



Urteil vom 9. April 2013

Besetzung

Richterin Christa Luterbacher (Vorsitz),
Richter Martin Zoller, Richterin Gabriela Freihofer,
Richterin Muriel Beck Kadima, Richterin Emilia Antonioni,
Gerichtsschreiberin Sarah Diack.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Georgien,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM), Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung nach Öster-
reich (Dublin-Verfahren);
Verfügung des BFM vom 6. April 2011 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a. Der Beschwerdeführer, eigenen Angaben zufolge ein aus B. _____ stammender Georgier, überquerte am 18. August 2003 die schweizerische Grenze und stellte am 19. August 2003 erstmals in der Schweiz ein Asylgesuch. Sein Asylgesuch wurde vom damaligen Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) mit Verfügung vom 28. Oktober 2003 abgewiesen. Dieser Entscheid erwuchs am 6. Dezember 2003 unangefochten in Rechtskraft. Am 15. Januar 2004 notierte das BFF die unkontrollierte Ausreise des Beschwerdeführers mit Datum vom 3. Dezember 2003.

A.b. Am 14. Februar 2011 reiste der Beschwerdeführer erneut in die Schweiz ein und stellte am gleichen Tag im Centro di Registrazione in Chiasso (EVZ) ein zweites Asylgesuch.

B.

Die am 16. Februar 2011 durch das BFM mittels der europäischen Fingerabdruck-Datenbank (EURODAC) durchgeführten Abklärungen ergaben, dass der Beschwerdeführer am 13. März 2003 in Österreich, daraufhin am 25. November 2003 in Deutschland, am 11. April 2005 in Schweden, am 22. Juli 2005 in Österreich, am 28. Juli 2010 in Schweden und schliesslich am 1. Oktober 2010 in Norwegen daktyloskopisch erfasst worden war (vgl. B5/3).

C.

Am 28. Februar 2011 wurde er im EVZ summarisch zu seinem Reiseweg und zu seinen Asylgründen befragt.

C.a. Betreffend Reiseweg führte er aus, er habe sich nach der Ausreise aus der Schweiz im November 2003 nach Deutschland begeben und dort ein Asylgesuch gestellt. Nach zirka sieben/acht Monaten sei er nach Österreich ausgeschafft worden. Nach einem mehrmonatigen Aufenthalt in Österreich sei er im Frühling 2005 nach Schweden weitergereist, wo er erneut um Asyl nachgesucht habe. Nach zirka vier Monaten sei er von Schweden ebenfalls nach Österreich ausgeschafft worden, wo er zirka zwei Jahre geblieben sei. Im Jahre 2007 habe er sich dann für zirka ein-einhalb Jahre nach Belgien begeben, dort aber kein Asylgesuch gestellt. Im Frühjahr 2008 sei er nach Italien gereist, von wo aus er nach einem mehrtägigen Aufenthalt spontan und ohne kontrolliert zu werden (über Griechenland und die Türkei) nach Georgien zurückgekehrt sei; in Geor-

gien habe er sich bis Ende 2008 aufgehalten. Anschliessend habe er ein Jahr in Armenien und sechs Monate in Russland verbracht, bevor er im Jahre 2010 zuerst in Schweden und dann in Norwegen um Asyl nachge-sucht habe. Als er vor zirka zwei Monaten (Ende 2010) von Norwegen nach Schweden zurückgekehrt sei, sei er dort anlässlich einer Polizeikon-trolle verhaftet und nach Österreich ausgeschafft worden. In Österreich habe man ihn direkt in Ausschaffungshaft gesetzt. Nach seiner Freilas-sung vor zirka zwei Wochen (Anfang/Mitte Februar 2011) sei er mit dem Zug über Italien am 14. Februar 2011 in die Schweiz eingereist.

C.b. Zur Begründung seines Asylgesuches machte er im Wesentlichen geltend, er habe am Ossetienkrieg in Tskhinvali, Georgien, am 8. August 2008 teilgenommen. Am 9. August 2008 sei er aufgrund der beginnenden Bombardierungen durch die russische Luftwaffe mit anderen Kämpfern geflüchtet. Er habe sich in einen Wald retten können und sei dann nach Hause zurückgekehrt. Der Hauptmann, der ihm zur Flucht geraten habe, sei später verhaftet worden. In der Folge sei er von der georgischen Re-gierung des Landesverrates beschuldigt worden. Einmal seien Behör-denmitglieder mit einem Haftbefehl bei ihm zuhause erschienen. Glückli-cherweise sei er zu diesem Zeitpunkt nicht zuhause gewesen. Um einer 20-25jährigen Gefängnisstrafe zu entgehen, sei er aus Georgien geflüch-tet.

C.c. Dem Beschwerdeführer wurde anlässlich der Befragung im EVZ das rechtliche Gehör zu einer allfälligen Wegweisung nach Österreich, Deutschland, Schweden oder Norwegen gewährt. Das BFM wies ihn dar-auf hin, dass gestützt auf seine Aussagen und die vorliegenden EURO-DAC-Treffer vermutlich einer dieser Staaten für die Durchführung seines Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig sei. Der Beschwerdeführer bestätigte die EURODAC-Erfassungen und äusserte sich lediglich im Be-zug auf Österreich; er wolle nicht dorthin zurückkehren, weil ihm eine so-fortige Ausschaffungshaft drohe (vgl. B6 S. 11).

D.

Mit Verfügung vom 3. März 2011 wurde der Beschwerdeführer für die Dauer des Asylverfahrens dem Kanton (...) zugewiesen.

E.

Am 22. März 2011 richtete das BFM gestützt auf den EURODAC-Treffer vom 22. Juli 2005 in Österreich gemäss Art. 16 Abs. 1 Bst. e der Verord-nung EG Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung

von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrages zuständig ist (Dublin-II-VO), das Ersuchen um Wiederaufnahme ("take back") des Beschwerdeführers an Österreich (vgl. B13/5).

F.

Mit Antwortschreiben vom 25. März 2011 stimmten die österreichischen Behörden einer Rückübernahme zu (vgl. B15/1).

G.

Mit Verfügung vom 6. April 2011 – eröffnet am 13. April 2011 – trat das BFM gestützt auf Art. 34 Abs. 2 Bst. d des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das Asylgesuch nicht ein, wies den Beschwerdeführer aus der Schweiz nach Österreich weg, ordnete den Vollzug an, wobei der Beschwerdeführer die Schweiz spätestens am Tag nach dem Ablauf der Beschwerdefrist zu verlassen habe, und hielt fest, eine allfällige Beschwerde habe keine aufschiebende Wirkung. Schliesslich wurde die Aushändigung der editionspflichtigen Akten an den Beschwerdeführer angeordnet.

H.

Mit Eingabe vom 19. April 2011 (Poststempel) focht der Beschwerdeführer diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht an und beantragte sinngemäss, der Entscheid des BFM vom 6. April 2011 sei aufzuheben und das BFM anzuweisen, sein Recht auf Selbsteintritt auszuüben und sich für das vorliegende Asylgesuch für zuständig zu erklären. In formeller Hinsicht ersuchte er um eine erneute Anhörung, die ohne die Anwesenheit eines georgischen Dolmetschers durchzuführen sei.

I.

Mit Telefax vom 21. April 2011 setzte das Bundesverwaltungsgericht den Vollzug der Wegweisung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 56 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) vorläufig aus.

J.

Gleichentags – am 21. April 2011 – stellte das BFM die Rechtskraft seines Entscheides vom 6. April 2011 fest (vgl. B22).

K.

Mit Verfügung vom 28. April 2011 setzte die zuständige Instruktionsrichte-

rin den Vollzug der angefochtenen Verfügung bis auf Weiteres aus und erklärte gleichzeitig die am 21. April 2011 ergangene Rechtskraftmitteilung des BFM für wirkungslos. Sie verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und lud die Vorinstanz ein, sich zu gewissen Unklarheiten im Verfahren vernehmlassungsweise zu äussern.

L.

Mit Vernehmlassung vom 10. Mai 2011 nahm die Vorinstanz zu den aufgeworfenen Fragen Stellung und beantragte weiterhin die Abweisung der Beschwerde.

M.

Der Beschwerdeführer verzichtete auf die Eingabe einer Replik.

N.

Auf die detaillierte Begründung der vorinstanzlichen Verfügung vom 6. April 2011, der Beschwerdeeingabe vom 19. April 2011, der Instruktiionsverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. April 2011 und der Vernehmlassung vom 10. Mai 2011 wird – soweit für den Entscheid wesentlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Ein solches Auslieferungsersuchen liegt nicht vor.

1.2. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG und das AsylG nichts anderes bestimmen (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

1.3. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 2 AsylG, Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das BFM ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen (Art. 32 – 35a AsylG), ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 34 E. 2.1 S. 240 f.). Die Beschwerdeinstanz enthält sich einer selbständigen materiellen Prüfung und weist die Sache – sofern sie den Nichteintretensentscheid als unrechtmässig erachtet – zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

3.

3.1. Der Beschwerdeführer bringt auf Rechtsmittelebene sinngemäss vor, er habe in Georgien zu seiner eigenen Sicherheit und derjenigen seiner Familie eigene Leute bei den russischen Soldaten verraten und sei deswegen von den georgischen Behörden verfolgt worden. Sowohl in der Befragung des österreichischen als auch in derjenigen des schweizerischen Asylverfahrens seien jedoch georgische Landsleute anwesend gewesen. Als Landesverräter habe er nicht die Wahrheit sagen können, weil er den anwesenden georgischen Staatsangehörigen nicht getraut habe. Damit er seine wahren Asylgründe vorbringen könne, sei die Anhörung – ohne Beisein eines georgischen Dolmetschers – zu wiederholen.

3.2. Formelle Rügen sind vorab zu prüfen, da sie allenfalls eine Kassation der angefochtenen Verfügung bewirken können (vgl. BVGE 2008/14 E. 4.1, BVGE 2007/30 E. 8.2).

3.2.1. Im Asylverfahren ist der Sachverhalt grundsätzlich von Amtes wegen festzustellen (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG). Die behördliche Un-

tersuchungspflicht wird jedoch durch die der asylsuchenden Person gestützt auf Art. 8 AsylG auferlegte Mitwirkungspflicht eingeschränkt, wobei diese insbesondere bei der Anhörung vollständig anzugeben hat, weshalb sie um Asyl nachsucht. Vorliegend ist zu prüfen, ob – aufgrund des Beiseins von Dolmetschern georgischen Ursprungs an der Anhörung – der Beschwerdeführer begründeterweise seine Mitwirkungspflicht nicht wahrnehmen konnte und somit der Sachverhalt unzureichend festgestellt wurde (vgl. BVGE 2007/30 E. 5.5.1 f.).

3.2.2. Dazu ist zu bemerken, dass sämtliche an einer Asylbefragung teilnehmenden Personen, folglich auch Dolmetscher, hinsichtlich ihrer Vertrauenswürdigkeit und charakterlichen Eignung sorgfältig geprüft werden und somit das volle Vertrauen der Behörden geniessen. Sie unterliegen einer Geheimhaltungspflicht, werden auf ihre wichtige Rolle in der Sachverhaltsermittlung und auf die damit verbundene Sorgfaltspflicht hingewiesen. Aus den Akten sind keine Hinweise ersichtlich, die Zweifel an der Professionalität der Dolmetscher aufkommen liessen. Der Beschwerdeführer hat während der Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens keinerlei diesbezügliche Zweifel geäussert, womit seine Rüge – auf Beschwerdeebene vorgebracht – als offensichtlich nachgeschoben und somit unbegründet zu qualifizieren ist. Daher wurde der Sachverhalt richtig erstellt, womit das Begehren um erneute Anhörung (ohne Beizug eines georgischen Dolmetschers) abzuweisen ist.

4.

4.1. Gemäss Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG wird auf ein Asylgesuch in der Regel nicht eingetreten, wenn die asylsuchende Person in einen Drittstaat ausreisen kann, welcher für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens staatsvertraglich zuständig ist. Die Prüfung der staatsvertraglichen Zuständigkeit zur materiellen Behandlung eines Asylgesuches richtet sich dabei nach den Kriterien der Dublin-II-VO (vgl. die einleitenden Bestimmungen sowie Art. 1 Abs. 1 des Abkommens vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags [Dublin-Assoziierungsabkommen, DAA, SR 0.142.392.689] i.V.m. Art. 29a Abs. 1 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen [AsylV 1, SR 142.311]). Im Weiteren setzt Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG voraus, dass

der staatsvertraglich zuständige Staat einer Übernahme der asylsuchenden Person zugestimmt hat (Art. 29a Abs. 2 AsylV 1).

4.2. Die österreichischen Behörden stimmten am 25. März 2011 einer Übernahme zu. Mit Verfügung vom 6. April 2011 ordnete das BFM in der Folge gestützt auf die Dublin-II-VO eine Wegweisung nach Österreich an.

4.3. Aufgrund der Unstimmigkeiten im vorinstanzlichen Verfahren bat die zuständige Instruktionsrichterin das BFM mit Verfügung vom 28. April 2011 erstens darum, zu klären, weshalb es sich auf die EURODAC-Einträge aus den Jahren 2003 und 2005 und nicht auf die späteren Einträge aus dem Jahre 2010 stützte, obwohl der Beschwerdeführer erklärt habe, im Jahre 2008 nach Georgien zurückgekehrt zu sein. Diesbezüglich sei auch zu erläutern, weshalb im Formular des Wiederaufnahmegesuchs an Österreich die Frage, ob der Beschwerdeführer erklärt habe, das Hoheitsgebiet der Dublin-Mitgliedstaaten verlassen zu haben, verneint worden sei. Schliesslich wurde das BFM gebeten, seine aktuelle Praxis im Bezug auf EURODAC-Treffer, die vor dem operationellen Inkrafttreten der Dublin-II-VO für die Schweiz am 12. Dezember 2008 datierten, darzulegen.

4.4. Zur Beurteilung, ob die Vorinstanz vorliegend zu Recht nicht auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers eingetreten ist, sind daher im Vorfeld einige Fragen zu klären.

5.

5.1. Erstens gilt es zu beantworten, ob die Bestimmungen der Dublin-II-VO in Bezug auf einen Anknüpfungspunkt angewendet werden dürfen, der zeitlich vor deren Inkrafttreten für die Schweiz liegt. Namentlich stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um eine Rückwirkung handelt und falls ja, ob dies eine zulässige oder unzulässige Rückwirkung darstellt.

5.2. Das DAA wurde am 26. Oktober 2004 abgeschlossen und von der Bundesversammlung am 17. Dezember 2004 genehmigt. Die Hinterlegung der Schweizerischen Ratifikationsurkunde erfolgte am 20. März 2006 und das DAA trat am 1. März 2008 in Kraft. In Art. 1 Abs. 1 DAA wird festgehalten, dass die Bestimmungen der Dublin-II-VO, der Eurodac-Verordnung (Verordnung [EG] Nr. 2725/2000 des Rates vom 11. Dezember 2000 über die Einrichtung von "Eurodac" für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubliner Übereinkommens) sowie der beiden Verordnungen mit den Dublin-

und den Eurodac-Durchführungsbestimmungen (Verordnung [EG] Nr. 1560/2003 der Kommission vom 2. September 2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Dublin-II-VO [DVO Dublin], sowie Verordnung [EG] Nr. 407/2002 des Rates vom 28. Februar 2002 zur Festlegung von Durchführungsbestimmungen zur Eurodac-Verordnung) von der Schweiz umgesetzt und im Rahmen ihrer Beziehungen zu den Mitgliedstaaten der Europäischen Union angewendet werden. Die Dublin-II-VO trat zwar formell für die Schweiz am 1. März 2008 in Kraft, die operationelle Inkraftsetzung erfolgte jedoch erst (nachdem durch die EU ein spezielles Evaluationsverfahren zur Umsetzung der Schengener Vorschriften in der Schweiz abgeschlossen wurde) am 12. Dezember 2008. Dieses Datum stellt somit den ausschlaggebenden Zeitpunkt der Rückwirkungsfrage dar.

5.3. Rückwirkung im nationalen Recht bedeutet die Anwendung neuen Rechts auf Sachverhalte, die sich noch unter altem Recht zugetragen haben, wobei zwischen echter und unechter Rückwirkung zu unterscheiden ist. Echte Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat (vgl. BVGE 2009/3 E. 3.2, BVGE 2007/25 E. 3.1). Echte Rückwirkung ist – weil sie der Rechtssicherheit offensichtlich widerspricht – im Falle, dass sie sich belastend auswirkt, nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen zulässig (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 24 Rz. 26 S.192., ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St.Gallen 2010 S. 71). Als unechte Rückwirkung ist demgegenüber das Anknüpfen neuer Rechtsnormen an einen in der Vergangenheit eingetretenen, jedoch in die Gegenwart fort-dauernden Sachverhalt zu bezeichnen (BVGE 2009/3 E. 3.2). Unechte Rückwirkung ist – da sie die Rechtssicherheit weit weniger berührt – grundsätzlich zulässig (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 24 Rz. 28 S.193).

5.4. Im Folgenden wird vorerst untersucht, wie sich der Sachverhalt im Dublin-Verfahren grundsätzlich charakterisiert.

5.4.1. Im Zuständigkeitsverfahren nach Dublin beinhaltet der zuständigkeitsrelevante Sachverhalt zwingend zwei Sachverhaltselemente: Das eine ist das zuständigkeitsbegründende Ereignis; als ein solches wird im Hinblick auf die Zuständigkeitskriterien der Art. 10 ff. Dublin-II-VO insbesondere der erste nachweisbare Aufenthalt der asylsuchenden Person im Dublin-Raum (beispielsweise die erste daktyloskopische Erfassung oder

das erste Asylgesuch) angesehen. Das andere ist das zuständigkeitsauslösende Ereignis, als welches derjenige Asylantrag in einem Dublinstaat verstanden wird, der den Zuständigkeitsbestimmungsprozess gemäss der Dublin-II-VO überhaupt erst auslöst. Anhand dieser zwei – notwendigerweise zu differenzierenden – Elemente wird klar, dass dem Dublin-System eine retrospektive Betrachtungsweise inhärent ist. Da der "Dublin-Sachverhalt" mit dem ersten (dem zuständigkeitsbegründenden) Ereignis noch nicht abgeschlossen ist, sondern erst mit dem zweiten (dem zuständigkeitsauslösenden) Ereignis, ist ein Rückblick zwingend nötig. Deutlich wird dies auch anhand des Folgenden; in den Fällen, in denen der Sachverhalt nur aus einem (oder mehreren) Asylanträgen im selben Dublinstaat besteht, ist gar kein Zuständigkeitsverfahren nach Dublin nötig.

5.4.2. Wenn sich nun das zuständigkeitsauslösende Moment zeitlich nach dem Inkrafttreten der Dublin-Verordnung ereignet (beispielsweise ein Asylantrag in der Schweiz, der nach dem 12. Dezember 2008 datiert), das zuständigkeitsbegründende Ereignis aber zeitlich davor, liegt zwar eine Rückwirkung vor. Es handelt sich hierbei indes um eine unechte Rückwirkung, denn der in der Vergangenheit begonnene Sachverhalt wird erst durch das zuständigkeitsauslösende Ereignis (nach Inkrafttreten) abgeschlossen (vgl. CHRISTIAN FILZWIESER / ANDREA SPRUNG: Dublin II-Verordnung: Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 3. überarbeitete Auflage, Wien/Graz 2010, Art. 24 Abs. 2 Rz K8 S. 192).

5.4.3. Dass durch das zuständigkeitsauslösende Moment der Sachverhalt definitiv abgeschlossen wird, wird durch die in Art. 5 Abs. 2 Dublin-II-VO enthaltene "Versteinerungsregel" zum Ausdruck gebracht. Diese besagt, dass zur Prüfung der Zuständigkeitskriterien ausschliesslich jener Sachverhalt beachtlich ist, der zum Zeitpunkt der Stellung des ersten Asylantrags vorgelegen hat und damit nachträgliche Änderungen – vorbehaltlich einer anderslautenden eindeutigen Regelung in der Verordnung selbst – unbeachtlich sind (vgl. FILZWIESER / SPRUNG a.a.O., Art. 5 Abs. 2 Rz. K4 S. 86 f.). Die notwendige retrospektive Betrachtungsweise wird auch hier – wenn auch nicht explizit – ersichtlich.

5.4.4. Im Zeitpunkt der Beurteilung der Zuständigkeit nach der Dublin-II-VO liegt daher grundsätzlich ein Sachverhalt vor, der in der Vergangenheit begonnen hat (mit dem zuständigkeitsbegründenden Ereignis) und bis in die Gegenwart fort dauert (bis zum zuständigkeitsauslösenden Ereignis).

5.5. Sind die Dublinbestimmungen für den betreffenden Mitgliedstaat erst zwischenzeitlich anwendbar geworden, liegt somit eine unechte Rückwirkung vor, die grundsätzlich zulässig ist (vgl. oben Erw. 5.3).

5.6.

5.6.1. Die Dublin-II-VO enthält in Kapitel VII (Art. 24 ff.) explizite Übergangs- und Schlussbestimmungen. Diese stehen ganz im Sinne des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [Wiener Vertragsrechtskonvention, SR 0.111]; gemäss Art. 28 Wiener Vertragsrechtskonvention wirken Verträge nicht rückwirkend, sofern sich nicht eine abweichende Absicht aus dem Vertrag ergibt oder anderweitig festgestellt wird. Dem klaren Wortlaut ist zu entnehmen, dass die Nichtrückwirkung zwar die Regel darstellt, die Vertragsparteien jedoch eine Rückwirkung explizit oder implizit vorsehen können (BVGE 2010/40 E. 4.4 mit Hinweis auf: MARK E. VILLIGER, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden/Boston 2009, N. 6 ff. zu Art. 28 VRK). Die Schweiz hat bezüglich der Übergangsbestimmungen keine Vorbehalte angebracht.

5.6.2. Art. 24 Abs. 2 Dublin-II-VO schreibt vor, dass zur Sicherung der Kontinuität bei der Bestimmung des für den Asylantrag zuständigen Mitgliedstaates (wenn der Asylantrag nach dem in Artikel 29 Abs. 2 Dublin-II-VO genannten Datum gestellt wurde) Sachverhalte, die die Zuständigkeit eines Mitgliedstaats gemäss dieser Verordnung nach sich ziehen können, auch berücksichtigt werden, wenn sie aus der Zeit davor datieren. Ausnahme bilden die in Art. 10 Abs. 2 Dublin-II-VO genannten Sachverhalte. Art. 29 Abs. 2 Dublin-II-VO besagt, dass die Verordnung auf Asylanträge anwendbar ist, die ab dem ersten Tag des sechsten Monats nach ihrem Inkrafttreten gestellt werden und – ungeachtet des Zeitpunkts der Stellung des Antrags – ab diesem Zeitpunkt für alle Gesuche um Aufnahme oder Wiederaufnahme von asylsuchenden Personen gilt. Art. 24 Dublin-II-VO regelte als Übergangsbestimmung primär, was bei Inkrafttreten der Dublin-II-VO am 17. März 2003, als Nachfolgeregelung des zuvor geltenden Dubliner Übereinkommens, gelten sollte.

In der Literatur wird die Frage erörtert, ob die Übergangsregel generell auch Anwendung finden könne für Staaten, die – wie vorliegend seit dem 12. Dezember 2008 die Schweiz – die Dublin-II-VO erst zu einem späteren Zeitpunkt als geltendes Recht übernahmen (vgl. FILZWIESER/SPRUNG, a.a.O., Art. 24 Abs. 2 K6 ff. S. 191 f.). Auf diesen Standpunkt stellte sich

die Europäische Kommission (vgl. nachfolgende Erw. 5.6.4). Auch das Bundesverwaltungsgericht hat diesbezüglich schon ein Urteil gefällt (vgl. E-5630/2011 vom 26. Oktober 2011).

5.6.3. Das BFM verneinte zunächst in seiner ersten "Dublin-Praxis", die es ab dem 12. Dezember 2008 einführte, seine Zuständigkeit, wenn ein Dublin-Staat die Schweiz um Übernahme oder Rückübernahme ersuchte und sich dabei mit seinem Ersuchen gemäss Dublin-II-VO auf einen zeitlich davor liegenden Anknüpfungspunkt in der Schweiz stützte. Diese Auffassung hätte aber reziprok dazu führen müssen, dass die Schweiz ein Asylgesuch, oder einen EURODAC-Treffer aus einem anderen Dublin-Staat, der zeitlich vor dem 12. Dezember 2008 lag, ebenfalls nicht hätte verwenden dürfen. Die Schweiz wendete indes zu Beginn die Dublin-II-VO regelmässig zugunsten der Schweiz "rückwirkend" an.

5.6.4. Die Europäische Kommission sprach sich zu der Frage der Rückwirkung (in Bezug auf den am 1. Mai 2004 erfolgten Beitritt der 10 neuen Mitgliedstaaten) in einer Äusserung vom 11. Juni 2004 (JAI/B2/AG/sg D [2004] 5563) grundsätzlich dafür aus, dass sowohl Aufnahme- als auch Wiederaufnahmersuchen der neuen Mitgliedstaaten zu akzeptieren seien, wenn sich das zuständigkeitsbegründende Moment vor dem Beitrittszeitpunkt ereignet habe. Ausschlaggebend sei lediglich, dass sich das zuständigkeitsauslösende Ereignis nach dem Beitrittszeitpunkt zugetragen habe (vgl. FILZWIESER / SPRUNG a.a.O, Art. 24 Abs. 2 K9 S. 192 f.).

5.6.5. Aufgrund eines konkreten Falles, in dem die Schweiz ihre Zuständigkeit gegenüber Luxemburg verneinte und die Rückübernahme verweigerte, weil der Anknüpfungspunkt zeitlich vor dem 12. Dezember 2008 lag, gelangte das luxemburgische Aussendepartement an die Europäische Kommission mit der Bitte, sich zur Anwendbarkeit der Dublinbestimmungen zwischen den Mitgliedstaaten und den erst kürzlich beigetretenen Staaten – namentlich der Schweiz – zu äussern. Mit schriftlicher Äusserung vom 9. Dezember 2010 (Ref. Ares [2010]923295 – 09/12/2010) legte die Europäische Kommission dar, dass die Schweiz übergangsrechtlich gleich zu behandeln sei wie die letztbeigetretenen "neuen" Mitgliedstaaten, da für sie keine "Übergangszeit" vorgesehen sei. Demnach könne ein neuer Mitgliedstaat ersucht werden, eine asylsuchende Person aufgrund eines Umstandes (rück-)zuübernehmen, der vor dem Inkrafttreten der Dublinbestimmungen für den entsprechenden Mitgliedstaat eingetreten sei. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Dublin-II-VO gelte, dass der zuständige Staat sich aufgrund der Situation bestimme, die gegeben

sei, wenn die asylsuchende Person ihr erstes Asylgesuch in einem Mitgliedstaat stelle. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung impliziere, dass Anknüpfungspunkte beachtet werden müssten, die vor Inkrafttreten der Dublinverordnung für die Schweiz erfolgt seien. Daher handle es sich vorliegend nicht um eine Frage der (unzulässigen) "Rückwirkung" eines juristischen Instruments, weil das ausschlaggebende Ereignis, welches das Zuständigkeitsverfahren ausgelöst habe, zeitlich nach dem Inkrafttreten der Dublinverordnung für die Schweiz liege.

5.6.6. In der Folge sah sich das BFM veranlasst, seine vorgängige Praxis zu revidieren.

5.7.

5.7.1. Die zuständige Instruktionsrichterin hat im vorliegenden Verfahren das BFM mit Verfügung vom 28. April 2011 unter anderem dazu aufgefordert, seine aktuelle Praxis im Bezug auf EURODAC Treffer darzulegen, welche vor Inkrafttreten der Dublin-II-VO für die Schweiz am 12. Dezember 2008 datieren.

5.7.2. Das BFM führte mit Vernehmlassung vom 10. Mai 2011 diesbezüglich Folgendes aus: Die Bestimmungen von Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 29 Abs. 2 Dublin-II-VO legten fest, dass das zuständigkeitsauslösende Moment zeitlich nach dem Inkrafttreten der Dublinbestimmungen für die Schweiz liegen müsse, damit die Dublin-II-VO Anwendung finde, das zuständigkeitsbegründende Moment jedoch zeitlich vor dem Inkrafttreten der Dublin-II-VO liegen könne. Die Vorinstanz verwies dabei auf die Inhalte der sich zu dieser Frage (betreffend den Beitritt der zehn neuen EU-Mitgliedstaaten) äussernden Schreiben der Europäischen Kommission vom 11. Juni 2004 (vgl. oben Erw. 5.6.4) und (betreffend den Beitritt der Schweiz) vom 9. Dezember 2010 (vgl. oben Erw. 5.6.5). Abschliessend bemerkte sie, dass für die Schweiz mithin alle zuständigkeitsbegründenden Sachverhalte vor dem 12. Dezember 2008 anrechenbar seien.

5.7.3. Die vom BFM dargelegte aktuelle Praxis entspricht der Rechtsauffassung der Europäischen Kommission und des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. oben Erw. 5.6.2) und ist daher nicht zu beanstanden.

5.7.4. Nach dem Gesagten steht fest, dass in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Prinzipien, namentlich dem Grundsatz der Reziprozität und den expliziten Bestimmungen in der Dublin-II-VO ein Anknüpfungs-

punkt, der vor dem Inkrafttreten der Dublin-II-Verordnung für die Schweiz liegt, als zuständigkeitsbegründendes Ereignis beizuziehen ist.

6.

6.1. Zweitens interessiert, ob die Vorinstanz im vorliegenden Verfahren ihr Wiederaufnahmeersuchen an Österreich zu Recht auf den EURODAC-Treffer aus dem Jahre 2005 abstützte, obwohl der Beschwerdeführer eine zwischenzeitliche Rückkehr in den Heimatstaat geltend gemacht hatte, indessen weitere Treffer aus dem Jahre 2010 vorlagen.

6.2. Der Beschwerdeführer erklärte anlässlich der Befragung im EVZ vom 28. Februar 2011, im Frühling 2008 in seinen Heimatstaat zurückgekehrt zu sein, sich dort bis Dezember 2008 aufgehalten zu haben, und nach einem weiteren Aufenthalt in Armenien und Russland erst im Jahre 2010 wieder in das Hoheitsgebiet der Dublinstaaten eingereist zu sein (vgl. oben Bst. C; B6 S. 2 f., 7, 8 f.).

6.3. Diesbezüglich ist einerseits fraglich, wieso die Vorinstanz – in Erwägung eines allfälligen Erlöschens der Zuständigkeit Österreichs (Art. 16 Abs. 3 Dublin-II-VO) – nicht die EURODAC-Treffer nach der Wiedereinreise des Beschwerdeführers in das Hoheitsgebiet der Dublin-Mitgliedstaaten im Jahre 2010, namentlich den EURODAC-Treffer in Schweden vom 28. Juli 2010 und denjenigen in Norwegen vom 1. Oktober 2010, als massgeblich erachtet hat. Andererseits ist fraglich, ob sie durch das Falschankreuzen der Ziff. 12 im Wiederaufnahmeersuchs-Formular (die Frage, ob der Beschwerdeführer erklärt habe, das Hoheitsgebiet der Dublin-Mitgliedstaaten verlassen zu haben, hat das BFM mit Nein beantwortet, vgl. B13/5) Österreich möglicherweise zuständigkeitsrelevante Informationen vorenthalten hat.

6.4. Mit Vernehmlassung vom 10. Mai 2011 äusserte sich die Vorinstanz (nach expliziter Aufforderung der Instruktionsrichterin in der Verfügung vom 28. Mai 2011) dazu wie folgt: Der Beschwerdeführer habe angegeben, das Hoheitsgebiet der Dublin-Mitgliedstaaten im Jahre 2008 verlassen und erst im Jahre 2010 wieder in Schweden und Norwegen Asylgesuche eingereicht zu haben. Weiter habe er vorgetragen, von Schweden nach Österreich überstellt worden zu sein. Österreich habe nicht nur am 25. März 2011 gegenüber der Schweiz bestätigt, dass es sich weiterhin als für das Asylverfahren des Beschwerdeführers zuständig erachte, sondern es habe auch die damalige Überstellung durch Schweden akzep-

tiert. Somit habe Österreich offensichtlich nicht für plausibel gehalten, dass sich der Beschwerdeführer aus dem Dublin-Raum wegbegeben habe und damit seine Zuständigkeit erloschen sei. Sinngemäss habe die Vorinstanz von einem Wiederaufnahmeersuchen an Schweden oder Norwegen abgesehen, weil ein solches mit Verweis auf die Zuständigkeit Österreichs zur Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens abgelehnt worden wäre.

Die Aussagen des Beschwerdeführers zu seiner angeblichen Rückkehr in den Heimatstaat im Jahre 2008 seien nicht plausibel. Da internationale Organisationen wie die International Organisation of Migration (IOM) Rückkehrhilfe leisten würden, sei nicht ersichtlich, wie und weshalb er von Belgien und Italien und von dort für 500 Euro per Auto und Schiff nach Griechenland, in die Türkei und nach Georgien hätte reisen sollen, ohne an den Schengen-Aussengrenzen kontrolliert zu werden. Gemäss seinen Vorbringen im ersten Asylverfahren hätte er befürchten müssen, in seinem Heimatstaat (...) umgebracht zu werden. Auch die Wiedereinreise in den Schengenraum, ohne ausreichende Dokumente via Armenien und Russland, sei weder zeitlich, kostenmässig noch betreffend die verwendeten Verkehrsmittel substantiiert dargelegt oder dokumentiert worden.

6.5. Angesichts der vorinstanzlichen Praxis und der von Österreich akzeptierten Überstellung des Beschwerdeführers durch Schweden im Jahre 2010 mag sich retrospektiv die Verwendung des EURODAC-Treffers aus dem Jahre 2005 durchaus rechtfertigen. Es entspricht – wie von der Vorinstanz richtig ausgeführt – der Systematik des Dublinsystems, dass die Zuständigkeit eines Staates durch dessen Zustimmung festgelegt wird, unabhängig davon, ob dieser Staat nach den Regeln der Dublin-II-VO zuständig wäre oder nicht. Da Österreich sich nach wie vor aufgrund des Treffers aus dem Jahre 2005 für den Beschwerdeführer als zuständig erachtete, erfolgte das Abstützen des BFM auf diesen Treffer zu Recht. Die Zuständigkeit Österreichs ist somit nicht zu bezweifeln.

An dieser Stelle ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass die Vorinstanz im Dublin-Wiederaufnahmeformular bei der Frage, ob der Beschwerdeführer erklärt habe, das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten verlassen zu haben, fälschlicherweise ein "nein" ankreuzte, nachdem der Beschwerdeführer geäußert hatte, zwischenzeitlich den Dublinraum verlassen zu haben. Bei diesem Vorgehen der Vorinstanz stellt sich die Frage, ob sie durch das Falschankreuzen der Ziff. 12 Österreich möglicherweise zuständigkeitsrelevante Informationen vorenthalten hat. Zwar liegt

die Überprüfungspflicht seiner Zuständigkeit (und somit die Begründungspflicht für einen Ablehnungstatbestand) beim ersuchten Staat, logischerweise kann er aber nur soweit eine Überprüfung vornehmen, als ihm auch alle relevanten Informationen übermittelt wurden. Die Vorenthaltung wäre jedenfalls dann stossend, wenn die Zuständigkeitsüberprüfung unter Einbezug der vorenthaltenen Informationen zur Zuständigkeit eines anderen Staates geführt hätte. Im vorliegenden Falle hat Österreich beim Übernahmehersuchen Schwedens im Jahre 2010 die Vorbringen des Beschwerdeführers, zwischenzeitlich einige Monate im Heimatstaat verbracht zu haben, wie die Vorinstanz nicht als plausibel erachtet und in der Folge seiner Zuständigkeit zugestimmt. Zusammenfassend ergibt sich mithin auch in diesem Zusammenhang nichts, was die Zuständigkeit Österreichs in Frage stellen könnte.

7.

7.1. Der Beschwerdeführer moniert in seiner Beschwerde sinngemäss, er habe bisher keine Möglichkeit auf ein faires Asylverfahren gehabt; daher habe die Schweiz von ihrem Selbsteintrittsrecht nach Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO Gebrauch zu machen. Er wolle nicht nach Österreich zurückgeschickt werden, weil er nicht getötet werden wolle.

7.2. Nach der in Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO verankerten Souveränitätsklausel kann jeder Mitgliedstaat einen von einem Drittstaatsangehörigen eingereichten Asylantrag prüfen, auch wenn er nach den in der Verordnung festgelegten Kriterien nicht für die Prüfung zuständig ist. Der betreffende Mitgliedstaat wird dadurch zum zuständigen Mitgliedstaat im Sinne der Verordnung und übernimmt die mit dieser Zuständigkeit einhergehenden Verpflichtungen.

Eine selbstständige Rüge der Verletzung von Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO ist nur möglich, wenn mit der Forderung nach einem Selbsteintritt gleichzeitig geltend gemacht wird, mit der Durchsetzung nach der gemäss Dublin-II-VO feststehenden Zuständigkeit würde eine Norm des Völkerrechts – wie beispielsweise Art. 3 EMRK – oder aber eine Norm des innerstaatlichen Rechts verletzt (vgl. BVGE 2010/45 E. 5).

7.3. Der Beschwerdeführer macht sinngemäss die Verletzung des Non-Refoulement-Gebotes geltend, womit seine Rüge im Sinne des soeben Gesagten zulässig ist.

7.4. Österreich ist – wie die Schweiz – unter anderem Signatarstaat des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30), der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) und des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105). Als nach Art. 3 Abs. 1 Dublin-II-VO zuständiger Staat ist Österreich zudem an die Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (sog. Verfahrensrichtlinie) und die Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in Mitgliedstaaten (sog. Aufnahmerichtlinie) gebunden.

7.5. Gemäss Art. 3 FoK und der Praxis zu Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden. Es darf davon ausgegangen werden, dass Österreich seine völkerrechtlichen Verpflichtungen respektiert und das Gebot des Non-Refoulement (vgl. Art. 33 FK) sowie Art. 3 EMRK beachtet. Die Gefahr einer Kettenabschiebung kann somit in aller Regel als ausgeschlossen gelten. Der Beschwerdeführer macht denn auch keine entsprechenden konkreten Vorbringen geltend, die diesen Überlegungen entgegenstehen würden.

7.6. Daher ist von der Vermutung auszugehen, Österreich halte seine völkerrechtlichen Pflichten gemäss der FK und der EMRK ein (vgl. BVGE 2010/45 E. 7.3 – 7.7).

7.7. Auch das Argument des Beschwerdeführers, es drohe ihm eine Ausschaffungshaft, vermag an diesen Erwägungen nichts zu ändern. Eine Ausschaffung wird erst dann anhand genommen, wenn der Wegweisungsvollzug in Achtung aller völkerrechtlichen Normen – im Sinne der obenstehenden Erwägungen – rechtskräftig als zulässig, zumutbar und möglich erachtet worden ist.

8.

Der Beschwerdeführer macht auch keine schwerwiegende humanitäre Gründe im Sinne von Art. 29a Abs. 3 AsylV 1 geltend, die einer Überstellung nach Österreich entgegenstehen würden und einen Selbsteintritt gemäss Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO als angezeigt erscheinen liessen (vgl. BVGE 2010/45 E. 8.2).

9.

Nach dem Gesagten sind keine Gründe ersichtlich, die einen Selbsteintritt der Vorinstanz gemäss Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO nahegelegt hätten, womit sich die Rügen des Beschwerdeführers insgesamt als unbegründet erweisen. Das BFM ist somit in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG zu Recht auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht eingetreten.

10.

10.1. Das Nichteintreten auf ein Asylgesuch hat in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz zur Folge (Art. 44 Abs. 1 AsylG). Vorliegend hat der Kanton keine Aufenthaltsbewilligung erteilt, und es besteht zudem kein Anspruch auf Erteilung einer solchen (vgl. EMARK 2001 Nr. 21). Die verfügte Wegweisung steht daher im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen und wurde vom BFM zu Recht angeordnet.

10.2. Im Rahmen des Dublin-Verfahrens im Sinne von Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG, bei dem es sich um ein Überstellungsverfahren in den für die Prüfung des Asylgesuches zuständigen Staat handelt, besteht systembedingt kein Raum für Ersatzmassnahmen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 83 Abs. 1 - 4 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20). Eine entsprechende Prüfung hat, soweit notwendig, vielmehr bereits im Rahmen des Nichteintretensentscheides stattzufinden (vgl. BVGE 2010/45 E. 10.2). Die Vorinstanz hat in diesem Sinne den Vollzug der Wegweisung nach Österreich zu Recht als zulässig, zumutbar und möglich bezeichnet.

11.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass es dem Beschwerdeführer nicht gelungen ist darzutun, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig oder unvollständig feststellt oder unangemessen ist (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

12.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten von Fr. 600.– dem mit seinen Begehren unterlegenen Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. 1-3 des Reglements vom

21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 600.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

3.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Christa Luterbacher

Sarah Diack

Versand: