



Urteil vom 28. Juli 2016

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),
Richter Antonio Imoberdorf,
Richter Andreas Trommer,
Gerichtsschreiber Rudolf Grun.

Parteien

A._____, geboren [...] 1991,
vertreten durch lic. iur. Verena Gessler, Advokatin,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zuweisung der Asylsuchenden an die Kantone / Kantons-
wechsel.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (angeblich eritreischer, wahrscheinlich äthiopischer Staatsangehöriger) gelangte am 17. April 2011 in die Schweiz und reichte am folgenden Tag im Empfangs- und Verfahrenszentrum in Basel ein Asylgesuch ein. Für den Aufenthalt während der Dauer des Asylverfahrens wurde er dem Kanton B. _____ zugeteilt.

B.

Mit Verfügung vom 17. Februar 2014 lehnte die Vorinstanz das Asylgesuch ab, wies den Beschwerdeführer aus der Schweiz weg und ordnete gleichzeitig den Wegweisungsvollzug an. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 12. Mai 2014 ab (vgl. E-1462/2014), wobei von der wahrscheinlichen äthiopischen Staatsangehörigkeit des Beschwerdeführers ausgegangen wurde (lebte vom zweiten bis zum 19. Lebensjahr in Äthiopien). Die anschliessend auf den 12. Juni 2014 angesetzte Ausreisefrist befolgte er nicht.

C.

Mit Eingabe vom 8. September 2015 beantragte der Beschwerdeführer einen Kantonswechsel vom Kanton B. _____ in den Kanton C. _____. Begründet wurde der Kantonswechsel im Wesentlichen damit, am [...] März 2015 Vater eines Kindes geworden zu sein und mit diesem und dessen Mutter zusammenleben zu wollen. Die Mutter des Kindes (geb. 1988, angeblich eritreische Staatsangehörige) war am 14. November 2011 in die Schweiz gelangt und hatte ebenfalls ein Asylgesuch eingereicht, welches mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Juli 2014 letztinstanzlich abgewiesen worden war. Auch bei ihr kam das Gericht zum Schluss, dass die von ihr behauptete eritreische Staatszugehörigkeit überwiegend unwahrscheinlich sei und verschiedene Indizien auf eine äthiopische Staatsangehörigkeit hindeuteten (vgl. Urteil des BVGer E-7212/2013 E. 5.3 und E. 7.3).

D.

Mit Schreiben vom 10. September 2015 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer unter Hinweis auf Art. 27 AsylG i.V.m. Art. 22 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311) die Absicht mit, auf das Kantonswechselgesuch nicht einzutreten, und räumte ihm die Möglichkeit ein, dazu Stellung zu nehmen.

E.

In seiner Stellungnahme vom 7. Oktober 2015 machte der Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in den Fällen *Agraw* und *Mengesha Kimfe* geltend, er bilde zusammen mit seiner Lebenspartnerin und seinem Kind eine Familiengemeinschaft im Sinne von Art. 8 EMRK. Das gemeinsame Familienleben sei für die betroffenen Personen unabhängig von ihrem Status einstweilen und auf längere Sicht nur in der Schweiz möglich. Er habe bis jetzt seine Tochter nicht anerkennen können, weil ihm dazu die notwendigen Papiere fehlen würden.

F.

Nachdem die Vorinstanz die betroffenen Kantone B._____ und C._____ um Mitteilung betreffend Zustimmung oder Ablehnung eines Kantonswechsels gebeten hatte, verweigerte das Migrationsamt des Kantons C._____ aufgrund des unrechtmässigen Aufenthaltes beider involvierter Personen die Zustimmung zum Kantonswechsel. Die Lebenspartnerin sei bis anhin ihrer Mitwirkungspflicht (im Hinblick auf die Beschaffung eines Reisedokuments) nicht genügend nachgekommen. Im Übrigen werde das Zusammenleben der Familie nicht verhindert. Dem dem Kanton B._____ zugeteilten Beschwerdeführer sei die Anreise mit dem öffentlichen Verkehrsmittel zumutbar. Eine Anerkennung des Kindes oder eine Heirat würde an der Aufenthaltssituation nichts ändern.

G.

Mit Schreiben vom 4. November 2015 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur Stellungnahme des Migrationsamtes des Kantons C._____ sowie zur Absicht, das Kantonswechselgesuch abzulehnen.

H.

Am 3. Dezember 2015 teilte der Beschwerdeführer ergänzend zur Stellungnahme vom 7. Oktober 2015 mit, die Weigerung der kantonalen Migrationsbehörde mache wenig Sinn, zumal der Kanton C._____ keinen Aufwand scheue, die Vaterschaft, die elterliche Sorge u.a. zu regeln. Er könne zwar keine Alimente für das Kind bezahlen, hingegen sei es ihm beim Zusammenwohnen der Familie möglich, seine Rechte und Pflichten als Vater auf andere Art und Weise wahrzunehmen.

I.

Mit Verfügung vom 21. Dezember 2015 lehnte die Vorinstanz das Kantonswechselgesuch ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Klärung und der Nachweis der Vaterschaft offen bleiben könne, zumal der Beschwerdeführer die Beziehung zu seiner Lebenspartnerin und zum gemeinsamen Kind auch ohne gemeinsamen Wohnsitz pflegen könne (Anreise nach C._____ sowohl in Bezug auf Distanz und Reisezeit zumutbar). Ferner könne nicht von bestimmten aussergewöhnlichen Umständen im Sinne der Rechtsprechung des EGMR i.S. *Mengesha Kimfe* bzw. *Agraw* gegen die Schweiz (Urteile des EGMR vom 29. Juli 2010 Nr. 24404/05 und 3295/06) ausgegangen werden (u.a. die Voraussetzung eines seit längerer Zeit nicht durchführbaren Vollzugs einer rechtskräftigen Wegweisung). Auch würden keine begründeten Hinweise dafür vorliegen, dass ein gemeinsames Familienleben nur in der Schweiz möglich sei.

J.

Am 13. Januar 2016 anerkannte der Beschwerdeführer die Vaterschaft vor dem Zivilgericht C._____, wobei die elterliche Sorge über das Kind beiden Eltern gemeinsam zugeteilt wurde (unter der Obhut der Mutter).

K.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 20. Januar 2016 beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und die Bewilligung des Kantonswechsels. In seiner Begründung bestreitet er insbesondere, dass die Rechtsprechung des EGMR in casu nicht anwendbar sei. Er verweist ferner auf Art. 7 und 9 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107), wonach ein Kind das Recht habe, von seinen Eltern betreut zu werden, und nicht gegen den Willen der Eltern getrennt werden dürfe. Auch könnten die Lebenspartnerin mit dem Kleinkind und somit auch der Beschwerdeführer nirgendwo ausserhalb der Schweiz hingehen und leben.

In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Rechtsverbeiständung.

L.

Mit Zwischenverfügung vom 1. Februar 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gut und gab dem Beschwerdeführer Advokatin Verena Gessler als unentgeltliche Rechtsbeiständin bei.

M.

In ihrer Vernehmlassung vom 16. Februar 2016 anerkennt die Vorinstanz nach der inzwischen erfolgten Vaterschaftsanerkennung, dass der Beschwerdeführer mit seiner Lebenspartnerin und dem gemeinsamen Kind eine Familie im Sinne von Art. 8 EMRK und Art. 1a Bst. e AsylV 1 bildet und sie sich grundsätzlich auf einen Anspruch auf ein faktisches Zusammenleben (Grundsatz der Einheit der Familie) berufen können. Weil jedoch keine besonderen Umstände im Sinne der Rechtsprechung des EGMR gegeben seien (vgl. Bst. I vorstehend), hält sie an ihrer Verfügung vollumfänglich fest und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

N.

In seiner Replik vom 16. März 2016 hält der Beschwerdeführer an seiner Beschwerde und deren Begründung fest.

O.

Auf den weiteren Akteninhalt wird – soweit rechtserheblich – in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG und das AsylG nichts anderes bestimmen (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und 108 Abs. 1

AsylG; Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen daher einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

2.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, worüber die Vorinstanz entschieden hat oder richtigerweise hätte entscheiden müssen. In casu hat die Vorinstanz mit Verfügung vom 21. Dezember 2015 das Kantonswechselgesuch des Beschwerdeführers abgelehnt. Dabei stützte sie sich auf die in den beiden rechtskräftig abgeschlossenen Asylverfahren des Beschwerdeführers und seiner Lebenspartnerin festgestellte Staatsangehörigkeit (mit hoher Wahrscheinlichkeit Äthiopien) und den angeordneten Vollzug der Wegweisung nach Äthiopien. Auf die Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach er und seine Lebenspartnerin eritreische Staatsangehörige seien und insbesondere der Vollzug der Wegweisung nach Äthiopien (ohne Vermögen und wirtschaftliche Perspektiven, mit einem Kleinkind) nicht zumutbar sei, kann somit im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

3.

3.1 Gemäss Art. 27 Abs. 3 AsylG weist das SEM asylsuchende Personen den Kantonen zu und trägt dabei den schützenswerten Interessen dieser Personen sowie der Kantone Rechnung. Auch berücksichtigt es dabei in der Schweiz lebende Familienangehörige, die Staatsangehörigkeiten und die besondere Betreuungsintensität der Fälle (Art. 22 Abs. 1 AsylV 1). Bei bereits erfolgter Zuweisung einer asylsuchenden Person an einen bestimmten Kanton verfügt die Vorinstanz dann einen Wechsel in einen anderen Kanton, wenn beide Kantone einem solchen Wechsel zustimmen oder wenn dies aufgrund des Anspruchs auf Einheit der Familie oder bei schwerwiegender Gefährdung der asylsuchenden Person oder anderer Personen geboten ist (Art. 22 Abs. 2 AsylV 1).

Bei *weggewiesenen Personen*, denen das SEM – wie im vorliegenden Fall – nach Abschluss des ordentlichen Verfahrens eine Ausreisefrist angesetzt hat, ist ein Prozess zwecks Kantonswechsel grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. Urteil des BVer E-1857/2015 vom 4. August 2015 E. 3.1 m.H.). Allerdings gilt dies mit Blick auf die Urteile *Agraw* und *Kimfe* nicht uneingeschränkt (vgl. BGE 137 I 113 E. 6.2). So entschied der EGMR in diesen beiden Fällen, dass die Ablehnung eines Kantonswechselgesuchs von weggewiesenen Asylsuchenden Art. 8 EMRK verletzt, wenn die privaten Interessen der weggewiesenen Asylsuchenden an einem solchen Wechsel

das Interesse des Staates an einer ausgewogenen Verteilung der Asylbewerber auf die Kantone überwiegen. Zwar erklärte der Gerichtshof die Interessen der Schweiz, die Asylbewerber gleichmässig auf die Kantone zu verteilen und den Status von weggewiesenen Asylbewerbern aufgrund des Abschlusses ihres Verfahrens nicht mehr zu ändern, für grundsätzlich legitim. So hielt er in diesem Zusammenhang denn auch fest, dass sich ausländische Familienangehörige von in der Schweiz lebenden Ausländern gestützt auf Art. 8 EMRK nicht einfach dort niederlassen können, wo es ihnen beliebt. Angesichts dessen, dass sich der Wegweisungsvollzug der Betroffenen in den beiden konkreten Fällen faktisch unmöglich gestaltete und es für sie mithin ausgeschlossen war, ausserhalb der Schweiz ein Familienleben zu führen, wäre ihnen – so der Gerichtshof – bei einer Abweisung des Kantonswechselgesuchs eine Lebensgemeinschaft (Kerngehalt des Rechts auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK) aber weiterhin (wie bereits während fünf Jahren) verweigert worden. Vor dem Hintergrund dieser konkreten Umstände wertete der EGMR das Interesse der Asylsuchenden an einem Kantonswechsel für gewichtiger als die Interessen des Staates.

3.2 In casu ist unbestritten, dass sich sowohl der Beschwerdeführer als auch seine Lebenspartnerin, welche als rechtskräftig abgewiesene Asylbewerber verpflichtet sind, die Schweiz zu verlassen, trotz der inzwischen erfolgten Geburt des gemeinsamen Kindes nicht mehr auf einen Anspruch auf Kantonswechsel gemäss Art. 27 Abs. 3 AsylG i.V.m. Art. 22 Abs. 2 AsylV 1 berufen können. Ebenfalls unbestritten ist, dass es sich beim Beschwerdeführer, seiner Lebenspartnerin und dem gemeinsamen Kind nach dessen Geburt bzw. nach der Vaterschaftsanerkennung um eine Familie sowohl im Sinne von Art. 8 EMRK als auch im Sinne von Art. 1a Bst. e AsylV 1 handelt, weshalb ihr faktisches Zusammenleben an sich geschützt ist. An dieser Tatsache ändert auch nichts, dass kein Mitglied dieser Familie über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt, da dies gemäss Bundesgericht eine Voraussetzung für den nach seinem Verständnis über den Schutzbereich des faktischen Zusammenlebens von Art. 8 EMRK hinausgehenden Anspruch auf eine formelle Aufenthaltsbewilligung darstellt (vgl. Urteil des BVGer E-1857/2015 vom 4. August 2015 E. 3.2 m.H.).

3.3 Art. 8 EMRK und der im Ausländerbereich deckungsgleiche Art. 13 Abs. 1 BV sind in allgemeiner Weise dem Schutz der Familieneinheit gewidmet. Art. 8 EMRK gewährt jedoch kein Recht auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat und die Wahl des geeignetsten Ortes für die Entwicklung

des Familienlebens (vgl. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Aufl., Zürich 2009, Rz. 297 und 576). Umso weniger besteht daher das Recht, den aus Sicht der Betroffenen geeignetsten Ort für die Pflege der familiären Beziehungen in einem bestimmten Gliedstaat eines Konventionsstaates wählen zu dürfen. Ein relevanter Eingriff in das Familienleben liegt allenfalls vor, wenn die Führung eines gemeinsamen Hausstandes ausschliesslich in der Schweiz stattfinden könnte, was vorliegend von der Vorinstanz bestritten wird. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer und seine Partnerin zum fraglichen Zeitpunkt (bereits vor der Zeugung bzw. der Geburt des Kindes waren beide Asylverfahren rechtskräftig abgeschlossen) gar nicht damit rechnen durften, gemeinsam an einem Ort in der Schweiz zu leben. Das Gleiche gilt nämlich auch für eine von einer Ausweisung betroffenen Person, die sich dann nicht auf das Familienleben berufen kann, wenn dieses begründet wurde, als bereits mit der Ausweisung zu rechnen war (vgl. VILLIGER, a.a.O., Rz. 577).

3.4 Davon, dass der Beschwerdeführer, seine Lebenspartnerin und das gemeinsame Kind ihr Familienleben bzw. einen gemeinsamen Hausstand nur in der Schweiz ausüben bzw. führen können, kann bei der jetzigen Sach- und Rechtslage – wie die Vorinstanz zutreffend ausführte – keine Rede sein. Die beiden Asylverfahren sind erst seit zwei Jahren abgeschlossen. Gemäss einem Bestätigungsschreiben einer Bekannten des Beschwerdeführers vom 21. Dezember 2015 habe er sich (durch eine Suchanfrage beim Roten Kreuz) erfolglos bemüht, seinen Vater zu finden. Irgendwelche Anfragen bzw. Bemühungen zur Beschaffung von Reisepapieren bei der äthiopischen Botschaft in der Schweiz sind nicht aktenkundig. Es wird auch nicht geltend gemacht, dass er dies bis jetzt getan hat. Zwar suchte seine Lebenspartnerin (ohne Erfolg) am 9. Juli 2015 die äthiopische Botschaft in Genf auf und ersuchte am 24. Februar 2016 schriftlich um einen Vorsprachetermin. Abgesehen davon, dass beide nach Abschluss der Asylverfahren diesbezüglich gar nichts unternommen haben, sind sie damit ihrer Mitwirkungspflicht bei der Papierbeschaffung (noch) nicht genügend nachgekommen. Dies gilt in besonderem Masse für den Beschwerdeführer. Auf jeden Fall ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht von der Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs nach Äthiopien auszugehen.

3.5 Wie bereits erwähnt, können sich abgewiesene Asylbewerber gemäss den oben erwähnten Urteilen des EGMR i.S. *Agraw* und *Kimfe* nur dann auf Art. 8 EMRK berufen, wenn der Vollzug der Wegweisung der Familienmitglieder faktisch unmöglich ist und so zu einer unfreiwilligen Verlänge-

rung des Aufenthalts geführt hat, wobei es für die Betroffenen in den besagten Fällen unmöglich war, das Familienleben ausserhalb der Schweiz zu führen und die Familienmitglieder während der Dauer von fünf Jahren am Zusammenleben gehindert worden sind.

Solche aussergewöhnlichen Umstände liegen in casu schon deshalb nicht vor, weil von einer Familiengemeinschaft frühestens seit der Geburt des Kindes (3. März 2015) gesprochen werden kann. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer in der Nähe seiner Lebenspartnerin und seines Kindes wohnt und sie jederzeit besuchen sowie Betreuungsaufgaben wahrnehmen kann (die Fahrt mit der Bahn von D. _____ nach C. _____ dauert nur etwa 15 Minuten). Entsprechende Übernachtungen bei seiner Lebenspartnerin sind dem Beschwerdeführer von der zuständigen Behörde des Kantons C. _____ denn auch ausdrücklich bewilligt worden. Er kann sich um sein Kind mindestens so oft kümmern wie ein Familienvater, der mit vollem Arbeitspensum Schichtarbeit verrichtet, und mehr als einer, der während der Woche ausserhalb arbeitet und nur am Wochenende nach Hause kommt. Damit ist dem Kindeswohl genügend Rechnung getragen, und es liegt auch keine Verletzung der KRK vor. Im Übrigen geht aus dem ärztlichen Schreiben vom 16. November 2015 (vgl. act. B13/9 des SEM) nicht hervor, dass das Kind einer dauernden Betreuung durch den Beschwerdeführer bedarf. Es ist lediglich davon die Rede, dass die Lebenspartnerin auf Unterstützung durch den Kindsvater angewiesen sei, und es von grossem Vorteil sei, wenn ein gemeinsames Wohnen bewilligt werden könnte.

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Da dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsverteidigung gewährt wurde, ist er davon befreit, für die entstandenen Verfahrenskosten aufzukommen. Aus demselben Grund sind die Kosten der Rechtsvertretung von der erkennenden Behörde zu übernehmen und der Rechtsbeistandin ist gemäss Art. 9 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung von Fr. 1'500.- (inkl. Aus-

lagen und MwSt.) auszurichten. Die Entschädigung ist vom Beschwerdeführer zurückzuerstatten, sollte er später zu hinreichenden Mitteln gelangen (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Der unentgeltlichen Rechtsbeistandin des Beschwerdeführers wird aus der Gerichtskasse ein amtliches Honorar von Fr. 1'500.- ausgerichtet.

4.

Der Beschwerdeführer hat das amtliche Honorar der Rechtsvertreterin dem Bundesverwaltungsgericht zu vergüten, wenn er später zu hinreichenden Mitteln gelangt.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. N [...] zurück)
- das Amt für Migration des Kantons B. _____ (ad [...])
- das Migrationsamt des Kantons C. _____

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Marianne Teuscher

Rudolf Grun

Versand: