



## Urteil vom 5. Juli 2017

---

Besetzung

Richterin Christa Luterbacher (Vorsitz),  
Richterin Regula Schenker Senn, Richterin Sylvie Cossy;  
Gerichtsschreiberin Sandra Bodenmann.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Afghanistan,  
vertreten durch Stefan Hery, HEKS Rechtsberatungsstelle  
für Asylsuchende St. Gallen/Appenzell, (...),  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung nach Un-  
garn (Dublin-Verfahren; Beschwerde gegen Wiedererwä-  
gungsentscheid); Verfügung des SEM vom 30. März 2016 /  
N (...).

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

Der Beschwerdeführer ersuchte am 30. November 2015 im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) Altstätten in der Schweiz um Asyl.

**B.**

Ein am 1. Dezember 2015 durchgeführter Abgleich des Resultates der daktyloskopischen Abklärungen des SEM mit der europäischen Fingerabdruck-Datenbank (Zentraleinheit Eurodac) ergab, dass der Beschwerdeführer am 27. August 2015 in Ungarn aufgegriffen und registriert worden war und dort um Asyl nachgesucht hatte.

**C.**

Am 2. Dezember 2015 wurde in Auftrag des SEM eine Knochenaltersbestimmung durchgeführt, welche beim Beschwerdeführer ein wahrscheinliches (Knochen-)Alter von 19 Jahren oder mehr ergab.

**D.**

Am 7. Dezember 2015 wurde der Beschwerdeführer im EVZ Altstätten summarisch zur Person befragt. Dort gab er an, unter anderem über die Türkei, Bulgarien, Serbien, Ungarn, Tschechien und Österreich in die Schweiz gereist zu sein. Er machte ferner geltend, er sei noch minderjährig.

Im Rahmen der summarischen Befragung wurde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zu einem allfälligen Nichteintretensentscheid und der Möglichkeit einer Überstellung nach Ungarn, eventualiter Bulgarien, Tschechien oder Österreich 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 Asylgesuches zuständig erscheinen würden.

Im Zusammenhang mit einer allfälligen Wegweisung nach Ungarn brachte der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, Ungarn sei ein armes Land und habe keine Möglichkeit, Flüchtlinge aufzunehmen.

**E.**

Am 23. Dezember 2015 ersuchte das SEM die ungarischen Behörden um

Übernahme („take back“) des Beschwerdeführers gemäss Art. 18 Abs. 1 Bst. b Dublin-III-VO.

Dieses Gesuch blieb innert der in Art. 25 Abs. 1 Dublin-II-VO vorgesehenen Frist unbeantwortet. Das SEM teilte den ungarischen Behörden daraufhin am 14. Januar 2016 mit, dass es Ungarn für die Prüfung des Asylgesuchs des Beschwerdeführers als zuständig erachte (vgl. Art. 25 Abs. 2 Dublin-III-VO).

#### **F.**

Mit Verfügung vom 12. Januar 2016 trat die Vorinstanz in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (SR 142.31) auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein und verfügte die Überstellung nach Ungarn, welcher Staat gemäss Dublin-III-VO für die Behandlung seines Asylgesuchs zuständig sei. Gleichzeitig verfügte das SEM den Vollzug der Wegweisung nach Ungarn und stellte fest, einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid komme keine aufschiebende Wirkung zu.

#### **G.**

Auf die gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 12. Januar 2016 am 28. Januar 2016 erhobene Beschwerde trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-569/2016 vom 2. Februar 2016 nicht ein, nachdem die Beschwerde nicht innert der Frist von fünf Arbeitstagen (Art. 108 Abs. 2 AsylG) und somit verspätet eingereicht worden sei.

#### **H.**

Gemäss Mitteilung des SEM vom 3. Februar 2016 an die kantonale Behörde wurde die Verfügung des SEM vom 12. Januar 2016 am 27. Januar 2016 rechtskräftig.

## **II**

#### **I.**

Mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 8. März 2016 an das SEM ersuchte der Beschwerdeführer um Wiedererwägung der Verfügung des SEM vom 12. Januar 2016. Es sei festzustellen, dass seit Erlass der ursprünglichen Verfügung eine wiedererwägungsrechtlich massgebliche Änderung der Sachlage eingetreten sei. Es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer minderjährig sei und somit nach Art. 8 Abs. 4 Dublin-III-VO die Schweiz für die Prüfung des Asylgesuchs zuständig sei. Eventualiter sei auf sein Gesuch gestützt auf Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO wiedererwägungsweise einzutreten. Eventualiter sei das Verfahren zu sistieren, bis

Klarheit über die Situation in Ungarn und das weitere Vorgehen bezüglich Dublin-Überstellungen nach Ungarn bestehe; für die Dauer des Wiedererwägungsverfahrens sei der Vollzug der Wegweisung auszusetzen. Im Weiteren sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten.

Für die Beschwerdebegründung und die mit der Beschwerde eingereichten Beweismittel wird auf die Akten verwiesen.

**J.**

Mit E-Mail vom 22. März 2016 wurde die kantonale Behörde seitens des SEM aufgefordert, bis zum Ausgang des Wiedererwägungsverfahrens von Vollzugsmassnahmen abzusehen.

**K.**

Mit Verfügung vom 30. März 2016 wies das SEM das Wiedererwägungsgesuch vom 8. März 2016 ab. Gleichzeitig wurde festgestellt, dass die SEM-Verfügung vom 12. Januar 2016 rechtskräftig und vollstreckbar sei; einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu. Im Weiteren wurde eine Gebühr in der Höhe von Fr. 600.- erhoben.

Das SEM hielt fest, es würden keine Gründe glaubhaft vorgetragen, wonach der Beschwerdeführer im Asylverfahren zu Unrecht als volljähriger Asylsuchender erachtet worden sei. Ferner verwies das SEM insbesondere auf Gesetzesänderungen in Ungarn vom 1. August 2015 und 15. September 2015 und hielt dazu fest, nach Kenntnissen des Staatssekretariates sei für Dublin-Rückkehrer auch nach der Gesetzesänderung vom 1. August 2015 der Zugang zum ungarischen Asylverfahren und zu wirksamen Rechtsmitteln weiterhin gewährleistet.

**L.**

Mit Rechtsmitteleingabe seines Rechtsvertreters vom 26. April 2016 (vorab per Telefax) erhob der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 30. März 2016. Es sei festzustellen, dass die Schweiz in Anwendung von Art. 8 Dublin-III-VO für das Asylgesuch des Beschwerdeführers zuständig sei; eventualiter sei das SEM anzuweisen, sich im Sinne eines in Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehenen Selbsteintritts für das Verfahren für zuständig zu erklären; subeventualiter sei die Sache zur erneuten Ent-

scheidung ans SEM zurückzuweisen; subeventualiter sei das Dublin-Verfahren zu sistieren, bis Klarheit über die tatsächliche Situation in Ungarn herrsche.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten

**M.**

Mit Telefax vom 26. April 2016 wurde der Vollzug der Wegweisung nach Ungarn einstweilen ausgesetzt.

**N.**

Mit Instruktionsverfügung vom 3. Mai 2016 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung eingeräumt und der Vollzug wurde für die Dauer des Verfahrens ausgesetzt. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wurde gutgeheissen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet.

**O.**

Auf Ersuchen des Bundesverwaltungsgerichts reichte das SEM am 12. Mai 2016 eine Vernehmlassung ein. Der Beschwerdeführer replizierte am 2. Juni 2016.

### **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. Nachdem Wiedererwägungsentscheide gemäss Lehre und Praxis grundsätzlich wie die ursprüngliche Verfügung auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg weitergezogen werden können, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Es entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – 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, soweit das VGG und das AsylG nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 37 VGG, Art. 6 AsylG).

**1.3** 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. 1 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf diese ist mithin einzutreten.

## **2.**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im vorliegenden Verfahren nach Art. 106 Abs. 1 AsylG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

## **3.**

**3.1** Die Wiedererwägung im Verwaltungsverfahren ist ein Rechtsbehelf, auf dessen Behandlung durch die verfügende Behörde grundsätzlich kein Anspruch besteht. Gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts wird jedoch aus Art. 29 BV unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet (vgl. BVGE 127 I 133 E. 6, m.w.H.).

Demnach ist auf ein Wiedererwägungsgesuch einerseits dann einzutreten, wenn sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem ursprünglichen Entscheid, beziehungsweise seit dem Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz, in wesentlicher Weise verändert hat und mithin die ursprüngliche (fehlerfreie) Verfügung an die nachträglich eingetretenen Veränderungen der Sachlage anzupassen ist, ohne dass deren Gegenstand neu beurteilt wird (vgl. BVGE 2010/27 E. 2.1). Im Asylgesetz sind die entsprechenden Tatbestände in den Art. 111b und 111c AsylG kodifiziert (vgl. zum Ganzen BVGE 2014/39).

Andererseits können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen, sofern sie sich auf eine rechtskräftige Verfügung beziehen, die entweder unangefochten geblieben ist oder deswegen niemals einer materiellen Prüfung unterzogen wurde, weil das angehobene Beschwerdeverfahren mit einem formellen Urteil endete. Ein solchermassen als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch zu bezeichnendes Rechtsmittel ist grundsätzlich nach den Regeln des Revisionsverfahrens gemäss Art. 66 ff. VwVG zu behandeln (vgl. BVGE 2013/22 E. 5.4; Entscheide und

Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2003 Nr. 17 E. 2a, 1998 Nr. 8).

**3.2** Die Wiedererwägung ist nicht beliebig zulässig. Sie darf nicht dazu dienen, die Rechtskraft von Verwaltungsentscheiden immer wieder infrage zu stellen oder die Fristen für die Ergreifung von Rechtsmitteln zu umgehen. Auf ein Wiedererwägungsgesuch ist nicht einzutreten, wenn lediglich eine neue Würdigung der beim früheren Entscheid bereits bekannten Tatsachen herbeigeführt werden soll oder Gründe angeführt werden, die bereits in einem ordentlichen Beschwerdeverfahren gegen die frühere Verfügung hätten geltend gemacht werden können (vgl. Art. 66 Abs. 3 VwVG und EMARK 2000 Nr. 24 E. 5b).

#### **4.**

**4.1** Gestützt auf die Überlegungen, dass keine Ausweispapiere eingereicht worden seien, das ferner eine Knochenaltersanalyse auf ein Alter des Beschwerdeführers von 19 Jahren oder mehr schliessen lasse, und dass schliesslich dessen Aussagen zu seinem Alter ([...]) vage und widersprüchlich seien, ging die Vorinstanz davon aus, die behauptete Minderjährigkeit sei nicht glaubhaft gemacht worden (vgl. A8/11 S. 7). Mit Verfügung vom 12. Januar 2016 trat die Vorinstanz auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein und ordnete seine Überstellung nach Ungarn an, welches im Rahmen der Dublin-Bestimmungen für die Behandlung des Asylgesuchs zuständig sei. Diese Verfügung ist rechtskräftig geworden, nachdem das Gericht mit Urteil vom 2. Februar 2016 auf eine Beschwerde nicht eingetreten ist.

Unter anderem hielt das SEM in seiner Entscheidung ausdrücklich fest, einer Überstellung nach Ungarn stünden weder völkerrechtliche Bestimmungen noch humanitäre Gesichtspunkte entgegen.

**4.2** Soweit mit dem Wiedererwägungsgesuch eine afghanische Tazkara eingereicht und geltend gemacht wird, es bestünden damit Gründe, die Einschätzung der nicht glaubhaft gewordenen Minderjährigkeit in Wiedererwägung zu ziehen, sind die Erwägungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vom 30. März 2016, sowie erneut in der Vernehmlassung vom 12. Mai 2016, zu bestätigen. Das Gericht schliesst sich den Überlegungen der Vorinstanz angesichts der angeführten widersprüchlichen und unsubstantiierten Aussagen an. Die Rüge, die Tazkara sei nicht gewürdigt worden (Beschwerde S. 4), erweist sich als unzutreffend; die Vorinstanz

hat sich in der angefochtenen Verfügung mit dem Beweiswert dieses Dokuments hinlänglich befasst.

Dem Vorbringen, für den Beschwerdeführer hätte richtigerweise Art. 8 Dublin-III-VO Anwendung finden und die Zuständigkeit der Schweiz für die Behandlung seines Asylgesuchs festgestellt werden müssen, kann mithin nicht gefolgt werden; an der – rechtskräftig gewordenen – Feststellung, für das Asylverfahren des Beschwerdeführers sei Ungarn zuständig, hat die Vorinstanz somit im Wiedererwägungsverfahren zu Recht festgehalten.

**4.3** Zu prüfen bleibt, ob Wiedererwägungsgründe bestehen betreffend die Feststellung, einer Überstellung nach Ungarn stünden keine völkerrechtlichen oder anderweitigen Hindernisse entgegen. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet die Frage, ob das SEM zu Recht mit Verfügung vom 30. März 2016 das Wiederwägungsgesuch abgewiesen und die am 12. Januar 2016 angeordnete Überstellung nach Ungarn als rechtskräftig und vollstreckbar bezeichnet hat.

Für das Bundesverwaltungsgericht ist diesbezüglich die im Zeitpunkt der Urteilsfällung bestehende Aktenlage massgeblich. Die angefochtene Verfügung des SEM muss sich mit andern Worten auch gegenüber den im Verlauf des Beschwerdeverfahrens entstandenen Tatsachen und vorgebrachten Beweismitteln zum heutigen Zeitpunkt bewähren (vgl. BVGE 2012/21 E. 5).

## **5.**

Die im Dublin-Kontext relevante Lage, wie sie sich für Asylsuchende darstellt, insbesondere für jene, die in Anwendung der Dublin-III-VO nach Ungarn überstellt werden, hat sich in den letzten Monaten beziehungsweise Jahren in rechtserheblicher Weise verändert. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Entwicklung der Situation im Urteil D-7853/2015 vom 31. Mai 2017 (vorgesehen zur Publikation als Referenzurteil) eingehend 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 der Dublin-III-Verordnung 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 SEM 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).

## **6.**

Diese Überlegungen sind auch im vorliegenden Verfahren einschlägig.

Angesichts der obigen Ausführungen geht das Gericht davon aus, dass sich die Situation für Asylsuchende in Ungarn, insbesondere für jene, die in Anwendung der Dublin-III-VO nach Ungarn überstellt werden, seit der Fällung des Dublin-Nichteintretensentscheides vom 12. Januar 2016 in relevanter Weise verändert hat. Die Einschätzung des SEM, eine wesentliche Veränderung der Sachlage liege nicht vor und die Vorbringen des Beschwerdeführers seien wiedererwägungsrechtlich nicht relevant, lässt sich daher zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr aufrechterhalten.

Die angefochtene Verfügung ist daher aufzuheben und die Sache ist zur vollständigen Sachverhaltsfeststellung in Sinne der vorstehenden Ausführungen sowie zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen.

## **7.**

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

**7.2** Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann von der Beschwerdeinstanz von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Der Beschwerdeführer liess mit der Replikeingabe vom 2. Juni 2016 eine Kostennote seines Rechtsvertreters für die Aufwendungen im vorliegenden Beschwerdeverfahren einreichen. Diese Kostennote weist einen Arbeitsaufwand von 6.75 Stunden, ausmachend Fr. 1'350.-, zuzüglich Auslagen von Fr. 30.- aus, was als angemessen zu erachtet ist; der geltend gemachte Stundenansatz des Rechtsvertreters ist reglementskonform (vgl. Art. 10 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Dem Beschwerdeführer ist demnach zu Lasten des SEM eine Parteient-schädigung von insgesamt Fr. 1'380.- (inkl. Auslagen) zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die angefochtene Verfügung vom 30. März 2016 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung ans SEM zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Dem Beschwerdeführer ist zu Lasten des SEM eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'380.- auszurichten.

**5.**

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Christa Luterbacher

Sandra Bodenmann

Versand: