



Urteil vom 6. September 2016

Besetzung

Richterin Contessina Theis (Vorsitz),
Richter Bendicht Tellenbach, Richter Daniele Cattaneo,
Gerichtsschreiberin Susanne Bolz.

Parteien

A. _____,
geboren am (...),
China (Volksrepublik),
vertreten durch lic. iur. Seraina Berner,
Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende Aargau,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 21. Januar 2015 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer ist nach eigenen Angaben ethnischer Tibeter aus China. Ende November 2013 sei er illegal aus China ausgereist und via Hong-Kong im Januar 2014 nach Rom geflogen. Am 29. Oktober 2014 sei er weiter nach Basel gereist. Gleichentags reichte er im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) B. _____ ein Asylgesuch ein. Am 11. November 2014 fand dort seine Befragung zur Person und zum Reiseweg statt. Zum Beleg seiner Identität reichte der Beschwerdeführer seine Identitätskarte zu den Akten.

B.

Bereits in der Befragung vom 11. November 2014 gab der Beschwerdeführer an, mit C. _____ (N [...]) verlobt zu sein. Sie hätten sich in D. _____ kennengelernt, wo sie Schülerin gewesen sei. Ein Freund, der Lehrer gewesen sei, habe sie dem Beschwerdeführer vorgestellt. Sie hätten zwar nie zusammengelebt, aber sich seit 2012 regelmässig getroffen und in D. _____ ein Zimmer gemietet. Sie hätten nicht geheiratet, da sie noch zur Schule gegangen sei. Inzwischen habe er mit C. _____ ein gemeinsames Kind. Gemäss Aktenlage waren die Verlobte und das Kind seit 24. März 2014 Asylsuchende in der Schweiz.

C.

Abklärungen des damaligen Bundesamtes für Migration (BFM) ergaben, dass der Beschwerdeführer in Italien über ein „Permesso di Soggiorno“ als Flüchtling verfügte und gemäss der Datenbank „Eurodac“ am 27. Januar 2014 dort als asylsuchend erfasst worden war. Dem Beschwerdeführer wurde aufgrund dieser Informationen am 11. November 2014 das rechtliche Gehör zu einer möglichen Wegweisung nach Italien gewährt. Diesbezüglich führte er aus, in Italien bei der Einreise festgenommen und inhaftiert worden zu sein, da er mit einem gefälschten Pass gereist sei. Er sei ausserdem so weit gereist, um mit seiner Frau und seiner Tochter zusammen leben zu können. Er sehe in Italien keine Zukunft. Betreffend seines Gesundheitszustands brachte er vor, er habe in Tibet ein Lungenleiden gehabt, dass er regelmässig habe kontrollieren lassen. Momentan sei er aber nicht in Behandlung.

D.

Am 20. November 2014 zeigte ein Rechtsvertreter die Mandatsübernahme an. Er ersuchte um Akteneinsicht und wies auf den Umstand hin, dass der

Beschwerdeführer Frau und Kind habe, welche im Kanton E. _____ lebten. Er ersuchte deshalb um Zuteilung des Beschwerdeführers in den Kanton E. _____. Am 20. Januar 2014 wies die Vorinstanz das Gesuch um Akteneinsicht mit Verweis auf das noch laufende Verfahren ab.

E.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 2014 teilte das BFM dem Beschwerdeführer mit, dass die Dublin-Verordnung nicht anwendbar und sein Asylgesuch daher in der Schweiz zu behandeln sei. Gleichzeitig wurde ihm das rechtliche Gehör zu einem Nichteintretensentscheid gemäss Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG (SR 142.31) gewährt und Frist zur Stellungnahme betreffend eine mögliche Wegweisung nach Italien gesetzt.

F.

Am 12. Januar 2015 ersuchte die Vorinstanz die italienischen Behörden um Übernahme des Beschwerdeführers und informierte, dass sich auch die Verlobte und das gemeinsame Kind in der Schweiz im Asylverfahren befänden. Gemäss einer ersten Einschätzung handle es sich aber nicht um einen Anwendungsfall von Art. 8 EMRK.

G.

Am 9. Januar 2015 teilte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit, dieser bestätige, in Italien als Flüchtling anerkannt worden zu sein. Er sei aber in die Schweiz weitergereist, als er von seiner Frau erfahren habe, dass sie und das Kind sich in der Schweiz aufhielten. Sie habe nicht gewusst, dass er Asyl in Italien beantragt hatte. Er hoffe, dass er trotz Anerkennung in Italien mit Frau und Kind in der Schweiz bleiben könne.

H.

Am 19. Januar 2015 wurde der Beschwerdeführer dem Kanton E. _____ zugewiesen.

I.

Ebenfalls am 19. Januar 2015 bestätigten die italienischen Behörden ihre Bereitschaft zur Rückübernahme des Beschwerdeführers.

J.

Am 20. Januar 2015 legte der Rechtsvertreter sein Mandat nieder.

K.

Am 21. Januar 2015 trat das SEM auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG nicht ein und verfügte die

Wegweisung nach Italien. Gleichzeitig forderte es ihn auf, die Schweiz (spätestens) am Tag nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung zu verlassen, und beauftragte den zuständigen Kanton mit dem Vollzug der Wegweisung. Sodann händigte es dem Beschwerdeführer die editionspflichtigen Akten gemäss Aktenverzeichnis aus. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer könne in einen vom Bundesrat gemäss Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG als sicher deklarierten Drittstaat zurückkehren. Es würden zwar Anzeichen bestehen, dass der Beschwerdeführer die Bedingungen für eine Anerkennung als Flüchtling erfüllen würde. Gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG sei einem Begehren um Feststellung der Flüchtlings-eigenschaft oder von Wegweisungshindernissen in den Heimat- oder Herkunftsstaat jedoch nur dann zu entsprechen, wenn ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen werde. Dieser Nachweis könne aber nicht gelingen, wenn bereits ein Drittstaat einen Schutzstatus erteilt habe. Da der Beschwerdeführer in Italien bereits als Flüchtling anerkannt worden sei, könne er dorthin zurückkehren, ohne eine Rückschiebung in Verletzung des Non-Refoulement-Prinzips zu befürchten. Auch Art. 8 EMRK stehe dem Vollzug der Wegweisung nach Italien nicht entgegen, da die Verlobte in der Schweiz nicht über ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht verfüge. Der Beschwerdeführer habe dagegen einen Anspruch auf Familienvereinigung in Italien und könne diesen dort geltend machen. Er könne als Flüchtling auch reisen, daher sei es ihm zumutbar, den Kontakt zu Frau und Kind bis zum Abschluss des Familiennachzugsverfahrens von Italien aus aufrecht zu erhalten. Dieser Entscheid wurde am 28. Januar 2015 eröffnet.

L.

Am 3. Februar 2015 focht der Beschwerdeführer den Entscheid der Vorinstanz an und beantragte dessen Aufhebung. Das SEM sei anzuweisen, das Asylverfahren durchzuführen und ihn als Flüchtling anzuerkennen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subeventualiter sei festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung unzulässig und unzumutbar sei und eine vorläufige Aufnahme anzuordnen. In prozessualer Hinsicht wurde die unentgeltliche Prozessführung beantragt, einhergehend mit dem Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Angesichts der Komplexität der Materie wurde auch die amtliche Verbeiständung beantragt. Zur Begründung trug der Beschwerdeführer vor, er habe in Italien weder eine Wohnung noch Arbeit gefunden. Die Aufnahme- und Unterbringungsbedingungen in Italien seien prekär. Die von der Europäischen Union geforderten Mindeststandards seien nach Einschätzung deutscher Verwaltungsgerichte „in grossen Teilen nicht er-

füllt“. Die Schweizer Behörden seien verpflichtet, Garantien für die angemessene Unterbringung von Familien mit Kindern einzuholen. Da er selbst als anerkannter Flüchtling kein Anrecht mehr auf Unterkunft im Asylsystem habe, müsste er im Fall der Rückkehr nach Italien mit seiner Frau und der Tochter auf der Strasse leben, ein solches Leben könne er seiner Familie nicht zumuten. Seine Wegweisung würde sein Recht auf Achtung des Familienlebens verletzen, ebenso wie die Rechte seiner Frau und seines Kindes. Er habe kein Geld und könne daher seine Familie von Italien aus nicht besuchen. Zwar habe seine Verlobte noch keinen gefestigten Aufenthalt, jedoch hätten Familien bereits im Asylverfahren das Recht, nicht voneinander getrennt zu werden.

M.

In der Zwischenverfügung vom 11. Februar 2015 stellte das Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde fest, hiess das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gut und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Es hiess auch den Antrag auf amtliche Verbeiständung gut und forderte den Beschwerdeführer innert Frist auf, eine Rechtsvertretung zu benennen.

N.

Fristgerecht zeigte am 24. Februar 2016 eine neue Rechtsvertretung die Mandatsübernahme an.

O.

Am 27. Februar 2015 übermittelte das SEM dem zuständigen Zivilstandsamt die Unterlagen des Beschwerdeführers zur Durchführung eines Verfahrens auf Kindeserkennung.

P.

Am 5. Juni 2015 lud das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz innert Frist zur Vernehmlassung ein, insbesondere auch zum Verfahrensstand der Verlobten. In seiner Stellungnahme vom 19. Juni 2015 teilte das SEM mit, das Verfahren der Verlobten sei noch pendent, es sei jedoch mit einem zeitnahen Entscheid zu rechnen. Das SEM führte weiter aus, dass der Beschwerdeführer die Einheit der Familie in Italien sicherstellen könne. Am Nichteintretensentscheid werde vollumfänglich festgehalten.

Q.

In der Replik vom 28. Juli 2015 stellte die Rechtsvertreterin fest, auch das

SEM gehe davon aus, dass die Verfahren des Beschwerdeführers und seiner Verlobten zusammengehören würden. Daher wäre die Vorinstanz von Amtes wegen gehalten gewesen, die Verfahren bereits vor dem 21. Januar 2015 zu vereinigen. Der Hinweis, die Familieneinheit könne von Italien aus realisiert werden, müsse als hypothetische Annahme gewertet werden, es sei keineswegs sicher, dass Italien einem solchen Gesuch stattgeben würde. Ferner habe sich die Vorinstanz auch nicht zur Zumutbarkeit einer Überstellung der Familie nach Italien geäußert, auch der mögliche Einfluss des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Tarakhel gegen die Schweiz auf das vorliegende Verfahren sei nicht geprüft worden. Darüber hinaus habe der Beschwerdeführer bereits in seiner Befragung auf seine Leberprobleme hingewiesen. Trotz Versprechungen sei er aber nicht ärztlich untersucht worden. Auf telefonische Nachfrage habe er die typischen Symptome einer [Erkrankung] (Müdigkeit und inzwischen Erbrechen) geschildert.

R.

Mit Zwischenverfügung vom 3. November 2015 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren bis zum Entscheid des SEM über das Asylgesuch von C._____ und ihrer Tochter.

S.

Am 7. Januar 2016 wurden C._____ und ihre Tochter als Flüchtlinge anerkannt und ihnen wurde Asyl gewährt.

T.

Mit prozessleitender Verfügung vom 20. Januar 2016 hob die Instruktionsrichterin die Sistierung des Beschwerdeverfahrens auf und setzte der Vorinstanz angesichts der veränderten Sachlage erneut Frist zur Vernehmlassung.

U.

In seiner Stellungnahme vom 1. Februar 2016 führte das SEM aus, dass der Vollzug der Wegweisung selbst unter der Annahme einer in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fallenden familiären Beziehung zu rechtfertigen sei. Der Beschwerdeführer habe sich nicht in die Schweiz begeben, um ein Asylverfahren zu durchlaufen, sondern die Einreise und der Aufenthalt sei zum Zweck einer Familienzusammenführung erfolgt. Ein erneutes Asylgesuch dürfe jedoch nicht zur Umgehung der in Art. 51 AsylG genannten Vorschriften dienen. Es sei dem Beschwerdeführer und seiner

Partnerin zumutbar, das vorgesehene Verfahren bei den zuständigen Behörden in der Schweiz oder in Italien einzuleiten und den Ausgang des Verfahrens in Italien abzuwarten. Der die Trennung der Familie bewirkende Eingriff sei verhältnismässig, zumal die räumliche Trennung nicht sehr gross und überdies – vorausgesetzt das Verfahren verlaufe positiv – nur von vorübergehender Dauer sei. Die Vorinstanz stützte ihre Einschätzung auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts D-6565/2014 vom 29. Juni 2015 und D-656/2015 vom 5. Februar 2015.

V.

In der Replik vom 23. Februar 2016 wurde dagegen ausgeführt, die Vorinstanz unterstelle dem Beschwerdeführer missbräuchliche Absichten, als hätte er durch seine Einreise in die Schweiz absichtlich die massgeblichen Bestimmungen umgehen wollen. Solch ein Vorgehen setze jedoch umfangreiche rechtliche Kenntnisse voraus. Diese habe der Beschwerdeführer nicht, er habe einfach so schnell wie möglich zu seiner Frau und seinem Kind reisen wollen. Die Vorinstanz habe es nicht für notwendig gehalten, zu prüfen, ob es Gründe gebe, weshalb der Beschwerdeführer in der Schweiz verbleiben dürfe. Die Partnerin und das gemeinsame Kind seien inzwischen in der Schweiz als Flüchtlinge anerkannt worden. Der Beschwerdeführer lebe seit der Kantonzuteilung mit seiner Verlobten im Konkubinat und habe eine sehr enge Beziehung zu seiner Tochter aufgebaut. Er habe die Vaterschaft für sein Kind auch anerkannt. Zum Beleg reichte die Rechtsvertreterin ein Schreiben der Vermieter zu den Akten sowie Fotos aus dem Familienalbum. Darüber hinaus brachte sie vor, die Familie erwarte im August 2016 das zweite Kind. Hierzu reichte sie eine Schwangerschaftsbestätigung zu den Akten. Bei dieser Ausgangslage sei die Wegweisung des Beschwerdeführers nicht zumutbar. Der Beschwerdeführer leide sehr unter dem Gedanken an eine Trennung. Das beigefügte Arztzeugnis vom 15. Februar 2016 belege, dass er wegen einer [Krankheit] und [Krankheit] behandelt wurde.

W.

Am 10. März 2016 reichte die Rechtsvertreterin eine Kostennote zu den Akten.

X.

Mit weiterer Verfügung vom 3. Juni 2016 stellte die Instruktionsrichterin fest, eine vorfrageweise Prüfung ergebe, dass sich der Beschwerdeführer grundsätzlich auf einen Anspruch gestützt auf Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen kann, wobei diese Prüfung nicht mehr Sache der Asylbehörden, sondern

des zuständigen kantonalen Migrationsamtes wäre. Bis anhin sei jedoch nach Aktenlage kein Gesuch um Erteilung einer entsprechenden ausländerrechtlichen Bewilligung eingereicht worden. Der Beschwerdeführer sei daher aufzufordern, ein Gesuch beim zuständigen Amt für Migration seines Wohnkantons zu stellen und das Gericht über den Stand des Verfahrens in Kenntnis zu setzen. Andernfalls müsse davon ausgegangen werden, er verzichte auf seine im Ausländerrecht verankerten Ansprüche beziehungsweise die Geltendmachung entsprechender Wegweisungsvollzugshindernisse.

Y.

Mit Eingabe vom 9. Juni 2016 erkundigte sich die Rechtsvertreterin, weshalb das Gericht offenkundig davon ausgehe, dass keine „Vorfluchtehe“ bestehe, ansonsten ein Gesuch um Familienvereinigung an das SEM gerichtet werden müsste. Da das Paar nicht verheiratet sei, komme ein ausländerrechtlicher Familiennachzug gestützt auf Art. 44 Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG, SR 142.20) nicht in Frage. Die Hürden für eine Eheschliessung seien hoch und das Verfahren könne Monate, wenn nicht Jahre dauern. Abgesehen davon bestünden auch wirtschaftliche Hürden. Die Chancen für ein Familiennachzugsgesuch seien bei Sozialhilfeabhängigkeit sehr gering. Aus diesen Gründen sei es wünschenswert, wenn das Bundesverwaltungsgericht zur Feststellung gelangen könnte, dass in casu im Fall des Vollzugs der Wegweisung eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 EMRK drohen würde. Trotz aller dieser Bedenken hätten der Beschwerdeführer und seine Verlobte jedoch sofort das nötige ausländerrechtliche Verfahren an die Hand genommen und entsprechend beantragt. Die entsprechenden Unterlagen wurden nach Gewährung einer Fristverlängerung am 5. Juli 2016 dem Bundesverwaltungsgericht zur Kenntnis zugestellt.

Z.

Am 19. Juli beantragte die Rechtsvertreterin ihre Entlassung als unentgeltliche Rechtsvertreterin, da sie die Rechtsberatungsstelle verlasse. Sie schlug ihre Arbeitskollegin vor, die qualifiziert und bereit sei, das Mandat zu übernehmen. Mit Zwischenverfügung vom 26. Juli 2016 gab der Instruktionsrichter diesem Antrag statt und setzte antragsgemäss lic. iur. Frau Seraina Berner als amtliche Rechtsbeiständin ein. Der bisherigen Rechtsvertreterin wurde ein amtliches Honorar entrichtet.

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 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 Auslieferungersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

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

1.3 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 i.V.m. Art. 108 Abs. 2 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist – unter nachstehendem Vorbehalt – einzutreten.

2.

2.1 Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das SEM 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 2011/9 E. 5). Auf Ziff. 2 der Rechtsbegehren und den Antrag auf Asylgewährung kann daher nicht eingetreten werden.

2.2 Bezüglich der Frage der ausländerrechtlichen Wegweisung und des Wegweisungsvollzugs hat das BFM eine materielle Prüfung vorgenommen, weshalb dem Gericht diesbezüglich volle Kognition zukommt.

2.3 Mit Beschwerde können im Geltungsbereich des Asylgesetzes die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreitung des Ermessens) sowie die unrichtige und unvollständige Feststellung des

rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG). Soweit das Ausländerrecht anzuwenden ist, kann zudem die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 49 VwVG, Art. 96 AuG; vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

3.

3.1 Gemäss Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG wird auf ein Asylgesuch nicht eingetreten, 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.

3.2 Der Beschwerdeführer hat sich vor seiner Einreise in die Schweiz in Italien aufgehalten. Italien ist ein verfolgungssicherer Drittstaat im Sinne von Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG. Der Beschwerdeführer wurde in Italien als Flüchtling anerkannt und die italienischen Behörden haben seiner Rückübernahme zugestimmt (vgl. act. A24/1). Die Voraussetzungen für ein Nichteintreten auf das Asylgesuch gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG sind erfüllt.

3.3 Im Zuge der letzten Asylgesetzrevision wurden die früher im Rahmen der Anwendung der Drittstaatenregelung des aArt. Artikel 34 Abs. 2 AsylG geltenden Ausnahmebestimmungen des aArt. 34 Abs. 3 AsylG auf das völkerrechtliche Minimum beschränkt. Nach geltendem Recht stehen auch die Anwesenheit von nahen Angehörigen sowie die offensichtliche Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft der Wegweisung in einen Drittstaat nicht entgegen (vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010 [BBI 2010 4455, 4494]).

3.4 Die Vorinstanz ist in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG zu Recht auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht eingetreten.

4.

4.1 Gemäss Art. 44 AsylG verfügt das Staatssekretariat in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz, wenn es das Asylgesuch ablehnt oder darauf nicht eintritt; es berücksichtigt dabei die Einheit der Familie. Die Wegweisung wird unter anderem dann nicht verfügt, wenn die asylsuchende Person im Besitze einer gültigen Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung ist (Art. 32 Bst. a der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen [AsylV 1, SR 142.311]) oder Anspruch auf Erteilung einer solchen hat.

4.2 Gemäss Art. 14 Abs. 1 AsylG kann eine asylsuchende Person ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung. Ist dies der Fall, geht die Zuständigkeit, die Wegweisung aus der Schweiz zu verfügen, von den Asylbehörden auf die kantonale Ausländerbehörde über, welche über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu befinden hat. Im Asyl- und Wegweisungsverfahren ist die Wegweisung deshalb nicht zu verfügen, falls ein grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, über den konkret zu befinden die kantonale Ausländerbehörde zuständig ist. 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, 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 Freizügigkeitsabkommen einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vermitteln, fällt als Anspruchsgrundlage Art. 8 EMRK in Betracht, wobei diesbezüglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich ist.

4.3 Der Beschwerdeführer verfügt weder über eine ausländerrechtliche Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung noch über einen selbständigen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Da ein gesetzlicher Anspruch fehlt, ist vorfrageweise ein Anspruch gestützt auf Art. 8 EMRK zu prüfen.

4.4 Gemäss Art. 8 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz (Ziff. 1). Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer (Ziff. 2).

Art. 8 EMRK garantiert zwar das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, enthält aber kein Recht auf Aufenthalt in einem bestimmten Staat. Es kann aber das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des

Privat- und Familienlebens verletzen, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörige hier weilen, die Anwesenheit untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird. In den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fallen auch nicht rechtlich begründete familiäre Verhältnisse wie beispielsweise das Konkubinatsverhältnis, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht; entscheidend ist die Qualität des Familienlebens und nicht dessen rechtliche Begründung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_634/2011 vom 27. Juni 2012 E. 4.2.2). Der sich hier aufhaltende Familienangehörige beziehungsweise Konkubinatspartner muss nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung seinerseits über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen, was praxisgemäss der Fall ist, wenn er das Schweizer Bürgerrecht besitzt, ihm die Niederlassungsbewilligung gewährt wurde oder er über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (BGE 135 I 143 E. 1.3.1).

4.5 Aufgrund der vorliegenden Aktenlage steht fest, dass die Partnerin des Beschwerdeführers und das gemeinsame Kind als anerkannte Flüchtlinge mit Asyl einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung haben und jeweils über eine B-Bewilligung verfügen. Ihr Aufenthaltsstatus in der Schweiz entspricht mithin einem gefestigten Aufenthaltsrecht im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis. Zudem wird glaubhaft eine nahe, echte sowie gelebte Beziehung geltend gemacht, welche – entgegen den vorinstanzlichen Einschätzungen – den Kriterien eines Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK entspricht. Dafür spricht auch, dass die Partnerin des Beschwerdeführers inzwischen das zweite gemeinsame Kind erwartet.

Das Bundesverwaltungsgericht hat, wie oben erwähnt, von Amtes wegen die Asylverfahrensakten der Partnerin des Beschwerdeführers C. _____ (N [...]) beigezogen. Im Rahmen ihrer Befragung (im EVZ [...] am 15. April 2014; Akte N [...] A4/10 Ziff. 1.14, Ziff. 1.17.04, sowie bei der Anhörung des BFM am 30. September 2014, Akte N [...] A19/19, F. 64 – 66) gab diese in inhaltlich kongruenter Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer zu Protokoll, dass sie zwei Jahre lang, seit 2012 verliebt gewesen seien und eine Beziehung geführt hätten. Zwar hätten sie vor der Ausreise aus Tibet nie zusammengelebt, sie hätten sich jedoch regelmässig gesehen und besucht. Bei den Besuchen hätten sie jeweils für ihr Zusammensein ein Zimmer gemietet. Geheiratet hätten sie nicht, da sie noch Schülerin gewesen sei (vgl. auch act. A6/12, F. 1.14). Beider Familien hätten nichts von dieser Beziehung gewusst, weshalb C. _____, als sie ihre Schwangerschaft bemerkt hatte, sich auch nicht zur Familie des Beschwerdeführers begeben

hatte. C. _____ bestritt auch nicht, dass ihr Freund, der Beschwerdeführer, sich zunächst in Italien aufgehalten habe und dort Asyl beantragt hatte (vgl. Akte N [...] A19/19, F. 18 – 22). Das Bundesverwaltungsgericht hat keinerlei Anlass, daran zu zweifeln, dass die Beziehung des Beschwerdeführers zu seiner Partnerin bereits vor beider Ausreise bestand und er auch der Vater des Kindes ist.

Gemäss Aktenlage scheint auch die Vorinstanz vom Vorliegen einer zu beachtenden Familienverbindung ausgegangen zu sein. Zwar wurde den italienischen Behörden im Rahmen der Anfrage vom 12. Januar 2015 mitgeteilt, dass betreffend Partnerin und gemeinsamem Kind auf den ersten Blick kein Anwendungsfall von Art. 8 EMRK ersichtlich sei (vgl. act. A16/3, S. 2), jedoch findet sich in den Vorakten eine E-Mail-Korrespondenz, wonach die Verfahren des Beschwerdeführers und seiner Partnerin nicht getrennt behandelt werden sollten und festgestellt wurde, dass der Umstand, der Beschwerdeführer habe in Italien ein „Permesso di soggiorno“ erhalten, auch das weitere Verfahren N 617 596 beeinflussen könnte (vgl. act. A9/2). Deshalb wurde das Dossier von C. _____ (N [...]) zwecks „konsolidierter Rückübernahmeanfrage“ an die zuständige Sachbearbeiterin des Beschwerdeführers weitergeleitet (vgl. act. A11/2). In diesem Zusammenhang ist weiterhin auch bemerkenswert, dass das Verfahren der C. _____ und ihres Kindes nach Auftauchen des Beschwerdeführers sehr lange ruhte und erst nachdem das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung des Verfahrens des Beschwerdeführers bis zum Entscheid im Verfahren N [...] verfügte, erneut an die Hand genommen und schliesslich erledigt wurde (vgl. Sachverhalt Bst. P – R).

In Würdigung all dieser Umstände gelangt das Gericht vorfrageweise zur Einschätzung, dass sich der Beschwerdeführer somit grundsätzlich auf Art. 8 EMRK berufen kann, wobei die konkrete Beurteilung des Anspruchs nicht mehr Sache des Bundesverwaltungsgerichts, sondern des zuständigen Migrationsamtes ist, wo ein entsprechendes Gesuch derzeit hängig ist (vgl. Bst. Y).

Die im Asylverfahren angeordnete Wegweisung wird praxisgemäss aufgehoben, wenn ein grundsätzlicher Anspruch gestützt auf Art. 8 EMRK vorfrageweise bejaht wird (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4.2). Damit erübrigen sich weitere Ausführungen zur Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzuges; allfällige Wegweisungshindernisse sind ebenso durch die kantonale Migrationsbehörde zu prüfen.

5.

5.1 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerde bezüglich der verfügten Wegweisung sowie des Vollzugs der Wegweisung gutzuheissen ist und die Dispositiv-Ziffer 2 (Wegweisung) sowie die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 (Vollzug der Wegweisung) der Verfügung des SEM vom 21. Januar 2015 aufzuheben sind. In Bezug auf das Nichteintreten auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers vom 29. Oktober 2014 (Dispositiv-Ziffer 1) ist die Beschwerde abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen.

Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

6.

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Ohnehin wurde bereits in der Zwischenverfügung vom 11. Februar 2015 auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet.

6.2 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann von der Beschwerdeinstanz von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Da der zuerst beigeordneten Rechtsvertreterin bereits mit Verfügung vom 26. Juli 2016 ein Honorar entrichtet wurde und die neu eingesetzte amtliche Rechtsbeiständin keine weiteren Verfahrenshandlungen unternommen hat, ist keine weitere Parteientschädigung zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit die Aufhebung der angeordneten Wegweisung und des Wegweisungsvollzugs nach Italien beantragt wird.

Die Dispositivziffer 2 (Wegweisung) sowie die Dispositivziffern 3 und 4 (Wegweisungsvollzug) der Verfügung vom 21. Januar 2015 werden aufgehoben.

2.

Betreffend den Antrag auf die Aufhebung der Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 21. Januar 2015 (Nichteintreten auf das Asylgesuch vom 29. Oktober 2014) wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

5.

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Contessina Theis

Susanne Bolz

Versand: