



## Urteil vom 21. Dezember 2017

---

Besetzung

Richter David R. Wenger (Vorsitz),  
Richterin Daniela Brüscheiler,  
Richterin Gabriela Freihofer,  
Richter François Badoud,  
Richter Markus König,  
Gerichtsschreiber Arthur Brunner.

---

Parteien

1. A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
2. B. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
3. C. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
4. D. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Irak,  
alle vertreten durch Urs Jehle, Caritas Schweiz,  
Beschwerdeführende,  
gegen

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

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung (Dublin-Verfahren); Verfügung des SEM vom 7. März 2016 / N (...).

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

Der Beschwerdeführer A.\_\_\_\_\_ reiste am 26. Oktober 2015 in die Schweiz ein, wo er gleichentags ein Asylgesuch stellte. Am 30. Oktober 2015 wurde er vom SEM in der Befragung zur Person (BzP) unter anderem zu seinem Reiseweg befragt. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2015 teilte das SEM dem Beschwerdeführer A.\_\_\_\_\_ mit, in seinem Fall werde aufgrund der Aktenlage, wie sie sich damals dargestellt habe, das Dublin-Verfahren beendet und das nationale Asyl- und Wegweisungsverfahren durchgeführt.

**B.**

**B.a** Die Beschwerdeführerin B.\_\_\_\_\_ – die Ehefrau des Beschwerdeführers A.\_\_\_\_\_ – reiste am 24. November 2015 mit den beiden gemeinsamen Töchtern in die Schweiz ein und stellte hier gleichentags für alle drei ein Asylgesuch. Eine Abfrage des SEM bei der europäischen Fingerabdruckdatenbank Eurodac am 7. Dezember 2015 ergab, dass die Beschwerdeführerin B.\_\_\_\_\_ bereits am 22. November 2015 in Deutschland ein Asylgesuch gestellt hatte.

**B.b** Am 8. Dezember 2015 wurde die Beschwerdeführerin B.\_\_\_\_\_ im Rahmen der BzP zu ihrem Reiseweg befragt. Sie bestätigte in diesem Zusammenhang ihre Reiseroute über Deutschland sowie die dortige Abnahme von Fingerabdrücken. Ihr wurde anlässlich der BzP das rechtliche Gehör gewährt zur mutmasslichen staatsvertraglichen Zuständigkeit Deutschlands für die Prüfung ihres Antrags auf internationalen Schutz sowie zur Möglichkeit eines Nichteintretensentscheides des SEM und einer Wegweisung nach Deutschland.

**C.**

Am 4. Februar 2016 stellte das SEM bei den deutschen Behörden ein Aufnahmeersuchen für die Beschwerdeführerin B.\_\_\_\_\_ und ihre beiden Töchter sowie ein Aufnahmeersuchen für den Beschwerdeführer A.\_\_\_\_\_. Mit zwei Antwortschreiben vom 8. Februar 2016 anerkannten die deutschen Behörden ihre staatsvertragliche Zuständigkeit für die Prüfung aller vier Anträge auf internationalen Schutz.

**D.**

**D.a** Am 4. Februar 2016 sowie ein zweites Mal am 25. Februar 2016 gewährte das SEM dem Beschwerdeführer A.\_\_\_\_\_ nachträglich das rechtliche Gehör zur mutmasslichen staatsvertraglichen Zuständigkeit

Deutschlands sowie zu einem möglichen Nichteintretensentscheid des SEM und einer Wegweisung nach Deutschland.

**D.b** Mit undatierter Eingabe – beim SEM eingegangen am 4. März 2016 – wendete der Beschwerdeführer A.\_\_\_\_\_ gegen die staatsvertragliche Zuständigkeit Deutschlands ein, er sei weder durch Deutschland gereist noch habe er dort ein Asylgesuch gestellt. Zudem sei das Dublin-Verfahren in der Schweiz schon per 2. Dezember 2015 beendet worden. Gegen eine Wegweisung nach Deutschland brachte er vor, er wolle weiterhin mit seiner Frau und seinen Töchtern in der Schweiz bleiben und nicht von ihnen getrennt werden. Ausserdem wohnten zwei seiner Schwestern ebenfalls in der Schweiz, weshalb die Schweiz immer sein Zielort gewesen sei.

**E.**

Mit Verfügung vom 7. März 2016 – eröffnet am 22. März 2016 – trat das SEM auf die Asylgesuche der Beschwerdeführenden nicht ein und wies sie nach Deutschland als zuständigen Dublin-Mitgliedstaat weg. Zudem beauftragte es den zuständigen Kanton mit dem Vollzug der Wegweisung, verfügte die Aushändigung der editionspflichtigen Akten und wies darauf hin, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme.

**F.**

Mit Eingabe vom 31. März 2016 liessen die Beschwerdeführenden durch ihren Rechtsvertreter beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben. Materiell beantragten sie die Aufhebung des Nichteintretensentscheids und die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an das SEM. Eventualiter sei die Zuständigkeit der Schweiz festzustellen und das Asylgesuch materiell zu prüfen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellten sie die Anträge, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und den unterzeichnenden Rechtsvertreter als amtlichen Rechtsbeistand beizuordnen.

**G.**

Mit superprovisorischer Massnahme vom 1. April 2016 ordnete der Instruktionsrichter die sofortige einstweilige Aussetzung des Vollzugs der Überstellung an. Das SEM informierte die deutschen Behörden am 14. April 2016 darüber, dass vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde gegen die Wegweisungsverfügung vom 7. März 2016 hängig sei und dieser aufschiebende Wirkung zukomme.

**H.**

Mit Zwischenverfügung vom 5. April 2016 ersuchte der Instruktionsrichter das SEM, sich zur Beschwerde vom 31. März 2016 vernehmen zu lassen. Zudem ersuchte er die Beschwerdeführenden um Einreichung einer Fürsorgebestätigung, mit welcher ihre prozessuale Bedürftigkeit ausgewiesen werde.

**I.**

Mit Eingabe vom 11. April 2016 liess sich das SEM zur Beschwerde vernehmen. Es hielt an der angefochtenen Verfügung vollumfänglich fest.

**J.**

Mit Eingabe vom 12. April 2016 reichten die Beschwerdeführenden eine Bestätigung der [Behörde] vom 11. April 2016 zu den Akten.

**K.**

Mit Zwischenverfügung vom 14. April 2016 stellte der Instruktionsrichter den Beschwerdeführenden die Vernehmlassung der Vorinstanz zu und gewährte ihnen Gelegenheit zur Replik.

**L.**

Mit Eingabe vom 22. April 2016 replizierten die Beschwerdeführenden und hielten an ihren Beschwerdeanträgen vollumfänglich fest. Zudem wurde eine aktualisierte Kostennote zu den Akten gereicht.

**M.**

Mit Eingabe vom 8. Juni 2016 verwiesen die Beschwerdeführenden zudem zur Stützung ihrer Argumentation auf den Entscheid des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 7. Juni 2016 im Vorabentscheidungsverfahren *Mehzad Ghezalbash gegen Staatssecretaris van Viligheid en Justitie* (C-63/15).

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

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG [SR 142.31]).

Die Beschwerdeführenden sind als Verfügungsadressaten zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 108 Abs. 2 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

**1.2** Dieses Urteil ergeht in Anwendung von 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) in Besetzung mit fünf Richterinnen beziehungsweise Richtern.

## **2.**

**2.1** Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreiten des Ermessens) sowie die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 106 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** Nach 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 auszugehen, in dem der Antragsteller erstmals einen Antrag in einem Mitgliedstaat gestellt hat (Art. 7 Abs. 2 Dublin-III-VO; vgl. BVGE 2012/4 E. 3.2; FILZWIESER/SPRUNG, Dublin III-Verordnung, 2014, K4 zu Art. 7).

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

**3.3** Jeder Mitgliedstaat kann abweichend von Art. 3 Abs. 1 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.**

Das vorliegende Verfahren wirft die Frage auf, welche Rechtswirkungen vom Schreiben des SEM vom 2. Dezember 2015 ausgehen, mit welchem dem Beschwerdeführer A.\_\_\_\_\_ der Abschluss des Dublin-Verfahrens und die Aufnahme des nationalen Asyl- und Wegweisungsverfahrens mitgeteilt wurde. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen den Rechtswirkungen des Schreibens aus Sicht des nationalen allgemeinen Verwaltungsrechts (dazu nachfolgend E. 4.1 und E. 4.2) und den Rechtswirkungen des Schreibens aus völkerrechtlicher Sicht (dazu nachfolgend E. 4.3).

**4.1** Im Hinblick auf die Frage, welche Rechtswirkungen vom Schreiben des SEM vom 2. Dezember 2015 ausgehen, drängt sich zunächst die Frage auf, welche Rechtsnatur dem Schreiben zukommt (nachfolgend E. 4.1.1-4.1.4). Sodann ist aufgrund der Rechtsnatur des Schreibens zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen auf das Schreiben zurückgekommen werden kann (nachfolgend E. 4.1.5-4.1.6).

**4.1.1** Nach Lehre und Rechtsprechung setzt die Charakterisierung eines Verwaltungsakts als Verfügung unter anderem voraus, dass dieser auf einen rechtlichen Erfolg abzielt (vgl. BVGE 2009/43 E. 1.1.4 und in der Literatur statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 866 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 28 Rz. 25 ff.) oder eine Person zumindest in schutzwürdigen Interessen berührt (RÜTSCHKE, Was sind öffentliche Rechte und Pflichten?, Überlegungen zum Rechtscharakter der Verfügung, in: Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 69 ff., S. 75). Von Verfügungen abzugrenzen sind behördliche Anordnungen, die nicht auf einen rechtlichen Erfolg abzielen (grundlegend zum Begriff der Anordnung ohne Verfügungscharakter WALDMANN, Anordnungen ohne Verfügungscharakter, ZSR 133 [2014] 1, S. 489 ff.). Als Abgrenzungskriterium zwischen Anordnungen mit Verfügungscharakter und Anordnungen ohne Verfügungscharakter hat die Lehre die sogenannte Sphärentheorie entwickelt. Nach der Sphärentheorie gelten namentlich jene behördlichen Anordnungen als Verfügungen, die in erster Linie auf einen rechtlichen Erfolg im Aussenverhältnis ausgerichtet sind

(TSCHANNEN, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008, Rz. 135). Auf behördliche Anordnungen ohne Verfügungscharakter kann formlos zurückgekommen werden, wobei teilweise vertreten wird, dass Anordnungen, welche ihre Adressaten in ihrer Rechtsstellung unmittelbar beeinträchtigen, in Verfügungsform ergehen müssen, damit die Verfahrensgarantien von Art. 29 BV zur Anwendung kommen (WALDMANN, Anordnungen ohne Verfügungscharakter, ZSR 133 [2014] 1, S. 489 ff. S. 506).

**4.1.2** Zwischenverfügungen weisen grundsätzlich alle Elemente des Verfügungsbegriffs auf (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, S. 299). Sie sind allerdings akzessorisch zu einem Hauptverfahren, in dem ein End- oder Teilentscheid ergeht, und haben nur für die Dauer dieses Verfahrens Bestand (KAYSER, in: Schindler/Auer/Müller [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Rz. 2 zu Art. 45 VwVG; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 313). Zwischenverfügungen stellen als rein organisatorisches Instrument zur Verfahrensführung lediglich Schritte auf dem Weg zur materiellen Erledigung eines Verfahrens dar (BGE 136 V 131 S. 134 E. 1.1.2; KAYSER, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 45 VwVG m.w.H.). Zu unterscheiden sind bei den Zwischenverfügungen prozessuale Zwischenverfügungen (etwa Verfügungen über vorsorgliche Massnahmen oder den Ausstand) von den materiellen Zwischenverfügungen, die vorweg eine rechtliche Teilfrage beantworten, ohne bereits materielle Rechte oder Pflichten anzuordnen (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, S. 115 Rz. 450 ff.). Zwischenverfügungen entfalten grundsätzlich keine materielle Rechtskraft, binden jedoch die erlassende Behörde (BGE 128 III 191 S. 194 E. 4a; siehe ferner UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Rz. 3 zu Art. 45 VwVG).

**4.1.3** Das Schreiben des SEM vom 2. Dezember 2015 hatte gegenüber dem Beschwerdeführer A. \_\_\_\_\_ in erster Linie informativen Charakter. Es gibt Auskunft darüber, dass zukünftige Verfahrenshandlungen im nationalen Asylverfahren situiert sind. Hingegen verändert es seine rechtliche Stellung nicht. Ein Anwesenheitsrecht in der Schweiz besteht sowohl während der materiellen Prüfung eines Asylgesuchs als auch während der Zuständigkeitsprüfung nach der Dublin-III-VO durch das SEM (Art. 42 AsylG). Auch in Bezug auf die Ausstellung eines sogenannten N-Ausweises (Art. 30 AsylV 1), auf die Erwerbstätigkeit (Art. 43 AsylG) und auf die Fürsorgeleistungen (Art. 80 und 81 AsylG) unterscheidet die schweizerische

Rechtsordnung nicht zwischen Asylsuchenden, die sich im nationalen Asylverfahren befinden und Asylsuchenden, die sich im vorgelagerten Verfahren der Prüfung der staatsvertraglichen Zuständigkeit für die Durchführung des Asylverfahrens nach der Dublin-III-VO befinden. Im Übrigen besitzen Asylsuchende nach gefestigter Rechtsprechung kein rechtlich geschütztes Interesse, dass die Prüfung ihres Antrages auf internationalen Schutz durch einen bestimmten Dublin-Mitgliedstaat vorgenommen wird. Die Dublin-III-VO geht vielmehr grundsätzlich von der Gleichwertigkeit der diesbezüglichen nationalen Verfahren aus und einer der Hauptzwecke des Dublin-Systems besteht nach wie vor darin, das sogenannte „forum shopping“ zu unterbinden (vgl. Urteil des EuGH vom 7. Juni 2016 C-63/2015 *Ghezelbash*, ECLI:EU:C:2016:409, Rn. 54-55 [nachfolgend zitiert als EuGH, *Ghezelbash*]).

**4.1.4** Das Schreiben vom 2. Dezember 2015 schliesst das Asylverfahren des Beschwerdeführers A. \_\_\_\_\_ nicht ab. Ausserdem verändert es seine materielle Rechtsstellung wie eben dargelegt nicht. Dementsprechend kann es sich nicht um eine (End-)Verfügung im materiellen Sinne handeln, sondern allenfalls um eine Zwischenverfügung, welche die verfahrensrechtliche Stellung des Beschwerdeführers betrifft. Man könnte aber auch die Auffassung vertreten, dass es sich dabei um eine Anordnung ohne Verfügungscharakter handelt, welche lediglich bezweckt, innerhalb des SEM die Prüfungszuständigkeit für das Dossier eines Asylsuchenden festzulegen. Die besseren Argumente sprechen jedoch für die Qualifikation des Schreibens als Zwischenverfügung: Als Zwischenschritt zu einer Endentscheidung, welche im Falle der Dublin-Zuständigkeit eines anderen Staates in Form eines Nichteintretensentscheids ergeht (Art. 31a Abs. 1 AsylG), bestimmt das Schreiben über die weitere Gestaltung des Verfahrens. So sind bei einer Person im ordentlichen Asylverfahren neben der Befragung zur Person (vgl. Art. 26 Abs. 2 AsylG) namentlich eine ausführliche Anhörung zu den Asylgründen (Art. 29 AsylG) und gegebenenfalls weitere Instruktionshandlungen zur Feststellung des asylrelevanten Sachverhaltes durchzuführen. Für die Qualifikation als Zwischenverfügung spricht überdies, dass der Gesetzgeber für die Wiederaufnahme des Asylverfahrens nach Rückzug eines Asylgesuchs beziehungsweise Untertauchen einer asylsuchenden Person ebenfalls die Handlungsform der Zwischenverfügung vorsieht, wenn die Dublin-Zuständigkeit der Schweiz feststeht (Art. 35a AsylG i. V. m. Art. 29b Abs. 1 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen [AsylV 1, SR 142.311]; vgl. dazu auch die einschlägigen Passagen in der Botschaft des Bundesrates vom 7. März 2014 betreffend Weiterentwicklungen des Dublin/Eurodac-Besitzstands,



BBl 2014 2675, 2708 f.). In jenem Zusammenhang geht es im Unterschied zur vorliegenden Konstellation zwar um die Wiederaufnahme eines an sich abgeschriebenen Verfahrens; auch dort kommt der Notifikation an die asylsuchende Person jedoch die Funktion zu, den weiteren Verlauf des Asylverfahrens zu ordnen.

**4.2** Nachdem aber weder in der Lehre noch in der publizierten Praxis des Bundesverwaltungsgerichts oder des Bundesgerichts bis anhin die Frage beantwortet wurde, unter welchen Umständen auf eine solche Zwischenverfügung im Laufe eines Verfahrens zurückgekommen werden kann, drängt es sich auf, zunächst diese Frage zu klären (nachfolgend E. 4.2.1). Sodann sind die daraus folgenden Konsequenzen für die vorliegende Beschwerde darzulegen (nachfolgend E. 4.2.2).

**4.2.1** Das Bundesverwaltungsgericht selbst hat im Urteil E-5518/2012 vom 7. November 2012 in einem vergleichbaren Fall geprüft, ob die Voraussetzungen für den Widerruf einer nachträglich rechtswidrig gewordenen Verfügung gegeben seien (vgl. dort S. 9). Dieses Prüfschema berücksichtigt die dogmatischen Besonderheiten der Zwischenverfügung jedoch nicht: Einerseits handelt es sich bei Zwischenverfügungen in der Regel nicht um Dauerverfügungen, die nachträglich aufgrund eines massgeblich veränderten Sachverhalts rechtswidrig werden können (z. B. der Widerruf eines Anwaltpatents aufgrund dauernder Handlungsunfähigkeit; Ausnahmefälle sind denkbar, so beispielsweise beim Widerruf der einmal gewährten unentgeltlichen Rechtspflege). Andererseits ist die Situation von Verfügungsadressaten einer formell rechtskräftigen Endverfügung im Hinblick auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) nicht vergleichbar mit der Situation von Verfahrensbeteiligten, die eine solche Endverfügung erst abwarten. Aus der dogmatischen Funktion der Zwischenverfügung ist vielmehr abzuleiten, dass ein Zurückkommen möglich sein muss, wenn die verfahrensleitende Behörde hierfür sachliche Gründe geltend macht, und der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) nicht ausnahmsweise den Verzicht auf ein Zurückkommen gebietet. Anders als beim Widerruf einer materiellen Endverfügung ist die Rechtswidrigkeit der zu widerrufenden Zwischenverfügung für ein Zurückkommen nicht erforderlich. Auch eine umfassende Interessenabwägung ist in der Regel entbehrlich, weil durch die Zwischenverfügung regelmässig kein rechtlich geschütztes Vertrauen der Verfahrensbeteiligten begründet wird. Die allgemeinen Voraussetzungen für den Widerruf von (End-)Verfügungen kommen auf Zwischenverfügungen folglich – unter dem Vorbehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) – nicht zur Anwendung. Eine weitere

Schranke für das Zurückkommen auf Zwischenverfügungen ergibt sich aus dem Willkürverbot (Art. 9 BV). Eine Behörde dürfte demnach nicht auf eine Zwischenverfügung zurückkommen, wenn sie hierfür keinerlei ernsthafte, sachliche Gründe geltend machen kann (vgl. BGE 136 I 241 S. 250 f. E. 3.1).

**4.2.2** Anders als in der Beschwerde vorgebracht, hat die Vorinstanz nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) verstossen, indem sie auf ihr Schreiben vom 2. Dezember 2015 zurückgekommen ist, zumal nicht aufgezeigt worden ist, dass ein rechtlich schützenswertes Vertrauen am Weiterbestand der Zwischenverfügung vorlag. Der Asylsuchende hat das Recht, dass sein Gesuch durch den zuständigen Dublin-Mitgliedstaat entsprechend den Vorgaben der Dublin-III-VO geprüft wird, nicht aber, dass dies durch einen bestimmten – allenfalls sogar unzuständigen – Mitgliedstaat zu geschehen hat. Weiter stellt das Schreiben vom 2. Dezember 2015 keinen Fall einer unwiderrufbaren Verfügung dar. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer A. \_\_\_\_\_ vor Erlass des Nichteintretensentscheides mitgeteilt, dass nun doch wieder eine Dublin-Überstellung im Raum stehe und ihm dazu das rechtliche Gehör gewährt. Damit ist sie auch ihren Verpflichtungen aus Art. 29 Abs. 2 BV nachgekommen.

**4.3** Sodann stellt sich die Frage, welche Auswirkungen das Schreiben vom 2. Dezember 2015 auf die Zuständigkeit für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz nach der Dublin-III-VO hatte.

**4.3.1** Aus dem bereits zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-5518/2012 vom 7. November 2012 geht hervor, dass mit der Erklärung der Beendigung des Dublin-Verfahrens gleichzeitig der Selbsteintritt der Schweiz verfügt worden sei, mithin ein neues Rechtsverhältnis gestaltet worden sei und die Schweiz als nunmehr zuständiger Dublin-Staat die damit einhergehenden Verpflichtungen der Dublin-II-VO zu erfüllen gehabt habe (S. 8). Diese Rechtsprechung ist im Hinblick auf die hier vorliegende Zwischenverfügung zu präzisieren. Das Schreiben vom 2. Dezember 2015 wurde lediglich dem Beschwerdeführer A. \_\_\_\_\_ eröffnet. Es entfaltet als Zwischenverfügung keine Rechtskraft (vgl. oben E. 4.1.2) und ist insofern vergleichbar mit der Zulassung zum Asylverfahren in Österreich, welche erfolgt, wenn zunächst keine Dublin-Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaates erkannt werden kann (vgl. Erkenntnis des österreichischen Bundesverwaltungsgerichts W185 2007074-1/7E vom 6. Juni 2014). Nach der Rechtsprechung des österreichischen Bundesverwaltungsgerichts kann

auch nach einer solchen Zulassung noch nach der Dublin-III-VO vorgegangen werden (vgl. zur Rechtsprechung unter der Dublin-II-VO FILZWIESER/SPRUNG, a.a.O., Kap. 12 zu Art. 17; die Rechtsprechung wurde auch für die Dublin-III-VO übernommen, vgl. Erkenntnis des österreichischen Bundesverwaltungsgerichts W185 2007074-1/7E vom 6. Juni 2014). Eine Zwischenverfügung von der Art des hier in Frage stehenden Schreibens muss weder anderen Dublin-Staaten rubriziert werden noch ist ein Eintrag im elektronischen Kommunikationsnetz DubliNet erforderlich (vgl. Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO). Im Übrigen kann aus einer solchen Zwischenverfügung nicht der Wille zum Selbsteintritt abgeleitet werden. Schon der offenbar standardisierte Wortlaut der Verfügung lässt eine solche Interpretation nicht zu („In Ihrem Fall wurde aufgrund der Aktenlage, *wie sie sich heute darstellt*, das Dublin-Verfahren beendet.“), sondern deutet vielmehr darauf hin, dass die Beendigung des Dublin-Verfahrens eben gerade unter dem Vorbehalt steht, dass sich die Aktenlage bis zu einer materiellen Entscheidung nicht anders darstellt. Ein Selbsteintritt würde demgegenüber das Wissen um die staatsvertragliche Zuständigkeit eines anderen Dublin-Staats voraussetzen (vgl. Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO), was dem SEM vorliegend aufgrund des Wortlauts der Zwischenverfügung offensichtlich nicht entgegengehalten werden kann. Die Rechtswirkungen einer solchen Zwischenverfügung sind folglich auf das nationale Verwaltungsverfahren beschränkt und zeitigen die bereits oben dargestellten Rechtsfolgen (E. 4.1.4). Hingegen hat eine solche Zwischenverfügung im völkerrechtlichen Verhältnis keine rechtliche Bedeutung und ändert namentlich nichts an der Anwendbarkeit der Zuständigkeitskriterien nach der Dublin-III-VO.

**4.3.2** Weil es sich bei dem Schreiben vom 2. Dezember 2015 folglich um eine rein binnenstaatlich wirksame Anordnung handelt, die überdies keinen völkerrechtlich wirksamen Willen zum Selbsteintritt zum Ausdruck bringt, ergibt sich aus der Dublin-III-VO auch keine Verpflichtung, eine solche Zwischenverfügung im Rahmen eines Aufnahmeersuchens im Sinne von Art. 21 Dublin-III-VO einem anderen Dublin-Staat mitzuteilen. Insofern ist das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-5518/2012 vom 7. November 2012 zu präzisieren: Entgegen den dortigen Ausführungen kann keine Verletzung der Verpflichtung zur Wahrheit und Korrektheit von Anfragen zwischen Mitgliedstaaten erblickt werden, wenn eine Zwischenverfügung wie die vorliegende in einem Aufnahmeersuchen nicht erwähnt wird.

**4.3.3** Die Rüge der Beschwerdeführenden, das Aufnahmeersuchen sei fehlerhaft gewesen, weil der Selbsteintritt der Schweiz im Falle des Beschwerdeführers A. \_\_\_\_\_ darin nicht erwähnt worden sei, ist vor diesem Hintergrund nicht begründet. Ein Selbsteintritt der Schweiz hat entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift gerade nicht stattgefunden. Im Übrigen war die Vorinstanz auch gestützt auf die Dublin-III-VO nicht verpflichtet, den deutschen Behörden von der Zwischenverfügung vom 2. Dezember 2015 Kenntnis zu geben. Den anderslautenden Ausführungen in der Replik vom 22. April 2016 ist nicht zu folgen.

## 5.

Weiter ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführenden mit ihrer Rüge durchdringen, die Vorinstanz habe die Dublin-III-VO falsch angewendet, indem sie Deutschland statt die Schweiz für die Prüfung ihrer Asylgesuche für zuständig erklärt habe. Sie berufen sich in diesem Zusammenhang einerseits darauf, bei einer richtigen Anwendung der materiellen Zuständigkeitskriterien des III. Kapitels der Dublin-III-VO müsse gestützt auf Art. 10 Dublin-III-VO eine Zuständigkeit der Schweiz angenommen werden; andererseits bringen sie vor, die Zuständigkeit sei auch deshalb auf die Schweiz übergegangen, weil die Vorinstanz die Frist zur Stellung des Aufnahmeersuchens (Art. 20 Abs. 1 Dublin-III-VO) verpasst habe.

Diese Vorbringen werfen die Frage auf, welche Rügen im Rahmen des durch Art. 27 Abs. 1 Dublin-III-VO (und Art. 107a AsylG) vorgesehenen Rechtsbehelfs zulässig sind. Der EuGH hat sich in verschiedenen kürzlich abgeschlossenen Vorabentscheidungsverfahren und für verschiedene Konstellationen mit dieser Frage auseinandergesetzt: Zunächst hat er statuiert, unter der Dublin-III-VO bestehe – im Unterschied noch zur Dublin-II-VO (vgl. Urteil des EuGH vom 10. Dezember 2013 C-394/2012 *Abdullahi*, ECLI:EU:C:2013:813, Rn. 62) – ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch darauf, dass die materiellen Zuständigkeitskriterien des III. Kapitels der Dublin-III-VO richtig angewendet würden (vgl. EuGH, *Ghezelbash*). In einem erst kürzlich ergangenen Urteil kam er überdies zum Schluss, im Rahmen des Rechtsbehelfs gemäss Art. 27 Abs. 1 Dublin-III-VO müsse auch gerügt werden können, dass die Frist zur Stellung des Übernahmegesuchs (Art. 21 Abs. 1 Dublin-III-VO) verpasst worden sei und deshalb ein Zuständigkeitsübergang stattgefunden habe (vgl. Urteil des EuGH vom 26. Juli 2017 C-670/2016, *Mengesteab*, ECLI:EU:C:2017:587 [nachfolgend zitiert als: EuGH, *Mengesteab*]).

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in der publizierten Praxis bis anhin

nicht zur Frage geäußert, ob aufgrund der *Ghezelbash*- und *Mengesteab*-Rechtsprechung des EuGH Anpassungsbedarf für seine eigene Rechtsprechung besteht (vgl. in Bezug auf das *Ghezelbash*-Urteil und den „self-executing“-Charakter von Art. 19 Abs. 2 Dublin-III-VO aber Urteil des BVGer D-4133/2015 vom 10. Juli 2017; offengelassen beispielsweise im Urteil des BVGer E-5900/2015 vom 16. Juni 2017 E. 3.2; ohne vertiefte Begründung bejahend Urteil des BVGer D-3519/2016 vom 23. September 2016 E. 5.1).

Nachfolgend soll dies nachgeholt und zu diesem Zweck zunächst aufgezeigt werden, ob und inwieweit Differenzen zwischen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der neueren Praxis des EuGH bestehen (E. 5.1 und E. 5.2). In einem zweiten Schritt ist die Frage aufzuwerfen, ob und inwiefern aufgrund der allenfalls festgestellten Unterschiede eine Praxisänderung vorzunehmen ist (E. 5.3). Schliesslich stellt sich die Frage nach den Konsequenzen für den vorliegenden Fall (E. 5.4).

**5.1** Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann in den Beschwerdeverfahren gegen Überstellungsentscheidungen nach der Dublin-III-VO nur die falsche Anwendung jener Bestimmungen gerügt werden, welche als „self-executing“ anzusehen sind (die gleiche Bedeutung kommt dem Begriff der „direkten Anwendbarkeit“ zu). Zu prüfen ist, ob eine Bestimmung der Dublin-III-VO sich nach dem ihr aufgrund der allgemeinen völkerrechtlichen Auslegungsregeln zukommenden Sinn darauf beschränkt, die Verhältnisse zwischen den Vertragsstaaten des Dublin-Systems zu regeln, oder auch dem Schutz der Asylsuchenden dient und insofern subjektive Rechte begründet; nur in letzterem Fall ist es Asylsuchenden möglich, sich im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht auf die fehlerhafte Anwendung einer Bestimmung der Dublin-III-VO zu berufen (vgl. grundlegend BVGE 2010/27 E.5.3 [zur Auslegungsmethodik] und E. 6.3.2).

Im vorliegenden Verfahren stellt sich die Frage des „self-executing“-Charakters der Bestimmungen der Dublin-III-VO nur bezüglich der Kriterien für die materielle Prüfungszuständigkeit eines Asylgesuchs, nicht jedoch bezüglich der Verfahrensrechte. Bisher bejaht hat das Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich den „self-executing“-Charakter von Art. 3 Abs. 2, 8 Abs. 1-4, Art. 9, Art. 10, Art. 11, Art. 16 Abs. 1 und Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO; verneint hat es ihn hingegen für Art. 12, Art. 13, Art. 14, Art. 15 und Art. 19 Dublin-III-VO (vgl. die Hinweise auf die Rechtsprechung bei MON-

NET, La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral en matière de transferts Dublin, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny [Hrsg.], 2015, S. 359-439, insbesondere S. 375 ff.). Kein „self-executing“-Charakter kam darüber hinaus wohl auch Art. 21 Abs. 1 Dublin-III-VO (vgl. Urteil des BVGer D-2677/2015 vom 25. August 2015 E. 6.2) und (analog) Art. 23 Abs. 2 Dublin-III-VO zu.

Im Falle des eigentlich direkt anwendbaren Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO (damals Art. 20 Abs. 2 Dublin-II-VO) brachte das Bundesverwaltungsgericht zudem den Vorbehalt an, dass eine Überstellung trotz Ablaufs der sechsmonatigen Überstellungsfrist in Ausnahmefällen zulässig sei, wenn sich die Berufung auf die richtige Anwendung der Bestimmung angesichts der weiterhin vorliegenden Zustimmung des ersuchten Mitgliedstaats und der unmittelbar bevorstehenden Überstellung als rechtmisbräuchlich erweise; eine Ausnahme liege auch dann vor, wenn die Überstellung bereits erfolgt und das Asylverfahren im Zielstaat aufgenommen worden sei (BVGE 2010/27 E. 7.3).

**5.2** Nachfolgend ist zu untersuchen, wie sich die neuere Rechtsprechung des EuGH bezüglich der direkten Anwendbarkeit der materiellen Zuständigkeitsbestimmungen der Dublin-III-VO zu der eben dargestellten, ausdifferenzierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verhält.

**5.2.1** Im *Ghezelbash*-Entscheid kam der EuGH zum Schluss, dass eine asylsuchende Person im Rahmen des von Art. 27 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehenen Rechtsbehelfs gegen eine Entscheidung über seine Überstellung die fehlerhafte Anwendung jedes in Kapitel III der Dublin-III-VO festgelegten Zuständigkeitskriteriums geltend machen könne (vgl. EuGH, *Ghezelbash*, Rn. 61).

Er begründet diese von seiner früheren *Abdullahi*-Entscheidung abweichende Rechtsprechung im Wesentlichen damit, der Unionsgesetzgeber habe mit der Dublin-III-VO in Weiterentwicklung der Dublin-II-VO die Rechte der Asylsuchenden stärken wollen. Dieses Anliegen gehe etwa daraus hervor, dass die Asylsuchenden am Verfahren stärker beteiligt worden seien, indem in Art. 4 und Art. 5 Abs. 1, 3 und 6 Dublin-III-VO Informations- und Anhörungspflichten sowie in Kapitel IV der Dublin-III-VO über die Dublin-II-VO hinausgehende Verfahrensgarantien normiert worden seien (vgl. EuGH, *Ghezelbash*, insbesondere Rn. 46-51).

In diesem Lichte zu lesen sei auch Art. 27 Abs. 1 Dublin-III-VO, der einen

wirksamen, auf die Überprüfung von Rechts- und Sachfragen ausgerichteten Rechtsbehelf vorsehe und bezüglich dessen Reichweite in der Dublin-III-VO nicht zwischen einzelnen Bestimmungen derselben unterschieden werde. Insbesondere eine Zusammenschau von Art. 27 Abs. 1 Dublin-III-VO mit dem 19. Erwägungsgrund der Dublin-III-VO lasse keinen anderen Schluss zu, als dass der Rechtsbehelf sich allgemein auf die Prüfung der Anwendung der Verordnung beziehe, mit anderen Worten die Kontrolle einer fehlerfreien Anwendung der Verordnung sicherstellen solle (EuGH, *Ghezelbash*, Rn. 34, 36, 37, 39, 40).

**5.2.2** Die Begründung des EuGH im *Ghezelbash*-Entscheid legte nahe, sämtlichen materiellen Zuständigkeitskriterien des III. Kapitels der Dublin-III-VO „self-executing“-Charakter zuzubilligen. Der Entscheid betraf jedoch einen Sachverhalt, in dem die erstinstanzlichen niederländischen Behörden (auch nach Auffassung des vorliegenden niederländischen Gerichts) verschiedene verfahrensrechtliche Fehler begangen hatten; diese hatten dazu geführt, dass der Beschwerdeführer erst nach Zustimmung des ersuchten Staates Beweise vorlegen konnte, die für eine Zuständigkeit der Niederlande und damit die Unrechtmässigkeit der Überstellungsentscheidung gesprochen hätten (vgl. EuGH, *Ghezelbash*, Rn. 26, 28).

Insbesondere aufgrund der im Urteilsdispositiv des *Ghezelbash*-Entscheids angebrachten Beschränkung der Vorabentscheidung auf Sachverhalte „wie dem im Ausgangsverfahren fraglichen“ blieb deshalb Interpretationsspielraum in zwei Richtungen: Einerseits war offen, ob eine fehlerhafte Anwendung der Zuständigkeitskriterien des III. Kapitels generell gerügt werden konnte; andererseits war insbesondere aufgrund der Rn. 41-44 des Urteils nicht geklärt, ob auch die unrichtige Anwendung von Zuständigkeitskriterien gerügt werden konnte, die sich systematisch an anderen Stellen der Dublin-III-VO befinden (insbesondere jene des VI. Kapitels zum Zuständigkeitsübergang infolge Verpassens der Frist für das Aufnahmeersuchen und die Antwort darauf [Art. 21 Abs. 1, Art. 22 Abs. 1 und 7 Dublin-III-VO], für das Wiederaufnahmeersuchen und die Antwort darauf [Art. 23 Abs. 2 Dublin-III-VO, Art. 25 Abs. 1 und 2 Dublin-III-VO] und für die Überstellung [Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO]).

**5.2.3** Diese Fragen dürften mit dem nunmehr ergangenen Urteil des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren *Mengesteab* jedoch beantwortet sein. Dem Wortlaut des Dispositivs des Urteils nach entschied der EuGH zwar lediglich, dass sich eine asylsuchende Person im Rahmen des in Art. 27 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehenen Rechtsbehelfs auch darauf berufen

könne, dass die in Art. 21 Abs. 1 Dublin-III-VO genannte Anfragefrist von drei Monaten im Zeitpunkt des Aufnahmeersuchens bereits abgelaufen gewesen und die Zuständigkeit damit auf den ersuchenden Staat übergegangen sei (vgl. EuGH, *Mengesteab*, Rn. 62). Die Begründung des Entscheids macht jedoch die Haltung des Gerichts zu den nach *Ghezelbash* offengebliebenen Fragen deutlich:

Wie in *Ghezelbash* wies der EuGH zunächst auf den durch die Dublin-III-VO im Vergleich zur Dublin-II-VO weiterentwickelten und verstärkten verfahrensrechtlichen Schutz der Asylsuchenden hin. Dieser Schutz werde ausgehöhlt, wenn der Umfang des in Art. 27 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehenen Rechtsbehelfs restriktiv ausgelegt werde. Art. 27 Abs. 1 Dublin-III-VO ziele darauf ab, einen Rechtsbehelf zur Verfügung zu stellen, der es ermögliche, die richtige Anwendung der Dublin-III-VO einschliesslich ihrer Verfahrensgarantien überprüfen zu lassen (vgl. EuGH, *Mengesteab*, Rn. 42-48).

Spezifisch zum Verfahrensgegenstand äusserte er sodann, Aufnahme- und Wiederaufnahmeverfahren nach der Dublin-III-VO müssten unter Beachtung einer Reihe zwingender Fristen durchgeführt werden, darunter namentlich der Anfragefristen von Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1 und 2 Dublin-III-VO. Der Unionsgesetzgeber habe für den Fall der Nichteinhaltung dieser Frist in Art. 21 Abs. 1 UAbs. 3 die Rechtsfolge des Übergangs der Zuständigkeit vorgesehen, was in Einklang stehe mit dem im fünften Erwägungsgrund der Dublin-III-VO erwähnten Ziel einer zügigen Bearbeitung der Asylanträge. Eine Überstellungsentscheidung könne daher nicht wirksam ergehen, wenn die festgelegten Fristen nicht eingehalten würden (vgl. EuGH, *Mengesteab*, Rn. 50-53).

Schliesslich hielt der EuGH dafür, Art. 27 Abs. 1 Dublin-III-VO unterscheide nicht zwischen den Zuständigkeitskriterien des III. Kapitels der Dublin-III-VO und den Verfahrensregeln des VI. Kapitels. Aus dem Umstand, dass die Dublin-III-VO bei Nichteinhaltung der Frist von Art. 21 Abs. 1 Dublin-III-VO den Übergang der Zuständigkeit vorsehe, gehe vielmehr hervor, dass der Unionsgesetzgeber die Fristenfrage auch als Zuständigkeitskriterium ansehe. Wie auch der 19. Erwägungsgrund der Dublin-III-VO deutlich mache, ziele der durch Art. 27 Abs. 1 Dublin-III-VO bezweckte Rechtsschutz nicht allein auf eine Überprüfung der in Kapitel III niedergelegten Zuständigkeitskriterien ab, sondern diene einer richtigen Anwendung der Dublin-III-VO als solcher. Vor diesem Hintergrund ändere auch eine allfällige Zu-



stimmung des ersuchten Mitgliedsstaats nichts daran, dass sich eine asylsuchende Person gegen die falsche Anwendung von Art. 21 Abs. 1 Dublin-III-VO zur Wehr setzen könne (vgl. EuGH, *Mengesteab*, Rn. 53, 57, 59-60).

**5.2.4** Auch wenn sich der EuGH in *Ghezelbash* und *Mengesteab* dem Wortlaut nach nur mit der direkten Anwendbarkeit der Zuständigkeitskriterien des III. Kapitels der Dublin-III-VO sowie von Art. 21 Abs. 1 Dublin-III-VO auseinandergesetzt hat, legt die Begründung der Urteile in ihrer Zusammenschau nahe, dass der in Art. 27 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehene Rechtsbehelf es Asylsuchenden nach Auffassung des EuGH ermöglicht, im Rahmen der Beschwerde gegen eine Überstellungsentscheidung die falsche Anwendung *sämtlicher zur Zuständigkeit beitragenden Bestimmungen der Dublin-III-VO* zu rügen, und zwar auch dann, wenn der ersuchte Mitgliedsstaat dem Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmeersuchen stattgegeben hat (vgl. insbesondere die vorstehende E. 5.2.3 in fine sowie zum deutschen Recht und Art. 23 Abs. 2 Dublin-III-VO die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München vom 3. August 2017 M 9 K 17.50068, Entscheidungsgründe 14-16). Insoweit widerspricht die neuere Rechtsprechung des EuGH der bisherigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts, das den „self-executing“-Charakter namentlich von Art. 12, Art. 13, Art. 14, Art. 15, Art. 17 Abs. 1, Art. 19 Dublin-III-VO, Art. 21 Abs. 1 Dublin-III-VO und Art. 23 Abs. 2 Dublin-III-VO bis anhin verneint hat (vgl. oben, E. 5.1) und auch die Rüge einer falschen Anwendung von Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO nur unter Vorbehalten zulässt.

**5.3** Nachfolgend ist zu prüfen, ob diese von der bisherigen Praxis abweichende Rechtsprechung des EuGH vom Bundesverwaltungsgericht zu übernehmen ist.

**5.3.1** Die Rechtsprechung des EuGH zur Dublin-III-VO ist für die Schweiz grundsätzlich nicht verbindlich. Nach Art. 5 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft vom 26. Oktober 2004 über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (DAA, SR 0.142.392.68, in Kraft seit 1. März 2008) wird von den Vertragsparteien jedoch eine einheitliche Anwendung und Auslegung der Dublin-Verordnung mit ihren Durchführungsbestimmungen angestrebt (vgl. dazu auch MONNET, a.a.O., S. 370 ff.). Das Bundesverwaltungsgericht hat zu einer einheitlichen Rechtsanwendung beizutragen, indem es die Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt (vgl. BVGE 2015/19 E. 4.3) und nicht ohne triftige Gründe davon abweicht (vgl.

BGE 142 II 35 mit Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999 [FZA, SR 0.142.112.681]; zum Begriff der „triftigen Gründe“ vgl. GLASER/BRUNNER, Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rechtsprechung der EuGH-Rechtsprechung, Jusletter vom 18. April 2016, IV. 1.).

**5.3.2** Das schweizerische Parlament hat der Weiterentwicklung des Dublin-Systems in Form der Dublin-III-VO im September 2014 zugestimmt (AS 2015 2323); die Referendumsfrist ist ungenutzt abgelaufen und die Dublin-III-VO für die Schweiz verbindlich geworden. Die Schweiz hat damit auch dem durch die Dublin-III-VO ausgebauten Rechtsschutz zugestimmt, welchen der EuGH in *Ghezelbash* und *Mengesteab* als massgebliche Grundlage für die Bejahung des individualrechtlichen Charakters sämtlicher zur Feststellung der Prüfungszuständigkeit beitragenden Bestimmungen der Dublin-III-VO herangezogen hat. Vor diesem Hintergrund sind keine triftigen Gründe ersichtlich, die es nahelegen würden, Asylsuchenden in der Schweiz im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht die Berufung auf eine falsche Anwendung dieser Zuständigkeitskriterien zu verwehren.

Die oben wiedergegebene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. oben E. 5.1) ist daher insoweit anzupassen, als Asylsuchende sich nunmehr in Beschwerdeverfahren gegen Überstellungsentscheidungen auf die richtige Anwendung sämtlicher objektiver Zuständigkeitskriterien der Dublin-III-VO berufen können (namentlich Art. 3 Abs. 2, Art. 7 in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1-4, Art. 9, Art. 10, Art. 11, Art. 16 Abs. 1; insbesondere aber auch jene Bestimmungen, die einen Zuständigkeitsübergang infolge Fristablaufs vorsehen: Art. 21 Abs. 1, Art. 22 Abs. 1 und 7, Art. 23 Abs. 2, Art. 25 Abs. 1 und 2 sowie Art. 29 Abs. 1 Dublin-III-VO [vgl. hierzu jüngst Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2017 C-201/2016 *Majid Shiri gegen Österreich*, ECLI:EU:C:2017:805]). Auch die in BVGE 2010/27 formulierten Vorbehalte des Rechtsmissbrauchs und der Zuständigkeitsübernahme („attraction de compétence“) durch einen Drittstaat können Asylsuchenden nicht mehr entgegengehalten werden, zumal der EuGH im *Mengesteab*-Entscheid nunmehr ausdrücklich die Unbeachtlichkeit einer allfälligen Zustimmung des ersuchten Staates unterstrichen hat (vgl. EuGH, *Mengesteab*, Rn. 59-60, 62).

Nicht betroffen von der vorliegenden Praxisänderung ist die bisherige Rechtsprechung zur Ausübung der Ermessensklausel (Art. 17 Abs. 1 Dub-

lin-III-VO) sowie zu Fristversäumnissen im Remonstrationsverfahren, welche nicht nach der Dublin-III-VO, sondern nach der Durchführungsverordnung zur Dublin-III-VO zu beurteilen sind (vgl. dazu jüngst Urteil des BVGer F-2732/2017 vom 1. Juni 2017).

**5.4** Für den vorliegenden Fall ist nach dem Gesagten ungeachtet der Zustimmung Deutschlands zur Übernahme der Beschwerdeführenden zu prüfen, ob diese zu Recht vorbringen, dass das SEM die in Art. 21 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehenen Fristen zur Stellung der Aufnahmeersuchens verpasst habe und deshalb ein Zuständigkeitsübergang auf die Schweiz stattgefunden habe.

Der Beschwerdeführer A. \_\_\_\_\_ stellte sein Asylgesuch am 26. Oktober 2015, die Beschwerdeführerin B. \_\_\_\_\_ und ihre Kinder am 24. November 2015. Die Fristen von drei Monaten im Falle des Beschwerdeführers (Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1 Dublin-III-VO) und von zwei Monaten im Falle der Beschwerdeführerin und ihrer Kinder (Art. 21 Abs. 1 UAbs. 2 Dublin-III-VO) waren im Zeitpunkt des Aufnahmeersuchens vom 4. Februar 2016 damit abgelaufen.

Gemäss der mit dem vorliegenden Urteil geänderten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat dies den Übergang der staatsvertraglichen Zuständigkeit von Deutschland auf die Schweiz zur Folge, und zwar unabhängig von einer allfälligen Zustimmung Deutschlands zur Übernahme der Beschwerdeführenden. Neu ist somit die Schweiz zur Durchführung ihres Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig. Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob die Vorinstanz vorliegend zu Recht von einer Anwendbarkeit von Art. 11 Dublin-III-VO ausgegangen ist, oder ob – wie die Beschwerdeführenden vorbringen – Art. 10 Dublin-III-VO hätte angewendet werden müssen.

Die angefochtene Verfügung ist aus den vorstehenden Gründen aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Asylgesuche im Rahmen eines ordentlichen Asylverfahrens zu prüfen.

## **6.**

**6.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind gemäss Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG keine Kosten aufzuerlegen.

**6.2** Den vertretenen Beschwerdeführenden ist angesichts ihres 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 ihnen notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Der Rechtsvertreter hat am 22. April 2016 eine Kostennote eingereicht. Der dort ausgewiesene Aufwand erscheint als angemessen, ebenso der geltend gemachte Ansatz von Fr. 194.40.– pro Stunde. Zusätzlich zu dem in der Kostennote ausgewiesenen Aufwand ist die Eingabe vom 8. Juni 2016 zu berücksichtigen. Auf die Einforderung einer aktualisierten Kostennote kann verzichtet werden, da sich der Aufwand für diese Eingabe hinreichend zuverlässig abschätzen lässt. Insgesamt ist von einem notwendigen Aufwand von zehn Stunden auszugehen. Den Beschwerdeführenden ist daher zu Lasten des SEM eine Parteientschädigung von gesamthaft Fr. 1'944.– (inkl. Auslagen) zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben. Die Vorinstanz wird angewiesen, auf die Asylgesuche der Beschwerdeführenden einzutreten und diese im Rahmen eines ordentlichen Asylverfahrens zu prüfen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**3.**

Das SEM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'944.– auszurichten.

**4.**

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David R. Wenger

Arthur Brunner

Versand: