

T e n o r :

1. Die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin vom 19.01.2017 - 6 K 438/17.KS.A - gegen die im Einstellungsbescheid des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 03.01.2017 (Aktenzeichen: ...- 221) enthaltene Abschiebungsandrohung wird angeordnet.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Gerichtskosten werden nicht erhoben.

G r ü n d e

Der am 19.01.2017 sinngemäß gestellte Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage vom selben Tag gegen die Abschiebungsandrohung in Ziffer 3. des Bescheides des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 03.01.2017 (Aktenzeichen: . ...-221) anzuordnen, ist zulässig und begründet.

Hierbei legt das Gericht für die rechtliche Beurteilung des Rechtsschutzbegehrens die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt seiner Entscheidung zugrunde (§ 77 Abs. 1 Satz 1 AsylG).

Der Antrag ist zulässig, insbesondere statthaft.

Gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht die aufschiebende Wirkung einer Klage gegen einen Verwaltungsakt anordnen, wenn diese entgegen der Regelung des § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Nach § 75 Abs. 1 AsylG hat die Klage gegen Entscheidungen nach dem AsylG nur in den Fällen des § 38 Abs. 1 sowie der §§ 73, 73b und 73c AsylG aufschiebende Wirkung.

Die aufschiebende Wirkung einer Klage entfällt daher nach dem Asylgesetz, wenn wie vorliegend aufgrund einer - fiktiven - Antragsrücknahme nach § 33 AsylG festgestellt wird, dass das Asylverfahren eingestellt ist (§ 32 AsylG).

Der Antrag unterliegt auch nicht der Wochenfrist des § 36 Abs. 3 Satz 1 AsylG, da es sich nicht um eine von § 36 Abs. 1 AsylG erfasste Fallgestaltung handelt. Im Übrigen fehlt es auch - zutreffenderweise - an einer Belehrung über eine solche Frist für den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO (vgl. § 36 Abs. 3 Satz 2 und 3 AsylG).

Es fehlt auch für den vorliegenden Antrag nicht am Rechtsschutzbedürfnis. Zwar steht der Antragstellerin nach § 33 Abs. 5 Satz 2 AsylG die Möglichkeit offen, bei der Antragsgegnerin unmittelbar die Wiederaufnahme des Verfahrens zu beantragen - wovon sie vorsorglich bereits Gebrauch gemacht hat - und so die Fortsetzung ihres

Asylverfahrens zu erzwingen. Dies stellt aber keinen einfacheren Weg der Erlangung von Rechtsschutz gegen aufenthaltsbeendende Maßnahmen dar, der das Rechtsschutzbedürfnis für diesen Antrag entfallen lassen könnte. Denn es ist nicht absehbar, ob und wann die Antragsgegnerin nach der Stellung eines Wiederaufnahmeantrages im Sinne des § 33 Abs. 5 Satz 2 AsylG das Asylverfahren tatsächlich wieder aufnimmt, so dass ungewiss ist, ob und wann die Wirkung der verfügten Abschiebungsandrohung, aufgrund derer aktuell die vollziehbare Ausreisepflicht besteht, entfällt (vgl. VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 21.11.2016 - 14a L 2519/16.A -, m.w.N., juris) und ob und wann der einstellende Bescheid aufgehoben wird, um dessen Rechtsschein der drohenden Abschiebung zu beseitigen.

Die Antragsgegnerin hat insoweit zwar mitgeteilt, dass die Antragstellerin den Antrag nach § 33 Abs. 5 Satz 2 AsylG gestellt habe, aber keinerlei Angaben dazu gemacht, ob sie das Verfahren - formell wirksam - wieder aufgenommen habe, sondern nur, dass ein neues Aktenzeichen (Aktenzeichen: . ...) vergeben worden sei. Ob die Antragsgegnerin den Wiederaufnahmeantrag der Antragstellerin daher als (wirksamen) Antrag im Sinne des § 33 Abs. 5 Satz 2 AsylG behandelt, oder ihn als Folgeantrag im Sinne des § 33 Abs. 5 Satz 6 AsylG auffasst (ggf. mit welchen aufenthaltsrechtlichen Folgen) ist daher nicht erkennbar. Insbesondere hat die Antragsgegnerin nicht mitgeteilt, dass sie die Prüfung fortsetzt und der Bescheid vom 03.01.2017 aufgehoben wurde oder dies zumindest beabsichtigt sei. Solches ist auch nicht dem Behördenvorgang mit dem Aktenzeichen ... zu entnehmen, der erst über drei Wochen nach Zustellung des Eilantrages an die Antragsgegnerin nach wiederholter, diesmal telefonischer Mahnung des Gerichts übersandt wurde. Ein Behördenvorgang mit dem Aktenzeichen ... wurde nicht vorgelegt. Ein Entfallen des Rechtsschutzbedürfnisses kann daher nicht erkannt werden.

Der Antrag ist auch begründet.

Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht die aufschiebende Wirkung einer Klage ganz oder teilweise anordnen, wenn das Interesse eines Antragstellers an der Aussetzung der ausgesprochenen Abschiebungsandrohung das staatliche Interesse am Vollzug der Abschiebung überwiegt.

Ein vorrangiges Interesse an der Aussetzung der Abschiebungsandrohung besteht in den Fällen der Feststellung der Einstellung eines Asylverfahrens nach § 32 AsylG dann, wenn im Rahmen der summarischen Prüfung im Eilverfahren Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Abschiebungsandrohung nach §§ 34, 38 Abs. 2 AsylG als solcher oder der dafür erforderlichen Feststellung der Einstellung nach § 32 AsylG aufgrund einer Rücknahme des Asyl- und Schutzbegehrens nach § 33 AsylG bestehen und deshalb ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren wahrscheinlich ist.

Vorliegend ist ein Erfolg der Antragstellerin im Hauptsacheverfahren als wahrscheinlich anzusehen, da Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Feststellung der Einstellung des Asylverfahrens durch die Antragsgegnerin im Bescheid vom 03.01.2017 bestehen, weshalb eine Abschiebungsandrohung unter Setzung einer Ausreisefrist

von einer Woche nach Bekanntgabe der Entscheidung auf der Grundlage der §§ 34, 38 Abs. 2 AsylG nicht rechtmäßig erscheint.

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Feststellung der Einstellung des Asylverfahrens ergeben sich daraus, dass bei summarischer Prüfung die Voraussetzungen hierfür nicht vorgelegen haben.

Rechtsgrundlage für die Einstellung des Asylverfahrens sind die §§ 32, 33 AsylG.

Nach § 33 Abs. 1 AsylG gilt ein Asylantrag als zurückgenommen, mit der Folge, dass nach § 32 Satz 1 AsylG das Bundesamt die Einstellung des Verfahrens festzustellen hat (bzw. das Asylverfahren nach § 33 Abs. 5 Satz 1 AsylG einzustellen ist), wenn ein Antragsteller das Verfahren nicht betreibt.

Dies wiederum wird nach § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 2. Alt. AsylG vermutet, wenn ein Antragsteller einer Aufforderung zur Anhörung nach § 25 AsylG nicht nachgekommen ist.

Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass ein Antragsteller zum Erscheinen zur Anhörung aufgefordert wurde (§ 33 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. AsylG) und ihm die Ladung zugegangen ist, was ggf. nach § 10 Abs. 2 AsylG fingiert werden kann.

Ferner muss ein Antragsteller auf die nach § 33 Abs. 1 und 3 AsylG eintretenden Folgen schriftlich und gegen Empfangsbestätigung hingewiesen worden sein (§ 33 Abs. 4 AsylG).

Die Ladung zu einem Anhörungstermin mit dem entsprechenden Hinweis erfüllt zwar das Schriftform-erfordernis, deren Zugang genügt jedoch nicht per se dem Erfordernis "gegen Empfangsbestätigung", nämlich jedenfalls dann nicht, wenn sich nicht aufgrund der Art oder der konkreten Umstände des Zugangs ergibt, dass der Hinweis tatsächlich vom Antragsteller persönlich entgegengenommen wurde. Ein schlichter Zugang oder eine Zustellung, bei der es ausreicht, dass ein Schriftstück in den Machtbereich eines Empfängers gelangt, und bei dem nach § 10 Abs. 2 AsylG der Zugang oder die Zustellung fingiert werden kann, genügt dafür nicht. Dies ergibt sich schon aus dem Begriff "Empfangsbestätigung". Danach muss es sich um eine Erklärung eines Antragstellers oder eines Dritten ("Bestätigung") handeln, mit dem Inhalt, dass der Hinweis vom Antragssteller "empfangen", also persönlich entgegengenommen wurde. Auch systematisch lässt sich nicht erkennen, dass der schlichte Zugang oder eine Zustellung ausreichend wäre. Denn dann hätte es nicht der Aufnahme des Erfordernisses "gegen Empfangsbestätigung" in § 33 Abs. 4 AsylG - vgl. insoweit auch § 10 Abs. 7 AsylG - bedurft. Es hätte ausgereicht - wie in § 31 Abs. 1 AsylG -, ggf. als Zusatz das Erfordernis der Zustellung aufzunehmen. Dies erscheint jedoch angesichts der weitreichenden Folgen einer Verfahrenseinstellung aus formalen Gründen unzureichend (vgl. insgesamt: BVerfG, Kammerbeschluss vom 10.03.1994 - 2 BvR 2371/93 -; VG Greifswald, Beschluss vom 16.01.2017 - 5 B 2251/16 As HGW -, Rn. 24; VG München, Beschluss vom 22.11.2016 - M 11 S 16.34171 -; a.A. offenbar VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 21.11.2016 - 14a L

2519/16.A -; jeweils juris).

Der vorgelegten Akte des Bundesamtes (Bl. 1 - 149) lässt sich keine Empfangsbestätigung bezogen auf den in der Ladung vom 22.11.2016 enthaltenen Hinweis entnehmen.

Weder war danach der Ladung vom 22.11.2016 zur Anhörung am 05.12.2016 (Bl. 88 der vorgelegten Akte des Bundesamtes) mit einem darin enthaltenen Hinweis unter Verweis auf § 33 Abs. 2 Nr. 1 AsylG auch nur ein Vordruck für eine Empfangsbestätigung beigelegt, noch ist in der vorgelegten Akte des Bundesamtes eine von der Antragstellerin gegebene Bestätigung über den (persönlichen) Erhalt des Hinweises oder eine sonstige Bestätigung hierüber zu finden.

Ob die Antragstellerin überhaupt und rechtzeitig die Ladung vom 22.11.2016 zur Anhörung am 05.12.2016, für die in der vorgelegten Akte des Bundesamtes nicht einmal ein Vermerk über deren Absendung zu finden ist, mit einem § 33 Abs. 4 AsylG inhaltlich genügenden Hinweis, mithin der Aufforderung im Sinne des § 33 Abs. 2 AsylG, erhalten hat, kann daher dahinstehen. Insoweit wird allerdings darauf hingewiesen, dass der unsubstantiierte, pauschale Vortrag, der Briefkasten an ihrer Unterkunft sei zu klein und es seien "in der Vergangenheit mehrfach" Briefsendungen abhandengekommen, den Verlust einer (abgesandten) Sendung nicht plausibel erscheinen lässt. Der ebenso vage Vortrag, die "Beschriftung des Briefkastens" sei "trotz zeitweise häufiger Fluktuation der Bewohner von der Heimleitung nicht zeitnah aktualisiert" worden, erscheint angesichts des vorgelegten Fotos eines Briefkastens, der ein gut lesbares, offenbar unter Folie aufgeklebtes Schild mit deutlich lesbaren Namen - auch dem der Antragstellerin - trägt, ebenso wenig geeignet, Probleme bei der Zustellung im fraglichen Zeitraum nachvollziehbar darzulegen.

Auch darauf, ob der in der Ladung zur Anhörung vom 22.11.2016 enthaltene Hinweis den Anforderungen des § 33 Abs. 4 AsylG genügt, kommt es daher nicht an. Ebenso kann vorliegend die Frage offenbleiben, ob der nach § 33 Abs. 4 AsylG erforderliche Hinweis aufgrund der weitreichenden Folgen eines etwaigen Versäumnisses einem Antragsteller in eine ihm verständliche Sprache hätte übersetzt werden müssen, wofür unter Berücksichtigung der Regelungen nach Art. 12 Abs. 1 a) der Richtlinie 2013/32/EU einiges spricht (vgl. hierzu VG Stuttgart, Beschluss vom 06.02.2017 - A 1 K 198/17 -, juris; VG Magdeburg, Beschluss vom 08. Dezember 2016 - 5 B 898/16 -, juris; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 21.11.2016 - 14a L 2519/16.A juris, dort Rdn.30 ff).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Gerichtskostenfreiheit folgt aus § 83 b AsylG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 80 AsylG).