



Urteil vom 1. März 2013

Besetzung

Richter Hans Schürch (Vorsitz),
Richter Bruno Huber, Richter Yanick Felley,
Gerichtsschreiber Christoph Basler.

Parteien

A. _____, geboren (...),
und deren Sohn
B. _____, geboren (...)
Eritrea,
beide vertreten durch Laura Rossi, Fürsprecherin,
Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not,
(...),
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;
Dublin-Verfahren (Beschwerde gegen Wiedererwägungsent-
scheid);
Verfügung des BFM vom 27. November 2012 / N (...).

Sachverhalt:

A.

A.a Die Beschwerdeführerin verliess Eritrea eigenen Angaben gemäss im Mai 2007 und gelangte im August 2008 nach Italien. Sie reiste am 20. Juni 2011 illegal in die Schweiz ein, wo sie gleichentags erstmals um Asyl nachsuchte.

A.b Mit Verfügung vom 4. August 2011 trat das BFM gestützt auf Art. 34 Abs. 2 Bst. d des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das Asylgesuch nicht ein, und wies die Beschwerdeführerin nach Italien weg.

A.c Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

A.d Das Zivilstandsamt C._____ (Kt. ...) ersuchte das BFM am 21. November 2011 im Hinblick auf die Einleitung eines Gesuchs um Vorbereitung der Eheschliessung mit D._____ (N [...]) um Einsichtnahme in das Dossier der Beschwerdeführerin.

A.e Das BFM beantwortete das Gesuch mit Schreiben vom 6. Dezember 2011.

B.

B.a Die Beschwerdeführerin reiste eigenen Angaben gemäss am 23. Mai 2012 erneut illegal in die Schweiz ein und suchte gleichentags zum zweiten Mal um Asyl nach.

B.b Bei der Kurzbefragung im Empfangs- und Verfahrenszentrum Vallorbe vom 30. Mai 2012 gab sie an, sie sei nach Einleitung des Ehevorbereitungsverfahrens im Oktober 2011 selbständig nach Italien zurückgekehrt und habe bei einer Freundin in E._____ gelebt. Sie habe sich zwecks Fortsetzung des Ehevorbereitungsverfahrens an die Schweizerische Botschaft in Rom gewandt und sei in die Schweiz gekommen, um hier ihr Kind zur Welt zu bringen. Sie habe ihren Verlobten im Juli 2011 in der Schweiz kennengelernt und ihn jeweils am Wochenende in F._____ getroffen. Während sie in Italien gelebt habe, habe sie mit ihm in telefonischem Kontakt gestanden. Im Rahmen des rechtlichen Gehörs zur Frage einer Rückkehr nach Italien gab die Beschwerdeführerin an, sie habe dort keine Unterkunft gehabt und die italienischen Behörden hätten sich nicht um sie gekümmert.

B.c Der Verlobte der Beschwerdeführerin bestätigte dem BFM mit Schreiben vom 13. Juni 2012, dass er der Vater ihres Kindes sei und sie heiraten wolle.

B.d Auf Nachfrage des BFM teilte die Schweizerische Botschaft in Rom am 19. Juni 2012 mit, die Beschwerdeführerin habe dort persönlich vorgesprochen.

B.e Am 20. Juni 2012 kam der Sohn der Beschwerdeführerin, B._____, zur Welt.

B.f Das BFM ersuchte die italienischen Behörden am 4. Juli 2012 gestützt auf Art. 16 Abs. 1 Bst. c der Verordnung Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Dublin II-Verordnung), um die Rückübernahme der Beschwerdeführerin. Die italienischen Behörden liessen dieses Gesuch unbeantwortet.

B.g Mit Verfügung vom 19. Juli 2012 trat das BFM gestützt auf Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG auf das zweite Asylgesuch nicht ein und wies die Beschwerdeführerin nach Italien weg.

B.h Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.i Gemäss einer Mitteilung des Zivilstandsamtes C._____, anerkannte der Verlobte der Beschwerdeführerin am 5. September 2012 den gemeinsamen Sohn.

C.

Mit Eingabe an das BFM vom 25. Oktober 2012 liess die Beschwerdeführerin durch ihre Rechtsvertreterin ein Wiedererwägungsgesuch einreichen. Sie beantragte die Feststellung, dass seit Erlass der ursprünglichen Verfügung eine massgebliche Veränderung der Sachlage eingetreten sei bzw. dass neue erhebliche Beweismittel vorgebracht würden. Die Verfügung des BFM vom 19. Juli 2012 sei aufzuheben. Es sei festzustellen, dass die Schweiz zur Behandlung des Asylgesuchs zuständig sei, und dass sie die Flüchtlingseigenschaft erfülle; es sei ihr Asyl zu gewähren. Sie sei von der Bezahlung von Verfahrenskosten zu befreien und auf die Erhebung eines Gebührenvorschusses sei zu verzichten. Der Vollzug der Wegweisung sei auszusetzen.

D.

Das BFM wies das Wiedererwägungsgesuch mit Verfügung vom 27. November 2012 ab und stellte fest, die Verfügung vom 19. Juli 2012 sei rechtskräftig und vollstreckbar. Es wurde eine Gebühr von Fr. 600.– erhoben. Das BFM hielt fest, einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu.

E.

Mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 2. Dezember 2012 liess die Beschwerdeführerin durch ihre Rechtsvertreterin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragen. Die Vorinstanz sei anzuweisen, sich für das vorliegende Asylgesuch für zuständig zu erklären und dieses zu prüfen. Die Vorinstanz und die Vollzugsbehörden seien anzuweisen, bis zum Entscheid von Vollzugshandlungen abzusehen. Es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Die unterzeichnende Anwältin sei ihr als unentgeltliche Anwältin beizuordnen. Von der Erhebung eines Kostenvorschusses sei abzusehen. Der Eingabe lag eine Vereinbarung über die gemeinsame elterliche Sorge zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Verlobten vom 31. Oktober 2012 bei.

F.

Mit Verfügung vom 5. Dezember 2012 setzte der Instruktionsrichter den Wegweisungsvollzug per sofort aus.

G.

Der Instruktionsrichter bestätigte mit Zwischenverfügung vom 11. Dezember 2012 die Aussetzung des Vollzugs der Wegweisung und hiess das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 und 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) gut. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wurde demnach verzichtet. Fürsprecherin Laura Rossi wurde den Beschwerdeführenden als amtliche Anwältin zur Seite gestellt. Die Akten wurden zur Vernehmlassung an das BFM übermittelt.

H.

Das BFM beantragte in seiner Vernehmlassung vom 17. Dezember 2012 die Abweisung der Beschwerde.

I.

In ihrer Stellungnahme vom 3. Januar 2013 liess die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen festhalten.

J.

Der Instruktionsrichter gewährte der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 13. Februar 2013 die Gelegenheit zur Einreichung einer Kostennote.

K.

Die Rechtsvertreterin übermittelte dem Gericht am 14. Februar 2013 ihre Kostennote.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

1.2 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführenden haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 1 AsylG, Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

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

3.

Die Wiedererwägung im Verwaltungsverfahren ist ein gesetzlich nicht ge-

regelter Rechtsbehelf, auf dessen Behandlung durch die verfügende Behörde grundsätzlich kein Anspruch besteht. Gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts wird jedoch aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet (vgl. BGE 127 I 133 E. 6 S. 137 f. mit weiteren Hinweisen). Danach ist auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, wenn sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem ursprünglichen Entscheid beziehungsweise seit dem Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz in wesentlicher Weise verändert hat und mithin die ursprüngliche (fehlerfreie) Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen ist. Sodann können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen, sofern sie sich auf eine in materielle Rechtskraft erwachsene Verfügung beziehen, die entweder unangefochten geblieben oder deren Beschwerdeverfahren mit einem formellen Prozessurteil abgeschlossen worden ist. Ein solchermassen als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch zu bezeichnendes Rechtsmittel ist grundsätzlich nach den Regeln des Revisionsverfahrens zu behandeln (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2003 Nr. 17 E. 2.a S. 103 f. mit weiteren Hinweisen).

4.

4.1 Das Wiedererwägungsgesuch vom 25. Oktober 2012 wurde damit begründet, das BFM habe in der Verfügung vom 19. Juli 2012 geltend gemacht, die familiäre Situation der Beschwerdeführenden und ihres Verlobten bzw. Vaters stelle keine familiäre Gemeinschaft im Sinne der Dublin II-VO dar. Am 5. September 2012 habe der Verlobte der Beschwerdeführerin das gemeinsame Kind anerkannt, und am 21. November 2012 werde vor dem Zivilgericht G._____ die Verhandlung betreffend Feststellung der Identität und des Personenstandes der Beschwerdeführerin stattfinden. Danach werde das Paar heiraten können. Die Vormundschaftsbehörde H._____ habe mit dem Paar einen Unterhaltsvertrag ausgearbeitet, in dem das gemeinsame Sorgerecht geregelt sei. Der Verlobte werde zudem ein Gesuch um Einschluss des Kindes in seine Flüchtlingseigenschaft stellen. Da die Beschwerdeführerin nicht dem Kanton I._____ zugewiesen worden sei, habe das Paar bis heute noch nicht zusammenziehen können. Sie sei mit dem gemeinsamen Sohn so oft wie möglich in F._____. Das Paar lebe in einer eheähnlichen Gemeinschaft und könne nur aufgrund behördlicher Entscheide nicht zusammenziehen.

Art. 7 Dublin II-Verordnung halte fest, dass der Mitgliedstaat, in dem ein Familienangehöriger lebe, der als Flüchtling anerkannt worden sei, ungeachtet der Frage, ob die Familie bereits im Heimatstaat bestanden habe, für die Prüfung des Asylantrags der anderen Angehörigen zuständig sei, falls die betroffenen Personen dies wünschten. Die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner, der eine aktive Vaterrolle innehave, hätten sich im Sommer 2011 kennengelernt und seien eine Beziehung eingegangen. Aufgrund der gesamten Umstände sei davon auszugehen, dass es sich um eine dauerhafte Beziehung im Sinne von Art. 2 Bst. i Dublin II-VO handle. Durch die neu begründete Familieneinheit liege eine wiedererwägungsrechtlich relevante Veränderung des Sachverhalts vor, die einer Neubeurteilung bedürfe. Es müsse festgestellt werden, dass die Beschwerdeführerin eine familienähnliche Beziehung mit einer Person führe, die in der Schweiz als Flüchtling anerkannt worden sei. Die Schweiz sei somit gestützt auf Art. 7 Dublin II-Verordnung zur Behandlung des Asylgesuchs zuständig.

Die Beschwerdeführerin habe einen im Juni 2012 geborenen Sohn; sie habe bei ihren bisherigen Aufenthalten in Italien keine staatliche Hilfe erhalten. Es sei fraglich, ob sie bei einer Rückkehr die notwendige medizinische Hilfe erhalten könne. Der Bericht der Schweizerischen Flüchtlingshilfe (SFH) vom Mai 2011 halte fest, dass auch Verletzte nicht über längere Zeit in zur Verfügung gestellten Strukturen unterkommen könnten; sie habe dies bereits erlebt und gesehen, dass sie als alleinstehende Frau schutzlos Gewalt ausgeliefert sei. Es bestünden erhebliche Zweifel daran, dass Italien bezüglich der Unterbringung und Betreuung von Flüchtlingen seinen Verpflichtungen nach internationalem Recht nachkomme. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) habe festgehalten, dass der entsendende Staat verpflichtet sei, sich vor der Überstellung über die zu erwartenden Lebensbedingungen der asylsuchenden Person im Empfängerland zu informieren. Das BFM sollte in ihrem Fall demnach abklären, ob sie als alleinstehende Mutter mit einem Baby in Italien die notwendige medizinische Behandlung, eine zumutbare Unterkunft und ein vernünftiges Auskommen erhalte. Bei einer Rücküberstellung in untragbare Verhältnisse bestehe die Gefahr, dass Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verletzt werde.

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts könne sich eine Person auf Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen, wenn deren Familienmitglied in der Schweiz über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht verfüge. Der Lebenspartner der Be-

schwerdeführerin sei in der Schweiz als Flüchtling anerkannt worden und habe Asyl erhalten, womit er Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung habe. Sein Sohn werde in den Flüchtlingsstatus einbezogen und folglich ebenfalls als Flüchtling anerkannt werden. Gestützt auf diese Aufenthaltsrechte könne sie sich direkt auf Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen. Die EMRK stelle Primärrecht dar; Sekundärrecht wie die Dublin II-Verordnung sei immer am Primärrecht zu messen. Die Vorinstanz sei auch im Hinblick auf Art. 8 EMRK anzuweisen, von ihrem Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen. Auch Art. 10 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107) müsse vorliegend Rechnung getragen werden. Der gemeinsame Sohn der Beschwerdeführerin und ihres Lebenspartners habe das Bedürfnis von beiden Elternteilen betreut zu werden. Das Kind habe somit ein berechtigtes Interesse am Verbleib seiner Mutter in der Schweiz. Die Schweiz sei als Vertragsstaat der KRK verpflichtet, das Familienleben der Beschwerdeführerin mit ihrem Kind und ihrem Lebenspartner zu ermöglichen. Auch das Kindeswohl gebiete die Ausübung des Selbsteintrittsrechts des BFM.

Nach Art. 3 Abs. 2 Dublin II-Verordnung könne jeder Mitgliedstaat einen von einem Drittstaatsangehörigen eingereichten Asylantrag prüfen, auch wenn er nach den in der Verordnung festgelegten Kriterien nicht für die Prüfung zuständig sei. Beim Selbsteintrittsrecht handle es sich nicht um eine reine Kann-Bestimmung; vielmehr bestehe bei klaren Verstössen gegen übergeordnetes Recht ein einklagbarer Anspruch auf die Ausübung des Selbsteintrittsrechts.

Abschliessend sei auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-2430/2012 vom 3. August 2012 zu verweisen, mit dem das BFM angewiesen worden sei, das Asylverfahren eines jungen Vaters durchzuführen, dessen Lebenspartnerin und Kindsmutter in der Schweiz als Flüchtling anerkannt worden sei und Asyl erhalten habe.

4.2 Das BFM begründete seine Verfügung damit, dass Ziel der Dublin II-Verordnung die Vermeidung von Mehrfachgesuchen und negativer Zuständigkeitskonflikte sei. Das Verfahren zur Feststellung der Zuständigkeit eines Mitgliedstaats werde eingeleitet, sobald erstmals ein Asylgesuch innerhalb des Dublin-Raums eingereicht werde. Zur Zuständigkeitsprüfung würden die im Kapitel III Dublin II-Verordnung festgehaltenen Regeln angewandt. Würden danach in weiteren Mitgliedstaaten Asylgesuche eingereicht, sei Art. 16 Dublin II-Verordnung anwendbar und die

Anrufung von Artikeln aus Kapitel III Dublin II-Verordnung sei nicht mehr zulässig.

Die Beschwerdeführerin habe am 19. August 2008 in Italien ihr erstes Asylgesuch eingereicht, und die dortigen Behörden seien offenbar zum Schluss gelangt, dass Italien für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig sei. Die Zuständigkeit sei zum Zeitpunkt der Einreichung des Asylgesuchs der Beschwerdeführerin in der Schweiz bereits geklärt gewesen. Kapitel III Dublin II-Verordnung – und damit auch Art. 7 Dublin II-Verordnung – sei deshalb irrelevant für das weitere Dublin-Verfahren. Auch Art. 15 Abs. 2 Dublin II-Verordnung sei nicht anwendbar, da die Beziehung der Beschwerdeführerin und ihres Lebenspartners erst in der Schweiz aufgenommen worden sei.

Die Beschwerdeführerin und ihr Partner hätten sich im Juli 2011 kennengelernt und bis im September 2011 eine Wochenendbeziehung geführt. Im Oktober 2011 sei sie nach Italien gereist und erst im Mai 2012 in die Schweiz zurückgekehrt. Die Stabilität und die Intensität der Beziehung werde durch die mehrmonatige Rückkehr nach Italien in Frage gestellt. Die Beziehung könne nicht als schützenswert im Sinn von Art. 8 EMRK gewertet werden und vermöge somit nichts an der Zuständigkeit Italiens zu ändern. Das seit September 2011 laufende Ehevorbereitungsverfahren könne auch aus dem Ausland fortgeführt werden. Die Geburt von B._____ und die Vaterschaftsanerkennung durch ihren Lebenspartner könnten die Überstellung nach Italien nicht als unzulässig erscheinen lassen. Auch Art. 3 Abs. 1 KRK führe in Anbetracht des sehr jungen Alters des Kindes nicht zur Unzulässigkeit der Überstellung (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-6490/2011 vom 9. Februar 2012). Über das am 31. Oktober 2012 beim BFM eingegangene Gesuch um Einschluss des Kindes in die Flüchtlingseigenschaft seines Vaters werde in Kürze befunden.

4.3 In der Beschwerde werden die im Wiedererwägungsgesuch gemachten Ausführungen wiederholt und geltend gemacht, es müsse vorliegend entgegen der Auffassung des BFM vom Vorliegen einer schützenswerten Familiengemeinschaft ausgegangen werden. Die Beschwerdeführerin und ihr Partner übten das Sorgerecht gemeinsam aus, und der Sorgerechtsvereinbarung sei zu entnehmen, dass sie einen gemeinsamen Haushalt begründen möchten. Die Ehe habe bisher aufgrund rechtlicher Schranken nicht geschlossen werden können. Die Beschwerdeführerin könne sich somit ohne Weiteres auf Art. 8 EMRK berufen.

4.4 Das BFM führt in seiner Vernehmlassung aus, die vor der Vormundschaftsbehörde von H._____ geschlossene Vereinbarung über die gemeinsame elterliche Sorge vermöge an den Ausführungen in der Verfügung vom 27. November 2012 nichts zu ändern. Dies insbesondere deshalb, weil sie im Wissen der voraussichtlichen Wegweisung der Beschwerdeführerin nach Italien geschlossen worden sei.

4.5 In der Stellungnahme wird entgegnet, die Ansicht der Vorinstanz, der Abschluss der Sorgerechtsvereinbarung spiele keine Rolle, sei zurückzuweisen. Die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge und der in der Vereinbarung geäußerte Wunsch, einen gemeinsamen Haushalt zu begründen, sobald dies rechtlich möglich sei, zeuge von einer gelebten familienähnlichen Beziehung.

5.

5.1 Prozessgegenstand bei einem Wiedererwägungsgesuch hinsichtlich eines gestützt auf Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG gefällten Nichteintretensentscheides (Dublin-Verfahren) kann lediglich die Frage bilden, ob sich seit Abschluss des ordentlichen Verfahrens eine nachträglich veränderte Sachlage respektive Gründe nach Art. 66 Abs. 2 VwVG im Hinblick auf die staatsvertragliche Zuständigkeit des fraglichen Mitgliedstaates (vorliegend Italien) oder hinsichtlich der Völkerrechtskonformität einer Wegweisung dorthin ergeben haben, oder ob seither humanitäre Gründe im Sinne von Art. 29a Abs. 3 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1, SR 142.311) eingetreten sind.

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

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin lernte ihren Verlobten eigenen Angaben gemäss im Juli 2011 in der Schweiz kennen. Während ihrer kurzen Bekanntschaft wurde der am 20. Juni 2012 geborene Sohn gezeugt. Bevor sie die Schweiz verliess und nach Italien zurückkehrte, leitete das Paar beim Zivilstandsamt C._____ ein Ehevorbereitungsverfahren ein. Die Beschwerdeführerin stellte bei der Schweizerischen Botschaft in Rom am 4. April 2012 einen Visumsantrag, um für die Heirat in die Schweiz einreisen zu können. Den Akten gemäss reichte sie dort die für eine Ehe-

schliessung nötigen Dokumente ein. Einige Wochen vor der Geburt des gemeinsamen Kindes reiste sie erneut in die Schweiz ein.

6.2 Der als anerkannter Flüchtling in der Schweiz lebende Vater von B._____ anerkannte seinen Sohn am 5. September 2012 und somit nach dem Nichteintretensentscheid des BFM vom 19. Juli 2012. Des Weiteren schlossen die Eltern von B._____ am 27. November 2012 eine Sorgerechtsvereinbarung ab. Gemäss den Akten ist mit Bezug auf die Beschwerdeführenden von einer nunmehr in einem gewissen Ausmass stabilen und soweit möglich gelebten Partner- und Kind-Beziehung auszugehen. Diese Umstände sind als wiedererwägungsrechtlich potenziell relevante Sachverhaltselemente zu qualifizieren.

6.3 Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich eine Person auf den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK berufen, wenn sie sich auf eine Beziehung zu einer Person mit gefestigtem Anwesenheitsrecht (Bürgerrecht oder Niederlassungsbewilligung) in der Schweiz bezieht, wobei eine blosser Aufenthaltsbewilligung hierzu nur genügt, soweit sie ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (vgl. BGE 130 II 281, 135 I 143, jeweils mit weiteren Hinweisen). Der Verlobte der Beschwerdeführerin und Vater von B._____ wurde am 25. September 2009 in der Schweiz als Flüchtling anerkannt, und es wurde ihm Asyl gewährt. Demnach verfügt er in der Schweiz über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht im Sinne der Rechtsprechung.

6.4 Insoweit das BFM die Stabilität und Intensität der Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Verlobten in Zweifel zieht, weil diese selbständig nach Italien zurückkehrte und einige Monate dort lebte, ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin durch den Entscheid der Vorinstanz vom 4. August 2011 zur Ausreise aus der Schweiz verpflichtet wurde. Sie hätte die Schweiz spätestens am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist verlassen müssen und ist dieser Verpflichtung – wenn auch verspätet – nachgekommen. Aus dem mit Ausnahme der Nichteinhaltung der Ausreisefrist pflichtgemässen Verhalten der Beschwerdeführerin etwas schliessen zu wollen, das gegen das Vorhandensein des Willens zur Führung einer Familiengemeinschaft spricht, erscheint unbillig. Angesichts der Aktenlage ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin während ihres Aufenthalts in Italien vorerst die für eine Eheschliessung notwendigen Dokumente anfordern musste und sich hernach an die Schweizerische Botschaft in Rom wandte, wo sie die Dokumente abgab und um ein Einreisevisum für die Schweiz zwecks Eheschliessung er-

suchte. Da sie für den Aufenthalt während ihres zweiten Asylverfahrens nicht dem Kanton zugeteilt wurde, in dem ihr Partner lebt, kann dem Paar nicht vorgehalten werden, es wohne bisher nicht zusammen.

6.5 Den Akten des BFM ist zu entnehmen, dass gemäss Angaben des Zivilstandsamts F._____ alles Nötige geregelt sei, das Voraussetzung für eine Eheschliessung sei. Die Ehe könne auf Basis der vorhandenen Dokumente geschlossen werden. Da sich die Beschwerdeführerin im Fall einer erzwungenen Trennung vom Lebenspartner durch den Vollzug der Wegweisung nach Italien von dort aus aufgrund der mittlerweile doch dauerhaften Beziehung mit mutmasslich guten Erfolgschancen um die Bewilligung ihrer Wiedereinreise und derjenigen von B._____ in die Schweiz zwecks Vereinigung mit dem Partner respektive Vater bemühen oder die Ehe in Italien geschlossen werden könnte, wäre eine erzwungene vorübergehende Trennung sachlich unnötig und unter humanitärem Gesichtspunkt unangemessen (Art. 106 Abs. 1 Bst. c AsylG, Art. 29a Abs. 3 AsylV 1; vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts D-5877/2012 vom 20. Februar 2013 und E-2430/2012 vom 3. August 2012).

6.6 Die Frage, ob eine Wegweisung der Beschwerdeführerin und ihres Sohnes nach Italien nach dem oben Gesagten im heutigen Zeitpunkt gegen Art. 8 EMRK verstossen würde, kann aufgrund der vorstehenden Erwägung offengelassen werden.

7.

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen und die Verfügungen des BFM vom 27. November 2012 und 19. Juli 2012 sind aufzuheben. Das BFM ist anzuweisen, vom Selbsteintrittsrecht nach Art. 3 Abs. 2 Dublin II-Verordnung Gebrauch zu machen.

8.

8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

8.2 Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Rechtsvertreterin reichte am 14. Februar 2013 eine Kostennote über Fr. 2'318.– (Aufwand

von 7,5 Stunden à Fr. 240.–, Übersetzungen Fr. 300.–, Mehrwertsteuer Fr. 168.– und Spesenpauschale von Fr. 50.–) ein. Da die Kostennote als angemessen erscheint, ist das BFM anzuweisen, den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung im genannten Betrag auszurichten.

8.3 Die vom BFM mit der angefochtenen Verfügung erhobene Gebühr in der Höhe von Fr. 600.– ist zurückzuerstatten, falls der Betrag geleistet wurde.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügungen des BFM vom 27. November 2012 und 19. Juli 2012 werden aufgehoben, und das Bundesamt wird angewiesen, das Asylverfahren der Beschwerdeführenden in der Schweiz durchzuführen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2318.– zu entrichten und die mit Verfügung vom 27. November 2012 erhobene Gebühr zurückzuerstatten, falls der Betrag geleistet wurde.

5.

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Schürch

Christoph Basler

Versand: