



Urteil vom 29. März 2023

Besetzung

Einzelrichterin Constance Leisinger,
mit Zustimmung von Richterin Roswitha Petry;
Gerichtsschreiberin Eva Hostettler.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Afghanistan,
vertreten durch Lea Hungerbühler, Rechtsanwältin, substitu-
iert durch Anne Mazzoni, AsyLex,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung
(Dublin-Verfahren / Wiedererwägung);
Verfügung des SEM vom 26. Januar 2023 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügung vom 8. November 2022 trat das SEM gestützt auf Art. 31a Bst. b AsylG (SR 142.31) auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers vom 25. Mai 2022 nicht ein, ordnete seine Überstellung nach Bulgarien an und forderte ihn auf, die Schweiz am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist zu verlassen. Gleichzeitig beauftragte es den zuständigen Kanton mit dem Vollzug der Wegweisung und stellte fest, dass einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid keine aufschiebende Wirkung zukomme. Die dagegen beim Bundesverwaltungsgericht erhobene Beschwerde vom 18. November 2022 wurde mit Urteil E-5296/2022 vom 28. November 2022 abgewiesen.

B.

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2022 teilte das SEM den zuständigen bulgarischen Behörden mit, dass die Überstellung des Beschwerdeführers innerhalb der sechsmonatigen Frist aufgrund einer hängigen Beschwerde mit aufschiebender Wirkung nicht möglich sei, weshalb die Frist der Überstellung erst nach dem gefällten Entscheid zu laufen beginne.

C.

Mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 12. Januar 2023 ersuchte der Beschwerdeführer das SEM um Wiedererwägung des Nichteintretensentscheids vom 8. November 2022. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, Bulgarien habe der Überstellung am 12. Juli 2022 zugestimmt. Die sechsmonatige Überstellungsfrist sei demnach am 12. Januar 2023 abgelaufen. Vor dem Hintergrund der Verfristung werde darum ersucht, den Nichteintretensentscheid wiedererwägungsweise aufzuheben und auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers einzutreten. Sollte dem Antrag nicht stattgegeben werden, werde um Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung ersucht.

D.

Das SEM stellte mit Verfügung vom 26. Januar 2023 fest, dass die Zuständigkeit für die Prüfung des Asylgesuchs des Beschwerdeführers nicht auf die Schweiz übergegangen sei und die Überstellungsfrist nach Bulgarien bis zum 28. Mai 2023 laufe. Zudem entzog das SEM einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

E.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer am 1. Februar 2023 Beschwerde

beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die Verfügung sei aufzuheben, und auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers sei einzutreten. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die kantonale Behörde im Sinne vorsorglicher Massnahmen anzuweisen, vom Vollzug der Wegweisung einstweilen abzusehen. Schliesslich sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten.

F.

Am 2. Februar 2023 setzte die zuständige Instruktionsrichterin den Vollzug der Wegweisung gestützt auf Art. 56 VwVG einstweilen aus.

G.

In der Zwischenverfügung vom 8. Februar 2023 erteilte die Instruktionsrichterin der Beschwerde die aufschiebende Wirkung und stellte fest, dass der Beschwerdeführer den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten könne. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wurde gutgeheissen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet. Schliesslich wurde die Vorinstanz eingeladen, innert Frist eine Vernehmlassung einzureichen.

Diese Frist ist ungenutzt verstrichen.

H.

Mit Schreiben vom 17. Februar 2023 teilte das SEM den zuständigen bulgarischen Behörden erneut mit, dass die Überstellung des Beschwerdeführers innerhalb der sechsmonatigen Frist aufgrund einer hängigen Beschwerde mit aufschiebender Wirkung nicht möglich sei, weshalb die Frist der Überstellung erst nach dem gefällten Entscheid zu laufen beginne.

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. Es entscheidet auf dem Gebiet des Asyls –

in der Regel und auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

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

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. 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 Art. 108 Abs. 6 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG).

1.4 Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde kann nur die vorinstanzliche Verfügung vom 26. Januar 2023 hinsichtlich der Frage des Ablaufs der Überstellungsfrist respektive deren Dispositiv sein, nicht hingegen der (rechtskräftige) Nichteintretensentscheid des SEM vom 8. November 2022. Auf den in der Beschwerde gestellten Antrag, das SEM sei anzuweisen, auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers einzutreten, ist deshalb nicht einzutreten.

1.5 Im Übrigen ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG.

3.

Über offensichtlich begründete Beschwerden wird in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters beziehungsweise einer zweiten Richterin entschieden (Art. 111 Bst. e AsylG). Wie nachstehend aufgezeigt wird, handelt es sich um ein solches Rechtsmittel, weshalb das Urteil nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a Abs. 2 AsylG).

4.

4.1 In der angefochtenen Verfügung führte die Vorinstanz zunächst aus, gemäss Art. 25 VwVG könne die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Feststellungsverfügung treffen. Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung sei zu entsprechen, wenn die Person ein schutzwürdiges Interesse habe. Vorliegend sei ein solches zu bejahen, da Klarheit darüber notwendig sei, welcher

Staat für die Prüfung des Asylgesuchs zuständig sei. Der Beschwerdeführer habe gegen die Wegweisungsverfügung am 18. November 2022 eine Beschwerde mit aufschiebender Wirkung eingereicht. Das Bundesverwaltungsgericht habe die Beschwerde mit Urteil vom 28. November 2022 abgewiesen, woraufhin die vorinstanzliche Verfügung am 29. November 2022 in Rechtskraft erwachsen sei. Da das Gericht demzufolge nicht innerhalb von fünf Kalendertagen einen Entscheid gefällt habe (vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 56 VwVG), sei eine Fristverlängerung «appeal pending» bei den bulgarischen Behörden beantragt worden. Die Überstellungsfrist gemäss Art. 29 der Dublin-III-VO (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) laufe somit bis zum 28. Mai 2023.

4.2 Dem wird in der Beschwerde im Wesentlichen entgegengehalten, das Bundesverwaltungsgericht habe keine vorsorglichen Massnahmen im Sinne von Art. 56 VwVG angeordnet und der Beschwerde komme von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu. Überdies sei die Interpretation der Vorinstanz, es sei bei den bulgarischen Behörden eine Fristverlängerung beantragt worden, falsch, respektive gehe eine solche aus den vorliegenden Akten nicht hervor. Demnach sei Bundesrecht falsch angewendet worden.

5.

5.1 Eine Prüfung der Akten ergibt, dass sich die angefochtene Verfügung aus den nachfolgenden Gründen als rechtsfehlerhaft erweist.

5.2 Das Wiedererwägungsverfahren ist im Asylrecht spezialgesetzlich geregelt (vgl. Art. 111b ff. AsylG). Ein entsprechendes Gesuch ist dem SEM innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes schriftlich und begründet einzureichen (Art. 111b Abs. 1 AsylG). In seiner praktisch relevantesten Form bezweckt das Wiedererwägungsgesuch die Änderung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche Veränderung der Sachlage (vgl. BVGE 2014/39 E. 4.5 m.w.H.).

5.3 Bei der Eingabe vom 12. Januar 2023 handelt es sich um ein (klassisches) Wiedererwägungsgesuch, wird doch die Änderung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche

Veränderung der Sachlage beantragt, nämlich der Zuständigkeitsübergang für die Prüfung des Asylgesuchs auf die Schweiz nach Ablauf der Überstellungsfrist. In der Gesuchseingabe vom 12. Januar 2023 wird explizit darum ersucht, den Nichteintretensentscheid wiedererwägungsweise aufzuheben und auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers einzutreten. Die Eingabe wäre demnach als solches entgegenzunehmen und nach den spezialgesetzlichen Vorgaben im Sinne von Art. 111b AsylG zu prüfen gewesen.

5.4 Das SEM hat demgegenüber keine entsprechende Verfügung (Gestaltungsverfügung, welche Rechte oder Pflichten festlegt), sondern eine sogenannte Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 25 VwVG erlassen, in welcher festgestellt wurde, dass kein Zuständigkeitsübergang erfolgt sei und die Frist zur Überstellung am 28. Mai 2023 ablaufe. Gestaltungs- und Feststellungsverfügungen dienen unterschiedlichen Zwecken. Bei der Gestaltungsverfügung geht es um die unmittelbare Verwirklichung der privaten Interessen durch die rechtssuchende Partei. Feststellungsverfügungen hingegen stehen im Dienste der Rechtssicherheit und haben zum Zweck, in einer konkreten Situation rechtliche Unsicherheiten zu beseitigen. Aufgrund dieser unterschiedlichen Zielsetzung sind Feststellungsverfügungen im Verhältnis zu Gestaltungsverfügungen subsidiär (BGE 108 Ib 540 E. 3 S. 546). Können Private ihre Interessen unmittelbar mit einer Gestaltungsverfügung verwirklichen, ist im Interesse der Verfahrensökonomie der Erlass einer Feststellungsverfügung ausgeschlossen (REGINA KUHN, RÜTSCHKE BERNHARD, KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2015; Rz. 395).

6.

6.1 Die getroffenen Feststellungen der Vorinstanz in ihrer Verfügung sind aber auch materiellrechtlich fehlerhaft.

6.2 Es ist festzuhalten, dass die Bestimmungen zur Überstellungsfrist in der Dublin-III-VO "self-executing"-Charakter haben (BVGE 2015/19 E. 4.5), weshalb sich der Beschwerdeführer darauf berufen kann.

6.3 Die Überstellung eines Antragstellers aus dem ersuchenden Mitgliedstaat in den zuständigen Mitgliedstaat erfolgt gemäss den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des ersuchenden Mitgliedstaats nach Abstimmung der beteiligten Mitgliedstaaten, sobald dies praktisch möglich ist und spätestens innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der Annahme des Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuchs durch einen anderen Mitgliedstaat oder der endgültigen Entscheidung über einen Rechtsbehelf oder einer

Überprüfung, wenn diese gemäss Art. 27 Abs. 3 aufschiebende Wirkung hat (Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO).

6.4 Die Beschwerde hat von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 107a Abs. 1 AsylG). Auf Antrag hin kann das Gericht die aufschiebende Wirkung gewähren (Art. 107a Abs. 2 und 3 AsylG). Demnach kommt es nur dann zu einer Unterbrechung der Überstellungsfrist im Sinne von Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO, wenn der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gerichtlich zuerkannt worden ist. Wenn der entsprechende Antrag in einer Zwischenverfügung abgelehnt oder durch einen direkten Beschwerdeentscheid gegenstandslos wird, wird die Überstellungsfrist nicht unterbrochen. In solchen Fällen bleibt die Anerkennung des Aufnahme- respektive Wiederaufnahmegesuchs durch den ersuchten Mitgliedstaat massgebend (Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO, Konstellation 1). Eine Aussetzung des Vollzugs gestützt auf Art. 56 VwVG bis zum Eintreffen der Akten hat keine unterbrechende Wirkung. Wird allerdings die Vollzugsaussetzung in einer Zwischenverfügung nicht aufgehoben, kommt dies faktisch einer Gewährung der aufschiebenden Wirkung während des ganzen Beschwerdeverfahrens gleich. In einem solchen Fall erfolgt eine Unterbrechung der Frist, und die Überstellungsfrist beginnt mit der endgültigen Entscheidung über die Beschwerde neu zu laufen (vgl. zum Ganzen BVGE 2015/19 E. 5.4; Urteile des BVGer D-1980/2019 vom 13. Juni 2019 E. 4; Referenzurteil F-6330/2020 vom 18. Oktober 2021 E. 6.3).

6.5 Die Fristberechnung richtet sich nach Art. 42 Dublin-III-VO. Die Folgen einer Fristüberschreitung werden in Art. 29. Abs. 2 Dublin-III-VO geregelt. Wird die Überstellung nicht innerhalb der Frist von sechs Monaten durchgeführt, ist der zuständige Mitgliedstaat nicht mehr zur Aufnahme oder Wiederaufnahme der asylsuchenden Person verpflichtet. Die Aufnahme- oder Wiederaufnahmepflicht des ersuchten Mitgliedstaats erlischt demnach mit Ablauf der Frist, was der ersuchende Mitgliedstaat nicht abwenden kann (sog. Fatalfrist). Die Zuständigkeit für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens geht automatisch auf den ersuchenden Mitgliedstaat über. Vorbehalten bleiben Fälle des Rechtsmissbrauchs und ausnahmsweise Fälle einer verspäteten Überstellung, wenn der ersuchte Mitgliedstaat seine Zuständigkeit auch nach Ablauf der Frist durch konkludentes Verhalten weiterhin anerkennt (vgl. BVGE 2015/19 E. 6.2 f. m.w.H.).

6.6 Die bulgarischen Behörden stimmten dem Wiederaufnahmeersuchen der Vorinstanz am 12. Juli 2022 explizit zu (vgl. SEM-act. A17/1), woraufhin am 8. November 2022 ein Nichteintretensentscheid erging. Die dagegen

am 18. November 2022 erhobene Beschwerde hat von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung. Der damals zuständige Instruktionsrichter verfügte keine vorläufige Vollzugsaussetzung im Sinne von Art. 56 VwVG und erteilte der Beschwerde nicht die aufschiebende Wirkung. Dementsprechend wurden die in der Beschwerde gestellten Anträge um Gewährung der aufschiebenden Wirkung und Vollzugsaussetzung mit Urteil E-5296/2022 vom 28. November 2022 als gegenstandslos abgeschrieben. Im damaligen Beschwerdeverfahren wurde die Überstellungsfrist somit nicht unterbrochen. Überdies ist auch festzuhalten, dass das SEM in seinem an die bulgarischen Behörden gerichteten Schreiben vom 15. Dezember 2022 unzutreffend von einer hängigen Beschwerde mit aufschiebender Wirkung ausging, da das Beschwerdeverfahren zum damaligen Zeitpunkt bereits abgeschlossen war. Das SEM ersuchte die bulgarischen Behörden somit um Fristverlängerung, ohne dass die hierfür notwendigen Voraussetzungen – eine hängige Beschwerde, welcher aufschiebende Wirkung zukommt – erfüllt gewesen wären.

6.7 Für die Berechnung der Überstellungsfrist massgebend bleibt vorliegend die Anerkennung des Aufnahme- respektive Wiederaufnahmegesuchs durch den ersuchten Mitgliedstaat (Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO, Konstellation 1) und demnach der 12. Juli 2022. Die in Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehene sechsmonatige Überstellungsfrist begann am 13. Juli 2022 zu laufen und endete am 13. Januar 2023 (vgl. Art. 42 Dublin-III-VO). Mit Ablauf der Frist ist die Zuständigkeit für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens automatisch auf die Schweiz übergegangen. Im Übrigen lassen sich den vorliegenden Akten keine Anhaltspunkte für Rechtsmissbrauch oder dafür entnehmen, dass Bulgarien seine Zuständigkeit durch konkludentes Verhalten weiterhin anerkennt.

6.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Überstellungsfrist aufgrund fehlender aufschiebender Wirkung der Beschwerde und fehlender vollzugsaussetzender Massnahmen nicht unterbrochen wurde und in der Zwischenzeit abgelaufen ist. Die Zuständigkeit für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens ist mit Ablauf der Überstellungsfrist auf die Schweiz übergegangen.

7.

Die vorliegende Beschwerde ist demnach gutzuheissen, die angefochtene Verfügung vom 26. Januar 2023 aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz ist anzuweisen, umgehend vollzugshemmende Massnahmen zu ergreifen, bis

über die wiedererwägungsweise Aufhebung der Nichteintretensverfügung vom 8. November 2022 entschieden wurde.

8.

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

9.

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.

Es wurde keine Kostennote zu den Akten gereicht, weshalb die notwendigen Parteikosten aufgrund der Akten zu bestimmen sind (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Die von der Vorinstanz auszurichtende Parteientschädigung wird in Anwendung der genannten Bestimmungen und unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren demnach von Amtes wegen auf insgesamt Fr. 500.– festgelegt.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Die Vorinstanz wird angewiesen, umgehend vollzugshemmende Massnahmen zu ergreifen, bis über die wiedererwägungsweise Aufhebung der Nichteintretensverfügung vom 8. November 2022 entschieden wurde.

4.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

5.

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

6.

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

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Constance Leisinger

Eva Hostettler

Versand: