dass die Eltern fähig und bereit sind, in den Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren. Während die alternierende Obhut in jedem Fall die Erziehungsfähigkeit beider Eltern voraussetzt, sind die weiteren Beurteilungskriterien (geographische Situation, Betreuungsstabilität für das Kind, Zugehörigkeit zu einem eigenen sozialen Umfeld usw.) oft voneinander abhängig und je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls von unterschiedlicher Bedeutung (BGE 142 III 612 E. 4.3 S. 615, BGE 142 III 617 E. 3.2.3 S. 620 ff.).

5.5.4 Zwar handelt es sich beim Kindeswohl - wie bereits dargelegt (oben E. 5.5.1) - ausländerrechtlich nach wie vor nur um ein zu berücksichtigendes Element unter anderen (öffentliche Sicherheit und Ordnung, Durchsetzen einer restriktiven Einwanderungspolitik usw.; vgl. BGE 139 I 315 E. 2.4 S. 321; Urteile 2C_997/2015 vom 30. Juni 2016 E. 4.2; 2C_497/2014 vom 26. Oktober 2015 E. 5.1 mit Hinweisen), doch ist es - insbesondere auch im Hinblick auf die zivilrechtlichen Neuerungen und der erforderlichen Koordination der aufenthaltsrechtlichen Aspekte mit diesen (vgl. Urteil des EGMR Polidario gegen Schweiz vom 30. Juli 2013 [Nr. 33169/10]§§ 63 ff.) - im Rahmen der Interessenabwägung seitens der nationalen und europäischen Instanzen (EGMR) von zusehends grundlegenderer Bedeutung (vgl. Urteil des EGMR El Ghatet gegen Schweiz , § 46 mit Hinweisen; Urteil 2C_997/ 2015 vom 30. Juni 2016 E. 4.3; zu den Kriterien, nach denen das Kindeswohl zivilrechtlich zu prüfen ist: BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 492 ff.). Die zuständige Behörde hat Art und Umfang der faktischen Ausübung der Kontakte zwischen den Eltern und dem Kind - im Rahmen entsprechender Beweisanträge und unter Vorbehalt der Mitwirkungspflichten der Beteiligten (vgl. Art. 90 AuG) - deshalb mit geeigneten Mitteln im ausländerrechtlichen Verwaltungsverfahren sorgfältig abzuklären, soweit die Frage zivilrechtlich nicht bereits entschieden ist; dabei sind die (zivilrechtlich) tatsächlich gelebten Vorgaben zur Zeit des letzten kantonalen richterlichen Entscheids über die Bewilligungsfrage massgebend (Urteile 2C_123/ 2015 vom 30. September 2015 E. 2.3; 2C_2/2015 vom 13. August 2015 E. 2.3; 2C_414/2014 vom 12. März 2015 E. 3.4; 2C_728/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.2 und 3.3). Es besteht in der Regel indessen kein Grund, das ausländerrechtliche Bewilligungsverfahren bis zur definitiven Klärung der Nebenfolgen im

Scheidungsverfahren zu sistieren (Urteil 2C_123/2015 vom 30. September 2015 E. 2.7). Die per 1. Juli 2014 in Kraft getretenen zivilrechtlichen Bestimmungen sehen im Scheidungsfall die gemeinsame elterliche Sorge als Regel vor (Art. 133 ZGB); massgeblich für das ausländerrechtliche Bewilligungsverfahren bleibt jedoch - wie bisher - jeweils der Umfang des persönlichen Kontakts, d.h. die tatsächlich gelebte Beziehung in affektiver wie wirtschaftlicher Hinsicht, und nicht allein die formelle Tragweite der Zuteilung bzw. der Abmachungen der Eltern in Bezug auf das Sorge- bzw. das Betreuungsrecht (vgl. Urteile 2C_123/2015 vom 30. September 2015 E. 2.8 und 2C_326/2013 vom 20. November 2013 E. 5.1).

6.

6.1 Die Vorinstanz ist in ihrem detailliert begründeten Entscheid davon ausgegangen, dass sich im vorliegenden Fall die nicht verheirateten Eltern die elterliche Sorge über die beiden Kinder C.A. und D.A. seit dem 20. Mai 2015 teilen (rechtliche Obhut); bezüglich der faktischen Obhut (vgl. Art. 301 Abs. 1 bis ZGB), d.h. des konkreten Betreuungs- und Pflegeverhältnisses indessen ein grundlegender Unterschied bestehe: Die Mutter betreue die Kinder deutlich mehr als der Vater. Es sei deshalb von einer "gemeinsamen elterlichen Sorge ohne alternierende Obhut" auszugehen; die Mutter als hauptsächlich für die Betreuung der Kinder zuständiger Elternteil ersuche darum, ihre Bewilligung im (umgekehrten) Familiennachzug zu ihren Kindern aufrechterhalten zu können, damit der ebenfalls sorgeberechtigte andere Elternteil, der seinerseits über ein (gefestigtes) Anwesenheitsrecht verfügt, sein Sorge- und Kontaktrecht zu den Kindern (Recht auf persönlichen Verkehr, Betreuungsanteil usw.) wahrnehmen könne (vgl. oben E. 5.2 in fine). Hierfür sei eine wirtschaftlich und affektiv enge Bindung der Kinder zum nicht betreuenden sorgeberechtigten Elternteil erforderlich, zudem müsse sich der betreuende sorgeberechtigte Elternteil "tadellos" verhalten haben. Im vorliegenden Fall fehle es an der engen wirtschaftlichen Verbundenheit, da die Alimente des Vaters bevorschusst werden müssten; dass dieser die Kinder finanziell unterstütze und auch stets den Willen hierzu gehabt habe, reiche nicht aus, um das Vorliegen einer wirtschaftlich engen Beziehung zu begründen, wenn - wie hier - eine gerichtlich festgesetzte Unterhaltspflicht bestehe, die auf dem (hypothetisch erzielbaren) Einkommen des Vaters basiere, womit dem Aspekt der Zumutbarkeit für den Kindsvater bereits Rechnung getragen worden sei. Es bestehe daher weder gestützt auf Art. 13 Abs. 1 BV

noch Art. 8 EMRK ein Anspruch auf die beantragten Bewilligungen.

6.2 Die Beschwerdeführerin 1 macht geltend, sie sei sprachlich und beruflich hier integriert; die Sozialhilfeabhängigkeit, welche mit der Einwanderungssteuerung öffentliche Interessen an der Beendigung ihres Aufenthalts begründe, könne ihr nicht entgegengehalten werden, da sie sich um zwei Kleinkinder zu kümmern habe. Eine Rückkehr nach Nigeria, welches sie zuletzt im Jahr 2009 besucht habe, sei ihr nicht zumutbar. Die Kinder hielten sich unter der Woche im Kindergarten/Hort auf, wobei der Vater seine Beziehungen zu ihnen enger lebe, als die Vorinstanz angenommen habe. Es bestünden sehr intensive Beziehungen zu ihnen, auch schliefen die Kinder an verschiedenen Wochenenden bei ihm und beteilige er sich an Elterngesprächen. Die Feststellung, es liege lediglich eine "besuchsrechtsähnliche" Kontaktregelung vor, sei offensichtlich unhaltbar; es lasse sich nicht ernsthaft begründen, dass der mit der Aufenthaltsbeendigung verbundene Eingriff in Art. 8 Ziff. 1 EMRK durch ein herausragendes soziales Bedürfnis gerechtfertigt sei bzw. das abstrakte Interesse der Einwanderungskontrolle den mit der Bewilligungsverweigerung verbundenen Eingriff in den Schutz des Familienlebens rechtfertige. Mit Blick auf die bestehende Distanz zwischen Nigeria und der Schweiz könne die Beziehung zu den Kindern nicht sinnvoll besuchsweise gelebt werden; diese hätten ein Anrecht darauf, mit beiden Eltern in der Schweiz verbleiben zu können.

6.3

6.3.1 Die entsprechenden Einwände überzeugen nicht: Die Beschwerdeführerin ist mit dem Kindsvater nicht verheiratet und dieser sieht seine Kinder nach eigenen Angaben (ohne Berücksichtigung der unzulässigen Noven [vgl. nicht publ. E. 2.2 in fine, 2.3.2 und 2.3.5]) ein- bis dreimal pro Woche während jeweils rund drei Stunden. Die Vorinstanz durfte gestützt hierauf davon ausgehen, dass es sich um einen Fall von gemeinsamer

elterlicher Sorge handelt, in deren Rahmen der Vater zwar Beziehungen zu seinen Kindern unterhält, diese affektiven Kontakte aber nicht als so eng bezeichnet werden können, dass sie eine Anwesenheit von Mutter und Kindern, d.h. der ganzen natürlichen Familie, erforderlich machen würden. Aufgrund des verbindlich festgestellten Sachverhalts sind keine besonderen Gründe ersichtlich, welche es rechtfertigen würden, dass die Beschwerdeführer in der Schweiz verbleiben müssten, um den Anspruch des Vaters auf Umgang mit seinen Nachkommen bzw. seinen

beschränkten Betreuungsanteil diesen gegenüber einfacher leben zu können. Die Hauptbetreuung (Grossteil der faktischen Obhut) der Kinder wird von der Mutter sichergestellt; die Kinder haben deshalb das Land mit ihr zu verlassen. Trotz dem geteilten Sorgerecht, welches zivilrechtlich den Anspruch umfasst, über den Aufenthaltsort des Kindes zu befinden bzw. durch die zuständigen Behörden entscheiden zu lassen, kann der Vater potenziell den Umgang mit seinen Kindern in der gemeinsamen Heimat pflegen. Da er hier arbeitet, dürfte es ihm möglich sein, für die Kosten der erforderlichen Reisen aufzukommen bzw. den Kindern entsprechende Mittel zur Verfügung zu stellen, damit sie ihn in der Schweiz besuchen können; über die neuen Medien ist im Übrigen praktisch ein täglicher Kontakt per Internet möglich.

6.3.2 Die Eltern planen, die Betreuung durch den Vater Schritt um Schritt im Sinne einer alternierenden Obhut auszubauen. Aufgrund der faktischen Verhältnisse kann zurzeit indessen nicht davon ausgegangen werden, dass eine solche bereits besteht bzw. diese im Kindesinteresse liegt. Wie dargelegt, handelt es sich bei den in diesem Zusammenhang neu eingereichten Unterlagen um unzulässige Noven, welche das Bundesgericht nicht berücksichtigen kann (Art. 99 Abs. 1 BGG). Sollte die Betreuung durch den Vater im Sinne einer alternierenden Obhut tatsächlich ein Mass erreichen bzw. erreicht haben, welches eine wesentliche Entlastung der Mutter als unmittelbare Betreuerin der Kinder zur Folge hätte, wäre dies allenfalls im Rahmen eines neuen Gesuchs gestützt auf Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Ziff. 1 EMRK wiedererwägungsweise geltend zu machen, falls die neuen Elemente geeignet erscheinen, zu einem anderen Ausgang der Interessenabwägung zu führen und die öffentlichen hinter die privaten Interessen zurücktreten zu lassen.

6.3.3 Zwar hat sich die ausreisepflichtige Mutter weitergebildet und sich inzwischen offenbar auf dem zweiten Arbeitsmarkt auch bewährt, nachdem sie zuvor unter häufigem Wechsel des Arbeitsplatzes verschiedenen Tätigkeiten nachgegangen war bzw. bis zur Aussteuerung von den Leistungen der Arbeitslosenversicherung gelebt hat, doch ändert dies nichts an der Einschätzung des Verwaltungsgerichts, dass sie beruflich wenig integriert erscheint: Seit dem 13. August 2013 sind sie und ihre Kinder teilweise und seit dem 1. November 2013 vollständig auf Sozialhilfeleistungen angewiesen, ohne dass eine unmittelbar bevorstehende Besserung glaubhaft gemacht oder absehbar wäre.

6.3.4 Selbst wenn die Mutter sich um zwei Kleinkinder zu kümmern hatte, wobei diese aber zum Teil offenbar auch fremd betreut wurden bzw. werden (Kinderhort bzw. Kindergarten), überwiegt das öffentliche Interesse, die Sozialhilfeleistungen (vgl. Art. 62 lit. e und 63 Abs. 1 lit. c AuG) zu beschränken und die Einwanderung steuern zu können (vgl. BGE 137 I 247 E. 4.1.2 S. 249; BGE 135 I 143 E. 2.2 S. 147 und Art. 121a BV [Steuerung der Zuwanderung]), derzeit das private Interesse der Beschwerdeführer, im Land verbleiben zu dürfen. Letztlich belegen die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin 1, dass der Vater ihrer Kinder sich zum

Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids im Wesentlichen nur punktuell an deren affektiven und wirtschaftlichen Betreuung beteiligt hat und von einer besuchsrechtsähnlichen Situation auszugehen war. Dass der Vater die Kinder ab und zu in den Hort bzw. in den Kindergarten begleiten oder dort abholen soll, bildet keine wesentliche eigenständige Betreuungsleistung; dasselbe gilt für die punktuelle Beteiligung an Elterngesprächen. Dass die Beschwerdeführerin 1 hier nicht straffällig geworden ist und sich auch betreibungsrechtlich offenbar nichts hat zuschulden kommen lassen, kann ihr im Rahmen der Anforderung an ein "tadelloses" Verhalten für den umgekehrten Familiennachzug zugutegehalten werden; immerhin darf ein entsprechendes Verhalten erwartet werden. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin 1 die Migrationsbehörden im Zusammenhang mit ihrem Aufenthalt getäuscht hat, was nicht (mehr) bestritten ist (vgl. nicht publ. E. 3).

6.3.5 Auch Naturalleistungen können als wirtschaftlich relevant gelten; aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich indessen, dass die Unterhaltsbeiträge für C.A. seit dem 1. September 2012 und jene für D.A. seit 1. Februar 2014 von der Alimentenstelle Zürich im Umfang von Fr. 13'000.- bevorschusst werden mussten; dabei zahlte der Kindsvater von den bis 1. März 2015 geschuldeten Unterhaltsbeiträgen von Fr. 17'100.- lediglich deren Fr. 2'600.- zurück. Obwohl er sich bemüht, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen und guten Willen zu zeigen, reicht dies bei einer Gesamtwürdigung der wirtschaftlichen Situation nicht, um von einer engen Bindung bzw. einer wesentlichen Kompensation der Geld- durch entsprechende Naturalleistungen sprechen zu können. Der Kindsvater verdiente von Februar bis April 2015 monatlich rund Fr. 3'151.- (netto) und will die monatlichen Alimente von Fr. 600.- soweit möglich zurückzahlen, indessen kann aufgrund seiner

Einkommenssituation während dreier Monate nicht bereits darauf geschlossen werden, dass ein entsprechender Verdienst hierfür längerfristig sichergestellt erscheint.

6.3.6 Die aufenthaltsbeendende Massnahme ist entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführer schliesslich auch nicht unverhältnismässig: Die Beschwerdeführerin 1 ist in Nigeria sozialisiert worden. Sie reiste erst als Erwachsene im Alter von 30 Jahren in die Schweiz ein, wo sie lediglich während anderthalb Jahren mit einem Schweizer Bürger zusammenlebte und im Übrigen eine Beziehung zu einem Landsmann unterhielt. Zwar behauptet sie, keine Bindungen mehr zu ihrer Heimat zu haben, doch scheint dies eher unwahrscheinlich, nachdem ihre Schwestern noch dort wohnen und ihr Bruder ebenfalls in Nigeria lebt. Die Kinder befinden sich mit vier bzw. zweieinhalb Jahren noch in einem anpassungsfähigen Alter, sodass es ihnen ohne Weiteres zugemutet werden kann, ihrer sorgeberechtigten Mutter, welche ihre Betreuung hauptsächlich wahrnimmt, in die gemeinsame Heimat zu folgen. Ergänzend kann darauf hingewiesen werden, dass der Kindsvater ebenfalls aus Nigeria stammt, womit die Familie allenfalls auch dort zusammengeführt werden könnte. Sollten die Eltern beschliessen, die Kinder in der Schweiz unter der faktischen Obhut bzw. Betreuung ihres Vaters zu belassen, kann die Kindsmutter unter entsprechender Anpassung ihres Rechts auf persönlichen Verkehr die Beziehung zu den Kindern besuchsweise bzw. über die neuen Kommunikationsmittel grenzüberschreitend aufrechterhalten. (...)