

---

LANDESRECHT — DROIT NATIONAL —  
DIRITTO NAZIONALE

- 1      Staat – Volk – Behörden  
       Etat – Peuple – Autorités  
       Stato – Popolo – Autorità

**10**

Auszug aus dem Urteil der Abteilung V  
i.S. A. gegen Bundesamt für Migration  
E-3504/2011 vom 15. März 2013

**Nichteintreten auf Asylgesuch nach Wiederaufnahme (« take back ») in einem Dublin-Verfahren. Nichteintreten auf Asylgesuch gestützt auf Art. 34 Abs. 2 Bst. b AsylG und Wegweisung. Grundsatzurteil.**

**Art. 34 Abs. 2 Bst. b AsylG. Art. 16 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (nachfolgend: Dublin-II-VO).**

- 1. Frage der Vereinbarkeit von Nichteintretensentscheiden mit der aus dem Dublin-System folgenden Pflicht zur materiellen Prüfung eines Asylgesuchs (E. 4–6).**
- 2. Charakter der verschiedenen Nichteintretenskonstellationen nach AsylG. Diese implizieren das Fehlen der Flüchtlingseigenschaft, indem sie entweder – in abgestufter Form – explizite Schutzklauseln (vorfrageweise Prüfung von Verfolgungshinweisen) vorsehen oder indem die fehlende Flüchtlingseigenschaft aus dem prozessualen Verhalten der asylsuchenden Person vermutet wird. In allen Fällen findet zudem eine vollumfängliche Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs statt. Demnach ist eine Verletzung des flüchtlingsrechtlichen sowie des**

menschenrechtlichen Non-Refoulement-Gebots ausgeschlossen (E. 7.1–7.7).

3. In einem Verfahren, in dem gestützt auf die in der Dublin-II-VO statuierten Kriterien die Zuständigkeit der Schweiz zur Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens festgestellt wurde und in dem die Schweiz zur Aufnahme beziehungsweise Wiederaufnahme einer asylsuchenden Person verpflichtet ist, kann somit ein Nichteintretensentscheid gemäss AsylG ergehen (E. 7.8 und 7.9).
4. Inhaltliche Bestätigung des vorinstanzlichen Nichteintretensentscheids (E. 8 und 9).

Non-entrée en matière sur une demande d'asile après reprise en charge (« take back ») dans le cadre d'une procédure Dublin. Non-entrée en matière sur une demande d'asile en vertu de l'art. 34 al. 2 let. b LAsi et renvoi. Arrêt de principe.

Art. 34 al. 2 let. b LAsi. Art. 16 par. 1 du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (ci-après: règlement Dublin II).

1. Question de la compatibilité des décisions de non-entrée en matière avec l'obligation relevant du système Dublin d'examiner toute demande d'asile sur le fond (consid. 4–6).
2. Caractéristiques des différents cas de non-entrée en matière prévus dans la LAsi. Ceux-ci présupposent que la qualité de réfugié fait défaut, soit en tant qu'ils prévoient – sous une forme échelonnée – des clauses de sauvegarde explicites (examen préjudiciel des indices de persécution), soit en tant que le défaut de la qualité de réfugié est présumé au vu du comportement du requérant d'asile en procédure. La licéité de l'exécution du renvoi fait dans tous les cas l'objet d'un examen complet, lequel permet d'exclure une violation du principe de non-refoulement au sens du droit des réfugiés et des droits de l'homme (consid. 7.1–7.7).
3. Une décision de non-entrée en matière selon la LAsi peut dès lors être prise dans une procédure dans laquelle la Suisse est, sur la

**base des critères établis dans le règlement Dublin II, déclarée compétente pour mener la procédure d'asile et de renvoi et dans laquelle elle est tenue de prendre ou de reprendre en charge un requérant d'asile (consid. 7.8 et 7.9).**

- 4. Confirmation sur le fond d'une décision de non-entrée en matière rendue par l'instance inférieure (consid. 8 et 9).**

**Non entrata nel merito di una domanda d'asilo dopo la ripresa a carico (« take back ») nell'ambito di una procedura Dublino. Non entrata nel merito di una domanda d'asilo secondo l'art. 34 cpv. 2 lett. b LAsi e conseguente allontanamento. Sentenza di principio.**

**Art. 34 cpv. 2 lett. b LAsi. Art. 16 cpv. 1 del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo (qui di seguito: Regolamento Dublino II).**

- 1. Compatibilità delle decisioni di non entrata nel merito con l'obbligo, derivante dal sistema Dublino, di procedere all'esame materiale di una domanda d'asilo (consid. 4–6).**
- 2. Natura delle varie costellazioni di non entrata nel merito previste dalla LAsi. Tali costellazioni presuppongono il disconoscimento della qualità di rifugiato, poiché prevedono in forma progressiva esplicite clausole di protezione (esame pregiudiziale degli indizi di persecuzione) oppure dispongono che l'insussistenza della qualità di rifugiato venga desunta dal comportamento processuale del richiedente. In tutti i casi viene inoltre compiutamente esaminata anche l'ammissibilità dell'esecuzione dell'allontanamento. In questo modo, la legge garantisce che non sia violato il principio di non respingimento previsto in materia di rifugiati e di diritti umani (consid. 7.1–7.7).**
- 3. Una decisione di non entrata nel merito fondata sulla LAsi può dunque essere emanata in una procedura in cui la Svizzera è, in virtù dei criteri previsti dal Regolamento Dublino II, stata dichiarata competente a svolgere la procedura d'asilo e d'allontanamento, ed è tenuta a prendere o riprendere a carico un richiedente (consid. 7.8 e 7.9).**

**4. Conferma sul piano materiale della decisione di non entrata nel merito della giurisdizione inferiore (consid. 8 e 9).**

Ab 30. Juni 1998 ersuchte der Beschwerdeführer in diversen europäischen Ländern – darunter auch zwei Mal in der Schweiz – unter verschiedenen Angaben zu seiner Identität (Name, Geburtsort, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit) um Asyl.

Am 28. März 2010 reichte er sein drittes Asylgesuch in der Schweiz ein. Mit Entscheid vom 2. August 2010 schrieb das Bundesamt für Migration (BFM) das Asylgesuch des Beschwerdeführers infolge unbekannten Aufenthalts (seit dem 3. Juni 2010) ab.

Auf entsprechende Anfrage der niederländischen Behörden um Rückübernahme des Beschwerdeführers anerkannte das BFM die Zuständigkeit der Schweiz für die Durchführung des vorliegenden Asyl- und Wegweisungsverfahrens gestützt auf die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Amtsblatt der Europäischen Union [ABl.] L 50/1 vom 25. Februar 2003, nachfolgend: Dublin-II-VO) und stimmte einer Wiederaufnahme des Beschwerdeführers zu.

Am 25. Mai 2011 teilte Norwegen, wo der Beschwerdeführer zuvor ebenfalls um Asyl nachgesucht hatte, dem BFM mit, Abklärungen der norwegischen Behörden in Kiew hätten ergeben, dass es sich beim Beschwerdeführer um den ukrainischen Staatsangehörigen A., geboren am (...), handle.

Mit Verfügung vom 14. Juni 2011 trat das BFM in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. b des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) wegen Identitätstäuschung nicht auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers ein und ordnete seine Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug der Wegweisung an.

Mit Eingabe vom 21. Juni 2011 erhob der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht gegen diesen Entscheid Beschwerde.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

*Aus den Erwägungen:*

**4.** Mit Verfügung vom 14. Juni 2011 trat das BFM in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. b AsylG nicht auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers ein und ordnete seine Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an.

**4.1** Nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts sind bestimmte Voraussetzungen erforderlich, damit die Behörden auf ein Gesuch oder ein Rechtsbegehren eintreten und es materiell prüfen können; andernfalls erfolgt ein sogenanntes Nichteintreten, das heisst, es wird keine Entscheidung in der Sache gefällt. Diese allgemeinen verwaltungsrechtlichen Eintretensvoraussetzungen gelten ebenfalls im Asylverfahren. Daneben kennt das Asylgesetz zahlreiche weitere spezialgesetzliche Nichteintretensgründe (vgl. Schweizerische Flüchtlingshilfe [SFH] [Hrsg.], Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern u.a. 2009, S. 117, nachfolgend: SFH-Handbuch). Diese in den Art. 32 ff. AsylG verankerten Bestimmungen sind nicht als « Kann-Bestimmungen » formuliert und räumen dem BFM mithin kein Rechtsfolgenermessen ein. Vielmehr muss das Bundesamt einen Nichteintretensentscheid fällen, wenn es feststellt, dass ein Nichteintretenstatbestand erfüllt ist (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2002 Nr. 15 E. 5, EMARK 1994 Nr. 6 E. 5).

**4.2** Vor allfälligen weiteren Erwägungen ist vorab der Frage nachzugehen, ob nach einem Dublin-Verfahren, in welchem eine ausdrückliche Zusage der Schweiz an einen Mitgliedstaat um Rückübernahme der asylsuchenden Person erfolgte und die Zuständigkeit der Schweiz zur Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens festgestellt wurde, im nachfolgenden Asylverfahren in der Schweiz Raum für einen Nichteintretensentscheid bleibt. Fraglich ist somit, ob die im Asylgesetz verankerten Nichteintretenstatbestände in einem solchen Verfahren zur Anwendung gelangen können oder ob aufgrund der Dublin-II-VO eine Pflicht zur Ausgestaltung des Asylverfahrens im Sinne eines Eintretens auf das Asylgesuch sowie einer vollumfänglichen materiellen Prüfung in der Sache besteht.

**5.**

**5.1** Im Nachfolgenden konzentriert sich die Prüfung auf die Frage, ob die im schweizerischen Recht verankerten und heute in Kraft stehen-

den Nichteintretenstatbestände den Anforderungen der Dublin-II-VO an die Prüfung eines Asylantrags entsprechen. Hierzu ist auf die in der Verordnung enthaltenen Voraussetzungen (vgl. dazu E. 5.2) sowie auf die einzelnen Nichteintretenstatbestände, die jeweils in unterschiedlicher Formulierung und Dichte eine vorfrageweise Prüfung des flüchtlingsrechtlichen Verfolgungsbegriffs beinhalten (vgl. dazu E. 6 und 7), näher einzugehen.

## 5.2

**5.2.1** Nach Art. 3 Abs. 1 Dublin-II-VO prüfen die Mitgliedstaaten jeden Asylantrag, den ein Drittstaatsangehöriger an der Grenze oder im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates stellt. Das Dublin-System basiert dabei auf dem Grundsatz, dass nur ein Mitgliedstaat – der nach den Kriterien der Dublin-II-VO als zuständiger Staat bestimmt wird – den Asylantrag zu prüfen hat und gegebenenfalls, sofern sich der Antragstellende in einem nicht zuständigen Mitgliedstaat aufhält, jenen aufnimmt (Art. 16 Abs. 1 Bst. a Dublin-II-VO, sog. « take charge », « prise en charge ») oder wieder aufnimmt (Art. 16 Abs. 1 Bst. c–e Dublin-II-VO, sog. « take back », « reprise en charge »). Dabei bezeichnet der Ausdruck « Prüfen eines Antrags » die Gesamtheit der Prüfungsvorgänge, der Entscheidungen beziehungsweise Urteile der zuständigen Stellen in Bezug auf einen Asylantrag gemäss dem einzelstaatlichen Recht, mit Ausnahme der Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates nach der Dublin-II-VO (vgl. Art. 2 Bst. e Dublin-II-VO). Art. 16 Abs. 1 Bst. b Dublin-II-VO stellt sodann klar, dass der für die Prüfung des Asylgesuchs zuständige Mitgliedstaat die Prüfung des Asylantrags auch « abzuschliessen » hat.

Ferner führt die Dublin-II-VO in ihren einleitend genannten Erwägungsgründen (Ziff. 4) als grundsätzliche Überlegung aus, die Anwendung der gesamten Verordnung und des Dublin-Systems solle « insbesondere eine rasche Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats ermöglichen, um den effektiven Zugang zu den Verfahren zur Bestimmung der Flüchtlingseigenschaft zu gewährleisten (...) ». Dieser Erwägungsgrund setzt mithin das Schwergewicht auf die rasche und zügige Durchführung der Zuständigkeitsprüfung, ohne dass die Frage beantwortet würde, wie ein « effektiver Zugang zu den Verfahren zur Bestimmung der Flüchtlingseigenschaft » ausgestaltet sein solle.

Was die « Prüfung des Asylantrags » gemäss Art. 3 Abs. 1 Dublin-II-VO inhaltlich bedeutet und gemäss welchen Modalitäten sowie in welchem

Umfang diese Prüfung stattzufinden hat, bestimmt sich nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten gemäss den innerstaatlichen Asyl- und Asylverfahrensgesetzen (CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin II-Verordnung. Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 3. Aufl., Wien/Graz 2010, K9 zu Art. 2 S. 63, K4 zu Art. 3 S. 73, K7 zu Art. 16 S. 130).

Die Kommission der europäischen Gemeinschaft hat sich in einem ausführlichen Evaluationsbericht zur Bewertung des Dublin-Systems insbesondere mit der Frage befasst, was ein « effektiver Zugang zu den Verfahren » beinhalte, wobei zum damaligen Zeitpunkt namentlich die in Griechenland praktizierte Behandlung von Asylgesuchen zu Bedenken Anlass gab (vgl. etwa Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [EGMR], *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland* vom 21. Januar 2011, Beschwerde-Nr. 30696/09, und die darin gewürdigten zahlreichen Berichte zur Situation in Griechenland; vgl. auch Amt des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen [UNHCR], Die Rückführung von Asylsuchenden nach Griechenland vor dem Hintergrund des « Abbruchs » von Asylverfahren, Positionspapier vom Juli 2007). Gemäss der Kommission der europäischen Gemeinschaft sei der in der Verordnung enthaltene Begriff der « Prüfung eines Asylantrags » ausnahmslos dahingehend auszulegen, dass bewertet werden müsse, ob die asylsuchende Person gemäss der Anerkennungsrichtlinie als Flüchtling gelte (vgl. Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. Europäische Gemeinschaft [EG] vom 30. September 2004, L 304/12, nachfolgend: Qualifikationsrichtlinie oder Anerkennungsrichtlinie, in der Neufassung Richtlinie 2011/95/ Europäische Union [EU] des europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. EU vom 20. Dezember 2011, L 337/9; gemäss Art. 40 der Neufassung wird die alte Fassung der Qualifikationsrichtlinie mit Wirkung vom 21. Dezember 2013 aufgehoben). Somit bedinge die Dublin-II-VO eine umfassende Prüfung des Schutzbedarfs des Asylbewerbers (vgl. Kommission der EG, Bericht der Kommission

zur Bewertung des Dublin-Systems, Brüssel, 6. Juni 2007, KOM [2007] 299 endgültig Ziff. 2.3.1. S. 6).

Für die Mitgliedstaaten der EU bestehen daher supranationale Vorgaben, welche Mindestnormen für die Durchführung der Verfahren vorsehen, denen das nationale Recht der EU-Mitgliedstaaten zu genügen hat (vgl. insbes. Qualifikationsrichtlinie; Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl. EG vom 13. Dezember 2005, L 326/13, nachfolgend: Verfahrensrichtlinie). Die Schweiz ist zwar vertraglich nicht verpflichtet, sich an die Vorgaben der Richtlinien zu halten, gleichwohl ist es für sie von Interesse, die nationale Rechtslage mit den Vorgaben der Richtlinien rechtsvergleichend in Beziehung zu setzen, ist doch die Schweiz durch die Schengen-/Dublin-Assoziierungsabkommen (Art. 2 Abs. 4, Art. 64a Abs. 4 i.V.m. Anhang 1 AuG sowie Art. 21 Abs. 3 i.V.m. Anhang 1 AsylG) in einem Teilbereich des europäischen Asylrechts – nämlich betreffend die Zuständigkeitsregelung für die Bearbeitung eines Asylgesuchs – eingebunden (vgl. ASTRID EPINEY/BERNHARD WALDMANN/ANDREA EGBUNA-JOSS/MAGNUS OESCHGER, Maximen und Garantien im regulären und im beschleunigten Asylverfahren, in: UNHCR/SFH [Hrsg.], Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie, Bern 2009, S. 202 [nachfolgend: Vergleichsstudie]).

**5.2.2** Rechtsvergleichend lassen sich insbesondere folgende Erkenntnisse gewinnen:

Die Verfahrensrichtlinie kennt gewisse Nichteintretenskonstellationen, bei denen ein Antrag aus den in Art. 25 abschliessend vorgesehenen Gründen als unzulässig zu erklären ist und die Flüchtlingseigenschaft nicht geprüft wird; namentlich handelt es sich hierbei um Regelungen betreffend sichere Drittstaaten, die im schweizerischen Recht ebenfalls Nichteintretenstatbestände (Art. 34 AsylG) bilden.

Nichteintretensentscheide, wie das schweizerische Recht sie kennt, wo formell zwar auf ein Gesuch nicht eingetreten, die flüchtlingsrechtliche Problematik indessen vorfrageweise geprüft wird, kennt die Verfahrensrichtlinie dagegen nicht. Das System gemäss der EU-Richtlinie sieht für vergleichbare Tatbestände, die das Schweizer Recht in den Art. 32 ff. AsylG regelt, vielmehr ein vorrangiges oder beschleunigtes Prüfungsverfahren vor; dies gilt gemäss Art. 23 Abs. 4 Verfahrensrichtlinie etwa für



folgende Tatbestände: sicherer Herkunftsstaat; Täuschung über die Identität und/oder Staatsangehörigkeit; Vernichtung oder Beseitigung der eigenen Reisepapiere; Folgegesuche ohne neue relevante Elemente; verspätete Gesuchseinreichung ohne vernünftigen Grund; Antragstellung zur Verzögerung oder Behinderung der Durchführung einer bereits getroffenen oder unmittelbar bevorstehenden Rückführung; Verweigerung der Mitwirkungspflicht bei der Abnahme der Fingerabdrücke.

Inwiefern sich das Richtlinien-Konzept der vorrangigen oder beschleunigten Verfahren vom ordentlichen Prüfungsverfahren unterscheidet, lässt sich der Richtlinie dabei nicht entnehmen. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um ein gestrafftes Verfahren handelt, in welchem selbst im Falle einer möglichen offensichtlichen Unbegründetheit die materielle Begründetheit des Asylantrags zu prüfen ist. Ein Abweichen von dieser Prüfung ist einzig in den in Art. 25 Verfahrensrichtlinie abschliessend aufgeführten Fällen zulässig. Die Mitgliedstaaten dürften mithin nur bei Vorliegen der in den einschlägigen Bestimmungen der Verfahrensrichtlinie erwähnten Voraussetzungen vom ordentlichen Verfahren abweichen. EPINEY/WALDMANN/EGBUNA-JOSS/OESCHGER halten fest, das System der im schweizerischen Asylgesetz verankerten Nichteintretensentscheide weise eine gewisse Divergenz zur Verfahrensrichtlinie auf. Namentlich sehe Art. 32 Abs. 2 AsylG eine Reihe von Gründen vor, die nicht in Art. 25 Verfahrensrichtlinie enthalten seien. Insbesondere dürften die Tatbestände der Identitätstäuschung und der schuldhaften und groben Verletzung der Mitwirkungspflicht (Art. 32 Abs. 2 Bst. b und c AsylG), die beide keine sogenannte Schutzklausel kennen (vgl. E. 7.3), nicht mit dem sich aus den EU-Richtlinien ergebenden Recht auf Asyl vereinbar sein. Auch die Papierlosenbestimmung nach Art. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG, welche zwar eine Schutzklausel aufweise (vgl. Art. 32 Abs. 3 Bst. a–c AsylG), deren Voraussetzungen jedoch restriktiv formuliert seien, würde mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts nicht in Einklang stehen (obwohl eine Unvereinbarkeit mit den Anforderungen der EU-Richtlinie grundsätzlich dann nicht vorliege, wenn im Rahmen des Nichteintretensverfahrens tatsächlich materielle Aspekte der Flüchtlingseigenschaft geprüft würden, was bei dem genannten Nichteintretensgrund bis zu einem gewissen Grad unvermeidbar sei). Bei den in Art. 32 Abs. 2 Bst. a–c AsylG aufgeführten Nichteintretensgründen handle es sich um besonders klare Fälle der offensichtlichen Unbegründetheit des Antrags, die in einem beschleunigten materiellen Verfahren zu erledigen seien. Die im Schweizer Recht

verankerten Nichteintretensgründe würden sowohl eigentliche Unzulässigkeitsgründe aufweisen, in welchen sich eine materielle Prüfung des Antrags tatsächlich erübrige, als auch Konstellationen erfassen, in denen es sich um offensichtlich unbegründete Anträge handle, so dass die derzeitige Ausgestaltung der Nichteintretensgründe verschiedene Problemstellungen miteinander vermenge (EPINEY/WALDMANN/EGBUNA-JOSS/OESCHGER, a.a.O., S. 227 f. und 297 ff.).

Demgegenüber halten MATTHEY/MAHON das schweizerische Nichteintretenskonzept grundsätzlich mit den Bestimmungen der Verfahrensrichtlinie – nicht zuletzt aufgrund ihrer teils wenig klaren Begriffsbestimmung – für kompatibel. Überdies müsse stets eine Prüfung völkerrechtlicher Regeln erfolgen (FANNY MATTHEY/PASCAL MAHON, *La procédure d'asile II [conditions de la procédure accélérée, notamment les notions de pays tiers et pays d'origine sûr]*, in: *Vergleichsstudie*, S. 366 f. und 382 f.).

## 6.

**6.1** Vor der Prüfung des Nichteintretenssystems auf seine Konformität mit der Dublin-II-VO soll die folgende Darstellung eine Übersicht der Gesetzesrevisionen betreffend die Einführung der Nichteintretenstabestände in das Asylgesetz geben.

**6.2** Vor dem Hintergrund einer stetig wachsenden Zahl von Asylgesuchseingängen, welche trotz gesetzgeberischen, personellen und organisatorischen Vorkehrungen nicht innert nützlicher Frist behandelt werden konnten, wurden – unter Wahrung der verfassungsmässigen und völkerrechtlichen Garantien – im Rahmen einer Teilrevision des Asylgesetzes durch den dringlichen Bundesbeschluss über das Asylverfahren vom 22. Juni 1990 neue Verfahrensvorschriften eingeführt, die eine frühe Erfassung der Flucht- und Wanderungsgründe ermöglichen sollten, um die häufige Beanspruchung des Asylverfahrens durch Personen, die kein Schutzbedürfnis aufgrund drohender oder bereits erfolgter Verfolgung nachweisen, zu verringern. Grundlegendes Ziel der Revision war es sodann, eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen. Das neue Asylverfahren sollte im Normalfall einen rechtskräftigen Entscheid innert dreier Monate erlauben (vgl. Botschaft zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren [AVB] und zu einem Bundesgesetz über die Schaffung eines Bundesamtes für Flüchtlinge vom 25. April 1990, BBl 1990 II 573, S. 575 f. und 587, nachfolgend: Botschaft AVB). Durch die Einführung asylgesetzlicher Gründe für einen Nichteintretensentscheid, eines Verfah-

rensabschnittes in der Empfangsstelle sowie eines sogenannten Triageverfahrens wurde das Asylverfahren wesentlich umgestaltet (vgl. SFH-Handbuch, a.a.O., S. 31 f.). Mit dem Bundesbeschluss vom 22. Juni 1990 wurden namentlich als Tatbestände, die einen Nichteintretensentscheid erlauben sollten, statuiert: das Fehlen eines Asylgesuchs, mithin Fälle, in denen nicht um Schutz vor Verfolgung ersucht werde; die Verheimlichung der Identität, wenn dies aufgrund erkennungsdienstlicher Behandlung feststehe; die Herkunft aus einem als verfolgungssicher eingestuften Herkunftsstaat (Konzept der « safe countries »); die Möglichkeit der Weiterreise in einen Drittstaat, in dem bereits ein Asylverfahren hängig ist oder welcher für die Durchführung des Asylverfahrens staatsvertraglich zuständig ist; die Einreichung eines zweiten Asylgesuchs nach Durchlaufen eines ersten Asylverfahrens in der Schweiz oder nach Rückkehr in den Heimatstaat während dem Verfahren, ohne dass in der Zwischenzeit für die Flüchtlingseigenschaft relevante Ereignisse eingetreten wären; sowie der Tatbestand der vorsätzlichen und groben Verletzung der Mitwirkungspflicht (vgl. Botschaft AVB S. 638). Der Bundesrat unterstrich in seiner Botschaft, bei diesen Kategorien von Nichteintretensentscheiden könne angesichts der erfassten Tatbestände und Sachverhalte die Gefahr einer Verletzung des Non-Refoulement-Prinzips im flüchtlings- sowie im menschenrechtlichen Sinne praktisch ausgeschlossen werden (Botschaft AVB S. 665).

Im Dezember 1995 legte der Bundesrat den eidgenössischen Räten die Botschaft (vom 4. Dezember 1995) zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (BBl 1996 II 1, nachfolgend: Botschaft 95) vor, in welcher keine Änderungen der Nichteintretenstatbestände vorgesehen wurden. Aufgrund des deutlichen Anstiegs der Gesuchszahlen in den Jahren 1997 und 1998 erachtete es der Bundesrat in der Folge als dringend notwendig, Bestimmungen einzuführen, die geeignet sind, kurzfristig zur Bewältigung der schwierigen Situation beizutragen und Missbrauchsfälle einzuschränken. Aus diesem Grund beantragte er dem Parlament, gewisse Bestimmungen aus der laufenden Totalrevision auf dem Weg eines separaten Bundesbeschlusses dringlich in Kraft zu setzen (vgl. Botschaft vom 13. Mai 1998 zum Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen im Asyl- und Ausländerbereich [BMA], BBl 1998 III 3225, nachfolgend: Botschaft BMA). Es handelte sich dabei insbesondere um die Schaffung zusätzlicher Nichteintretenstatbestände bei Nichtabgabe von Reisepapieren oder Identitätsausweisen und bei missbräuchlichem

Nachreichen des Asylgesuchs. Der Nichteintretenstatbestand der Identitätstäuschung wurde insofern erweitert, als die Täuschung nebst der erkennungsdienstlichen Behandlung neu auch durch weitere Beweismittel festgestellt werden konnte. Der Gesetzgeber wollte die auffälligsten Missbräuche des Asylverfahrens eindämmen, die er namentlich bei den erfassten Konstellationen und Sachverhalten – der Nichtabgabe vorhandener Reisepapiere oder Identitätsdokumente, der Täuschung über die wahre Identität sowie der Asylgesuchseinreichung einzig zum Zweck der Verzögerung einer allfällig drohenden Weg- oder Ausweisung – erblickte. Gleichzeitig bestand aber der ausdrückliche Wille, die völkerrechtlichen Verpflichtungen insbesondere des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) und der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) vollumfänglich zu respektieren (vgl. Botschaft BMA S. 3229, 3235). Dieser dringliche Bundesbeschluss trat am 1. Juli 1998 in Kraft.

Das aufgrund der Totalrevision am 1. Oktober 1999 in Kraft getretene Asylgesetz vom 26. Juni 1998 sowie die dazu erlassenen Verordnungen und Weisungen lösten die bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Bestimmungen des Asylrechts, folglich auch den BMA, ab. Beim Nichteintretenstatbestand der Mitwirkungspflichtverletzung sollte neu nicht mehr auf eine vorsätzliche, sondern auf eine schuldhafte Verletzung der Mitwirkungspflicht abgestellt werden; im Übrigen wurden die Nichteintretenstatbestände des alten Asylgesetzes und die im BMA neu geschaffenen Bestimmungen materiell im Wesentlichen unverändert als Art. 32–41 AsylG ins totalrevidierte Asylrecht überführt. Neu ins Gesetz kamen lediglich die Bestimmungen über die Gewährung vorübergehenden Schutzes beziehungsweise über das Nichteintreten nach Aufhebung des vorübergehenden Schutzes (vgl. SFH-Handbuch, a.a.O., S. 32 f.).

Am 1. April 2004 ist im Rahmen des Bundesgesetzes über das Entlastungsprogramm 2003 vom 19. Dezember 2003 (EP 03) Art. 32 Abs. 2 Bst. f AsylG in Kraft gesetzt worden, wonach auf ein Asylgesuch nicht einzutreten ist, wenn der Gesuchsteller bereits in einem Staat der EU oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) einen ablehnenden Asylentscheid erhalten hat und keine Hinweise auf in der Zwischenzeit eingetretene, für die Flüchtlingseigenschaft relevanten Ereignisse bestehen; mit dieser Regelung sollte vermieden werden, dass die Schweiz zur Zweitdestination für Asylgesuchsteller aus dem europäischen Raum

würde, solange nicht ein Parallelabkommen zur dort geltenden Regelung des Dublin-Erstasylabkommens bestünde (vgl. im Einzelnen Botschaft des Bundesrats zum Entlastungsprogramm 2003 für den Bundeshaushalt [EP 03] vom 2. Juli 2003, BBl 2003 5615, betreffend die Massnahmen im Asyl- und Flüchtlingsbereich speziell S. 5689 ff.; vgl. auch JÜRGEN SCHERTENLEIB, Das Bundesgesetz über das Entlastungsprogramm 2003 im Asyl- und Ausländerbereich, in: ASYL 2004/2 S. 3 ff.). Im Übrigen wurden zwecks Beschleunigung der Verfahren die Beschwerdefristen zur Anfechtung von Nichteintretensverfügungen auf fünf Arbeitstage verkürzt sowie kurze Behandlungsfristen für die Beschwerdeinstanz statuiert.

Im Zuge der Teilrevision des Asylgesetzes vom 16. Dezember 2005 wurde die Nichteintretensregelung beim Tatbestand der Nichteinreichung von Reise- und Identitätspapieren verschärft, indem Art. 32 Abs. 3 AsylG neu geschaffen und Art. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG neu gefasst respektive verschärft wurde (in Kraft getreten am 1. Januar 2007). Seit dem 1. Januar 2007 ist ebenfalls Art. 17b AsylG in Kraft; diese Regelung führte für Konstellationen der Zweit-Asylgesuche beziehungsweise der Wiedererwägungsgesuche eine Gebührenpflicht im erstinstanzlichen Verfahren und die Möglichkeit der Gebührenvorschusserhebung durch das BFM ein, wobei bei Nichtleistung des Gebührenvorschusses auf das entsprechende Gesuch nicht eingetreten wird. Diese beiden Gesetzesänderungen basierten auf Ergänzungs- und Änderungsanträgen des Bundesrates vom 25. August 2004, die während der laufenden Gesetzesrevisionsarbeiten, zusätzlich zu der in der ordentlichen Botschaft vom 4. September 2002 vorgelegten Revisionsvorlage, dem Parlament unterbreitet wurden (« Förderung der Papierabgabe – Änderung des Nichteintretenstatbestandes bei Papierlosen », Antrag Nr. 12 des Bundesrates vom 25. August 2004; « Einführung von Gebühren für Wiedererwägungsverfahren vor dem Bundesamt für Flüchtlinge », Antrag Nr. 13 des Bundesrates vom 25. August 2004; < <http://www.bfm.admin.ch> > Dokumentation > Rechtliche Grundlagen > Abgeschlossene Gesetzgebungsprojekte > Teilrevision Asylgesetz > Ergänzungs- und Änderungsanträge des Bundesrates zur Teilrevision des Asylgesetzes, besucht am 25. Januar 2013).

Mit der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Gesetzesrevision wurde schliesslich die früher geltende Drittstaatenregelung (wonach Gesuchsteller, für die sich die Rückkehr in einen sicheren Drittstaat als zulässig,

zumutbar und möglich erwies, während des in der Schweiz hängigen Verfahrens vorsorglich in jenen Drittstaat weggewiesen werden konnten) grundsätzlich umgestaltet und durch die heute in Kraft stehenden Nichteintretenstatbestände von Art. 34 Abs. 2 AsylG ersetzt (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 4. September 2002 zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, BBl 2002 6845, 6849 ff., 6883 ff., nachfolgend: Botschaft 02). Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG wurde ebenfalls neu gefasst. Zudem kam neu der Nichteintretenstatbestand von Art. 35a AsylG hinzu (Regelung der Wiederaufnahme eines abgeschriebenen Asylgesuchs bei erneuter Gesuchstellung respektive des Nichteintretens auf ein solches erneutes Gesuch, sofern keine Hinweise auf das Bestehen der Flüchtlingeigenschaft vorliegen) und die Bestimmungen von Art. 36 AsylG (betreffend die Ausgestaltung des Verfahrens vor Erlass einer Nichteintretensverfügung durch das BFM) wurden an diese Änderung angepasst. Sie traten am 1. Januar 2008 in Kraft (vgl. Handbuch Asylverfahren des BFM, Kap. F §2 Behandlungskategorien und Verfahrensablauf gemäss Art. 32–41 AsylG, letzte Änderung am 1. Januar 2008, < <http://www.bfm.admin.ch> > Themen > Asyl/Schutz vor Verfolgung > Asylverfahren > Kap. F §2, besucht am 25. Januar 2013, nachfolgend: BFM-Handbuch).

Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG, der besagt, dass auf Asylgesuche in der Regel nicht eingetreten wird, wenn Asylsuchende in einen Drittstaat ausreisen können, welcher für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens staatsvertraglich zuständig ist, ist seit langem in Kraft (vgl. hierzu EMARK 2005 Nr. 5); praktische Bedeutung erlangte er jedoch erst, seit die Schweiz das Dublin-Abkommen rechtskräftig übernommen hat und anwenden kann.

**6.3** Das Asylgesetz enthält somit derzeit in den Art. 32–35a AsylG spezialgesetzliche Nichteintretenstatbestände, die offensichtlich unbegründete und/oder missbräuchliche Gesuche erfassen. Hinzu kommt Art. 17b Abs. 3 AsylG, wonach die Nichtbezahlung eines Gebührenvorschusses ebenfalls zum Nichteintreten führt. Das System der heute in Kraft stehenden Nichteintretensregelung des Asylgesetzes ist, wie aufgezeigt, im Rahmen zahlreicher, einander teilweise überlagernder und überholender Gesetzesrevisionen entstanden und ausgeweitet worden. Etliche publizierte Gerichtsurteile sowohl der früheren Beschwerdeinstanz Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) als auch des

Bundesverwaltungsgerichts haben sich sodann mit der Auslegung und Anwendung der Nichteintretenstatbestände befasst.

Der Bundesrat bezeichnet das aktuell in Kraft stehende System der Nichteintretensentscheide in seiner Botschaft vom 26. Mai 2010 zur aktuell laufenden Asylgesetzrevision als «kompliziert und unübersichtlich». Das Asylgesetz enthalte zahlreiche Nichteintretenstatbestände, von denen eine präventive Wirkung bezüglich der Einreichung von offensichtlich unbegründeten Asylgesuchen erwartet worden sei. Diese Wirkung sei jedoch nicht im erwarteten Umfang eingetreten. Hinzu komme, dass das BFM bei vielen Nichteintretenstatbeständen vorfrageweise prüfen müsse, ob Hinweise auf eine asylrelevante Verfolgung vorliegen würden. Auch sei in jedem Fall zu prüfen, ob die Wegweisung nach einem Nichteintretensentscheid tatsächlich möglich, zulässig und zumutbar sei. Dadurch würden sich immer wieder teilweise komplizierte Verfahrensfragen auch vor dem Bundesverwaltungsgericht ergeben. Aus diesem Grund sei der Abklärungsaufwand mindestens gleich gross wie bei einem materiellen Asylverfahren (Botschaft vom 26. Mai 2010 zur Änderung des Asylgesetzes, BBl 2010 4455, 4456, 4464, nachfolgend: Botschaft 10).

Vor diesem Hintergrund beauftragte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) im August 2009 eine Expertenkommission mit Vertreterinnen und Vertretern der Kantone, Hilfswerke, Lehre und Forschung sowie der Bundesverwaltung, die Auswirkungen des in Kraft stehenden Nichteintretensverfahrens zu überprüfen und Verbesserungsvorschläge auszuarbeiten; gestützt auf diese Arbeiten legte das EJPD seinen «Erläuternden Bericht zur Änderung des Asylgesetzes und des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer in Bezug auf den Ersatz von Nichteintretensentscheiden» vom 16. Dezember 2009 vor, dessen Empfehlungen in die Botschaft 10 einfliessen (vgl. < <http://www.bfm.admin.ch> > Dokumentation > Rechtliche Grundlagen > Laufende Gesetzgebungsprojekte > Änderung AsylG und AuG > Vernehmlassungsverfahren bezüglich Ersatz von Nichteintretensentscheiden > Erläuternder Bericht, besucht am 25. Januar 2013). Die Expertenkommission war sich einig, dass die Abläufe im Asylbereich, unter Wahrung der Verfahrensrechte der Betroffenen, wesentlich vereinfacht werden müssen. Überdies könnten durch eine Beschränkung der Nichteintretenstatbestände auf wenige klare Tatbestände Zurückweisungen an das BFM

durch das Bundesverwaltungsgericht zur nochmaligen materiellen Prüfung in Zukunft vermieden werden (vgl. Botschaft 10 S. 4465 f.).

Die Eidgenössischen Räte haben am 14. Dezember 2012 eine weitere Vorlage zur Asylgesetzrevision verabschiedet. Das Parlament hat im zweiten Teil seiner Beratungen über die nicht-dringlichen Punkte des revidierten Asylgesetzes (am 28. September 2012 hat es in einem ersten Teil die Änderung des Asylgesetzes mit einer Dringlichkeitsklausel versehen) eine grundlegende Straffung der Nichteintretensregelung beschlossen; sie steht unter dem Vorbehalt des Referendums (Ablauf der Referendumsfrist: 7. April 2013; vgl. BBl 2012 9685). Neu sieht das Gesetz – gestützt auf die im erläuternden Bericht von der Expertenkommission festgehaltenen Ergebnisse – vor, dass Nichteintretensverfahren (vgl. neu Art. 31a AsylG) lediglich in Dublin-Verfahren und bei Wegweisung in einen sicheren Drittstaat durchgeführt werden; im Übrigen sollen aussichtslose oder missbräuchliche Verfahren in einem schnellen materiellen Verfahren abgeschlossen werden. Weiterhin soll allerdings auch ein Nichteintretensentscheid erfolgen, wenn keine Asylgründe vorliegen; dies ist namentlich der Fall, wenn Asylsuchende nur medizinische oder wirtschaftliche Gründe geltend machen. In allen übrigen Fällen soll ein materielles Verfahren durchgeführt werden (vgl. Botschaft 10 S. 4456). Art. 17b Abs. 3 AsylG ist von den Revisionsvorhaben nicht tangiert, allerdings neu in Art. 111d AsylG verankert.

7.

**7.1** Die Nichteintretenstatbestände des schweizerischen Asylgesetzes beinhalten in unterschiedlicher Dichte und Formulierung sogenannte Schutzklauseln, wonach vorfrageweise – obwohl auf das Asylgesuch letztlich nicht eingetreten wird – das Vorliegen von Hinweisen auf Verfolgung, von Hinweisen auf die Flüchtlingseigenschaft und Ähnliches zu prüfen ist. Neben den Schutzklauseln, die sich auf flüchtlingsrechtliche Fragen beziehen und sich daraus ergeben, dass die Nichteintretenstatbestände vom Gesetzgeber völkerrechtskonform und in Übereinstimmung mit dem Non-Refoulement-Gebot ausgestaltet werden sollten, räumen weitere jeweils spezifische zusätzliche Ausschlussklauseln den Gesuchstellenden die Gelegenheit ein, die vom Gesetz vermutete Missbrauchskonstellation, welche dem jeweiligen Nichteintretenstatbestand zugrunde liegt, zu widerlegen. So findet Art. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG keine Anwendung, wenn aufgezeigt werden kann, dass entschuldbare Gründe für das Fehlen von Papieren vorliegen (vgl. Art. 32 Abs. 3 Bst. a AsylG), während Art. 33 AsylG nicht zum Tragen kommt,



wenn dargetan werden kann, dass es sich nicht um eine missbräuchliche nachträgliche Gesuchseinreichung handelt, sondern eine frühere Gesuchseinreichung nicht möglich war (vgl. Art. 33 Abs. 3 Bst. a AsylG). Werden folglich vorfrageweise derartige Anhaltspunkte festgestellt, ist auf das Gesuch einzutreten und der jeweilige Nichteintretenstatbestand findet keine Anwendung.

In Bezug auf das Vorhandensein und die Ausgestaltung der Schutzklausel lassen sich die nachstehenden Kategorien festhalten (vgl. hierzu BFM-Handbuch, a.a.O., S. 5 ff.):

- Nichteintretenstatbestände ohne Schutzklausel (E. 7.3),
- Nichteintretenstatbestände, welche die vorfrageweise Prüfung von « Hinweisen auf Verfolgung » vorsehen (sog. weiter Verfolgungsbegriff, E. 7.4),
- Nichteintretenstatbestände, welche die vorfrageweise Prüfung von « Hinweisen auf den Eintritt von Ereignissen, welche die Flüchtlingseigenschaft begründen », vorsehen (sog. enger Verfolgungsbegriff, E. 7.5),
- Nichteintretenstatbestände betreffend sichere Drittstaaten, deren Ausschlussklauseln sich nicht auf den Verfolgungsbegriff, sondern auf andere Aspekte beziehen (E. 7.6) sowie
- den Sonderfall des Nichteintretenstatbestands betreffend das Nichteinreichen von Identitäts- und Reisepapieren (E. 7.7).

**7.2** Das System der Nichteintretensentscheide gemäss dem schweizerischen Asylgesetz lässt sich mithin nicht damit gleichsetzen, dass ein Antrag einfach ungeprüft bleibt; vielmehr werden – mit Ausnahme der Nichteintretenstatbestände ohne Schutzklausel – flüchtlingsrechtlich relevante Fragestellungen vorfrageweise im Rahmen der zu prüfenden Schutzklausel untersucht. An jeden Nichteintretensentscheid – somit auch im Falle derjenigen Nichteintretenstatbestände, welche keine Schutzklausel aufweisen – schliesst sich sodann eine materiell uneingeschränkte Prüfung an, ob völkerrechtliche und landesrechtliche Wegweisungsvollzugshindernisse gemäss Art. 84 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) vorliegen. In dieser Prüfung sind namentlich die völkerrechtlichen Refoulement-Verbote zu beachten (vgl. E. 7.8).

**7.3** Bei den nachstehenden, mit den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Nichteintretenstatbeständen vergleichbaren Tatbeständen wird ein

rein formeller Entscheid gefällt: Identitätstäuschung (Art. 32 Abs. 2 Bst. b AsylG), Mitwirkungspflichtverletzung (Art. 32 Abs. 2 Bst. c AsylG), Nichtbezahlung eines Kostenvorschusses (Art. 17b AsylG) sowie Fehlen eines Asylgesuchs (Art. 32 Abs. 1 AsylG).

Allfällige Hinweise auf Verfolgung werden hier nicht überprüft, denn es besteht die Vermutung, die asylsuchende Person erfülle aufgrund ihres Verhaltens die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG nicht.

**7.3.1** Falls aufgrund einer erkennungsdienstlichen Behandlung oder anderer Beweismittel feststeht, dass die asylsuchende Person die Behörden über ihre Identität getäuscht hat (vgl. zum Identitätsbegriff Art. 1a Bst. a der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsylV 1, SR 142.311]), wird gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. b AsylG – in der Annahme, ein echter Flüchtling habe keinen Grund, wahre Angaben zu seiner Person zu verheimlichen und falsche vorzuspiegeln – auf das Asylgesuch nicht eingetreten (vgl. hierzu SFH-Handbuch, a.a.O., S. 122 f.). Die Beweislast, dass über die Identität getäuscht wurde, tragen dabei die Behörden (vgl. EMARK 2005 Nr. 16 E. 2.3).

Die für die Schweiz nicht direkt anwendbare Verfahrensrichtlinie sieht in Art. 23 Abs. 4 ebenfalls vor, dass ein vorrangiges oder beschleunigtes Verfahren durchgeführt werden kann, wenn die antragstellende Person durch falsche Angaben über ihre Identität und/oder Staatsangehörigkeit getäuscht hat.

**7.3.2** Dem Tatbestand der Mitwirkungspflichtverletzung (Art. 32 Abs. 2 Bst. c AsylG) liegt die Überzeugung des Gesetzgebers zugrunde, dass die Flüchtlingseigenschaft ohne die Mitwirkung des Gesuchstellers gar nicht geprüft werden kann, da er namentlich seine Fluchtgründe darlegen muss. Wenn er seiner Mitwirkungspflicht schuldhaft nicht nachkommt (die Konstellation der Mitwirkungspflichtverletzung betrifft namentlich Fälle, wo der Gesuchsteller schuldhaft nicht zur Anhörung erscheint), ist es unmöglich, die Flüchtlingseigenschaft abzuklären. Der Gesetzgeber geht daher von der Vermutung aus, dass ein Flüchtling jegliches Interesse daran hat, seine Fluchtgründe darzulegen.

Aus innerstaatlicher Perspektive betrachtet, weicht das Asylgesetz hier nicht von den Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) ab und erscheint somit mit diesem systemkonform, denn gemäss Art. 13 Abs. 2 VwVG braucht die Behörde bei Verletzung der notwendigen und zumutbaren Mitwirkungspflicht in Verfahren, die durch Begehren der betroffenen Person

eingeleitet wurden, auf das Begehren nicht einzutreten (vgl. EPINEY/WALDMANN/EGBUNA-JOSS/OESCHGER, a.a.O., S. 299).

Die Verfahrensrichtlinie sieht in Art. 23 Abs. 4 ebenfalls vor, dass ein vorrangiges oder beschleunigtes Verfahren durchgeführt werden kann, wenn sich die antragstellende Person weigert, der Verpflichtung zur Abnahme ihrer Fingerabdrücke oder anderen in der Verfahrensrichtlinie verankerten Mitwirkungspflichten nachzukommen.

**7.3.3** Gemäss Art. 17b Abs. 3 AsylG kann das BFM, sofern es das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ablehnt, von der gesuchstellenden Person einen Gebührenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten verlangen. Wird der Vorschuss innert der gesetzten Frist nicht geleistet, so wird auf das Gesuch nicht eingetreten. Ein Nichteintretensentscheid nach Art. 17b Abs. 3 AsylG kann sowohl in Verbindung mit Abs. 1 nach einem Wiedererwägungsgesuch als auch in Verbindung mit Abs. 4 der Bestimmung nach einem Zweitgesuch erfolgen. Die gesuchstellende Person hat dabei bereits ein rechtskräftig abgeschlossenes Asyl- und Wegweisungsverfahren durchlaufen, weshalb die Vermutung besteht, es handle sich bei ihr um keinen Flüchtling und der Wegweisungsvollzug sei zu Recht angeordnet worden. Gleichwohl befreit das Bundesamt nach Einreichung des Wiedererwägungs- oder Zweitgesuchs den Betreffenden auf Antrag hin von der Bezahlung der Verfahrenskosten, sofern die Begehren nicht von vornherein aussichtslos erscheinen und die gesuchstellende Person bedürftig ist oder es sich um eine unbegleitete minderjährige Person handelt (Art. 17b Abs. 2 sowie Abs. 3 Bst. b AsylG). Bei der Beurteilung der Prozesschancen ist eine summarische Prüfung der Vorbringen vorzunehmen. Die Gesuchsbegehren gelten als aussichtslos, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (BGE 125 II 265 E. 4b). Somit findet jeweils im Rahmen der Prüfung der Aussichtslosigkeit eine summarische Auseinandersetzung mit den geltend gemachten Vorbringen statt. Andernfalls ist die nicht bedürftige asylsuchende Person gehalten, den Kostenvorschuss einzuzahlen, damit sich das Bundesamt mit ihrem Wiedererwägungs- oder Zweitgesuch inhaltlich auseinandersetzt.

**7.3.4** Ein Nichteintretensentscheid nach Art. 32 Abs. 1 AsylG ist zu fällen, wenn kein Asylgesuch im Sinne von Art. 18 AsylG vorliegt, mithin die betreffende Person in der Schweiz definitionsgemäss kein Gesuch um Schutz vor Verfolgung in deren weiten Form (vgl. hierzu

E. 7.4.1 sowie das Grundsatzurteil EMARK 2003 Nr. 18) stellt respektive lediglich asylfremde Gründe vorbringt. Wird keine Verfolgung geltend gemacht, kann eine solche implizit ausgeschlossen werden. Folglich ist auch keine Schutzklausel anzuwenden.

In dieser Konstellation können sich von vornherein keine Dublin-Fragestellungen ergeben, weil in den vorliegend interessierenden Dublin-Verfahren ein Asylgesuch als Ausgangspunkt für die Zuständigkeitsprüfung im Dublin-Kontext zwingend vorliegen muss.

**7.3.5** Da aufgrund fehlender Schutzklausel die vorangehenden Nichteintretenstatbestände restriktiv zu handhaben sind (vgl. EMARK 2003 Nr. 27 E. 4a) und freilich auch in diesem Rahmen eine vollumfängliche Prüfung der Unzulässigkeitsgründe des Wegweisungsvollzugs und damit des Grundsatzes des Non-Refoulement-Gebots stattfindet, ist mit hinreichender Sicherheit gewährleistet, dass das ernsthafte Risiko einer Wegweisung in einen Verfolgerstaat ausgeschlossen ist. Der Verpflichtung zur Beachtung der Rückschiebungsverbote ist mithin Genüge getan, weshalb auch davon auszugehen ist, dass diese Konstellation der Nichteintretenstatbestände in Einklang mit der Dublin-II-VO steht.

**7.4** Bei den nachgenannten Nichteintretenstatbeständen ist auf ein Asylgesuch einzutreten, wenn Hinweise auf Verfolgung bestehen: Art. 33 AsylG (missbräuchliche Nachreichung eines Gesuches; wobei hier auf das Asylgesuch einzutreten ist, wenn eine frühere Einreichung des Gesuchs nicht möglich oder nicht zumutbar war), Art. 34 Abs. 1 AsylG (Asylgesuch aus einem verfolgungssicheren Staat nach Art. 6a Abs. 2 Bst. a AsylG) und Art. 35 AsylG (Aufhebung des vorübergehenden Schutzes).

**7.4.1** Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Grundsatzurteil BVGE 2007/8 (in E. 5.2) ausführte, bedingt die Feststellung, ob Hinweise auf Verfolgung vorliegen, zumindest eine summarische materielle Prüfung, aus der sich das offensichtliche Fehlen von Anhaltspunkten auf Verfolgung ergibt. Damit wird der Grundsatz des rein formellen Nichteintretensentscheides bereits durchbrochen: Eine – wenn auch nur summarische – materielle Prüfung der Vorbringen führt zurück zum Nichteintreten auf das Asylgesuch.

Die ARK wies in ihrer Praxis nach Einführung der ersten Nichteintretenstatbestände, welche die Prüfung über Hinweise auf Verfolgung bedingten, darauf hin, dass die materielle Prüfung der Glaubhaftigkeit oder der Asylrelevanz von Vorbringen – gemäss dem normalen Beweis-

mass der Glaubhaftmachung – nicht als Vorfrage zur Eintretensfrage stattfinden kann, sondern vorfrageweise nur gemäss dem tieferen Beweismass (nicht offensichtlich unbegründetes Vorbringen) geprüft wird; eine Vorverlegung der materiellen Prüfung im normalen Beweismass auf einen Zeitpunkt, bevor über die Frage befunden worden ist, ob überhaupt ein Asylverfahren durchzuführen ist, kommt einer Umgehung der Verfahrensvorschriften des Asylrechts gleich (vgl. EMARK 1993 Nr. 16 E. 6). Gleichwohl wurde in der Folge eine entsprechende vorfrageweise Prüfung zugelassen, weil das Fehlen von Hinweisen auf Verfolgung anders nicht festgestellt werden konnte. Das zugrunde liegende Regelungskonzept führt mithin dazu, dass bereits im Rahmen von Nichteintretenstatbeständen Fragen der Schutzbedürftigkeit in einem gewissen Ausmass abzuklären sind. Die Praxis hat diese gewisse Widersprüchlichkeit aufzufangen versucht, indem sie einen tiefen Beweismassstab – somit tiefer als Glaubhaftmachung – anwendet. Die Prüfung gemäss diesem tiefen Beweismassstab kann mithin vorfrageweise stattfinden; eine eigentliche Glaubhaftigkeitsprüfung hat jedoch nach Eintreten auf das Gesuch im ordentlichen materiellen Verfahren zu erfolgen (vgl. hierzu EMARK 1993 Nr. 16).

Weiter ist der Prüfung, ob Hinweise auf Verfolgung vorliegen, ein sogenannter weiter Verfolgungsbegriff zugrunde zu legen. In EMARK 2004 Nr. 35 wurde festgehalten, dass dieser weite Verfolgungsbegriff über die ernsthaften Nachteile im Sinne von Art. 3 AsylG hinausreicht und namentlich auch eine Art. 3 EMRK oder Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) zuwiderlaufende Behandlung umfasst. Die ARK präzierte in EMARK 2003 Nr. 18 den weiten Verfolgungsbegriff insoweit, als darunter nicht sämtliche Wegweisungsvollzugshindernisse fallen, sondern lediglich erlittene oder befürchtete Nachteile, welche von Menschenhand zugefügt wurden. Die Beweismassanforderungen, welchen die Hinweise auf eine Verfolgung zu genügen haben, um einen Nichteintretensentscheid auszuschliessen, sind, wie oben bereits festgehalten wurde, tief anzusetzen. Demnach genügt es, wenn nicht prima facie als unglaubhaft erkennbare Hinweise auf Verfolgung vorliegen, damit geprüft werden muss, ob die Flüchtlingseigenschaft erfüllt ist (vgl. EMARK 1999 Nr. 16 E. 4b).

**7.4.2** Gemäss Art. 33 AsylG wird auf ein Asylgesuch einer Person, welche sich illegal, mithin ohne ein gesichertes Anwesenheitsrecht

respektive ohne einen gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz aufhält, nicht eingetreten, wenn mit der Asylgesuchseinreichung lediglich der Zweck verfolgt wird, dem drohenden Vollzug einer fremdenpolizeilichen Massnahme auszuweichen. Ein solcher Zweck ist gemäss Art. 33 Abs. 2 AsylG zu vermuten, wenn das Gesuch in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit einer Verhaftung, einem Strafverfahren, dem Vollzug einer Strafe oder dem Erlass einer Wegweisungsverfügung eingereicht wird, obgleich zuvor hinreichend Gelegenheit bestanden hätte, ein solches Gesuch einzureichen. Sanktioniert werden soll die Zweckentfremdung des Asylgesuchs, welches nicht zum Schutz vor Verfolgung eingereicht wird, sondern lediglich, um eine drohende Wegweisung zu unterlaufen respektive den Aufenthalt in der Schweiz zu verlängern (SFH-Handbuch, a.a.O., S. 133 f.). Diese gesetzliche Regelvermutung kann allerdings von der asylsuchenden Person widerlegt werden: Das Gesetz führt in Abs. 3 der Bestimmung die Ausnahmen an, bei deren Vorliegen nicht von einer missbräuchlichen Einreichung des Asylgesuchs ausgegangen werden kann (wenn eine frühere Einreichung des Gesuchs nicht möglich oder nicht zumutbar war [Bst. a] oder wenn sich Hinweise auf Verfolgung ergeben [Bst. b]).

Auch die Verfahrensrichtlinie kennt in Art. 23 Abs. 4 ein vorrangiges oder beschleunigtes Prüfungsverfahren, wenn die Antragstellung lediglich zur Verzögerung oder Behinderung der Durchführung einer bereits getroffenen oder unmittelbar bevorstehenden Rückführung erfolgt.

**7.4.3** Nach Art. 34 Abs. 1 AsylG wird auf Gesuche von asylsuchenden Personen aus verfolgungssicheren Staaten nach Art. 6a Abs. 2 Bst. a AsylG nicht eingetreten, ausser es gebe Hinweise auf eine Verfolgung. Das Safe Country-Prinzip erlaubt somit dem BFM, Asylgesuche aus diesen Herkunftsländern in einem Nichteintretensverfahren zu behandeln.

Der Bundesrat bezeichnet diejenigen Staaten als verfolgungssichere Heimat- oder Herkunftsstaaten, in denen nach seiner Feststellung Sicherheit vor Verfolgung besteht; bei seiner Einschätzung stützt sich der Bundesrat auf einen Kriterienkatalog, der eine länderspezifische Beurteilung der politischen Lage, der Stabilität der allgemeinen Situation und der Wahrung der massgeblichen Menschenrechtsstandards im betreffenden Heimat- oder Herkunftsstaat erlaubt (vgl. Botschaft 95 S. 58). Dabei überprüft der Bundesrat seine Beschlüsse periodisch (Art. 6a Abs. 3 AsylG).

Art. 34 Abs. 1 AsylG ist als widerlegbare Vermutung gefasst, bei der die Beweislast des Gegenteils allerdings der asylsuchenden Person obliegt. Liegen « Hinweise auf Verfolgung » vor, ist auf das Asylgesuch einzutreten und es muss eine materielle Prüfung des Gesuchs im ordentlichen Verfahren stattfinden. Bei dieser Formulierung ist der weite Verfolgungsbegriff zugrunde zu legen und ein tiefes Beweismass anzuwenden (vgl. E. 7.4.1).

Art. 23 Abs. 4 Verfahrensrichtlinie sieht ebenfalls vor, dass die Mitgliedstaaten ein vorrangiges oder beschleunigtes Prüfungsverfahren durchführen können, wenn die asylsuchende Person aus einem sicheren Herkunftsstaat stammt (der Gerichtshof der Europäischen Union [EuGH] hat in seinem Urteil vom 6. Mai 2008 in der Rechtssache C-133/06 allerdings das Verfahren zur Festlegung sicherer Herkunfts- und Drittstaaten in der Verfahrensrichtlinie [Art. 29 Abs. 1 und 2 und Art. 36 Abs. 3 Verfahrensrichtlinie] für nichtig erklärt).

**7.4.4** Gemäss Art. 35 AsylG wird auf ein Gesuch nicht eingetreten, wenn der vorübergehende Schutz aufgehoben wird (Art. 76 AsylG) und sich aufgrund des der betroffenen Person gewährten rechtlichen Gehörs keine Hinweise auf eine mögliche Verfolgung ergeben. Dies gilt für die Gesuche, die zu Beginn der Schutzgewährung sistiert wurden (vgl. Art. 69 Abs. 3 AsylG). Macht eine gesuchstellende Person eine ihr drohende Verfolgung im Heimat- oder Herkunftsstaat geltend, so ist dieses Vorbringen materiell zu prüfen, sofern genügend Hinweise hierfür vorliegen. Wann Personen unter vorübergehendem Schutz in ihrem Heimatland nicht mehr gefährdet sind und die Möglichkeit einer sicheren Rückkehr besteht, entscheidet der Bundesrat. Diese Regelvermutung kann allerdings durch eine drohende Verfolgung im Einzelfall widerlegt werden (vgl. zum Ganzen BFM-Handbuch, a.a.O., S. 291 ff.; die in Art. 4 und 66 ff. AsylG vorgesehene Regelung vorübergehender Schutzgewährung [« temporary protection-Regelung »] ist in der Schweiz seit ihrem Inkrafttreten am 1. Oktober 1999 bisher noch nie zur Anwendung gelangt).

**7.4.5** Aufgrund der vorfrageweise vorzunehmenden summarischen Abklärung materieller Aspekte – und der Durchführung einer vollumfänglichen materiellen Beurteilung bei Vorliegen von Hinweisen auf Verfolgung im weiten Sinne des Verfolgungsbegriffs (E. 7.4.1) – werden die Anforderungen der Dublin-II-VO hinreichend berücksichtigt.

7.5 In Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG (Zweitgesuch mit oder ohne Rückkehr in den Heimat- oder Herkunftsstaat) und Art. 32 Abs. 2 Bst. f AsylG (ablehnender Entscheid eines EU- oder EWR-Staates) sowie in Art. 35a AsylG (Abschreibung und Nichteintreten nach Wiederaufnahme des Verfahrens) findet sich die Formulierung, auf das Gesuch werde nicht eingetreten, ausser die Anhörung ergebe « Hinweise, dass in der Zwischenzeit Ereignisse eingetreten sind, die geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant sind ».

Bei dieser Formulierung ist nicht der weite, sondern der enge, nur auf den Flüchtlingbegriff bezogene Verfolgungsbegriff anzuwenden. Es kommt daher lediglich Hinweisen auf Ereignisse Bedeutung zu, die zur Begründung der Flüchtlingseigenschaft geeignet sind. Hingegen gelten gemäss Rechtsprechung bei dieser Nichteintretenskonstellation – gleich wie bei den Tatbeständen, welche Hinweise auf Verfolgung verlangen – die tiefen Beweisanforderungen an das Beweismass. Auf das Asylgesuch ist daher nicht einzutreten, wenn eines der Elemente des Flüchtlingbegriffs von Art. 3 AsylG offensichtlich nicht erfüllt ist. Sobald in den Akten jedoch Hinweise auf flüchtlingsrechtlich oder für die Gewährung vorübergehenden Schutzes bedeutsame Ereignisse zu verzeichnen sind, deren Unglaublichkeit nicht schon auf den ersten Blick festgestellt werden kann, ist auf das Asylgesuch einzutreten (vgl. Botschaft 95 S. 57 f.; BVGE 2008/57 E. 3.3; EMARK 2005 Nr. 2 E. 4.3, EMARK 2000 Nr. 14 E. 2).

Art. 23 Abs. 4 Verfahrensrichtlinie sieht ebenfalls vor, dass für einen Folgeantrag, der keine relevanten neuen Elemente in Bezug auf besondere Umstände oder die Lage im Herkunftsstaat der asylsuchenden Person enthält, ein vorrangiges oder beschleunigtes Verfahren durchgeführt werden kann.

Folglich entsprechen Art. 32 Abs. 2 Bst. e und f AsylG sowie Art. 35a AsylG ebenfalls den Anforderungen der Dublin-II-VO, da zwar ein enger Verfolgungsbegriff Anwendung findet, dieser jedoch beinhaltet, dass auf Asylgesuche lediglich nicht einzutreten ist, wenn eines der Elemente des Flüchtlingbegriffs gemäss Art. 3 AsylG offensichtlich nicht erfüllt ist. Somit werden auch bei dieser Nichteintretenskonstellation materielle Aspekte geprüft.



## 7.6

**7.6.1** Im Rahmen der Drittstaatenklauseln (Art. 34 Abs. 2 Bst. a–e AsylG) wird auf ein Asylgesuch nicht eingetreten, wenn die asylsuchende Person in einen sicheren Drittstaat zurückkehren oder weiterreisen kann, wo sie effektiven Schutz vor Rückschiebung geniesst oder um Schutz nachsuchen kann. Diese Regelung führt dabei gemäss Gesetzeswortlaut « in der Regel » zum Nichteintreten; trotz dieser Formulierung ist das Nichteintreten bei Vorliegen der im Gesetz umschriebenen Voraussetzungen als zwingende Folge zu verstehen.

Der Bundesrat bezeichnet gemäss Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG Staaten als sichere Drittstaaten, in denen nach seinen Feststellungen effektiver Schutz vor Rückschiebung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 AsylG, mithin effektiver flüchtlingsrechtlicher Refoulement-Schutz besteht. Nur Staaten, die aufgrund ihrer politischen Stabilität dafür garantieren, dass sie die angeführten Rechtsinstrumente und Prinzipien eines Rechtsstaates einhalten, können als sichere Drittstaaten betrachtet werden (vgl. Botschaft 02 S. 6877 f.). Im Dezember 2007 hat der Bundesrat alle EU- und EFTA-Staaten als sichere Drittstaaten in diesem Sinne bezeichnet. Neben diesen Drittstaaten können für die Anwendung des Nichteintretensartbestands von Art. 34 Abs. 2 AsylG weitere Staaten im Einzelfall als sichere Drittstaaten in Frage kommen (Art. 34 Abs. 2 Bst. b AsylG). Bei den vom Bundesrat bezeichneten sicheren Drittstaaten darf von der Regelvermutung ausgegangen werden, es bestehe Schutz vor Rückschiebung in einen Verfolgerstaat. Wegweisungen in sichere Drittstaaten, die vom Bundesrat nicht als solche bezeichnet wurden, müssen zwar die gleichen Bedingungen erfüllen, bei ihnen kann allerdings nicht von einer Regelvermutung ausgegangen werden, sondern es ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob Hinweise darauf bestehen, dass im betreffenden Drittstaat kein effektiver Schutz vor Rückschiebung besteht.

**7.6.2** Als Ausnahme hält Art. 34 Abs. 3 AsylG fest, dass die Bestimmungen der Drittstaatenklausel gemäss Art. 34 Abs. 2 Bst. a, b, c und e AsylG nicht angewendet werden, wenn die asylsuchende Person offensichtlich die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG erfüllt (Bst. b) oder Hinweise darauf bestehen, dass im Drittstaat kein effektiver Schutz vor Rückschiebung nach Art. 5 Abs. 1 AsylG besteht (Bst. c); insbesondere die letztgenannte Ausnahme ist geeignet, die Vermutung der Drittstaatsicherheit im konkreten Fall umzustossen. Daneben kennt Art. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG noch eine weitere Schutzklausel für asyl-

suchende Personen, deren nahe Angehörige in der Schweiz leben oder die zu einer Person in der Schweiz enge Beziehungen haben; dieser Tatbestand bildet das Pendant zu Art. 34 Abs. 2 Bst. e AsylG. Liegt eine der Ausnahmen im konkreten Fall vor, muss die materielle Prüfung des Asylgesuchs im ordentlichen Verfahren erfolgen.

Art. 34 Abs. 3 Bst. a und b AsylG stehen als Ausnahmen nicht im Sinne des Refoulement-Schutzes, sondern sind aufgrund der humanitären Tradition der Schweiz ins Gesetz aufgenommen worden. Das AsylG sieht somit ein Eintreten vor bei engen Beziehungen oder Angehörigen in der Schweiz (vgl. zum Begriff der « nahen Angehörigen » BVGE 2009/8) oder bei offensichtlicher Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft (vgl. hierzu BVGE 2010/56). Art. 34 Abs. 3 Bst. b AsylG lag insbesondere der humanitäre Gedanke zugrunde, offensichtliche Flüchtlinge hätten bereits genug gelitten, weshalb sie nicht weiter hin und her geschoben werden dürften. Diese Ausnahmen haben freilich nichts mit der hier interessierenden Fragestellung nach Schutzklauseln zu tun, welche garantieren müssen, dass ein Nichteintretensentscheid nicht ergehen kann, wenn Hinweise darauf bestehen, dass im Drittstaat kein effektiver Schutz vor Rückschiebung besteht. Im Ergebnis wird aber – wie in Art. 32 Abs. 3 Bst. b AsylG – in der Tatbestandsvariante des Art. 34 Abs. 3 Bst. b AsylG die Flüchtlingseigenschaft zum Gegenstand eines Nichteintretensverfahrens, welches damit eine summarische materielle Prüfung beinhaltet.

Anders verhält es sich mit Art. 34 Abs. 3 Bst. c AsylG, welcher besagt, die Drittstaaten-Nichteintretensregelung könne nicht greifen, sobald Hinweise darauf bestehen, dass im Drittstaat kein effektiver Schutz vor Rückschiebung besteht; in diesem Fall ist auf das Gesuch in der Schweiz einzutreten (Art. 34 Abs. 3 Bst. c AsylG). Diese Ausnahme erfordert, dass Anhaltspunkte vorliegen, im Drittstaat bestehe kein effektiver Schutz vor Rückschiebung. In Bezug auf die Hinweise ist ein tiefer Beweismassstab anzusetzen, der weder den Anforderungen des Nachweises noch des Glaubhaftmachens im Sinne von Art. 7 AsylG entsprechen muss. Um die Vermutung der Drittstaatsicherheit zu widerlegen, soll es ausreichen, dass die asylsuchende Person Hinweise dafür liefert, ihr drohe im Drittstaat eine Verletzung des Non-Refoulement-Gebots (vgl. Botschaft 02 S. 6885 f.; SFH-Handbuch, a.a.O., S. 143).

Der Bundesrat befürwortet in der Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes die Aufhebung der Ausnahmebestimmungen von Art. 34 Abs. 3 Bst. a und b AsylG, da für die Schweiz keine völkerrechtliche Ver-

pflichtung bestehe, die betreffenden Asylgesuche materiell zu behandeln; einzige Ausnahme zum Nichteintreten bei Drittstaatenklauseln soll – infolge der zwingenden völkerrechtlichen Verpflichtung der Schweiz – künftig Art. 34 Abs. 3 Bst. c AsylG bilden, wonach auf das Asylgesuch einzutreten ist, wenn Hinweise darauf bestehen, dass im betreffenden Drittstaat kein effektiver Schutz vor Rückschiebung besteht (vgl. Botschaft 10 S. 4494 f.). Der vom Parlament verabschiedete (noch unter dem Vorbehalt des Referendums stehende) Gesetzestext übernimmt diese Argumentation.

**7.6.3** Art. 34 Abs. 3 AsylG gilt nicht für Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG, die Nichteintretensregelung der staatsvertraglichen Zuständigkeit nach der Dublin-II-VO. Hier regelt sich die Problematik einer allfälligen drohenden Refoulement-Verletzung durch die völkerrechtlichen Pflichten des zuständigen Dublin-Mitgliedstaats respektive durch die Verpflichtung der Schweiz, im Falle eines drohenden Kettenrefoulements den Selbsteintritt zu erklären (vgl. betreffend Pflicht zum Selbsteintritt BVGE 2010/45 E. 5). Ein Mitgliedstaat kann sich demnach nicht gestützt auf die Dublin-II-VO von seiner Verantwortung zur Achtung des Non-Refoulement-Gebots entziehen, wenn eine Kettenabschiebung droht, da auch im Rahmen eines Dublin-Verfahrens konkret zu prüfen ist, ob Hinweise auf eine mögliche Refoulement-Verletzung vorliegen. Somit sind Asylanträge gegebenenfalls inhaltlich zu prüfen, selbst wenn ein anderer Mitgliedstaat hierfür zuständig wäre (vgl. BVGE 2011/35, BVGE 2010/45; Urteil des EGMR, *T.I. gegen Vereinigtes Königreich* vom 7. März 2000, Beschwerde-Nr. 43844/98, sowie Urteil *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*).

**7.6.4** Auch die Verfahrensrichtlinie sieht in Art. 23 Abs. 4 vor, dass ein vorrangiges oder beschleunigtes Verfahren durchgeführt werden kann, wenn für die asylsuchende Person ein Staat als sicherer Drittstaat betrachtet wird (vgl. hierzu auch Art. 27 sowie 36 Verfahrensrichtlinie, jedoch unter dem oben in E. 7.4.3 angeführten Vorbehalt gemäss EuGH-Urteil vom 6. Mai 2008, a.a.O.).

**7.6.5** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch die Nichteintretenstatbestände, die sich auf eine Drittstaatenregelung stützen, den Anforderungen der Dublin-II-VO entsprechen, nachdem in den entsprechenden Verfahren die Effektivität des Schutzes vor Rückschiebung und mithin die Respektierung der Non-Refoulement-Garantie geprüft wird.

Was den Nichteintretenstatbestand von Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG betrifft, können sich die hier interessierenden Fragen nicht stellen: Wenn die Schweiz gemäss den anwendbaren Kriterien der Dublin-II-VO zur Prüfung eines Asylgesuchs zuständig und mithin zur Aufnahme (« take charge », « prise en charge ») oder Wiederaufnahme (« take back », « reprise en charge ») eines Gesuchstellers verpflichtet ist, ist eine anschliessende Anwendung des Nichteintretenstatbestands von Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG bereits begriffslogisch ausgeschlossen – die Schweiz bleibt zuständig.

**7.7** Einen Sonderfall stellt – seit der Verschärfung der entsprechenden Bestimmung, die am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist (vgl. E. 5.2) – der Nichteintretenstatbestand der Papierlosenbestimmung dar (vgl. dazu ausführlich die beiden Grundsatzurteile BVGE 2007/7 und 2007/8).

**7.7.1** Gemäss dem Nichteintretenstatbestand der Papierlosenbestimmung (Art. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG) wird auf Asylgesuche nicht eingetreten, wenn Asylsuchende den Behörden nicht innerhalb von 48 Stunden nach Einreichung des Gesuchs Reise- oder Identitätspapiere abgeben.

Die Verfahrensrichtlinie äussert sich an zwei Stellen zu den Reise- und Identitätspapieren: Einerseits kann ein vorrangiges oder beschleunigtes Verfahren durchgeführt werden, wenn angenommen werden kann, dass die gesuchstellende Person ein Identitäts- oder Reisedokument mutwillig vernichtet oder beseitigt hat (Art. 23 Abs. 4 Bst. f), andererseits wenn sie ohne ersichtlichen Grund ihrer Verpflichtung nicht nachkommt, Dokumente (wie namentlich den Reisepass), die für die Prüfung des Antrags sachdienlich sind, vorzulegen (Art. 23 Abs. 4 Bst. k i.V.m. Art. 11 Abs. 2 Bst. b).

**7.7.2** Art. 32 Abs. 3 AsylG sieht drei Ausnahmen vom Grundsatz des Nichteintretens vor:

Art. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG findet keine Anwendung, wenn Asylsuchende glaubhaft machen können, dass sie aus entschuldbaren Gründen nicht in der Lage sind, innerhalb von 48 Stunden nach Einreichung des Gesuchs Reise- oder Identitätspapiere abzugeben (Art. 32 Abs. 3 Bst. a AsylG).

Zudem ist auf das Asylgesuch gemäss Art. 32 Abs. 3 Bst. b AsylG einzutreten, wenn aufgrund der Anhörung sowie gestützt auf Art. 3 und 7 AsylG die Flüchtlingseigenschaft festgestellt wird.

Sodann findet Art. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG gemäss der dritten Ausnahme nach Art. 32 Abs. 3 Bst. c AsylG keine Anwendung, wenn sich aufgrund der Anhörung erweist, dass zusätzliche Abklärungen zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft oder eines Wegweisungsvollzugshindernisses nötig sind. Kann die Frage der Flüchtlingseigenschaft im Rahmen einer summarischen Prüfung noch nicht beantwortet werden, ist somit gestützt auf Art. 32 Abs. 3 Bst. c AsylG auf das Asylgesuch zwecks weiterer, im ordentlichen Verfahren vorzunehmender Abklärungen zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft oder von Wegweisungsvollzugshindernissen (vgl. hierzu BVGE 2009/50, welcher festhält, dass als Wegweisungsvollzugshindernisse lediglich Hindernisse gelten, die sich auf die Zulässigkeit des Vollzugs auswirken können, nicht aber solche, welche die Zumutbarkeit oder Möglichkeit des Vollzuges betreffen) ebenfalls einzutreten (BVGE 2007/8 E. 5.6.5).

**7.7.3** Im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten und Diskussionen zur aktuellen Fassung dieser Papierlosenbestimmung wurde die Frage breit diskutiert, ob dieser Nichteintretenstatbestand mit den völkerrechtlichen Mindestanforderungen, namentlich den aus dem Non-Refoulement-Gebot sich ergebenden Garantien, vereinbar sei. Insbesondere wurde die Befürchtung geäussert, dass aufgrund der neuen Formulierung der Papierlosenbestimmung « echte » Flüchtlinge kein Asyl erhalten würden, da sie in der Folge des Nichteintretenstatbestands keine hinreichende Möglichkeit hätten, ihre Flüchtlingseigenschaft glaubhaft zu machen.

Am 25. August 2004 liess der Bundesrat der Staatspolitischen Kommission des Ständerates einen Antrag zur « Förderung der Papierabgabe – Änderung des Nichteintretenstatbestandes bei Papierlosen » (Antrag Nr. 12) zukommen, in welchem er ausführte, dass der neue Formulierungsvorschlag der Papierlosenbestimmung völkerrechtskompatibel sei, weil er der Situation von « echten » Flüchtlingen Rechnung trage, indem bei « bona fide »-Flüchtlingen trotz fehlender Papiere auf die Asylgesuche eingetreten werde. Das Non-Refoulement-Gebot werde ebenfalls respektiert, indem auf Gesuche eingetreten werde, die noch nicht entschieden werden könnten, weil zur Feststellung allfälliger Wegweisungsvollzugshindernisse noch zusätzliche Abklärungen nötig seien. In seinem Antwortschreiben an das Bürgerliche Komitee gegen das

Asylgesetz vom 7. September 2006 sicherte der Bundesrat zudem zu, mit der Änderung des Asylgesetzes bleibe gleichwohl sichergestellt, dass verfolgte Personen in der Schweiz den völkerrechtlich gebotenen Schutz vor Verfolgung erhalten würden (vgl. Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 24. September 2006 über die Änderungen des Asylgesetzes, Bern, 7. September 2006 – Antwort des Bundesrates auf das Schreiben des Bürgerlichen Komitees gegen das Asylgesetz).

Das Bundesverwaltungsgericht kam in seinem Grundsatzentscheid BVGE 2007/8 – unter Darstellung der Abläufe des Gesetzgebungsverfahrens, der Kritikpunkte sowie der Gutachten (insbesondere WALTER KÄLIN, Bemerkungen zum Antrag des Bundesrates vom 25. August 2004 zum Nichteintretensgrund der fehlenden Reisepapiere, zu Händen des EDA, vom 14. November 2004, in: ASYL 2005/2+3 S. 12 f.; sowie KAY HAILBRONNER, Stellungnahme zu Art. 32 Abs. 2 Bst. a und Abs. 3 Asylgesetz, in: Jusletter 15. Mai 2006) – zum Schluss, es handle sich, entgegen der Bezeichnung als Nichteintreten, um ein materielles Summaryverfahren, in welchem die Flüchtlingseigenschaft materiell geprüft wird. Da der Entscheid, ob eine asylsuchende Person offenkundig die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllt, angesichts der durch das Asylgesetz aufgestellten Bedingungen in einem fairen Verfahren getroffen werde, erachtete das Bundesverwaltungsgericht die Norm als völkerrechtskonform (vgl. BVGE 2007/8 E. 6.2).

Folglich ist mit dieser Ausgestaltung der Bestimmungen den Anforderungen der Dublin-II-VO Genüge getan.

**7.7.4** Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf den Entscheid *Jean Patrick Iya gegen Schweiz* (Ausschuss gegen Folter [Committee against Torture, CAT]/C/39/D/299/2006) vom 26. November 2007, welcher erst nach BVGE 2007/8 erging und somit im Grundsatzentscheid des Bundesverwaltungsgerichts noch keine Berücksichtigung finden konnte. Die Schweiz trat im betreffenden Fall im Jahr 2004 auf das Asylgesuch eines Kongolesen nicht ein, da er keine gültigen Papiere vorlegen konnte. Der Ausschuss qualifizierte daraufhin die Ausweisung beziehungsweise Wegweisung des Asylbewerbers gestützt auf einen Nichteintretensentscheid wegen Papierlosigkeit als Verstoss gegen die Folterkonvention. Insbesondere wurde beanstandet, die Schweizer Behörden hätten das Gesuch lediglich aus prozessualen Gründen abgewiesen, anstatt es einer materiellen Prüfung zu unterziehen. Gemäss Prof. Maya Hertig Randall liege der Papierlosenbestimmung die Vorstellung zugrunde, dass jede

asylsuchende Person, welche keine Papiere vorlege, einen Asylmissbrauch anstrebe. Der vom Ausschuss gerügte Fall zeige allerdings, dass diese Ansicht unzutreffend sei. Gesuche von papierlosen asylsuchenden Personen sollten vielmehr eingehend und von Fall zu Fall geprüft werden. Lediglich auf diese Weise sei gewährleistet, dass Flüchtlinge nicht vom Schutz ausgeschlossen würden (vgl. MAYA HERTIG RANDALL, *La nouvelle loi sur l'asile à l'épreuve des droits de l'homme*, in: Jusletter 28. April 2008).

Hierbei handelt es sich um ein Verfahren, welches in der Schweiz noch unter der alten Papierlosenbestimmung und somit vor deren Verschärfung geführt wurde, weshalb im Verfahren die Schutzklausel, ob « Hinweise auf Verfolgung, die nicht offensichtlich haltlos sind », zu prüfen war. Es handelte sich mithin zwar um einen Nichteintretensentscheid, jedoch nicht um einen Entscheid ohne eine inhaltliche Prüfung; vielmehr hatte eine vorfrageweise Prüfung, ob Hinweise auf Verfolgung vorliegen, stattzufinden. Dieser Prüfung war ein weiter Verfolgungsbegriff (jegliche von Menschenhand verursachte Verfolgung) zugrunde zu legen, und das geforderte Beweismass war tief anzusetzen (nicht offensichtlich unbegründetes Vorbringen). Der Ausschuss hat dem Umstand, dass eine materielle Vorfrageprüfung erfolgt ist, keine Rechnung getragen, sondern ging davon aus, es habe sich um ein klassisches Nichteintreten und damit um einen rein formellen Entscheid gehandelt. Gemäss der hier präsentierten Würdigung erlaubt die zitierte Schutzklausel die Feststellung, dass allfällige Refoulement-Verletzungen ausgeschlossen werden.

**7.8** Vor dem Hintergrund obiger Erwägungen kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die im Schweizer Asylgesetz verankerten Nichteintretenstatbestände in ihren dargelegten Abstufungen in Einklang mit der Dublin-II-VO stehen und deren Anforderungen zu genügen vermögen. Auch in Verfahren, in denen die Schweiz gestützt auf die in der Dublin-II-VO statuierten Kriterien zur Prüfung eines Asylgesuchs zuständig ist und zur Aufnahme beziehungsweise Wiederaufnahme eines Gesuchstellers veranlasst ist, ist es mithin zulässig, diese Prüfung durch einen Nichteintretensentscheid gemäss dem innerstaatlichen Recht abzuschliessen. Schranke bildet dabei stets der Grundsatz des menschenrechtlichen und flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement-Gebots (vgl. Art. 25 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; Art. 3 FoK; Art. 33 FK und Art. 3 EMRK). Die Souveränität aller Mitgliedstaaten wird am

nachhaltigsten durch dieses zwingende völkerrechtliche Prinzip eingeschränkt, welches es dem Zufluchtsstaat verbietet, die betroffene Person in ein Staatsgebiet zurückzuweisen, in dem sie an Leib und Leben gefährdet ist (vgl. SAMUEL WERENFELS, Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht, Bern 1987, S. 7). Folglich muss auch jegliche Handhabung der schweizerischen Nichteintretenstatbestände die zwingenden völkerrechtlichen Vorgaben respektieren. Garantiert wird dies zum einen durch die sogenannten Schutzklauseln, zum andern durch die in jedem Nichteintretensverfahren vorzunehmende Prüfung der Wegweisungsvollzugshindernisse.

**7.9** Im Sinne eines *argumentum e contrario* sei schliesslich an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass eine gegenteilige Auffassung – das heisst die Annahme, in dem einem Dublin-Verfahren folgenden Asylverfahren bleibe nach einer ausdrücklichen Zusage der Schweiz an einen anderen Dublin-Mitgliedstaat um Rückübernahme der asylsuchenden Person, und somit zur Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens, kein Raum für einen Nichteintretensentscheid – zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung führen würde; es ergäbe sich die absurde Situation, dass Personen, auf deren Asylgesuch in der Schweiz gestützt auf die gesetzliche Regelung der einschlägigen Nichteintretenstatbestände von Art. 32 ff. AsylG nicht einzutreten ist, es in der Hand hätten, ein Eintreten auf ihr Gesuch zu erzwingen, indem sie mutwillig (etwa durch Ausreise ins benachbarte Ausland und Einreichung eines Asylgesuchs dort) eine « Dublin-Konstellation » begründen.

## 8.

**8.1** Zur Begründung des Nichteintretensentscheids im vorliegenden Verfahren führte das BFM aus, auf ein Asylgesuch nach Art. 32 Abs. 2 Bst. b AsylG werde nicht eingetreten, wenn ein Gesuchsteller die Behörde über seine Identität täuscht und diese Tatsache aufgrund der Ergebnisse der erkennungsdienstlichen Behandlung oder anderer Beweismittel feststehe. Der Beschwerdeführer habe sein Asylgesuch unter der Identität D., geboren am (...), Staat unbekannt, gestellt. Er habe angegeben, aufgrund seines Gedächtnisverlustes nicht mehr zu wissen, aus welchem Land er stamme. Gemäss den durch die ukrainischen Behörden verifizierten Erkenntnissen der norwegischen Asylbehörden würden die wahren Personalien des Beschwerdeführers wie folgt lauten: A., geboren am (...), Ukraine. Bezeichnenderweise sei er am (...) März 2009 mit seinem ukrainischen Reisepass von Norwegen in die Ukraine rücküberstellt worden. Somit sei erwiesen, dass der Beschwerdeführer die



hiesigen Asylbehörden über seine wahre Identität getäuscht habe. Anlässlich des ihm gewährten rechtlichen Gehörs habe er erklärt, er erinnere sich weder an seine Staatszugehörigkeit respektive seinen Reisepass noch an seine Ausreisegründe. Alles, was er über sein früheres Leben wisse, habe er von den Asylbehörden erfahren. Aufgrund der Gesamtumstände gehe das BFM daher davon aus, bei der vorgebrachten Amnesie handle es sich lediglich um eine Schutzbehauptung des Beschwerdeführers, zumal er diesbezüglich in den Niederlanden weder beim Arzt noch in Behandlung gewesen sei. Erschwerend komme hinzu, dass er bereits in früheren Asylverfahren in Europa unter verschiedenen Identitäten in Erscheinung getreten sei, was ein bezeichnendes Licht auf die grundsätzliche Einstellung des Beschwerdeführers bezüglich seiner Mitwirkungs- und Wahrheitspflicht werfe. Im Übrigen ändere eine Amnesie, selbst wenn man von einer solchen ausgehe, nichts an der Tatsache, dass der Beschwerdeführer die Asylbehörden vorsätzlich über seine wahre Identität getäuscht habe.

**8.2** Demgegenüber hielt der Beschwerdeführer in seiner Rechtsmitteleingabe fest, er habe im vorinstanzlichen Verfahren ausführlich geschildert, wie er vom Gerüst gefallen sei und sich dabei einen irreversiblen Gehirnschaden zugezogen habe, weshalb er sich an nichts mehr erinnere. Auch der Arzt habe ihm gesagt, dass er eventuell innere Blutungen aufweise. Somit könne man nicht von einer Identitätstäuschung sprechen und einen Nichteintretensentscheid fällen.

## **9.**

**9.1** Nach Art. 32 Abs. 2 Bst. b AsylG wird auf ein Asylgesuch nicht eingetreten, wenn die asylsuchende Person die Behörden über die Identität täuscht und diese Täuschung aufgrund der Ergebnisse der erkennungsdienstlichen Behandlung oder anderer Beweismittel feststeht, wobei der Begriff der Identität Namen, Vornamen, Staatsangehörigkeit, Ethnie, Geburtsdatum, Geburtsort und Geschlecht der asylsuchenden Person umfasst (vgl. Art. 1 Bst. a AsylV 1). Dabei muss die Identitätstäuschung gegenüber den schweizerischen Asylbehörden erfolgt sein, weshalb die blosser Feststellung, dass jemand gegenüber einer ausländischen Behörde eine andere Identität angegeben hat, nicht genügt (vgl. EMARK 1996 Nr. 32 E. 3).

Gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. b AsylG muss die Identitätstäuschung feststehen. Entsprechend hat die Behörde den Nachweis zu erbringen, dass eine asylsuchende Person im Sinne von Art. 32 Abs. 2 Bst. b AsylG

über ihre Identität getäuscht hat. Der Beweis gilt als erbracht, wenn die verfügende Behörde nach objektiven Kriterien von der Richtigkeit der Sachbehauptung überzeugt ist. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn bloss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich die behauptete Tatsache verwirklicht hat (vgl. EMARK 2003 Nr. 27 E. 4a). Als Nachweis dienen Ergebnisse der erkennungsdienstlichen Behandlung oder andere Beweismittel – die Praxis nennt beispielsweise Herkunftsanalysen der BFM-Fachstelle LINGUA, sichergestellte Ausweispapiere, Zeugenaussagen oder Eingeständnisse der asylsuchenden Person (vgl. EMARK 2003 Nr. 27 E. 4a m.w.H.).

**9.2** Aus dem vom Beschwerdeführer jeweils am 28. März 2010 sowie 4. April 2010 ausgefüllten Personalienblatt geht hervor, er heisse D. und sei am (...) in Russland geboren; er verfüge über keine Staatsangehörigkeit (...). Infolge unbekannten Aufenthaltes des Beschwerdeführers konnte zum damaligen Zeitpunkt keine Empfangs- und Verfahrenszentrums(EVZ)-Befragung durchgeführt werden (vgl. Abschreibungsentscheid des BFM vom 2. August 2010 sowie [...]). Mit Antwortschreiben vom 25. Mai 2011 teilten die norwegischen Behörden dem BFM mit, Abklärungen in Kiew hätten ergeben, dass es sich beim Beschwerdeführer um den ukrainischen Staatsangehörigen A., geboren am (...), handle (...). Wie das BFM zu Recht feststellte, ist gemäss den Angaben der norwegischen Behörden der Beschwerdeführer am (...) März 2009 mit seinem ukrainischen Reisepass von Norwegen in die Ukraine überstellt worden (...). Diese – gestützt auf einen Reisepass des Beschwerdeführers, der den norwegischen Behörden vorgelegen hat – erteilten Auskünfte einer Behörde eines europäischen Staates dürfen als hinlänglich beweiskräftig gelten, um den Nachweis der Identitätstäuschung im Sinne von Art. 32 Abs. 2 Bst. b AsylG als feststehend erscheinen zu lassen. Folglich geht das Bundesverwaltungsgericht – wie das BFM – im vorliegenden Fall von einer Identitätstäuschung aus. Dabei vermag auch die vom Beschwerdeführer geltend gemachte und mit Arztbericht vom (...) April 2011 belegte retrograde Amnesie, gemäss welcher er sich nicht mehr an sein Leben vor dem Unfall erinnern könne, nichts an der Tatsache zu ändern, zumal die Identitätstäuschung vor dem geltend gemachten Unfall in den Niederlanden, nämlich am 28. März 2010 sowie am 4. April 2010, stattfand.

Wie oben ausgeführt wurde, kann die Frage, ob in dem einem Dublin-Verfahren folgenden Asylverfahren respektive nach einer ausdrücklichen Zusage an einen Dublin-Mitgliedstaat um Rückübernahme der asyl-

suchenden Person und somit zur Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens Raum für einen Nichteintretensentscheid bleibt, bejaht werden. Auch wenn es sich vorliegend um ein Asylverfahren handelt, das die Schweiz nach Wiederaufnahme des Beschwerdeführers gemäss den Bestimmungen der Dublin-II-VO führte, durfte folglich ein Nichteintretensentscheid gemäss den innerstaatlichen Bestimmungen des AsylG ergehen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass das BFM auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers zu Recht nicht eintrat. Der Beschwerdeführer hat die hiesigen Asylbehörden erwiesenermassen über seine Identität getäuscht. Der Tatbestand von Art. 32 Abs. 2 Bst. b AsylG ist somit erfüllt.