

# **BVGer D-6964/2023 vom 7. Dezember 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-6964\\_2023\\_d20231207](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-6964_2023_d20231207)

FR: TAF D-6964/2023 du 7 décembre 2023

IT: TAF D-6964/2023 del 7 dicembre 2023

## **Regeste**

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung (Wiedererw&auml;gung) | Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung (Wiedererw&auml;gung); Verfügung des SEM vom 7. Dezember 2023

## **Erwägungen**

### **E. 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 BVGer. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Wiedererwägungsentscheide können grundsätzlich wie die ursprüngliche Verfügung auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg weitergezogen werden. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

### **E. 1.2**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 6 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.3**

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).

### **E. 2.1**

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

D-6964/2023 Seite 8 relevantesten Form bezweckt das Wiedererwägungsgesuch die Änderung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche Veränderung der Sachlage (sog. einfaches Wiederwägungsgesuch; vgl. BVGE 2014/39 E. 4.5 m.w.H.).

### **E. 2.2**

Bei der Eingabe vom 17. November 2023 handelt es sich um ein (klas- sisches) Wiedererwägungsgesuch, wird doch die Anpassung einer ur- sprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erheb- liche Veränderung der Sachlage beantragt, nämlich der Zuständigkeits- übergang für die Prüfung des Asylgesuchs auf die Schweiz nach Ablauf der Überstellungsfrist. In der Gesuchseingabe vom 17. November 2023 wird explizit darum ersucht, den Nichteintretensentscheid wiedererwägungs- weise aufzuheben und auf das Asylgesuch einzutreten. Die Eingabe wäre demnach als solches entgegenzunehmen und nach den spezialgesetzli- chen Vorgaben im Sinne von Art. 111b AsylG zu prüfen gewesen.

### **E. 2.3**

Das SEM hat demgegenüber keine entsprechende Verfügung (Gestalt- tungsverfügung, welche Rechte oder Pflichten festlegt), sondern eine so- genannte Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 25 VwVG erlassen, in welcher festgestellt wurde, dass kein Zuständigkeitsübergang erfolgt sei und die Frist zur Überstellung am 5. Juni 2024 ablaufe. Gestaltungs- und Feststellungsverfügungen dienen unterschiedlichen Zwecken. Bei der Ge- staltungsverfügung geht es um die unmittelbare Verwirklichung der priva- ten Interessen durch die rechtssuchende Partei. Feststellungsverfügungen hingegen stehen im Dienste der Rechtssicherheit und haben zum Zweck, in einer konkreten Situation rechtliche Unsicherheiten zu beseitigen. Auf- grund 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 Gestaltungs- verfügung verwirklichen, ist im Interesse der Verfahrensökonomie der Er- lass einer Feststellungsverfügung ausgeschlossen (vgl. REGINA KUHN, RÜTSCHKE BERNHARD, KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2015; Rz. 395).

### **E. 2.4**

Letztlich entstand den Beschwerdeführerinnen durch die fehlerhafte Qualifikation jedoch kein Rechtsnachteil, weshalb dies allein nicht zur Auf- hebung der angefochtenen Verfügung zu führen vermöchte.

### **E. 3.1**

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Missbrauch und Überschreitung des Ermessens sowie die unrichtige oder

D-6964/2023 Seite 9 unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

### **E. 3.2**

Asylsuchende können sich in Beschwerdeverfahren gegen Überstel- lungentscheidungen auf die richtige Anwendung sämtlicher objektiver Zu- ständigkeitskriterien der Dublin-III-VO berufen, insbesondere auf Bestim- mungen, die einen Zuständigkeitsübergang infolge Fristablaufs vorsehen (vgl. BVGE 2017 VI/9 E. 5 [insb. E. 5.3.2] m.w.H.). Die Beschwerdeführe- rinnen machen damit zulässigerweise eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO geltend.

### **E. 4.1**

Wird eine Überstellung nicht innerhalb der Frist von sechs Monaten durchgeführt, ist der zuständige Mitgliedstaat (in casu Kroatien) nicht mehr zur Wiederaufnahme der

asylsuchenden Person verpflichtet und die Zuständigkeit geht auf den ersuchenden Mitgliedstaat über. Diese Frist kann höchstens auf 18 Monate verlängert werden, unter anderem wenn die Person flüchtig ist (Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO).

#### **E. 4.2**

Unter den Begriff "flüchtig" im Sinne von Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO sind alle Sachverhalte zu subsumieren, in denen die asylsuchende Person aus von ihr zu vertretenden Gründen für die Behörden des Staates, der die Überstellung durchführen will, nicht auffindbar ist oder das Überstellungsverfahren sonst wie absichtlich behindert beziehungsweise, wenn sie sich der Durchführung der Überstellung gezielt und bewusst entzieht, um die Überstellung zu vereiteln. Das Verhalten muss kausal dafür sein, dass die asylsuchende Person nicht an den zuständigen Mitgliedstaat überstellt werden konnte (vgl. BVGE 2010/27 E. 7.2.3; Urteile des BVerG D-4561/2023 vom 10. Oktober 2023 E. 6.2 und 7.3; E-5008/2021 vom 18. Januar 2022 E. 5.3; E-4376/2021 vom 13. Dezember 2021 E. 5.3; Urteil des EuGH vom 19. März 2019 C-163/17 Abubacarr Jawo/Bundesrepublik Deutschland Rn 70; ULRICH KOEHLER, Praxiskommentar zum Europäischen Asylzuständigkeitssystem, 2018, N 34 zu Artikel 29; CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin III-Verordnung, 2014, K12 zu Art. 29; ALBERTO ACHERMANN ET AL. [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, S. 273). Eine einmalige Handlung oder Untätigkeit genügt (vgl. Urteile des BVerG D-835/2023 vom 17. Februar 2023; E-833/2023 vom 16. Februar 2023; je m.w.H.).

D-6964/2023 Seite 10

#### **E. 5.1**

Gemäss Aktenlage ist als erwiesen zu erachten, dass die Beschwerdeführerinnen anlässlich des Polizeieinsatzes am frühen Morgen des (...) 2023 nicht in ihrer Unterkunft angetroffen wurden, weshalb die für diesen Tag geplante Rückführung nach Kroatien nicht stattfinden konnte.

#### **E. 5.2**

In den übrigen Punkten weist der Sachverhalt an mehreren Stellen Unklarheiten auf. Bleibt eine Tatsache unbewiesen, ist in der Regel auf die Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB abzustellen, der im Asylverfahren als allgemeiner Rechtsgrundsatz analoge Anwendung findet (vgl. BVGE 2019 I/6 E. 5.3). Demnach hat diejenige Partei das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, die daraus Rechte ableitet. Bleibt eine Tatsache unbewiesen, so ist sie es, die die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat (vgl. FLAVIO LARDELLI/MEINRAD VETTER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I,

#### **E. 5.3**

Zum Zeitpunkt sowie zur Dauer des Polizeieinsatzes sind den vorinstanzlichen Akten keine genauen Angaben zu entnehmen. Das SEM äussert sich diesbezüglich nicht. Gemäss Angaben in der Beschwerdeschrift sowie der Replik fand dieser um ca. 6.30 Uhr statt und dauerte rund 20 Minuten (vgl. Beschwerdeschrift N 13 und Replik N 4). Da diese Angaben als plausibel zu erachten und vom SEM unwidersprochen geblieben sind, kann ohne weiteres darauf abgestellt werden.

#### **E. 5.4**

Unklar ist allerdings, wo sich die Beschwerdeführerinnen in diesem Zeitraum tatsächlich befunden haben. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe sich an diesem Tag in der Unterkunft befunden (vgl. Beschwerdeschrift N 13). Dies ist zwar insofern zweifelhaft, als die Polizei sie offenkundig dort nicht angetroffen hat und gemäss Aktennotiz des SEM vom 11. Januar 2024 auch der Mitarbeiter des Durchgangsheims nicht gewusst habe, wo sie sich befinden würden. Andererseits gibt es in der Unterkunft offensichtlich keine Anwesenheitskontrollen und es kann der Beschwerdeführerin auch nicht vorgehalten werden, dass sie Monate nach dem Ereignis keine klaren Angaben dazu machen kann, weshalb sie an diesem Tag morgens um 6:30 Uhr für zwanzig Minuten nicht in ihrer Wohnung war und wo sie sich in dieser Zeit aufgehalten habe. Der Hinweis darauf, dass sie sich womöglich wegen Schlaflosigkeit ausserhalb des Hauses aufgehalten habe, ist keineswegs unmöglich.

D-6964/2023 Seite 11

### **E. 5.5**

Ohnehin bleibt aber auch fraglich, inwiefern die Beschwerdeführerinnen angewiesen worden sind, nur noch in der Unterkunft zu übernachten. Gemäss Auskunft des kantonalen Migrationsamtes an das SEM vom

### **E. 5.6**

Gemäss angefochtener Verfügung habe schliesslich am Ausreisegespräch vom 29. Juni 2023 eine Information über die bevorstehende Rückführung stattgefunden. Allerdings ist dem Protokoll des Ausreisegesprächs nicht zu entnehmen, dass den Beschwerdeführerinnen das Datum der geplanten Überstellung mitgeteilt worden wäre. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ergibt sich dies auch nicht implizit aus dem Protokoll. Vielmehr wurde der Beschwerdeführerin lediglich mitgeteilt, dass die Ausreise baldmöglichst organisiert werde (vgl. Beschwerdebeilage 3 S. 2). Die Behauptung des SEM, den Beschwerdeführerinnen sei das Datum der Überstellung mitgeteilt worden, ergibt sich aus den Akten damit nicht. 6. 6.1 In Würdigung aller Elemente gelingt dem SEM damit der Nachweis, die Beschwerdeführerinnen seien am (...) 2023 «flüchtig» im Sinne von Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO gewesen, nicht. Allein aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen während des rund 20-minütigen Polizeieinsatzes am frühen Morgen des (...) 2023 nicht in der Unterkunft anwesend waren, lässt sich nicht schliessen, dass sie sich gezielt der Überstellung hätten entziehen wollen, zumal aus der Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerinnen respektive der Pflicht, sich den Behörden zur Verfügung zu halten, nicht geschlossen werden kann, dass sie sich stets und ununterbrochen in ihrer Unterkunft aufzuhalten hätten. Den Beschwerdeführerinnen kann auch nicht vorgeworfen werden, sie hätten sich Massnahmen widersetzt, die zur Sicherstellung der Anwesenheit zum Zeitpunkt des Überstellungsversuches erlassen worden seien, da keine entsprechenden Massnahmen ergriffen worden sind, und die Beschwerdeführerinnen darüber hinaus auch nicht vorgängig über den Zeitpunkt der Überstellung informiert worden sind.

D-6964/2023 Seite 12 6.2 Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen zu Unrecht als "flüchtig" im Sinne von Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO bezeichnet.

6.3 Daraus folgt, dass nach Ablauf der sechsmonatigen Überstellungsfrist Kroatien von seiner Verpflichtung, die Beschwerdeführerinnen aufzunehmen beziehungsweise

wiederaufzunehmen, befreit worden und die Zuständigkeit für die Behandlung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens auf den ersuchenden Staat, mithin die Schweiz, übergegangen ist.

#### **E. 6.1**

In Würdigung aller Elemente gelingt dem SEM damit der Nachweis, die Beschwerdeführerinnen seien am (...) 2023 «flüchtig» im Sinne von Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO gewesen, nicht. Allein aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen während des rund 20-minütigen Polizeieinsatzes am frühen Morgen des (...) 2023 nicht in der Unterkunft anwesend waren, lässt sich nicht schliessen, dass sie sich gezielt der Überstellung hätten entziehen wollen, zumal aus der Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerinnen respektive der Pflicht, sich den Behörden zur Verfügung zu halten, nicht geschlossen werden kann, dass sie sich stets und ununterbrochen in ihrer Unterkunft aufzuhalten hätten. Den Beschwerdeführerinnen kann auch nicht vorgeworfen werden, sie hätten sich Massnahmen widersetzt, die zur Sicherstellung der Anwesenheit zum Zeitpunkt des Überstellungsversuches erlassen worden seien, da keine entsprechenden Massnahmen ergriffen worden sind, und die Beschwerdeführerinnen darüber hinaus auch nicht vorgängig über den Zeitpunkt der Überstellung informiert worden sind.

#### **E. 6.2**

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen zu Unrecht als "flüchtig" im Sinne von Art. 29 Abs. 2 Dublin-III-VO bezeichnet.

#### **E. 6.3**

Daraus folgt, dass nach Ablauf der sechsmonatigen Überstellungsfrist Kroatien von seiner Verpflichtung, die Beschwerdeführerinnen aufzunehmen beziehungsweise wiederaufzunehmen, befreit worden und die Zuständigkeit für die Behandlung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens auf den ersuchenden Staat, mithin die Schweiz, übergegangen ist.

#### **E. 7**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die Vorinstanz ist anzuweisen, das Asyl- und Wegweisungsverfahren in der Schweiz durchzuführen.

#### **E. 8**

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

#### **E. 9.1**

Den vertretenen Beschwerdeführerinnen 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.

#### **E. 9.2**

Die Honorarnote vom 17. Dezember 2023 erweist sich als angemessen. Der dort ausgewiesene Betrag von Fr. 2'235.– ist aufgrund des Schriftwechsels auf insgesamt Fr. 2'500.– zu erhöhen.

(Dispositiv nächste Seite)

D-6964/2023 Seite 13

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.