



## Urteil vom 25. Juli 2017

---

Besetzung

Richter Thomas Wespi (Vorsitz),  
Richter Daniele Cattaneo, Richter Bendicht Tellenbach,  
Gerichtsschreiberin Regula Frey.

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_, geboren am (...), Irak,  
alias B.\_\_\_\_\_, geboren am (...), Irak,  
vertreten durch lic. iur. Salman Fesli,  
(...),  
und lic. iur. Donato del Duca, Rechtsanwalt,  
(...),  
Beschwerdeführer,

gegen

**Staatssekretariat für Migration (SEM;**  
zuvor Bundesamt für Migration, BFM),  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung  
(Dublin-Verfahren);  
Verfügung des SEM vom 21. August 2015 / N (...).

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

Der Beschwerdeführer reichte am 23. Juni 2003 in der Schweiz ein erstes Asylgesuch ein. Mit Verfügung vom 11. November 2005 lehnte das Bundesamt für Migration (BFM) das Asylgesuch des Beschwerdeführers ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an, wobei es den Vollzug der Wegweisung wegen Unzumutbarkeit zugunsten einer vorläufigen Aufnahme aufschob. Die dagegen erhobene Beschwerde wies die damals zuständige Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) mit Urteil vom 28. November 2006 ab und zog den als gefälscht erkannten irakischen C.\_\_\_\_\_ ein. Mit Verfügung vom 23. Juni 2008 hob das BFM die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers auf. Auf die dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesverwaltungsgericht wegen Nichtleistung des einverlangten Kostenvorschusses mit Urteil D-4933/2008 vom 28. August 2008 nicht ein. Mit Verfügung vom 9. November 2009 verweigerte das BFM die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wegen Vorliegens eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7738/2009 vom 1. Mai 2012 abgewiesen.

**B.**

Der Beschwerdeführer weigerte sich explizit, die Schweiz freiwillig zu verlassen, weshalb er am 13. März 2014 in Ausschaffungshaft genommen wurde. Am 5. April 2014 kehrte er kontrolliert in den Irak zurück.

**C.**

Am 15. Juni 2015 ersuchte der Beschwerdeführer ein zweites Mal um Asyl in der Schweiz. Gemäss eigenen Angaben hielt er sich vor seiner Einreise in die Schweiz in Ungarn und D.\_\_\_\_\_ auf. Ein Abgleich mit der Fingerabdruck-Datenbank Eurodac bestätigte diese Angaben insofern, als er sowohl in Ungarn als auch in D.\_\_\_\_\_ um Asyl ersucht hatte.

**D.**

Anlässlich der Befragung vom 25. Juni 2015 wurde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zu einem allfälligen Nichteintretensentscheid und der Möglichkeit einer Überstellung nach Ungarn und D.\_\_\_\_\_ gewährt, welche 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 in Frage kommen. Die grundsätzliche Zuständigkeit dieser Mitgliedstaaten wurde vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Jedoch machte er geltend, sein Ziel sei die Schweiz gewesen und er wolle weder nach D. \_\_\_\_\_ noch nach Ungarn zurück.

**E.**

Am 3. August 2015 ersuchte die Vorinstanz die ungarischen Behörden um Übernahme des Beschwerdeführers. Die ungarischen Behörden antworteten innert der anwendbaren Frist der Dublin-III-VO nicht auf das Übernahmeersuchen, weshalb die Vorinstanz ihnen am 26. August 2015 mitteilte, dass sie Ungarn als zuständigen Dublin-Staat betrachte.

**F.**

Mit Verfügung vom 21. August 2015 – eröffnet am 4. September 2015 – trat das SEM gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (SR 142.31) auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein, verfügte dessen Wegweisung aus der Schweiz nach Ungarn und beauftragte den zuständigen Kanton mit dem Vollzug der Wegweisung.

**G.**

Diesen Nichteintretensentscheid liess der Beschwerdeführer mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 9. September 2015 beim Bundesverwaltungsgericht anfechten. In der Hauptsache beantragte er die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und das Eintreten auf sein Asylgesuch. Eventualiter sei er nochmals zu befragen. Im Weiteren beantragte er die Gewährung der vorläufigen Aufnahme aufgrund der Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs. Abschliessend beantragte er die Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Sinn von Art. 65 Abs. 1 VwVG sowie den Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

**H.**

Gemäss Mitteilung des SEM galt der Beschwerdeführer seit dem 6. September 2015 unbekanntem Aufenthaltsort.

**I.**

Mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. September 2015 wurde der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers unter Androhung des Nichteintretens aufgefordert, bis am 24. September 2014 den

Aufenthaltort des Beschwerdeführers bekanntzugeben und eine aktuelle, von diesem unterzeichnete Erklärung einzureichen, aus welcher ein fortbestehendes Rechtsschutzinteresse hervorgeht.

**J.**

Mit Eingabe vom 24. September 2015 wurden die Angaben zum Aufenthaltsort des Beschwerdeführers sowie die eingeforderte Erklärung innert Frist eingereicht.

**K.**

Das Bundesverwaltungsgericht setzte am 9. Oktober 2016 den Vollzug der Überstellung einstweilen aus (Art. 56 VwVG).

**L.**

Mit Instruktionsverfügung vom 1. Juni 2016 wurde das SEM eingeladen, sich zur Beschwerde vernehmen zu lassen. Nach Gewährung eines Friststreckungsgesuchs hielt das SEM in seiner Vernehmlassung vom 28. Juni 2016 an seinen Erwägungen vollumfänglich fest.

**M.**

Der Beschwerdeführer verzichtete auf die Einreichung einer Replik.

**N.**

Mit Eingabe vom 12. Januar 2017 an das SEM ersuchte lic. iur. Donato del Duca, Rechtsanwalt, (...), unter Beilage einer vom Beschwerdeführer am gleichen Datum unterzeichneten Vollmacht um Zustellung der Verfahrensakten.

### **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 – unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägung – einzutreten.

**1.3** Auf das Begehren, es sei die vorläufige Aufnahme anzuordnen, ist nicht einzutreten, da im Rahmen des Dublin-Verfahrens im Sinne von Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG systembedingt kein Raum bleibt für Ersatzmassnahmen im Sinne von Art. 44 AsylG in Verbindung mit Art. 83 Abs. 1–4 AuG (SR 142.20; vgl. BVGE 2010/45 E. 10.2).

**1.4** Der Beschwerdeführer mandatierte am 12. Januar 2017 einen weiteren Rechtsvertreter mit der Wahrung seiner Interessen betreffend Asyl und Wegweisung. Da weder die Vollmacht von lic. iur. Salman Fesli vom 7. September 2015 widerrufen noch eine gemeinsame Zustelladresse bezeichnet wurde, wird das Urteil der zuerst bevollmächtigten Person zugestellt (Art. 12 Abs. 2 AsylG).

## **2.**

Die Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts entscheiden in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen (Art. 21 Abs. 1 VGG).

## **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 2012/4 E. 2.2 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 2015/41 E. 3.1).

**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).

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.).

**4.3** Erweist es sich als unmöglich, einen Antragsteller in den eigentlich zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen, weil es wesentliche Gründe für die Annahme gibt, dass das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Antragsteller in jenem Mitgliedstaat systemische Schwachstellen aufweisen, die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne von Art. 4 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2012/C 326/02, nachfolgend: EU-Grundrechtecharta) mit sich bringen, ist zu prüfen, ob aufgrund dieser Kriterien ein anderer Mitgliedstaat als zuständig bestimmt werden kann. Kann kein anderer Mitgliedstaat als zuständig bestimmt werden, wird der die Zuständigkeit prüfende Mitgliedstaat zum zuständigen Mitgliedstaat (Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO).

**4.4** Der nach dieser Verordnung zuständige Mitgliedstaat ist verpflichtet, eine antragstellende Person, die in einem anderen Mitgliedstaat einen Antrag gestellt hat, nach Massgabe der Art. 23, 24, 25 und 29 Dublin-III-VO wieder aufzunehmen (Art. 18 Abs. 1 Bst. b Dublin-III-VO).

**4.5** Jeder Mitgliedstaat kann abweichend von Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO beschliessen, einen bei ihm von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen gestellten Antrag auf internationalen Schutz zu prüfen, auch wenn er nach den in dieser Verordnung festgelegten Kriterien nicht für die Prüfung zuständig ist (Art. 17 Abs. 1 Satz 1 Dublin-III-VO; sog. Selbsteintrittsrecht).

**4.6** Ein Abgleich der Fingerabdrücke des Beschwerdeführers mit der „Eurodac“-Datenbank ergab, dass dieser am 2. Juni 2015 in Ungarn ein Asylgesuch eingereicht hatte. Die ungarischen Behörden liessen das Wiederaufnahmeersuchen innert der in Art. 25 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehenen Frist unbeantwortet, womit sie die Zuständigkeit Ungarns implizit anerkannten (Art. 25 Abs. 2 Dublin-III-VO). Damit ist die grundsätzliche Zuständigkeit Ungarns gegeben, was auch seitens des Beschwerdeführers nicht bestritten wurde.

## **5.**

**5.1** Im Lichte von Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO ist weiter zu prüfen, ob es wesentliche Gründe für die Annahme gibt, das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Asylsuchende in Ungarn würden systemische Schwachstellen aufweisen, die eine Gefahr einer unmenschlichen oder entwürdigenden Behandlung im Sinne des Artikels 4 der EU-Grundrechtecharta mit sich bringen und welche die grundsätzliche Zuständigkeit Ungarns im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO durchbrechen würden.

**5.2** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil D-7853/2015 vom 31. Mai 2017 (als Referenzurteil publiziert) eingehend die Entwicklung der Situation für Asylsuchende in Ungarn, insbesondere für jene, die in Anwendung der Dublin-III-VO nach Ungarn überstellt werden, analysiert, unter Berücksichtigung des bedeutenden Migrationsstroms, welchen das Land im Sommer 2015 zu gewärtigen hatte. Es hat das Vorhandensein zahlreicher Unzulänglichkeiten im ungarischen System festgestellt, welche namentlich den Zugang zum Asylverfahren sowie die Unterbringung der Asylsuchenden in den Transitzone betreffen. Das Gericht hat sich insbesondere mit dem am 28. März 2017 in Kraft getretenen ungarischen Rechtsakt T/13976

über „die Änderung mehrerer Gesetze zur Verschärfung des Asylverfahrens in der Überwachungszone der ungarischen Grenze“ befasst. Es hat festgestellt, dass die Umsetzung dieses Aktes, welcher rückwirkend auf sämtliche laufenden Asylverfahren anwendbar ist und eine wesentliche Verschärfung der ungarischen Gesetzgebung mit sich bringt, zahlreiche Unsicherheiten und Fragen nach sich zieht. Es könne daher namentlich nicht mit Sicherheit ermittelt werden, ob Asylsuchende, die nach Ungarn überstellt werden, als nicht aufenthaltsberechtigte Personen angesehen und deshalb in sogenannte „Prätransit“-Zonen abgeschoben werden, oder ob sie als asylsuchende Personen betrachtet werden, deren Gesuche in den Transitzonen zu behandeln sind. Angesichts der zahlreichen Unsicherheiten, die diese neue Gesetzesänderung hinsichtlich des Verfahrenszugangs und der Aufnahmebedingungen mit sich gebracht hat, sei es dem Bundesverwaltungsgericht gemäss dem derzeitigen Stand der Dinge nicht möglich, das Vorliegen systemischer Schwachstellen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO sowie die Fragen im Zusammenhang mit tatsächlichen Gefahren („real risk“), denen Asylsuchende bei einer Überstellung nach Ungarn ausgesetzt sein könnten, abschliessend zu beurteilen. Folglich hat es die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an das Staatssekretariat für Migration zurückgewiesen. Es obliege der erstinstanzlichen Behörde, sämtliche Sachverhaltselemente zusammenzutragen, die zur Beurteilung dieser wesentlichen Fragen erforderlich seien, und es sei nicht die Aufgabe der Beschwerdeinstanz, komplexe ergänzende Abklärungen vorzunehmen. Das Bundesverwaltungsgericht würde sonst mit einem Sachentscheid seine Zuständigkeit überschreiten und die betroffene Partei um den gesetzlich vorgesehenen Instanzenzug bringen (vgl. insbesondere Erwägung 13 des Urteils).

**5.3** Mit derselben Begründung, wie sie vorstehend dargelegt wurde, ist es dem Gericht vorliegend nicht möglich, die Sache abschliessend zu beurteilen. Die angefochtene Verfügung ist folglich aufzuheben und die Sache zur vollständigen Sachverhaltsfeststellung sowie zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Somit erübrigt sich eine vertiefte Auseinandersetzung mit den einzelnen Parteivorbringen.

## **6.**

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist und die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung beantragt wurde.

**7.**

**7.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Sinn von Art. 65 Abs. 1 VwVG sowie um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses werden gegenstandslos.

**7.2** Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines 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 ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Der Rechtsvertreter reichte keine Kostennote ein. Auf die Nachforderung einer solchen wird verzichtet, da sich der Aufwand zuverlässig abschätzen lässt (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung der in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE) ist dem Beschwerdeführer zuzulasten des SEM eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 500.– zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird und die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung beantragt wurde.

**2.**

Die Verfügung vom 21. August 2015 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 500.– auszurichten.

**5.**

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Thomas Wespi

Regula Frey

Versand: