

# **BVGer D-7288/2018 vom 3. Dezember 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-12-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-7288\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-7288_2018)

FR: TAF D-7288/2018 du 3 décembre 2019

IT: TAF D-7288/2018 del 3 dicembre 2019

## **Regeste**

Nichteintreten auf Asylgesuch (sicherer Drittstaat 31a I a,c,d,e) und Wegweisung

## **Erwägungen**

### **E. 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 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 in der Regel - so auch vorliegend - endgültig (Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 31 33 VGG).

### **E. 1.2**

Am 1. März 2019 ist die Teilrevision des AsylG vom 26. Juni 1998 (AS 2016 3101) in Kraft getreten. Für das vorliegende Verfahren gilt das bisherige Recht (vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015). Am 1. Januar 2019 wurde das Ausländergesetz vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) teilrevidiert (AS 2018 3171) und in Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) umbenannt. Die vorliegend anzuwendenden Gesetzesartikel (Art. 83 und Art. 84) sind unverändert vom AuG ins AIG übernommen worden, weshalb das Gericht nachfolgend die neue Gesetzesbezeichnung verwendet.

### **E. 1.3**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht (aArt. 108 Abs. 2 AsylG; Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 Abs. 1 VwVG). 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 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG, im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

### **E. 3.1**

Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es die Vorinstanz ablehnt, ein Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen, ist die Beurteilungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch nicht eingetreten ist (vgl. BVGE 2012/4 E. 2.2).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat bezüglich der Frage der Wegweisung und des Wegweisungsvollzugs eine materielle Prüfung vorgenommen, weshalb dem Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich volle Kognition zukommt.

### **E. 4**

In der Beschwerde wird vorab gerügt, die Vorinstanz habe das Verfahren des Beschwerdeführers nicht mit dem hängigen Beschwerdeverfahren der Ehefrau koordiniert. Dies wäre angezeigt gewesen, weil die Ehefrau sich bei einem positiven Ausgang des Beschwerdeverfahrens auf Art. 8 EMRK berufen könnte. In diesem Fall müsste bei der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzuges eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK vorgenommen werden, wobei gemäss Art. 3 Abs. 1 KRK das Kindeswohl der zwei Kinder vorrangig zu berücksichtigen sei. Das SEM habe sich jedoch nicht mit den vorgebrachten Gründen, welchen gegen eine Familienvereinigung in Italien sprechen würden, auseinandergesetzt und somit das rechtliche Gehör verletzt. Weiter habe die Vorinstanz es unterlassen, das Kindeswohl der Kinder in die Prüfung einfließen zu lassen (vgl. Beschwerde S. 4 f.). Das vorliegende Beschwerdeverfahren wurde mit jenem der Ehefrau des Beschwerdeführers (D-1712/2017) koordiniert geführt. Die aufgeworfenen Fragen sind überdies mit Verweis auf die Erwägung 6 nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die formellen Rügen erweisen sich als unbegründet.

### **E. 5.1**

Gemäss Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG tritt das SEM auf ein Asylgesuch nicht ein, wenn die asylsuchende Person in einen nach Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG als sicher bezeichneten Drittstaat zurückkehren kann, in welchem sie sich vorher aufgehalten hat.

### **E. 5.2**

Das SEM hat seinen Nichteintretensentscheid zutreffend damit begründet, dass der Beschwerdeführer nach Italien und damit in einen sicheren Drittstaat gemäss Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG zurückkehren kann, wo er sich vorher aufgehalten hat und als Flüchtling anerkannt worden ist. Mit der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft und der Erteilung einer (verlängerbaren) Aufenthaltsbewilligung haben die italienischen Behörden dem Beschwerdeführer Schutz vor Verfolgung gewährt, so dass er nach Italien zurückkehren kann, ohne eine Rückschiebung in Verletzung des Non-Refoulement-Gebotes befürchten zu müssen. Der Beschwerdeführer hat denn auch weder im erstinstanzlichen Verfahren noch auf Beschwerdeebene vorgebracht, es würde ihm in Italien eine Rückschiebung in seinen Heimatstaat unter Verletzung des Refoulement-Verbots drohen. Die italienischen Behörden haben sich am 10. September 2018 bereit erklärt, den Beschwerdeführer zurückzunehmen. Das SEM hat demzufolge zu Recht ein schutzwürdiges Interesse des Beschwerdeführers an der Feststellung der Flüchtlingseigenschaft in der Schweiz verneint und ist gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG auf das Asylgesuch nicht eingetreten. Dass die Ehefrau und die Kinder des Beschwerdeführers in der Schweiz vorläufig aufgenommen sind, ändert nichts an diesem Ergebnis.

### **E. 6.1**

Lehnt das SEM das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie. Im Übrigen finden für die Anordnung des Vollzugs der Wegweisung die Artikel 83 und 84 AIG Anwendung.

### **E. 6.2**

Im Asyl- und Wegweisungsverfahren ist die Wegweisung nicht zu verfügen, wenn ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, wobei die kantonale Ausländerbehörde zuständig ist, über den Anspruch konkret zu befinden (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4; Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 23 E. 3.2; 2001 Nr. 21 E. 9). Ist die asylsuchende Person nicht im Besitze einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, ist im Asyl- und Wegweisungsverfahren mit Blick auf die mögliche Zuständigkeit der kantonalen Ausländerbehörde daher vorfrageweise zu prüfen (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4.2.2; EMARK 2001 Nr. 21 E. 10), ob die asylsuchende Person sich im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann. Soweit nicht das Gesetz oder das Freizügigkeitsabkommen einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vermittelt, kommt als Anspruchsgrundlage Art. 8 EMRK in Betracht, wobei diesbezüglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich ist (vgl. BVGE 2013/37 E. 5; EMARK 2001 Nr. 21 E. 8a und b sowie E. 9). Diese besagt, dass Ausländerinnen und Ausländern gestützt auf den in Art. 8 EMRK und Art. 3 BV gewährleisteten Schutz des Familienlebens ein potenzieller Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz erwächst, wenn eine intakte und tatsächlich gelebte Familienbande zu nahen Verwandten (sogenannte Kernfamilie) besteht, die über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügen. Letzteres ist der Fall, wenn der sich in der Schweiz aufhaltende Angehörige das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (vgl. BGE 139 I 330 E. 2.1; 135 I 143 E. 1.3.1; 130 II 281 E. 3.1; EMARK 2005 Nr. 3 E. 3.1).

### **E. 6.3**

Der Beschwerdeführer verfügt über keine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung. Seine religiös angetraute Ehefrau wurde wegen der Unzumutbarkeit des Vollzuges ihrer Wegweisung vorläufig aufgenommen und verfügt mithin über kein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz. Auf den Schutz des Privat- und Familienlebens können sich in Ausnahmesituationen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) auch Personen berufen, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt ist beziehungsweise die allenfalls über kein (gefestigtes) Aufenthaltsrecht verfügen, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen wird beziehungsweise aus objektiven Gründen hingenommen werden muss (vgl. BGE 138 I 246 E. 3.3.1). Abgesehen von dieser - im vorliegenden Fall nicht auszugehenden - Ausnahmesituation gilt: Wer über kein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt, kann ein solches auch nicht einem Dritten verschaffen, selbst wenn eine gelebte familiäre Beziehung zur Diskussion stünde (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.1 [S. 286]).

### **E. 6.4**

Der Beschwerdeführer hat in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt, obwohl er bereits in Italien als Flüchtling anerkannt wurde und dort Schutz geniesst. Das hauptsächliche Anliegen des Beschwerdeführers liegt denn auch nicht in der Behandlung seines Asylgesuchs, sondern in einer Familienzusammenführung mit seiner Ehefrau und den Kindern (vgl. Akten SEM A7/12 Ziff. 8.01). Das (schweizerische) Asylverfahren darf indes nicht dazu verwendet werden, die gesetzlichen Bestimmungen über den Familiennachzug zu umgehen (vgl. in Bezug auf Art. 51 Abs. 1 AsylG das Urteil E-4639/2017 vom 25. September 2019 E. 5.7 [zur Publikation vorgesehen]). Vom Beschwerdeführer und seiner Ehefrau kann verlangt werden, dass sie nach Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen das dafür vorgesehene Verfahren gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG und Art. 74 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) bei der zuständigen kantonalen Behörde einleiten (vgl. etwa die Urteile des BVGer D-4228/2017/D-4663/2017 vom 13. Juni 2018 E. 5.2 und D-2673/2017 vom 16. Mai 2017 E. 5.2.5; vgl. ebenfalls das Urteil des BVGer E-4639/2017 vom 25. September 2019 E. 6 [zur Publikation vorgesehen]). Hinsichtlich des Kindeswohls ist anzumerken, dass mit einer Überstellung des Beschwerdeführers in einen Nachbarstaat (Italien) angesichts der geltenden Visumvorschriften weder ein persönlicher noch der telefonische Kontakt zu seinen Kindern verunmöglicht wird. Die Wegweisung wurde demnach vom SEM zu Recht angeordnet.

#### **E. 7.1**

Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das SEM das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme (Art. 44 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AIG).

#### **E. 7.2.1**

Der Vollzug der Wegweisung ist nach Art. 83 Abs. 3 AIG unzulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen.

#### **E. 7.2.2**

Nachdem der Beschwerdeführer in Italien als Flüchtling anerkannt wurde, besteht kein Anlass zur Annahme, es drohe ihm eine Verletzung des in Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) verankerten Grundsatzes der Nichtzurückweisung. Italien ist sodann Signatarstaat der EMRK und des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105). Zudem gibt es keine Anhaltspunkte, dass Italien seine aus diesen Konventionen entstehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht einhalten würde. Namentlich ist festzuhalten, dass Italien an die Richtlinie 2011/95/EU (Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes) gebunden ist. Im Kapitel VII werden die den Flüchtlingen und Personen mit subsidiärem Schutzstatus zu gewährenden Rechte geregelt. Es besteht kein "real risk" im Sinne einer konkreten Verweigerung seitens von Italien, dem Beschwerdeführer die Minimalgarantien im Sinne der genannten EU-Richtlinie zu gewähren (vgl. auch Urteil des BVGer E-4639/2017 vom 25. September 2019 E. 5.5 [zur

Publikation vorgesehen]).

### **E. 7.2.3**

Bezüglich seines Wunsches um Zusammenleben mit E. \_\_\_\_\_ und den Kindern und der geltend gemachten Verletzung von Art. 8 EMRK und der KRK ist auf die Ausführungen zur Wegweisung in Erwägung 6 respektive auf das dafür vorgesehene Familienzusammenführungsverfahren zu verweisen. Dem Beschwerdeführer kann zugemutet werden, von Italien aus ein solches Verfahren - entweder in Italien oder der Schweiz - anzustrengen. Der mit der Trennung einhergehende Eingriff ist verhältnismässig, zumal die Aufrechterhaltung des Kontakts auch bei der räumlichen Trennung möglich ist und nur von vorübergehender Dauer wäre, sofern das Familiennachzugsverfahren positiv verlaufen würde.

### **E. 7.2.4**

Der Vollzug der Wegweisung nach Italien erweist sich somit als zulässig.

### **E. 7.3.1**

Der Vollzug der Wegweisung kann nach Art. 83 Abs. 4 AIG für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat auf Grund von Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage konkret gefährdet sind.

### **E. 7.3.2**

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs mit zutreffender Begründung bejaht. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf die betreffenden Erwägungen in der angefochtenen Verfügung und der Vernehmlassung (vgl. Bst. J.b und P) verwiesen werden. In der Beschwerdeschrift finden sich keine Einwendungen, welche zu einer anderen Betrachtungsweise führen könnten. Als anerkannter Flüchtling hat er Anspruch auf die gleiche Fürsorge und öffentliche Unterstützung wie italienische Staatsbürger (Art. 23 FK) und ihm stehen in Italien die Rechte aus der erwähnten Richtlinie 2011/95/EU zu. Dazu gehören Ansprüche bezüglich Zugang zu Wohnraum, Sozialleistungen und medizinischer Versorgung. Es liegen keine erhärteten Hinweise vor, wonach sich Italien systematisch nicht an seine diesbezüglichen Verpflichtungen halten würde. Somit obliegt es dem Beschwerdeführer, bei den zuständigen Behörden seine Rechte betreffend finanzielle oder anderweitige Unterstützung geltend zu machen und nötigenfalls auf dem Rechtsweg durchzusetzen. Insgesamt besteht kein Anlass zur Annahme, er würde im Falle einer Rückführung nach Italien in eine existenzielle Notlage geraten (vgl. etwa Urteil des BVGer D-4635/2019 vom 19. September 2019 E. 9.3). Die auf Beschwerdeebene erwähnten respektive eingereichten Berichte vermögen dabei nicht zu einer anderen Beurteilung zu führen. Damit erweist sich der Vollzug der Wegweisung in den EU-Mitgliedstaat Italien nicht als unzumutbar.

### **E. 7.4**

Gemäss Art. 44 AsylG ist beim Vollzug einer angeordneten Wegweisung der Grundsatz der Einheit der Familie zu berücksichtigen. Art. 44 AsylG kommt in diesem Zusammenhang eine Tragweite zu, die über die aus Art. 8 EMRK abgeleiteten Rechtsansprüche auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hinausgeht, indem die vorläufige Aufnahme des einen Familienmitglieds in der Regel auch zur vorläufigen Aufnahme der anderen Familienangehörigen führt (vgl. hierzu E. MARK 1998 Nr. 31 E. 8 c/ee; 1995 Nr. 24 E. 9,

die sich hierfür freilich noch auf Art. 17 Abs. 1 AsylG in der Fassung gemäss Ziff. I des BB vom 22. Juni 1990 über das Asylverfahren [AS 1990 938] beziehen, welcher inhaltlich indessen Art. 44 AsylG entspricht). Diese Regel gilt jedoch nicht ausnahmslos. Nicht zur Anwendung gelangt der Grundsatz der Einheit der Familie unter anderem dann, wenn die einzubeziehende Person - wie vorliegend der Beschwerdeführer am 9. August 2017 - in die Schweiz eingereist ist, nachdem ein Familienmitglied - wie vorliegend seine Ehefrau und sein Sohn mit Verfügung des SEM vom 15. Februar 2017 - die vorläufige Aufnahme erhalten hat, da in dieser Konstellation von einer Umgehung der ausländerrechtlichen Nachzugsbestimmung gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG auszugehen ist (vgl. BVGE 2017 VII/8 E. 5.3).

#### **E. 7.5**

Die zuständigen italienischen Behörden haben gestützt auf das einschlägige Abkommen die Rückübernahme des Beschwerdeführers am 10. September 2018 explizit zugesichert. Der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers nach Italien erweist sich somit auch als möglich im Sinne von Art. 83 Abs. 2 AIG.

#### **E. 7.6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der vom SEM angeordnete Wegweisungsvollzug nicht zu beanstanden ist. Eine Anordnung der vorläufigen Aufnahme fällt demnach ausser Betracht (vgl. Art. 83 Abs. 1-4 AIG).

#### **E. 8**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG) und - soweit diesbezüglich überprüfbar - angemessen ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

#### **E. 9.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären dessen Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 5 VwVG). Vorliegend wurde indes der Antrag auf unentgeltliche Prozessführung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG mit Zwischenverfügung vom 17. Januar 2019 gutgeheissen. Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

#### **E. 9.2**

Das Gesuch vom 19. November 2019 um Entlassung von Rechtsanwältin Raffaella Massara aus dem öffentlich-rechtlichen Mandat und um Einsetzung von lic. iur. Rebekka Hafner als neue amtliche Rechtsbeiständin wird mit Erlass des vorliegenden Urteils gegenstandslos (vgl. Bst. T).

#### **E. 9.3**

Mit Zwischenverfügung vom 17. Januar 2019 wurde der Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin gutgeheissen und Rechtsanwältin Raffaella Massara als amtliche Rechtsbeiständin beigeordnet. Das Bundesverwaltungsgericht geht bei anwaltlicher Vertretung bei amtlicher Vertretung durch eine Rechtsberatungsstelle in der Regel von einem Stundenansatz von Fr. 200.- bis Fr. 220.- aus (vgl. Art. 12 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VGKE). Die Rechtsvertreterin reichte eine Honorarnote vom 12. März 2019 in der Höhe von Fr. 3142.07 (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) ein. Der ausgewiesene zeitliche Aufwand von 13.05 Stunden, die Spesen von Fr. 50.- sowie der

verrechnete Stundenansatz von Fr. 220.- erscheinen angemessen. Rechtsanwältin Raffaella Massara ersuchte in ihrem Schreiben vom 19. November 2019 darum, ein ihr zustehendes amtliches Honorar sei ihrer bisherigen Arbeitgeberin auszurichten. Der (...) ist deshalb ein Honorar von Fr. 3142.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) auszurichten.  
(Dispositiv nächste Seite)

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