



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

EINGEGANGEN
22 Jan. 2018
Rechtsanwälte
Wächtler & Kollegen

BVerwG 1 C 42.16
VGH 20 B 14.30320

Verkündet
am 21. November 2017
Wahl
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

des Herrn [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Klägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Wächtler und Kollegen,
Rottmannstraße 11a, 80333 München -



g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland,
vertreten durch das Bundesministerium des Innern,
dieses vertreten durch die Präsidentin
des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge,
90343 Nürnberg,

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 2017
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Berlit,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Dörig und
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Fricke, Dr. Rudolph und
Dr. Wittkopp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 20. Oktober 2016 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger wendet sich gegen die Verweigerung einer Entscheidung über die Zuerkennung subsidiären Schutzes, hilfsweise begehrt er nationalen Abschiebungsschutz.

- 2 Der 1993 geborene Kläger ist somalischer Staatsangehöriger. Er reiste 2010 in das Bundesgebiet ein und beantragte im August 2010 seine Anerkennung als Asylberechtigter, nachdem er sich zuvor in Italien und Schweden aufgehalten hatte. Die Auswertung der beim Kläger genommenen Fingerabdrücke ergab zunächst, dass die Fingerkuppen beschädigt und die Abdrücke daher nicht auszuwerten waren.
- 3 Eine erneute Abnahme der Fingerabdrücke am 28. Juli 2011 ergab Eurodac-Treffer für Schweden. Das nach Art. 16 Abs. 1 Buchst. c Dublin II-VO gestellte Wiederaufnahmegesuch lehnte Schweden mit Schreiben vom 23. Dezember 2011 ab. Der Kläger habe zwar am 8. Februar 2009 einen Asylantrag gestellt. Aufgrund eines Eurodac-Treffers sei aber Italien als der zuständige Mitgliedstaat anzusehen, was die italienischen Behörden bestätigt hätten. Das Übernahmeersuchen könne nicht akzeptiert werden.
- 4 Daraufhin stellte die Beklagte ein Übernahmeersuchen an Italien. Dieses wurde von den italienischen Behörden mit Schreiben vom 1. März 2012 auf der Grundlage des Art. 16 Abs. 2 Dublin II-VO akzeptiert.
- 5 Nachdem die Überstellung aufgrund einer psychischen Erkrankung des Klägers nicht gelang, informierte das Bundesamt den Kläger-Bevollmächtigten mit Schreiben vom 17. Oktober 2012, dass die Überstellungsfristen verstrichen seien und Deutschland für die Prüfung des Asylantrags zuständig geworden sei, und bat ferner um Erklärung hinsichtlich vorangegangener Aufenthalte und Asylverfahren. Der Bevollmächtigte des Klägers teilte am 29. Oktober 2012 mit, dass der Kläger am 4. August 2008 in Sizilien angekommen sei. Er sei in ein Flüchtlingslager in Rom oder nahe Rom gebracht worden und dort im Dezember 2008 entlassen worden. Ihm sei eine "Permesso di soggiorno" in die Hand gedrückt worden. Nach Aufhalten in Schweden, Italien und wieder Schweden sei er nach Deutschland gereist.
- 6 In einem Vermerk der Beklagten vom 5. November 2012 ist festgehalten, dass nach Auskunft der Liaisonbeamtin des Bundesamts beim italienischen Innenministerium vom gleichen Tag der Kläger aufgrund subsidiären Schutzes einen in

Ragusa ausgestellten und bis zum 3. August 2011 geltenden italienischen Aufenthaltstitel erhalten habe.

- 7 Mit Bescheid vom 6. Dezember 2012 lehnte das Bundesamt den Antrag auf Durchführung eines weiteren Asylverfahrens ab. Es handele sich um einen Zweitantrag nach § 71a AsylVfG; Wiederaufgreifensgründe lägen nicht vor. Von der Prüfung europarechtlicher Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 2, 3 oder 7 Satz 2 AufenthG könne abgesehen werden, da der Kläger den entsprechenden europarechtlichen Schutzstatus aufgrund des Asylverfahrens in Italien bereits besitze. Die Prüfung nationaler Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 und 7 Satz 1 AufenthG hinsichtlich des Herkunftslandes sei aufgrund der Nachrangigkeit des nationalen Abschiebungsschutzes gegenüber einem bestehenden europarechtlichen Abschiebungsschutz entbehrlich.
- 8 Mit der hiergegen gerichteten Klage beantragte der Kläger die Aufhebung des angefochtenen Bescheids sowie die Verpflichtung der Beklagten, den Kläger als Flüchtling anzuerkennen sowie hilfsweise festzustellen, dass Abschiebungsverbote gemäß § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG vorliegen.
- 9 Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 29. August 2013 die Beklagte verpflichtet festzustellen, dass die Voraussetzungen des § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthG hinsichtlich Somalia vorliegen, und im Übrigen die Klage abgewiesen.
- 10 Mit Urteil vom 20. Oktober 2016 hat der Verwaltungsgerichtshof das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich des Verpflichtungsausspruchs aufgehoben. Den Bescheid des Bundesamts hat er insoweit aufgehoben, als darin von einer Prüfung europarechtlicher und hilfsweise nationaler Abschiebungsverbote abgesehen wurde, und die Berufung insoweit zurückgewiesen. Im Übrigen hat der Verwaltungsgerichtshof die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt: Das Verwaltungsgericht habe das Bundesamt zu Unrecht zur Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthG verpflichtet. Die Klage sei insoweit unzulässig, weil die Verpflichtungsklage unstatthaft sei. Der angegriffene Bescheid sei aber als rechtswidrig aufzuheben. Dabei sei von § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG auszugehen, der nunmehr Anwendung

finde. Die formelle Rechtswidrigkeit ergebe sich bereits daraus, dass der Kläger entgegen § 29 Abs. 2 Satz 1 AsylG nicht angehört worden sei. Der Anhörungsmangel sei weder geheilt worden noch gemäß § 46 VwVfG unbeachtlich. Der Bescheid sei auch materiell rechtswidrig, weil nach der Überzeugung des Senats nicht feststehe, dass dem Kläger in Italien subsidiärer Schutz zuerkannt worden sei. Die Auskunft der Liaisonbeamtin reiche nicht. Zudem eröffne ein sogenanntes Info-Request nach Art. 21 Abs. 1 und 2 Dublin II-VO einen gesetzlich vorgesehenen Weg, entsprechende Informationen zu erlangen. Das Bundesamt habe hiervon wegen der ihm bekannten Praxis der italienischen Behörden, auf Anfragen nach Abschluss des Dublin-Verfahrens nicht mehr zu antworten, abgesehen. Der Senat habe daher davon auszugehen, dass der Kläger keinen subsidiären Schutzstatus in Italien erhalten habe.

- 11 Mit ihrer Revision macht die Beklagte u.a. geltend, das Berufungsgericht habe seine Aufklärungspflicht nach § 86 VwGO verletzt, indem es eine weitere Sachaufklärung unterlassen habe. Es sei nicht erkennbar, dass sich die Möglichkeiten zur Feststellung einer in einem Mitgliedstaat erfolgten Zuerkennung internationalen Schutzes auf den Weg eines durch die Beklagte vorzunehmenden Info-Requests beschränken würden. Der Bescheid sei auch nicht deshalb rechtswidrig, weil eine Anhörung im Sinne von § 29 Abs. 2 Satz 1 AsylG nicht stattgefunden habe. Unionsrecht schreibe dies nicht zwingend vor; unabhängig davon handele es sich um eine gebundene Entscheidung, bei der das bloße Unterbleiben einer Anhörung den Asylbewerber nicht in seinen Rechten verletzen könne. Das Berufungsgericht habe auch versäumt zu prüfen, ob sich der Bescheid auf der Grundlage des § 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG aufrechterhalten lasse.
- 12 Der Kläger verteidigt das angegriffene Urteil.
- 13 Der Vertreter des Bundesinteresses beteiligt sich nicht am Verfahren.

II

- 14 Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 144 Abs. 3 Nr. 2 VwGO). Das Berufungsurteil beruht sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht auf der Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 VwGO). Die von der Beklagten erhobene Verfahrensrüge, das Berufungsgericht habe seine Aufklärungspflicht (§ 86 VwGO) verletzt, greift durch. Darüber hinaus verstößt die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, dass die Verletzung der persönlichen Anhörungspflicht (§ 29 Abs. 2 Satz 1 AsylG) hier nicht gemäß § 46 VwVfG unbeachtlich ist, gegen Bundesrecht. Das Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen im Berufungsurteil und wegen unionsrechtlicher Zweifelsfragen kann der Senat weder zugunsten noch zu Lasten des Klägers abschließend entscheiden.
- 15 Gegenstand des Revisionsverfahrens ist in erster Linie die Verweigerung einer Entscheidung über die Gewährung subsidiären Schutzes (dazu unten 1.). Hilfsweise begehrt der Kläger die Feststellung nationaler Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG (dazu unten 2.).
- 16 Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung des Klagebegehrens ist das Asylgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. September 2008 (BGBl. I S. 1798), zuletzt geändert durch das am 29. Juli 2017 in Kraft getretene Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2780). Da es sich vorliegend um eine asylrechtliche Streitigkeit handelt, ist nach § 77 Abs. 1 Satz 1 AsylG regelmäßig auf die aktuelle Rechtslage abzustellen, soweit nicht hiervon eine Abweichung aus Gründen des materiellen Rechts geboten ist. Dazu gehört grundsätzlich auch die während des gerichtlichen Verfahrens durch das Integrationsgesetz vom 31. Juli 2016 (BGBl. I S. 1939) mit Wirkung vom 6. August 2016 geschaffene Neufassung des § 29 Abs. 1 und 2 AsylG.

- 17 1. Gegen die Verweigerung einer Entscheidung über die Gewährung subsidiären Schutzes in Deutschland hat das Berufungsgericht zutreffend die Anfechtungsklage als statthafte Klageart angesehen. Dann aber musste der Kläger jedenfalls hier die Aufhebung des erstinstanzlichen Verpflichtungsausspruchs zu § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthG als unzulässig durch das Berufungsgericht nicht durch eine eigene Revision oder Anschlussrevision angreifen.
- 18 Der Tenor des angefochtenen Bescheides bezieht sich mit der Ablehnung der Durchführung eines weiteren Asylverfahrens nur auf die Begehren Asyl und Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft, auf die sich nach damaliger Rechtslage ein "Asylantrag" richtete (vgl. § 13 Abs. 1 und 2 AsylG in der bis zum 30. November 2013 geltenden Fassung). Das Bundesamt hat in den Gründen des Bescheides zugleich aber entschieden, dass es zu den "europarechtlichen Abschiebungsverboten" nach § 60 Abs. 2, 3 oder 7 Satz 2 AufenthG a.F. keine Entscheidung zu treffen habe, weil der Kläger den europarechtlichen Schutzstatus in Italien offensichtlich bereits erhalten habe. Diesem europarechtlichen Schutzstatus entspricht nach aktueller Rechtslage der subsidiäre Schutz gemäß § 4 Abs. 1 AsylG. Die Entscheidung des Bundesamts, dessen Voraussetzungen nicht zu prüfen, ist nach Inkrafttreten des Integrationsgesetzes als Entscheidung über die Unzulässigkeit eines Asylantrags gemäß § 29 Abs. 1 AsylG anzusehen, der nunmehr auch den Antrag auf subsidiären Schutz umfasst (§ 13 Abs. 1 und 2 AsylG in der seit 1. Dezember 2013 geltenden Fassung). Eine derartige Unzulässigkeitsentscheidung ist nach der jüngeren Rechtsprechung des Senats mit der Anfechtungsklage anzugreifen. Eine gerichtliche Aufhebung der Unzulässigkeitsentscheidung hat zur Folge, dass das Bundesamt das Verfahren fortführen und eine Sachentscheidung treffen muss (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2016 - 1 C 4.16 - BVerwGE 157, 18 Rn. 15 ff.; Beschlüsse vom 1. Juni 2017 - 1 C 9.17 - juris Rn. 14 f. und vom 2. August 2017 - 1 C 37.16 - Rn. 19).
- 19 1.1 Rechtsgrundlage für die angefochtene Unzulässigkeitsentscheidung hinsichtlich des subsidiären Schutzes ist § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG. Nach dieser Vorschrift ist ein Asylantrag unzulässig, wenn ein anderer Mitgliedstaat der Eu-

ropäischen Union dem Ausländer bereits internationalen Schutz im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylG gewährt hat. Für Anträge auf subsidiären Schutz von Ausländern, denen in einem anderen Mitgliedstaat bereits die Flüchtlingseigenschaft oder subsidiärer Schutz zuerkannt worden ist, ergab sich die Unzulässigkeit bereits seit dem 1. Dezember 2013 auch aus § 60 Abs. 2 Satz 2 AufenthG (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. Juni 2014 - 10 C 7.13 - BVerwGE 150, 29 Rn. 30; Beschluss vom 30. September 2015 - 1 B 51.15 - juris). An diesen Regelungen - und nicht an § 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG (Zweitantrag) - ist im Ansatz die angefochtene Entscheidung primär zu messen. Denn das Bundesamt hat seine Ablehnung, unionsrechtliche Abschiebungsverbote (heute: subsidiären Schutz) zu prüfen, nicht damit begründet, die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 bis 3 VwVfG lägen nicht vor, sondern damit, dass dem Kläger bereits subsidiärer Schutz in Italien gewährt worden sei. Es ist mithin hinsichtlich des subsidiären Schutzstatus gerade nicht von einem in Italien erfolglos, sondern von einem dort erfolgreich abgeschlossenen Verfahren ausgegangen. Rechtsgrundlage für eine so begründete Unzulässigkeitsentscheidung ist nach aktuellem Recht § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG.

- 20 1.2 Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG als nicht erfüllt angesehen, weil nach seiner Überzeugung nicht feststehe, dass dem Kläger in Italien subsidiärer Schutz erteilt worden ist. Diese Entscheidung beruht auf einer Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht (§ 86 Abs. 1 und 2 VwGO).
- 21 1.2.1 Soweit das Berufungsgericht die vorliegenden tatsächlichen Erkenntnisse dahin gewürdigt hat, dass auf dieser Grundlage die Gewährung subsidiären Schutzes in Italien nicht zur Überzeugung des Gerichts festgestellt werden könne, ist die tatrichterliche Überzeugungsbildung (vgl. § 108 VwGO) revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Verwaltungsgerichtshof hat zu Recht allein das Bestreiten von anderweitiger Schutzgewähr nicht ausreichen lassen. Er hat seine Zweifel an der Richtigkeit der von der Liaisonbeamtin erteilten, auf mündlicher Mitteilung italienischer Stellen beruhenden Auskunft vor allem damit begründet, dass die Richtigkeit der Angabe der Liaisonbeamtin von dem Kläger bestritten worden sei und der nur auf "Hörensagen" beruhenden Mitteilung der

Liaisonbeamtin per se Ungenauigkeiten und Fehlerquellen innewohnten. Soweit das Berufungsgericht allerdings darüber hinaus - wie es in Randnummer 42 des angegriffenen Urteils anklingt - positiv hat feststellen wollen, dass der Kläger keinen subsidiären Schutz in Italien erhalten hat, liegt ein materieller Rechtsfehler vor, weil die Überzeugungsbildung (§ 108 VwGO) des Gerichts in diesem Fall aus den nachfolgend dargelegten Gründen auf einer zu schmalen Tatsachengrundlage beruhte.

- 22 1.2.2 Die Beklagte macht zu Recht mit der Verfahrensrüge geltend, dass die Vorinstanz die angefochtene Unzulässigkeitsentscheidung nicht als rechtswidrig hätte aufheben dürfen, ohne zuvor weitere Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts zu ergreifen.
- 23 Das Berufungsgericht hat von einer weiteren Sachverhaltsaufklärung im Wesentlichen mit der Begründung abgesehen, die Dublin II-Verordnung sehe mit dem sogenannten Info-Request nach Art. 21 Dublin II-VO einen speziellen Aufklärungsweg vor, der bestimmten, der Kommission benannten Behörden vorbehalten sei. In Deutschland seien hierzu nur das Bundesamt und das Bundespolizeipräsidium berechtigt. Sei eine solche Info-Request-Anfrage vom Bundesamt an die italienischen Behörden gestellt worden und unbeantwortet geblieben, gehe dies zu Lasten der Beklagten. Das Bundesamt habe im vorliegenden Fall aufgrund der ihm bekannten Praxis der italienischen Behörden, auf Anfragen nach Abschluss des "Dublin-Verfahrens" nicht mehr zu antworten, von einer Anfrage abgesehen. Dies sei nachvollziehbar, habe allerdings aufgrund nicht ausreichender Informationen über eine etwaige Asylantragstellung in Italien bzw. den dort gewährten Schutzstatus zur Folge, dass davon auszugehen sei, dass der Kläger keinen subsidiären europarechtlichen Schutz in Italien erhalten habe. Damit ist der Verwaltungsgerichtshof den sich aus § 86 Abs. 1 VwGO ergebenden Pflichten schon deshalb nicht nachgekommen, weil sich hier eine weitere Sachverhaltsaufklärung aufgedrängt hätte.
- 24 1.2.2.1 Ein Tatsachengericht verletzt seine Pflicht zur erschöpfenden Sachverhaltsaufklärung, wenn sich ihm auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung eine weitere Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen hätte aufdrängen müssen

(BVerwG, Beschluss vom 18. Februar 2015 - 1 B 2.15 - juris Rn. 2). Eine sachgerechte Handhabung dieses Grundsatzes hat zwar unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung und der Prozessökonomie zu erfolgen (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. April 2002 - 9 CN 1.01 - BVerwGE 116, 188 <196>). Dies enthebt die Tatsachengerichte aber nicht von der Verpflichtung, hinreichend konkret dargelegten Einwänden eines Beteiligten nachzugehen und den Sachverhalt - gegebenenfalls auch unter Mitwirkung der Beteiligten - weiter aufzuklären, sofern dies für die Entscheidung des Rechtsstreits erforderlich ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. August 1983 - 8 C 76.80 - Buchholz 310 § 98 VwGO Rn. 21). Allein der Umstand, dass der Erfolg weiterer Ermittlungsmaßnahmen von der Mitwirkung ausländischer Behörden abhängt, begründet nach der Rechtsprechung des Senats für sich noch keine Unzumutbarkeit (vgl. BVerwG, Beschluss vom 18. Februar 2015 - 1 B 2.15 - juris Rn. 3 f.).

- 25 1.2.2.2 Es ist nicht erkennbar, weshalb der in Art. 21 Dublin II-VO vorgesehene Datenaustausch zwischen bestimmten Behörden verschiedener Mitgliedstaaten hier andersgeartete Aufklärungsmaßnahmen ausschließen sollte. Eine derartige "Sperrwirkung" kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen für ein Auskunftersuchen nach Art. 21 Dublin II-VO vorliegend jedenfalls nicht mehr gegeben waren.
- 26 Das Berufungsgericht hat zwar im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass sich die in Betracht kommende Datenabfrage in zeitlicher Hinsicht nach Art. 21 Dublin II-VO richtet und nicht nach Art. 34 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (Dublin III-VO). Die Dublin III-Verordnung findet nach der Übergangsvorschrift des Art. 49 im vorliegenden Fall noch keine Anwendung, da der Antrag auf internationalen Schutz vor dem 1. Januar 2014 gestellt worden ist und auch kein Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuch zu beurteilen ist.
- 27 Ein solches Auskunftersuchen darf sich nach Art. 21 Abs. 1 Dublin II-VO aber nur auf personenbezogene Daten über den Asylbewerber beziehen, die erforderlich sind für die Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung des Asylantrags zuständig ist (Buchst. a), für die Prüfung des Asylantrags (Buchst. b) oder für die Erfüllung aller Verpflichtungen aus dieser Verordnung

(Buchst. c). Diese Zwecke sind hier sämtlich nicht mehr einschlägig: Das Verfahren auf Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung des Asylantrags zuständig ist, ist jedenfalls mit Ausübung des Selbsteintritts durch das Bundesamt abgeschlossen gewesen. Die abzufragenden Informationen sind auch nicht für die "Prüfung eines Asylantrags" erforderlich, denn ein Asylantrag im Sinne der Dublin II-Verordnung ist vorliegend nicht mehr gestellt. Der Begriff des Asylantrags umfasst nach Art. 2 Buchst. c Dublin II-VO nur den Antrag auf internationalen Schutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention; der subsidiäre Schutz ist - anders als nach der Dublin III-Verordnung - noch nicht eingeschlossen gewesen. Verpflichtungen aus der Dublin II-Verordnung (s.o. Buchst. c) sind soweit ersichtlich nicht mehr zu erfüllen. Danach bedarf keiner Vertiefung, dass aus den soeben erwähnten Gründen - Asylantrag im Sinne der Dublin II-Verordnung ist nur der Antrag auf Schutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention - gleichfalls zweifelhaft erscheint, ob die Gewährung subsidiären Schutzes auf ein Informationsersuchen nach Art. 21 Dublin II-VO mitgeteilt werden muss. Denn der gemäß Art. 21 Abs. 2 Buchst. g Dublin II-VO mitzuteilende "Tenor der gegebenenfalls getroffenen Entscheidung" dürfte sich ebenfalls nur auf den "Asylantrag" im Sinne der Dublin II-Verordnung beziehen.

28 1.2.2.3 Auch wenn es nach den vorstehenden Ausführungen an einer konkreten Rechtsgrundlage für eine Abfrage der benötigten Informationen bei den italienischen Behörden fehlen dürfte, rechtfertigt dies nicht von vornherein den Schluss, diese seien auch außerhalb einer solchen Info-Request-Anfrage und unter gehöriger Mitwirkung der Beteiligten durch keine deutsche Stelle zu erlangen. Vielmehr kommt in Betracht, dem Bundesamt aufzugeben, über die Liaisonbeamtin in Italien bei der zuständigen italienischen Behörde eine schriftliche Bestätigung der bisher nur mündlich erteilten Auskunft zu erwirken. Sollte eine schriftliche Bestätigung nicht zu erhalten sein, wäre zumindest eine nähere Erläuterung der Liaisonbeamtin angezeigt, durch wen und unter welchen näheren Umständen ihr eine nur mündlich erteilte Auskunft zur Kenntnis gelangt ist, damit auch deren Beweiswert konkret gewürdigt werden kann.

29 Ferner kann das Bundespolizeipräsidium, das regelmäßig auch bei Rückführungen von Personen, die in einem anderen Mitgliedstaat internationalen

Schutz genießen, eingeschaltet ist, um eine entsprechende Anfrage gebeten werden.

- 30 Nach § 86 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 VwGO ist auch der Kläger bei der Aufklärung des Sachverhalts heranzuziehen. Es obliegt ihm im vorliegenden Fall zunächst, alle asyl- und aufenthaltsrelevanten Unterlagen vorzulegen, die er in Italien erhalten hat (insbesondere den Aufenthaltstitel und den italienischen Fremdenpass). Soweit er hierzu nicht imstande ist oder diese Unterlagen keinen hinreichenden Aufschluss über die hier zu klärende Frage geben, hat er auch sonst alles ihm Zumutbare zu unternehmen, um weitere Aufklärung zu schaffen oder zu ermöglichen. Insbesondere kommt in Betracht, ihm aufzugeben, einen Antrag nach Art. 21 Abs. 9 Dublin II-VO zu stellen. Nach dieser Vorschrift hat ein Asylbewerber das Recht, sich auf Antrag die über seine Person erfassten Daten mitteilen zu lassen. Um zu gewährleisten, dass der Kläger dieser Obliegenheit tatsächlich nachkommt und eine Antwort der italienischen Behörden in das vorliegende Verfahren auch eingeführt wird, kann ihm aufgegeben werden, den Antrag über das Bundesamt bzw. die Liaisonbeamtin in Italien, der eine entsprechende Vollmacht erteilt werden könnte, zu stellen, oder einen vergleichbaren Weg zu beschreiten, der die Erfüllung der Obliegenheit nachprüfbar sicherstellt. Soweit ein Beteiligter ihm abverlangten Mitwirkungshandlungen nicht nachkommt, wäre eine solche Weigerung bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.
- 31 Als letztes Mittel ist schließlich an eine Anfrage bei den italienischen Behörden über das Auswärtige Amt oder durch den Verwaltungsgerichtshof selbst zu denken.
- 32 Dass alle diese Wege nicht zu einem Erkenntnisgewinn führen werden, hat das Berufungsgericht nicht positiv festgestellt und ist auch sonst nicht ersichtlich. Solange nicht aufgrund entsprechender Erfahrungen oder Auskünfte die generelle Nichteignung eines der genannten Aufklärungswege feststeht, sind diese im Rahmen der Amtsermittlung zu beschreiten und drängen sich auf. Vor diesem Hintergrund ist auch die Ablehnung des vom Bundesamt gestellten Beweisanspruchs als unsubstantiiert zu beanstanden; sie findet im Prozessrecht kei-

ne Stütze. Eine Anfrage über das Auswärtige Amt ist nach den obigen Ausführungen auch kein unzulässiges Beweismittel.

- 33 1.3 Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen, über die der Senat ohne vorherige Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union befinden könnte, im Ergebnis als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO).
- 34 1.3.1 Es ist insbesondere nicht auszuschließen, dass § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG in der Fassung des am 1. August 2016 in Kraft getretenen Integrationsgesetzes in zeitlicher Hinsicht - wie vom Berufungsgericht angenommen - auf den vorliegend im August 2010 gestellten Antrag bereits Anwendung findet.
- 35 1.3.1.1 Nach nationalem Recht ist § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG auch auf vor seinem Inkrafttreten gestellte Anträge anzuwenden, über die noch nicht bestandskräftig entschieden ist (§ 77 Abs. 1 AsylG). Der darin liegenden "unechten Rückwirkung" steht Verfassungsrecht grundsätzlich nicht entgegen. Das Vertrauen der Betroffenen in den Fortbestand der früheren (jedenfalls bis zum Inkrafttreten des § 60 Abs. 2 Satz 2 AufenthG am 1. Dezember 2013 bestehenden) Rechtslage wiegt nach Auffassung des Senats weniger schwer als das mit der Neuregelung verfolgte Ziel, Sekundärmigration nach erfolgter Schutzgewährung in Übereinstimmung mit Art. 33 Abs. 2 Buchst. a Richtlinie 2013/32/EU zu vermeiden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 1. Juni 2017 - 1 C 22.16 - juris Rn. 13; der Sache nach auch Urteil vom 17. Juni 2014 - 10 C 7.13 - BVerwGE 150, 29 Rn. 28 ff.). Daran ändert vorliegend nichts, dass das Bundesamt nach der Einreise des Klägers wegen attestierter Reiseunfähigkeit den Selbsteintritt erklärt, den Antrag im nationalen Verfahren geprüft und auf eine Abschiebungsandrohung zunächst verzichtet hat. Der Gesetzeszweck, unerwünschte Sekundärmigration zu vermeiden, kann auch in einem solchen Fall noch erreicht werden, weil die betroffenen Personen in den Mitgliedstaat, der ihnen subsidiären Schutz gewährt hat, abgeschoben oder zumindest veranlasst werden können, freiwillig dorthin zurückzukehren. Das aus einer Reiseunfähigkeit folgende Hindernis ist typischerweise vorübergehender Natur.

- 36 1.3.1.2 Der Senat kann auch nicht abschließend zu der Entscheidung gelangen, dass die Übergangsregelung in Art. 52 Richtlinie 2013/32/EU einer Anwendung des § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG auf den vorliegenden Fall entgegensteht (vgl. noch BVerwG, Beschluss vom 23. Oktober 2015 - 1 B 41.15 - NVwZ 2015, 1779 Rn. 11 f.). Denn diese Frage ist derzeit Gegenstand mehrerer beim Gerichtshof der Europäischen Union (Gerichtshof) anhängiger Vorabentscheidungsersuchen des Senats (Beschlüsse vom 23. März 2017 - 1 C 17.16 - Asylmagazin 2017, 294 und vom 1. Juni 2017 - 1 C 22.16 - juris).
- 37 Diese Fragen stellen sich im vorliegenden Fall ebenfalls. Im Unterschied zu den Verfahren, die dem Gerichtshof bereits vorgelegt worden sind, begehrt der Kläger hier zwar nur noch subsidiären Schutz. Für diesen Fall bereitet die Auslegung der Übergangsvorschrift in Art. 52 Abs. 1 Richtlinie 2013/32/EU im Ergebnis aber dieselben Schwierigkeiten. Dass die in Art. 52 Abs. 1 Satz 2 Richtlinie 2013/32/EU erwähnte Vorgänger-Richtlinie 2005/85/EU ausweislich ihrer Überschrift und der Art. 2 Buchst. b und Art. 3 Abs. 1 nur für Ersuchen um internationalen Schutz eines Mitgliedstaats im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention galt, bedeutet nicht, dass sich vorliegend die Frage nicht stellt, in welchem Verhältnis die Sätze 1 und 2 des Art. 52 Abs. 1 Richtlinie 2013/32/EU zueinander stehen. Denn die Bundesrepublik Deutschland hatte sein Asylverfahren bereits unter Geltung der Richtlinie 2005/85/EG auch hinsichtlich des subsidiären Schutzes den Verfahrensregelungen dieser Richtlinie unterstellt (vgl. Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2005/85/EG). Nach deutschem Asylverfahrensrecht war mit jedem Asylantrag, der in § 13 Abs. 2 AsylVfG a.F. als Antrag auf Asyl und Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft definiert war, jedenfalls bei negativer Entscheidung immer auch festzustellen, ob die Voraussetzungen des § 60 Abs. 2 bis 5 oder 7 AufenthG a.F. vorliegen. Dies schloss den seinerzeit nur in § 60 Abs. 2, 3 und 7 Satz 2 AufenthG a.F. geregelten subsidiären Schutz ein. War somit nach Stellung eines Asylantrags in demselben Verfahren auch über den subsidiären Schutz zu entscheiden, ist die Richtlinie 2005/85/EG nach ihrem Artikel 3 Absatz 3 während des gesamten Verfahrens anzuwenden. Auch die nachträgliche Beschränkung eines Schutzbegehrens auf den subsidiären Schutz - wie sie hier erfolgt ist - änderte dann nichts daran, dass die Vorgaben der Richtlinie 2005/85/EG zu beachten blieben.

- 38 1.3.2 Die angefochtene Unzulässigkeitsentscheidung kann auch nicht auf der Grundlage von § 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG aufrechterhalten oder gemäß § 47 VwVfG in eine Entscheidung nach dieser Regelung umgedeutet werden.
- 39 Ebenso wenig kommt eine "Wahlfeststellung" zwischen einer Unzulässigkeit nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG und einer solchen nach § 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG in Betracht, die es erlaubte, die Frage einer Schutzgewährung in Italien offenzulassen.
- 40 Gemäß § 29 Abs.1 Nr. 5 AsylG ist ein Asylantrag u.a. dann unzulässig, wenn im Falle eines Zweitantrags nach § 71a AsylG ein weiteres Asylverfahren nicht durchzuführen ist. Ein Zweitantrag liegt nach § 71a Abs. 1 AsylG vor, wenn der Ausländer nach erfolglosem Abschluss eines Asylverfahrens in einem sicheren Drittstaat, für den Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft gelten, im Bundesgebiet einen Asylantrag stellt. Er hat zur Folge, dass ein weiteres Asylverfahren nur durchzuführen ist, wenn die Bundesrepublik Deutschland für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist und die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 bis 3 VwVfG vorliegen.
- 41 Eine Umdeutung in eine solche Entscheidung scheidet derzeit schon daran, dass der von § 71a AsylG vorausgesetzte erfolglose Abschluss eines Asylverfahrens (vgl. dazu näher BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 2016 - 1 C 4.16 - ZAR 2017, 236 Rn. 29) auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht feststeht, sondern diese Frage weiterer Aufklärung bedarf. Da nach aktueller - sowohl nationaler wie unionsrechtlicher - Rechtslage der Asylantrag bzw. Antrag auf internationalen Schutz auch das Begehren auf subsidiären Schutz umfasst (§ 13 AsylG), liegt ein auch in Bezug auf den im vorliegenden Verfahren allein noch begehrten subsidiären Schutz erfolglos abgeschlossenes Asylverfahren nicht vor, wenn dem Kläger - wie die Beklagte vorträgt und vom Berufungsgericht nach Zurückverweisung aufzuklären ist - in Italien subsidiärer Schutz zuerkannt worden ist.
- 42 Einer danach allenfalls noch denkbaren "Wahlfeststellung" zwischen einer Unzulässigkeit nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG und einer solchen nach § 29 Abs. 1

Nr. 5 AsylG stehen mehrere Hinderungsgründe entgegen: Zum einen ist auf der Grundlage der vorhandenen tatsächlichen Feststellungen derzeit auch nicht auszuschließen, dass der Kläger in Italien überhaupt keinen Asylantrag gestellt hat oder dass er zwar einen Asylantrag gestellt hat, über diesen aber noch keine bestandskräftige - positive oder negative - Entscheidung ergangen ist. Zum anderen würde auch eine "Wahlfeststellung" voraussetzen, dass es sich bei einer Unzulässigkeitsentscheidung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG und einer solchen nach § 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG um denselben Streitgegenstand handelt oder die Voraussetzungen einer Umdeutung erfüllt sind. Das ist hier jedoch nicht der Fall, weil die Rechtsfolgen einer Entscheidung nach § 29 Abs. 1 Nr. 5, § 71a AsylG für den Kläger ungünstiger wären (vgl. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwVfG). Eine Entscheidung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG kann allenfalls zu einer Abschiebung des Betroffenen in einen anderen "sicheren" Mitgliedstaat der Europäischen Union führen, der ihm bereits Schutz gewährt hat. Eine die Durchführung eines weiteren Asylverfahrens ablehnende Entscheidung nach § 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG hätte im Unterschied dazu zur Folge, dass der Betroffene nach Erlass einer entsprechenden Abschiebungsandrohung und vorbehaltlich des Bestehens eines nationalen Abschiebungsverbots in jeden zu seiner Aufnahme bereiten Staat einschließlich seines Herkunftsstaats abgeschoben werden könnte (vgl. zur Umdeutung eines Dublin-Bescheides in einen Bescheid nach § 71a AsylG bereits BVerwG, Urteil vom 16. November 2015 - 1 C 4.15 - BVerwGE 153, 234 Rn. 32).

- 43 1.4 Liegt somit ein Verfahrensmangel vor, auf dem die Berufungsentscheidung beruht, ist das Verfahren zur weiteren Aufklärung gemäß § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Sollten die weiteren Ermittlungen zu dem Ergebnis führen, dass dem Kläger in Italien internationaler Schutz zuerkannt wurde, mag zu erwägen sein, mit der erneuten Verhandlung und Entscheidung abzuwarten, bis der Gerichtshof der Europäischen Union die bei ihm anhängigen Fragen nach möglichen unionsrechtlichen Einschränkungen der Anwendbarkeit von § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG in zeitlicher Hinsicht beantwortet hat (dazu siehe oben). Denn wenn Art. 52 Abs. 1 Richtlinie 2013/32/EU der Anwendung des § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG im vorliegenden Fall entgegensteht, ist die angefochtene Unzulässigkeitsentscheidung auch dann

rechtswidrig, wenn der Kläger in Italien bereits subsidiären Schutz erhalten hat. Darüber hinaus sind dem Gerichtshof zwischenzeitlich mehrere Vorabentscheidungsersuchen zu einer möglichen sachlichen Einschränkung der durch § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG ermöglichten Unzulässigkeitsentscheidung aus Gründen vorrangigen Unionsrechts unterbreitet worden, wenn ein Antragsteller geltend macht, dass die Lebensbedingungen anerkannter international Schutzberechtigter in dem Mitgliedstaat, der ihm internationalen Schutz zuerkannt hat, mit Art. 4 Grundrechte-Charta oder sonstigem Unionsrecht unvereinbar seien (vgl. zu Italien etwa BVerwG, Beschluss vom 27. Juni 2017 - 1 C 26.16 - sowie VGH Mannheim, Beschluss vom 15. März 2017 - A 11 S 2151/16 - Asylmagazin 2017, 236 Frage 3; siehe auch BVerwG, Beschlüsse vom 2. August 2017 - 1 C 37.16 und 1 C 2.17 - jeweils zu Bulgarien). Aus den noch ausstehenden Entscheidungen des Gerichtshofs über diese Vorlagen kann sich unter Umständen weiterer Aufklärungsbedarf auch für das vorliegende Verfahren ergeben. Denn bisher hat das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent - keine tatsächlichen Feststellungen zu den Lebensbedingungen anerkannter subsidiär Schutzberechtigter in Italien getroffen.

- 44 Das Berufungsgericht wird unter Berücksichtigung des Urteils des Gerichtshofs seine Wertung zu überprüfen haben, dass hier die Anforderungen an eine persönliche Anhörung nicht erfüllt seien (UA S. 11-13). Dabei wird es zu würdigen haben, dass der Bevollmächtigte des Klägers dem Bundesamt mit Schriftsatz vom 27. Juni 2011 einen Befundbericht der Fachärztin der Kinder- und Jugendpsychiatrie überreicht hat und sich hinsichtlich der darin enthaltenen "Sachverhaltsschilderung" ausdrücklich auf die "dortigen Schilderungen des Mandanten" bezogen hat, die auf dessen Schicksal in Somalia und in Italien eingehen. Das Berufungsgericht wird weiter zu würdigen haben, ob dem Anhörungserfordernis durch die gesonderte Gelegenheit zur Stellungnahme zu vorangegangenen Asylverfahren im Ausland sowie zu deren Ausgang mit Schreiben vom 17. Oktober 2012 genügt worden ist, das der Bevollmächtigte des Klägers in seiner Antwort vom 29. Oktober 2012 als "Anhörung" bezeichnet und zu den aufgeworfenen Fragen im Einzelnen Stellung bezieht. Allerdings wird zu berücksichtigen sein, dass es sich im förmlichen Sinne um keine "persönliche"

Anhörung gehandelt hat, auch wenn der minderjährige Kläger über seinen Bevollmächtigten alle Tatsachen und Argumente vortragen konnte.

- 45 2. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, dass der Antrag auf Zuerkennung unionsrechtlichen subsidiären Schutzes im Sinne von § 4 Abs. 1 AsylG nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG unzulässig ist, wird es über den hilfsweise gestellten Verpflichtungsantrag auf Feststellung nationaler Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG zu entscheiden haben (zur Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage vgl. insoweit BVerwG, Urteile vom 14. Dezember 2016 - 1 C 4.16 - ZAR 2017, 236 Rn. 20 und vom 13. Februar 2014 - 10 C 6.13 - Buchholz 402.25 § 33 AsylVfG Nr. 14 Rn. 9 und 27; Beschluss vom 27. April 2017 - 1 B 6.17 - juris Rn. 6); die vom Berufungsgericht ausgesprochene Klageabweisung als unzulässig bezieht sich nur auf den subsidiären Schutz und nicht auch auf den noch nicht zur Entscheidung angefallenen Hilfsantrag auf nationalen Abschiebungsschutz.
- 46 3. Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

Prof. Dr. Berlit

Prof. Dr. Dörig

Fricke

Dr. Rudolph

Dr. Wittkopp
ist wegen Erkrankung
verhindert zu
unterschreiben.
Prof. Dr. Berlit