



## Urteil vom 28. November 2023

---

Besetzung

Richterin Barbara Balmelli (Vorsitz),  
Richter Thomas Segessenmann,  
Richter Markus König,  
Gerichtsschreiberin Emine Zaimi-Husejni.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
B. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
C. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
D. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
E. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
F. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Somalia,  
c/o Solidaritätsnetz Bern, (...),  
Beschwerdeführende,

gegen

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

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch (sicherer Drittstaat)  
und Wegweisung;  
Verfügung des SEM vom 27. September 2021 / N (...).

**Sachverhalt:****A.**

Die fünf Kinder der Beschwerdeführerin suchten am 9. März 2020 in der Schweiz um Asyl nach. Aufgrund von Zweifeln an der Minderjährigkeit von B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ gab das SEM die Erstellung von Altersgutachten in Auftrag. Entsprechend den Ergebnissen wurden die Geburtsdaten im ZEMIS (Zentrales Migrationsinformationssystem) angepasst und C.\_\_\_\_\_ wurde fortan als Volljähriger erfasst. Am 13. Juli 2020 teilte die Vorinstanz die Behandlung der Gesuche dem erweiterten Verfahren zu.

**B.**

Am 8. September 2020 reiste die Beschwerdeführerin in die Schweiz ein und suchte gleichentags um Asyl nach. Gestützt auf den Abgleich ihrer Fingerabdrücke mit der europäischen Fingerabdruck-Datenbank (Eurodac) ersuchte das SEM am 25. September 2020 die italienische Dublin-Unit um Wiederaufnahme der Beschwerdeführerin zusammen mit ihren vier minderjährigen Kindern (B.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_). Dieses Ersuchen wurde am 2. Oktober 2020 abgewiesen mit der Begründung, der Beschwerdeführerin sei in Italien internationaler Schutz gewährt worden und sie sei im Besitz eines bis (...) 2021 gültigen Aufenthaltstitels («residence permit for 'Asylum'»). Folglich müsse eine mögliche Überstellung im Rahmen polizeilicher (Rückübernahme-)Abkommen erfolgen.

**C.**

**C.a** Die Vorinstanz ersuchte am 21. Oktober 2020 die zuständigen italienischen Behörden um Rückübernahme der Beschwerdeführerin und der minderjährigen Kinder gestützt auf die Europäische Vereinbarung über den Übergang der Verantwortung der Flüchtlinge vom 16. Oktober 1980 (SR 0.142.305, nachfolgend EATTR). Am 9. November 2020 stimmte das Innenministerium Italiens der Rückübernahme der Beschwerdeführerin zu.

**C.b** Am 10. November 2020 fragte die Vorinstanz bei derselben Behörde nach, ob die Zustimmung auch für die im Gesuch vom 21. Oktober 2020 ebenfalls erwähnten minderjährigen Kinder gelte. Die italienische Behörde bat gleichentags um Zustellung der Geburtsurkunden der Kinder und führte aus, die Zustimmung zur Rückübernahme der Kinder könne nur erteilt werden, wenn eine adäquate Unterkunft sichergestellt sei.

**D.**

Nach Übermittlung der beantragten Dokumente stimmte das italienische Innenministerium am 27. November 2020 der Rückübernahme der

Beschwerdeführerin und der minderjährigen Kinder zu. Sodann führte die Behörde aus, vor dem Hintergrund der Vulnerabilität der Familie werde die Zustimmung zur Überstellung ausgesetzt, bis die Familie in eine geeignete Struktur des *Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati* (SIPROIMI) aufgenommen werden könne.

#### **E.**

Die Vorinstanz stellte den italienischen Behörden am 26. Mai 2021 – aufgrund fehlender Geburtsurkunden – die Ergebnisse der zwischenzeitlich durchgeführten DNA-Tests zu, welche die biologische Mutterschaft der Beschwerdeführerin zu ihren Kindern bestätigten. Gleichzeitig ersuchte sie um Rückübernahme von C.\_\_\_\_\_ gestützt auf das bilaterale Rückübernahmeabkommen vom 10. September 1998 zwischen der Eidgenossenschaft und der Italienischen Republik (SR 0.142.114.549, nachfolgend Rückübernahmeabkommen).

#### **F.**

Die zuständige italienische Behörde antwortete am 28. Mai 2021, die Beschwerdeführerin und ihre Kinder würden als Familie im SAI-Projekt (*Sistema di Accoglienza e Integrazione*) in der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ (Benevento) aufgenommen. Am 3. Juni 2021 ergänzte sie, dass die Überstellung in die Unterkunft innerhalb der nächsten 15 Tage ab Empfang dieser Mitteilung als bestätigt gelte, ansonsten die Plätze anderweitig verwendet würden.

#### **G.**

Mit Schreiben vom 4. Juni 2021 gewährte das SEM den Beschwerdeführenden das rechtliche Gehör zur beabsichtigten Wegweisung nach Italien. Diesbezüglich äusserten sich die Beschwerdeführenden in der Stellungnahme vom 23. Juni 2021.

#### **H.**

Am 16. Juni 2021 teilte das SEM der zuständigen italienischen Behörde mit, eine Überstellung innert der vorgesehenen Frist sei nicht möglich und ersuchte um eine Verlängerung derselben bis 30. Juli 2021. Gleichentags antwortete ein Mitarbeiter der Behörde, man werde sehen, was man tun könne und bat um Mitteilung, sobald die Schweiz für die Überstellung bereit sei.

**I.**

Das SEM unterbreitete den Beschwerdeführenden am 24. September 2021 den Entwurf des Asylentscheids zur Stellungnahme. Darin führte das SEM unter anderem aus, die vorgenommenen Altersanpassungen betreffend B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ würden aufgehoben, womit C. \_\_\_\_\_ für das weitere Verfahren wieder als minderjährig gelte. Die Stellungnahme der Beschwerdeführenden ging am 27. September 2021 bei der Vorinstanz ein.

**J.**

Mit Verfügung vom 27. September 2021 trat die Vorinstanz auf die Asylgesuche der Beschwerdeführenden nicht ein, wies sie aus der Schweiz weg, ordnete den Vollzug an und händigte die editionspflichtigen Akten aus.

**K.**

Die Beschwerdeführenden erhoben mit Eingabe vom 5. Oktober 2021 beim Bundesverwaltungsgericht dagegen Beschwerde. Sie beantragen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und das SEM anzuweisen, auf die Asylgesuche einzutreten und die Asylverfahren in der Schweiz durchzuführen. Eventualiter sei die Sache zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, der Vollzug der Wegweisung sei im Sinne einer superprovisorischen Massnahme auszusetzen, und es sei ihnen die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, inklusive Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

**L.**

Am 7. Oktober 2021 gaben die Beschwerdeführenden eine Fürsorgebestätigung zu den Akten.

**M.**

Mit Zwischenverfügung vom 8. Oktober 2021 hiess die Instruktionsrichterin das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gut, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und lud die Vorinstanz zur Vernehmlassung ein.

**N.**

In der Vernehmlassung vom 20. Oktober 2021 hielt die Vorinstanz mit ergänzenden Ausführungen an ihren Erwägungen fest und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

**O.**

Am 28. Oktober 2021 wurde den Beschwerdeführenden Gelegenheit zur Replik gewährt, welche mit Eingabe vom 11. November 2021 zu den Akten gereicht wurde.

**P.**

Mit Schreiben vom 5. Januar 2021 (recte 2022) teilte der amtlich eingesetzte Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden mit, er habe eine neue Funktion übernommen und ersuchte sinngemäss um Entlassung aus dem amtlichen Mandat. Weiter führte er aus, das Mandat werde durch das Solidaritätsnetz Bern weitergeführt und bat, künftige Korrespondenzen an dieselbe Geschäftsadresse zu richten.

**Q.**

Am 31. Januar 2023 erkundigte sich ein Sozialarbeiter der ORS Service AG nach dem Verfahrensstand. Mit Schreiben vom 1. Februar 2023 ersuchte auch die Beschwerdeführerin um eine Mitteilung bezüglich des aktuellen Standes des Verfahrens.

**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 [SR 142.31]; 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. 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. 3 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist, vorbehaltlich Ziffer 1.4 hiernach, einzutreten.

**1.4** Der Beschwerde kommt von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 VwVG), weshalb auf die in diesem Zusammenhang gestellten Anträge in Ermangelung eines Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten ist.

## **2.**

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

## **3.**

Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das SEM 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 (vgl. BVGE 2017 VI/5 E. 3.1; 2012/4 E. 2.2, je m.w.H.).

## **4.**

**4.1** Gemäss Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG wird auf ein Asylgesuch nicht eingetreten, wenn die asylsuchende Person in einen sicheren Drittstaat nach Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG zurückkehren kann, in welchem sie sich vorher aufgehalten hat. Bei den Ländern der Europäischen Union (EU) und der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) besteht die gesetzliche Vermutung, dass es sich um sichere Drittstaaten handelt (vgl. Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG).

**4.2** In allen Fällen nach Art. 31a Abs. 1 AsylG ist erforderlich, dass hinsichtlich des Vollzugs eine Rückübernahmezusicherung des Drittstaates vorliegt. Die Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs (und nicht nur der Weiterreise oder Rückkehr) ist Rechtmässigkeitsvoraussetzung für den Erlass eines Nichteintretensentscheids gemäss Art. 31a Abs. 1 AsylG (CONSTANTIN HRUSCHKA in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar zum Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 31a AsylG Rn. 3, vgl. auch BBI 2002 6845, 6850).

## **5.**

Die Beschwerdeführenden machen in der Rechtsmitteleingabe geltend, aus der Begründung der angefochtenen Verfügung gehe nicht klar hervor, welches Abkommen die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Gesuch

um Rückübernahme der Familie beziehungsweise der einzelnen Mitglieder angewendet habe. Diesbezüglich anerkennt die Vorinstanz in der Vernehmlassung, dass in der angefochtenen Verfügung in Bezug auf C.\_\_\_\_\_ fälschlicherweise das EATTR angeführt worden sei. Weiter führt sie aus, das entsprechende Ersuchen sei indes korrekterweise gestützt auf das Rückübernahmeabkommen erfolgt.

Auf welcher rechtlichen Grundlage das Rückübernahmegesuch betreffend C.\_\_\_\_\_ schliesslich gründete, spielt letztlich keine Rolle, da er sowohl in Italien als auch in der Schweiz (wieder) als Minderjähriger registriert war, weshalb er auch im Gesuch der übrigen Familienmitglieder, welches gestützt auf das EATTR erfolgte, hätte miteinbezogen werden können. Aus dem redaktionellen Versehen in der angefochtenen Verfügung ist den Beschwerdeführenden jedenfalls kein Nachteil erwachsen, weshalb die Verfügung – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden – aus diesem Grund nicht zu kassieren ist.

## **6.**

**6.1** Die Beschwerdeführenden rügen eventualiter eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung. Sie machen geltend, die Voraussetzungen an die Rückübernahmezusicherung gemäss Art. 6 des Rückübernahmeabkommens sowie Ziffer 2.5 seines Anhangs seien nicht erfüllt. Der angefochtenen Verfügung sei zu entnehmen, dass die Überstellung erst erfolge, wenn die italienischen Behörden entweder die Unterbringung im SAI-Projekt in der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ nochmals bestätigten oder eine Unterbringung in einem anderen SAI-Projekt verfügbar sei. Damit liege keine ausdrückliche Zustimmung vor beziehungsweise seien die Voraussetzungen nach Art. 6 des Rückübernahmeabkommens nicht erfüllt.

Diese formelle Rüge ist vorab zu beurteilen, da sie gegebenenfalls geeignet ist, eine Kassation der vorinstanzlichen Verfügung zu bewirken.

**6.2** Der Untersuchungsgrundsatz gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Asylverfahrens (vgl. Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG). Demnach hat die Behörde von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. Sie muss die für das Verfahren notwendigen Sachverhaltsunterlagen beschaffen und die rechtlich relevanten Umstände abklären sowie ordnungsgemäss darüber Beweis führen. Die Behörde ist dabei jedoch nicht verpflichtet, zu jedem Sachverhaltselement umfangreiche Nachforschungen anzustellen. Zusätzliche Abklärungen sind vielmehr nur dann vorzunehmen, wenn sie aufgrund der

Aktenlage als angezeigt erscheinen (vgl. dazu CHRISTOPH AUER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Rz. 16 zu Art. 12; BENJAMIN SCHINDLER, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Rz. 29 zu Art. 49).

**6.3** Gemäss Art. 6 Abs. 2 des Rückübernahmeabkommens hat ein Rückübernahmegesuch die im Anhang zu diesem Abkommen vorgesehenen Elemente zu enthalten. Nach Absatz 3 dieser Bestimmung teilt die ersuchte Vertragspartei den eigenen Entscheid der ersuchenden Vertragspartei innert kürzester Frist, spätestens innert acht Tagen, schriftlich mit. Die vom Rückübernahmeantrag betroffene Person wird erst nach Erhalt der Erlaubnis der ersuchten Vertragspartei übergeben (vgl. Ziffer 2.5 Anhang Rückübernahmeabkommen).

## 7.

**7.1** Die Vorinstanz ist in ihrem Entscheid gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG nicht auf die Asylgesuche eingetreten und hat die Wegweisung nach Italien angeordnet. Ein solcher Nichteintretensentscheid setzt voraus, dass der übernehmende Staat eine Rückübernahmezusicherung abgegeben hat. Vorliegend stützt sich die Vorinstanz diesbezüglich auf die Mitteilung des italienischen Innenministeriums vom 27. November 2020, in welcher dieses ausführt, die Beschwerdeführerin habe in Italien eine asylrechtliche Aufenthaltsgenehmigung erhalten und verfüge deshalb über einen Titel, der ihr die Rückkehr nach Italien erlaube. Weiter wird darin ausgeführt, die Zustimmung zur Überstellung werde aufgrund der Vulnerabilität der Familien ausgesetzt, bis bekannt sei, ob die erforderlichen Voraussetzungen für eine Unterbringung in einer Struktur des SAI vorliegen würden (vgl. SEM-Akten 1074992-127/2). Die Zustimmung wurde demnach davon abhängig gemacht, ob eine angemessene Unterbringung für die Beschwerdeführenden gewährleistet werden könne. Eine solche, unter Vorbehalt erteilte Zustimmung wurde in ähnlich gelagerten Fällen – Beschwerdeverfahren E-2322/2021 vom 20. August 2021 sowie E-3023/2021 vom 14. Oktober 2021 – vom Bundesverwaltungsgericht als nicht genügend erachtet (wobei dort die Rückübernahmegesuche jeweils gestützt auf das Rückübernahmeabkommen erfolgten). Mit E-Mail vom 28. Mai 2021 informierten die zuständigen italienischen Behörden die Vorinstanz, dass eine passende Unterkunft habe gefunden werden können und die Familie dort aufgenommen werde (vgl. SEM-Akten 1074992-200/5). Mit der Vorinstanz ist diesbezüglich übereinzugehen, dass darin die in Aussicht gestellte Zustimmung zu sehen ist, ist doch die Bedingung (Verfügbarkeit adäquater Unterkunft) eingetreten, von der die Zustimmung abhängig gemacht wurde. Indes führte

die zuständige italienische Behörde in einer weiteren E-Mail vom 3. Juni 2021 aus, die Überstellung müsse innert 15 Tagen erfolgen, ansonsten die Plätze anderweitig vergeben würden. Damit relativiert die italienische Behörde ihre erteilte Zustimmung. Auf das in der Folge vom SEM gestellte Gesuch um Fristverlängerung antwortete der zuständige Mitarbeiter der italienischen Behörde per E-Mail lediglich mit «man werde sehen, was man tun könne». Im Entscheidzeitpunkt fehlte es somit an einer vorbehaltlosen Zustimmung der italienischen Behörden zur Überstellung der Beschwerdeführenden nach Italien; eine solche ist – soweit aus den Akten ersichtlich – auch in der Zwischenzeit nicht erfolgt.

**7.2** In Bezug auf die Beschwerdeführerin und die Kinder B.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_, deren Rückübernahmegesuch sich auf das EATRR stützt, kommt hinzu, dass der von Italien ausgestellte Aufenthaltstitel der Beschwerdeführerin nur bis (...) 2021 Gültigkeit hatte. Art. 4 Abs. 1 EATRR sieht vor, dass solange der Übergang der Verantwortung gemäss Artikel 2 Absätze 1 und 2 EATRR nicht erfolgt ist, der Flüchtling jederzeit im Hoheitsgebiet des Erststaates wieder aufgenommen wird, selbst wenn sein Reiseausweis abgelaufen ist. Im letzten Fall wird er auf einfaches Ersuchen des Zweitstaates hin wieder aufgenommen, vorausgesetzt, dass dieses Ersuchen innert sechs Monaten nach Ablauf des Reiseausweises gestellt wird. Mithin erscheint vorliegend fraglich, ob zum aktuellen Zeitpunkt tatsächlich noch eine Vollzugsmöglichkeit sowie Aufnahmebereitschaft seitens der italienischen Behörden besteht, ist die Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels der Beschwerdeführerin doch mittlerweile seit über zwei Jahren abgelaufen. Nach dem Gesagten liegt keine klare und unmissverständliche Rückübernahmezusicherung seitens des zur Übernahme ersuchten Staats vor.

**7.3** Somit ist das SEM ohne Vorliegen der erforderlichen Zusicherung der Rückübernahme der Beschwerdeführenden durch die zuständigen italienischen Behörden in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG auf die Asylgesuche nicht eingetreten. Der entscheidrelevante Sachverhalt im Hinblick auf die Frage, ob eine Überstellung nach Italien rechtmässig sei, ist demnach nicht rechtsgenüglich erstellt. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache zur vollständigen Sachverhaltsfeststellung (Einholen der erforderlichen Zusicherung der Rückübernahme der Beschwerdeführenden durch die zuständigen italienischen Behörden) sowie zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**7.4** Angesichts der Rückweisung der Sache erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den weiteren Vorbringen auf Beschwerdeebene.

**8.**

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

**8.2** Den Beschwerdeführenden ist angesichts ihres Obsiegens in Anwendung von Art. 64 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 Entschädigung für die ihnen notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen.

Eine Kostennote wurde nicht zu den Akten gereicht, weshalb die die Höhe der Entschädigung aufgrund der Akten zu bestimmen ist (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die von der Vorinstanz den Beschwerdeführenden auszurichtende Parteientschädigung ist insgesamt auf Fr. 1000.– (inkl. Auslagen) festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird. Im Übrigen wird sie abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben und die Sache zur vollständigen Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Das SEM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– auszurichten.

**5.**

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Barbara Balmelli

Emine Zaimi-Husejri

Versand: