



Urteil vom 15. Februar 2022

Besetzung

Einzelrichterin Gabriela Freihofer,
mit Zustimmung von Richterin Esther Marti;
Gerichtsschreiberin Nina Ermanni.

Parteien

A._____, geboren am (...),
Afghanistan,
vertreten durch MLaw Bülent Zengin, Rechtsschutz für Asyl-
suchende - Bundesasylzentrum Region (...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch (sicherer Drittstaat) und Weg-
weisung;
Verfügung des SEM vom 31. Januar 2022 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Die Ehefrau und die (...) Kinder ([...]) des Beschwerdeführers suchten am 14. Juni 2021 in der Schweiz um Asyl nach. Mit Verfügung vom 19. August 2021 stellte die Vorinstanz fest, sie erfüllten die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte ihre Asylgesuche ab und verfügte die Wegweisung aus der Schweiz, welche aber wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs zu Gunsten einer vorläufigen Aufnahme aufgeschoben wurde. Die Verfügung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

B.

Der Beschwerdeführer suchte am 13. Oktober 2021 in der Schweiz um Asyl nach und reichte zugleich eine Fotokopie seines afghanischen Identitätsausweises (Tazkira) zu den Akten.

C.

Ein Abgleich seiner Fingerabdrücke mit der "Eurodac"-Datenbank ergab, dass er bereits am (...) 2016 in Deutschland und am (...) 2017 in Italien Asylgesuche eingereicht hatte.

D.

Am 19. Oktober 2021 beauftragte der Beschwerdeführer die Mitarbeitenden des Rechtsschutzes im Bundesasylzentrum Region B. _____ mit der Wahrung seiner Rechte im Asylverfahren.

E.

Anlässlich der Personalienaufnahme vom 19. Oktober 2021 und des persönlichen Gesprächs vom 29. Oktober 2021 gemäss Art. 5 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 (nachfolgend: Dublin-III-VO) führte der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, er habe Afghanistan vor rund vier Monaten verlassen und sei über Pakistan, den Iran und die Türkei nach Griechenland gereist. Fingerabdrücke seien ihm während der Reise keine abgenommen worden. In Griechenland sei er lediglich eine Woche in einem Camp in Athen gewesen. Auf seine Asylgesuche in Deutschland und Italien angesprochen, führte er aus, er habe in Deutschland einen negativen Asylentscheid erhalten, weshalb er zu seiner Familie nach Afghanistan

zurückgekehrt sei. In Italien sei er lediglich auf dem Weg nach Hause aufgegriffen worden. Er sei danach via Serbien und Griechenland in die Türkei gelangt und habe sich von da aus nach Afghanistan ausschaffen lassen. An seine Zeit in Italien könne er sich nicht erinnern, er habe dort aber keinen Asylentscheid erhalten. In Deutschland sei er des Landes verwiesen worden. Der Ausschaffungszeitpunkt von der Türkei nach Afghanistan sei im Jahr 2018 gewesen.

Zur möglichen Zuständigkeit Italiens für sein Asylverfahren führte er aus, dass seine Ehefrau gemeinsam mit den Kindern in C._____ lebe und er bei diesen bleiben wolle. Andere Gründe gegen eine Zuständigkeit Italiens brachte er nicht vor.

Nach seinem derzeitigen gesundheitlichen Wohlbefinden gefragt, führte er aus, es gehe ihm ganz gut.

F.

Die Vorinstanz ersuchte am 1. November 2021 gestützt auf Art. 18 Abs. 1 Bst. b Dublin-III-Verordnung die italienischen Behörden um Wiederaufnahme des Beschwerdeführers unter Hinweis auf den Aufenthaltsstatus seiner Ehefrau und seiner (...) Kinder in der Schweiz sowie seine geltend gemachte Rückkehr nach Afghanistan im Jahre 2018. Am 12. November 2021 lehnten die italienischen Behörden das Ersuchen mit dem Hinweis ab, dass Italien dem Beschwerdeführer bereits subsidiären Schutz gewähre und dieser über eine bis zum (...) 2023 gültige Aufenthaltserlaubnis verfüge.

G.

G.a Am 16. November 2021 ersuchte die Vorinstanz die italienischen Behörden gestützt auf die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Rückführungsrichtlinie) sowie das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Italienischen Republik über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt vom 10. September 1998 (SR 0.142.114.549, nachfolgend: Rückübernahmeabkommen) unter Beilage des Schreibens der italienischen Behörden vom 12. November 2021 um Rückübernahme des Beschwerdeführers.

G.b Mit Schreiben vom 23. November 2021 stimmten die italienischen Behörden dem Ersuchen zu.

H.

H.a Mit Schreiben vom 7. Dezember 2021 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer – unter Beilage der Dokumente – mit, Abklärungen des SEM hätten ergeben, dass ihm in Italien subsidiärer Schutz gewährt worden sei und die italienischen Behörden dem Rückübernahmeersuchen zugestimmt hätten. Das SEM beabsichtige daher, gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG (SR 142.31) auf sein Asylgesuch nicht einzutreten, und gewähre ihm diesbezüglich nun das rechtliche Gehör.

H.b Mit Stellungnahme vom 17. Dezember 2021 führte der Beschwerdeführer aus, er habe bei seiner ersten Reise nach Europa in Deutschland ein Asylgesuch eingereicht, welches jedoch abgelehnt worden sei. Da seine Familie immer noch in Afghanistan gewesen sei, habe er sich zur Rückkehr entschieden. Da die deutschen Behörden jedoch untätig geblieben seien, habe er sich nach Italien begeben, um von da aus nach Afghanistan zurückzukehren. Da auch dieser Versuch erfolglos geblieben sei, habe er einen Schlepper beauftragt, der ihn bis in die Türkei begleitet habe, und von dort aus sei er schliesslich nach Afghanistan ausgeschafft worden. Als Beweis für seine Rückkehr nach Afghanistan diene sein Pass, der am (...) 2018 ausgestellt und mittels Eingabe vom 11. November 2021 eingereicht worden sei. Zurück nach Italien wolle er nicht, da seine Ehefrau in medizinischer Behandlung sei und Unterstützung bei der Erziehung der (...) Kinder brauche. Seine Familie befinde sich in der Schweiz, weshalb er auch im Sonderausgang bei seiner Familie untergebracht sei. Aufgrund der Umstände müsse vorliegend eine Auseinandersetzung mit Art. 8 EMRK sowie Art. 3 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107) erfolgen. Das Familienleben sei als gelebt und intakt zu bezeichnen, weshalb gemäss Art. 8 EMRK eine Interessenabwägung vorzunehmen sei. Diesbezüglich sei zu beachten, dass zwischen der Ehefrau und ihm, dem Beschwerdeführer, ein Abhängigkeitsverhältnis bestehe, da diese ohne seine Unterstützung aufgrund ihrer psychischen Erkrankung kaum für die gemeinsamen Kinder sorgen könne. Zudem würde seine Rückkehr gegen das Kindeswohl der minderjährigen Kinder sprechen.

Zur Untermauerung seiner Vorbringen reichte der Beschwerdeführer eine Fotokopie eines pakistanischen Visums sowie einen Arztbericht seiner Ehefrau vom 15. Dezember 2021 des D._____ ein.

I.

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2021 sowie vom 19. Januar 2022 reichte die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers Arztberichte der Kinderärztin

der ältesten (...) Kinder vom 16. Dezember 2021 sowie einen Arztbericht betreffend die Ehefrau vom 17. Januar 2022, wonach ihr eine (...) diagnostiziert worden sei, zu den Akten.

J.

Mit Schreiben vom 31. Januar 2022 nahm der Beschwerdeführer zum Entscheidentwurf der Vorinstanz vom 27. Januar 2022 Stellung. Er führte aus, er bemühe sich seit langem um ein gemeinsames Leben mit seiner Familie. Diese Möglichkeit sei ihm immer wieder verwehrt worden. Im Jahr 2016 sei er ein erstes Mal nach Europa gereist. Sein Ziel sei es gewesen, in Europa Schutz zu erhalten und seine Familie nachzuziehen. Nach der Abweisung seines Asylgesuchs in Deutschland habe er von Italien aus zurück nach Afghanistan gewollt. In Italien sei er zwar durch die Polizei aufgegriffen worden und habe seine Fingerabdrücke abgegeben, ein Asylgesuch habe er aber nicht gestellt, und er habe auch keine Kenntnis von seinem subsidiären Schutzstatus. Nach seiner Rückkehr nach Afghanistan hätten sich seine Probleme verschärft. Er sei von den Taliban entführt und in der Folge für (...) festgehalten worden. Da seine Ehefrau nicht gewusst habe, ob er noch lebe, und sie selbst von den Taliban bedroht worden sei, sei sie mit den Kindern in die Schweiz geflohen und habe ein Asylgesuch gestellt. Er sei nach seiner Freilassung zu seiner Familie in die Schweiz gereist. Seit der Wiedervereinigung kümmere er sich um seine Familie.

K.

Mit Verfügung vom 31. Januar 2022 – eröffnet am 1. Februar 2022 – trat das SEM in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an. Ferner wurden ihm die editionspflichtigen Akten gemäss Aktenverzeichnis ausgehändigt.

L.

Mit Eingabe vom 8. Februar 2022 liess der Beschwerdeführer durch seine Rechtsvertretung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung vom 31. Januar 2022 erheben und beantragte, die Verfügung des SEM sei im Wegweisungspunkt aufzuheben, es sei die Unzulässigkeit oder Unzumutbarkeit der Wegweisung festzustellen und die Vorinstanz anzuweisen, den Beschwerdeführer in der Schweiz vorläufig aufzunehmen, eventualiter sei der Verfügung aufzuheben und zur vollständigen Sachverhaltsfeststellung sowie Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung inklusive Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

Auf die eingereichten Beweismittel wird – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

M.

Die vorinstanzlichen Akten lagen dem Bundesverwaltungsgericht am 9. Februar 2022 in elektronischer Form vor (vgl. Art. 109 Abs. 3 AsylG).

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 in der Regel – und so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

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 worden. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 3 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

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 der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist (BVGE 2017 VI/5 E. 3.1;

2012/4 E. 2.2, je m.w.H.). Demgegenüber prüft die Vorinstanz in solchen Fällen die Frage der Wegweisung und des Vollzugs materiell, weshalb dem Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich die volle Kognition zukommt.

3.

Die Beschwerde erweist sich – wie nachfolgend aufgezeigt – als offensichtlich unbegründet, weshalb sie im Verfahren einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters beziehungsweise einer zweiten Richterin (Art. 111 Bst. e AsylG), ohne Durchführung eines Schriftenwechsels und mit summarischer Begründung, zu behandeln ist (Art. 111a Abs. 1 und 2 AsylG).

4.

4.1 In der Beschwerde werden eine durch die Vorinstanz unzureichende Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie eine Verletzung der Begründungspflicht vorgebracht. Diese Rügen sind vorab zu prüfen, da sie allenfalls geeignet wären, eine Kassation der vorinstanzlichen Verfügung zu bewirken.

4.2 Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Untersuchungsgrundsatz). Unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung dann, wenn der Verfügung ein falscher und aktenwidriger Sachverhalt zugrunde gelegt wurde. Unvollständig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn die Behörde den Sachverhalt nicht von Amtes wegen abgeklärt hat, oder wenn nicht alle für den Entscheid wesentlichen Sachumstände berücksichtigt wurden (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*; 3. Aufl. 2013, Rz. 1043). Weiter besteht die Pflicht der Behörden, Vorbringen des Betroffenen tatsächlich zu hören, ernsthaft zu prüfen und in ihrer Entscheidung angemessen zu berücksichtigen (Art. 35 VwVG). Die Entscheidbegründung muss so abgefasst sein, dass die betroffene Person den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann.

4.3

4.3.1 Hinsichtlich der Frage des Nichteintretens auf das Asylgesuch wird vom Beschwerdeführer geltend gemacht, die Zusicherung der italienischen Behörden zur Rückübernahme vom 23. November 2021 sei zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids nicht mehr gültig gewesen. Die vorgesehene Frist von einem Monat ab Bekanntgabe (vgl. Art. 6 Abs. 3 des Rückübernahmeabkommens) sei abgelaufen gewesen. Die Vorinstanz hätte

zum Entscheidungszeitpunkt eine erneute Zusicherung einholen müssen. Daher sei der Sachverhalt nicht hinreichend erstellt.

4.3.2 Vorliegend stimmten die italienischen Behörden dem Ersuchen der Vorinstanz um Rückübernahme des Beschwerdeführers am 23. November 2021 ausdrücklich zu. Zwar lag diese Ermächtigung zur Rückübernahme zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids über einen Monat zurück. Es ist aber davon auszugehen, dass die italienischen Behörden den subsidiären Schutzstatus des Beschwerdeführers nach wie vor als gültig erachten und eine Rückübernahme gewährleistet ist, dies zu den von den italienischen Behörden angegebenen Bedingungen (namentlich eine Vorkündigung innert fünf Arbeitstagen). Weshalb die italienischen Behörden eine Verlängerung der Ermächtigung verweigern sollten, ist im vorliegenden Fall nicht zu erblicken, zumal der Beschwerdeführer über eine bis am (...) 2023 gültige Aufenthaltsbewilligung für Italien besitzt. Wie der Beschwerdeführer erwähnt, gilt die Ermächtigung zur Rückübernahme für einen Monat ab dem Zeitpunkt ihrer Bekanntgabe. Diese Frist kann auf Antrag der ersuchenden Vertragspartei jedoch verlängert werden (vgl. Art. 6 Abs. 3 des Rückübernahmeabkommens). Es gibt keine Bestimmungen, wonach die Frist nicht mehrmals beziehungsweise innert einer vorgegebenen Frist verlängert werden könnte oder nach Ablauf dieser Frist ein Übergang der Zuständigkeit erfolgen würde (vgl. Urteil des BVGer E-6331/2020 vom 18. Mai 2021 E. 4.2). Eine unzureichende Sachverhaltsfeststellung kann diesbezüglich nicht erblickt werden.

4.4

4.4.1 Weiter macht der Beschwerdeführer (hinsichtlich der angeordneten Wegweisung) geltend, die Vorinstanz habe sich nicht eingehend mit dem Grundsatz der Einheit der Familie auseinandergesetzt (insb. Art. 44 AsylG und Art. 8 EMRK). Nur weil er in Italien über einen subsidiären Schutzstatus verfüge, könne nicht davon ausgegangen werden, eine Familienvereinigung sei dort ohne Weiteres möglich. Seine Ehefrau sei zudem auf medizinische Versorgung angewiesen und es sei bekannt, dass der Zugang zu medizinischer Versorgung in Italien erschwert sei. Auch habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, wie sich seine Rückkehr nach Italien auf das Wohl seiner Kinder auswirke. Folglich sei auch hier der Sachverhalt nicht genügend erstellt worden. Ferner habe die Vorinstanz ihre Prüfungs- und Begründungspflicht verletzt.

4.4.2 Diesbezüglich ist festzustellen, dass die Vorinstanz die entsprechenden Vorbringen des Beschwerdeführers sowie seine familiäre Situation be-

rücksichtigt und diese in ihrem Entscheid umfassend gewürdigt hat. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat eine Auseinandersetzung mit dem Grundsatz der Einheit der Familie im vorliegenden Fall stattgefunden. Das SEM hat einlässlich dargelegt, weshalb es eine Wegweisung (und deren Vollzug) als durchführbar erachte. Alleine der Umstand, dass das SEM zu einer anderen Einschätzung als der Beschwerdeführer gelangt ist, bedeutet noch keinen formellen Mangel. Mithin verwechselt der Beschwerdeführer hier formelle Fragen mit dem Aspekt der von der Vorinstanz vorgenommenen materiellen Würdigung des Sachverhalts. Sachverhaltsergänzungen auf Beschwerdeebene sind nicht festzustellen, mithin kann dieser als hinreichend erstellt erachtet werden. Inwiefern das SEM, namentlich mit einer anderen Entscheidungsbegründung als vom Beschwerdeführer gefordert, seine Begründungspflicht verletzt haben soll, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Zudem war es dem Beschwerdeführer offensichtlich möglich, den Entscheid sachgerecht anzufechten.

4.5 Damit erweisen sich die formellen Rügen als unbegründet. Für eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz besteht nach dem Gesagten keine Veranlassung. Das entsprechende Begehren ist abzuweisen.

5.

5.1 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.

5.2 Der Beschwerdeführer hat sich vor seiner Einreise in die Schweiz unbestrittenermassen in Italien aufgehalten. Italien ist ein verfolgungssicherer Drittstaat im Sinne von Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG. Wie von der Vorinstanz zutreffend festgestellt, kann der Beschwerdeführer in diesen Drittstaat zurückkehren, zumal er dort subsidiären Schutz erhalten hat und die italienischen Behörden seiner Rückübernahme zugestimmt haben (SEM-Akte 1112103-16/1; 1112103-19/1). In der Beschwerdeschrift wird dem Nichteintreten auf das Asylgesuch in materieller Hinsicht nichts entgegengesetzt. Die Vorinstanz ist somit in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG zu Recht auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht eingetreten.

6.

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 (Art. 44 AsylG).

6.2

6.2.1 Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung zunächst aus, die vom Beschwerdeführer gemachten Angaben betreffend die angebliche Rückkehr nach Afghanistan seien unglaublich ausgefallen. Zu seinem subsidiären Schutz in Italien, dem damit verbundenen durchlaufenen Asylverfahren und der italienischen Aufenthaltsbewilligung mit Gültigkeit bis zum (...) 2023 habe er ausgesagt, keinen Asylentscheid in Italien erhalten zu haben. Zu den getätigten Abklärungen und Ergebnissen des SEM habe er sich anlässlich des ihm gewährten rechtlichen Gehörs nicht geäußert. Gemäss Kenntnissen des SEM sei eine italienische Aufenthaltsbewilligung fünf Jahre gültig, dementsprechend müsse seine Aufenthaltsbewilligung etwa am (...) 2018 ausgestellt worden sein; zu einem Zeitpunkt, an welchem er sich gemäss eigenen Aussagen nicht in Italien aufgehalten habe. Belege für seine geltend gemachte Rückreise nach Afghanistan seien nicht eingereicht worden.

Sodann würden sich die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK aus einem tatsächlich bestehenden Familienleben ergeben. Vorliegend sei davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer im (...) 2018 in Italien subsidiärer Schutz gewährt worden sei. Folglich wäre es ihm ohne Weiteres möglich gewesen, sich um einen Familiennachzug nach Italien zu bemühen, um dadurch ein gemeinsames Familienleben mit seiner sich seit Juni 2021 in der Schweiz befindenden Familie zu ermöglichen. Seine Aufenthaltsbewilligung sei zudem nachweislich noch gültig, weshalb es ihm möglich und zumutbar sei, seine Familie in C._____ zu besuchen und zu unterstützen sowie sich um ein Bleiberecht seiner Ehefrau und Kinder in Italien zu bemühen. Im Gegensatz zu seinen Angehörigen verfüge er über einen gesicherten Aufenthaltstitel und einen Schutzstatus in Italien. Die Bestimmungen des Flüchtlings- und Asylrechts dienten sodann nicht dazu, jene des Familiennachzugs zu umgehen. Für ein allfälliges Ersuchen um Wiedererwägung seines Asylentscheides sei schliesslich nicht die Schweiz, sondern Italien zuständig.

6.2.2 Der Beschwerdeführer brachte demgegenüber vor, er habe während seiner Zeit in Deutschland den Kontakt zu seiner Familie aufrechterhalten und dadurch erfahren, dass es seiner Familie immer schlechter gehe. Deshalb habe er sich zur Rückkehr nach Afghanistan entschieden und sei zu diesem Zweck nach Italien gereist, wo er von den italienischen Behörden

aufgegriffen worden sei und ein Asylgesuch gestellt habe. Von der Schutzgewährung in Italien habe er nicht gewusst. Nach seiner Rückkehr nach Afghanistan sei er von den Taliban entführt und festgehalten worden. Seine Ehefrau und die Kinder seien in der Folge aus Afghanistan ausgereist. Ihm sei schliesslich die Flucht gelungen und er sei ebenfalls ausgereist. Nach seiner Ankunft in der Schweiz habe er um Asyl nachgesucht. Er wohne bei seiner Familie in C._____. Der Gesundheitszustand seiner Ehefrau sei schlecht und sie habe Mühe, den Alltag alleine zu bewältigen sowie zu den Kindern zu schauen. Er kümmere sich um die Familie. Vorliegend sei die Einheit der Familie (Art. 44 AsylG) zu beachten. Ferner falle der Sachverhalt unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK. Da seine Familie nicht in absehbarer Zeit in den Heimatstaat weggewiesen werde, sei von einem faktischen Anwesenheitsrecht auszugehen.

6.3

6.3.1 Im Asyl- und Wegweisungsverfahren ist die Wegweisung nicht zu verfügen, wenn ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht. Die kantonale Ausländerbehörde ist zuständig, über den Anspruch konkret zu befinden (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4). Als Anspruchsgrundlage fällt dabei unter anderem Art. 8 EMRK in Betracht, wobei diesbezüglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich ist. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens ist daher vorfrageweise zu prüfen (Art. 14 Abs. 1 AsylG), ob sich der Beschwerdeführer auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann.

6.3.2 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK besagt, dass Ausländerinnen und Ausländern gestützt auf den in Art. 8 EMRK und Art. 13 BV gewährleisteten Schutz des Familienlebens ein potenzieller Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz erwächst, wenn eine enge, nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung vorliegt. Weiter muss das in der Schweiz lebende Familienmitglied hier über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen (vgl. BGE 139 I 330 E. 2.1). Von einem solchen ist bei schweizerischer Staatsangehörigkeit auszugehen, ebenso bei einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung, auf deren Verlängerung ein Anspruch besteht (vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.1 und 3.1; 130 II 281 E. 3.1). 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 Re-

alität hingenommen wird beziehungsweise aus objektiven Gründen hingenommen werden muss (vgl. BGE 138 I 246 E. 3.3.1; 130 II 281 E. 3.2 f., u.a. Urteil des BVGer E-3000/2021 vom 15. September 2021 E. 6.3.1 m.w.H.). Ein solches ist unter anderem im Fall von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen, bei denen eine Aufhebung ihres rechtlichen Status in absehbarer Zukunft nicht anzunehmen ist, zu bejahen (vgl. BVGE 2017 VII/4 E. 6.3).

6.3.3 Vorab ist festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht nach Durchsicht der Akten zum Schluss kommt, dass die persönliche Glaubwürdigkeit des Beschwerdeführers erschüttert ist. So führte er anlässlich des persönlichen Gesprächs aus, er habe sich in Italien nicht lange aufgehalten und vergessen, wann er Italien verlassen habe (SEM-Akte 1112103-12/3). Den Akten lässt sich jedoch eindeutig entnehmen, dass er am (...) 2017 in Italien ein Asylgesuch eingereicht hatte (SEM-Akte 1112103-10/2). Anlässlich des rechtlichen Gehörs äusserte er sich zu den vorgelegten Beweisen des SEM betreffend sein Asylverfahren in Italien sowie der subsidiären Schutzgewährung durch die italienischen Behörden nicht, sondern führte lediglich aus, er könne einen afghanischen Pass vom (...) 2018 sowie ein Visum für Pakistan vorweisen. Dies belege, dass er nach Afghanistan zurückgekehrt sei (SEM-Akte 1112103-22/3). In der Stellungnahme zum Entscheidentwurf stellte er sich sodann auf den Standpunkt, von seinem Asylverfahren in Italien nichts gewusst zu haben (SEM-Akte 1112103-26/4). In der Beschwerdeschrift gibt er dann an, er habe am (...) 2017 in Italien ein Asylgesuch eingereicht (Beschwerde S. 3). Da dem Beschwerdeführer in Italien subsidiär Schutz gewährt wurde, musste er unweigerlich ein Asylverfahren in Italien durchlaufen und unter anderem auch zur persönlichen Anhörung vor den italienischen Behörden erscheinen. Es kann somit aufgrund der Verfahrensmodalitäten nicht sein, dass der Beschwerdeführer von all dem nichts gewusst haben will. Ob der Beschwerdeführer zwischenzeitlich tatsächlich nach Afghanistan zurückgekehrt ist, ist für die vorliegende Frage der Wegweisung letztlich irrelevant. Entsprechend ist auch auf die diesbezüglich auf Beschwerdeebene eingereichten Beweismittel nicht einzugehen.

Sodann ist auf den Umstand zu verweisen, dass der Beschwerdeführer gemäss Abklärungen des SEM seit (...) 2018 über einen subsidiären Schutzstatus in Italien verfügt. Hätte er, wie von ihm behauptet, stets das Ziel gehabt, Schutz in Europa zu erhalten und seine Familie nachzuziehen, sowie ein Interesse am Zusammenleben mit seiner Familie gehabt, wäre es ihm somit seit (...) 2018 – mithin lange bevor sich seine Familie ohne

ihn auf den Weg nach Europa gemacht habe – möglich gewesen, sich darum zu bemühen, seine Familie auf legalem Weg nach Italien nachzuziehen. Dies hat er allem Anschein nach jedoch bewusst unterlassen.

6.3.4 Ob es sich bei der vorliegenden Konstellation um ein gelebtes Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK handelt, kann offengelassen werden. Der Beschwerdeführer hat in der Schweiz keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung. Seine Ehefrau und seine Kinder verfügen in der Schweiz seit rund einem halben Jahr über eine vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs, mithin über kein gefestigtes Anwesenheitsrecht. Aufgrund ihrer kurzen Aufenthaltsdauer in der Schweiz seit dem 14. Juni 2021 kann sich der Beschwerdeführer nicht auf eine Ausnahmesituation im oberwähnten Sinne berufen. Wer über kein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt, kann ein solches auch nicht einem Dritten – wie vorliegend dem Beschwerdeführer – verschaffen (vgl. Urteil E-6331/2020 E. 6.3 m.w.H.).

Der Beschwerdeführer hat in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt, obwohl er bekanntermassen bereits in Italien Schutz genießt. Sein hauptsächliches Anliegen dürfte eine Vereinigung mit seiner Ehefrau und den Kindern sein. Das (schweizerische) Asylverfahren darf indes nicht dazu verwendet werden, die gesetzlichen Bestimmungen über den Familiennachzug zu umgehen (vgl. a.a.O. E. 6.4 m.w.H.). Dem Beschwerdeführer steht es frei, umgehend bei den italienischen Behörden ein Gesuch um Familiennachzug für seine Frau und seine Kinder zu stellen. In diesem Zusammenhang ist überdies festzuhalten, dass die über diejenige von Art. 8 EMRK hinausgehende Tragweite von Art. 44 AsylG (Grundsatz der Einheit der Familie) vorliegend nicht zur Anwendung kommen kann, zumal der Beschwerdeführer in der Schweiz ein Asylgesuch eingereicht hat, nachdem ein Familienmitglied (wie vorliegend seine Ehefrau und die Kinder) die vorläufige Aufnahme erhalten hat. In dieser Konstellation ist von einer Umgehung der ausländerrechtlichen Nachzugsbestimmung gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG auszugehen (vgl. Urteil E-6331/2020 E. 7.4 m.H. auf BVGE 2017 VII/8 E. 5.3).

6.3.5 Nach dem Gesagten kann sich der Beschwerdeführer nicht auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Aufenthalt beziehungsweise auf eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz berufen. Seine Wegweisung wurde demnach vom SEM zu Recht angeordnet.

7.

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 [SR 142.20]).

7.2

7.2.1 Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AIG).

7.2.2 Nachdem der Beschwerdeführer in Italien subsidiären Schutz genießt, 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 Nicht-rückschiebung. Italien ist 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) sowie des Zusatzprotokolls der FK vom 31. Januar 1967 (SR 0.142.301) und kommt seinen diesbezüglichen völkerrechtlichen Verpflichtungen nach. 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 (u.a. Art. 26 [Zugang zu Beschäftigung], Art. 29 Abs. 2 [Sozial- und Nothilfe] und Art. 30 Abs. 2 [medizinische Versorgung]).

7.2.3 Bezüglich seines Wunsches nach einem Zusammenleben mit seiner Ehefrau und den Kindern und namentlich der geltend gemachten Verletzung von Art. 8 EMRK ist auf die obigen Ausführungen zur Wegweisung respektive auf das dafür vorgesehene Familienzusammenführungsverfahren zu verweisen. Der Beschwerdeführer hat ein solches Verfahren von Italien aus anzustrengen. Eine vorübergehende räumliche Trennung erscheint verhältnismässig, zumal die Aufrechterhaltung des Kontakts sowie

Besuche in der Schweiz möglich sind. Die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers hinsichtlich eines allfälligen Familienlebens in Italien sind nicht vorliegend, sondern allenfalls in einem Familiennachzugsverfahren zu prüfen.

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

7.3 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.

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs mit zutreffender Begründung bejaht. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf die diesbezüglichen Erwägungen in der angefochtenen Verfügung – denen der Beschwerdeführer nichts entgegengesetzt – verwiesen werden. Es obliegt dem Beschwerdeführer, wenn nötig 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.

Damit erweist sich der Vollzug der Wegweisung nach Italien als zumutbar.

7.4 Nachdem die italienischen Behörden einer Rückübernahme des Beschwerdeführers ausdrücklich zugestimmt haben, ist der Vollzug der Wegweisung auch möglich (Art. 83 Abs. 2 AIG).

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

8.

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist (Art. 106 Abs. 1 AsylG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

9.

9.1 Die gestellten Begehren haben sich als aussichtslos erwiesen, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung ungeachtet einer allfälligen prozessualen Bedürftigkeit abzuweisen ist (Art. 65 Abs. 1 VwVG).

9.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und auf insgesamt Fr. 750.– festzusetzen (Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wird abgewiesen.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 750.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

4.

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

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Gabriela Freihofer

Nina Ermanni

Versand: