

Beitrag aus dem Asylmagazin 3/2017, S. 94–104

Maria Bethke und Stephan Hocks

## Neues zum Zweitantrag (§§ 71a und 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG)

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., März 2017. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung der Autoren sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

### Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das ASYLMAGAZIN erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst. Der Abonnement-Preis beträgt 62 € für regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

[www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/](http://www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/)

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration.



In Kooperation mit



## Neues zum Zweitantrag (§§ 71a und 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG)

### Inhalt

- I. Über den Zweitantrag (§ 71a AsylG)
  1. Zur Aktualität des Themas
  2. Was ist ein Zweitantrag?
- II. Die Problemfelder: Voraussetzungen für einen Zweitantrag
  1. Überblick
  2. Beispiele
    - a. Normalfall
    - b. Zweifelsfälle
  3. Definition: »Erfolgreicher Abschluss« des Asylverfahrens
  4. Darlegungspflicht für Ausgang des Asylverfahrens
  5. *Spezialfall*: Zuerkennung subsidiären Schutzes in einem anderen europäischen Staat
- III. Der Bescheid des Bundesamts über einen Zweitantrag (§ 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG)
  1. Ablehnung des Asylantrags als unzulässig
  2. Rechtsschutz und Klageantrag
  3. Gründe im Rechtsmittelverfahren
    - a. Einwand gegen die Einordnung als Zweitantrag
    - b. Systemische Mängel im Drittstaat
    - c. Wiederaufnahmegründe und Dreimonatsfrist
  4. Entscheidungsmaßstab im Eilverfahren
- IV. Fazit

## I. Über den Zweitantrag (§ 71a AsylG)

### I. 1. Zur Aktualität des Themas

Der Zweitantrag (§ 71a AsylG) ist vor Kurzem Gegenstand einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts geworden.<sup>1</sup> Außerdem hat das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg im November 2016 eine wichtige Entscheidung an der Schnittstelle zwischen Dublin-Verfahren und Zweitantrag gefällt,<sup>2</sup> in der auch die Revision zugelassen wurde (sodass man auch dazu bald wieder vom Bundesverwaltungsgericht hören wird). Zu nennen ist auch eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen,<sup>3</sup> die sich nicht nur den wenig be-

kannten Art. 40 Abs. 7 Verfahrensrichtlinie (2013/32/EU)<sup>4</sup> vorgenommen hat, sondern auch bisherige Gewissheiten über den Anwendungsbereich der Dublin-Verordnung (VO 604/2013)<sup>5</sup> infrage stellt.

Nimmt man in den Blick, dass die Unzulässigkeitsentscheidung bei abgelehntem Zweitantrag in § 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG erst vor einem guten halben Jahr neu geregelt wurde<sup>6</sup> und viele Fragen aufwirft, besteht genügend Anlass, das Thema »Zweitantrag« hier zusammenfassend in den Blick zu nehmen. Nach einer kurzen Erläuterung, was ein Zweitantrag ist (I. 2.) werden die aktuellen Gerichtsentscheidungen zu den Voraussetzungen für einen Zweitantrag und Anwendungsproblemen dargelegt (II.). In diesem Rahmen wird ein Spezialfall der Anwendung erörtert (II. 5.). Sodann wird auf verfahrensrechtliche Fragen eingegangen, nämlich auf die Bescheidung des Antrags und den Rechtsschutz dagegen (III.).

### I. 2. Was ist ein Zweitantrag?

Der Zweitantrag nach § 71a AsylG ist eigentlich ein Sonderfall des Folgeantrags (§ 71 AsylG). In beiden Fällen stellt eine Person nach erfolglosem Abschluss eines Asylverfahrens erneut einen Asylantrag. Dabei wird das Folge- oder Zweitverfahren immer nur dann durchgeführt, wenn neue Gründe oder Beweismittel für den Asylantrag vorliegen. Das ergibt sich aus einem Verweis auf § 51 Abs. 1 bis 3 VwGO, wonach ein bestandskräftiger ablehnender Bescheid von der Behörde nur dann zu korrigieren ist, wenn sogenannte Wiederaufgreifensgründe vorliegen. Andernfalls wird der jeweilige Folge- oder Zweitantrag als »unzulässig« abgewiesen (§ 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG).

Der Unterschied zwischen einem Folge- und einem Zweitantrag ist, dass bei einem Zweitantrag der erste negativ beschiedene Asylantrag nicht in Deutschland ge-

\* Maria Bethke ist Referentin für Asylverfahrensberatung bei der Diakonie Hessen und berät für die Evangelische Kirche Asylsuchende in der Erstaufnahmeeinrichtung Gießen.

Dr. Stephan Hocks ist Rechtsanwalt mit dem Arbeitsschwerpunkt Asylrecht und als Lehrbeauftragter an der Universität Gießen am dortigen Projekt der »Refugee Law Clinic« beteiligt.

<sup>1</sup> BVerwG, Urteil vom 14.12.2016 – 1 C 4.16 –, asyl.net: M24603, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 112.

<sup>2</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.11.2016 – OVG 3 B 2.16 –, asyl.net: M24643, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 115.

<sup>3</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 22.9.2016 – 13 A 2448/15.A –, asyl.net: M24332.

<sup>4</sup> Richtlinie 2013/32/EU vom 26. Juni 2013 zum gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, abrufbar bei asyl.net unter »Gesetzestexte/Asylrecht«.

<sup>5</sup> Verordnung Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, abrufbar bei asyl.net unter »Gesetzestexte/Asylrecht«.

<sup>6</sup> Durch das Integrationsgesetz vom 31.7.2016 (BGBl. I, S. 1939); dazu Maria Bethke und Stephan Hocks, Neue »Unzulässigkeits«-Ablehnungen nach § 29 AsylG, Asylmagazin 10/2016.

stellt worden ist, sondern in einem »sicheren Drittstaat« nach § 26a AsylG, also in einem anderen EU-Staat oder Norwegen oder der Schweiz. Die asylsuchende Person hat hier zwischen Erst- und Zweitantrag den Staat der Antragstellung gewechselt. Eine Voraussetzung für die Prüfung des Zweitantrags ist, dass Deutschland für das Asylverfahren zuständig ist. Daher ist jedem Zweitantragsverfahren in der Regel ein Dublin-Verfahren vorge-schaltet. Das macht die Angelegenheit etwas komplizierter, anschaulich wird es aber an dem folgenden Beispiel:

### Beispiel A

A ist äthiopischer Staatsangehöriger und hat in Belgien einen Asylantrag gestellt, der vollum-fänglich abgelehnt wurde. Die dortige Asylbe-hörde droht A die Abschiebung nach Äthiopien an. Daraufhin reist A nach Deutschland, wo er einen weiteren Asylantrag stellt, der zunächst zu einem Dublin-Verfahren führt. Belgien er-klärt sich zur Wiederaufnahme von A bereit, der Vollzug der Überstellung erfolgt aber nicht innerhalb der erforderlichen Frist (Ablauf der Überstellungsfrist). Jetzt ist Deutschland zu-ständig und prüft den Fall. Wegen des vor-her in Belgien bereits *negativ abgeschlossenen* Asylverfahrens prüft es den Antrag aber nur noch als Zweitantrag.

Das Beispiel zeigt, dass Betroffene mit der Nachricht, dass ihr Asylantrag nunmehr im nationalen Verfahren be-schieden werde, nicht gleich aufatmen können. Das Dub-lin-Verfahren ist dann zwar vorbei,<sup>7</sup> es bedeutet aber nicht zwingend, dass es dann zu einem vollständigen Asylver-fahren in Deutschland kommt. Je nachdem, welche Ent-scheidung es im anderen europäischen Staat gegeben hat, kann das Asylverfahren in Deutschland auch schon bei dem Prüfungspunkt der Zulässigkeit zu Ende sein.<sup>8</sup>

So könnte es im Fall des A sein. Hier geht das BAMF wegen der vorherigen Ablehnung in Belgien von einem Zweitantrag aus und prüft nur noch, ob sich nachträg-lich (also nach dem Zeitpunkt der Ablehnung in Belgien) zugunsten des A neue Gründe für seinen Schutzantrag

ergeben haben. Wird das verneint, ist der Asylantrag in Deutschland als »unzulässig« abzulehnen. Für die Schutz-prüfung sind dann nur noch solche Gründe berücksich-tigungsfähig, die zu einem Wiederaufgreifen des Verfah-rens führen.

Dies bedeutet natürlich eine erhebliche Einschränkung der Prüfung des Asylantrags, weil die geforderten neuen Gründe im Wesentlichen nur die typischen Nachflucht-gründe sein können, wie etwa eine zwischenzeitlich ein-getretene politische Eskalation im Herkunftsland oder das vertieft aufgenommene exilpolitische Engagement der be-troffenen Person. Gründe also, die auch in einem inner-deutschen Folgeverfahren erfolgreich vorgebracht werden können.

Diese Einschränkung war unionsrechtlich zunächst umstritten,<sup>9</sup> seit Inkrafttreten der Verfahrensrichtlinie (2013) ist aber anerkannt, dass der Zweitantrag in Art. 40 Abs. 7 eine – wenn auch sicherlich nur sehr knapp ge-fasste – Grundlage hat.<sup>10</sup>

## II. Die Problemfelder: Voraussetzungen für einen Zweitantrag

### II. 1. Überblick

Problematisch ist, was eigentlich einen »erfolglosen Ab-schluss des Asylverfahrens« in einem sicheren Drittstaat ausmacht (II. 3.), was genau über das frühere Asylver-fahren und seinen Ausgang (einschließlich der Entschei-dungsgründe) bekannt sein muss und wer hierfür darle-gungspflichtig ist (II. 4.).

Ein eigenes Problemfeld betrifft die Behandlung von in einem Drittstaat nur teilweise abgelehnten Anträgen (Zuerkennung des subsidiären Schutzes bei Ablehnung des Flüchtlingsstatus). Dieser Spezialfall wird unten ein-gehender behandelt (II. 5.).

### II. 2. Beispiele

#### II. 2. a Normalfall

In dem oben genannten Beispielfall hat A in Belgien ein vollständiges Asylverfahren durchlaufen: Er wurde zu sei-nen Fluchtgründen angehört, sein Asylantrag wurde in der Sache geprüft und abgelehnt, die Klage dagegen blieb erfolglos. Belgien hat dies auch dem BAMF in seiner Ant-wort auf das Dublin-Übernahmeersuchen mitgeteilt.

Hier handelt es sich um ein erfolglos abgeschlossenes Asylverfahren in einem »sicheren Drittstaat«: Der Asyl-antrag wurde unanfechtbar in der Sache abgelehnt und dieser Sachverhalt steht in Deutschland auch unstrittig

<sup>7</sup> Als Gründe für die Zuständigkeit Deutschlands kommen alle Zustän-digkeitszuweisungen der Dublin-VO infrage, etwa der Fristablauf bei der Anfrage des Mitgliedsstaates oder der Selbsteintritt; siehe hierzu die Auflistung in Hofmann, Nomos-Kommentar, 2. Auflage, 2016, NK-AuslR/Bruns, § 71a AsylG, Rn. 6.

<sup>8</sup> Wäre A's Asylantrag in Belgien nicht abgelehnt worden, sondern wäre er z. B. als Flüchtling anerkannt worden, dann wäre sein Antrag in Deutschland gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG »unzulässig«. Auch die-se Entscheidung wäre im nationalen Verfahren ergangen, das BAMF hätte sie mit einer Abschiebungsandrohung nach Belgien verbunden.

<sup>9</sup> Marx, AsylG, 9. Auflage, 2016, § 71a, Rn. 3.

<sup>10</sup> NK-AuslR/Bruns, a. a. O. (Fn. 7), § 71a AsylG, Rn. 2.

fest. Sofern die Zuständigkeit im Dublinverfahren auf Deutschland übergeht, folgt die weitere Prüfung des Asylantrags den Regeln des Zweitverfahrens nach § 71a AsylG.

### II. 2. b Zweifelsfälle

So klar ist die Sachlage aber nicht immer. In der Praxis kommen häufig Fälle vor, in denen das Asylverfahren im anderen Staat zwar nicht mehr fortgeführt wurde, es aber auch nicht für alle Zeit beendet ist. Solche Fälle sind Gegenstand verschiedener neuerer Gerichtsentscheidungen. Beispielhaft sind folgende Fallkonstellationen:

#### Beispiel B

Familie B aus Afghanistan hat vor der Einreise nach Deutschland bereits in Ungarn einen Asylantrag gestellt. Sie hat Ungarn vor dem Abschluss des Asylverfahrens verlassen, dieses wurde dann wegen Nichtbetreibens eingestellt. Die ungarische Asylbehörde teilt dem BAMF im Rahmen seiner »Dublin-Anfrage« mit, dass sie bereit sei, das Verfahren wiederzueröffnen. Nach dem Dublinverfahren und dem Übergang der Zuständigkeit auf Deutschland wegen Ablaufs der Überstellungsfrist behandelt das BAMF den Asylantrag als Zweit Antrag, lehnt ihn nach § 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG als unzulässig ab und stellt lediglich Abschiebungsverbote hinsichtlich Afghanistans fest.

#### Beispiel C

Frau C aus Pakistan ist über Österreich eingereist. Beim Bundesamt gibt sie an, ihr Asylantrag sei in Österreich abgelehnt worden. Aus der Akte ergeben sich dazu keine Hinweise. Auch Erkenntnisse über den Ausgang eines Verfahrens in Österreich hat das Bundesamt nicht. Ein Dublinverfahren unterbleibt, das Bundesamt lehnt den Asylantrag als unzulässigen Zweit Antrag nach § 29 Abs. 1 Nr. 5 AsylG ab und droht die Abschiebung nach Pakistan an.

#### Beispiel D

Herr D aus Somalia flüchtet zuerst nach Italien und erhält dort subsidiären Schutz. Sodann stellt er in Deutschland einen erneuten Asylantrag. Italien lehnt eine Übernahme im Rahmen des Dublin-Verfahrens ab, das BAMF erlässt eine Unzulässigkeitsentscheidung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG samt Abschiebungsandrohung nach Italien. (Spezialfall, siehe II. 5.)

## II. 3. Definition: »Erfolgloser Abschluss« des Asylverfahrens

Zu diesen und ähnlichen Konstellationen sind in den vergangenen Monaten Entscheidungen von Verwaltungsgerichten jeder Instanz ergangen, die sich alle mit der Frage des »erfolglosen« Asylantrages in einem anderen europäischen Staat befassen.

Die Frage, wann ein Asylverfahren im Ausland erfolglos abgeschlossen ist, war und ist auch weiterhin hoch praxisrelevant: Es war – bis das BVerwG mit seiner oben genannten Entscheidung<sup>11</sup> im Dezember 2016 diese Praxis unterband – üblich, dass das Bundesamt nicht nur dann § 71a AsylG anwendete, wenn der Asylantrag der betroffenen Person im Ausland nachweislich in der Sache abgelehnt worden war. Auch dann, wenn nur bekannt war, dass es einen Asylantrag etwa in Ungarn oder Italien gegeben hatte, griff das Bundesamt – sofern die Zuständigkeit im Dublinverfahren auf Deutschland übergegangen war – auf § 71a AsylG zurück. In der Konsequenz hieß das: Für Personen mit Eurodac-Treffern der Kategorie 1<sup>12</sup> in einem anderen Dublinstaat wurde (häufig, wenn auch nicht flächendeckend) trotz Zuständigkeit Deutschlands die Durchführung eines vollständigen Asylverfahrens (Erstverfahren) verweigert. Dies geschah sogar dann, wenn kein Dublinverfahren durchgeführt worden war und keinerlei Erkenntnisse über den Verfahrensausgang im anderen Staat vorlagen. Im Fall von Frau C aus den genannten Beispielfällen bedeutete dies, dass ihr mangels Wiederaufgreifensgründen direkt die Abschiebung nach Pakistan angedroht wurde.

Das bereits genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Dezember 2016<sup>13</sup> untersagt nun diese Praxis. Der Entscheidung lag der oben genannte Fall der Familie B aus Afghanistan zugrunde. Das VG München als damals zuständige erste Instanz hatte die BAMF-Bescheide aufgehoben, der VGH Bayern hatte die Entscheidung bestätigt: Ein erfolgloser Abschluss des Asylverfahrens in Ungarn als Voraussetzung für ein Zweitverfahren liege nicht vor.

In seiner Entscheidung definiert das BVerwG »erfolglos« i. S. d. § 71a AsylG zunächst so, dass es damit »jede Art des formellen Abschlusses eines Asylverfahrens ohne Zuerkennung eines Schutzstatus« meint.<sup>14</sup>

In dem Verfahren, in dem das BVerwG zu entscheiden hatte, stand fest, dass die betroffene Familie keinerlei Schutzstatus in Ungarn erhalten hatte. Dass das BVerwG

<sup>11</sup> BVerwG, Urteil vom 14.12.2016, a. a. O. (Fn. 1).

<sup>12</sup> Eurodac-Treffter dieser Kategorie zeigen an, dass dort ein Asylantrag gestellt wurde.

<sup>13</sup> Vorgegangen: VG München, Urteil vom 16.12.2014 – M 24 K 14.30795 – und VGH Bayern, Urteil vom 3.12.2015 – VGH 13a B 15.50069 –, asyl.net: M23549, Asylmagazin 4–5/2016.

<sup>14</sup> BVerwG, Urteil vom 14.12.2016, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 30.

dennoch die Anwendbarkeit von § 71a verneint, begründet es in Rn. 29:

»Ein erfolgloser Abschluss des in einem anderen Mitgliedstaat betriebenen Asylverfahrens setzt voraus, dass der Asylantrag entweder *unanfechtbar* abgelehnt oder das Verfahren nach Rücknahme des Asylantrags bzw. dieser gleichgestellten Verhaltensweisen *endgültig* eingestellt worden ist. Eine Einstellung ist nicht in diesem Sinne endgültig, wenn das (Erst-)Verfahren noch wiedereröffnet werden kann. Ob eine solche Wiedereröffnung bzw. Wiederaufnahme möglich ist, ist *nach der Rechtslage des Staates zu beurteilen, in dem das Asylverfahren durchgeführt worden ist.*« (Herv. d. Verf.)

In dem konkreten Fall hätte das Verfahren der Familie in Ungarn – hypothetisch – nach dortigem nationalem Recht wiederaufgenommen werden können (Rn. 33). Die Familie hätte im Falle einer Rückkehr nach Ungarn dort noch Anspruch auf eine vollumfängliche Prüfung des Asylantrags gehabt, da das Verfahren lediglich wegen Nichtbetreibens eingestellt worden war. Dies ergab sich aus der Antwort Ungarns im konkreten Fall<sup>15</sup> und aus Auskünften des Auswärtigen Amtes.<sup>16</sup>

Deshalb, so das BVerwG, hat die Familie Anspruch auf ein Asylverfahren in Deutschland, in dem ihre Asylgründe ohne die Einschränkung des § 71a geprüft werden.

#### II. 4. Darlegungspflicht für Ausgang des Asylverfahrens

Das BVerwG hatte wegen der klaren Auskunftslage nicht über die Frage der Beweislast zu entscheiden. Es ist aber eher ungewöhnlich, dass in solchen Fällen sowohl eine klare Aussage des anderen Staates vorliegt als auch bekannt ist, was das dortige nationale Asylverfahrensrecht genau vorsieht. Der VGH Bayern sah – sei es in der Konstellation »mutmaßlich internationaler Schutz gewährt« oder »mutmaßlich abgelehnt« – die Beweislast für den Ausgang des ausländischen Asylverfahrens beim Bundesamt,<sup>17</sup> eine Auskunft einer Liaisonmitarbeiterin genüge nicht.<sup>18</sup> Der Antragsteller selbst sei in der Regel nicht in der Lage, über den Verfahrensablauf ausreichend

Auskunft geben zu können.<sup>19</sup> In der Praxis ist es tatsächlich häufig kaum möglich, Details aus der Verfahrensakte des Staates der ersten Asylantragstellung zu erhalten, sei es über ein Auskunftersuchen des BAMF oder Akteneinsicht der Betroffenen. Was etwa bei den Niederlanden funktionieren mag, scheitert regelmäßig bei Staaten wie Italien oder Malta.

Da sich auch die nationale Rechtslage in den Drittstaaten vor allem hinsichtlich einer möglichen Wiedereröffnung eines eingestellten Asylverfahrens jederzeit ändern kann, wird es in den meisten Fällen äußerst schwierig sein, den Verfahrensstand in solchen Konstellationen zu ermitteln. Ausländische Gesetzesänderungen während des in Deutschland laufenden Verfahrens könnten auch dazu führen, dass sich ein hier gestellter Antrag ohne weiteres Zutun der betroffenen Person in einen Zweitantrag verwandelt.

Das Bundesamt hat in seiner Dienstanweisung zum § 71a AsylG vom Dezember 2016<sup>20</sup> bereits auf das Urteil des BVerwG vom 14.12.2016 reagiert und regelt es pragmatisch:

»Dem Bundesamt werden in der Praxis regelmäßig keine ausreichenden Erkenntnisse über den Sachstand im MS vorliegen. Kann nicht belegt werden, dass ein Zweitantrag vorliegt, ist ein Asylerstverfahren durchzuführen.«

Es ist allerdings zu überlegen, ob nicht ein ganz anderer Grund dagegen spricht, die Definition des »erfolglosen Abschlusses« von komplizierten nationalen Regelungen der 29 sicheren Drittstaaten abhängig zu machen: In aller Regel wird dem Zweitantragsverfahren ein Dublinverfahren vorausgegangen sein, in dessen Rahmen die Zuständigkeit für die Prüfung des Asylantrages auf Deutschland übergegangen ist. Während das BVerwG sich in der Entscheidung vom 14.12.2016 noch mit einem Dublin-II-Fall zu beschäftigen hatte, könnte die Dublin-III-VO<sup>21</sup> selbst eine Handlungsanweisung für den Umgang mit im Ausland begonnenen Asylverfahren liefern: Art. 18 Abs. 2 UA 2 Dublin-III-VO regelt für den Fall des Art. 18 Abs. 1 Bst. c, wenn die schutzsuchende Person ihren Asylantrag im Erststaat zurückgezogen hat (bzw., wird man ergänzen dürfen, ihr Asylverfahren dort eingestellt wurde, z. B. wegen Nichtbetreibens):

»Hat der zuständige Mitgliedstaat [...] die Prüfung nicht fortgeführt, nachdem der Antragsteller den Antrag zurückgezogen hat, bevor eine Entscheidung

<sup>15</sup> Der VGH hatte aus der Antwort Ungarns auf das Wiederaufnahmeer-suchen des BAMF zitiert: »[...] accepts the transfer of the above referred family for determination of the asylum application. [...] We would like to confirm you that the foreigner lodged his application for asylum here on 02.04.2012 with his family [...] and on 20.07.2012 due to their disappearance this process was ceased.«

<sup>16</sup> Auskunft des Auswärtigen Amtes vom 12. März 2015 (an das VG Freiburg) und vom 19. November 2014 (an das VG Düsseldorf).

<sup>17</sup> VGH Bayern, Urteil vom 13.10.2016 – 20 B 14.30212, asyl.net: M24764, Rn. 41.

<sup>18</sup> Ebd., Rn. 38f.

<sup>19</sup> Ebd., Rn. 22.

<sup>20</sup> Dienstanweisung des BAMF zur Prüfung des Zweitantrags, Stand 12/2016.

<sup>21</sup> Vgl. zu den Änderungen Dominik Bender und Maria Bethke, »Dublin III«, Eilrechtsschutz und das Comeback der Drittstaatenregelung, Asylmagazin 11/2013, S. 358–367.

in der Sache in erster Instanz ergangen ist, stellt dieser Mitgliedstaat sicher, dass der Antragsteller berechtigt ist, zu beantragen, dass die Prüfung seines Antrags abgeschlossen wird, oder einen neuen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen, der nicht als Folgeantrag im Sinne der [Verfahrens-]Richtlinie 2013/32/EU behandelt wird. In diesen Fällen gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass die Prüfung des Antrags abgeschlossen wird.«

Angewendet auf den Fall der Familie B dürfte dies bedeuten: Ungarn hat ihren Asylantrag wegen »Nichtbetreibens« als zurückgenommen betrachtet, ohne eine Entscheidung in der Sache zu treffen. Im Rahmen des Dublinverfahrens wird der Staat bestimmt, der für ihren Asylantrag zuständig ist. Dieser zuständige Staat muss es der Familie ermöglichen, dass ihr Asylantrag doch noch materiell geprüft wird. Sofern Ungarn als zuständiger Staat bestimmt wird, muss Ungarn dies gewährleisten. Sofern Deutschland als zuständiger Staat bestimmt wird, muss das Asylverfahren allerdings in Deutschland durchgeführt werden.<sup>22</sup> Das steht im Einklang zu dem »one-chance-only«-Prinzip der Dublin-III-Verordnung, das eine (einzige) vollständige Prüfung eines Asylersantrages im Dublingebiet vorsieht. Die Verpflichtung Deutschlands, für Familie B ein Asylverfahren durchzuführen (statt eines Asylzweitverfahrens mit eingeschränktem Prüfungsumfang), könnte sich in der Konstellation »Asylantrag im ersten Staat zurückgenommen/eingestellt« also auch direkt aus der Dublin-III-VO ergeben, unabhängig von den Regelungen z. B. im ungarischen Recht.

Die Verordnung enthält auch eine Regelung für den (in der Praxis vermutlich nicht besonders häufigen) Fall, dass die Asylbehörde im ersten Staat den Asylantrag nach materieller Prüfung ablehnt, während sich die antragstellende Person bereits außer Landes befindet, sodass sie keinen Rechtsbehelf einlegen kann. Art. 18 Abs. 2 UA 3 Dublin-III-VO lautet:

»In den in den Anwendungsbereich des Absatzes 1 Buchstabe d fallenden Fällen, in denen der Antrag nur in erster Instanz abgelehnt worden ist, stellt der zuständige Mitgliedstaat sicher, dass die betreffende Person die Möglichkeit hat oder hatte, einen wirksamen Rechtsbehelf gemäß Artikel 46 der [Verfahrens-]Richtlinie 2013/32/EU einzulegen.«

Der Ordnungsgeber ging offensichtlich davon aus, dass der zuständige Staat stets der des ersten Asylantrages sei, denn es ist schwer vorstellbar, wie nach einem Zuständigkeitsübergang z. B. von Ungarn auf Deutschland ein deutscher Rechtsbehelf gegen eine ungarische Asylentschei-

dung aussehen könnte. Dennoch ist diese Formulierung ein Hinweis darauf, dass ein Asylverfahren jedenfalls im Dublin-Kontext nicht als unanfechtbar abgeschlossen gilt, wenn die antragstellende Person z. B. wegen Abwesenheit keinen wirksamen Rechtsbehelf gegen eine ablehnende Entscheidung einlegen konnte. Die Frage, was eine unanfechtbare Entscheidung im Asylverfahren (als Voraussetzung für ein Asylzweitverfahren) ist, dürfte sich dann nicht nur nach nationalem Recht des Staates bemessen, in dem der erste Asylantrag gestellt wurde, sondern auch nach der Dublin-Verordnung.

### II.5. Spezialfall: Zuerkennung subsidiären Schutzes in einem anderen europäischen Staat

Das Bundesverwaltungsgericht muss sich derzeit auch mit der Frage befassen, ob die Dublin-III-Verordnung anwendbar ist, wenn eine Person mit subsidiärem Schutz in Europa einen weiteren Asylantrag in Deutschland stellt. Hier hilft der reine Wortlaut des § 71a AsylG (»erfolgloser Abschluss«) nicht eindeutig weiter. Da es aber keinen einheitlichen Schutzstatus in Europa gibt und beispielsweise eine bulgarische Anerkennung in Deutschland kein langfristiges Aufenthaltsrecht vermittelt, bleibt den Betroffenen, die den Schutz in Bulgarien nicht in Anspruch nehmen können, kaum eine Wahl außer die Antragstellung in Deutschland.<sup>23</sup> Wie ist mit diesen Fällen umzugehen, in denen eine geflüchtete Person einen subsidiären Schutzstatus in einem sicheren Drittstaat erhalten hat und in Deutschland erneut einen Asylantrag stellt? Die Antwort auf diese Frage ist hier im Kontext der Dublin-III-VO und der Behandlung sogenannter Anerkannter (§ 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG) zu suchen.

Die herrschende Meinung und derzeitige Bundesamtspraxis hält die Dublin-Verordnung in solchen Fällen nicht für anwendbar. Dies bedeutet für Herrn D aus Somalia (siehe Beispielfälle unter II.2. b): Stellt er heute einen Asylantrag in Deutschland, obwohl er bereits subsidiären Schutz in Italien hat, wird sein Asylantrag nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG als unzulässig abgelehnt. Zugang zu einer materiellen Prüfung seines Schutzersuchens in Deutschland hat er nicht.

Das OVG Berlin-Brandenburg hat die Frage nach der Anwendbarkeit der Dublin-III-Verordnung auf Personen wie Herrn D jedoch bejaht, allerdings wegen grundsätzlicher Bedeutung die Revision zugelassen.<sup>24</sup> Kern der Frage ist auch hier, wann ein Asylantrag als »erfolglos« gilt – genauer gesagt, ob ein Asylantrag, der zur Zuerkennung

<sup>22</sup> Da im dritten Satz die Mitgliedstaaten im Plural genannt werden, ist davon auszugehen, dass diese Pflicht auch den im Dublinverfahren neu zuständig gewordenen Staat (hier: Deutschland) trifft.

<sup>23</sup> Vgl. VGH Hessen Urteil vom 4.11.2016 im Falle einer Flüchtlingsanerkennung in einem Drittstaat in dem systemische Mängel herrschen – 3 A 1322/16.A – asyl.net: M24415, Asylmagazin 1-2/2017 mit Anmerkung von Rain Magdalena Gajczyk.

<sup>24</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.11.2016, a. a. O. (Fn. 2).

subsidiären Schutzes geführt hat, als »abgelehnt« i. S. d. Art. 18 Abs. 1 Bst. d Dublin-III-VO gelten kann.<sup>25</sup>

Wäre dies so, müsste für jede subsidiär schutzberechtigte Person, die in einem anderen Staat einen weiteren Antrag auf Zuerkennung des Flüchtlingsstatus stellt, die Dublin-III-VO anwendbar sein. Das würde in erster Konsequenz dazu führen, dass für diesen Personenkreis nach den Regeln der Dublin-III-VO derjenige Staat bestimmt würde, der das »Upgrade« auf den Flüchtlingsstatus prüfen müsste. In zweiter Konsequenz würde es dazu führen, dass Deutschland – falls es im Dublinverfahren als zuständiger Staat bestimmt würde – die Durchführung eines Zweitverfahrens nach § 71a AsylG zu prüfen hätte. Wäre die Dublin-III-Verordnung auf Herrn D anwendbar, hätte er unter Umständen noch Zugang zum deutschen Asyl(zweit)verfahren.

Die Prüfung eines »Upgrade« für bereits subsidiär Schutzberechtigte auf den Flüchtlingsstatus im Folgeverfahren nach § 71 AsylG bzw. Zweitverfahren nach § 71a AsylG ist der deutschen Praxis im Grunde nicht fremd. Zum einen wird das Folgeverfahren nach § 71 AsylG auf diejenigen angewandt, die bereits in Deutschland subsidiären Schutz genießen und ihren Status mit neuen Gründen auf den Flüchtlingsstatus verbessern wollen.<sup>26</sup> Zum anderen hat das BVerwG mit Beschluss vom 23.10.2015<sup>27</sup> entschieden, dass § 71a AsylG in »Altfällen« mit subsidiärem Schutz in der EU und neuem Asylantrag in Deutschland anzuwenden ist:<sup>28</sup> Vor dem 20. Juli 2015 – der Frist für die Umsetzung der neuen Asylverfahrensrichtlinie (2013) – gestellte Asylanträge dürfen nicht allein deshalb als unzulässig behandelt werden, weil der antragstellenden Person in einem anderen Mitgliedstaat bereits subsidiärer Schutz gewährt worden ist.<sup>29</sup> Hintergrund ist, dass Art. 25 der alten Verfahrensrichtlinie (2005/85/EG)<sup>30</sup> die Ablehnung des Asylantrages einer bereits schutzberechtigten Person als unzulässig nur dann zuließ, wenn ihr bereits der Flüchtlingsstatus gewährt worden war. Wer nur subsidiären Schutz hatte, dem musste auch in einem anderen Staat das »Upgrade« ermöglicht werden.

Dies galt aber, so das BVerwG, nur für Asylanträge unter Geltung der alten Verfahrensrichtlinie (2005). Da Art. 33 der neuen Verfahrensrichtlinie (2013) es den Mitgliedstaaten seit dem 20. Juli 2015 erlaubt, nun auch

den Asylantrag einer bereits subsidiär schutzberechtigten Person als unzulässig abzulehnen, schien sich diese Frage der Aufstockung auf den Flüchtlingsstatus jedenfalls auf den ersten Blick erledigt zu haben. § 29 AsylG, der Art. 33 Verfahrensrichtlinie (2013) (jedenfalls teilweise) umsetzt, sieht in Abs. 1 Nr. 2 und 3 die Ablehnung als unzulässig für all diejenigen vor, die bereits über Flüchtlingsstatus oder subsidiären Schutz in einem anderen EU-Staat verfügen.<sup>31</sup> § 29 Abs. 1 Nr. 1 AsylG regelt die Ablehnung als unzulässig für den Fall, dass ein anderer Staat im Wege der Dublin-III-VO als zuständig bestimmt wurde.

Damit schienen jedenfalls für die Fälle, in denen der Asylantrag ab dem 20.7.2015 gestellt war, zwei Gruppen von Schutzsuchenden klar definiert, deren Asylanträge unzulässig sein sollten und die innerhalb Europas abgeschoben werden konnten: Die »Dubliner« (die noch keinen Schutz in einem anderen europäischen Staat erhalten hatten) und die »Anerkannten« (mit Flüchtlingsstatus oder subsidiären Schutz in Europa). Für die betroffenen Personen wirkt sich die Unterscheidung vor allem so aus: Die »Dubliner« können im Einzelfall z. B. durch Ablauf von Fristen oder durch Selbsteintritt Deutschlands erreichen, dass ihr Asylantrag hier geprüft wird. Für die in Europa bereits Anerkannten – wie Herrn D – ist der Weg ins deutsche Asyl(zweit)verfahren hingegen versperrt. Ihre Ablehnung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 AsylG ist dann unumgänglich.<sup>32</sup>

Art. 33 Verfahrensrichtlinie (2013) legt nahe, dass der europäische Richtlinienggeber diese beiden Gruppen getrennt betrachten möchte und die Dublin-III-VO nicht auf international Schutzberechtigte anwenden möchte

Das OVG Berlin-Brandenburg hat nun allerdings im November 2016 entschieden, dass auf in einem Dublinstaat subsidiär Schutzberechtigte, die einen weiteren Asylantrag in Deutschland stellen, die Dublin-III-Verordnung anzuwenden sei.<sup>33</sup> Es bejaht dies auch mit der Konsequenz, dass das BAMF im Falle eines Fristversäumnisses Deutschlands ein weiteres Asyl(zweit)verfahren durchzuführen habe. Zu entscheiden hatte es über eine Familie, die in der Schweiz subsidiären Schutz erhalten hatte und

<sup>25</sup> Vgl. Bender/Bethke, Asylmagazin 11/2013, a. a. O. (Fn. 21).

<sup>26</sup> § 60 Abs. 2 S. 2 AufenthG schließt das nicht aus, er verbietet lediglich, den subsidiären Schutz ein zweites Mal zuzusprechen.

<sup>27</sup> BVerwG Beschluss vom 23.10.2015 – 1 B 41.15 – asyl.net: M23334, Asylmagazin 12/2015.

<sup>28</sup> Im Urteil des BVerwG ist nicht ausdrücklich von einem Zweitverfahren die Rede, wohl aber in der Entscheidung der Vorinstanz, VGH Baden-Württemberg (Urteil vom 29.4.2015 – A 11 S 121/15 –, asyl.net: M22972, Asylmagazin 7-8/2015), die vom BVerwG bestätigt wurde.

<sup>29</sup> Dazu Bethke/Hocks, Asylmagazin 10/2016, a. a. O. (Fn. 6), S. 326ff.

<sup>30</sup> Richtlinie 2005/85/EG vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, abrufbar bei asyl.net unter »Gesetzestexte/Asylrecht«.

<sup>31</sup> Für bereits in Norwegen und der Schweiz Schutzberechtigte ist § 29 Abs. 1 Nr. 3 vorgesehen, siehe dazu Bethke/Hocks, ebd., und die Statistik der Bundesregierung zu § 29 AsylG vom 10.01.2017 als Antwort auf die schriftliche Frage des Abgeordneten Volker Beck, vgl. Nachricht in diesem Heft auf S. 69.

<sup>32</sup> Nach der bisherigen Praxis müssten sie sich in den Staat begeben, der den subsidiären Schutz zugesprochen hat, um dort ggf. (falls es das dortige nationale Recht zulässt und falls Wiederaufgreifungsgründe vorliegen) einen Folgeantrag auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft zu stellen. Dies gilt sogar für diejenigen, denen eine Rückkehr in den ursprünglich schutzgewährenden Staat nicht zumutbar ist. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn hinsichtlich eines Staates wie Bulgarien ein Abschiebungsverbot zugesprochen wurde oder wenn es sich um einen Elternteil handelt, dessen Kind in Deutschland über ein Aufenthaltsrecht verfügt. In beiden Fällen wäre es nicht zumutbar, sich überhaupt bzw. für längere Zeit in ein Land wie etwa Bulgarien zu begeben, um dort ein Asylfolgeverfahren durchzuführen.

<sup>33</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.11.2016, a. a. O. (Fn. 2).

**Übersicht:** Fallen in Europa subsidiär Schutzberechtigte unter die Dublin-III-VO? Haben sie Zugang zu einem »Upgrade« im Rahmen eines Asylzweitverfahrens?

Subsidiärer Schutz in einem »Dublinstaat« und...	Anwendbarkeit der Dublin-III-VO?	Zugang zu »Upgrade« im Rahmen des Asylzweitverfahrens?
Asylantragstellung in Deutschland vor dem 20.7.2015 (Altfälle, alte Verfahrensrichtlinie 2005)	<b>Nein:</b> Herrschende Meinung und Praxis des BAMF (keine Zuständigkeitsbestimmung, stattdessen direkt Prüfung des »Upgrades« durch das BAMF)  <b>Ja:</b> OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.11.2016 – OVG 3 B 2.16	<b>Ja:</b> BVerwG, Beschluss vom 23.10.2015 – 1 B 41.15 – und mittlerweile Praxis des BAMF
Asylantragstellung in Deutschland nach dem 20.7.2015	<b>Nein:</b> Herrschende Meinung und Praxis des BAMF (Asylantrag ist in Deutschland unzulässig gem. § 29 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 AsylG n. F.)  <b>Ja:</b> OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.11.2016 – OVG 3 B 2.16	<b>Nein:</b> Herrschende Meinung und Praxis des BAMF  <b>Ja:</b> OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.11.2016 – OVG 3 B 2.16

anschließend in Deutschland einen weiteren Asylantrag gestellt hatte.

Auf § 29 AsylG geht das Gericht dabei nicht ein, sondern bringt im Wesentlichen folgende Gründe vor: Die Dublin-III-VO regele, dass für jeden Schutzantrag ein zuständiger Staat bestimmt werden müsse (Rn. 22). Ein Asylantrag, der zur Zuerkennung subsidiären Schutzes geführt habe, sei ein abgelehnter Antrag im Sinne einer *Teilablehnung*. Die subsidiär schutzberechtigte Person sei im Falle einer erneuten Antragstellung eine Person im Sinne des Art. 18 Abs. 1 Bst. d Dublin-III-VO (deren »Antrag abgelehnt wurde«), Rn. 23.

Bemerkenswerterweise ist das OVG der Ansicht, die Nicht-Anwendung der Dublin-III-Verordnung leiste der Stellung von Mehrfachanträgen in verschiedenen Mitgliedstaaten Vorschub – bezeichnet mit dem zynischen Begriff des »Asylshopping«. Es verkennt dabei, dass gerade die Nicht-Anwendung der Dublin-VO den Weg zu einem weiteren Asylverfahren zwecks »Upgrade« in einem anderen Staat sehr wirkungsvoll versperrt, während die Anwendung dazu führt, dass durchaus ein Zuständigkeitswechsel stattfinden kann.

So verhält es sich auch in dem Fall, über den zu entscheiden war: Der Asyl(zweit)antrag der Familie, die bereits in der Schweiz subsidiären Schutz erhalten habe, sei wegen des Ablaufs der Überstellungsfrist nun in Deutschland zu prüfen, Rn. 27.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Es sind allerdings durchaus Zweifel daran angebracht, ob die betroffene Familie überhaupt subsidiären Schutz in der Schweiz genießt. Zwar machte die Schweizer Asylbehörde diese Angabe gegenüber dem BAMF, allerdings weist das OVG selbst darauf hin, dass der subsidiäre Schutz als solcher in der Schweiz nicht existiert und die Familie nach eigenen Angaben über den Status »F« verfügte, was nicht dem Schutzniveau des subsidiären Schutzes entspricht (Rn. 22).

Das OVG hat die Revision zugelassen. Es hätte schon viel dafür gesprochen, die Frage der Anwendbarkeit der Dublin-III-VO dem EuGH vorzulegen und es ist zu hoffen, dass das BVerwG dies tun wird. Denn es bedarf in diesem Punkt dringend einer europaweit einheitlichen Auslegung der Dublin-III-Verordnung. Denn an einer anderen obergerichtlichen Entscheidung zeigt sich, dass es für den Flüchtlingsschutz fatale Auswirkungen hat, wenn ein abschiebender Staat (hier: Deutschland) die Dublin-III-Verordnung auf einen Fall angewendet sehen will, obwohl der aufnehmende Staat (hier: Italien) anderer Ansicht ist und erklärt, er wende die Verordnung ausdrücklich nicht auf diesen Fall an.

Das OVG NRW hat mit Urteil vom 22.9.2016<sup>35</sup> über einen Fall wie den des Herrn D entschieden, den Fall eines somalischen Staatsangehörigen, der in Italien subsidiären Schutz erhalten hatte. Italien hatte gegenüber dem BAMF ausdrücklich erklärt, es werde die Dublin-III-VO auf diese Person nicht anwenden. Das BAMF lehnte den Asylantrag folglich nach § 26a AsylVfG a. F. ab (seit Inkrafttreten des Integrationsgesetzes am 6.8.2016 würde eine Ablehnung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG ergehen). Abgeschoben wurde der Kläger außerhalb der Regelungen des Dublin-Systems, also ohne Beachtung von Fristen und Verfahrensgarantien der Verordnung. Er erreichte Italien nicht als Antragsteller, für den sich Italien für zuständig erklärt hätte, sondern als »Anerkannter« außerhalb des Asylsystems.

Das OVG NRW bezeichnet dennoch Italien als Staat, der für den Antrag des Klägers auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft zuständig sei (Rn. 58) und beschäftigt sich ausführlich (Rn. 76–141) mit dem italienischen

<sup>35</sup> OVG NRW, Urteil vom 22.9.2016, a. a. O. (Fn. 3).

Asylsystem und dessen Garantien für Antragsteller, die der Kläger genieße. Es ignoriert dabei aber, dass Italien keineswegs gewillt war, ihn als Asyl(folge)antragsteller aufzunehmen.

Wäre die Dublin-III-VO anwendbar, wäre der Rechtsschutz gegen die Abschiebungsanordnung anders ausgestaltet als bei »Anerkannten«.<sup>36</sup> Weiterhin wäre Italien nach einer Abschiebung gemäß Artikel 40 Abs.7 Verfahrensrichtlinie (2013) verpflichtet, den Folgeantrag zu prüfen.<sup>37</sup> Bei einer Abschiebung außerhalb des Dublin-Systems entfällt diese Verpflichtung. Auch die Art. 30-32 Dublin-III-VO, die die Weitergabe von Gesundheitsdaten etc. sowie die Kostenübernahme für die Abschiebung regeln, sind auf Nicht-Dubliner nicht anwendbar. Diese Unterscheidung in »Dubliner« und »Anerkannte« wirkt sich auch nach der Ankunft in Italien ganz konkret auf die betroffenen Personen aus: Personen, die als »Dubliner« zurückkehren, haben – jedenfalls theoretisch – an den wichtigsten Flughäfen Zugang zur Beratungsstelle einer NGO für Asylsuchende und werden informiert, an welche Stelle sie sich wegen der Prüfung ihres Asylantrages und gegebenenfalls einer Unterkunft wenden können. Wer dagegen als »Anerkannter« zurückkehrt, hat weder freien Zugang zu dieser Beratungsstelle noch wird er darüber aufgeklärt, an welche Stelle er sich für einen weiteren Asylantrag wenden könnte noch erhält er Hilfe bei der Suche einer Unterkunft.<sup>38</sup>

Zur Anwendung der Dublin-Verordnung gehören, das ist einer Verordnung zur Zuständigkeitsbestimmung zwischen Mitgliedstaaten immanent, immer zwei Staaten, die sich über die Anwendbarkeit einig sind. Eine unilaterale Behauptung, die Verordnung sei anwendbar, lässt den Flüchtlingsschutz ins Leere laufen.

Das OVG NRW ist überdies trotz der Überzeugung, die Dublin-III-VO sei in diesem Fall anwendbar, nicht bereit, zumindest die Verpflichtungen Deutschlands aus derselben zu beachten. Italien hatte die Übernahme des Klägers im Rahmen der Dublin-III-VO ausdrücklich abgelehnt. Da Deutschland nicht remonstriert hatte, war es bei der Ablehnung Italiens geblieben. Daraus zieht das OVG jedoch nicht etwa den Schluss, dass die Zuständigkeit somit auf Deutschland übergegangen war. Es zieht auch nicht den – immer noch gewagten – Schluss, mit der Ablehnung unter Dublin und der gleichzeitigen Zustimmung auf anderer (von Italien nicht näher bezeichneter) Rechts-

grundlage sei die Überstellungsfrist in Gang gesetzt worden (so das OVG Berlin-Brandenburg im entsprechenden Verfahren). Es verneint vielmehr, dass überhaupt eine Überstellungsfrist in Gang gesetzt worden sei, Rn. 61.

Worin die Anwendbarkeit der Dublin-III-VO dann überhaupt noch besteht, wenn weder die Fristen der Verordnung zu respektieren sind noch die Verfahrensgarantien, die auf deutscher wie italienischer Seite zu gewährleisten sind, erschließt sich aus dem Urteil nicht. Eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache sieht das OVG NRW nicht, die Revision hat es nicht zugelassen.

Neben der Zulassung der Revision wäre allerdings auch die Vorlage an den EuGH bereits durch das OVG möglich gewesen,<sup>39</sup> da es – an dem vorliegenden Fall deutlich sichtbar – in der Frage der Anwendbarkeit der Dublin-III-Verordnung keine einheitliche Anwendung des Unionsrechts gibt.

Fälle von in Europa international Schutzberechtigten, die nach Deutschland weiterflüchten, sind zahlreich. Laut Auskunft der Bundesregierung wurde zwischen dem 6.8.2016 (Inkrafttreten des neuen § 29 AsylG) und 31.12.2016 bei 1.645 Personen der Asylantrag als unzulässig abgelehnt, weil ein anderer europäischer Staat ihnen bereits internationalen Schutz gewährt hatte.<sup>40</sup> Wenn auf diejenigen unter ihnen, die im Ausland subsidiär schutzberechtigt sind, im Gegensatz zu jenen, denen Flüchtlingsschutz zuerkannt wurde, die Dublin-III-Verordnung anwendbar wäre, stünde die Rechtmäßigkeit dieser Unzulässigkeits-Bescheide allein deshalb infrage. Erhebt man gegen einen solchen Unzulässigkeitsbescheid Klage und Eilantrag, dürfte es sich daher lohnen, in der Begründung des Eilantrags sowohl auf das Revisionsverfahren beim BVerwG hinzuweisen als auch gegebenenfalls die Vorlage beim EuGH anzuregen. Dazu sind unterinstanzliche Gerichte zwar in der Regel nicht verpflichtet, aber immer berechtigt (auch im Eilverfahren).

In zwei Fallkonstellationen läge dies besonders nahe: Zum einen in den Fällen, in denen die Zuständigkeit für die Bearbeitung des Folge- bzw. Zweitantrags – falls die Dublin-III-VO anwendbar wäre – längst auf Deutschland übergegangen wäre. Zurzeit entscheidet das BAMF in vielen Verfahren über Asylanträge, die bereits Jahre zurückliegen. Eine Ablehnung als unzulässig nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 AsylG ist anders als eine Dublin-Ablehnung »fristlos« möglich, sodass sie auch gegenüber Personen ausgesprochen werden kann, die bereits seit Jahren als Asylsuchende in Deutschland leben. Wäre aber auf Personen mit subsidiärem Schutz in einem Dublinstaat die Dublin-III-Verordnung anwendbar, wären die Fristen für

<sup>36</sup> Vgl. Bender/Bethke, Asylmagazin 11/2013, a. a. O. (Fn. 21).

<sup>37</sup> Art. 40 Abs. 7 Verfahrensrichtlinie (2013) lautet: »Wenn eine Person, gegen die ein Überstellungsbeschluss gemäß der [Dublin-]Verordnung (EU) Nr. 604/2013 zu vollstrecken ist, in dem überstellenden Mitgliedstaat weitere Angaben vorbringt oder einen Folgeantrag stellt, prüft der gemäß der genannten Verordnung zuständige Mitgliedstaat diese weiteren Angaben oder Folgeanträge im Einklang mit dieser Richtlinie.«

<sup>38</sup> Schweizerische Flüchtlingshilfe: Aufnahmebedingungen in Italien, Zur aktuellen Situation von Asylsuchenden und Schutzberechtigten, insbesondere Dublin-Rückkehrenden in Italien, August 2016, S. 22f., 33f., ecoinet.net: ID 328842.

<sup>39</sup> Eine Verpflichtung zur Vorlage bestand allerdings nach Art. 267 AEUV nicht, da gegen das Urteil noch ein ordentlicher Rechtsbehelf (hier die Nichtzulassungsbeschwerde) möglich war.

<sup>40</sup> Ablehnung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AsylG; Statistik der Bundesregierung zu § 29 AsylG vom 10.1.2017 als Antwort auf die schriftliche Frage des Abgeordneten Volker Beck, vgl. Nachricht in diesem Heft auf S. 69.

Anfrage und Überstellung längst abgelaufen. Dann müsste das BAMF ein Asyl(zweit)verfahren in Deutschland durchführen.

Vor allem aber könnten Fälle geeignet sein, in denen die Lebensbedingungen der betroffenen Person in dem Staat, in dem ihr subsidiärer Schutz gewährt wurde, besonders schwierig sind. In einem so gelagerten Fall stellte das BVerfG im Januar 2017 fest, dass die Nicht-Vorlage an den EuGH durch das zuständige VG im Eilverfahren das Recht auf effektiven Rechtsschutz verletzte, da es dem an Tuberkulose erkrankten Asylsuchenden nicht ohne Weiteres zumutbar war, das Hauptsacheverfahren von Bulgarien aus zu betreiben. Als klärungsbedürftig sah das BVerfG die Frage an, ob die Tatsache, dass das BAMF kein vorgeschriebenes persönliches Gespräch nach Art. 5 Dublin-III-Verordnung durchführte, für die Rechtmäßigkeit des Dublin-Bescheids beachtlich ist.<sup>41</sup>

### III. Der Bescheid des Bundesamts über einen Zweitantrag

#### III. 1. Ablehnung des Asylantrags als unzulässig

Kommt das Bundesamt nach der Prüfung des Zweitantrages zu dem Ergebnis, dass das Verfahren nicht wieder aufzunehmen ist, dann lehnt es den Asylantrag, wie bereits eingangs dargelegt, als »unzulässig« ab. Diesen Fall regelt seit August 2016 der neue § 29 AsylG, der hier alle Fälle von unzulässigen Asylanträgen in einer einzigen Norm zusammenfasst.<sup>42</sup> Seit dieser Neuregelung ist das Bundesamt auch dazu verpflichtet, die nationalen Abschiebungsverbote hinsichtlich des Zielstaates der Abschiebung zu prüfen. Das ergibt sich aus § 31 Abs. 3 Satz 1 AsylG, der ebenfalls seit August 2016 neu gefasst ist. Da der Zielstaat der Abschiebung bei einem Zweitverfahren der Herkunftsstaat ist, müssen die diesbezüglichen Gründe geprüft werden, auch wenn solche Gründe im Einzelnen bereits beim Erstantrag Thema waren. Hierbei ist das Bundesamt auch nicht an die Wiederaufgreifensgründe gebunden, das heißt, es muss alle Gründe der Betroffenen prüfen und hat dazu auch die Aspekte zu berücksichtigen, die in dem Erstbescheid bereits berücksichtigt wurden oder damals hätten berücksichtigt werden müssen. Einen Ausschluss solcher Gründe, die schon Gegenstand des ablehnenden Bescheides waren, gibt es nicht. Das Bundesamt muss daher ermitteln, ob es aktuell Gründe aus dem Bereich des § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG gibt, die der Abschiebung im Wege stehen.

Wie die Ausreisefrist zu bestimmen ist, gibt der Gesetzgeber hier nicht unmittelbar an. In § 36 Abs. 1 AsylG

wird die einwöchige Frist nur für die »Unzulässigkeits«-Entscheidungen angeordnet, die sich aus § 29 Abs. 1 Nr. 2 und 4 AsylG ergeben, die Nummer 5 ist hier nicht genannt. Allerdings gibt es in § 71a Abs. 4 AsylG einen Verweis dahin, dass der § 36 AsylG entsprechend anzuwenden sei. Dem kann entnommen werden (und das Bundesamt tut dies auch), dass auch bei der Ablehnung der Durchführung eines Zweitverfahrens die einwöchige Ausreisefrist zu gelten habe. Der Bescheid, in dem das Bundesamt den Zweitantrag ablehnt, hat im Fall des A demnach folgende Gestalt:

1. Der Asylantrag des A wird als unzulässig abgelehnt.
2. Die Voraussetzungen des § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG liegen (hinsichtlich Äthiopiens) nicht vor.
3. Die Abschiebung nach Äthiopien wird angedroht. Die Ausreisefrist beträgt eine Woche ab Bekanntgabe der Entscheidung.

#### III. 2. Rechtsschutz und Klageantrag

Gegen die Ablehnung des Zweitantrags als unzulässig kann Klage erhoben werden. Wegen der entsprechenden Anwendung des § 36 AsylG hat die Klage keine aufschiebende Wirkung<sup>43</sup> und die Klagefrist beträgt eine Woche.<sup>44</sup> Auch der Eilantrag ist innerhalb einer Woche zu stellen (§ 36 Abs. 3 Satz 1 AsylG).

Der Klageantrag richtet sich auf die Aufhebung der Unzulässigkeits-Entscheidung. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner schon mehrfach erwähnten jüngsten Entscheidung betont, dass hier kein Antrag auf ein »Durchentscheiden«, also auf die Verpflichtung zur Schutzgewährung selbst zu stellen ist.<sup>45</sup> Greift der Anfechtungsantrag dann durch, liegt der Fall wieder beim Bundesamt und dieses muss den Asylantrag in der Sache erst einmal selbst prüfen. Zur Begründung dieser Vorgehensweise führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass spätestens mit der Einführung der eigenständigen Zulässigkeitsprüfung durch den § 29 AsylG ein eigener Streitgegenstand bestehe, der durch die Frage des Wiederaufgreifens oder Nichtwiederaufgreifens bestimmt sei. Im Übrigen sei mit dem Bundesamt eine Fachbehörde vorhanden, die, wenn es um die inhaltliche Prüfung des Antrags gehe, nicht sogleich durch das Gericht abgelöst werden solle.<sup>46</sup> Diese Ansicht ist im Kontext des Zweitan-

<sup>41</sup> BVerfG Beschluss vom 17.1.2017 – 2 BvR 2013/16 – asyl.net: M24630 (Veröffentlichung im Asylmagazin 4/2017 vorgesehen).

<sup>42</sup> Dazu Bethke/Hocks, Asylmagazin 10/2016, a. a. O. (Fn. 6), S. 326ff.

<sup>43</sup> Es handelt sich wegen der Anwendbarkeit des § 36 AsylG nicht um einen »sonstigen« Fall der Ablehnung des Asylantrags (§ 38 Abs. 1 AsylG). Die Klage in Fällen von sonstigen Fällen der Ablehnung hätte nach § 75 Abs. 1 AsylG dann eine aufschiebende Wirkung.

<sup>44</sup> Dies ergibt sich aus § 74 Abs. 1 AsylG, weil der Eilantrag entsprechend § 36 Abs. 3 Satz 1 AsylG auch innerhalb einer Woche zu stellen ist.

<sup>45</sup> BVerwG, Urteil vom 14.12.2016, a. a. O. (Fn. 1).

<sup>46</sup> Ebd., Rn. 14ff.

trages sicherlich praxisnah, insbesondere, wenn im Streit steht, ob es sich überhaupt um einen Zweitantrag handelt.

Ob diese Aussage auch sinnvoll auf den Bereich des allgemeinen Folgeantrags nach § 71 AsylG erstreckt werden kann, muss eingedenk des Beschleunigungsgebots wohl bezweifelt werden. Wird von der Beklagten die Eignung der Wiederaufgreifensgründe (z. B. im Hinblick auf eine damit angeblich begründete Verfolgungsgefahr) bestritten, ist es wenig praktisch, diese Streitfrage in einen Zulässigkeits- und einen Begründetheitsteil aufzuspalten. Hier spricht viel dafür, so wie auch früher schon,<sup>47</sup> bei der Ablehnung eines Folgeantrags nach § 71 AsylG direkt auf die Schutzzuerkennung zu klagen.<sup>48</sup>

Dieser Einwand gegen die Verpflichtungsklage gilt allerdings nicht für den Teil der Entscheidung, der das Nichtvorliegen der Voraussetzungen für das nationale Abschiebungsverbot ausspricht. Folglich kann hier – und so empfiehlt es auch das BVerwG<sup>49</sup> – ein hilfsweiser Verpflichtungsantrag gestellt werden, sodass der Klageantrag im Falle des A folgenden Wortlaut hätte:

»Es wird beantragt, den Bescheid der Beklagten (des Bundesamtes) vom [...] aufzuheben. Hilfsweise wird beantragt, die Beklagte unter Aufhebung von Ziffer 2 und 3 des Bescheides zu verpflichten, bei A die Voraussetzungen des § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG festzustellen.«

Im Erfolgsfalle wird das Bundesamt verpflichtet, den Asylantrag in der Sache zu prüfen. Dem Fall, dass das Gericht die Auffassung des Bundesamtes zu den Wiederaufnahmegründen teilt (also keine inhaltliche Prüfung über den Schutzantrag vorschreibt), es aber die Ausführungen zu den nationalen Abschiebungsverboten beanstandet, trägt der Hilfsantrag Rechnung.

### III. 3. Gründe im Rechtsmittelverfahren

Betroffene können in einem Klageverfahren eine ganze Reihe möglicher Gründe vorbringen. Diese reichen von dem Einwand, dass es sich bei dem Asylantrag in Deutschland gar nicht um einen Zweitantrag handelt, über den Vorhalt der systemischen Mängel im Staat der ersten Entscheidung bis hin zu der Diskussion über die rechtzeitige Angabe tragfähiger Wiederaufnahmegründe.

#### III. 3. a Einwand gegen die Einordnung als Zweitantrag

Hier kann auf die vielen Gesichtspunkte von oben verwiesen werden, etwa dass der Erstantrag im anderen Staat noch nicht abschließend bearbeitet worden ist oder dass überhaupt nicht stichhaltig dargelegt wurde, welches Verfahrensstadium im anderen Land erreicht worden ist.

#### III. 3. b Systemische Mängel im Drittstaat

Will man an einer asylrechtlichen Entscheidung aus einem anderen Staat in der Weise festhalten, dass man eine Veränderung der Entscheidung nur noch unter der Bedingung der Wiederaufgreifensvoraussetzungen zulässt, drückt das die Prämisse aus, dass die fremde Entscheidung als tragfähige Beurteilung eines Asylgesuchs anerkannt wird. Das genau aber scheidet aus, wenn der Staat der Antragstellung systemische Mängel aufweist. Aus diesem Grunde behandelt das Bundesamt selbst Fälle mit einer ablehnenden griechischen Entscheidung immer als Erstantrag. Gleiches gilt für vulnerable Personen mit besonderen Bedürfnissen, deren Antrag auf Malta abgelehnt worden ist.<sup>50</sup> Im Einzelfall können Betroffene Einwände gegen die Qualität des Asylverfahrens natürlich auch im Hinblick auf andere Staaten vorbringen, sofern dies begründet werden kann.

#### III. 3. c Wiederaufnahmegründe und Dreimonatsfrist

Die letzte Gruppe der Gründe sind solche, die sich auf die Wiederaufnahme beziehen. Das kann im Einzelfall die Darlegung neu entstandener Verfolgungsgründe sein oder auch Änderungen im Herkunftsland. Bei den sogenannten subjektiven Nachfluchtgründen, also solchen später entstandenen Gründen, die die Betroffenen selbst veranlasst haben (wie etwa eine neue politische Aktivität in einer Exilpartei) wendet das Bundesamt den § 28 Abs. 2 AsylG ein und lehnt hier den Flüchtlingsstatus wegen des Folgeverfahrenscharakters ab. Rein dogmatisch überzeugt diese Einschränkung nicht, da der Gesetzgeber in § 28 Abs. 2 AsylG nur von Folgeverfahren spricht. Auch in Rechtsprechung und Literatur wird das Vorbringen im Rahmen eines neuen Antrags, dem der erfolglose Erstantrag in einem anderen Dublin-Staat vorausgegangen ist, nicht als Tatbestand des § 28 Abs. 2 AsylG angesehen.<sup>51</sup>

Für die Dreimonatsfrist gilt auch bei dem Zweitantrag, dass der Verweis in § 71a AsylG nicht mehr mit der Verfahrensrichtlinie (2013) im Einklang steht, da diese eine solche Dreimonatsfrist nicht kennt.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> So BVerwG, Urteil vom 10.02.1998 – 9 C 28/97 –, asyl.net, Rn. 10; NVwZ 1998, 861 (862).

<sup>48</sup> In seiner Entscheidung vom 14.12.2016 hat das BVerwG sich aber wohl auch auf die Anfechtungsklage als statthafte Klageart bei allgemeinen Folgeanträgen (§ 71 AsylG) festgelegt, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 20.

<sup>49</sup> Ebd.

<sup>50</sup> Das ergibt sich aus der Dienstanweisung des Bundesamtes zum Zweitantrag.

<sup>51</sup> OVG Saarouis, Urteil vom 31.10.2011 – 3 A 200/11 –, BeckRS 2011, 55556, wendet den § 28 Abs. 2 AsylG nur bei Folgeverfahren an, für die der Zweitstaat durch die Dublin-VO zuständig wird. Ergibt sich die Zuständigkeit für eine neue Asylprüfung entgegen der Wertung des Art. 24 Abs. 4 Dublin-III-VO, ist nach der Literatur auch § 28 Abs. 2 AsylG nicht anzuwenden (Hailbronner, Ausländerrecht, § 28 AsylVfG, 87. Aktualisierung, Rn. 48).

<sup>52</sup> NK-AuslR/Bruns, a. a. O. (Fn. 7), § 71a AsylG, Rn. 2.

### III. 4 Entscheidungsmaßstab im Eilverfahren

Durch die Verweisung in § 71a Abs. 4 AsylG auf den § 36 AsylG kommt für das Eilverfahren gegen die Ablehnung des Zweitantrags als »unzulässig« die Regelung zur Anwendung, die an sich für die Ablehnung von Asylanträgen als »offensichtlich unbegründet« gilt. Neben Ausreisefrist und dem Wegfall der aufschiebenden Wirkung ist das auch die Definition des Entscheidungsmaßstabes bei der Entscheidung über den Eilantrag. Nach § 36 Abs. 4 AsylG ist die Abschiebung nur bei »ernstlichen Zweifeln« auszusetzen, und die Verwaltungsgerichte wenden diesen Maßstab auch so an,<sup>53</sup> anstatt die im Verwaltungsprozess regelmäßig anzutreffende Abwägungsentscheidung vorzunehmen. Das aber erscheint nicht stimmig, weil diese für die Betroffenen weniger günstige Regelung nicht – wie etwa bei offensichtlich unbegründeten Asylanträgen – von Art. 16a Abs. 4 GG gedeckt ist. Die Abschiebung einer ausländischen Person in den Herkunftsstaat ist nach dem Grundgesetz nur dann unter den besonders hoch angelegten Maßstäben vom Gericht auszusetzen, wenn es sich um einen offensichtlich unbegründeten oder als offensichtlich unbegründet geltenden Asylantrag handelt. Die Ablehnung eines Zweitantrags vermag diese Offensichtlichkeit an sich nicht zu rechtfertigen.

### 4. Fazit

Aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts kann für künftige Fälle die Prognose entnommen werden, dass das Bundesamt nach dem Ende eines Dublin-Verfahrens nicht mehr auf der Basis einer Vermutung das Zweitverfahren einleitet. Zweitverfahren werden seltener. Für die Betroffenen genügt es jetzt, die potentielle Wiederaufnahme ihres Verfahrens im Erststaat ins Feld zu führen, um in Deutschland dem Zweitverfahren zu entgehen. Spannend wird die Diskussion über den Umgang mit nur zum Teil ablehnenden Entscheidungen. Der Gedanke, der aus der Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg spricht, subsidiär Schutzberechtigten in Deutschland noch eine Statusverbesserung zu ermöglichen, überzeugt, bleibt sicher aber nicht unwidersprochen. Dogmatisch ist dieses Thema, welches mit den vielen Bezügen zu Dublin-Recht und der in diesem Bereich wenig aussagekräftigen Vorgaben der Verfahrensrichtlinie (2013) noch auf einige klärende Worte wartet, ohnehin interessant.

<sup>53</sup> So zuletzt Maßstab bei Eilverfahren: VG Düsseldorf, Beschluss vom 24.1.2017 – 14 L 4382/16.A – asyl.net: M24765.



**Informationsverbund**  
ASYL & MIGRATION

## Unsere Angebote

**ASYLMAGAZIN – Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht** Aktuelle Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration: Das Asylmagazin bietet Beiträge aus der Beratungspraxis und zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen, Rechtsprechung, Länderinformationen, Nachrichten sowie Hinweise auf Arbeitshilfen und Stellungnahmen.

Das Asylmagazin erscheint neunmal im Jahr und kann zum Preis von 62 € jährlich abonniert werden. Der Preis für ein zweites Abonnement beträgt 55 € jährlich. Weitere Informationen und ein Bestellformular finden Sie unter [www.asyl.net](http://www.asyl.net) und beim Verlag:

Von Loeper Literaturverlag im Ariadne Buchdienst  
Daimlerstr. 23, 76185 Karlsruhe  
E-Mail: [bestellservice@ariadne.de](mailto:bestellservice@ariadne.de)  
Internet: <http://www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/>

**www.asyl.net** Die Internetseite mit einer Rechtsprechungsdatenbank zum Flüchtlings- und Migrationsrecht sowie sachverwandten Rechtsgebieten, ausgewählter Rechtsprechung und Länderinformationen, Beiträgen aus dem ASYLMAGAZIN, Adressen, Gesetzestexten, Terminen, Arbeitsmitteln und Stellungnahmen. Nachrichten und Informationen über aktuelle Rechtsprechung können Sie zusätzlich über einen Newsletter erhalten.

**familie.asyl.net** Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und schutzberechtigten Personen.

**adressen.asyl.net** Bundesweite Datenbank mit Beratungsangeboten.

**www.fluechtlingshelfer.info** Die Internetseite mit Informationen für die ehrenamtliche Unterstützung von Flüchtlingen: Arbeitshilfen, Projekte, Links und Adressen.

**www.ecoi.net** Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern.

**Dokumenten- und Broschürenversand** Dokumente, die im ASYLMAGAZIN und bei [www.asyl.net](http://www.asyl.net) mit einer Bestellnummer genannt werden, können bei IBIS e.V. in Oldenburg bezogen werden (Bestellformular im ASYLMAGAZIN).



In Kooperation mit

