



Abteilung IV
D-4431/2021
law/fes

Urteil vom 8. Mai 2025

Besetzung

Richter Walter Lang (Vorsitz),
Richterin Roswitha Petry, Richterin Nina Spälti Giannakitsas,
Gerichtsschreiberin Sarah Ferreyra.

Parteien

A._____, geboren am (...),
Eritrea,
vertreten durch lic. iur. Dominik Löhner,
Zürcher Beratungsstelle für Asylsuchende (ZBA),
Beschwerdeführer,
gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung
(sicherer Drittstaat);
Verfügung des SEM vom 23. September 2021 / N (...).

Sachverhalt:

A.

Der Beschwerdeführer suchte am 7. Oktober 2014 erstmals in der Schweiz um Asyl nach.

B.

Bei der Befragung zur Person (BzP) vom 30. Oktober 2014 gab er an, er sei mit B._____ seit 1994 religiös getraut und habe mit ihr drei gemeinsame Kinder. Er habe sie seit 2007 nicht mehr gesehen. Er habe damals den Urlaub vom Militärdienst zum zweiten Mal überzogen und sei aus Furcht vor Konsequenzen aus Eritrea ausgereist. Er habe seine Familie das Wochenende zuvor dank einer Information eines Bekannten wieder gefunden. Er akzeptiere, dass seine Frau in der Zwischenzeit von einem anderen Mann ein weiteres Kind habe. Er möchte trotzdem mit ihnen leben. Das Leben in Italien sei schwierig und er habe Diabetes.

C.

Mit Eingabe seiner damaligen Rechtsvertreterin vom 22. Dezember 2014 nahm der Beschwerdeführer Stellung zu einer Wegweisung in den Drittstaat Italien. Gleichzeitig wurde in der Eingabe um Familiennachzug gestützt auf Art. 8 EMRK ersucht mit dem Hinweis, die Frau und die Kinder des Beschwerdeführers seien in der Schweiz am (...) 2014 als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen worden. Erst im Februar 2013 habe sich das Paar wieder gefunden, nachdem sie im Jahr 2007 durch die Flucht getrennt worden seien. Im (...) 2013 habe der Beschwerdeführer seine Frau in der Schweiz besucht. Während dieser Zeit sei das jüngste Kind gezeugt worden.

D.

Mit Verfügung vom 12. Januar 2015 trat das SEM auf das Asylgesuch vom 7. Oktober 2014 gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG nicht ein und verfügte die Wegweisung und deren Vollzug aus der Schweiz nach Italien. Es begründete seinen Entscheid damit, dass Italien einer Rückübernahme zugestimmt habe und die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Garantie von Art. 8 EMRK nicht gegeben seien, da der Beschwerdeführer und Frau B._____ sich seit 2007 nicht mehr gesehen hätten und demnach nicht von einer dauerhaften und tatsächlich gelebten Beziehung im Sinne von Art. 8 EMRK gesprochen werden könne. Seine Aussage, das jüngste Kind von Frau B._____, C._____, sei von ihm während einem seiner Besuche der Familie in der Schweiz gezeugt worden, müsse als unglaublich beurteilt werden. Der Umstand, dass er seit kurzem mit Frau

B._____ und den Kindern zusammenwohne, vermöge an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Er könne sich daher nicht auf Art. 8 EMRK berufen. Gleichzeitig hielt es fest, dass das Familiennachzugsgesuch separat behandelt werde. Die Verfügung des SEM vom 12. Januar 2015 erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

E.

Mit Eingabe vom 30. März 2015 gelangte die damalige Rechtsvertreterin namens des Beschwerdeführers an das SEM und beantragte, es sei dem Beschwerdeführer Familienasyl gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG beziehungsweise Art. 8 EMRK zu gewähren. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde zudem beantragt, es sei dem Beschwerdeführer der Aufenthalt in der Schweiz im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu bewilligen und im Sinne einer superprovisorischen Massnahme sei der Kanton D._____ anzuweisen, von jeglichen Vollzugshandlungen abzusehen. Das Gesuch sei unter Berücksichtigung des Kindeswohls beschleunigt zu behandeln und der Beschwerdeführer sei von jeglichen Gebühren zu befreien.

Mit der Eingabe wurden eine DNA-Analyse eingereicht, welche belege, dass der Beschwerdeführer wie bereits in der Stellungnahme vom 22. Dezember 2014 geltend gemacht, der biologische Vater des jüngsten Kindes C._____ sei.

F.

Mit Verfügung vom 6. Mai 2015 wies das SEM das Wiedererwägungsgesuch vom 30. März 2015 ab. Gleichzeitig lehnte es auch das Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ab. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, das SEM habe im Entscheid vom 12. Januar 2015 festgehalten, dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Art. 8 EMRK nicht erfüllt seien, da keine dauerhafte und stabile Partnerschaft zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Partnerin respektive den Kindern vorliege. Dieser Entscheid sei unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Der Eingabe vom 30. März 2015 sei zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer der leibliche Vater des jüngsten Kindes von B._____ sei. Gemäss seiner Aussage habe er seit Juni 2013 wieder regelmässig Kontakt mit seiner Partnerin und den inzwischen vier Kindern. So sei er „zwischen durch illegal in die Schweiz gereist, um seine Frau und Kinder zu sehen“. In der Befragung zur Person vom 30. Oktober 2014 habe er noch ausgesagt, er habe seit März 2007 keinen Kontakt mehr mit B._____ gehabt. Selbst wenn vom Bestehen einer Familie auszugehen wäre, käme Art. 51 Abs. 1 AsylG nicht zum Tragen, weil dem Beschwerdeführer in

einem sicheren Drittstaat bereits 2007 ein internationaler Schutzstatus erteilt worden sei, womit ein besonderer Umstand vorliege, der gegen den Familiennachzug spreche. Das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen lehnte es ebenfalls ab und stellte fest, die Verfügung vom 12. Januar 2015 sei rechtskräftig und vollstreckbar. Es erhob eine Gebühr und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

G.

Gemäss einem Schreiben des (...) verschwand der Beschwerdeführer am 9. Juni 2015.

H.

Mit Urteil vom (...) 2017 stellte das Bezirksgericht E. _____ fest, dass der Beschwerdeführer der Vater von C. _____, geboren am (...) 2014, und für diesen unterhaltspflichtig sei.

I.

Am 10. Januar 2019 reichte der Beschwerdeführer beim SEM eine mit «Asylgesuch» betitelte Eingabe ein. Darin führte er aus, er habe sechs Jahre in Italien und vier Jahre und 6 Monate in Deutschland gelebt. Er sei nicht ledig, sondern habe in Eritrea am (...) 1993 geheiratet. Er lege eine Bestätigung bei. Er habe die ganze Zeit seine Familie nicht gesehen. Seine Frau und seine vier Kinder würden in der Schweiz leben. Er möchte bei seiner Familie bleiben. Falls er gezwungen werde, nach Eritrea zurückzukehren, würden ihn dort harte Sanktionen erwarten – Gefängnis oder Schlimmeres. Als ehemaliger Soldat müsse er mit dem Schlimmsten rechnen.

Mit dem Gesuch reichte er ein Marriage Certificate ein.

J.

J.a Mit Schreiben vom 28. Februar 2019 teilte das SEM dem Beschwerdeführer mit, Italien habe sich am 22. Februar 2019 stillschweigend für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig erklärt und gewährte ihm das rechtliche Gehör zur Zuständigkeit Italiens und zu einer allfälligen Wegweisung nach Italien.

J.b Der Beschwerdeführer reichte dazu beim SEM mit Eingabe vom 3. März 2019 eine Stellungnahme ein und erklärte im Wesentlichen, seine Familie lebe hier, sie seien seit 10 Jahren getrennt gewesen und er möchte wieder mit seiner Familie zusammenleben.

J.c Mit Schreiben vom 5. März 2019 teilte das SEM dem Beschwerdeführer mit, Abklärungen hätten inzwischen ergeben, dass ihm in Italien subsidiärer Schutz gewährt worden sei. Die Dublin-Verordnung sei deshalb nicht anwendbar und sein Asylgesuch sei in der Schweiz zu behandeln. Das SEM beabsichtige, auf sein Asylgesuch gemäss Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG nicht einzutreten. Er erhalte Gelegenheit, sich zur beabsichtigten Wegweisung nach Italien schriftlich zu äussern.

J.d Mit Eingabe vom 11. März 2019 nahm der inzwischen bevollmächtigte Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ausführlich Stellung.

K.

Am 21. März 2019 ersuchte das SEM 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) um Rückübernahme des Beschwerdeführers.

L.

Die italienischen Behörden teilten dem SEM am 30. November 2020 mit, dass sie der Rückübernahme des Beschwerdeführers bereits am 7. Oktober 2014 zugestimmt hätten, er aber nie transferiert worden sei. Seine letzte Spur in Italien datiere vom 19. Februar 2013 und seit dem 9. Oktober 2014 sei er gemäss Eurodac-Treffer in der Schweiz. Die Voraussetzungen für den Übergang der Verantwortung gemäss Art. 2 Abs. 1 der Europäischen Vereinbarung über den Übergang der Verantwortung der Flüchtlinge von Strassburg vom 16. Oktober 1980 (SR 0.142.305) seien erfüllt.

M.

Am 14. Dezember 2020 ersuchte das SEM die italienischen Behörden um Wiedererwägung ihrer Entscheidung vom 30. November 2020 zumal sich der Beschwerdeführer nicht seit 2014 ununterbrochen in der Schweiz, sondern sich zwischenzeitlich in Deutschland aufgehalten habe.

N.

Die italienischen Behörden stimmten dem Rückübernahmeersuchen des SEM am 6. Juli 2021 zu und bestätigten, dass dem Beschwerdeführer in

Italien internationaler Schutz gewährt und ihm eine Aufenthaltsbewilligung mit subsidiärem Schutz erteilt worden sei.

O.

Mit E-Mail vom 7. Juli 2021 erkundigte sich das SEM bei den kantonalen Behörden, ob der Beschwerdeführer seit seiner Wiedereinreise in die Schweiz im Januar 2019 mit seiner Familie in einem gemeinsamen Haushalt lebe, und falls nicht, ob die Gründe bekannt seien, ob die Ehefrau des Beschwerdeführers jemals ein Gesuch um Familiennachzug für den Ehemann eingereicht habe, und ob die Ehegatten einer Erwerbstätigkeit nachgehen würden.

P.

Am 7. Juli 2021 gewährte das SEM dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur Wegweisung nach Italien.

Q.

Der vom Beschwerdeführer neu mandatierte Rechtsvertreter reichte am 14. Juli 2021 eine Stellungnahme ein. Darin wurde geltend gemacht, dass alle auf der Beratungsstelle anwesenden Familienmitglieder bestätigt hätten, es bestehe der Wunsch als Familie unter einem Dach in der Schweiz zu leben. Es liege die Erklärung über die hälftig geteilte gemeinsame elterliche Sorge betreffend den in der Schweiz geborenen Sohn C. _____ bei. Die Kinder und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) gehe offenbar von einer intakten und funktionierenden Familie aus und davon, dass es Sinn mache, wenn die Kinder von beiden Eltern zu gleichen Teilen umsorgt werden könnten. Das SEM könne nur schwer abstreiten, dass man den Vater nicht zur Familie zähle, laufe sein Dossier doch von Beginn des Asylverfahrens weg und bis heute unter derselben N-Nummer, wie jenes der restlichen Familienmitglieder. Weshalb das SEM den in Art. 8 EMRK festgehaltenen Anspruch auf Familienleben bis heute unberücksichtigt lasse, sei nicht nachvollziehbar. Der Beschwerdeführer habe vor über zweieinhalb Jahren in der Schweiz um Asyl ersucht. Vertrete das SEM tatsächlich die Ansicht, auf ein Asylgesuch eines asylsuchenden Familienvaters, dessen Familie sich seit Jahren in der Schweiz befinde, müsse klarerweise nicht eingetreten werden, habe es den Nichteintretensentscheid umgehend zu fällen. Diesen Familienvater hier in die Strukturen einzugliedern, ihm den Kontakt zur Familie zu ermöglichen und zu unterstützen, nur um zweieinhalb Jahre später einen Nichteintretensentscheid in Aussicht zu stellen, erscheine wenig angebracht. Es stelle sich die Frage, weshalb die Zusage so lange auf sich habe warten lassen. Und auch, weshalb die

italienischen Behörden einen Familienvater zurücknehmen würden, dessen Ehefrau und die Kinder über Aufenthaltsbewilligungen in der Schweiz verfügen würden. Auch die italienischen Behörden müssten sich bei ihren Handlungen an die EMRK halten und seien nicht einfach so befugt, intakte Familien für immer zu trennen. Ebenfalls sei klar, dass das SEM den italienischen Behörden gegenüber im Übernahmegesuch offenlegen müsse, dass der Beschwerdeführer in der Schweiz über eine grosse Familie verfüge, welche von der Schweiz unter den Schutz der Genfer Flüchtlingskonvention gestellt worden sei. Er – so der Rechtsvertreter – ersuche darum, hier für Transparenz zu sorgen, um gänzlich ausschliessen zu können, dass die Rückübernahme nicht viel zu spät getätigt, und die Zusicherung nicht unter Verheimlichung wichtiger Tatsachen erwirkt worden sei, und er bitte ausserdem darum, ihm das Rückübernahmeersuchen des SEM an die italienischen Behörden sowie das Antwortschreiben zukommen zu lassen.

R.

Mit an das SEM gerichteter E-Mail vom 30. Juli 2021, der eine E-Mail der Sozialarbeiterin F. _____ – unter anderem enthaltend eine Rückmeldung der Gemeinde G. _____ – zu den in der E-Mail vom 7. Juli 2021 gestellten Fragen beilag, antwortete das kantonale Migrationsamt, die Ehegatten würden beide keiner Erwerbstätigkeit nachgehen und die Ehefrau habe bis heute kein Gesuch um Familiennachzug für ihren Ehemann gestellt.

S.

Mit Schreiben vom 18. August 2021 gewährte das SEM dem Beschwerdeführer in diverse Aktenstücke Einsicht und forderte ihn auf, einen ärztlichen Bericht einzureichen.

T.

Am 15. September 2021 reichte der Rechtsvertreter drei ärztliche Berichte den Beschwerdeführer betreffend zu den Akten. Ein weiterer ärztlicher Bericht vom 15. September 2021 ging am 17. September 2021 direkt beim SEM ein.

U.

Mit Verfügung vom 23. September 2021 – eröffnet am 1. Oktober 2021 – trat das SEM auf das Mehrfachgesuch vom 10. Januar 2019 gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG nicht ein (Dispositiv-Ziffer 1), verfügte die Wegweisung aus der Schweiz nach Italien und ordnete den Vollzug der

Wegweisung an. Es händigte dem Beschwerdeführer die editionspflichtigen Akten aus und erhob eine Gebühr von Fr. 600.–.

V.

Mit Eingabe vom 6. Oktober 2021 liess der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter gegen den Nichteintretensentscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben. In dieser wurde beantragt, der Entscheid des SEM sei aufzuheben, auf das Asylgesuch sei einzutreten und dieses sei zu prüfen. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung im Wegweisungspunkt aufzuheben und festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung nach Italien Art. 8 EMRK verletze, und in der Folge sei unter Feststellung der Flüchtlingseigenschaft die vorläufige Aufnahme zu gewähren. Weiter wurde beantragt, die (vom SEM erhobene) Gebühr von Fr. 600.– sei zu erlassen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde zudem beantragt, es sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten, die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und der unterzeichnende Rechtsvertreter sei als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizuordnen.

W.

Mit Verfügung vom 13. Oktober 2021 stellte der Instruktionsrichter fest, der Beschwerdeführer dürfe den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten. Die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG hiess er gut, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und ordnete ihm gestützt auf aArt. 110a Abs. 3 AsylG lic. iur. Dominik Löhner als amtlicher Rechtsbeistand bei. Gleichzeitig gab er dem SEM Gelegenheit, eine Vernehmlassung zur Beschwerde einzureichen.

X.

Am 28. Oktober 2021 reichte das SEM eine Vernehmlassung ein.

Y.

Mit Replik vom 17. November 2021 nahm der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zur Vernehmlassung Stellung.

Z.

Am 21. Februar 2024 erkundigte sich der Rechtsvertreter nach dem Verfahrensstand und reichte eine Kostennote ein. Der Instruktionsrichter beantwortet die Anfrage mit Schreiben vom 5. März 2024.

AA.

Am 10. Juli 2024 beantwortete der Instruktionsrichter eine Anfrage zum

Verfahrensstand des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 2. Juli 2024.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (vgl. Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG).

1.2 Am 1. März 2019 ist die Teilrevision (AS 2016 3101) des Asylgesetzes in Kraft getreten. Für das vorliegende Verfahren gilt das bis zu diesem Zeitpunkt geltende Recht (vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015).

1.3 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 frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (aArt. 108 Abs. 2 AsylG; Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

2.

2.1 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).

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen; massgebend sind grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2012/21 E. 5.1, 2011/1 E. 2).

3.

3.1 Das SEM führt in der angefochtenen Verfügung aus, es habe die schriftliche Eingabe des Beschwerdeführers vom 10. Januar 2019 als

Mehrfachgesuch im Sinne von Art. 111c AsylG entgegengenommen. Abklärungen hätten ergeben, dass er in Italien subsidiären Schutz erhalten habe. Italien habe sich am 6. Juli 2021 bereit erklärt, ihn zurückzunehmen.

Im vorliegenden Fall bestünden zwar Anzeichen, dass der Beschwerdeführer die Bedingungen für eine vorläufige Aufnahme nach Art. 83 AIG (SR 142.20) erfüllen würde, da er in Italien subsidiären Schutz erhalten habe. Für ein allfälliges Ersuchen um Wiedererwägung seines Asylentscheides sei jedoch nicht die Schweiz, sondern Italien zuständig. Er könne nach Italien zurückkehren, ohne eine Rückschiebung in Verletzung des Non-Refoulement-Prinzips zu befürchten.

Weshalb die Überprüfung des Status (20 Monate bis zur Ablehnung am 30. November 2020 und weitere sieben Monate bis zur Zustimmung am 6. Juli 2021) durch Italien solange auf sich habe warten lassen, entziehe sich der Kenntnis des SEM. Lediglich der Umstand, dass die italienischen Behörden für die Prüfung des Rückübernahmeersuchens so lange benötigt hätten, habe dazu geführt, dass der vorliegende Nichteintretensentscheid über zwei Jahre und neun Monate nach Einreichung des Asylgesuchs ergehe. Das SEM habe sich seit der Einreichung des Gesuchs am 10. Januar 2019 um eine speditive Verfahrensführung bemüht.

Zum Anspruch auf Familienleben nach Art. 8 EMRK sei festzuhalten, dass der Beschwerdeführer spätestens seit Februar 2013, zu einem Zeitpunkt als er in Italien eine gültige Aufenthaltsbewilligung besessen habe, Kenntnis vom Aufenthaltsort seiner Ehefrau und Kinder gehabt habe und sich um einen entsprechenden Familiennachzug in Italien hätte bemühen können, um ein gemeinsames Familienleben zu ermöglichen. Dass er entsprechende Schritte in Italien eingeleitet habe, mache er nicht geltend. Spätestens zum Zeitpunkt des Nichteintretensentscheids vom 12. Januar 2015 sei festgestanden, dass sein Aufenthalt in der Schweiz nicht geregelt werde. Diesen Entscheid habe das SEM durch Abweisung des Wiedererwägungsgesuchs vom 6. Mai 2015 bestätigt. Statt nach Italien sei er jedoch nach Deutschland gereist, um erneut ein Asylverfahren zu durchlaufen. Dass die ursprüngliche Trennung der Familie im Jahre 2007 aus schutzrelevanten Gründen erfolgt sei, gehe aus den Akten hervor. Indessen habe er seit Februar 2013 die Möglichkeit gehabt, die Wiedervereinigung der Familie in Italien, wo er einen Schutzstatus habe, zu erwirken. Weshalb er von dieser Möglichkeit während der letzten acht Jahre nicht Gebrauch gemacht habe, habe er nicht ausgeführt. Es sei letztlich dieses Verhalten, welches zur Trennung der Familie geführt habe. Das SEM habe sich zum

Recht auf Familienleben nach Art. 8 EMRK in seinen Entscheiden vom 12. Januar 2015 und 6. Mai 2015 bereits geäussert und einen entsprechenden Anspruch verneint. Es sei zwar zutreffend, dass eine Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge für das im Jahr 2014 in der Schweiz geborene Kind C. _____ vorliege. Der Umstand, dass eine solche Erklärung unterzeichnet worden sei, führe indessen nicht automatisch zu einem Anspruch auf einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz. Seit 2014 sei in der Schweiz das gemeinsame Sorgerecht standardmässig vorgesehen. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK ergäben sich gemäss der Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) aufgrund eines tatsächlich bestehenden Familienlebens (vgl. hierzu EGMR, K. und T. gegen Finnland, Urteil vom 12. Juli 2011, Beschwerde Nr. 25702/94). Die wesentlichen Faktoren zur Bestimmung einer dauerhaften oder tatsächlich gelebten Beziehung im Sinne von Art. 8 EMRK seien das gemeinsame Wohnen respektive der gemeinsame Haushalt, die finanzielle Verflochtenheit, die Länge und Stabilität der Beziehung sowie das Interesse und die Bindung der Partner untereinander. Seit der erneuten Einreise des Beschwerdeführers in die Schweiz im Januar 2019 lebe er nicht mit seiner Familie zusammen. Von der Möglichkeit mit der Familie im Sommer 2020 zur Probe zusammenzuwohnen sei gemäss Auskunft der Gemeinde nicht Gebrauch gemacht worden. Dies obwohl wiederholt von verschiedenen Familienmitgliedern der Wunsch zum Zusammenleben geäussert worden sei. Seine Ehefrau habe bis anhin kein Gesuch um Familiennachzug für ihn eingereicht. Auch könne nicht von einer finanziellen Verflechtung ausgegangen werden, da weder er noch seine Ehefrau in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgingen. Sein Verhalten lasse indessen den Schluss zu, dass sich das Interesse am Zusammenleben ausschliesslich auf die Schweiz beschränke respektive er davon ausgehe, das Familienleben könne nur und ausschliesslich in der Schweiz stattfinden. Ob die Voraussetzungen von Art. 85 Abs. 7 AIG erfüllt seien, müsste bei Vorliegen eines entsprechenden Gesuchs von der zuständigen Behörde geprüft werden. Die Bestimmungen des Flüchtlings- und Asylrechts dienten nicht dazu, jene zum Familiennachzug zu umgehen. Der persönliche Kontakt zu seiner Ehefrau und seinen Kindern könne auch mittels Besuche aus Italien weiterhin regelmässig gepflegt werden, wie er dies bereits vor der ersten Einreise in die Schweiz im Oktober 2014 getan habe. Aufgrund dieser Ausführungen sei ein Anspruch auf Art. 8 EMRK zu verneinen.

Da er in einen Drittstaat reisen könne, in dem er Schutz vor Rückschiebung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 AsylG finde, sei das Non-Refoulement-Gebot bezüglich des Heimat- oder Herkunftsstaates nicht zu prüfen. Weder die in

Italien herrschende Situation noch andere Gründe sprächen gegen die Zumutbarkeit der Wegweisung in diesen Staat. Den Akten sei zu entnehmen, dass er bereits bei der Einreise im Oktober 2014 geltend gemacht habe, an Diabetes zu leiden und in Italien entsprechende Medikamente eingenommen zu haben. Italien habe die Richtlinie 2011/95/EU 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 (sog. Qualifikationsrichtlinie) umgesetzt, welche unter anderem die Ansprüche von Personen mit internationalem Schutzstatus hinsichtlich Sozialleistungen bestimme sowie deren Zugang zu Wohnraum, Beschäftigung und medizinischer Versorgung regle. Die adäquate Behandlung des bei ihm diagnostizierten Diabetes sei auch in Italien möglich. Ausserdem sei der Vollzug der Wegweisung technisch möglich und praktisch durchführbar. Eine entsprechende Zustimmung Italiens liege vor.

3.2 In der Beschwerde wird geltend gemacht, die älteste Tochter des Beschwerdeführers habe dem Rechtsvertreter gegenüber gemeint, die Sache mit ihrem Vater belaste die ganze Familie seit Jahren. Seit der ersten Asylgesuchstellung hätten alle die Hoffnung, der Vater könne in der Schweiz bleiben. Stattdessen hätten sie immer wieder Rückschläge erlebt. Der Vater sei dann aus Verzweiflung nach Deutschland gegangen in der Hoffnung, sein Leben gestalte sich dort einfacher als in Italien, was ihm besser ermögliche, die Familie öfters in der Schweiz zu besuchen. Heute befinde sich der Vater wieder seit bald drei Jahren in der Schweiz und das Leben hätte sich mit seiner langen Anwesenheit fast schon ein wenig eingependelt. Und plötzlich erhalte man mit dem Nichteintretensentscheid die schlimme Nachricht, dass er die Schweiz verlassen müsse. Die Tochter habe gemeint, es würde endlich Ruhe in das Familienleben einfließen, könnte der Vater hierbleiben. Dem einen Gesuch um Rückübernahme sei beispielsweise zu entnehmen, dass sich das SEM gegenüber den italienischen Behörden auf den Standpunkt gestellt habe, der Transfer des Beschwerdeführers nach Italien verletze das Recht auf Familie im Sinne von Art. 8 EMRK nicht. Damit habe das SEM das Gesuch auf die eigene Ansicht abgestellt, nicht aber auf einen rechtskräftigen Entscheid. Es scheine nicht abwegig, dass sich die italienischen Behörden gedacht hätten, es wäre eigentlich für alle Betroffenen das Beste, wenn der Ehemann bei seiner Familie in der Schweiz bleiben könnte. Verankere der Gesetzgeber die Drittlandwegweisung im Gesetz, müsse das SEM die Verantwortung über die Handlungen der Drittstaaten selbstverständlich übernehmen. Nach

zweieinhalb Jahren dürfe das SEM unter vorliegenden Umständen keinen Nichteintretensentscheid mehr fällen. Es handle sich sehr offensichtlich nicht um einen klaren Fall, welcher materiell nicht behandelt werden müsse, und unter Ansetzung einer Fünftages-Frist durch Nichteintreten abschlägig beurteilt werden dürfe.

Dem Beschwerdeführer sei in Italien lediglich subsidiärer Schutz erteilt worden. Seine Ehefrau und die gemeinsamen Kinder seien in der Schweiz hingegen als Flüchtlinge anerkannt worden. Es sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft erfülle. Der Beschwerdeführer könne sich auf Art. 8 EMRK berufen. Unter dem Begriff der „Einheit der Familie“ sei zu verstehen, dass Familienmitglieder nicht voneinander getrennt würden, sondern tatsächlich zusammenleben könnten und dass der Familie nach Möglichkeit ein einheitlicher Rechtsstatus eingeräumt werde. Es stehe fest, dass es an der Voraussetzung des offensichtlichen Fehlens der Flüchtlingseigenschaft fehle. Dies führe dazu, dass dieses Asylgesuch nicht mit einem Nichteintretensentscheid erledigt werden dürfe.

Im vorliegenden Verfahren sei die Frage zu beantworten, ob Art. 8 EMRK und/oder der Grundsatz der Einheit der Familie nach Art. 44 Abs. 1 AsylG Anwendung finde. Art. 44 AsylG beinhalte, dass die vorläufige Aufnahme des einen Familienmitglieds in der Regel zur vorläufigen Aufnahme der ganzen Familie führe (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 1995 Nr. 24 m.w.H.). Auf diesen Grundsatz könne man sich in der Regel nur berufen, wenn wie vorliegend die Familie schon Bestand gehabt habe, bevor seinen Familienmitgliedern die vorläufige Aufnahme erteilt worden sei. Ansonsten könnten die gesetzlichen Bestimmungen über den Familiennachzug mittels Asylgesuchstellung in der Schweiz umgangen werden. Gemäss angefochtener Verfügung sei die ursprüngliche Trennung der Familie im Jahr 2007 aus schutzrelevanten Gründen erfolgt. Dass die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und der Ehefrau beziehungsweise die Familie als ganze Bestand gehabt habe, lange bevor der Beschwerdeführer hier in der Schweiz um Asyl ersucht habe, sei nicht strittig. Ein Hinweis für den Fortbestand der Familie gebe das im Jahr 2014 geborene Kind, welches vom Beschwerdeführer anerkannt worden sei, und welches die gemeinsame elterliche Versorgung geniesse. Die Voraussetzung des gefestigten Anwesenheitsrechts der Familienmitglieder sei ebenfalls gegeben. Bei vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen gehe die Praxis von einem faktischen Aufenthaltsrecht aus, wenn eine Aufhebung des rechtlichen Status in absehbarer Zukunft

nicht anzunehmen sei. Es sei nicht davon auszugehen, dass die vorläufige Aufnahme der Ehefrau und der Kinder zeitnah aufgehoben werde. Die Kinder seien alle bestens in der Schweiz integriert und sozialisiert.

Das SEM stütze sich bezüglich der Verneinung der tatsächlich gelebten Beziehung, ohne dies genau zu erläutern, auf eine Auskunft der Gemeinde (G. _____) und bleibe dabei in der Argumentation äusserst vage und wenig nachvollziehbar. Das SEM schreibe, gemäss Auskunft der Gemeinde habe man im Sommer 2020 nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, auf Probe zusammen zu wohnen. Für die Vorbereitung der Stellungnahme vom 14. Juli 2021 hätten der Beschwerdeführer, seine Ehefrau, zwei der vier Kinder und ein Enkelkind den Rechtsvertreter auf der Beratungsstelle besucht. Alle hätten ihm gegenüber geltend gemacht, zusammen unter einem Dach leben zu wollen, was schon damals geltend gemacht worden sei. Die Angaben hätten ehrlich, ungezwungen und authentisch gewirkt. Weshalb der Beschwerdeführer heute – so der Rechtsvertreter – nicht bei der Familie wohne, entziehe sich seinen Kenntnissen. Anlässlich der Besprechung der Beschwerdeeingabe hätte sich die älteste Tochter ob der Argumentation in der angefochtenen Verfügung empört. Die Familie habe sich immer darum bemüht, zusammenleben zu dürfen. Man sei in Kontakt mit der Gemeinde gewesen, welche aber das Zusammenleben nie erlaubt habe. Tatsächlich sei es so, dass man sich gegen ein Wohnen auf Probe gewehrt habe. Aber niemals gegen das Zusammenwohnen an sich. Es ging dabei nur um die Art und Weise, wie die Gemeinde agiere. Die Tochter habe gemeint, bei ihrer Familie handle es sich nicht um eine Art Arbeitsverhältnis, bei welchem man zunächst anhand einer Probezeit herausfinde, ob man es weiterführen wolle oder nicht. Ihre Familie sei gut, müsse und dürfe keiner Probe unterzogen werden. Der Umstand, dass die Gemeinde ein Wohnen auf Probe ansetzen wollen, habe sie sehr verletzt. Die Gemeinde sei nicht ernsthaft tätig geworden, als man den Wunsch des Zusammenlebens mehrfach geäussert habe. Sie hätten immer darauf gewartet, dass nun etwas passiere. Aber es sei nichts passiert. Die Pandemie habe dazu geführt, dass man sich zeitweise nicht mehr aktiv um das Zusammenwohnen gekümmert habe. Der Vater sei aufgrund seiner Erkrankungen Risikopatient, was das Zusammenleben erheblich erschwert hätte. Aus diesem Grund – aber nur aus diesem – sei es in den letzten Monaten eigentlich praktischer gewesen, nicht zusammenzuwohnen. Diese Zeit sei jetzt vorbei. Tatsächlich sei es so, dass der Beschwerdeführer nicht mit seiner Familie zusammenlebe. Der anlässlich der Besprechung der Beschwerdeeingabe anwesende Beschwerdeführer, seine älteste Tochter sowie die Ehefrau hätten gegenüber dem Rechtsvertreter

ausdrücklich den Wunsch geäussert, zusammenleben und -wohnen zu wollen. Der Beschwerdeführer sei täglich in Kontakt mit der Familie. Die älteste Tochter meine, insbesondere für ihren jüngeren Bruder, welcher erst (...) Jahre alt sei, sei der Vater eine wichtige Bezugsperson. Der Vater habe viel Zeit für ihn und nehme sie sich auch. Bei den Akten finde sich eine E-Mail vom 30. Juli 2021, verfasst von der Sozialarbeiterin der ORS, welche sich ebenfalls für das Zusammenleben der Familie einsetze. Der E-Mail könne entnommen werden, dass die Gemeinde G._____ den interkommunalen Transfer und die Zusammenführung der Familie abgelehnt habe. Es bestünde gemäss Gemeinde der Verdacht, der Noch-Ehemann beeinflusse seine Noch-Ehefrau und die Kinder. Der Wunsch sei nicht beidseitig vorhanden. Es gebe keine erhärteten Gründe und Beweise, dass die Familie im Stande sei, als Familie zu funktionieren. Zudem starte der Sohn H._____ eine Ausbildung. Er brauche hierzu keine Unruhe in der Familie. Mit anderen Worten: Die Gemeinde G._____ unterstelle dem Beschwerdeführer, die Familienmitglieder zu stören und diese betreffend den Wunsch für des Zusammenleben zu Aussagen gezwungen zu haben, welche nicht ihrem Willen entsprächen. Zudem impliziere die Formulierung «Noch-Ehemann» und «Noch-Ehefrau», dass die Gemeinde wisse, die Eheleute würden sich demnächst trennen. Will sich das SEM auf den Standpunkt stellen, es handle sich hier nicht um eine intakte Familie, müsse dies gut belegt sein. Aus der Tatsache, dass der Beschwerdeführer nicht bei der Familie lebe, könne hier noch lange nicht auf zerrüttete Eheverhältnisse geschlossen werden. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer von den zuständigen Behörden im Asylverfahren über ein Jahr lang in einer Notunterkunft untergebracht worden sei. Dass der Beschwerdeführer lieber in einer Notunterkunft untergebracht gewesen sei als bei seiner Familie, könne sich nur schwer vorstellen, wer Notunterkünfte kenne. Aus der Tatsache, dass der Beschwerdeführer nicht bei der Familie wohne, zu schliessen, man lebe keine tatsächliche Familie, gehe viel zu weit. Bestünde zudem ernsthaft der Verdacht, der Beschwerdeführer beeinflusse seine Familie schlecht und stifte Unruhe, hätten die Behörden – insbesondere natürlich jene der Gemeinde G._____ – in dieser Sache aktiv werden müssen. Die KESB hätte mit Sicherheit Massnahmen ergriffen, bestünde der Verdacht, der Mandant beeinflusse die Familie schlecht und manipulierte sie. Der Schluss liege demnach nahe, es sei auf die Behörden zurückzuführen, dass der Beschwerdeführer nach wie vor nicht mit dem Rest der Familie wohnen und leben könne. Es müsse davon ausgegangen werden, dass man die Familie seit der Asylgesuchstellung am 10. Januar 2019 daran hindere, ihre Beziehungen tatsächlich zu leben. Das SEM hätte der Behauptung der Gemeinde G._____

betreffend den Beschwerdeführer und deren Entscheidung, das Zusammenleben nicht zu erlauben, genau auf den Grund gehen müssen. Letztlich sei es nämlich so, dass das SEM genau mit diesen Unterstellungen den Wegweisungsvollzug nach Italien rechtfertigen wolle.

Wenig überzeugend sei das Argument des SEM, der Beschwerdeführer habe sich in Italien ab 2013 nicht um den Familiennachzug nach Italien bemüht und auch die Ehefrau habe bis anhin kein Gesuch um Familiennachzug des Ehemannes in die Schweiz eingereicht. Die hohen gesetzlichen Anforderungen für eine Gutheissung eines Familiennachzuges für Personen, welche nur subsidiären Schutz geniessen, sei bekannt. Insbesondere die Voraussetzung der Fürsorgeunabhängigkeit und die gesicherte Finanzierung des Lebensunterhaltes der nachzuziehenden Personen hätten nie erfüllt werden können. Aus dem Nicht-Stellen eines Familiennachzuges den Schluss zu ziehen, der Wunsch des Zusammenlebens habe gar nie bestanden, überzeuge nicht.

Gänzlich unberücksichtigt sei in angefochtener Verfügung das Kindeswohl geblieben, welches bei der Wegweisung eines Elternteils immer eine gewichtige Rolle spiele. Das SEM habe sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob es für die Entwicklung des im Jahr (...) geborenen Sohnes wichtig sein könnte, mit seinem Vater aufzuwachsen. Der angefochtene Entscheid erwecke den Anschein, dass das SEM den Beschwerdeführer als Vater für den Sohn als derart unwichtig erachte, dass dies im Entscheid nicht einmal erwähnt werden müsse. Die Wichtigkeit der Rolle des Vaters sei heute ungleich grösser als noch vor sechs Jahren.

3.3 In der Vernehmlassung führt das SEM aus, dass der Beschwerdeführer – im Gegensatz zu seinem ersten Aufenthalt in der Schweiz – nicht mit Ehefrau und Kindern zusammenwohne. Gegen ein Wohnen auf Probe im Sommer 2020 habe sich der Beschwerdeführer gewehrt. Er mache dafür die Art und Weise, wie die Gemeinde agiert habe, sowie die Pandemie respektive seine Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe, verantwortlich. Der Beschwerdeführer halte sich jedoch bereits seit Januar 2019 in der Schweiz auf und habe somit lange vor der Pandemie die Möglichkeit gehabt, sich bei den zuständigen Behörden – allenfalls auf dem Rechtsweg und gegen den Willen der Wohngemeinde von Ehefrau und Kindern – für das Zusammenwohnen einzusetzen, sofern dies dem ausdrücklichen Wunsch aller Betroffenen entsprochen habe. Weshalb dies nicht geschehen sei, obwohl der Beschwerdeführer den Wunsch des gemeinsamen Zusammenlebens gegenüber dem Rechtsvertreter bereits im März 2019 geäussert habe,

werde nicht ausgeführt. Eine finanzielle Verflochtenheit sei nicht gegeben, da weder der Beschwerdeführer noch seine Ehefrau einer Erwerbstätigkeit nachgingen. Die Bestimmungen des Flüchtlings- und Asylrechts dienen gerade nicht dazu, jene zum Familiennachzug zu umgehen. Der Beschwerdeführer versuche diese Voraussetzungen durch Einreichung seiner Asylbeziehungsweise Wiedererwägungsgesuche in der Schweiz seit 2014 zu umgehen. Der bereits damals anwaltlich vertretene Beschwerdeführer habe gegen den Asylentscheid vom 12. Januar 2015 beziehungsweise Wiedererwägungsentscheid vom 6. Mai 2015 keine Beschwerde erhoben und die Entscheide sowie deren Begründung somit akzeptiert. Was das Kindeswohl angehe, sei darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer sich im Juni 2015 entschieden habe, nach Deutschland auszureisen und dort bis zum Abschluss seines erfolglosen Asylverfahrens im Januar 2019 verblieben sei. Er habe somit die Trennung von Ehefrau und Kindern bewusst herbeigeführt und während viereinhalb Jahren in Kauf genommen. Dass Ehefrau und Kinder ihn regelmässig in Deutschland besucht hätten, werde nicht geltend gemacht. Von Italien aus hätte der Beschwerdeführer hingegen, da er dort über eine bis 11. Januar 2016 gültige (und als subsidiär Schutzberechtigter eine grundsätzlich verlängerbare) Aufenthaltsbewilligung verfügt habe, nicht nur ein Verfahren um Familiennachzug einleiten können, sondern seine in der Schweiz wohnhafte Ehefrau und Kinder rechtmässig besuchen können. Der Beschwerdeführer habe durch sein Verhalten während mehreren Jahren den persönlichen Verkehr mit seinen Kindern verunmöglicht. Heute lebe er nicht mit Ehefrau und Kindern zusammen, es finde jedoch ein regelmässiger Kontakt statt. Ein solcher Kontakt sei auch von Italien aus möglich.

3.4 In der Replik wird geltend gemacht, es müsse die Frage beantwortet werden, ob nach so langer Zeit noch ein Nichteintretensentscheid gefällt werden dürfe. Zum anderen stelle sich die Frage, wie sich diese lange Zeit auf das Beanspruchen der Rechte auswirke, welche sich aus Art. 8 EMRK ergäben. Gänzlich ausser Acht gelassen worden sei, dass sich der Beschwerdeführer zwischenzeitlich wieder seit drei Jahren in der Schweiz befinde. Die Behauptung, er habe sich in dieser Zeit nicht um das Zusammenleben bemüht, wurde mit Beschwerde entkräftigt. Das SEM habe sich mit Vernehmlassung nicht dazu geäussert. Insbesondere nicht zu den unbelegten Unterstellungen durch die Gemeinde, welche den Mandanten bezichtige, die Familie unter Druck zu setzen. Aber auch nicht zu den Bemühungen der Sozialarbeiterin, welche sich für das Zusammenleben der Familie einsetze. Der Beschwerdeführer sei auch anlässlich der Besprechung dieser Eingabe mit seiner Frau, einer Tochter und deren Kind erneut im

Büro des Rechtsvertreters erschienen. Sie alle hätten erneut den Wunsch geäußert, hier in der Schweiz zusammen als Familie leben zu wollen. Selbstverständlich gebe es auch Familien, welche nicht alle Kriterien erfüllen und als gelebte Beziehungen bezeichnet werden müssten. Es gebe intakte Paare, welche nicht in derselben Wohnung leben. Und auch Eheleute, die getrennte Kassen hätten. Und umgekehrt gebe es wohl viele Beziehungen, die alle diese Kriterien erfüllen würden, hingegen von uns nicht als tatsächlich gelebte bezeichnet würden. Als Beispiel sei die fiktive Familie mit zwei Kindern erwähnt, bei welcher der gutverdienende Elternteil für den Lebensunterhalt der Familie aufkomme, die schöne Villa gekauft habe und auf Geschäftsreisen den anderen Teil seit langer Zeit betrüge, was der andere Teil natürlich wisse etc. Letztlich sei es doch so, dass man bei der Beurteilung, ob eine gelebte Beziehung vorliege, immer alle Umstände berücksichtigen müsse, um den Einzelfall beurteilen zu können. Das SEM habe sich nie die Mühe genommen, sich einmal persönlich mit der Familie zu treffen, um sich ein Bild und eine Vorstellung dieser Familie zu machen. Fest stehe, dass sich das SEM nicht mit dem Wohl der Kinder auseinandergesetzt habe. Dafür hätte es sich in die Lage der Kinder versetzen müssen. Es dränge sich selbstverständlich die Frage auf, was es für die Kinder bedeute, ohne ihren Vater aufwachsen und leben zu müssen. Das Kindeswohl als nicht tangiert zu erachten mit der Begründung, der Beschwerdeführer habe den Kontakt mit seinen Kindern verunmöglicht, sei unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände als gewagt und weit hergeholt zu erachten. Unberücksichtigt habe das SEM das Verhalten des Beschwerdeführers als Vater in den letzten (bald) drei Jahren gelassen, in welchen er sich in der Schweiz befunden habe.

4.

4.1 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.

4.2 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 hat in Italien subsidiären Schutz erhalten und die italienischen Behörden haben seiner Rückübernahme zugestimmt (vgl. Bst. N). Die Voraussetzungen für ein Nichteintreten auf das Asylgesuch gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG sind erfüllt.

4.3 Im Zuge der Asylgesetzrevision (Fassung des BG vom 14. Dezember 2012, in Kraft seit 1. Februar 2014) wurden die früher im Rahmen der Anwendung der Drittstaatenregelung des aArt. 34 Abs. 2 AsylG geltenden Ausnahmebestimmungen des aArt. 34 Abs. 3 AsylG (insbesondere Bst. a: "Absatz 2 [...] findet keine Anwendung, wenn [...] Personen, zu denen die asylsuchende Person enge Beziehungen hat, oder nahe Angehörige in der Schweiz leben") auf das völkerrechtliche Minimum beschränkt. Seither steht – entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung (Ziff. 2.1) – sowohl die offensichtliche Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft wie auch die Anwesenheit von nahen Angehörigen der Wegweisung in einen Drittstaat grundsätzlich nicht mehr entgegen (vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010 [BBI 2010 4455, 4494]).

4.4 Das SEM ist in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. a aAsylG zu Recht auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht eingetreten. Entgegen der in der Beschwerde und der Replik vertretenen Auffassung ändert daran auch der Umstand nichts, dass das SEM seinen Entscheid in der Verfügung vom 23. September 2021 erst nach über zweieinhalb Jahren, nachdem der Beschwerdeführer sein Asylgesuch vom 10. Januar 2019 eingereicht hatte, getroffen hat. Zwar sind Nichteintretensentscheide gemäss Art. 37 Abs. 1 aAsylG in der Regel innerhalb von fünf Arbeitstagen nach Gesuchstellung zu treffen. Bei der statuierten Frist handelt es sich allerdings um eine gesetzlich nicht durchsetzbare Ordnungsfrist, welche auf das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale und der sich daraus zwingend ableitenden Rechtsfolgen keinen Einfluss hat (vgl. dazu Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2002 Nr. 15 E. 5d). Waren die Tatbestandsmerkmale von Art. 31a Abs. 1 Bst. a aAsylG im Entscheidzeitpunkt erfüllt, verfügte das SEM über kein Rechtsfolgeermessen, sondern musste unabhängig von der Verfahrensdauer einen Nichteintretensentscheid fällen (vgl. dazu EMARK 2002 Nr. 15 E. 5c sowie die Urteile des BVGer D-6573/2024 vom 12. November 2024 S. 7 f., E-308/2024 vom 23. Januar 2024 E. 4.3, D-90/2018 vom 24. April 2018 E. 4.3 sowie D-4024/2015 vom 18. Oktober 2017 E. 5).

5.

5.1 Der Beschwerdeführer hat in seiner als «Asylgesuch» betitelten Eingaben vom 10. Januar 2019 keine formellen Begehren gestellt. Aus seinen darin enthaltenen Ausführungen ergibt sich jedoch klar sein Wunsch, dass er mit seiner Familie in der Schweiz leben möchte (vgl. Bst. I).

5.2 Es ist unbestritten, dass es sich bei B._____ um die Ehefrau des Beschwerdeführers und bei I._____, geboren am (...), H._____, geboren am (...), J._____, geboren am (...), und C._____, geboren am (...), um ihre gemeinsamen Kinder handelt. Die Ehefrau und die drei älteren – inzwischen volljährig gewordenen – Kinder befinden sich seit dem 5. Juli 2012 in der Schweiz. Das jüngste Kind, C._____, wurde in der Schweiz geboren, und die Vaterschaft des Beschwerdeführers wurde mit Urteil des Bezirksgerichts E._____ vom (...) 2017 festgestellt. Mit Verfügung des SEM vom (...) 2014 wurde B._____ als Flüchtling vorläufig aufgenommen und ihre Kinder in ihre Flüchtlingseigenschaft und die vorläufige Aufnahme einbezogen.

5.3 Das SEM hat in der angefochtenen Verfügung geprüft, ob dem Beschwerdeführer aufgrund des Umstandes, dass seine Ehefrau (und seine Kinder) in der Schweiz als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen sind, gestützt auf Art. 8 EMRK ein Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz erwächst. Dies hat es verneint (vgl. E. 3.1 und angefochtene Verfügung Ziff. II). Nicht geprüft hat es hingegen die Frage, ob die Voraussetzungen für die Anerkennung des Beschwerdeführers als Flüchtling gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG erfüllt sind, obschon aufgrund der familiären Konstellation (vgl. E. 5.2) und dem vom Beschwerdeführer in der Eingabe vom 10. Januar 2019 geäußerten Wunsch, mit seiner Familie in der Schweiz zusammenleben zu wollen, Anlass bestanden hätte, dies von Amtes wegen zu tun.

6.

6.1 Diesbezüglich ist festzuhalten, dass gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG Ehegatten von Flüchtlingen und deren minderjährige Kinder ihrerseits als Flüchtlinge anerkannt werden und Asyl erhalten, sofern keine besonderen Umstände dagegen sprechen. Diese Bestimmung gelangt auch zur Anwendung in Konstellationen, wo das in der Schweiz anwesenheitsberechtigte Familienmitglied nicht den Asylstatus besitzt, sondern – wie vorliegend die Ehefrau des Beschwerdeführers – hier als Flüchtling vorläufig aufgenommen ist (vgl. BVGE 2019 VI/8 E. 4.1, 2019 VI/3 E. 4.1, 2017 VII/8 E. 5.3, 2017 VI/4 E. 4). Die Ehe muss allerdings aktuell tatsächlich gelebt werden (vgl. BVGE 2019 VI/3 E. 4.5.2). Sofern eine früher bestehende Ehe in der Zwischenzeit aufgrund der eingetretenen Ereignisse und des nachträglichen Verhaltens der Beteiligten als aufgelöst und nicht mehr aktuell bestehend betrachtet werden muss, stellt dies einen besonderen Umstand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG dar (vgl. BVGE 2019 VI/3 E. 4.4).

6.2 Gemäss Rechtsprechung liegt ein besonderer Umstand im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG unter anderem dann vor, wenn die einzubeziehende Person schon in einem sicheren Drittstaat als Flüchtling anerkannt worden ist (vgl. BVGE 2019 VI/3 E. 5). Dem auf EU-Recht basierenden Status des subsidiären Schutzes – wie er dem Beschwerdeführer in Italien zuerkannt wurde – liegt demgegenüber nicht der gleiche Schutzgedanke wie dem Flüchtlingsstatus gestützt auf das Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) zugrunde. Als solcher stellt dieser daher kein besonderer Umstand dar, der einem Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft des Angehörigen entgegenstehen könnte (vgl. Urteile des BVGer E-2321/2019 vom 18. November 2020 E. 8.2.2, D-3094/2019 vom 7. Februar 2020 E. 4.2.1 und D-2976/2018 vom 31. Januar 2020 E. 5.3.1).

6.3 Dem Beschwerdeführer wurde in Italien basierend auf EU-Recht subsidiärer Schutz gewährt. Mithin ist davon auszugehen, dass er in Italien nicht als Flüchtling anerkannt wurde. Da der Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft des Ehegatten nach Art. 51 Abs. 1 AsylG erst dann erfolgt, wenn die einzubeziehende Person die Flüchtlingseigenschaft nicht selbstständig erfüllt, ist demnach im Falle des Beschwerdeführers die in Art. 37 der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311) erwähnte Voraussetzung für die Anwendung von Art. 51 Abs. 1 AsylG erfüllt. Fest steht zudem, dass die Ehefrau und die Kinder des Beschwerdeführers in der Schweiz als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen worden sind. Damit ist es ihnen nicht möglich, ein gemeinsames Leben in ihrer Heimat zu führen, da jedenfalls die Ehefrau befürchten muss, dort verfolgt zu werden. Der Grundgedanke des Familienasyls zielt darauf ab, dass die Ehe- beziehungsweise Lebenspartner und die Kinder eines Flüchtlings in der Schweiz über einen einheitlichen Status verfügen sollen. Durch den Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und die Asylgewährung gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG wird jedoch nicht nur ein einheitlicher Status der Familie bezweckt, sondern vor allem auch sichergestellt, dass Flüchtlinge mit ihren nächsten Angehörigen – unabhängig von den ausländerrechtlichen Vorschriften über den Familiennachzug – ein Familienleben in der Schweiz führen können (vgl. Urteile des BVGer E-6292/2017 vom 29. September 2020 E. 8.2, E-325/2020 vom 8. April 2020 E. 5.4, D-3094/2019 vom 7. Februar 2020 E. 4.2.2, D-2976/2018 vom 31. Januar 2020 E. 5.3.2, D-4188/2018 vom 21. November 2019 E. 4.4.2).

7.

7.1 Aus der E-Mail der Sozialarbeiterin F._____ vom 30. Juli 2021 an das kantonale Migrationsamt geht hervor, dass die Gemeinde G._____ gemäss deren Rückmeldung den interkommunalen Transfer abgelehnt habe mit der Begründung, an einer Anhörung der Familie am 4. August 2020 seien die Aussagen der Familienmitglieder kurios und widersprüchlich gewesen. Es bestehe der Verdacht, der Noch-Ehemann würde seine Noch-Ehefrau und Kinder beeinflussen, und der Wunsch sei nicht beidseitig vorhanden. An einer zweiten Anhörung am 1. Oktober 2020 seien die Aussagen wieder sehr kurios und widersprüchlich ausgefallen. Das (von der Gemeinde vorgeschlagene) Probewohnen habe nicht stattgefunden und der Verdacht, dass der Noch-Ehemann seine Noch-Ehefrau und die Kinder beeinflusse, habe sich erhärtet. Es gebe keine erhärteten Gründe und Beweise, dass die Familie im Stande sei, als Familie zu funktionieren oder der Wunsch (als Ehepaar zusammenzuleben) beidseitig vorhanden sei. Der Sohn H._____ starte in Kürze eine Ausbildung und brauche keine Unruhe in der Familie. Es seien bereits genügend Baustellen vorhanden. Die Zusammenführung der Familie werde abgelehnt (vgl. SEM-act. 43/6).

7.2 Aufgrund der Wortwahl «Noch-Ehemann» und «Noch-Ehefrau» in ihrer Rückmeldung scheint die Gemeinde G._____ davon ausgegangen zu sein, es bestehe keine gefestigte eheliche Beziehung und die Eheleute würden beabsichtigen, sich zu trennen. Aus welchen Gründen sie zu dieser Auffassung gelangte, bleibt jedoch unklar. Weshalb und inwiefern die Aussagen der Familienmitglieder anlässlich der Anhörungen kurios und widersprüchlich gewesen sein sollen, geht aus der Rückmeldung der Gemeinde ebenfalls nicht hervor. Ebenso unklar bleibt, weshalb sich auf Seiten der Gemeinde der Verdacht ergeben und erhärtet haben soll, dass der Beschwerdeführer die Ehefrau und die Kinder beeinflusst haben soll, beziehungsweise, weshalb der Eindruck entstanden sei, der Wunsch als Familie zusammenzuleben, sei nicht gegenseitig vorhanden. Offen bleibt auch, welche «Baustellen» in der Familie vorhanden sein sollen. Die Ausführungen der Sozialarbeiterin in ihrer E-Mail vom 30. Juli 2021 stützen die Beurteilung der Gemeinde jedenfalls nicht. Sie führte darin aus, der Beschwerdeführer habe ihr am Telefon oder auch persönlich bestätigt, dass er mit seiner Familie beziehungsweise mit den Kindern spazieren gehe und die Familie jeweils nach seinem Deutschkurs besuche. Er übernachtete aber nicht bei ihnen. Der Beschwerdeführer und seine Tochter I._____ hätten bei ihr im Büro ganz klar gesagt, dass sich die Familie eine Zusammenführung wünsche. Diese Angaben decken sich mit jenen des Rechtsvertreters,

der bestätigte, dass der Beschwerdeführer, seine Ehefrau und die ältere Tochter ihm gegenüber persönlich den Wunsch geäußert hätten, in der Schweiz als Familie leben zu wollen (vgl. Stellungnahme vom 14. Juli 2021 [Bst. Q], Beschwerde Ziff. 2.2.3 [E. 3.2], Replik vom 17. November 2021 Ziff. 2 [E. 3.4]).

7.3 Dass der Beschwerdeführer nach seiner Rückkehr aus Deutschland im Jahr 2019 nicht mit seiner Familie unter einem Dach zusammenwohnte und in einer Nothilfeunterkunft lebte, scheint offenbar darauf zurückzuführen zu sein, dass die Gemeinde G._____ dem interkommunalen Transfer des Beschwerdeführers zu seiner Familie nicht zugestimmt hat. Das SEM hält in seiner Vernehmlassung vom 28. Oktober 2021 dementsprechend fest, der Beschwerdeführer lebe nicht mit Ehefrau und Kindern zusammen, räume aber ein, es finde ein regelmässiger Kontakt statt. Dies deckt sich mit den auf persönlichen Eindrücken basierenden Angaben der Sozialarbeiterin und dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers. Mithin bestand jedenfalls im Jahr 2021 zwischen dem Beschwerdeführer, seiner Ehefrau und den Kindern eine familiäre Bindung und sie führten offenbar ein den Umständen entsprechendes Ehe- beziehungsweise Familienleben. Ob dies auch heute zutrifft beziehungsweise, ob der Beschwerdeführer und B._____ aktuell eine gelebte eheliche Beziehung pflegen, lässt sich aufgrund der Aktenlage indessen nicht beantworten. Da zur Beurteilung dieser Frage weitere Abklärungen erforderlich sind, fällt ein reformatorisches Urteil des Bundesverwaltungsgericht im Sinne von gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG im vorliegenden Verfahren nicht in Betracht.

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit beantragt wird, der Nichteintretensentscheid des SEM (Dispositiv-Ziffer 1) sei aufzuheben. Im Übrigen ist festzustellen, dass der rechtserhebliche Sachverhalt für die Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen für den Einbezug des Beschwerdeführers in die Flüchtlingseigenschaft und die vorläufige Aufnahme seiner Ehefrau gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG erfüllt sind beziehungsweise, ob besondere Umstände gegen einen solchen Einbezug sprechen, nicht erstellt ist. Das SEM ist entsprechend anzuweisen, in geeigneter Weise weitere Abklärungen zur Beantwortung der Frage, ob die Ehe zwischen dem Beschwerdeführer und B._____ aktuell tatsächlich gelebt wird, vorzunehmen. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, soweit beantragt wird, die angefochtene Verfügung sei im Wegweisungspunkt aufzuheben. Die Dispositiv-Ziffern 2–4 der Verfügung sind folglich aufzuheben und die Sache ist zur Vornahme der erforderlichen

Abklärungen und zur Prüfung der Frage, ob der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG als Flüchtling vorläufig aufzunehmen ist, an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das SEM ist ausserdem anzuweisen, dem Beschwerdeführer die in der angefochtenen Verfügung erhobene Gebühr von Fr. 600.– (Dispositiv-Ziffer 6) zur Hälfte (Fr. 300.–) zurückzuerstatten, sofern diese bereits geleistet worden sein sollte.

9.

9.1 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Parteientschädigung sind grundsätzlich nach dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der beschwerdeführenden Person aufzuerlegen beziehungsweise zuzusprechen. Der Beschwerdeführer hat soweit den Vollzug der Wegweisung betreffend obsiegt. Im Übrigen ist er mit seiner Beschwerde unterlegen. Praxisgemäss bedeutet dies ein hälftiges Obsiegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

9.2 Aufgrund des hälftigen Unterliegens wären dem Beschwerdeführer reduzierte Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Nachdem ihm aber mit Verfügung vom 13. Oktober 2021 die unentgeltliche Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gewährt wurde, ist von der Erhebung von Verfahrenskosten abzusehen.

10.

10.1 Angesichts des teilweisen Obsiegens ist dem vertretenen Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine praxisgemäss um die Hälfte reduzierte Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen.

10.2 Der Rechtsvertreter reichte am 21. Februar 2024 eine Kostennote ein. Er beziffert den zeitlichen Aufwand mit 11 Stunden und veranschlagt einen Stundenansatz von Fr. 200.–. Zudem macht er Spesen von Fr. 40.– geltend und weist darauf hin, dass keine Mehrwertsteuerpflicht bestehe. Dies erscheint angemessen. Das SEM ist demzufolge anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine um die Hälfte reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1120.– (inkl. Auslagen) auszurichten.

10.3

10.3.1 Soweit der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren unterlegen ist, ist der gestützt auf Art. 65 Abs. 2 VwVG eingesetzte amtliche Rechtsvertreter durch das Bundesverwaltungsgericht zu entschädigen. Bei der

amtlichen Vertretung wird in der Regel von einem Stundenansatz von Fr. 200.– bis Fr. 220.– für Anwältinnen und Anwälte und Fr. 100.– bis Fr. 150.– für nicht-anwaltliche Vertreterinnen und Vertreter ausgegangen (vgl. Art. 12 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VGKE) und nur der notwendige Aufwand entschädigt (vgl. Art. 8 Abs. 2 VGKE).

10.3.2 Der vom Rechtsvertreter in der Kostennote vom 21. Februar 2024 geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 200.– liegt über dem Kostenrahmen und ist auf Fr. 150.– zu kürzen. Der aufgeführte zeitliche Aufwand scheint – wie bereits festgestellt (vgl. E. 8.2) – angemessen. Das amtliche Honorar ist somit auf insgesamt Fr. 845.– (inkl. die Hälfte der Auslagen) festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit beantragt wird, der Entscheid des SEM (betreffend die Dispositiv-Ziffer 1) sei aufzuheben und es sei auf das Asylgesuch einzutreten und dieses (materiell) zu prüfen.
2. Soweit beantragt wird, die angefochtene Verfügung sei im Wegweisungspunkt aufzuheben, wird die Beschwerde gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziffern 2–4 der Verfügung werden aufgehoben und die Sache wird zur Vornahme der erforderlichen Abklärungen und zur Prüfung der Frage, ob der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 51 Abs. 1 AsylG als Flüchtling vorläufig aufzunehmen ist, an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer die Hälfte der erhobenen Gebühr (Fr. 300.–) zurückzuerstatten, sofern diese bereits geleistet worden ist.
4. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
5. Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1120.– auszurichten.
6. Dem Rechtsvertreter wird zu Lasten der Gerichtskasse ein amtliches Honorar von Fr. 845.– zugesprochen.
7. Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das SEM und die zuständige kantonale Behörde.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Walter Lang

Sarah Ferreyra

Versand: