



Urteil vom 28. August 2019

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richterin Daniela Brüscheiler,
Richter Fulvio Haefeli,
Richterin Emilia Antonioni Luftensteiner,
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

B. _____, geboren am (...) 1990, Äthiopien,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Nicolas von Wartburg, Rechtsanwalt,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung
(Dublin Verfahren),
Verfügung des SEM vom 19. Dezember 2018.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin suchte am 30. Juli 2018 in der Schweiz um Asyl nach.

B.

Ein vom SEM veranlasster Abgleich ihrer Fingerabdrücke mit dem zentralen Visa-Informationssystem (CS-VIS) ergab, dass der Beschwerdeführerin am 12. Juni 2018 von der italienischen Vertretung in Äthiopien ein bis 4. Juli 2018 gültiges Schengen-Visum (Typus C) ausgestellt worden war (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] A6).

C.

Am 27. August 2018 wurde die Beschwerdeführerin zur Person befragt, und es wurde ihr rechtliches Gehör zu einem allfälligen Nichteintretentscheid und der Möglichkeit einer Überstellung nach Italien 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 ihres Asylgesuchs zuständig sei (SEM-act. A10, A11).

Die Beschwerdeführerin räumte bei dieser Gelegenheit ein, dass sie mit dem italienischen Schengen-Visum am 16. Juni 2018 in das Hoheitsgebiet der Dublin-Mitgliedstaaten gelangt sei, bevor sie am 30. Juli 2018 in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt habe. Im Übrigen widersetzte sie sich einer Überstellung nach Italien.

D.

Am 18. September 2018 ersuchte das SEM die italienischen Behörden um Aufnahme der Beschwerdeführerin gemäss Art. 18 Abs. 1 Bst. a Dublin-III-VO (SEM-act. A22).

E.

Die italienischen Behörden lehnten das Aufnahmegesuch des SEM am 14. November 2018 mangels ausreichenden Nachweises für die italienische Zuständigkeit ab (SEM-act. A36).

F.

Am 15. November 2018 gelangte das SEM abermals an die italienischen Behörden und ersuchte gestützt auf Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1560/2003 der Kommission vom 2. September 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 (nachfolgend: DVO), und unter Beilage weiterer Nachweise um eine Überprüfung ihrer abschlägigen Antwort (SEM-act. A37).

G.

Am 18. Dezember 2018 stimmten die italienischen Behörden dem Aufnahmeersuchen ausdrücklich zu (SEM-act. A42).

H.

Mit Verfügung vom 19. Dezember 2018 (eröffnet am 3. Januar 2019) trat das SEM in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (SR 142.31) auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin nicht ein und verfügte die Wegweisung aus der Schweiz nach Italien. Weiter händigte es der Beschwerdeführerin die editionspflichtigen Akten gemäss Aktenverzeichnis aus und stellte fest, einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung komme keine aufschiebende Wirkung zu (SEM-act. A45).

I.

Mit Beschwerde vom 10. Januar 2019 an das Bundesverwaltungsgericht beantragte die Beschwerdeführerin, die Verfügung des SEM sei aufzuheben und auf ihr Asylgesuch sei einzutreten. In prozessualer Hinsicht beantragte sie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung sowie der unentgeltlichen Prozessführung (Akten des BVGer [Rek-act.] 1).

J.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 16. Januar 2019 setzte der zuständige Instruktionsrichter den Vollzug der Überstellung gestützt auf Art. 56 VwVG einstweilen aus (Rek-act. 2).

K.

Mit Zwischenverfügung vom 27. Februar 2019 erteilte der Instruktionsrichter der Beschwerde aufschiebende Wirkung und gewährte der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege mit ihrem gewillkürten Rechtsvertreter als unentgeltlichem Rechtsbeistand (Rek-act. 3).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

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

2.

2.1. Die Präsidentin der Abteilung VI des Bundesverwaltungsgerichts ordnete eine Fünferbesetzung des Spruchkörpers an (vgl. Art. 21 Abs. 2 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. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf die Durchführung eines Schriftenwechsels (Art. 111a Abs. 1 AsylG).

3.

3.1. 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).

3.2. 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 2017 VI/5 E. 3.1; 2012/4 E. 2.2, je m.w.H.).

3.3. Seit einem Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Dezember 2017 können sich Asylsuchende in Beschwerdeverfahren gegen Überstellungsentscheidungen auch in der Schweiz auf die richtige Anwendung sämtlicher objektiver Zuständigkeitskriterien der Dublin-III-VO berufen, insbesondere auf Bestimmungen, die einen Zuständigkeitsübergang infolge Fristablaufs vorsehen (vgl. BVGE 2017 VI/9 E. 5 [insb. E. 5.3.2] m.w.H.).

4.

4.1. 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 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 (vgl. BVGE 2017 VI/5 E. 6.2).

4.2. 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). Lässt sich anhand der Kriterien der Dublin-III-VO der zuständige Mitgliedstaat nicht bestimmen, so ist der erste Mitgliedstaat, in dem der Asylantrag gestellt wurde, für dessen Prüfung zuständig (Art. 3 Abs. 2 Unterabsatz 1 Dublin-III-VO).

4.3. 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). Im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens (engl.: take back) findet demgegenüber grundsätzlich keine (erneute) Zuständigkeitsprüfung nach Kapitel III statt (vgl. zum Ganzen BVGE 2017 VI/5 E. 6.2 und 8.2.1 m.w.H.).

4.4. Der nach dieser Verordnung zuständige Mitgliedstaat ist verpflichtet, einen Antragsteller, der in einem anderen Mitgliedstaat einen Antrag ge-

stellt hat, nach Massgabe der Art. 21, 22 und 29 Dublin-III-VO aufzunehmen (Art. 18 Abs. 1 Bst. a Dublin-III-VO). Er ist ferner verpflichtet, einen Antragsteller, der während der Antragsprüfung, nach dem Rückzug des Antrags während der Antragsprüfung oder nach der Ablehnung des Antrags in einem anderen Mitgliedstaat einen Antrag stellt oder sich in einem anderen Mitgliedstaat ohne Aufenthaltstitel aufhält, nach Massgabe der Artikel 23, 24, 25 und 29 Dublin-III-VO wieder aufzunehmen (Art. 18 Abs. 1 Bst. b-d Dublin-III-VO).

5.

5.1. Hält der Mitgliedstaat, in dem ein Antrag auf internationalen Schutz gestellt wurde, einen anderen Mitgliedstaat für zuständig, so kann er so bald wie möglich, auf jeden Fall aber innerhalb von drei Monaten nach Antragstellung bzw. zwei Monaten nach Erhalt einer Eurodac-Treffermeldung, diesen anderen Mitgliedstaat ersuchen, den Antragsteller aufzunehmen (Art. 21 Abs. 1 Unterabsätze 1 und 2 Dublin-III-VO). Dem Ersuchen sind alle Beweismittel und Indizien anzufügen, die auf die Zuständigkeit des ersuchten Staates hinweisen (Art. 1 DVO). Wird das Aufnahmegesuch nicht innerhalb dieser Fristen unterbreitet, so ist der Mitgliedstaat, in dem der Antrag auf internationalen Schutz gestellt wurde, für die Prüfung des Antrags zuständig (Art. 21 Abs. 1 Unterabsatz 3 Dublin-III-VO).

5.2. Der ersuchte Mitgliedstaat nimmt die erforderlichen Überprüfungen vor und entscheidet über das Aufnahmegesuch innerhalb von zwei Monaten nach Erhalt des Gesuchs (Art. 22 Abs. 1 Dublin-III-VO). Vertritt er die Auffassung, dass er nicht zuständig ist, erläutert er in seiner ablehnenden Antwort ausführlich sämtliche Gründe, die zu der Ablehnung geführt haben (Art. 5 Abs. 1 DVO). Im Dringlichkeitsverfahren nach Art. 21 Abs. 2 Dublin-III-VO beträgt die Antwortfrist einen Monat (Art. 22 Abs. 6 Dublin-III-VO). Wird innerhalb der genannten Fristen keine Antwort erteilt, ist davon auszugehen, dass dem Aufnahmegesuch stattgegeben wird, was die Verpflichtung nach sich zieht, die Person aufzunehmen und angemessene Vorkehrungen für die Ankunft zu treffen (Art. 22 Abs. 7 Dublin-III-VO).

5.3. Vertritt der ersuchende Mitgliedstaat die Auffassung, dass die Ablehnung zu Unrecht erfolgte, ist er berechtigt, eine neuerliche Prüfung seines Gesuchs zu verlangen. Diese Möglichkeit muss binnen drei Wochen nach Erhalt der ablehnenden Antwort in Anspruch genommen werden. Der ersuchte Mitgliedstaat erteilt binnen zwei Wochen eine Antwort. Durch dieses zusätzliche Verfahren (sogenanntes Remonstrationsverfahren) ändern sich in keinem Fall die in Art. 18 Abs. 1 und 6 und Art. 20 Abs. 1 Bst. b der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (nachfolgend: Dublin-II-VO) vorgesehenen

Fristen (Art. 5 Abs. 2 DVO; gemäss Entsprechungstabelle in Anhang II der Dublin-III-VO entsprechen Art. 18 Abs. 1 und 6 und Art. 20 Abs. 1 Bst. b Dublin-II-VO, die durch die Dublin-III-VO aufgehoben und ersetzt wurde, den Art. 22 Abs. 1 und 6 und Art. 25 Abs. 1 der Dublin-III-VO).

5.4. Art. 29 Abs. 2 der Dublin-III-VO sieht vor, dass der für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz zuständige Mitgliedstaat nicht mehr zur Aufnahme oder Wiederaufnahme der betreffenden Person verpflichtet ist und die Zuständigkeit auf den ersuchenden Mitgliedstaat übergeht, wenn die Überstellung nicht innerhalb der Frist von sechs Monaten durchgeführt wird. Diese Frist kann höchstens auf ein Jahr verlängert werden, wenn die Überstellung aufgrund der Inhaftierung der betreffenden Person nicht erfolgen konnte, oder höchstens auf 18 Monate, wenn die betreffende Person flüchtig ist.

6.

6.1. Es steht fest, dass die Beschwerdeführerin von der italienischen Vertretung in Äthiopien am 12. Juni 2018 ein bis 4. Juli 2018 gültiges Schengen-Visum Typus C erhielt, mit dem sie am 16. Juni 2018 in das Hoheitsgebiet der Dublin-Mitgliedstaaten gelangte, und dass sie, ohne das Hoheitsgebiet der Dublin-Mitgliedstaaten zwischenzeitlich zu verlassen, mit ihrem Asylgesuch vom 30. Juli 2018 in der Schweiz erstmals in einem Mitgliedstaat einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat.

6.2. Gemäss dem allgemeinen Zuständigkeitskriterium des Art. 12 Abs. 4 Dublin-III-VO ist derjenige Mitgliedstaat zur Behandlung eines Antrags auf internationalen Schutz zuständig, der der antragstellenden Person ein Visum erteilt, mit dem diese in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einreisen konnte, sofern das Visum seit weniger als sechs Monaten abgelaufen ist und die antragstellende Person das Gebiet der Mitgliedstaaten in der Zwischenzeit nicht verlassen hat. Das Zuständigkeitskriterium des Art. 12 Abs. 4 Dublin-III-VO verweist somit auf Italien.

7.

7.1. Vor diesem Hintergrund ersuchte das SEM die italienischen Behörden am 18. September 2018, d.h. im Sinne von Art. 21 Abs. 1 Dublin-III-VO fristgerecht, gestützt auf Art. 18 Abs. 1 Bst. a Dublin-III-VO um eine Aufnahme der Beschwerdeführerin. Die italienischen Behörden lehnten am 14. November 2018, und somit nach Massgabe von Art. 22 Abs. 1 Dublin-III-VO ebenfalls fristgerecht, die Aufnahme der Beschwerdeführerin ab. Zur Begründung führten sie aus, die Zuständigkeit Italiens sei nicht hinreichend nachgewiesen.

7.2. Am 15. November 2018 gelangte das SEM an die italienischen Behörden, reichte weitere Nachweise für die italienische Zuständigkeit nach und ersuchte gestützt auf Art. 5 Abs. 2 DVO und innert der dort genannten dreiwöchigen Frist um eine Neuprüfung der Aufnahme der Beschwerdeführerin. Die italienischen Behörden stimmten der Aufnahme mehr als einen Monat später, am 18. Dezember 2018 und somit nach Ablauf der von Art. 5 Abs. 2 DVO vorgesehenen Frist von zwei Wochen zu.

8.

Es stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben, dass Italien dem schweizerischen Remonstrationsersuchen nicht innerhalb der von Art. 5 Abs. 2 DVO vorgesehenen Frist von zwei Wochen entsprach.

8.1. In dem am 7. Juni 2018 ergangenen Grundsatzurteil BVGE 2018 VI/2 hatte sich das Bundesverwaltungsgericht mit einem Fall zu befassen, in dem der im Remonstrationsverfahren ersuchte Mitgliedstaat seine Zuständigkeit mehr als acht Monate nach dem Remonstrationsgesuch des SEM und der eigenen abschlägigen Antwort im vorangegangenen Wiederaufnahmeverfahren anerkannte. Das Bundesverwaltungsgericht erwog, dass die zweiwöchige Antwortfrist des Art. 5 Abs. 2 DVO nicht als absolute Frist zu qualifizieren sei. Werde sie nicht eingehalten, habe dies mangels entsprechender Rechtsgrundlage keinen automatischen Zuständigkeitsübergang zur Folge (E. 9.3). Unter Berücksichtigung seiner eigenen Rechtsprechung (BVGE 2010/27 E. 7.3) befand es, dass eine verspätete Zuständigkeitserklärung im Remonstrationsverfahren jedenfalls dann keine Rechtswirkung mehr entfalte, wenn diese nach Ablauf der sechsmonatigen Überstellungsfrist des Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO erfolge beziehungsweise wenn die asylsuchende Person nicht innerhalb dieser sechs Monate in den verspätet zustimmenden Mitgliedstaat überstellt werden könne (E. 9.5). Für die Berechnung der sechsmonatigen Überstellungsfrist sei vom Zeitpunkt der Ablehnung des Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmegesuchs auszugehen (E. 9.6). Auf dieser Grundlage hiess es die Beschwerde gut und verpflichtete das SEM, sich für das Asylverfahren für zuständig zu erklären und das nationale Verfahren durchzuführen.

8.2. Zum Zeitpunkt des Grundsatzurteils BVGE 2018 VI/2 war vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH, Gerichtshof) das Vorabentscheidungsverfahren in den verbundenen Rechtssachen C-47/17 und C-48/17 anhängig, in welche der EuGH darüber zu befinden hatte, ob der im Remonstrationsverfahren ersuchte Mitgliedstaat innerhalb einer bestimmten Frist antworten müsse, wie lange gegebenenfalls diese Frist sei und wel-

che Auswirkungen es habe, wenn der ersuchte Mitgliedstaat nicht innerhalb dieser Frist antworte. Da der Sachverhalt anders gelagert war (Rechtssache C-47/17: keine Antwort des ersuchten Mitgliedstaates auf ein Remonstrationsgesuch; Rechtssache C-48/17: positive Antwort des ersuchten Mitgliedstaates 7 ½ Wochen nach dem Remonstrationsgesuch) und darüber hinaus mit einem zeitnahen Abschluss nicht gerechnet werden konnte, wartete das Bundesverwaltungsgericht das Urteil des EuGH nicht ab und entschied in der oben zitierten Weise. Sein Grundsatzurteil beschränkt sich jedoch auf die Feststellung, dass jedenfalls dann keine rechtswirksame Zustimmung des ersuchten Mitgliedstaates erfolgen könne, wenn dem die sechsmonatige Überstellungsfrist entgegenstehe. Wie es sich verhält, wenn nach einer verspäteten Zustimmung die Überstellung innerhalb der Überstellungsfrist erfolgen kann, dazu äussert sich das Grundsatzurteil nicht. Gleichwohl wird in diversen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts unter Berufung auf das Grundsatzurteil ausgeführt, dass in einem solchen Fall die verspätete Zustimmung Rechtswirkungen entfaltet (vgl. etwa Urteile BVGer E-6184/2018 vom 10.12.2018, F-3440/2018 vom 12.09.2018 E. 4.2, E-2794/2018 vom 02.08.2018 E. 4.2).

8.3. Am 13. November 2018 erging das Urteil des EuGH im zitierten Vorabentscheidungsverfahren (Urteil EuGH vom 13.11.2018, X und X, C-47/17 und C-48/17, ECLI:EU:C:2018:900, nachfolgend Urteil X und X).

8.3.1. Zur rechtlichen Tragweite der zweiwöchigen Antwortfrist gemäss Art. 5 Abs. 2 DVO hält der EuGH einleitend fest, dass das Ausbleiben einer fristgerechten Antwort des ersuchten Mitgliedstaats nicht als Zustimmung gewertet werden könne, wie es Art. 22 Abs. 7 und Art. 25 Abs. 2 Dublin-III-VO für das Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmeverfahren vorsähen (Rn.78, 79). Er erinnert jedoch daran, dass Art. 5 Abs. 2 DVO im Einklang mit den Vorschriften der Dublin-III-VO und den mit dieser verfolgten Zielen auszu-legen sei, insbesondere dem in den Erwägungsgründen 4 und 5 dieser Verordnung genannten Ziel, eine klare und praktikable Formel für die rasche Bestimmung des für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz zuständigen Mitgliedstaats festzulegen, um den effektiven Zugang zu den Verfahren zur Gewährung eines solchen Schutzes zu gewährleisten und das Ziel einer zügigen Bearbeitung der Anträge auf internationalen Schutz nicht zu gefährden. Dieses Ziel würde, so der EuGH, nicht beachtet, hätte die zweiwöchige Antwortfrist gemäss Art. 5 Abs. 2 DVO nur hinweisenden Charakter (Rn. 81, 82). Vor diesem Hintergrund legt der EuGH Art. 5 Abs. 2 DVO abweichend vom Bundesverwaltungsgericht dahingehend aus, dass sich der mit einem Remonstrationsgesuch konfrontierte Mitgliedstaat im Geist der loyalen Zusammenarbeit bemühen müsse, das

Gesuch innerhalb einer Frist von zwei Wochen zu beantworten. Antworte er nicht innerhalb dieser Frist, sei das Remonstrationsverfahren endgültig abgeschlossen, und der ersuchende Mitgliedstaat sei als zuständiger Mitgliedstaat zu betrachten, es sei denn, ihm stehe die für die Stellung eines erneuten Gesuchs um Aufnahme oder Wiederaufnahme erforderliche Zeit innerhalb der dazu in Art. 21 Abs. 1 bzw. Art. 23 Abs. 2 Dublin-III-VO vorgesehenen zwingenden Fristen zur Verfügung (Rn. 86, 87, 90).

8.3.2. Zum Vorbehalt der nicht abgelaufenen Frist für ein erneutes Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmegesuch äussert sich der EuGH nicht. Wie aber der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen festhält, legen Art. 22 Abs. 1 und 6 und Art. 25 Abs. 1 Dublin-III-VO die Rechtsfolgen einer ablehnenden Antwort des ersuchten Mitgliedstaats auf ein Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuch nicht fest. Der ersuchende Mitgliedstaat wird daher mit der Ablehnung nicht automatisch zuständig. Zwei Optionen verbleiben ihm. Zum einen kann er, sofern die in den Art. 21 und 23 Dublin-III-VO geregelten zwingenden Fristen eingehalten werden, ein neues Aufnahme- oder Wiederaufnahmeverfahren bei einem *anderen* Mitgliedstaat als dem ersuchten Mitgliedstaat stellen, das gegebenenfalls zur Zuständigkeit dieses anderen Mitgliedstaates führt. Zum anderen kann er gestützt auf Art. 5 Abs. 2 DVO mit einem Remonstrationsgesuch an den zuerst ersuchten Mitgliedstaat gelangen (Schlussanträge des Generalanwalts M. Wathelet vom 22.03.2018, X und X, C-47/17 und C-48/17, ECLI:EU:C:2018:212, Rn. 108-110). Die erste Option bleibt ihm erhalten, wenn der im Remonstrationsverfahren ersuchte Mitgliedstaat die Zustimmung erneut verweigert oder nicht innert der zweiwöchigen Frist des Art. 5 Abs. 2 DVO antwortet. Dass sich ein neues Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmegesuch an einen anderen Mitgliedstaat richten muss, ergibt sich im Übrigen bereits aus der Tatsache, dass ansonsten dem Remonstrationsverfahren, welches im Gegensatz zum Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmeverfahren (vgl. Art. 22 Abs. 7 und Art. 25 Abs. 2 Dublin-III-VO) keine für den ersuchten Mitgliedstaat nachteiligen Rechtsfolgen vorsieht, falls er nicht oder nicht innert Frist antwortet, weitgehend der Anwendungsbereich entzogen wäre.

8.4. Obwohl die Rechtsprechung des EuGH für die Schweiz grundsätzlich nicht verbindlich ist, weicht das Bundesverwaltungsgericht im Interesse einer möglichst einheitlichen Anwendung und Auslegung des Dublin-Rechts nicht ohne triftige Gründe von ihr ab (vgl. dazu BVGE 2017 VI/9 E. 5.3 m.H.). Solche triftigen Gründe sind nicht ersichtlich, sodass die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts derjenigen des EuGH im Urteil X und X anzugleichen ist: Abweichend vom Grundsatzurteil BVGE 2018 VI/2

kann demnach der ersuchte Mitgliedstaat seine Zustimmung zu einem Remonstrationsgesuch rechtswirksam nur innerhalb der zweiwöchigen Antwortfrist des Art. 5 Abs. 2 DVO erteilen. Lehnt der ersuchte Mitgliedstaat seine Zuständigkeit ab oder antwortet er nicht innert der genannten zweiwöchigen Frist des Art. 5 Abs. 2 DVO, wird der ersuchende Mitgliedstaat zum zuständigen Mitgliedstaat, es sei denn die zwingenden Fristen der Art. 21 Abs. 1 bzw. Art. 23 Abs. 2 Dublin-III-VO für die Stellung eines erneuten Gesuchs um Aufnahme und Wiederaufnahme sind noch nicht abgelaufen. Sofern diese eingehalten werden können, kann der ersuchende Mitgliedstaat noch ein neues Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuch bei einem *anderen* Mitgliedstaat als dem ersten ersuchten Mitgliedstaat stellen, das gegebenenfalls zu dessen Zuständigkeit für die Prüfung des Antrags auf internationalen Schutz führt. Gegenüber dem ersten ersuchten Mitgliedstaat, der das Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmegesuch ablehnte und das nachfolgende Remonstrationsgesuch ebenfalls ablehnte bzw. darauf nicht fristgerecht antwortete, besteht eine solche Möglichkeit nicht (insoweit unrichtig: Urteil BVGer E-6184/2018 vom 10.12.2018, oder Beschluss des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 17.12.2018, 22 L 3360/18.A, ECLI:DE:VGD:2018:1217.22L3360.18A.00).

8.5. Auf dieser Grundlage ist festzustellen, dass die zwingende Frist des Art. 21 Abs. 1 Dublin-III-VO für die Stellung eines Aufnahmegesuchs, die in casu drei Monate beträgt, am 30. Juli 2018, dem Datum des Asylgesuchs, zu laufen begann und am 30. Oktober 2018 endete. Das gleiche gilt für die im vorliegenden Fall ebenfalls drei Monate dauernde Frist für die Stellung eines Wiederaufnahmegesuchs (vgl. Art. 23 Abs. 2 Unterabsatz 2 Dublin-III-VO). Die beiden Fristen waren somit bereits zum Zeitpunkt abgelaufen, als die italienischen Behörden das Aufnahmegesuch des SEM am 14. November 2018 abschlägig beantworteten und das SEM in der Folge am 15. November 2018 mit einem Remonstrationsgesuch an die italienischen Behörden gelangte. Mit dem unbenützten Ablauf der zweiwöchigen Antwortfrist des Art. 5 Abs. 2 DVO fand das Remonstrationsverfahren seinen definitiven Abschluss und die Schweiz wurde, weil die Frist für die Stellung eines erneuten Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmegesuchs bereits am 30. Oktober 2018 abgelaufen war, zum zuständigen Mitgliedstaat. Die Tatsache, dass die italienischen Behörden am 18. Dezember 2018 der Aufnahme der Beschwerdeführerin doch noch zustimmten, vermag nach dem Gesagten an diesem Ergebnis nichts mehr zu ändern.

9.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG). Sie ist in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache mit der Weisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, das Asylverfahren in der Schweiz durchzuführen.

10.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG) und der anwaltschaftlich vertretenen Beschwerdeführerin ist für die ihr erwachsenen notwendigen Parteikosten zu Lasten der Vorinstanz eine Entschädigung zuzusprechen (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]). Es wurde keine Kostennote eingereicht, weshalb die Höhe der Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen ist. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9 ff. VGKE) ist den Beschwerdeführenden zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'200.- zuzusprechen. Mit dieser Kostenregelung ist die der Beschwerdeführerin im Verfahren gewährte unentgeltliche Rechtspflege infolge Subsidiarität gegenstandslos geworden (MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 65 N 46).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung des SEM vom 19. Dezember 2018 wird aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zur Durchführung eines Asylverfahrens in der Schweiz zurückgewiesen.

3.

Es werde keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 1'200.- zu entschädigen.

5.

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Andreas Trommer

Julius Longauer

Versand: