



Urteil vom 7. Juni 2018

Besetzung

Richterin Muriel Beck Kadima (Vorsitz),
Richterin Daniela Brüscheiler,
Richterin Andrea Berger-Fehr,
Richterin Christa Luterbacher,
Richterin Claudia Cotting-Schalch,
Gerichtsschreiberin Alexandra Püntener.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Irak,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung
(Dublin-Verfahren);
Verfügung des SEM vom 27. Januar 2017 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer suchte am 25. Februar 2016 in der Schweiz um Asyl nach.

B.

B.a Anlässlich der Befragung zur Person (BzP) im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) B. _____ vom 1. März 2016 gab der Beschwerdeführer an, er und seine Ehefrau hätten in Bagdad ein türkisches Visum erhalten. Am 2. Februar 2016 hätten sie zusammen ihren Heimatstaat auf dem Luftweg verlassen und seien über verschiedene Länder von Deutschland her am 25. Februar 2016 in die Schweiz gelangt. Dabei seien ihnen in fast allen Ländern, durch die sie gereist seien, ihre Fingerabdrücke abgenommen worden. In Deutschland hätten sie bleiben müssen, da [ihr Kind] krank gewesen sei. Das Verfahren der Ehefrau und des Kindes wurde getrennt behandelt.

B.b Gestützt auf die Aussagen des Beschwerdeführers und einen Abgleich der Fingerabdrücke mit der Zentraleinheit Eurodac vom 20. Februar 2016 wurde dem Beschwerdeführer zu einem allfälligen Nichteintretensentscheid und der Möglichkeit einer Überstellung nach Deutschland das rechtliche Gehör gewährt, welches gemäss Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (nachfolgend: Dublin-III-VO), grundsätzlich für die Behandlung seines Asylgesuchs zuständig sei. Die grundsätzliche Zuständigkeit dieses Mitgliedstaates wurde vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Jedoch machte er geltend, die Situation der Camps in Deutschland sei schlecht und sein Zielland sei die Schweiz gewesen. Zudem gewährte das SEM dem Beschwerdeführer gestützt auf seine Aussagen und den Eurodac-Treffer auf Leros vom 10. Februar 2016 auch das rechtliche Gehör zu einer allfälligen Zuständigkeit Griechenlands, Kroatiens, Sloweniens oder Österreichs.

C.

Das SEM ersuchte am 9. März 2016 die deutschen Behörden um Wiederaufnahme des Beschwerdeführers gemäss Art. 18 Abs. 1 Bst. b Dublin-III-VO.

D.

Mit Schreiben vom 22. März 2016 lehnten die deutschen Behörden das Wiederaufnahmeansuchen zunächst ab, da die Beantwortung weitere Nachforschungen erfordere. Über das Ergebnis würde das SEM unaufgefordert informiert.

E.

Am 23. März 2016 erklärte das SEM den deutschen Behörden gegenüber, dass es mit der einstweiligen Ablehnung des Wiederaufnahmeansuchens nicht einverstanden sei. So sei das positive Ergebnis eines Fingerabdruckvergleichs ein Beweis für die Zuständigkeit. Das Vertrauen in die Richtigkeit der Ergebnisse von EURODAC-Abgleichen müsse geschützt werden. Es würden sich weitere Abklärungen daher erübrigen. Dem Ersuchen sei zuzustimmen.

F.

Am 1. Dezember 2016 stimmten die deutschen Behörden dem Wiederaufnahmeansuchen ausdrücklich zu.

G.

Das SEM gewährte dem Beschwerdeführer am 2. Dezember 2016 das rechtliche Gehör zur Zuständigkeit Deutschlands zur Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens gemäss Dublin-III-VO, zum beabsichtigten Nichteintretensentscheid gemäss Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (SR 142.31) sowie zur Wegweisung nach Deutschland.

H.

Der Beschwerdeführer nahm dazu am 8. Dezember 2016 Stellung. Dabei machte er geltend, er sei zusammen mit seiner Ehefrau und [seinem Kind] in die Schweiz gekommen, da seine Ehefrau starkes Heimweh habe und ihre Schwester hier lebe.

I.

Mit Verfügung vom 27. Januar 2017 – eröffnet am 7. Februar 2017 – trat das SEM in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein und verfügte die Wegweisung aus der Schweiz nach Deutschland. Weiter händigte es dem Beschwerdeführer die editionspflichtigen Akten gemäss Aktenverzeichnis aus und stellte fest, einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung komme keine aufschiebende Wirkung zu.

J.

Mit Beschwerde vom 8. Februar 2017 an das Bundesverwaltungsgericht beantragte der Beschwerdeführer, die Verfügung des SEM sei aufzuheben und das SEM anzuweisen, sein Recht zum Selbsteintritt auszuüben und sich für das vorliegende Asylverfahren für zuständig zu erklären. Es sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vollzugsbehörden seien anzuweisen, von einer Überstellung nach Deutschland abzusehen, bis das Bundesverwaltungsgericht über die vorliegende Beschwerde entschieden habe. In prozessualer Hinsicht wurde um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sowie um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG ersucht.

K.

Mit Telefax vom 14. Februar 2017 setzte die zuständige Instruktionsrichterin den Vollzug der Überstellung gestützt auf Art. 56 VwVG per sofort einstweilen aus.

L.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 12. Juli 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung unter Vorbehalt der Veränderung der finanziellen Lage des Beschwerdeführers gutgeheissen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – und so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). 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).

1.2 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und 108 Abs. 2 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.3 Die Präsidentin der Abteilung V des Bundesverwaltungsgerichts ordnete eine Fünferbesetzung des Spruchkörpers an (vgl. Art. 21 und Art. 25 VGG i.V.m. Art. 32 Abs. 2 und 3 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht [VGR, SR 173.320.1]).

2.

2.1 Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreiten des Ermessens) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

Das Bundesverwaltungsgericht kann auf die Durchführung eines Schriftenswechsels verzichten (Art. 111a Abs. 1 AsylG).

2.2 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 2012/4 E. 2.2 m.w.H.).

3.

3.1 Auf Asylgesuche wird in der Regel nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in einen Drittstaat ausreisen können, der für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens staatsvertraglich zuständig ist (Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG). Zur Bestimmung des staatsvertraglich zuständigen Staates prüft das SEM gemäss dem Dublin-Assoziierungsabkommen vom 26. Oktober 2004 (DAA, SR 0.142.392.68) die Zuständigkeitskriterien gemäss Dublin-III-VO. Führt diese Prüfung zur Feststellung, dass ein anderer Mitgliedstaat für die Prüfung des Asylgesuchs zuständig ist, tritt das SEM, nachdem der betreffende Mitgliedstaat einer Überstellung oder Rücküberstellung zugestimmt hat, auf das Asylgesuch nicht ein.

3.2 Gemäss Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO wird jeder Asylantrag von einem einzigen Mitgliedstaat geprüft, der nach den Kriterien des Kapitels III als zuständiger Staat bestimmt wird. Das Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates wird eingeleitet, sobald in einem Mitgliedstaat erstmals ein Asylantrag gestellt wird (Art. 20 Abs. 1 Dublin-III-VO).

3.2.1 Im Fall eines sogenannten Aufnahmeverfahrens (engl.: take charge) sind die in Kapitel III (Art. 8–15 Dublin-III-VO) genannten Kriterien in der dort aufgeführten Rangfolge (Prinzip der Hierarchie der Zuständigkeitskriterien; vgl. Art. 7 Abs. 1 Dublin-III-VO) anzuwenden, und es ist von der Situation im Zeitpunkt, in dem der Antragsteller erstmals einen Antrag in einem Mitgliedstaat gestellt hat, auszugehen (Art. 7 Abs. 2 Dublin-III-VO; vgl. BVGE 2012/4 E. 3.2; FILZWIESER/SPRUNG, Dublin III-Verordnung, Wien 2014, K4 zu Art. 7). Im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens (engl.: take back) findet demgegenüber grundsätzlich keine (erneute) Zuständigkeitsprüfung nach Kapitel III statt (vgl. BVGE 2012/4 E. 3.2.1 m.w.H.).

3.2.2 Der nach dieser Verordnung zuständige Mitgliedstaat ist verpflichtet, einen Antragsteller, der in einem anderen Mitgliedstaat einen Antrag gestellt hat, nach Massgabe der Art. 21, Art. 22 und Art. 29 Dublin-III-VO aufzunehmen (Art. 18 Abs. 1 Bst. a Dublin-III-VO).

4.

4.1 Das SEM begründete seinen Entscheid im Wesentlichen damit, gemäss dem Abgleich der Fingerabdrücke mit der Zentraleinheit Eurodac sei nachgewiesen, dass der Beschwerdeführer in Deutschland am 20. Februar 2016 ein Asylgesuch eingereicht habe. Deutschland sei daher gestützt auf die Dublin-III-VO für die Durchführung seines Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig und habe seiner Übernahme explizit zugestimmt. Der vom Beschwerdeführer geäusserte Wunsch nach einem weiteren Verbleib in der Schweiz habe keinen Einfluss auf die Zuständigkeit, da es grundsätzlich nicht Sache der betroffenen Person sei, den für ihr Asylverfahren zuständigen Staat selber zu bestimmen. Der Umstand, dass sich der Beschwerdeführer seit knapp einem Jahr in der Schweiz befinde, spreche nicht gegen die Zuständigkeit Deutschlands. Im Weiteren würden weder völkerrechtlichen Hindernisse noch andere Gründe an dieser Zuständigkeit etwas ändern.

4.2 Der Beschwerdeführer macht in seiner Rechtsmitteleingabe geltend, er sei seit einem Jahr in der Schweiz und habe einen Freundeskreis. Er leide

wegen der angefochtenen Verfügung und dem Umstand, dass er zu [seinem Kind] seit einem Jahr keinen Kontakt mehr habe, an einer schweren Depression und habe einen Suizidversuch unternommen. Er möchte sich psychologisch behandeln lassen. Bei einer Überstellung nach Deutschland möchte er, dass seine Ehefrau und [sein Kind] (E-3807/2017) mitgehen würden.

5.

Den Akten ist zu entnehmen, dass sich der Beschwerdeführer vor der Einreise in die Schweiz in Deutschland aufgehalten und dort ein Asylgesuch gestellt hatte. Das SEM ersuchte daher die deutschen Behörden am 9. März 2016 gestützt auf Art. 18 Abs. 1 Bst. b Dublin-III-VO um Wiederaufnahme des Beschwerdeführers. Die deutschen Behörden lehnten das Rückübernahmeersuchen am 22. März 2016 zunächst ab, da die Beantwortung weitere Nachforschungen erfordern würde. Darauf antwortete das SEM mit Schreiben vom 23. März 2016 (A25) und damit innerhalb der vorgesehenen dreiwöchigen Frist im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Durchführungsverordnung (EU) Nr. 118/2014 der Kommission vom 30. Januar 2014 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1560/2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (DVO) und ersuchte erneut um Aufnahme des Beschwerdeführers (sogenanntes Remonstrationsverfahren) mit der Begründung, nach der DVO sei das positive Ergebnis eines (Eurodac-) Fingerabdruckvergleichs ein Beweis für die Zuständigkeit, weshalb sich weitere Abklärungen erübrigen würden und Deutschland dem Ersuchen (um Rückübernahme des Beschwerdeführers) umgehend zuzustimmen habe. Die deutschen Behörden stimmten der Übernahme des Beschwerdeführers am 1. Dezember 2016 – somit über acht Monate nach dem Remonstrationsersuchen – zu.

6.

Vorliegend stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, er lebe bereits seit einem Jahr in der Schweiz und habe einen Freundeskreis aufgebaut. Er weist damit auf die lange Dauer seines (Dublin-)Verfahrens hin.

7.

Die Zuständigkeitsbestimmung im Dublin-Verfahren erfolgt nach genau festgelegten Fristen. Diese sind verbindlich (vgl. Urteil des EuGH C-670/2016 vom 26. Juli 2017, *Mengesteab* [nachfolgend zitiert als EuGH,

Mengesteab] Rn. 49-53). Dies soll insbesondere im Sinne des im fünften Erwägungsgrund der Dublin-III-VO erwähnten Ziels der zügigen Bearbeitung der Anträge auf internationalen Schutz (Beschleunigungsgebot) „eine rasche Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates ermöglichen, um den effektiven Zugang zu den Verfahren zur Gewährung des internationalen Schutzes zu gewährleisten.“ (vgl. CONSTANTIN HRUSCHKA, Dublin-Remonstrationsverfahren: Ein Instrument zur Umgehung der Dublin-Fristen?, in: *Asyl* 1/17, S. 11; Urteil des EuGH C-201/16, *Shiri*, vom 25. Oktober 2017 [nachfolgend zitiert als EuGH, *Shiri*], Rn. 31). Damit soll auch verhindert werden, dass Asylsuchende "ins Abseits" geraten (sog. "refugees in orbit") und sich kein Staat innert nützlicher Frist für die Behandlung des Asylgesuches für zuständig erachtet (ANNE KÜHLER, Das Dublin-System und das schweizerische Asylrecht, in: *recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis* 5/2013, S. 224 ff.).

Aus der Dublin-III-VO ergeben sich nach Antragstellung einer Person auf internationalen Schutz für den ersuchenden Mitgliedstaat je nach Konstellation unterschiedliche Zeitspannen (zwei Monate bei Vorliegen eines Eu-rodac-Treffers resp. drei Monate ohne diesen), um einen anderen Mitgliedstaat um Aufnahme oder Wiederaufnahme der betroffenen Person zu ersuchen (Art. 21 Abs. 1 resp. Art. 23 Abs. 2 Dublin-III-VO). Erfolgt das Ersuchen nicht innerhalb dieser Frist, wird der Mitgliedstaat, in welchem der Antrag um internationalen Schutz gestellt wurde, zuständig (Art. 21 Abs. 1 Unterabsatz 3 resp. Art. 23 Abs. 3 Dublin-III-VO; FILZWIESER/SPRUNG, a.a.O., zu Art. 21 Dublin-III-VO K3 ff.). Der ersuchte Mitgliedstaat hat je nach Verfahren zwischen einer Woche und zwei Monaten Zeit, auf das Ersuchen zu reagieren (Art. 21 Abs. 2 resp. Art. 22 Abs. 1 und 6 und Art. 25 Abs. 1 Dublin-III-VO). Dabei sind grundsätzlich folgende drei Konstellationen denkbar: (1) Der ersuchte Mitgliedstaat stimmt dem Ersuchen innert Frist explizit zu. Er ist demnach für die Behandlung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig. Die Überstellung hat innerhalb von sechs Monaten zu erfolgen (Art. 29 Abs. 1 und 2 Dublin-III-VO). Verpasst der ersuchende Mitgliedstaat diese Frist, wird er wiederum als aktueller Aufenthaltsstaat zuständig. (2) Ohne Antwort auf das Zuständigkeitsersuchen wird der ersuchte Staat für die Behandlung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens implizit zuständig (Art. 22 Abs. 7 resp. Art. 25 Abs. 2 Dublin-III-VO). Die Überstellung hat innerhalb von sechs Monaten zu erfolgen (Art. 29 Abs. 1 und 2 Dublin-III-VO). (3) Der ersuchte Mitgliedstaat lehnt das Gesuch ausdrücklich ab, weshalb er nicht zuständig wird. Dies gilt auch dann, wenn er nach den Zuständigkeitskriterien eindeutig zuständig wäre. Der ersuchende Mitgliedstaat kann innerhalb von drei Wochen indes eine

erneute Prüfung des Gesuchs verlangen (sog. Remonstrationsverfahren, Art. 5 Abs. 2 DVO). Weder eine stillschweigende noch eine vorläufige oder einstweilige Ablehnung sind in der Dublin-III-VO oder der DVO vorgesehen.

8.

8.1 Im vorliegenden Verfahren stellt sich als Erstes die Frage nach der Qualifikation der „vorläufigen Ablehnung“ des Übernahmeersuchens der deutschen Behörden vom 22. März 2016.

8.2 Eine „vorläufige Ablehnung“ mit dem Hinweis, weitere Untersuchungen durchzuführen, ist – wie oben festgestellt – in der Dublin-Verordnung nicht vorgesehen. Durch eine solche vorläufige Ablehnung wäre es einem Mitgliedstaat grundsätzlich möglich, die Antwortfrist in unzulässiger Weise zu verlängern, was dem Sinn und Zweck der festen Fristenregelungen und der Anforderung der zügigen Bearbeitung im Sinne der Dublin-III-VO widersprechen würde.

8.2.1 In der Lehre wird unter Hinweis auf Art. 5 Abs. 1 DVO, welcher vorsieht, dass ein Mitgliedstaat nach Prüfung der Unterlagen in seiner Ablehnung im Zuständigkeitsverfahren nach Art. 21 oder 25 Dublin-III-VO sämtliche Gründe, die zur Ablehnung geführt haben, ausführlich zu erläutern hat, die Meinung vertreten, eine solche Erklärung und Prüfung der Unterlagen fehlten bei den „einstweiligen Ablehnungen“. Eine Ablehnung mit Vorbehalt weiterer Prüfungen sei in der Dublin-III-VO nicht vorgesehen, weshalb weitere Untersuchungen gegebenenfalls in der Antwortfrist stattfinden müssten und eine definitive Antwort erfolgen müsste. Eine Nichtprüfung des Zuständigkeitsersuchens führe klarerweise zur Zuständigkeit des Staates, welcher die Prüfung nicht vornehme. Eine solche vorläufige Ablehnung sei als rechtlich nicht wirksame Absichtserklärung einer weiteren Prüfung zu werten und nicht als ablehnende Antwort. Durch eine solche einseitige Erklärung könnten die Antwortfristen der Dublin-III-VO umgangen werden, was nicht dem Sinn und Zweck der Verordnung entspreche. Es sei demnach von einer stillschweigenden Zustimmung auszugehen. Entsprechend könne das Ersuchen um erneute Prüfung seitens des SEM nicht als Remonstrationsverfahren erachtet werden, da keine erstmalige Prüfung Deutschlands erfolgt sei (HRUSCHKA, a.a.O, S. 13).

Hruschka basiert seine Ausführungen zu einem grossen Teil auf die fehlende Begründung respektive Prüfung der Ablehnung. In der Praxis sind Ablehnungen ohne Erläuterung sämtlicher Gründe jedoch gang und gäbe.

Inwiefern eine Unterscheidung zwischen der oft verwendeten Formulierung „He is not known“ und keiner Begründung gemacht werden kann, erscheint fraglich, zumal diese Argumentationsweise weitere Fragen eröffnen würde, beispielsweise welcher Begründungsdichte eine Ablehnung genügen müsste, was in einem Massenzuständigkeitsverfahren zwischen einzelnen Staaten kaum sachgerecht oder praktikabel erscheint. Weiter kann eine begründete Ablehnung schwierig erscheinen, wenn der angefragte Mitgliedstaat schlicht keine Hinweise auf den Aufenthalt einer Person hat, insbesondere in den Fällen, in denen kein Eurodac-Treffer vorliegt.

8.2.2 Würde der Meinung von Hrukscha gefolgt, wäre das Schreiben mit der „vorläufigen Ablehnung“ als rechtsungültig und somit als einfaches Informationsschreiben der deutschen Behörden zu werten. Dies hätte zur Folge, dass die deutschen Behörden innerhalb der Antwortfrist in rechtsgenügend begründeter und somit definitiver Weise ihre Zuständigkeit abzulehnen hätten oder Deutschland – bei fehlender Antwort innerhalb der Frist – für das entsprechende Asyl- und Wegweisungsverfahren zuständig würde. Gemäss Wortlaut von Art. 22 Abs. 7 sowie Art. 25 Abs. 2 Dublin-III-VO kann nur das *Ausbleiben* einer Antwort („keine Antwort erteilt“/„absence de réponse“/„mancata risposta“) einen Zuständigkeitsübergang durch Stillschweigen begründen. Auch wenn die vorläufige Ablehnung keine eigentliche Überprüfung des Übernahmeersuchens und keine (rechtsgenügende) Begründung der Ablehnung beinhaltet, ist diese als Antwort auf das Aufnahme- respektive Wiederaufnahmeersuchen zu qualifizieren und kann nicht als Ausbleiben einer Antwort gelten. Für diese Argumentation spricht weiter, dass die Ablehnung via DubliNet (Art. 15, 18 ff. DVO; FILZWIESER/SPRUNG, a.a.O., zu Art. 17 Dublin-III-VO, K10) gesendet wurde und somit offenbar klar im Rahmen des Dublin-Zuständigkeitsverfahrens erfolgte, was gegen die Qualifikation als reines Informationsschreiben oder als informelles Schreiben zwischen den Asylbehörden spricht. Damit ist die These der Umdeutung einer „vorläufigen Ablehnung“ in eine stillschweigende Zustimmung zu verwerfen.

8.3 Im Sinne dieses Ausschlussprinzips ist eine „vorläufige Ablehnung“ als „normale“ (ordentliche) Ablehnung zu qualifizieren. Die Schweiz hat ihre Zuständigkeit entweder zu akzeptieren und das Asyl- und Wegweisungsverfahren in der Schweiz zügig an die Hand zu nehmen oder innerhalb von drei Wochen nach Erhalt der ablehnenden Antwort ein sogenanntes Remonstrationsverfahren im Sinne von Art. 5 Abs. 2 DVO einzuleiten.

9.

9.1 Vorliegend hat das SEM auf die vorläufige Ablehnung der deutschen Behörden am 23. März 2016 mit der Einleitung eines Remonstrationsverfahrens reagiert, worauf die deutschen Behörden – ohne weitere Nachfragen des SEM – erst am 1. Dezember 2016 und somit nahezu achteinhalb Monate nach dem Remonstrationsersuchen ihre Zustimmung erteilt haben. Es stellt sich damit die Frage, welcher Mitgliedstaat nach einer massiv verspäteten Zustimmung in einem Remonstrationsverfahren für die Durchführung des nationalen Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig ist.

9.2 Das Remonstrationsverfahren ist nicht in der Dublin-III-VO, sondern in der DVO geregelt. Nach einer Ablehnung der Zuständigkeit kann ein ersuchender Mitgliedstaat, der der Auffassung ist, dass die Ablehnung auf einem Irrtum beruht, oder der sich auf weitere Unterlagen berufen kann, vom ersuchten Mitgliedstaat eine erneute Prüfung verlangen. Das Remonstrationsverfahren kann demnach als eine Art Wiedererwägungsersuchen und somit als „ausserordentliches Verfahren“ innerhalb des Dublin-Verfahrens bezeichnet werden (FILZWIESER/SPRUNG, a.a.O., zu Art. 5 DVO, K6 mit Verweis auf den Dublin-II Kontaktausschuss). Die Remonstrationsanfrage muss innerhalb von drei Wochen nach Erhalt der ablehnenden Antwort erfolgen. Der ersuchte Mitgliedstaat ist gemäss der DVO gehalten, binnen zwei Wochen auf das Ersuchen zu antworten (Art. 5 Abs. 2 DVO). Für die Durchführung von Remonstrationsverfahren ist somit ein Zeitraum von maximal fünf Wochen ab Erhalt der ablehnenden Antwort vorgesehen. Durch das Remonstrationsverfahren ändern (verlängern) sich in keinem Fall die in der Dublin-III-Verordnung vorgesehenen Fristen für die Antwort auf Aufnahme- beziehungsweise Wiederaufnahmeersuchen (Art. 5 Abs. 2 in fine DVO; Art. 18 Abs. 1 und 6 und Art. 20 Abs. 1 Bst. b Dublin-II-VO, heute Art. 22 und 25 Abs. 1 Dublin-III-VO).

Stimmt der ersuchte Mitgliedstaat innerhalb der zweiwöchigen Frist dem Remonstrationsersuchen zu, wird er für die Behandlung des Asylgesuchs respektive die Wiederaufnahme des Asylsuchenden zuständig. Lehnt der ersuchte Mitgliedstaat seine Zuständigkeit innerhalb der zweiwöchigen Frist erneut ab, bleibt der ersuchende Mitgliedstaat für die Behandlung des Asylgesuchs zuständig. Antwortet der ersuchte Mitgliedstaat nicht, verbleibt gemäss Rechtsprechung und Lehre die Zuständigkeit der Behandlung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens grundsätzlich beim ersuchenden Mitgliedstaat. Zwar liegt durch die Nichtbeantwortung des Remonstrationsersuchens eine Verletzung von Unionsrecht vor, diese hat jedoch

mangels diesbezüglicher Rechtsgrundlage in der Dublin-III-VO grundsätzlich keinen Zuständigkeitsübergang auf den ersuchten Mitgliedsstaat zur Folge (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-1719/2016 vom 4. Mai 2016 E. 4.1.2; FILZWIESER/SPRUNG, a.a.O. zu Art. 5 DVO K4; HRUSCHKA, a.a.O, S. 11; Schweizerische Flüchtlingshilfe [SFH], Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 2. Aufl. 2015; SEM, www.sem.admin.ch/dam/data/sem/asyl/verfahren/hb/c/hb-c3-d.pdf, abgerufen am 28. Februar 2018).

Lehre und Rechtsprechung gehen somit davon aus, dass das SEM grundsätzlich verpflichtet gewesen wäre, nach zwei Wochen ohne Antwort von Deutschland das nationale Asyl- und Wegweisungsverfahren an die Hand zu nehmen und innerhalb der gesetzlichen Behandlungsfristen über das Asylgesuch zu entscheiden. Fraglich ist indessen, wie mit einer – wie im vorliegenden Verfahren – deutlich verspäteten, aber expliziten Zustimmung umzugehen ist, welche Wirkung diese entfalten kann sowie welche Rechtsfolgen sie auf die Zuständigkeit gemäss der Dublin-III-VO hat.

An dieser Stelle ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass beim EuGH in der Sache C-47/17 und C-48/17 Vorabentscheidungsverfahren hängig sind, denen entnommen werden kann, dass Deutschland respektive Italien eine Antwort auf ein Remonstrationsersuchen der Niederlande schuldig blieb, und der Beschwerdeführer in seiner nationalen Beschwerde die Zuständigkeitserklärung der Niederlande verlangte (http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=DE&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=189758&occ=first&dir=&cid=286936, abgerufen am 21. März 2018; <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189773&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=837342>, abgerufen am 21. März 2018). Der EuGH hat dabei unter anderem die Frage zu beantworten, über welche Frist der ersuchte Mitgliedstaat verfügt, um auf das Verlangen einer neuerlichen Prüfung (Remonstration) zu antworten. Nachdem im Verfahren C-47/17 die von den Niederlanden verlangte Dringlichkeit verneint worden war, dürfte nicht mit einem zeitnahen Verfahrensabschluss zu rechnen sein. Vorliegend liegt im Gegensatz jedenfalls zum EuGH-Verfahren C-48/17 (C-48/17: Ablauf von 7 ½ Wochen zwischen Anfrage der Niederlande und positiver Antwort von Italien) der Zeitablauf zwischen der Anfrage der Schweiz und der positiven Antwort von Deutschland deutlich über der Dauer der sechs Monate Überstellungsfrist.

9.3 Bei den Fristen des Remonstrationsverfahrens in der DVO handelt es sich im Gegensatz zu den Fristen in der Dublin-III-VO in Ermangelung einer Rechtsgrundlage nicht um Fristen, welche einen *automatischen* Zuständigkeitsübergang zur Folge haben (Urteile des BVGer E-1719/2016 E. 4.1.2 und E-2732/2017 vom 1. Juni 2017; FILZWIESER/SPRUNG, a.a.O. K4; HRUSCHKA, a.a.O., S. 11; SFH, a.a.O., S. 13). Der EuGH hat in seinem Urteil *Mengesteab*, mit Verweis auf die Schlussanträge der Generalanwältin die Bedeutung der Fristen in der Dublin-III-VO zwar unterstrichen und insbesondere hinsichtlich Art. 21 Dublin-III-VO (Frist für das Aufnahmege-such) ausgeführt, dass die Fristen zwingend seien und streng gelten würden. Es sei nicht vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten diese verlängern könnten (Rn. 72). Die Berücksichtigung der Fristen sei zur Verwirklichung der Ziele der Dublin-III-VO einer zügigen Bearbeitung der Anträge auf internationalen Schutz sowie die Sicherstellung eines wirksamen Rechtsbehelfs von grosser Bedeutung, weshalb es einer asylsuchenden Person möglich sein müsse, sich auf den Ablauf einer Frist im Überstellungsverfahren berufen zu können (Rn. 62). Im zitierten Urteil fokussiert sich der EuGH aber insbesondere auf das Kapitel VI der Dublin-III-VO (Rn. 49), weshalb diese Erwägungen nicht zwingend auf die Bestimmungen der DVO zu übernehmen sind und die zweiwöchige Antwortfrist im Remonstrationsverfahren unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung des EuGH nicht als absolute Frist zu qualifizieren ist. Der ersuchte Mitgliedstaat soll zwar binnen zwei Wochen antworten. Tut er dies nicht, hat dies, wie bereits hiervoor erwähnt, jedoch keinen automatischen Zuständigkeitsübergang auf diesen zur Folge (vgl. E. 9.2). Gemäss Rechtsprechung und Lehre verbleibt in diesem Fall die Zuständigkeit der Behandlung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens beim remonstrierenden Mitgliedstaat. Eine stillschweigende Zustimmung des ersuchten Staates besteht nur in den in Art. 22 Abs. 7 und 25 Abs. 2 Dublin-III-VO vorgesehenen Verfahren (Art. 10 DVO), was heisst, dass in Remonstrationsverfahren nur eine *explizite* Zustimmung die Zuständigkeit des ersuchten Staates zu begründen vermag. Es wäre indes stossend, wenn ein *ersuchter* Mitgliedstaat, der der Übernahme (ausdrücklich) verspätet zustimmt, aus seinem Fehlverhalten – der nicht fristgerechten Antwort auf ein Remonstrationsbegehren – etwas zu seinen Gunsten ableiten könnte, obschon seine ursprüngliche Ablehnung anerkanntermassen durch die nachträgliche Zustimmung auf einem Irrtum beruhte, weshalb auch aus diesem Grund die zweiwöchige Antwortfrist nicht absolut gelten kann. Weiter ist demgegenüber ebenfalls nicht zulässig, dass der *ersuchende* Mitgliedstaat, ohne aktiv zu werden, eine unbegrenzte Zeit zuwartet, bis eine allfällige Zustimmung ergeht, um sich seiner

Zuständigkeit zu entziehen, wenn mit der Zustimmung des ersuchten Staates die Zuständigkeit auf jeden Fall auf diesen übergehen würde. Wenn eine verspätete positive Antwort auf ein Remonstrationsverfahren in jedem Fall einen Zuständigkeitsübergang auslösen könnte, würde sich daraus überdies eine unbestimmte Wartezeit für die Asylsuchenden ergeben, da die Verfahren dadurch quasi suspendiert werden könnten. Folglich ist zu prüfen, unter welchen zeitlichen Voraussetzungen eine solche (verspätete) ausdrückliche Zustimmung noch zu einem Zuständigkeitsübergang auf den ersuchten Staat führen kann, beziehungsweise ab wann die ausdrückliche Zustimmung nichts mehr an der Zuständigkeit des ersuchenden Staates ändert.

9.4 Die Remonstration innerhalb der dreiwöchigen Frist begründet eine „neuerliche“ Überprüfungsobliegenheit für den ersuchten Staat, die aber nicht zur Folge haben darf, dass die (Maximal-)Fristen (der höherrangigen Grundverordnung [Dublin-III-VO]), die im Sinne der Rechtsprechung *Mengesteab* (Rn. 50) alle verbindlich sein dürften (vgl. diesbezüglich auch das zur Publikation vorgesehene Urteil des BVGer E-1998/2016 vom 21. Dezember 2017 E. 5.3.2), etwa wieder „aufleben“ oder von neuem zu laufen beginnen. Die Antwortfrist von zwei Wochen gemäss Art. 5 Abs. 2 DVO ist nur eine Ordnungsfrist und damit nicht absolut (vgl. auch den Wortlaut der Bestimmung: franz.: „s’efforce“; deutsch: „erteilt“; italienisch: „procura di rispondere“). Anders verhält es sich in Analogie zum Entscheid *Mengesteab* bei den Fristen aus der Dublin-III-VO, namentlich bei der Überstellungsfrist gemäss Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO.

9.5 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Grundsatzurteil BVGE 2010/2017 (E. 7.3.1) festgestellt, dass das SEM auf das Asylgesuch einzutreten hat, wenn sich die Person nach Ablauf der Überstellungsfrist *noch im Land* befindet, was auch vorliegend der Fall ist. Dies wurde in BVGE 2015/19 E. 6.3 bestätigt: „In allen Fällen sind die Folgen einer Fristüberschreitung gleich geregelt. Wird die Überstellung nicht innert Frist vollzogen, geht die Zuständigkeit auf den ersuchenden Mitgliedstaat über.“

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung sowie von Sinn und Zweck der Dublin-Verordnung (rasche Bestimmung eines zuständigen Mitgliedstaates und Vermeidung von „refugees in orbit“) kann eine explizite Zuständigkeitserklärung des ersuchten Mitgliedstaats nach Ablauf der Antwortfrist im Remonstrationsverfahren von zwei Wochen höchstens bis Ablauf der Überstellungsfrist ergehen, um die Zuständigkeit auf den ersuchten Staat zu übertragen, respektive muss innert dieser Frist auch die Überstellung

selbst noch erfolgen können. Nach Ablauf der Überstellungsfrist ohne erfolgte Überstellung, ist daher der Staat, in welchem sich die Person befindet, zuständig, unabhängig davon, ob der ersuchte Mitgliedstaat bereit wäre, die asylsuchende Person trotz des Ablaufs der Überstellungsfrist aufzunehmen (BVGE 2010/27 E. 7.3.1; 2015/19 E. 6.3 in fine; Urteil des EuGH *Shiri*, Rn. 34; zur Publikation vorgesehene Urteil des BVGer E-1998/2016 vom 21. Dezember 2017 E. 5.3). Dies trifft auch auf die Situation einer verspäteten Zustimmung in einem Remonstrationsverfahren zu.

Gestützt auf diese Feststellungen folgt, dass eine verspätete Zustimmung zur Zuständigkeit im Remonstrationsverfahren jedenfalls dann keine Rechtswirkung mehr entfaltet, wenn diese nach der sechsmonatigen Überstellungsfrist erfolgt respektive wenn die asylsuchende Person nicht mehr innerhalb dieser sechs Monate in den ersuchten und nun per Remonstrationsverfahren zustimmenden Mitgliedstaat überstellt werden kann. Nach Ablauf der Überstellungsfrist geht die Zuständigkeit auf die Schweiz über und das SEM hat das nationale Asylverfahren zügig an die Hand zu nehmen. Dieses Resultat berücksichtigt auch das Ziel der Dublin-III-VO einer raschen Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats, da in jedem Fall nach Ablauf der Überstellungsfrist feststeht, welcher Mitgliedstaat für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig ist. Ungeklärte Zuständigkeiten nach mehreren Monaten oder Jahren, missbräuchliches Abwarten von hypothetischen Zustimmungen im Remonstrationsverfahren und somit die Gefahr der Schaffung von „refugees in orbit“, welche das Dublin-System verhindern will, werden durch dieses Resultat vermieden.

9.6

Schliesslich stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt die Überstellungsfrist zu laufen beginnt.

9.6.1 Gemäss Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO erfolgt die Überstellung in den zuständigen Mitgliedstaat spätestens innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der *Annahme* des Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuchs. Beim Stellen eines Remonstrationsgesuchs liegt jedoch gerade keine Annahme respektive Zustimmung im Aufnahme- oder Wiederaufnahmeverfahren vor. Gleichzeitig bestimmt Art. 5 Abs. 2 DVO, dass es durch das Remonstrationsverfahren nicht zu einer Änderung (Verlängerung) der diesbezüglichen Fristen der Dublin-III-VO kommen kann (Art. 5 Abs. 2 DVO Satz 4: „Durch dieses zusätzliche Verfahren ändern sich in keinem Fall die in Art. 18 Abs. 1 und 6 [heute Art. 22 Dublin-III-VO] und Art. 20 Abs. 1 Buch-

stabe b) der Verordnung [heute Art. 25 Abs. 1 Dublin-III-VO] (...) vorgesehenen Fristen“), weshalb die im Rahmen des Remonstrationsverfahrens erfolgte äusserst späte explizite Annahme (vorliegend Antwort Deutschlands vom 1. Dezember 2016) die Überstellungsfrist von sechs Monaten nicht auszulösen vermag, ansonsten durch eine solche späte Antwort die Fristen verlängert würden.

9.6.2 Der Beginn der sechsmonatigen Überstellungsfrist gestaltet sich je nach Konstellation – explizite Annahme, keine Antwort, ausdrückliche Ablehnung (vgl. E. 7 hiervor) – unterschiedlich. Bei einer expliziten Annahme des Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuchs beginnt die Überstellungsfrist ab dem Zeitpunkt der Zustimmung des ersuchten Staates zu laufen (Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO). Antwortet der ersuchte Staat nicht und wird damit die Zustimmung (des ersuchten Staates) per Verfristung angenommen (Art. 22 Abs. 7 resp. Art. 25 Abs. 2 Dublin-III-VO), beginnt die Überstellungsfrist mit dem Verfristungsdatum zu laufen, das heisst mit impliziter Annahme (Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO). Im Rahmen eines Remonstrationsverfahrens liegt indessen weder eine Zustimmung noch eine Verfristung, sondern eine negative Antwort (vorliegend: „vorläufige“ Ablehnung, vgl. E. 8.3) vor. Die im Remonstrationsverfahren erfolgte Zusage nach dieser negativen Antwort ist als deren „Wiedererwägung“ zu verstehen; anders ausgedrückt wird die frühere Ablehnung durch die Antwort im Remonstrationsverfahren nun zu einer Annahme. Dies bedeutet, dass für die Berechnung der sechsmonatigen Überstellungsfrist vom Zeitpunkt der „vorläufigen Ablehnung“ respektive negativen Antwort (vgl. E. 8.3 hiervor) auszugehen ist.

9.6.3 Nach dem Gesagten gilt im vorliegenden Verfahren der 22. März 2016 („vorläufige“ Ablehnung Deutschlands) als Beginn der sechsmonatigen Überstellungsfrist, welche am 22. September 2016 abgelaufen ist.

9.6.4 Die Zustimmung Deutschlands am 1. Dezember 2016 erfolgte somit klar verspätet.

9.7 Aufgrund des Gesagten ist die Zuständigkeit der Behandlung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens auf die Schweiz übergegangen.

10.

Die angefochtene Verfügung ist aus den vorstehenden Gründen aufzuhe-

ben und die Vorinstanz anzuweisen, das Asylgesuch des Beschwerdeführers im Rahmen eines ordentlichen Asylverfahrens zügig an die Hand zu nehmen und zu prüfen.

11.

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

11.2 Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2)). Da der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren nicht vertreten war, ist nicht ersichtlich, welche verhältnismässig hohen Kosten ihm entstanden sein könnten, weshalb ihm keine Entschädigung zuzusprechen ist.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung des SEM vom 27. Januar 2017 wird aufgehoben. Die Vorinstanz wird angewiesen, sich für das Asylverfahren des Beschwerdeführers zuständig zu erklären und das nationale Verfahren durchzuführen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

5.

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Muriel Beck Kadima

Alexandra Püntener

Versand: