



Urteil vom 28. April 2011

Besetzung

Richter Walter Stöckli (Vorsitz),
Richter Martin Zoller, Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiber Tobias Meyer.

Parteien

A. _____, geboren (...), Kosovo,
vertreten durch Antigone Schobinger,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM), Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung (Dublin-
Verfahren); Verfügung des BFM vom 29. März 2010 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer hatte in den Jahren 1991 und 1999 in der Schweiz um Asyl nachgesucht. Beide Asylgesuche wurden abgelehnt.

B.

Im September 2001 heiratete der Beschwerdeführer eine Landsfrau, die über eine Niederlassungsbewilligung in der Schweiz verfügt. Aufgrund dieser Ehe erhielt er eine Aufenthaltsbewilligung und lebte ab März 2002 in der Schweiz. Aus der Ehe gingen fünf Kinder hervor, die alle eine Niederlassungsbewilligung haben. Die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers wurde mehrmals verlängert, letztmals bis zum 7. März 2007.

C.

Seit 1999 wurde der Beschwerdeführer in der Schweiz mehrmals strafrechtlich verurteilt. Insbesondere sprach ihn das Obergericht des Kantons Zürich am 2. Dezember 2004 der versuchten Erpressung, des Angriffs, der mehrfachen einfachen Körperverletzung, der versuchten Nötigung und der mehrfachen Widerhandlung gegen die Waffengesetzgebung für schuldig und verurteilte ihn zu einer Gefängnisstrafe von zwei Jahren.

D.

Mit Verweis auf die Straffälligkeit des Beschwerdeführers lehnte das Migrationsamt des Kantons Zürich am 24. September 2007 die Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung ab. In letzter Instanz bestätigte das Bundesgericht mit Urteil vom 15. April 2009 diesen Entscheid.

E.

Am 27. Mai 2009 stellte der Beschwerdeführer in Italien ein Asylgesuch, nachdem er nach eigenen Angaben die Schweiz am gleichen Tag verlassen hatte. Seine Wiedereinreise in die Schweiz erfolgte angeblich zwei bis drei Wochen später, ohne dass das Asylverfahren in Italien abgeschlossen worden sei.

F.

In Nachachtung der am 15. April 2009 in Rechtskraft erwachsenen Verweigerung des weiteren Aufenthalt im Kanton Zürich setzte das kantonale Migrationsamt am 22. Juni 2009 den Tag, an welchem die

Aufenthaltsberechtigung des Beschwerdeführers endet, auf den 31. August 2009 fest.

G.

Im Rahmen des Verfahrens betreffend Ausdehnung der kantonalen Wegweisungsverfügung auf das ganze Gebiet der Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein nahm der Beschwerdeführer durch seine Rechtsvertreterin mit Schreiben vom 22. Juli 2009 Stellung und ersuchte gleichzeitig in der Schweiz ein drittes Mal um Asyl nach. Auf die Ausdehnung der Wegweisungsverfügung wurde in der Folge seitens des BFM verzichtet.

H.

Mit Verfügung vom 29. März 2010 – dem Beschwerdeführer am 6. April 2010 eröffnet – trat das BFM auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein, verfügte seine Wegweisung nach Italien, forderte ihn auf, die Schweiz spätestens am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist zu verlassen, beauftragte den zuständigen Kanton mit dem Vollzug der Wegweisung, stellte fest, eine allfällige Beschwerde gegen die Verfügung habe keine aufschiebende Wirkung, und händigte ihm die editionspflichtigen Akten gemäss Aktenverzeichnis aus.

Zur Begründung führte das BFM im Wesentlichen aus, gestützt auf die Dublin-II-Verordnung sei Italien für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig. Italien habe auf ein Ersuchen der Schweiz um Übernahme des Beschwerdeführers nicht geantwortet und dieses damit stillschweigend gutgeheissen. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Gründe gegen eine Überführung nach Italien vermöchten an der Zuständigkeit Italiens nichts zu ändern. Italien sei nach der Dublin-II-Verordnung auch zuständig, falls der Beschwerdeführer sein Asylgesuch in Italien zurückgezogen haben sollte, was aus seiner Aussage nicht klar ersichtlich sei. Das Dublin-Zuständigkeitskriterium des Aufenthaltstitels, der vor weniger als zwei Jahren abgelaufen sei, finde jedoch nur bei Ersuchen um Aufnahme Anwendung, wenn ein Asylsuchender zum ersten Mal ein Asylgesuch im Dublinraum stelle. Der Beschwerdeführer habe jedoch in der Schweiz sein zweites Asylgesuch im Dublinraum gestellt, weshalb es sich um ein Wiederübernahmegesuch handle. Schliesslich sei die Ausübung des Selbsteintrittsrechts nicht angebracht, da die Wegweisung des Beschwerdeführers keine Verletzung des Rechts auf Achtung des Familienlebens darstelle, wie das Bundesgericht in seinem Urteil bezüglich der Nicht-Verlängerung seiner

Aufenthaltsbewilligung festgestellt habe. Die Wegweisung sei zudem zumutbar sowie technisch möglich und praktisch durchführbar.

I.

Mit Eingabe vom 13. April 2010 erhob der Beschwerdeführer gegen die Verfügung des BFM Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben, das BFM sei anzuweisen, sein Recht auf Selbsteintritt auszuüben und sich für das Asylgesuch zuständig zu erklären.

In prozessualer Hinsicht beantragte der Beschwerdeführer unentgeltliche Prozessführung, die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, die Erteilung der aufschiebenden Wirkung und im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Anweisung an die Vollzugsbehörden, von Vollzugshandlungen abzusehen, bis über das Gesuch um aufschiebende Wirkung entschieden sei. Eventualiter sei bei der zuständigen schweizerischen Auslandsvertretung in Italien Auskunft über den Stand seines Asylverfahrens einzuholen, subeventualiter sei der Rechtsvertretung Gelegenheit zu geben, die Beschwerde zu ergänzen.

Zur Begründung brachte der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, die Schweiz sei gehalten, von ihrem Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen. Dies erstens, weil ihm in Italien die Abschiebung nach Kosovo in Verletzung des Non-Refoulement-Gebots drohe, da sein Asylgesuch von den italienischen Behörden sehr wahrscheinlich abgeschrieben worden sei. Zweitens müsse die Schweiz auch aus humanitären Gründen einen Selbsteintritt ausüben, da er hochgradig suizidgefährdet sei, die Mitglieder seiner Kernfamilie alle im Besitz einer Niederlassungsbewilligung für die Schweiz seien, er sich seit 2002 in der Schweiz aufhalte, das Kindeswohl seiner Kinder dies erfordere und die Aufnahmebedingungen in Italien prekär seien. Im Zusammenhang mit dem Recht auf Achtung des Familienlebens machte er zudem eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das BFM geltend: Dieses habe sich in seiner Verfügung mit der Zitierung einiger Passagen aus dem Urteil bezüglich der Nicht-Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung begnügt und sich nicht mit den Voraussetzungen eines zulässigen Eingriffes in den Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Familienlebens und dem aktuellen Sachverhalt auseinandergesetzt.

Der Beschwerdeführer gab ein ärztliches Zeugnis bezüglich seines psychischen Zustandes und weitere Beweismittel zu den Akten, welche

Unterlagen soweit entscheiderelevant in den Erwägungen gewürdigt werden.

J.

Mit Telefax vom 15. April 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht das Migrationsamt des zuständigen Kantons und das BFM an, einstweilen von Vollzugshandlungen abzusehen.

K.

Mit Schreiben vom 17. August 2010 brachte der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht zur Kenntnis, dass eine Zivilrichterin in B._____ inoffiziell bestätigt habe, dass der Beschwerdeführer in Lebensgefahr wäre, würde er nach Kosovo zurückkehren. Da die Richterin keine schriftliche Aussage machen möchte, ersuchte der Beschwerdeführer das Bundesverwaltungsgericht, bei Zweifeln bezüglich seiner Gefährdung in Kosovo mit dem entsprechenden Gerichtshof in B._____ Kontakt aufzunehmen.

L.

Mit Schreiben vom 17. Januar 2011 reichte der Beschwerdeführer als zusätzliches Beweismittel eine DVD mit einer Sendung des italienischen Fernsehsenders Rai Tre ein, die insbesondere die Schutzunfähigkeit Kosovos im vorliegenden Fall belege.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor dem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d

Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. 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 Art. 108 Abs. 2 AsylG, Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 VwVG).

Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

3.

Auf Asylgesuche wird in der Regel nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in einen Drittstaat ausreisen können, der für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens staatsvertraglich zuständig ist (Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG).

3.1. Das BFM betrachtete sich im vorliegenden Fall nach Art. 16 Abs. 1 Bst. d der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Dublin-II-VO) als zur Durchführung des Asylverfahrens nicht zuständig, da der Beschwerdeführer sich illegal in der Schweiz aufhalte und entweder ein hängiges Asylverfahren in Italien habe oder aber jenes Asylgesuch zurückgezogen habe. Italien habe zudem dem Übernahmegesuch des BFM vom 6. November 2009 durch Verfristung implizit zugestimmt (Art. 20 Abs. 1 Bst. c Dublin-II-VO).

3.2. Dem BFM ist zuzustimmen, wenn es feststellt, dass Art. 9 Abs. 4 Dublin-II-VO vorliegend nicht zur Anwendung kommt. Die Zuständigkeit Italiens für die Durchführung des Asylverfahrens wurde bei der Einreichung des Asylgesuchs in Italien festgelegt (erstmaliges

Asylgesuch im Dublinraum nach Art. 4 Abs. 1 Dublin-II-VO). Da Italien nicht innert 3 Monaten ein Aufnahmegesuch an die Schweiz gestellt hat, ging die Zuständigkeit gemäss Art. 17 Abs. 1 Dublin-II-VO auf Italien über. Ein Wiederübernahmegesuch nach Art. 16 Abs. 1 Bst. c - e Dublin-II-VO, wie es das BFM im vorliegenden Fall an Italien gerichtet hat, kommt dann zur Anwendung, wenn ein Dublin-Staat das Asylverfahren (im Sinne von Art. 2 Bst. e Dublin-II-VO) bereits eröffnet hat; die Zuständigkeit kann in diesem Stadium (ausserhalb eines Selbsteintritts) nicht mehr überprüft werden (vgl. CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin II-Verordnung, 3. Aufl., Wien/Graz 2010, K3 zu Art. 4). Ob der Beschwerdeführer sein Asylgesuch in Italien zurückgezogen hat oder nicht, ist dabei unerheblich: In beiden Fällen ist Italien zur Übernahme verpflichtet (Art. 16 Abs. 1 Bst. c [kein Rückzug] respektive Bst. d [bei Rückzug]).

4.

Nach Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO kann die Schweiz ein Asylgesuch materiell prüfen, auch wenn nach den in der Verordnung vorgesehenen Kriterien ein anderer Staat zuständig ist (Selbsteintrittsrecht). Diese Bestimmung ist nicht direkt anwendbar, sondern kann nur in Verbindung mit einer anderen Norm des nationalen oder internationalen Rechts angerufen werden (vgl. BVGE E-5644/2009 vom 31. August 2010 E. 5).

4.1. Droht ein Verstoss gegen übergeordnetes Recht, zum Beispiel gegen eine Norm des Völkerrechts, so besteht ein einklagbarer Anspruch auf Ausübung des Selbsteintrittsrechts (BVGE E-5644/2009 vom 31. August 2010 E. 7.2; FILZWIESER/SPRUNG, a.a.O., K8 zu Art. 3). In Frage kommen insbesondere das flüchtlingsrechtliche Non-Refoulement-Gebot nach Art. 33 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) und menschenrechtliche Garantien der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101), des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2) und des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105).

4.2. Das BFM lehnte in seiner Verfügung die Ausübung des Selbsteintrittsrechts ab. Es prüfte einen möglichen Selbsteintritt unter dem Titel der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs, was systematisch falsch ist, da für die Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs

zuerst eine Wegweisung vorliegen muss, ein solche aber bei einem Selbsteintritt gemäss Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO gerade nicht ergeht. Die inhaltliche Argumentation des BFM ist damit jedoch nicht zwingend fehlerhaft und bildet deshalb den Gegenstand der folgenden Erwägungen.

5.

Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde vor, die Schweiz müsse aufgrund der Gefahr einer Abschiebung nach Kosovo in Verletzung des völkerrechtlichen Non-Refoulement-Gebotes ihr Selbsteintrittsrecht ausüben. Da er sein Asylgesuch in Italien zurückgezogen habe oder dieses nach seiner Ausreise sehr wahrscheinlich abgeschrieben worden sei, würden die italienischen Behörden seine Flüchtlingseigenschaft materiell nicht prüfen, sondern ihn direkt nach Kosovo abschieben. Aufgrund von Art. 3 EMRK sei die Schweiz deshalb verpflichtet, von ihrem Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen. Zudem seien die Unterkünfte für Asylsuchende in Italien mit Art. 3 EMRK kaum zu vereinbaren und er sei auf psychologische Behandlung in der Schweiz angewiesen.

5.1. Wie dargelegt, ist die Schweiz zu einem Selbsteintritt verpflichtet, wenn andernfalls eine Verletzung des Non-Refoulement-Gebots nach Art. 33 FK, Art. 3 EMRK oder Art. 3 FoK droht. Gemäss Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) muss aufgrund der Gefahr einer Kettenabschiebung in Verletzung des Refoulement-Verbotes dann von der Abschiebung einer Person in einen Drittstaat abgesehen werden, wenn gewichtige Gründe dafür vorliegen, dass eine tatsächliche Gefahr ("real risk") einer Verletzung von Art. 3 EMRK besteht (EGMR, Saadi gegen Italien, Urteil vom 28. Februar 2008, Beschwerde-Nr. 37201/06, § 125).

5.1.1. Bezüglich der Gefahr einer Verletzung des Rückschiebeverbotes durch Italien ist festzustellen, dass Italien sowohl Signatarstaat der FK als auch der EMRK und der FoK ist. Zudem muss sich Italien an die entsprechenden Normen der EU halten (insbesondere Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über die Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Dublinstaaten sich an ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen halten. Es

liegt deshalb an den Beschwerdeführenden darzulegen, inwiefern ein ernsthaftes Risiko besteht, Opfer eines Verstosses gegen völkerrechtliche Normen zu werden (vgl. BVGE E-5644/2009 vom 31. August 2010 E. 7.4.1).

Der Antrag des Beschwerdeführers, bei den italienischen Behörden Auskunft über den Stand des Verfahrens einzuholen, wird deshalb abgewiesen, da es im Rahmen der Mitwirkungspflicht Sache des Beschwerdeführers ist, den Stand seines Asylgesuchs im Ausland zu belegen. Im Übrigen ist allein die unbestrittene Tatsache der Anhängigmachung des Asylgesuchs in Italien von Bedeutung, nicht aber die Frage, ob es noch hängig ist oder ob es zurückgezogen beziehungsweise aus anderen Gründen abgeschrieben worden ist.

5.1.2. Der Beschwerdeführer bringt keine konkreten Gründe vor, die in seinem Fall auf eine ernsthafte Gefahr einer Verletzung des Non-Refoulement-Gebots durch Italien schliessen liessen. Insbesondere vermag er nicht aufzuzeigen, inwiefern die Gefahr besteht, dass Italien ihn in Verletzung von Art. 33 FK oder Art. 3 EMRK nach Kosovo abschieben würde. Die vom Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift erwähnte Aussage der UNO-Hochkommissarin für Flüchtlinge vom 14. September 2009, dass Italien Flüchtlinge abschiebe, ohne ihre Gefährdung im Heimatland zu prüfen, bezog sich in erster Linie auf Personen, die auf hoher See aufgegriffen wurden oder bereits an der Staatsgrenze abgewiesen werden. Diese Gefahr besteht im vorliegenden Fall nicht. Zudem ist im vorliegenden Fall das Stadium des Asylverfahrens in Italien unklar. Der Beschwerdeführer behauptet zwar durch seine Rechtsvertreterin, er habe sein Asylgesuch in Italien zurückgezogen, kann dies aber weder mit einem Abschreibungsentscheid der italienischen Behörden noch mit einer Kopie des angeblich schriftlich eingereichten Rückzugs belegen. In der Befragung vom 4. September 2009 hatte er sich noch auf die Behauptung beschränkt, er habe sein Asylgesuch zurückziehen wollen. Ebenso unbelegt bleibt die Behauptung, die italienischen Behörden hätten sein Asylgesuch abgeschrieben, weil er das Land vor seiner Anhörung verlassen habe. Es liegen damit keine Anhaltspunkte vor, dass Italien das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht in Übereinstimmung mit den einschlägigen völkerrechtlichen Bestimmungen behandeln würde.

5.1.3. Damit hat der Beschwerdeführer nicht aufzeigen können, dass ihm in Italien die Gefahr einer Abschiebung in sein Heimatland in Verletzung

des Non-Refoulement-Gebots droht. Sein Antrag auf Ergänzung der Beschwerde bezüglich seiner Gefährdung in Kosovo wird damit hinfällig. Aus dem gleichen Grund verzichtet das Bundesverwaltungsgericht darauf, diesbezügliche Auskünfte beim District Court von B._____ einzuholen.

5.2. Der Beschwerdeführer bringt zudem vor, eine Überstellung nach Italien widerspreche insofern Art. 3 EMRK, als die Lebensbedingungen für Asylsuchende in Italien namentlich in Bezug auf die Unterkunft schlecht seien und seine akute Suizidalität in Italien nicht therapiert werden könne.

5.2.1. Gemäss Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ergibt sich aus Art. 3 EMRK grundsätzlich kein Anspruch auf Verbleib in einem Konventionsstaat, um weiterhin in den Genuss medizinischer Leistungen dieses Staats zu kommen. Lediglich in Einzelfällen und unter ganz aussergewöhnlichen Umständen kann der Vollzug der Weg- oder Ausweisung einer ausländischen Person mit Blick auf ihre gesundheitliche Situation einen Verstoss gegen Art. 3 EMRK darstellen (EGMR, D. gegen Grossbritannien, Urteil vom 2. Mai 1997, Rep. 1997-III, E. 49 ff.; EGMR, Bensaid gegen Grossbritannien, Urteil vom 6. Februar 2001, Rep. 2001-I, E. 37; Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2005 Nr. 23 E. 5.1).

5.2.2. Der den Beschwerdeführer seit September 2009 behandelnde Arzt sieht beim Beschwerdeführer eine hohe Suizidgefahr (Arztzeugnis vom 25. März 2010). Er diagnostiziert ein depressives Zustandsbild in Verbindung mit einer posttraumatischen Belastungsstörung. Der vom Beschwerdeführer eingereichte Bericht einer italienischen Anwältin aus Mailand konstatiert lediglich, dass in Italien keine spezialisierten Zentren für traumatisierte Patienten existierten. Der Bericht stellt aber auch fest, dass Asylbewerber Zugang zum Gesundheitssystem haben – und damit auch zu psychologischer Behandlung, auch wenn diese nicht gezielt auf Patienten mit posttraumatischer Störung ausgerichtet sein mag. Damit kann davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer auch in Italien eine angemessene psychologische Behandlung erhalten würde.

Bezüglich der schlechten Lebensbedingungen verweist der Beschwerdeführer auf einen Bericht der Schweizerischen Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht vom November 2009,

konkretisiert aber nicht, inwiefern in seinem konkreten Fall eine besondere Gefahr unwürdiger Lebensumstände in Italien besteht.

5.2.3. Dem Beschwerdeführer ist es damit nicht gelungen, aufzuzeigen, inwiefern in seinem spezifischen Fall eine Überstellung nach Italien das aus Art. 3 EMRK abgeleitete Rückschiebeverbot verletzen würde.

6.

Der Beschwerdeführer macht zudem geltend, das BFM habe in seiner Verfügung verkannt, dass im vorliegenden Fall Art. 8 EMRK die Schweiz dazu verpflichte, von ihrem Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen. Das Bundesamt habe sich ungerechtfertigter Weise damit begnügt, auf die Ausführungen des Bundesgerichts in seinem Urteil bezüglich der Nicht-Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers zu verweisen, anstatt eine eigene Interessenabwägung vorzunehmen. Das Bundesamt habe damit seine Begründungspflicht verletzt, was zur Aufhebung der Verfügung führen müsse. Eine eigene Interessenabwägung wäre um so notwendiger gewesen, als die vom Bundesgericht vorgenommene Abwägung nicht ohne Weiteres übernommen werden könne, da es vorliegend nicht wie im Urteil des Bundesgerichts um eine ordentliche Aufenthaltsbewilligung gehe, sondern lediglich um einen zeitlich begrenzten Aufenthalt für die Dauer des Asylverfahrens. In diesem Fall sei das öffentliche Interesse an der Entfernung des Beschwerdeführers als weniger gewichtig einzustufen, weshalb der Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht durch Abs. 2 gerechtfertigt werden könne.

6.1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verleiht Art. 8 Abs. 1 EMRK einen nur unter den Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK beschränkbaren Anspruch auf eine hiesige Anwesenheitsberechtigung, wenn eine Ehe oder ein Elternverhältnis tatsächlich gelebt wird und intakt ist und wenn ein Familienmitglied in der Schweiz ein gefestigtes Anwesenheitsrecht – die schweizerische Staatsangehörigkeit, eine Niederlassungsbewilligung oder eine Aufenthaltsbewilligung, auf deren Verlängerung ein Anspruch besteht – besitzt (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.1; BGE 126 II 335 E. 2a; BGE 109 Ib 183 E. 2a; EMARK 1995 Nr. 24 E. 8 S. 228 f.).

Da die Ehefrau des Beschwerdeführers und seine fünf minderjährigen Kinder in der Schweiz über die Niederlassungsbewilligung verfügen und die Beziehung des Beschwerdeführers zu seiner Ehefrau und seinen

Kinder intakt ist und tatsächlich gelebt wird, ist unbestritten, dass der vorliegende Sachverhalt in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fällt. Die Überstellung des Beschwerdeführers nach Italien würde deshalb einen Eingriff in seine Rechte nach Art. 8 EMRK darstellen.

6.2. Mithin stellt sich die Frage, ob dieser Eingriff nach den Kriterien von Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt werden kann. Das BFM weist zur Rechtfertigung des Eingriffs auf die vom Bundesgericht im Rahmen der Wegweisung vorgenommene Abwägung zwischen dem Interesse der Schweiz, dass der Beschwerdeführer die Schweiz verlässt, und dessen Interesse am Verbleib in der Schweiz bei seiner Familie. Das Bundesgericht ist in seinem Urteil vom 15. April 2009 ausgehend von den vom Beschwerdeführer begangenen Straftaten in einer ausführlichen Interessenabwägung zum Schluss gekommen, das öffentliche Interesse an einer Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung überwiege die privaten und familiären Interessen des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz (E. 3.3 f.).

6.2.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, das BFM habe mit seinem Verweis auf den Entscheid des Bundesgerichts seine Begründungspflicht verletzt, indem es die Unterschiede zwischen dem vor Bundesgericht behandelten Rechtsgegenstand und dem Rechtsgegenstand im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt habe und nicht auf die Rechtsprechung des EGMR bezüglich Art. 8 Abs. 2 EMRK eingegangen sei.

6.2.2. Wohl bezog sich das Bundesgericht in seinem Urteil nicht explizit auf die Rechtsprechung des EGMR, stellte jedoch fest, dass mit der vorgenommenen Verhältnismässigkeitsprüfung auch die Voraussetzungen zur Rechtfertigung eines Eingriffs nach Art. 8 Abs. 2 EMRK berücksichtigt seien (E. 2). Dieses Vorgehen entspricht der Praxis des Bundesgerichts. Das BFM hat sich mit dem Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts dessen Argumentation zu eigen gemacht, was insofern nicht zu beanstanden ist, als sich das Bundesgericht ausführlich mit den Kriterien der Rechtsprechung des EGMR auseinandergesetzt hat, wenn auch ohne diese explizit zu erwähnen. Das BFM hat damit seine Begründungspflicht nicht verletzt und der Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung wegen Verletzung der Begründungspflicht ist abzuweisen.

6.2.3. Was das Vorbringen des Beschwerdeführers anbelangt, es handle sich in den beiden Verfahren um unterschiedliche Rechtsgegenstände, ist Folgendes festzustellen: Das Bundesgericht ging beim Beschwerdeführer "von einer ganz erheblichen Gewaltbereitschaft, Brutalität und kriminellen Energie" aus und stellte fest, dieser habe durch die begangenen Straftaten eine besonders ausgeprägte Geringschätzung für die schweizerische Rechtsordnung und die physische und psychische Integrität anderer Menschen demonstriert. Daraus folge ein "sehr gewichtiges Interesse" dem Beschwerdeführer die Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung zu verweigern (Urteil des Bundesgerichts 2C_738/2008 vom 15. April 2009, E. 3.3, S. 8 f.). Damit darf gefolgert werden, dass selbst unter der Annahme, im vorliegenden Verfahren sei das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers von der Schweiz weniger stark zu gewichten, dieses das Bleibeinteresse des Beschwerdeführers überwiegt.

6.3. Das BFM ist damit zu Recht davon ausgegangen, die Überstellung des Beschwerdeführers nach Italien zwecks Durchführung eines Asylverfahrens stelle einen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigten Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens dar und es sei damit nicht verpflichtet, von seinem Recht auf Selbsteintritt nach Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO Gebrauch zu machen.

7.

Art. 29a Abs. 3 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1, SR 142.311) sieht vor, dass das BFM aus humanitären Gründen von seinem Recht auf Selbsteintritt Gebrauch machen und ein Asylgesuch behandeln kann, auch wenn nach den Kriterien der Dublin-II-VO ein anderer Staat zuständig ist. Es handelt sich dabei um eine Kann-Bestimmung, die den Behörden einen gewissen Ermessensspielraum lässt und restriktiv ausgelegt werden muss (vgl. BVGE E-5644/2009 vom 31. August 2010 E. 8.2.2).

7.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Schweiz sei aus vier Gründen gehalten, in seinem Fall aus humanitären Gründen von ihrem Selbsteintrittsrecht nach Art. 2 Abs. 3 Dublin-II-VO Gebrauch zu machen. Erstens verweist er auf seine Suizidalität, zweitens darauf, dass alle Mitglieder seiner Kernfamilie über Niederlassungsbewilligungen in der Schweiz verfügen, drittens auf das Kindeswohl seiner minderjährigen Kinder und schliesslich auf die schlechten Lebensbedingungen in Italien.

7.2. Die Berücksichtigung verschiedener Umstände, die kumulativ zu würdigen sind, führt im vorliegenden Fall aus den folgenden Gründen tatsächlich dazu, dass die angemessene Ausübung des Ermessens darin besteht, das Recht auf Selbsteintritt aus humanitären Gründen nach Art. 29a Abs. 3 AsylV 1 auszuüben.

Für die Annahme humanitärer Gründe spricht erstens, dass der Beschwerdeführer seit 2002 ununterbrochen in der Schweiz lebt und seit 2002 über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die bis im März 2007 regelmässig verlängert wurde. Auch wenn aufgrund der Straftaten des Beschwerdeführers kaum von einer besonders guten Integration ausgegangen werden kann, hat sich der Beschwerdeführer in der Schweiz doch soziale Beziehungen aufgebaut, deren Existenz nicht ohne Weiteres gefährdet werden dürfen. Zweitens verfügen seine Ehefrau und seine fünf in der Schweiz geborenen, minderjährigen Kinder alle über eine Niederlassungsbewilligung. Der Beschwerdeführer führt intakte und tatsächlich gelebte Beziehungen mit seiner Ehefrau und seinen Kindern und das Leben der Familie spielt sich seit jeher in der Schweiz ab. Drittens kam die Zuständigkeit der Schweiz nach der Dublin-II-VO nur dadurch zustande, dass Italien es zum Zeitpunkt des Asylgesuchs unterliess, ein Übernahmegesuch an die Schweiz zu stellen. Diese wäre aufgrund der Kriterien der Dublin-II-VO zur Übernahme des Beschwerdeführers und zu Behandlung seines Asylgesuchs verpflichtet gewesen (Art. 9 Abs. 4 al. 2 Dublin-II-VO: Besitz eines Aufenthaltstitels eines Mitgliedstaates, der weniger als zwei Jahre zuvor abgelaufen ist, beziehungsweise mehr als fünfmonatiger Aufenthalt in einem Mitgliedstaat). Obwohl die Zuständigkeit damit formell auf Italien übergegangen ist, bleibt doch der materielle Anknüpfungspunkt bestehen, dass die Schweiz aufgrund des langjährigen Aufenthaltes des Beschwerdeführers und seiner zwei früheren Asylgesuche in der Schweiz besser in der Lage ist, das Asylgesuch des Beschwerdeführers zu behandeln und dessen Gefährdung in seinem Heimatstaat abzuklären (vgl. FILZWIESER/SPRUNG, a.a.O., K10 zu Art. 3), zumal auch andere Familienangehörige ein Asylverfahren in der Schweiz durchlaufen und die spezielle Situation ihrer Familie geschildert haben (Mutter: E-(..) [N (...)]; Nichte: E-(...) [N (...)]; Schwägerin: E-(...) [N (...)]. Daran kann auch das zweifellos gewichtige Interesse der Schweiz, den Beschwerdeführer aufgrund seiner Straffälligkeit aus der Schweiz wegzuweisen, nichts ändern, zumal die Frage der Zulässigkeit eines Wegweisungsvollzuges einer Interessenabwägung nicht zugänglich ist.

8.

Die angefochtene Verfügung des BFM ist damit unangemessen und die Beschwerde ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung vom 29. März 2010 ist aufzuheben und das BFM anzuweisen, von seinem Recht auf Selbsteintritt nach Art. 29a Abs. 3 AsylV 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO Gebrauch zu machen und auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers einzutreten.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Die Anträge des Beschwerdeführers auf unentgeltliche Prozessführung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG werden damit gegenstandslos.

Dem obsiegenden und vertretenen Beschwerdeführer ist zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Es wurde keine Kostennote zu den Akten gereicht. Der notwendige Vertretungsaufwand lässt sich indes aufgrund der Aktenlage zuverlässig abschätzen, weshalb praxismässig auf die Einholung einer solchen verzichtet wird (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). In Anwendung der genannten Bestimmungen und unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 8 ff. VGKE) ist die vom BFM auszurichtende Parteientschädigung demnach von Amtes wegen auf pauschal Fr. 2'500.- (inklusive Auslagen und Mehrwertsteueranteil) festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des BFM vom 29. März 2010 aufgehoben. Das BFM wird angewiesen, auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers einzutreten.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Das BFM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Walter Stöckli

Tobias Meyer

Versand: