



Abteilung VI
F-6161/2017

Urteil vom 16. Januar 2018

Besetzung

Richter Martin Kayser (Vorsitz),
Richterin Claudia Cotting-Schalch,
Richter Antonio Imoberdorf,
Gerichtsschreiberin Barbara Kradolfer.

Parteien

A. _____, geb. (...), Eritrea,
vertreten durch Laura Rossi, Fürsprecherin,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung (Dublin-Verfahren);
Verfügung des SEM vom 12. Oktober 2017 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer stellte am 24. Juli 2017 ein Asylgesuch in der Schweiz (Akten SEM B1/2). Am 11. August 2017 wurde er im Empfangs- und Verfahrenszentrum (...) zur Identität, zum Reiseweg und zu den Gründen für die Einreichung des Asylgesuchs befragt.

Er führte aus, er habe 2013 in Italien ein Asylgesuch gestellt und sei seit April 2014 im Besitz einer humanitären Aufenthaltsbewilligung (permesso di soggiorno, motivi umanitari; gültig bis 27. Juli 2017). Im Jahre 2014 habe er seine jetzige Partnerin in der Schweiz kennen gelernt. Deren Asylgesuch sei am 15. September 2015 abgewiesen und die vorläufige Aufnahme angeordnet worden. Sie lebten seit der Geburt des ersten Kindes (Dezember 2015) mehrheitlich zusammen. Das zweite Kind sei 2017 geboren. Es sei ein Ehevorbereitungsverfahren hängig; die Eheschliessung habe jedoch bisher nicht stattfinden können, da sich die italienischen Behörden geweigert hätten, ihm eine Wohnsitzbestätigung auszustellen. Sobald der Beschwerdeführer über einen N-Ausweis verfüge, stehe der Heirat nichts mehr im Wege (Akten SEM B3/2, B13/12).

B.

Am 22. September 2017 ersuchte die Vorinstanz Italien um Rückübernahme des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 18 Abs. 1 Bst. d der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Abl. L 180/31 vom 29.6.2013; nachfolgend Dublin-III-VO). Innerhalb der festgelegten Frist nahmen die italienischen Behörden zum Übernahmegesuch keine Stellung.

C.

Mit Verfügung vom 12. Oktober 2017 trat die Vorinstanz auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (SR 142.31) nicht ein und wies ihn nach Italien weg. Gleichzeitig stellte sie fest, dass einer Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme und verfügte die Aushändigung der editionspflichtigen Akten.

D.

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer am 31. Oktober 2017 Beschwerde. Es wird die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung sowie

die Anweisung an die Vorinstanz, auf das Asylgesuch einzutreten, beantragt. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ersucht.

E.

Der Instruktionsrichter setzte den Vollzug der Wegweisung im Rahmen einer superprovisorischen Massnahme am 1. November 2017 aus.

F.

Der Beschwerdeführer reichte am 6. November 2017 eine Fürsorgebestätigung und am 7. November 2017 ein Arztzeugnis seine Partnerin betreffend ein. Letzteres wurde am 8. November 2017 im Nachgang zur Einladung zur Vernehmlassung vom 3. November 2017 an die Vorinstanz weitergeleitet.

G.

In ihrer Vernehmlassung vom 20. November 2017 hält die Vorinstanz vollumfänglich an ihrer Verfügung fest.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 1. Dezember 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Verfahrensführung und Rechtsverteidigung gewährt.

I.

In seiner Replik vom 14. Dezember 2017 hielt der Beschwerdeführer an seinen Begehren und deren Begründung fest. Die Replik wird der Vorinstanz angesichts der Dringlichkeit des Verfahrens zusammen mit diesem Urteil zur Kenntnis gebracht.

J.

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

Neben den Vorakten zog das Bundesverwaltungsgericht antragsgemäss auch die Asylakten der Partnerin bei.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auf dem Gebiete des Asyls in der Regel – so auch vorliegend – endgültig über Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 31 - 33 VGG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt.

1.2 Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (vgl. Art. 108 Abs. 2 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

2.

2.1 Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreiten des Ermessens) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

2.2 Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es die Vorinstanz ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen (Art. 31a Abs. 1 - 3 AsylG), ist die Beurteilungskompetenz auf Beschwerdeebene auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist und die Wegweisung nach Italien angeordnet hat (vgl. BVGE 2012/4 E. 2.2. m.H.).

3.

3.1 Gemäss Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG tritt die Vorinstanz auf ein Asylgesuch in der Regel nicht ein, wenn Asylsuchende in einen Drittstaat ausreisen können, welcher für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens staatsvertraglich zuständig ist. Zur Bestimmung des staatsvertraglich zuständigen Staates prüft die Vorinstanz die Zuständigkeitskriterien nach der Dublin-III-VO.

3.2 Jeder Antrag wird von einem einzigen Mitgliedstaat geprüft, der nach den Kriterien des Kapitels III als zuständiger Staat bestimmt wird (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Dublin-III-VO).

3.3 Gemäss Art. 18 Abs. 1 Bst. a Dublin-III-VO ist der zuständige Mitgliedstaat verpflichtet, einen Antragsteller, der in einem anderen Mitgliedstaat

einen Antrag gestellt hat, nach Massgabe der Art. 21, 22 und 29 aufzunehmen.

3.4 Gemäss Art. 3 Abs. 2 Sätze 2 und 3 Dublin-III-VO wird der die Zuständigkeit prüfende Mitgliedstaat für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig, wenn es sich als unmöglich erweist, einen Antragsteller in den eigentlich zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen, weil es wesentliche Gründe für die Annahme gibt, dass das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Antragsteller in jenem Mitgliedstaat systemische Schwachstellen aufweisen, welche die Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne von Artikel 4 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 364/1 vom 18.12.2000, nachfolgend: EU-Grundrechtecharta) mit sich bringen, und nach den Regeln der Dublin-III-VO kein anderer zuständiger Mitgliedstaat bestimmt werden kann.

3.5 Abweichend von Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO kann jeder Mitgliedstaat beschliessen, einen bei ihm von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen gestellten Antrag auf internationalen Schutz zu prüfen, auch wenn er nach den in dieser Verordnung festgelegten Kriterien nicht für die Prüfung zuständig ist (Art. 17 Abs. 1 Satz 1 Dublin-III-VO; sog. Selbsteintrittsrecht).

4.

4.1 Die Vorinstanz ist gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht eingetreten. Sie ist zum Schluss gekommen, dass aufgrund des am 16. Mai 2013 in Italien gestellten Asylgesuchs dieses Land staatsvertraglich für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig sei. Da Italien auf das Übernahmearbeiten nicht ausdrücklich geantwortet habe, liege die Zuständigkeit gemäss Art. 25 Abs. 2 Dublin-III-VO wieder bei Italien.

4.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, gestützt auf Art. 9 Dublin-III-VO sei die Schweiz zuständig für die Prüfung seines Asylgesuchs, da seine Lebenspartnerin und Mutter der beiden gemeinsamen Kinder in der Schweiz vorläufig aufgenommen sei und deshalb als „Begünstigte internationalen Schutzes“ im Sinne dieser Bestimmung gelte.

4.3 Mit dieser Argumentation verkennt der Beschwerdeführer, dass der entscheidende Zeitpunkt für die Beurteilung gemäss Art. 9 Dublin-III-VO

die Einreichung seines ersten Asylgesuchs, d.h. der 16. Mai 2013, ist. Damals wurde die Zuständigkeit Italiens begründet. Zu jenem Zeitpunkt kannte er weder seine heutige Partnerin (er lernte sie 2014 kennen), noch war diese bereits vorläufig aufgenommen (Anordnung am 15. September 2015). Gemäss Art. 7 Abs. 2 Dublin-III-VO bleibt die einmal begründete Zuständigkeit bestehen (sog. Versteinerungsprinzip; vgl. BVGE 2013/24 E. 4.3.1 m.H., 2012/4 E. 3.2). Deshalb findet im Rahmen des Wiederaufnahmeverfahrens (englisch: take back) grundsätzlich keine Zuständigkeitsprüfung mehr statt. Weder aus den Vorbringen des Beschwerdeführers noch aus den Akten ergeben sich Hinweise, dass die Zuständigkeit Italiens in der Zwischenzeit dahingefallen sein könnte (vgl. Art. 19 Abs. 2 und 3 Dublin-III-VO). Vor diesem Hintergrund ist es unerheblich, ob die wegen Unzumutbarkeit vorläufig aufgenommene Partnerin als „Begünstigte internationalen Schutzes“ gemäss Art. 9 Dublin-III-VO gilt, wie in der Beschwerdeschrift geltend gemacht wird (vgl. hierzu BVGE 2017 VI/1 E. 4.3 m.H.).

4.4 Es ist daher von der grundsätzlichen Zuständigkeit Italiens für die Behandlung des Asylgesuchs des Beschwerdeführers auszugehen.

5.

5.1 Im Lichte von Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO ist zu prüfen, ob es wesentliche Gründe für die Annahme gibt, das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Asylsuchende in Italien würden systemische Schwachstellen aufweisen, die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Artikels 4 der EU-Grundrechtecharta mit sich bringen würden.

5.2 Italien ist Signatarstaat der EMRK, des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) sowie des Zusatzprotokolls der FK vom 31. Januar 1967 (SR 0.142.301) und kommt seinen diesbezüglichen völkerrechtlichen Verpflichtungen nach. Es darf auch davon ausgegangen werden, dieser Staat anerkenne und schütze die Rechte, die sich für Schutzsuchende aus den Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates 2013/32/EU vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (sog. Verfahrensrichtlinie) sowie 2013/33/EU vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (sog. Aufnahmerichtlinie) ergeben. Es sind keine Gründe für die Annahme ersichtlich,

das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Antragsteller in Italien würden systemische Schwachstellen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Sätze 2 und 3 Dublin-III-VO aufweisen.

5.3 Unter diesen Umständen ist die Anwendung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Dublin-III-VO nicht gerechtfertigt.

6.

6.1 Der Beschwerdeführer beruft sich sodann auf den Schutzbereich von Art. 8 EMRK. Eine Überstellung nach Italien hätte zur Folge, dass er von seiner Partnerin und den beiden Kindern getrennt würde. Dies verletze den Grundsatz der Einheit der Familie und gefährde das Kindeswohl. Aus diesem Grund sei die Vorinstanz anzuweisen, von dem in Art. 17 Abs. 2 Dublin-III-VO vorgesehenen Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen.

6.2 Unter dem Aspekt von Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO ist Art. 8 EMRK dann zu berücksichtigen, wenn eine tatsächlich gelebte Beziehung besteht, wobei diesbezüglich als wesentliche Faktoren das gemeinsame Wohnen, die finanzielle Verflochtenheit, die Länge und Stabilität der Beziehung sowie das Interesse und die Bindung der Partner aneinander zu berücksichtigen sind (vgl. Urteile des BVGer E-7582/2016 vom 22. Dezember 2016 E. 5.7.2, E-6268/2013 vom 26. März 2014 S. 10 letzter Absatz m.H.).

6.3 Diese Voraussetzungen sind, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, vorliegend erfüllt, da der Beschwerdeführer seit der Geburt des ersten Kindes im Jahre 2015 mehrheitlich mit seiner Partnerin zusammenlebt, er sich um die Kinder gekümmert hat, solange die Mutter gearbeitet hat, und aufgrund der Einleitung des Ehevorbereitungsverfahrens auch vom Interesse der Partner auszugehen ist, auch in Zukunft die Bindung aufrecht zu erhalten.

6.4 Allerdings kann der Beschwerdeführer aus der Garantie der Achtung des Familienlebens aus den folgenden Gründen nichts für sich ableiten.

6.4.1 Art. 8 EMRK garantiert zwar das Recht auf Familienleben, gibt jedoch weder ein Recht auf Einreise oder Aufenthalt in einem bestimmten Staat noch die Wahl des für das Familienleben am geeignetsten scheinenden Ort (vgl. BGE 139 I 37 E. 3.5.1 m.H.). Auf diese Bestimmung kann sich nur berufen, wer hierzulande ein Mitglied seiner Kernfamilie hat, das über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt (vgl. BGE 139 I 330 E. 2.1). Dies ist der Fall, wenn der Familienangehörige das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung hat, oder er eine Aufenthaltsbewilligung

hat, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.1 m.H.).

Die Partnerin des Beschwerdeführers wurde im September 2015, also vor gut zwei Jahren, wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig aufgenommen. Vorliegend fehlt es daher an einem gefestigten Anwesenheitsrecht.

6.4.2 Dem Beschwerdeführer hingegen wurde in Italien eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen erteilt. Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, dass gestützt darauf die Möglichkeit besteht, das Familienleben in Italien zu führen. Aus den Akten geht nichts hervor, was darauf schliessen liesse, das Familienleben könne nur in der Schweiz gelebt werden.

6.4.3 Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, kommt hinzu, dass die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seinen hier in der Schweiz lebenden Familienmitgliedern unter Verletzung der ausländerrechtlichen Bestimmungen entstanden ist und gepflegt wurde. Die von Italien ausgestellte humanitäre Aufenthaltsbewilligung erlaubt dem Beschwerdeführer zwar nach Schengen-Recht einen Aufenthalt von drei Monaten in der Schweiz (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b Schengener Grenzkodex (kodifizierter Text; Verordnung [EU] 2016/399 vom 9. März 2016, ABl. L 77/1 vom 23.3.2016; „Liste der von den Mitgliedstaaten ausgestellten Aufenthaltstitel“ [vgl. Art. 39 Abs. 1 Ziff. a Schengener Grenzkodex] im Internet unter: www.sem.admin.ch > Einreise & Aufenthalt > Einreise > Kurzfristiger Aufenthalt > Drittstaatsangehörige). Für einen längeren Aufenthalt hätte er sich jedoch vor Ablauf des bewilligungsfreien Aufenthalts um eine Aufenthaltsbewilligung bemühen müssen (vgl. Art. 10 Abs. 1 AuG [SR 142.20]).

6.5 Insgesamt ist festzuhalten, dass die Schweiz keine aus Art. 8 EMRK fließende völkerrechtliche Verpflichtung hat, das Asylgesuch des Beschwerdeführers in Anwendung von Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO entgegen den allgemeinen Zuständigkeitsregeln der Dublin-III-VO selbst zu behandeln.

7.

7.1 Zu prüfen bleibt noch, ob die Vorinstanz es zu Recht abgelehnt hat, aus *humanitären Gründen* auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers einzutreten (Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO i.V.m. Art. 29a Abs. 3 AsylV 1 [SR 142.311]). In diesem Bereich verfügt die Vorinstanz über Ermessen.

Art. 106 Abs. 1 Bst. a und Bst. b AsylG beschränkt die Überprüfung durch das BVGer im Wesentlichen auf die Frage, ob die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig festgestellt und ob sie ihren Ermessensspielraum korrekt ausgeübt hat; eine Angemessenheitskontrolle ist dagegen ausgeschlossen (BVGE 2015/9 E. 8.1). Damit bleiben im Folgenden allein allfällige Ermessensfehler zu überprüfen.

7.2 Auf Beschwerdeebene macht der Beschwerdeführer geltend, seine Anwesenheit in der Schweiz habe den Gesundheitszustand seiner Partnerin stabilisiert (vgl. Beschwerdeschrift S. 3, „Gesundheitsbericht“ des [...] vom 2. November 2017). Im „Gesundheitsbericht“ wurde zudem festgehalten, dass der drohende Wegweisungsvollzug nicht nur den Gesundheitszustand der Partnerin beeinträchtigt, sondern es wird auch davon ausgegangen, dass auch das Kindeswohl tangiert ist. Hierzu äussert sich der Beschwerdeführer ausführlich in der Replik vom 14. Dezember 2017 (Ziff. 4 und 5).

7.3 Die Vorinstanz hat sich in ihrer Vernehmlassung nicht mit den möglichen Auswirkungen der durch den Vollzug der Wegweisung nach Italien erzwungenen Trennung der Familie geäussert. Hierbei ist einerseits der Gesundheitszustand seiner Partnerin zu berücksichtigen. Andererseits ist das Kindeswohl ebenfalls in den Entscheid miteinzubeziehen, da dieses gemäss der Kinderrechtskonvention bei Entscheiden vorrangig zu berücksichtigen ist (vgl. Art. 3 KRK [SR 0.107]). Damit hat die Vorinstanz nicht alle rechtserheblichen Sachverhaltselemente berücksichtigt und hat ihren Ermessensspielraum dadurch auch unterschritten.

8.

Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 12. Oktober 2017 ist aufzuheben. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie gestützt auf die eingereichten Unterlagen (insb. den „Gesundheitsbericht“ vom 2. November 2017 und Ziffern 4 und 5 der Replik vom 14. Dezember 2017) und allfällige weitere Instruktionsmassnahmen prüft, ob humanitäre Gründe vorliegen, die einen Selbsteintritt der Schweiz (Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO i.V.m. Art. 29a Abs. 3 AsylV 1) erforderlich machen.

9.

9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG).

9.2 Dem Beschwerdeführer ist als obsiegender Partei eine Entschädigung für die ihm entstandenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG).

Die Rechtsvertreterin hat in ihrer Kostennote vom 14. Dezember 2017 unter dem Titel „Entschädigung“ einen Aufwand von insgesamt Fr. 2'801.75 (inkl. Auslagen und MWST) aufgeführt. Dieser erscheint angesichts der Komplexität des Falles und des Aufwands in vergleichbaren Verfahren angemessen. Da die Parteientschädigung die entstandenen Kosten deckt, erübrigt sich die Entschädigung der amtlichen Anwältin (vgl. MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 46 zu Art. 65 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 12. Oktober 2017 wird aufgehoben.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'801.75 auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das SEM und die kantonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Martin Kayser

Barbara Kradolfer

Versand: