

Maximen und Garantien im regulären und im beschleunigten Asylver- fahren

*Astrid Epiney/Bernhard Waldmann/
Andrea Egbuna-Joss/Magnus Oeschger**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

***Astrid Epiney/Bernhard Waldmann/Andrea Egbuna-Joss/Magnus Oeschger, Ma-
ximen und Garantien im regulären und im beschleunigten Asylverfahren, in:
UNHCR/SFH (Hrsg.), Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales
Flüchtlingsrecht. Eine Vergleichsstudie / Droit d'asile suisse, normes de l'UE et
droit international des réfugiés. Une étude comparative, Bern 2009, S. 199-300.
Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis
zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.***

Inhaltsübersicht

A. Einleitung

B. Völkerrecht

- I. Keine ausdrücklichen verfahrensrechtlichen Vorgaben der GFK
- II. Verfahrensrechtliche Vorgaben der EMRK
 1. Art. 3 EMRK
 2. Art. 5 EMRK
- III. Verfahrensrechtliche Vorgaben der Kinderrechtskonvention

C. Verfahrensmaximen und -garantien im europäischen Asylrecht

- I. Zuständige Behörde (Asylbehörde)
- II. Zugang zum Verfahren
- III. Berechtigung zum Verbleib im Mitgliedstaat während des erstinstanzlichen Verfah-
rens
- IV. Recht auf Information über das Verfahren in einer dem Antragsteller verständlichen
Sprache bzw. auf Beizug eines Dolmetschers
- V. Verpflichtungen der Asylbewerber
- VI. Recht auf eine persönliche Anhörung
- VII. Anspruch auf Rechtsberatung und -vertretung
- VIII. Spezielle Garantien für unbegleitete Minderjährige
- IX. Garantien im Falle einer Rücknahme des Antrages
- X. Anforderungen an den erstinstanzlichen Entscheid
 1. Recht auf angemessene Prüfung des Asylantrages
 2. Einhaltung einer angemessenen Frist
 3. Begründungspflicht, Schriftform und Rechtsmittelbelehrung

* Frau lic. iur. *Susanne Bolz*, Schweizerische Flüchtlingshilfe, sei herzlich für die kritische
Durchsicht des Manuskripts und die angenehme Zusammenarbeit gedankt.

- XI. Weitergabe von Daten des Asylbewerbers während des Verfahrens
- XII. Anspruch auf rasche gerichtliche Überprüfung bei Ingewahrsamnahme
- XIII. Die Rolle des UNHCR im Asylverfahren
- XIV. Zu den verschiedenen Verfahrensarten im erstinstanzlichen Verfahren

D. Verfahrensmaximen und -garantien im schweizerischen Asylrecht

- I. Das Asylverfahren im Überblick
 - 1. Allgemeines
 - 2. Das erstinstanzliche Asylverfahren
 - a) Reguläres Verfahren
 - b) Besondere Verfahren
 - aa) Das Flughafenverfahren insbesondere
 - bb) Die Nichteintretensentscheide insbesondere
- II. Verfahrensmaximen
 - 1. Zuständigkeit
 - a) Entscheid über die Gewährung oder Verweigerung des Asyls
 - b) Andere Entscheide und Verfahrenshandlungen
 - aa) Bei Gesuchseinreichung an der Grenze
 - bb) Bei Gesuchseinreichung im Ausland
 - cc) Bei Gesuchseinreichung im Inland
 - dd) Bei Gesuchseinreichung am Flughafen
 - c) Funktionelle Zuständigkeit
 - 2. Untersuchungsmaxime und Mitwirkungspflichten
 - a) Untersuchungsmaxime
 - b) Mitwirkungspflichten des Asylsuchenden im Asylverfahren
- III. Allgemeine Verfahrensgarantien
 - 1. Zugang zum Verfahren
 - 2. Berechtigung zum Verbleib in der Schweiz während des Verfahrens
 - 3. Anspruch auf prozessuale Kommunikation in verständlicher Sprache
 - a) Allgemeines
 - b) Information über das Verfahren und die Rechte und Pflichten in verständlicher Sprache
 - c) Schriftliche Eingaben der Partei
 - d) Summarische Befragung in der Empfangsstelle
 - e) Anhörung
 - f) Asylentscheid
 - 4. Recht auf persönliche Anhörung
 - 5. Anspruch auf Rechtsberatung und Rechtsvertretung
 - 6. Garantien im Fall der Rücknahme des Asylgesuchs
 - 7. Recht auf angemessene Prüfung des Asylgesuchs
 - a) Im Allgemeinen
 - b) Bei Nichteintretensentscheiden nach Art. 32-35a AsylG
 - c) Im Flughafenverfahren
 - 8. Anspruch auf Entscheid binnen angemessener Frist (Verbot der Rechtsverzögerung)
 - a) Im Allgemeinen
 - b) In den Empfangsstellen
 - aa) Nichteintretensentscheide nach Art. 32-35a AsylG
 - bb) Materielle Asylentscheide

- c) Im Flughafen
 - 9. Die Anforderungen an den erstinstanzlichen Asylentscheid
 - a) Form
 - b) Inhalt
 - c) Zustellung
 - 10. Rechte im Zusammenhang mit der Weitergabe von Personendaten
 - 11. Rechte bei Freiheitsentzug
 - a) Im Allgemeinen
 - b) Im Flughafen
- IV. Besondere Verfahrensgarantien für unbegleitete minderjährige Asylsuchende
 - 1. Allgemeines
 - a) Rechtsgrundlagen
 - b) „Unbegleitete minderjährige Asylsuchende“
 - 2. Recht auf Asylgesuchstellung im eigenen Namen
 - 3. Recht auf Vertretung und Verbeiständung
 - 4. Recht auf „minderjährigengerechte“ Anhörung
 - 5. Kindeswohlgerechte Unterbringung während des Asylverfahrens
- V. Die Rolle des UNHCR im Asylverfahren

E. Konvergenzen und Divergenzen des europäischen und schweizerischen Asylrechts im Bereich der Verfahrensgarantien

A. Einleitung

Das Asylverfahren stellt ein besonderes Verwaltungsverfahren dar, das in den verschiedenen Staaten (auch) entsprechend ihrer diesbezüglichen „Traditionen“ geregelt ist. Die (verbindlichen) völkerrechtlichen Vorgaben für die Durchführung des Verfahrens beschränkten sich bislang im Wesentlichen auf menschenrechtliche Garantien. Für die Mitgliedstaaten der EG sieht Art. 63 Abs. 1 lit. d EGV¹ allerdings vor, dass die Gemeinschaft „Mindestnormen für die Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung oder Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft“ erlässt. Mit der auf diese Rechtsgrundlage gestützten RL 2005/85² ist die Gemeinschaft diesem Auftrag nachgekommen, so dass es heute supranationale Vorgaben für die Durchführung des Verfahrens gibt. Diese Vorgaben betten sich selbstredend in das sonstige „gemeinschaftliche Asylrecht“ ein und sind im Zusammenhang mit den weiteren diesbezüglichen Richtlinien zu sehen.

Die Schweiz ist zwar – ebenso wenig wie bei sonstigen Aspekten des Asylrechts, die nicht die Schengen/Dublin-Assoziierung betreffen³ – vertraglich nicht verpflichtet, sich an die Vorgaben der Richtlinie zu halten. Gleichwohl ist es für sie von Interesse, die nationale Rechtslage mit den Vorgaben der Richtlinie in Beziehung zu setzen, ist

¹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (konsolidierte Fassung), ABl. 2002 C 325, 33.

² ABl. 2005 L 326, 13.

³ Vgl. hierzu bereits *Astrid Epiney/Bernhard Waldmann/Andrea Egbuna-Joss*, Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und schweizerischen Recht. Ein Vergleich unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens, Jusletter vom 26. Mai 2008.

die Schweiz doch durch die „Dublinassoziiierung“⁴ in einen Teilbereich des europäischen Asylrechts – nämlich die Zuständigkeitsregelung für die Bearbeitung eines Gesuchs – eingebunden. Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden – entsprechend der Anlage dieses Bandes – die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf die Durchführung des Asylverfahrens (wobei eine Beschränkung auf die Verfahrensgarantien erfolgt⁵) erörtert werden (C.), dies auf der Grundlage der diesbezüglichen völkerrechtlichen Vorgaben (B.), um auf diese Weise – nach der Darstellung der entsprechenden Aspekte des Asylverfahrens in der Schweiz (D.) – auf die Konvergenzen und Divergenzen zwischen schweizerischem und europäischem Asylrecht in Bezug auf die untersuchten Fragen einzugehen (E.).

B. Völkerrecht

I. Keine ausdrücklichen verfahrensrechtlichen Vorgaben der GFK

Das **Verfahren** zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft wird von der Genfer Flüchtlingskonvention **nicht geregelt**, so dass es grundsätzlich Aufgabe der Staaten ist, geeignete verfahrensrechtliche Bestimmungen zu erlassen⁶.

Aus der Genfer Flüchtlingskonvention ist aber jedenfalls abzuleiten, dass ein in irgendeiner Weise **formalisiertes Verfahren** zur Feststellung, ob einer Person die Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 1A Abs. 2 GFK zukommt und ob eine allfällige Abschiebung nicht das materielle *Refoulement*-Verbot des Art. 33 GFK verletzen würde, vorzusehen ist⁷. Denn nur auf diese Weise kann festgestellt werden, ob nicht gegen die sich aus der Konvention ergebenden Verpflichtungen verstossen wird bzw. werden kann, so dass sich dieser Grundsatz aus einer Auslegung der Flüchtlingskonvention auf der Grundlage von Treu und Glauben, die die Vertragsstaaten verpflichten, an der Erreichung der Ziele eines Vertrages mitzuwirken, ergibt⁸.

⁴ Vgl. die Assoziierung der Schweiz: Abkommen 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 Asylantrages, BBl 2004 6479. Vgl. hierzu den Beitrag von *Christine Kaddous/Rute Vicente* (in diesem Band).

⁵ S. zu den sonstigen Aspekten des Verfahrens die Beiträge von *Pascal Mahon/Fanny Matthey* und *Regina Kiener/Mathias Kuhn* (in diesem Band).

⁶ *Hans-Georg Maassen*, Die Rechtstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht, 1997, 261; *UNHCR*, Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, 1979 (nicht-amtliche deutsche Übersetzung, 2003), Ziff. 189; *Christian Tomuschat*, Fünfzig Jahre Genfer Flüchtlingskonvention, in: Kay Hailbronner/Eckart Klein (Hrsg.), Flüchtlinge – Menschenrechte – Staatsangehörigkeit, 2002, 19 (25).

⁷ *Patricia Hyndman*, The 1951 Convention and its Implications for Procedural Questions, *IJRL* 1994, 245 (246); *Susanne Raess-Eichenberger*, Das Asylverfahren nach Schweizerischem Recht und Völkerrecht, 1989, 18 ff.; *David Kossen*, Die Tatsachenfeststellung im Asylverfahren – das deutsche Asylverfahren in europäischer Perspektive, 1999, 68; *Guy Goodwin-Gill/Jane McAdam*, The Refugee in International Law, 2007, 3. Aufl., 528.

⁸ Ausdrücklich BVerfGE 94, 49 (91). Ihm explizit folgend *Walter Kälin*, Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Vorschlägen des BFF für „Zusätzliche Massnahmen im Rahmen der Teilrevision des Asylgesetzes“, Jusletter vom 2.8.2004, Rz. 4. Ebenfalls die

Vieles spricht dabei dafür, die entsprechenden Beschlüsse und Stellungnahmen des **UNHCR**, insbesondere des UNHCR-Exekutivkomitees⁹, als **Leitfaden** zu berücksichtigen. Das Exekutivkomitee befasste sich bereits 1977 mit den Grundanforderungen an nationale (Asyl-) Verfahren und empfahl dabei gewisse Mindeststandards¹⁰: So sollen die zuständigen Beamten ausreichend klare Instruktionen über die Behandlung von Asylgesuchen erhalten und es soll sichergestellt werden, dass das Refoulement-Verbot respektiert wird (lit.e)i)). Im Weiteren sollen die Antragsteller über das Verfahren und über den Entscheid informiert werden und es sollen ihm nötige Hilfen wie ein Dolmetscher zur Seite gestellt und der Kontakt zum UNHCR ermöglicht werden (lit.e) ii)), iv) und v)). Zur Einlegung eines Rechtsmittels soll eine angemessene Frist gesetzt und im erstinstanzlichen Verfahren sowie im Rechtsmittelverfahren soll dem Antragsteller ein Bleiberecht während des Verfahrens gewährt werden (Ziff. vi) und vii).

1979 nahm das UNHCR das **Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft**¹¹ an, welches den nationalen Behörden bei der Behandlung von Asylgesuchen als praktischer Leitfaden dienen soll. Das Handbuch enthält neben detaillierten Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen der Konvention auch Erläuterungen zu den Methoden zur Sachverhaltsfeststellung und zu den Beweisanforderungen.

In der Doktrin wird zudem argumentiert, dass Art. 35 GFK, der die Vertragsstaaten zur Zusammenarbeit mit dem UNHCR verpflichtet, auch die Berücksichtigung der Beschlüsse des UNHCR-Exekutivkomitees, der Empfehlungen und insbesondere des UNHCR-Handbuches zur Auslegung der Konvention verlange¹²; über die genaue (mögliche) rechtliche Tragweite einer solchen Berücksichtigungspflicht besteht aber nach wie vor keine Einigkeit, so dass sie letztlich immer noch ungeklärt ist¹³.

II. Verfahrensrechtliche Vorgaben der EMRK

Rolle von Treu und Glauben betonend *Hemme Battjes*, *European Asylum Law and International Law*, 2006, 292 ff.

⁹ Die Beschlüsse des UNHCR-Exekutivkomitees sind rechtlich nicht bindend. Ihnen dürfte jedoch als *opinio iuris* dennoch eine wesentliche Bedeutung bei der Auslegung der Konvention zukommen, zumal mittlerweile 70 Staaten (seit 1958 auch die Schweiz) im Komitee vertreten sind und die Beschlüsse im Konsensverfahren verabschiedet werden.

¹⁰ *UNHCR-Exekutivkomitee*, Beschluss Nr. 8/1977, Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, lit. e. Siehe im Weiteren insbesondere auch Beschluss Nr. 30/1983 zum Problem der offensichtlich unbegründeten oder missbräuchlichen Anträge auf Anerkennung als Flüchtling oder Asylgewährung und Beschluss Nr. 44/1986 zur Inhaftierung von Flüchtlingen und Asylsuchenden.

¹¹ *UNHCR*, Handbuch (Fn. 5).

¹² Vgl. bereits *Walter Kälin*, Rückschiebungsschutz für de-facto-Flüchtlinge?, Prinzipien und Ansätze im Völkerrecht, in: Karnetzki/Thomä-Venske (Hrsg.), *Schutz für de-facto-Flüchtlinge*, 1988, 31 ff.; s. sodann *Walter Kälin*, Supervising the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Art. 35 and Beyond, in: Feller/Türk/Nicholson (Hrsg.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, 2003, 625 ff.

¹³ S. dazu z.B. die unklare Formulierung des Bundesrates, wonach die Entschliessungen des Exekutivkomitees zumindest „nicht unbeachtlich“ seien; Botschaft des Bundesrates zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren und zu einem Bundesgesetz über die Schaffung eines Bundesamtes für Flüchtlinge, BBl 1990 II 573 (677).

Die menschenrechtlichen Garantien der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten¹⁴ sind allen Personen, die der Hoheitsgewalt einer Vertragspartei unterstehen, zu gewähren (Art. 1 EMRK), ungeachtet deren rechtlichen Status. Es ist daher unbestritten, dass sich auch Asylsuchende, abgewiesene Asylbewerber und anerkannte Flüchtlinge auf die EMRK berufen können und die Vorgaben der Konvention im Rahmen der Asylgesetzgebung berücksichtigt werden müssen.

Im Zusammenhang mit der Gewährung von Asyl und subsidiären Formen internationalen Schutzes sind insbesondere der absolut wirkende Rückschiebungsschutz des Art. 3 EMRK¹⁵, das Recht auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK i.V.m. Art. 3 EMRK)¹⁶ sowie die Garantien im Zusammenhang mit einem Freiheitsentzug (Art. 5 EMRK) von Bedeutung, während die umfassenden Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK nur im Rahmen von strafrechtlichen Anklagen oder Streitigkeiten über zivilrechtliche Streitigkeiten anwendbar und daher für das Asylverfahren nicht massgebend sind¹⁷. Für diesen Beitrag ist einerseits Art. 3 EMRK (1.), andererseits Art. 5 EMRK (2.) von Bedeutung¹⁸.

Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass sich auch aus anderen völkerrechtlichen Verträgen (wie insbesondere der Folterkonvention¹⁹ und dem UNO-Pakt II²⁰) Verfahrensgarantien ableiten lassen. Diese Bestimmungen dürften jedoch im Verhältnis zur EMRK keine weitergehenden Vorgaben enthalten²¹.

1. Art. 3 EMRK

¹⁴ Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

¹⁵ Anstatt vieler s. nur *Elspeth Guild*, Seeking asylum: storm clouds between international commitments and EU legislative measures, *European Law Review* 2004, 189 (204 f.). S. sodann die Ausführungen im Beitrag von *Epiney/Waldmann/Egbuna-Joss/Oeschger* und von *Christine Kaufmann/Patricia Petermann* (in diesem Band).

¹⁶ Anstatt vieler s. nur *Steve Peers/Nicola Rogers* (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law – Text and Commentary*, 2006, 380 ff. m.w.H. zu der Rechtsprechung des EGMR; *Kay Hailbronner*, Kompatibilität des Schweizer Asylverfahrens mit Harmonisierungsbestrebungen im Asylrecht der Europäischen Union, 2000, 20, m.w.N.

¹⁷ Vgl. *Walter Kälin*, Die Bedeutung der Menschenrechte für das Migrationsrecht, in: *Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen*, *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2004/2005, 2005, 75 (81).

¹⁸ Zum Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK den Beitrag von *Kiener/Kuhn* (in diesem Band).

¹⁹ Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, SR 0.105.

²⁰ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

²¹ Vgl. *Battjes*, *European Asylum Law* (Fn. 7), 292 ff.; *Jane McAdam*, *Complementary Protection in International Refugee Law*, 2007, 114 ff., insb. 122 ff.; *Cathryn Costello*, *ILPA Analysis and Critique of Council Directive on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status* (30. April 2004), Juli 2004, Annex, Ziff. 2 ff., im Internet unter: www.ilpa.org.uk.

Zwar enthält Art. 3 EMRK grundsätzlich (nur) materiell-rechtliche Vorgaben. Allerdings kann deren Effektivität auch von der Einhaltung gewisser (minimaler) verfahrensrechtlicher Garantien abhängen.

So hatte sich die Europäische Kommission für Menschenrechte im Fall *Hatami gg. Schweden*²² mit der Frage zu beschäftigen, inwiefern aus Art. 3 EMRK auch Vorgaben für eine persönliche Befragung bzw. die Ermittlung des Sachverhalts abzuleiten sind²³. Die schwedische Regierung hatte das Schutzgesuch des Antragstellers u. a. mit der Begründung abgelehnt, dass seine Angaben zur Reise widersprüchlich seien. Die Kommission liess diese Argumentation nicht gelten, dies im Wesentlichen vor dem Hintergrund der Verletzung verfahrensrechtlicher Vorgaben:

„97. [...] (T)he Commission recalls that the interview which constituted the basis for this report lasted less than ten minutes with interpretation provided over the telephone. The report, which has been submitted to the Commission, consists of one page and does not explain or set out in any detail the applicant's situation. The contents of the report were not explained to the applicant who could not read the language used. [...]“

Aus dieser Entscheidung lässt sich schliessen, dass dem Antragsteller auf jeden Fall die Möglichkeit gegeben werden muss, unter angemessenen Bedingungen Beweise und Informationen vorzubringen, die seinen Antrag stützen, was ggf. auch eine persönliche Anhörung impliziert²⁴. Zudem hat der EGMR im Urteil *Jabari* präzisiert, dass die Vertragsstaaten materiell prüfen müssen, ob eine gegen Art. 3 EMRK verstossende Behandlung im Falle einer Abschiebung droht, was auch ein faires Verfahren voraussetzen dürfte; jedenfalls sei der Ausschluss einer solchen materiellen Prüfung aufgrund des Verpassens einer zu kurzen Frist nicht mit den Vorgaben des Art. 3 EMRK vereinbar²⁵.

2. Art. 5 EMRK

Ein Freiheitsentzug bedarf gemäss Art. 5 Abs. 1 EMRK in jedem Fall einer gesetzlichen Grundlage (im nationalen Recht) und ist nur in den in Art. 5 Abs. 1 lit. a–f EMRK genannten Fällen zulässig, wobei für Personen, die internationalen Schutz beantragen, namentlich folgende Bestimmungen von Bedeutung sein können:

- Art. 5 Abs. 1 lit. b) EMRK: Freiheitsentzug zur Erzwingung einer gesetzlichen Verpflichtung, sog. „Beugehaft“;
- Art. 5 Abs. 1 lit. c) EMRK: Untersuchungshaft bei hinreichendem Verdacht im Zusammenhang mit einer Straftat, wobei nicht erforderlich ist, dass diese mit dem Antrag auf internationalen Schutz in Verbindung steht;
- Art. 5 Abs. 1 lit. f) EMRK: Freiheitsentzug zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei laufendem Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren.

Die festgenommene Person hat in all diesen Konstellationen das Recht, über die Gründe für ihre Festnahme innert kurzer Frist und in einer ihr verständlichen Sprache informiert zu werden (Art. 5 Abs. 2 EMRK) sowie eine richterliche Entscheidung

²² Europäische Kommission für Menschenrechte, *Hatami gg. Schweden*, Beschwerdenr. 32448/96, Bericht vom 23. April 1998.

²³ Vgl. hierzu auch *Peers/Rogers* (Fn. 15), 382.

²⁴ S. insofern auch Art. 3 Folterkonvention.

²⁵ EGMR, *Jabari* gg. Türkei, Reports 2000-VII, Rz. 40.

über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzuges zu beantragen (Art. 5 Abs. 4 EMRK).

Die automatische richterliche Haftprüfung gemäss Art. 5 Abs. 3 EMRK erfasst jedoch nur Fälle der Untersuchungshaft und ist somit im Asylverfahren nur insofern von Bedeutung, als gegen die festgenommene Person auch ein strafrechtlich relevanter Verdacht besteht.

III. Verfahrensrechtliche Vorgaben der Kinderrechtskonvention

Für die Schweiz ist das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK)²⁶ am 26. März 1997 in Kraft getreten. Die im Abkommen enthaltenen Garantien sind für Flüchtlinge und Asylsuchende massgebend, welche das 18. Altersjahr noch nicht vollendet haben (Art. 1 KRK)²⁷ und die Staaten haben sich verpflichtet, die im Übereinkommen festgelegten Rechte jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung zu gewährleisten. Somit sind die Vorgaben der Kinderrechtskonvention auch im Asylverfahren zu beachten.

Art. 3 KRK verpflichtet die Staaten bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls, und **Art. 22 KRK** nimmt spezifisch Bezug auf Kinder, die – begleitet oder unbegleitet – die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehren oder nach Massgabe der anzuwendenden Regeln und Verfahren des Völkerrechts oder des innerstaatlichen Rechts als Flüchtlinge angesehen werden. Ob und inwieweit diese Bestimmungen unmittelbar anwendbar („self executing“) sind, ist allerdings nicht restlos geklärt²⁸; dessen ungeachtet haben diese Garantien aber zwingend in die Auslegung der nationalen Asylgesetzgebung einzufließen²⁹. Besondere Bedeutung erlangt im Asylverfahren auch **Art. 12 KRK**, wonach dem urteilsfähigen Kind in allen das Kind berührenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren die Gelegenheit zu geben ist, gehört zu werden. Diese Garantie ist in Gerichts- und Verwaltungsverfahren unmittelbar anwendbar³⁰. Zu beachten sind ferner auch die Garantien von **Art. 2 KRK** (Diskriminierungsverbot), **Art. 9 KRK** (Beziehung Eltern-Kind), **Art. 10 KRK** (Familienzusammenführung), **Art. 20 KRK** (Schutz und Betreuung) oder **Art. 37 lit. b–d KRK** (Rechte im Zusammenhang mit Freiheitsentziehung).

²⁶ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107.

²⁷ Art. 1 behält den Fall vor, dass die Volljährigkeit gemäss nationalem Recht bereits früher eintritt.

²⁸ In der Schweiz hat die ARK die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 3 KRK und Art. 22 KRK offen gelassen; s. *EMARK* 1998 Nr. 13 E. 5d/bb und zum Ganzen auch *Jürg Schertenleib/Nicole Hitz*, Die Bedeutung der Kinderrechtskonvention im Asylbereich, 2000, 1 ff., 7. – Auch das Bundesgericht hat die Frage offen gelassen (vgl. BGE 123 III 445, 449 E. 2b/bb). Im Rahmen einer Staatsvertragsbeschwerde nach Art. 84 Abs. 1 lit. c aOG gegen einen Rückführungsentscheid (nach den Haager Übereinkommen) liess es allerdings die unmittelbare Berufung auf Art. 3 KRK zu (BGE 130 III 530, 533 f. E. 2).

²⁹ Für die Schweiz s. Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 21.

³⁰ Vgl. BGE 124 III 90, 91 E. 3a.

C. Verfahrensmaximen und -garantien im europäischen Asylrecht

Der RL 2005/85 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (Verfahrensrichtlinie)³¹ sind Mindestnormen (vgl. Art. 5 RL 2005/85) über die Ausgestaltung der nationalen Asylverfahren zu entnehmen. Die RL 2005/85 muss zwingend lediglich auf das Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft Anwendung finden (Art. 1 RL 2005/85). Das Verfahren bezüglich der Gewährung subsidiären Schutzes wird somit nicht geregelt, wobei es den Mitgliedstaaten jedoch freisteht, auch dieses nach den Vorgaben der RL 2005/85 auszugestalten bzw. sie dazu verpflichtet sind, wenn nach nationalem Recht das Asylverfahren auch für die Gewährung anderer Formen internationalen Schutzes angewandt wird.

Im Folgenden soll auf die in den ersten zwei Kapiteln der Richtlinie enthaltenen Verfahrensgarantien genauer eingegangen werden. Diese Verfahrensgarantien sind grundsätzlich während des ganzen Asylverfahrens zu respektieren, von den Bestimmungen des Kapitels II (Art. 6-22 RL 2005/85) können die Staaten jedoch bei der Behandlung von Folgeanträgen (Art. 32 RL 2005/85) und im Verfahren an der Grenze abweichen (Art. 24, 35 RL 2005/85).

I. Zuständige Behörde (Asylbehörde)

Nach Art. 4 RL 2005/85 muss eine „Asylbehörde“ für die angemessene Prüfung aller Anträge nach der RL 2005/85 zuständig sein.

Aus dieser Bestimmung ist jedenfalls abzuleiten, dass die nach der Richtlinie zu treffenden Entscheidungen durch eine „Behörde“, also eine staatliche Stelle, zu treffen sind, so dass eine entsprechende Delegation an Private ausgeschlossen ist. Fraglich könnte jedoch sein, ob Art. 4 Abs. 1 RL 2005/85 darüber hinaus impliziert, dass auch alle vorbereitenden Verfahrenshandlungen – also z.B. die Anhörung – durch die Behörde vorzunehmen sind. Diese Frage ist vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks dieser Bestimmung grundsätzlich zu bejahen: Denn der Hintergrund der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine „Asylbehörde“ (oder eine andere „Behörde“) für zuständig zu erklären, dürfte letztlich darin zu sehen sein, dass die Kompetenz der verantwortlichen Behörde sichergestellt werden soll, so dass diese grundsätzlich für das gesamte Verfahren verantwortlich zeichnen muss. Dann aber müssen diese Behörden zumindest alle für die Entscheidung wesentlichen vorbereitenden Verfahrensschritte selbst durchführen. Dieser Ansatz dürfte zwar eine Delegation bestimmter, letztlich für die zu treffende Entscheidung unerheblicher Handlungen nicht ausschliessen; ihre Zulässigkeit ist aber klar auf vorbereitende und für die inhaltliche Entscheidung eindeutig nicht erhebliche Schritte zu be-

³¹ ABl. L 326/2005, 13-34. Zu dieser Richtlinie etwa *Battjes*, European Asylum Law (Fn. 7), 289 ff.; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 6), 537 ff.; *Olga Ferguson Sidorenko*, The Common European Asylum System, 2007, 79 ff.; *Marcus ter Steeg*, Das Einwanderungskonzept der EU. Zwischen politischem Anspruch, faktischen Regelungsbedürfnissen und den primärrechtlichen Grenzen in Titel IV des EG-Vertrages, 2006, 250 ff.; *Peers/Rogers* (Fn. 15), 367 ff. (letzte gehen auch ausführlich auf die Entstehungsgeschichte ein, spezifisch zu den Verhandlungen auch *Doede Ackers*, The Negotiations on the Asylum Procedures Directive, European Journal of Migration and Law 2005, 1 ff.).

schränken. Dieser Ansatz wird auch durch den Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 bestätigt, der allgemein auf „alle Verfahren“ – und nicht etwa nur auf die zu treffenden Entscheidungen – Bezug nimmt; Art. 8 Abs. 2, 9 RL 2005/85 werden nur als Beispiele genannt.

Vom Grundsatz der Zuständigkeit einer Asylbehörde sind jedoch in Art. 4 Abs. 2 RL 2005/85 eine Reihe von Ausnahmen vorgesehen. So kann eine andere Behörde als die reguläre Asylbehörde für folgende Entscheidungen als zuständig erklärt werden:

- Entscheidungen gemäss der VO 343/2003 über den für die Prüfung des Antrages zuständigen Staat, sog. Dublin-Entscheide (Art. 4 Abs. 2 lit. a) RL 2005/85);
- Entscheidungen aufgrund nationaler Sicherheitsvorschriften, wobei in solchen Fällen eine Konsultationspflicht mit der regulären Asylbehörde vorgesehen ist (Art. 4 Abs. 2 lit. b) RL 2005/85);
- die erste Prüfung von Folgeanträgen nach Art. 32 RL 2005/85, unter der Bedingung, dass der Zugang zu den Akten des ersten Asylverfahrens sichergestellt ist (Art. 4 Abs. 2 lit. c) RL 2005/85);
- die Bearbeitung von Anträgen im Rahmen des Grenzverfahrens gemäss Art. 35 Abs. 1 RL 2005/85 (Art. 4 Abs. 2 lit. d) RL 2005/85);
- Entscheidungen über die Einreiseverweigerung im Rahmen des Verfahrens an der Grenze gemäss Art. 35 Abs. 2–5 RL 2005/85 (Art. 4 Abs. 2 lit. e) RL 2005/85);
- Entscheidungen im Rahmen der Vorschriften über sichere Drittstaaten, unter den in Art. 27 RL genannten Bedingungen (Art. 4 Abs. 2 lit. f) RL 2005/85).

Die weitgehenden Ausnahmen stehen in einem gewissen Widerspruch zu der beabsichtigten „Harmonisierungswirkung“ von Art. 4 Abs. 1 RL 2005/85³². Problematisch erscheint insbesondere die allfällige Zuständigkeit einer anderen Behörde im Grenzverfahren, befinden sich doch die schutzsuchenden Personen an der Grenze in einer besonders verletzlichen Situation. Will man die umfassende Einhaltung der Flüchtlingskonvention und der menschenrechtlichen Verpflichtungen sicherstellen, ist daher zu gewährleisten, dass die zuständigen Grenzbehörden über ein fundiertes Wissen im Bereich des internationalen Schutzes verfügen und über die Anträge nicht summarisch, sondern immer unter vollumfänglicher Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und unter vollumfänglicher Beachtung der (verfahrens)rechtlichen Garantien entscheiden. Dementsprechend verpflichtet die Richtlinie in Art. 4 Abs. 3 RL 2005/85 die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass auch die gemäss Art. 4 Abs. 2 RL 2005/85 benannten Behörden über angemessene Kenntnisse oder eine entsprechende Ausbildung verfügen³³. Im Weiteren sind auch die übrigen Garantien des Kapitels II auf die Verfahren vor diesen „anderen“ Behörden anwendbar³⁴.

³² Kritisch denn auch etwa *Costello* (Fn. 20), 12 f. Zur erhofften Harmonisierungswirkung s. *Johannes van der Klaauw*, *Toward a Common Asylum Procedure*, in: Guild/Harlow (Hrsg.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, 2001, 174 f.

³³ Im Rahmen des Europarates haben sich sowohl die Parlamentarische Versammlung als auch das Ministerkomitee mit der Frage befasst, was unter einer angemessenen Ausbildung von Grenzbeamten, welche mit Asylsuchenden in Kontakt kommen, zu verstehen ist; vgl. Empfehlung Nr. 15/1998 des Ministerkomitees und Empfehlung Nr. 1309/1996 der Parlamentarischen Versammlung. Die Grenzbeamten sollten demnach insbesondere über Grundkenntnisse der nationalen Asylgesetzgebung, der internationalen Instrumente des Flüchtlings- und des Menschenrechtsschutzes (insbesondere des Verbot des Refoulement)

II. Zugang zum Verfahren

Von den schutzsuchenden Personen kann verlangt werden, dass sie ihren Antrag persönlich und/oder an einem bestimmten Ort stellen (Art. 6 Abs. 1 RL 2005/85); allerdings haben die Behörden, bei denen erwartungsgemäss die Anträge gestellt werden, die Pflicht, bei ihnen gestellte Anträge an die zuständigen Stellen weiterzuleiten oder zumindest den Antragsteller über die zuständige Stelle und das Asylverfahren angemessen zu beraten (Art. 6 Abs. 5 RL 2005/85).

Diese Bestimmung dürfte implizieren, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass diejenigen Behörden, an die sich Asylsuchende nach der allgemeinen Lebenserfahrung häufig wenden, über die notwendigen Kenntnisse verfügen, einen Asylantrag auch als solchen identifizieren zu können.

Jeder handlungsfähige Erwachsene hat das Recht, in eigenem Namen einen Antrag zu stellen (Art. 6 Abs. 2 RL 2005/85). Ein Antragsteller kann auch für von ihm unterhaltsberechtigten Personen einen Antrag stellen; ist die unterhaltsberechtigte Person bereits volljährig, ist jedoch ihre Zustimmung erforderlich (Art. 6 Abs. 3 RL 2005/85)³⁵.

Nach Art. 6 Abs. 4 RL 2005/85 können die Mitgliedstaaten Fälle festlegen, in denen

- minderjährige Asylsuchende in eigenem Namen einen Antrag auf internationalen Schutz stellen können;
- für die Antragstellung einer unbegleiteten minderjährigen Person ein Vertreter zu bestellen ist;
- die Stellung eines Asylantrags auch als die Stellung eines Asylantrags für alle unverheirateten Minderjährigen (gemeint sind wohl die minderjährigen Familienangehörigen, für die der Antragsteller unterhaltspflichtig ist) zu werten ist.

Die Formulierung des **Art. 6 Abs. 4 RL 2005/85** verdeutlicht, dass es sich hierbei um **Möglichkeiten** handelt, womit die Frage aufgeworfen wird, wie in den Fällen zu verfahren ist, in denen die Mitgliedstaaten von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch gemacht haben. Diese Frage ist insbesondere bei **unbegleiteten Minderjährigen** von Bedeutung³⁶, könnte die Regelung des Art. 6 Abs. 4 RL 2005/85 doch die Annahme nahe legen, dass es den Mitgliedstaaten auch freistehe, bei unbegleiteten Minderjährigen gar keine Möglichkeit der Stellung eines Asylantrags vorzusehen.

ment), der Grundsätze zur Inhaftierung sowie über die Fähigkeit verfügen, Asylgesuche als solche zu erkennen, selbst wenn der Asylsuchende nicht in der Lage ist, dies klar zu kommunizieren; Empfehlung Nr. 15/1998, Ziff. 1, Empfehlung Nr. 1309/1996, Ziff. 7.

³⁴ Vgl. *Battjes*, European Asylum Law (Fn. 7), 305 ff.

³⁵ Eine vorschnell, aufgrund falscher Informationen oder Druck von Familienangehörigen erteilte Zustimmung kann dabei ernsthafte Konsequenzen haben: Die Richtlinie sieht in solchen Fällen lediglich eine fakultative persönliche Anhörung der unterhaltsberechtigten Person vor, und ein weiterer, im eigenen Namen gestellter Antrag könnte anschliessend als Folgeantrag gemäss Art. 32 betrachtet werden. *Battjes* argumentiert daher, dass jeder Antrag einzeln geprüft werden sollte; *Battjes* (Fn. 7), 309 f.; kritisch auch *Costello* (Fn. 20), 13. Dem ist zumindest insoweit zuzustimmen, als jedenfalls gesichert sein muss, dass die Zustimmung tatsächlich aus freien Stücken erfolgte, was eben eine individuelle Prüfung des Antrags bedingt.

³⁶ Bei minderjährigen Familienangehörigen liegt ansonsten ggf. „einfach“ kein Asylantrag vor, so dass dieser auch nicht zu behandeln ist.

Dies stünde aber im Widerspruch zu Art. 13 RL 2004/83, wonach bei Vorliegen der einschlägigen Voraussetzungen – die auch bei (unbegleiteten) Minderjährigen gegeben sein können – Asyl zu gewähren ist³⁷: Denn es wäre widersinnig, in einer Richtlinie ein Recht auf Asyl vorzusehen, in einer anderen jedoch bestimmte potentielle Flüchtlinge vom Recht auf Antragstellung auszuschliessen. Insofern ist Art. 6 RL 2005/85 ergänzend so auszulegen, dass die Mitgliedstaaten jedenfalls eine effektive Möglichkeit vorsehen müssen, damit auch unbegleitete minderjährige Asylsuchende einen Antrag stellen können, ggf. unter Beizug eines Vertreters. Für diesen Ansatz spricht auch die Regelung des Art. 17 RL 2005/85, wonach für minderjährige Asylbewerber spezifische Garantien vorgesehen sind³⁸.

III. Berechtigung zum Verbleib im Mitgliedstaat während des erstinstanzlichen Verfahrens

Das in Art. 7 Abs. 1 RL 2005/85 vorgesehene Bleiberecht ist nur bis zum Ende des erstinstanzlichen Verfahrens gesichert. Aus der Bleibeberechtigung während des Verfahrens vor der Asylbehörde lässt sich kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ableiten (Art. 7 Abs. 1 RL 2005/85). Fraglich ist im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 RL 2005/85, ob und inwieweit sich aus dieser Bestimmung auch ein Recht des Gesuchstellers auf Einreise in den betreffenden Mitgliedstaat ableiten lässt. Im Ergebnis sprechen die besseren Gründe gegen eine Verankerung eines generellen „Rechts auf Einreise“. Schon der Begriff des „Verbleibens“ deutet darauf hin, dass eine Person bereits in dem betreffenden Staat sein muss, um sich auf dieses Recht berufen zu können. Vor allem aber hätte ein Recht auf Einreise angesichts seiner Tragweite ausdrücklich verankert werden müssen, auch und gerade in Bezug auf die diesbezüglich zum Zuge kommenden Voraussetzungen. Damit kann festgehalten werden, dass das Bleiberecht erst dann zum Zuge kommt, wenn sich die betreffende Person bereits in dem jeweiligen Mitgliedstaat befindet. Ob und wann dies der Fall ist, ist aber aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Kriterien zu entscheiden, könnte das Bleiberecht doch ansonsten ausgehebelt werden. Allerdings ist zu beachten, dass nach Art. 35 Abs. 4 RL 2005/85 dann ein Recht auf Einreise besteht, wenn das erstinstanzliche Verfahren nicht innerhalb von vier Wochen abgeschlossen ist. Ausnahmen vom Grundsatz des Bleiberechts sind nur in folgenden Konstellationen zulässig (Art. 7 Abs. 2 RL 2005/85):

- Ein Folgeantrag wird nicht weiter geprüft;
- gegen die Antrag stellende Person liegt ein europäischer Haftbefehl vor oder sie wird an einen anderen Staat oder an ein internationales Strafgericht ausgeliefert bzw. überstellt.

Die Ausnahme vom Bleiberecht im Falle eines Folgeantrags ist angesichts des beschleunigten Verfahrens für solche Anträge problematisch³⁹, und es ist daher daran zu erinnern, dass auch in Fällen von Art. 7 Abs. 2 RL 2005/85 immer der absolut wirkende Abschiebungsschutz des Art. 3 EMRK zu beachten ist⁴⁰.

³⁷ Hierzu den Beitrag von *Epiney/Waldmann/Egbuna-Joss/Oeschger* (in diesem Band).

³⁸ Zu diesen unten C.VIII.

³⁹ Vgl. *Costello* (Fn. 20), 14.

⁴⁰ Vgl. *Peers/Rogers* (Fn. 15), 389.

Unter welchen Voraussetzungen auch während des Rechtsmittelverfahrens ein Bleiberecht zu gewähren ist, wird den nationalen Gesetzgebern zur Regelung überlassen (vgl. Art. 39 Abs. 3 lit. a) RL 2005/85). An dieser Stelle ist jedoch an die menschenrechtlichen Garantien – insbesondere Art. 13 i.V.m. Art. 3 EMRK – und die entsprechende Rechtsprechung des EGMR zu erinnern, wonach dem Antragsteller auch im Rechtsmittelverfahren der Aufenthalt zu erlauben ist, falls durch eine aufenthaltsbeendende Massnahme die wirksame Ausübung des Individualbeschwerderechts verunmöglicht würde⁴¹.

IV. Recht auf Information über das Verfahren in einer dem Antragsteller verständlichen Sprache bzw. auf Beizug eines Dolmetschers

Der Antragsteller ist in einer Sprache, deren Kenntnis vernünftigerweise vorausgesetzt werden kann, im Zeitpunkt der Antragsstellung über seine Rechte und Pflichten im Verfahren (Art. 10 Abs. 1 lit. a) RL 2005/85) sowie zum Zeitpunkt der Entscheidung über das Ergebnis der Prüfung seines Antrages (Art. 10 Abs. 1 lit. e) RL 2005/85) zu informieren. Art. 10 Abs. 1 lit. e) RL 2005/85 sieht vor, dass Ausnahmen zulässig sind, sofern der Antragsteller von einem Rechtsanwalt oder Rechtsberater vertreten wird und Zugang zu kostenloser Rechtsberatung hat, wobei letzteres nur dann anzunehmen sein wird, wenn die Rechtsberatung tatsächlich für den Antragsteller kostenlos ist.

Die Formulierungen dieser „Sprachregelungen“ erscheinen zunächst schon deshalb problematisch, weil im Einzelfall doch entscheidend sein muss, ob der Antragsteller die Mitteilung tatsächlich versteht und nicht, ob es sich um eine für ihn „zugängliche Sprache“⁴² bzw. um eine Sprache, deren Kenntnis vernünftigerweise vorausgesetzt werden kann, handelt, will man diese Verfahrensgarantie nicht jeglichen Gehalts entleeren⁴³. Vor diesem Hintergrund drängt es sich auf, diese Bestimmungen so auszulegen, dass bei der Frage danach, ob die Kenntnis der entsprechenden Sprache vernünftigerweise vorausgesetzt werden kann, auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen ist, so dass letztlich die „konkrete“ Sprachkenntnis der betroffenen Person entscheidend sein muss. Dies impliziert auch, dass die Behörde in den Fällen, in denen Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass eine Person die entsprechende Sprache nicht versteht, die Entscheidung in einer dem Asylsuchenden zugänglichen Sprache kommunizieren muss.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Bestimmung offenbar sicherstellen soll, dass der Antragsteller die Entscheidung tatsächlich versteht, so dass die Behörde immer dann, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dies nicht der Fall ist, die Entscheidung auf eine andere Weise mitzuteilen hat, was etwa bei (teilweise) leseunkundigen Personen von Bedeutung sein kann.

Schliesslich ist zu bemerken, dass Art. 10 Abs. 1 lit. e RL 2005/85 die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, die gesamte Entscheidung nach den dort formulierten Anforderungen zu kommunizieren, aber immerhin den Tenor sowie Informationen über die Beschwerdemöglichkeiten im Falle eines ablehnenden Entscheides gemäss Art. 9 Abs. 2 RL 2005/85.

⁴¹ EGMR, Jabari gg. Türkei, Reports 2000-VII; s. auch EGMR, Mamatkulov und Abdurasulovic gg. Türkei, Beschwerdenr. 46827/99, 46951/99, Urteil vom 6.2.2003. S. hierzu noch den Beitrag von *Kiener/Kuhn* (in diesem Band).

⁴² *Günter Renner*, Asylverfahrensrichtlinie, ZAR 2004, 305 (306).

⁴³ Vgl. in diesem Zusammenhang die Formulierung im ersten Vorschlag der Kommission, KOM (2000) 578 endg., Art. 7 Abs. 1 lit. a, wo noch von der Information des Asylbewerbers in einer ihm verständlichen Sprache gesprochen wird.

Falls erforderlich ist ein **Dolmetscher** beizuziehen. Wenn eine angemessene Verständigung – insbesondere im Rahmen der persönlichen Anhörung – zwischen Antragsteller und Behörde andernfalls nicht möglich ist, ist von der Erforderlichkeit eines Dolmetschers auszugehen und die Kosten sind diesfalls vom Staat zu tragen (Art. 10 Abs. 1 lit. b) RL 2005/85).

V. Verpflichtungen der Asylbewerber

Soweit dies zur Bearbeitung des Asylantrages – worunter wohl auf das gesamte Verfahren Bezug genommen werden dürfte, nicht nur auf den Antrag bzw. die entsprechende Entscheidung i.e.S. – erforderlich ist, können die Asylbewerber zur Zusammenarbeit mit den Behörden verpflichtet werden (Art. 11 Abs. 1 RL 2005/85).

Grundsätzlich obliegt es der Person, die einen Anspruch geltend macht, ihr Vorbringen zu begründen und zu beweisen. Die speziell verletzliche Situation, in der sich flüchtende Personen befinden, kann das Vorbringen von Beweisen und Indizien jedoch erheblich erschweren⁴⁴. Der Sachverhalt ist daher in Zusammenarbeit mit den Asylbehörden zu ermitteln.

So kann der Asylbewerber insbesondere verpflichtet werden, sich bei Behörden zu melden oder dort vorstellig zu werden, den Behörden alle ihm verfügbaren Informationen, die sein Vorbringen stützen, vorzulegen⁴⁵, die Behörden über ihren Aufenthalt zu unterrichten, eine Durchsuchung sowie die Anfertigung eines Lichtbildes und die Aufzeichnung der mündlichen Aussagen zu dulden (Art. 11 Abs. 2 RL 2005/85).

Die Behörden ihrerseits sind anschliessend verpflichtet, die Aussagen und vorgelegten Dokumente des Asylbewerbers umfassend und mit Hilfe von Informationen über die Lage im Herkunftsstaat zu prüfen (Art. 8 RL 2005/85).

Die Aufnahme eines Artikels über die Verpflichtungen der Asylbewerber wurde während der Verhandlungen über die Richtlinie von den Mitgliedstaaten und der Kommission begrüsst, eine Einigung konnte rasch gefunden werden. Tatsächlich trägt die ausdrückliche Verankerung dieser Verpflichtungen zur Transparenz des Verfahrens bei⁴⁶. Allerdings ist zu beachten, dass die Reichweite derjenigen Pflichten, die den Asylbewerbern auferlegt werden können, in der Richtlinie gerade nicht abschliessend umschrieben ist (Art. 11 Abs. 2 RL 2005/85 enthält nur eine beispielhafte Aufzählung), sondern lediglich vorausgesetzt wird, dass die jeweilige Verpflichtung „für die Bearbeitung des Antrags erforderlich ist“ (Art. 11 Abs. 1 RL 2005/85), so dass den Mitgliedstaaten hier ein nicht unbeträchtlicher Gestaltungsspielraum eingeräumt wird. Allerdings dürfte sich dieser Gestaltungsspielraum

⁴⁴ *Hyndman* (Fn. 6), 247. S. auch schon die Vorgaben in Art. 4 Abs. 5 RL 2004/83, wonach unter bestimmten Voraussetzungen kein eigentlicher Nachweis des Vorliegens der für die Flüchtlingseigenschaft entscheidenden Voraussetzungen notwendig ist. Hierzu *Epiney/Waldmann/Egbuna-Joss/Oeschger*, Jusletter vom 26. März 2008 (Fn. 3).

⁴⁵ Diese Pflicht wird in Art. 4 Abs. 1 und 2 Qualifikationsrichtlinie noch weiter konkretisiert. S. dazu ausführlich *Gregor Noll*, Evidentiary Assessment in Refugee Status Determination and the EU Qualification Directive, *European Public Law* 2006, 295 ff. Ansonsten hierzu den Beitrag von *Epiney/Egbuna/Waldmann/Oeschger* (in diesem Band). An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Vorgaben der Qualifikationsrichtlinie – im Gegensatz zur Verfahrensrichtlinie – zwingend auch für die Behandlung von Gesuchen um subsidiären Schutz massgebend sind.

⁴⁶ S. zu den Verhandlungen über diesen Artikel *Ackers* (Fn. 26), 14.

nur auf die Formulierung von Mitwirkungspflichten als solche beziehen, so dass ihre allfällige Verletzung insbesondere nicht zu einer Relativierung der sonstigen in der RL 2005/85 vorgesehenen Verfahrensgarantien führen kann, wenn es den Mitgliedstaaten auch unbenommen ist, im Falle der Verletzung verhältnismässige Sanktionen vorzusehen.

VI. Recht auf eine persönliche Anhörung

Grundsätzlich hat jeder Asylbewerber das Recht, vor einer Entscheidung über seinen Antrag persönlich angehört zu werden (Art. 12 Abs. 1 RL 2005/85)⁴⁷. Die persönliche Anhörung bildet das eigentliche Kernstück des Asylverfahrens, gibt sie doch dem Asylbewerber die Möglichkeit, seinen Antrag zu begründen, allfällige Fragen zu beantworten und zu scheinbar widersprüchlichen Beweisen oder Informationen Stellung zu nehmen⁴⁸.

Die Richtlinie sieht jedoch in Abweichung von Art. 12 Abs. 1 RL 2005/85 vor, dass auf die persönliche Anhörung verzichtet werden kann, wenn

- die Behörde aufgrund der bereits erhobenen Beweise eine positive Entscheidung treffen kann (Art. 12 Abs. 2 lit. a) RL 2005/85);
- die Behörde sich bereits mit dem Asylbewerber getroffen hat, damit er seinen Antrag und diesen begründende Informationen gemäss Art. 4 Abs. 2 RL 2004/83 vorbringen konnte (Art. 12 Abs. 2 lit. b) RL 2005/85);

Bei dieser Anhörung sind auch die Garantien des Art. 13 RL 2005/85 zu beachten (Art. 13 Abs. 5 RL 2005/85), so dass auch „summarische Anhörungen“ – so sie eine „ordentliche Anhörung“ ersetzen können – den Anforderungen des Art. 13 RL 2005/85 genügen müssen.

- die Behörde der Ansicht ist, dass nach einer umfassenden Prüfung der bereits vorgelegten Informationen und beim Vorliegen weiterer Umstände⁴⁹ der Antrag unbegründet ist (Art. 12 Abs. 2 lit. c) RL 2005/85);
- eine persönliche Anhörung aufgrund andauernden, namentlich psychologischen oder medizinischen Gründen nicht durchführbar ist (Art. 12 Abs. 3 RL 2005/85).

Art. 12 Abs. 2 lit. b) und c) RL 2005/85 stossen vor dem Hintergrund auf gewisse Bedenken, als ein erstes Treffen zur Einreichung des Antrags und eine summarische Befragung über deren Gründe und den Reiseweg keinesfalls mit einer persönlichen Anhörung gemäss Art. 12 und 13 RL 2005/85 gleich-

⁴⁷ Unterhaltsberechtigte Familienangehörige, welche der Antragsstellung in ihrem Namen gemäss Art. 6 Abs. 3 zugestimmt haben, können, müssen aber nicht zu einer persönlichen Anhörung eingeladen werden (Art. 10 Abs. 1 Unterabsatz 2). S. dazu *Costello* (Fn. 20), 17.

⁴⁸ Zur Anhörung von unbegleiteten Minderjährigen s. Art. 12 Abs. 1 letzter Unterabsatz und sogleich unten C.VIII. Zum Ganzen s. *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 6), 544 f.; *Viktor Lieber/Michael Marugg*, Zum Anspruch auf rechtliches Gehör im Asylverfahren, ASYL 1995/2, 35-40.

⁴⁹ Die Bestimmung verweist auf Art. 23 Abs. 4 lit. a (Vorbringen von lediglich nicht-asylrelevanten Tatsachen), lit. c (Herkunft aus sicherem Herkunftsstaat oder einem sicheren Drittstaat), lit. g (unkohärente, widersprüchliche, unwahrscheinliche oder unvollständige Angaben), lit. h (Folgeantrag ohne Vorbringen neuer Tatsachen) und lit. j (Antragstellung zur Verhinderung einer bevorstehenden Ausweisung).

zusetzen ist⁵⁰, obwohl die Anforderung an die Durchführung gemäss Art. 13 auch auf dieses erste Treffen anwendbar ist (Art. 13 Abs. 5 RL 2005/85). Zur angemessenen Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Antragstellers und angesichts der schwerwiegenden Konsequenzen einer falschen Entscheidung sollte dem Asylbewerber daher im Zweifelsfall erneut die Gelegenheit gegeben werden, sich ausführlich zu seinem Antrag zu äussern, so dass diese Ausnahmen restriktiv auszulegen sind⁵¹.

Die Asylbehörden dürfen auch ohne persönliche Anhörung über den Antrag entscheiden (Art. 12 Abs. 4 RL 2005/85). Die Tatsache, dass keine Anhörung stattgefunden hat, soll dabei die Entscheidung nicht negativ beeinflussen (Art. 12 Abs. 5 RL 2005/85)⁵², darf aber dennoch in die Abwägungen miteinbezogen werden, sofern der Asylbewerber ohne gute Gründe einer mehrmaligen Aufforderung zur Anhörung nicht nachgekommen ist (Art. 12 Abs. 6 RL 2005/85).

Die Anhörung soll in einer Art und Weise durchgeführt werden, die es dem Asylbewerber ermöglicht, seinen Antrag und die Gründe dafür darzulegen und zu erläutern. Gemäss den Bestimmungen der Richtlinie sind dafür Bedingungen zu schaffen, die eine ausreichende Vertraulichkeit schaffen (Art. 13 Abs. 2 RL 2005/85), und es ist sicherzustellen, dass die anhörende Person entsprechend ausgebildet (Art. 13 Abs. 3 lit. a) RL 2005/85) und die sprachliche Verständigung zwischen ihr und dem Antragsteller – nötigenfalls durch Beizug eines Dolmetschers – gewährleistet ist (Art. 13 Abs. 3 lit. b) RL 2005/85). Die Anhörung findet in der Regel ohne Familienangehörige statt (Art. 13 Abs. 1 RL 2005/85); über die Anwesenheit von sonstigen Drittpersonen steht es den Staaten frei, weitere Vorschriften zu erlassen (Art. 13 Abs. 4 RL 2005/85). Die Frage, ob ein Rechtsanwalt oder ein Rechtsberater bei der Anhörung anwesend sein darf bzw. muss, wird somit von der Richtlinie nicht geregelt.

VII. Anspruch auf Rechtsberatung und -vertretung

Die Antragsteller haben ein Recht auf Zugang zu einem Anwalt oder zu einem Rechtsberater, sofern sie die Kosten dafür selber tragen (Art. 15 Abs. 1 RL 2005/85). Erst im Falle einer ablehnenden erstinstanzlichen Entscheidung ist auf Antrag kostenlose Rechtsberatung bzw. -vertretung zu gewähren (Art. 15 Abs. 2 RL 2005/85), wobei auch dieses Recht des Antragstellers stark eingeschränkt werden kann (Art. 15 Abs. 3–5 RL 2005/85).

⁵⁰ Vgl. *Battjes*, European Asylum Law (Fn. 7), 313; s. dazu auch oben B.II. Die Ausnahme in Art. 12 Abs. 2 lit. b) RL 2005/85 wurde auf Drängen Spaniens eingeführt, welches bezüglich der persönlichen Anhörung an seiner nationalen Praxis festhalten wollte; vgl. *Ackers* (Fn. 26), 15.

⁵¹ Vgl. auch *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 6), 540 f. Nach Ansicht von *Peers/Rogers* ist Art. 12 Abs. 2 lit. c) RL 2005/85 als nichtig zu erachten, da er Grundrechte, welche auch als allgemeine Prinzipien des Gemeinschaftsrechts Geltung erlangen, missachtet; *Peers/Rogers* (Fn. 15), 389 ff. Vgl. auch *UNHCR-Exekutivkomitee*, Beschluss Nr. 30/1983 zum Problem der offensichtlich unbegründeten oder missbräuchlichen Anträgen auf Anerkennung als Flüchtling oder Asylgewährung, lit. e. Da jedoch die Primärrechtswidrigkeit dieser Bestimmungen jedenfalls nicht offensichtlich ist, sind sie sicherlich nicht *per se* nichtig, sondern könnten allenfalls vom EuGH als nichtig erklärt werden.

⁵² Sehr kritisch dazu *Peers/Rogers* (Fn. 15), 390 f.

Die Rechte des Rechtsanwalts oder Rechtsberaters auf Zugang zu den Akten, Zugang zu Haftanstalten oder Transitzonen zwecks persönlicher Beratung des Antragstellers sowie die Anwesenheit des Rechtsanwaltes oder -beraters während persönlicher Anhörungen sind in Art. 16 geregelt. Wiederum sieht die Richtlinie vor, dass diese Rechte eingeschränkt werden können, namentlich aufgrund von Sicherheitsvorschriften⁵³.

VIII. Spezielle Garantien für unbegleitete Minderjährige

Gemäss der Kinderrechtskonvention haben Staaten bei Massnahmen, welche Kinder betreffen, im Allgemeinen vorrangig das Kindeswohl zu berücksichtigen (Art. 3 KRK) sowie gewisse Massnahmen im Zusammenhang mit Asyl suchenden Kindern und Flüchtlingskindern (Art. 22 KRK) zu ergreifen⁵⁴.

Die Richtlinie sieht in Art. 17 einige spezielle Garantien für unbegleitete minderjährige Asylbewerber⁵⁵ vor: Für unbegleitete Minderjährige ist sobald wie möglich ein Vertreter zu bestellen, der sie während des Verfahrens im Allgemeinen (Art. 17 Abs. 1 lit. a) RL 2005/85) und bei der persönlichen Anhörung im Besonderen (Art. 17 Abs. 1 lit. b) RL 2005/85) unterstützt. Der Vertreter hat zudem das Recht, während der persönlichen Anhörung anwesend zu sein und selbst Fragen zu stellen⁵⁶.

Allerdings ist insbesondere Art. 17 Abs. 1 lit. b) RL 2005/85 so allgemein formuliert ist, dass sich erst in der nationalen Umsetzung zeigen wird, ob diese Bestimmung tatsächlich zu einer spürbaren Verbesserung der Rechtstellung des minderjährigen Asylbewerbers beitragen wird⁵⁷.

Die Richtlinie sieht in Art. 17 Abs. 2 und 3 RL 2005/85 weitgehende Ausnahmen vom Grundsatz in Art. 17 Abs. 1 RL 2005/85 vor. Von der Bestellung eines Vertreters kann demnach abgesehen werden, wenn der Asylbewerber

- voraussichtlich noch vor dem erstinstanzlichen Entscheid volljährig wird (Art. 17 Abs. 2 lit. a) RL 2005/85);
- kostenlosen Zugang zu einem Rechtsanwalt oder einem Rechtsberater hat, welcher ihn während des Verfahrens vertreten kann (Art. 17 Abs. 2 lit. b) RL 2005/85);

⁵³ *Peers/Rogers* (Fn. 15), 391 f. Für detaillierte Ausführungen zum Thema der Rechtsberatung und Rechtsvertretung s. den Beitrag von *Kiener/Kuhn* (in diesem Band).

⁵⁴ Siehe zu den Vorgaben der KRK bereits oben B.III. Zur Situation von unbegleiteten minderjährigen Asylbewerbern im Allgemeinen s. auch die Empfehlung 1703 (2005) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates vom 28. April 2005, insb. § 5, § 9.iii.d/e sowie den Bericht des UNO-Generalsekretärs, Assistance to Unaccompanied Refugees Minors, UN Dok. A/60/300.

⁵⁵ S. dazu die Begriffsbestimmung in Art. 2 lit. h) RL 2005/85.

⁵⁶ Als Vertreter gelten gemäss Art. 2 lit. i) neben dem gesetzlichen Vormund auch Personen, die im Namen einer nationalen Organisation handelt, die für die Betreuung der Minderjährigen verantwortlich ist oder jede andere Person, die für die Vertretung der Interessen des Minderjährigen geeignet ist. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2003/9 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, ABl. 2003 L 31 18.

⁵⁷ Gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. b) RL 2005/85 muss dem Vertreter lediglich die Gelegenheit gewährt werden, den Asylbewerber zu beraten, wie er sich auf die persönliche Anhörung vorbereiten kann. S. dazu *Erich Peter*, Unbegleitete Minderjährige im Lichte des Zuwanderungsgesetzes und der EU-Asylrechtsharmonisierung, ZAR 1/2005, 11 (16).

- verheiratet ist oder verheiratet war (Art. 17 Abs. 2 lit. c) RL 2005/85);
- mindestens 16 Jahre alt ist und in der Lage ist, seinen Antrag selbst weiter zu betreiben (Art. 17 Abs. 3 RL 2005/85).

Ob der kostenlose Zugang zu Rechtberatung gemäss Art. 17 Abs. 2 lit. b) RL 2005/85 die Bestellung eines Vertreters wirksam ersetzen kann, ist stark zu bezweifeln. Ebenso ist zu bedauern, dass in Art. 17 Abs. 2 lit. c) RL 2005/85 keine untere Altersgrenze festgeschrieben wurde. Unbegleitete minderjährige Asylbewerber befinden sich in einer verletzlichen Situation, so dass insbesondere von sehr jungen Asylbewerbern nicht erwartet werden sollte, dass sie sich selbständig um Rechtsberatung kümmern müssen, selbst wenn ihnen diese kostenlos zur Verfügung steht.

Im Zusammenhang mit all diesen Ausnahmen ist darauf hinzuweisen, dass die KRK für Kinder bis und mit 18 Jahre keine altersabhängige Abstufung in der Gewährleistung ihrer Garantien vorsieht⁵⁸. Die Frage, ob diese Bestimmungen daher an sich bereits als Verstoss gegen die Vorgaben der KRK zu werten sind, ist jedoch angesichts des in Art. 22 den Staaten gewährten Ermessensspielraums zu verneinen.⁵⁹

Bei der Durchführung der persönlichen Anhörung sind die allgemeinen Vorgaben des Art. 13 RL 2005/85 zu beachten⁶⁰. Zusätzlich ist sicherzustellen, dass die Behörden, welche die persönliche Anhörung mit dem unbegleiteten Minderjährigen durchführen und/oder über den Antrag entscheiden, entsprechend ausgebildet und über die Besonderheiten im Umgang mit minderjährigen Asylbewerbern informiert sind (Art. 17 Abs. 4 RL 2005/85).

Dass die Richtlinie unbegleiteten minderjährigen Asylbewerbern eine privilegierte Rechtsstellung einräumt, birgt auch ein gewisses Missbrauchsrisiko in sich. So könnten auch erwachsene Asylbewerber versuchen, missbräuchlich diese Garantien in Anspruch zu nehmen⁶¹. Bestehen daher Zweifel am tatsächlichen Alter des Asylbewerbers (da er dieses nicht ausreichend belegen kann), können die Behörden eine ärztliche Untersuchung anordnen (Art. 17 Abs. 5 RL 2005/85). Die unbegleitete minderjährige Person ist jedoch vor der Prüfung des Antrages umfassend über diese Untersuchung und ihre Bedeutung für das Verfahren zu informieren (Art. 17 Abs. 5 lit. a) RL 2005/85). Die Untersuchung darf nur mit der Einwilligung des Asylbewerbers und/oder seines Vertreters durchgeführt werden (Art. 17 Abs. 5 lit. b) RL 2005/85). Dass die Richtlinie dieses Einwilligungserfordernis ausdrücklich festschreibt, ist aus grundrechtlicher Sicht zu begrüßen, wäre doch ansonsten die Untersuchung als unrechtmässiger Eingriff in die körperliche Unversehrtheit zu werten⁶². Verweigert der Asylbewerber oder sein Vertreter die Einwilligung, darf dies weder allein ausschlaggebend für einen negativen Entscheid der Asylbehörde sein (Art. 17 Abs. 5 lit. c) RL 2005/85) noch hindert die Verweigerung die Behörde, dennoch über den Antrag zu entscheiden (Art. 17 Abs. 5 letzter Unterabsatz RL 2005/85).

Mit Rücksicht auf das Kindeswohl werden unbegleitete minderjährige Gesuchsteller gemäss Art. 19 Abs. 2 Richtlinie 2003/9 („Aufnahmestandardsrichtlinie“⁶³) ab der Einreise in das Hoheitsgebiet und bis zu ihrer Ausreise bei erwachsenen Verwandten, einer Pflegefamilie oder in speziell für Minderjährige eingerichteten Zentren (in die-

⁵⁸ Einzige Ausnahme ist die im nationalen Recht festgelegte und bereits vor dem 18. Lebensjahr eintretende Volljährigkeit, Art. 1 KRK.

⁵⁹ Dies jedenfalls auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH, der bei der Frage nach dem Verstoss von Sekundärrecht gegen höherrangiges Recht davon ausgeht, dass ein solcher nur dann zu bejahen ist, wenn das Sekundärrecht die Mitgliedstaaten ausdrücklich oder implizit zur Missachtung desselben ermächtigt werden. Vgl. EuGH, Rs. C-540/03 (Parlament/Rat), Slg. 2006, I-5769. Teilweise kritisch hierzu *Astrid Epiney*, Zur Reichweite der Grundrechtsbindung des Gemeinschaftsgesetzgebers, ZAR 2007, 61 ff.

⁶⁰ Oben C.VI.

⁶¹ Vgl. dazu *Mario Gattiker*, Rechtliche Probleme der Altersbestimmung bei minderjährigen Asylsuchenden, ASYL 2000/1, 16.

⁶² Vgl. dazu *Gattiker*, ASYL 2000/1 (Fn. 53), 18.

⁶³ Vgl. Fundstelle in Fn. 55.

ser Rangordnung) untergebracht. Geschwister sind möglichst nicht zu trennen und die Aufenthaltswechsel der minderjährigen Gesuchsteller sind auf ein Minimum zu beschränken. Einzig Minderjährige ab 16 Jahren dürfen im Empfangszentren mit erwachsenen Gesuchstellern untergebracht werden.

IX. Garantien im Falle einer Rücknahme des Antrages

Nimmt der Asylbewerber seinen Antrag ausdrücklich zurück, hat die Asylbehörde zu entscheiden, dass die Prüfung des Antrages einzustellen oder der Antrag abzulehnen sei (Art. 19 Abs. 1 RL 2005/85). Wird die Prüfung lediglich eingestellt und liegt somit keine materielle Entscheidung vor, ist dies mit einer entsprechenden Aktennotiz zu vermerken (Art. 19 Abs. 2 RL 2005/85).

Unter gewissen Umständen ist die Annahme zulässig, dass der Asylbewerber seinen Antrag stillschweigend zurückgezogen hat (Art. 20 Abs. 1 RL 2005/85). Auch in solchen Fällen sollen die Asylbehörden die Prüfung einstellen oder den Antrag mangels Nachweises, dass die Flüchtlingseigenschaft erfüllt ist, ablehnen.

Meldet sich der Asylbewerber zu einem späteren Zeitpunkt wieder bei der Behörde, kann er die Wiedereröffnung des Verfahrens beantragen, wobei die Mitgliedstaaten diesbezüglich gewisse Fristen festlegen können, innerhalb derer um Wiederaufnahme des Verfahrens ersucht werden muss. Aber selbst nach Ablauf einer solchen Frist, ist das *Refoulement*-Verbot zu beachten und sicherzustellen, dass der Bewerber nicht in ein Land zurückgewiesen wird, wo ihm Verfolgung droht (Art. 20 Abs. 2 RL 2005/85).

X. Anforderungen an den erstinstanzlichen Entscheid

In Zusammenhang mit dem erstinstanzlichen Entscheid sieht die Richtlinie eine Reihe von Verfahrensgarantien vor, auf die im Folgenden kurz eingegangen werden soll.

1. Recht auf angemessene Prüfung des Asylantrages

Die Asylbehörden haben den Antrag „angemessen“ zu prüfen (Art. 8 Abs. 2 RL 2005/85), wobei die nicht sofort erfolgte Antragstellung nicht allein ausschlaggebend für die Beurteilung der Begründetheit des Antrages und einen allfälligen negativen Entscheid sein darf (Art. 8 Abs. 1 RL 2005/85).

Was unter einer angemessenen Prüfung genau zu verstehen ist, wird in Art. 8 Abs. 2 RL 2005/85 ausgeführt:

- Die Prüfung hat individuell, objektiv und unparteiisch zu erfolgen (Art. 8 Abs. 2 lit. a) RL 2005/85);
- Die Prüfung soll sich auf genaue und aktuelle Informationen über die Lage im Herkunftsstaat stützen (Art. 8 Abs. 2 lit. b) RL 2005/85);

Diese Vorgabe dürfte implizieren, dass nicht nur – wie ausdrücklich in Art. 8 Abs. 2 lit. b) RL 2005/85 vorgesehen – verschiedene Quellen verwendet werden, sondern auch, dass ggf. (d.h. zumindest im Falle der Entscheidungserheblichkeit der Quellen) in der Entscheidung

und ihrer Begründung auf die Quellen und ihre Gewichtung bzw. Einschätzung hinzuweisen ist⁶⁴.

- Die Asylbehörden müssen über die notwendigen juristischen Kenntnisse im Bereich des Asyl- und Flüchtlingsrechts verfügen (Art. 8 Abs. 2 lit. c) RL 2005/85).

Diese Anforderungen sind im Zusammenhang mit Art. 4 RL 2004/83 zu sehen, der ebenfalls letztlich (auch) verfahrensrechtliche Anforderungen formuliert bzw. zumindest verfahrensrechtliche Regeln impliziert⁶⁵.

2. Einhaltung einer angemessenen Frist

Die angemessene Prüfung der Anträge hat so rasch wie möglich und in der Regel innerhalb von sechs Monaten stattzufinden. Entscheidet die Behörde nicht innerhalb dieser Frist, hat sie den Asylbewerber über die Verzögerung sowie den Zeitrahmen, innerhalb dessen er mit einer Entscheidung rechnen kann, zu informieren (Art. 23 Abs. 2 RL 2005/85).

Es liegt im Interesse sowohl der Person, welche um internationalen Schutz nachsucht als auch der Behörden, dass über den Antrag relativ rasch entschieden wird. Die Bestimmung von Art. 23 Abs. 2 RL 2005/85 ist daher zu begrüßen, dürfte sie doch zur Transparenz des Verfahrens beitragen und die ungewisse Situation der schutzsuchenden Person zumindest in zeitlicher Hinsicht etwas klären.

3. Begründungspflicht, Schriftform und Rechtsmittelbelehrung

Die Entscheidung hat in Schriftform zu ergehen (Art. 9 Abs. 1 RL 2005/85). Ein ablehnender Entscheid ist zu begründen und der Asylbewerber ist über den Rechtsweg zu informieren (Art. 9 Abs. 2 RL 2005/85). Von diesem zuletzt genannten Grundsatz sind Ausnahmen zulässig, wenn der Person eine andere, jedoch ebenso günstige Form internationalen Schutzes gemäss nationalem Recht gewährt wird (Art. 9 Abs. 2 Unterabsatz 2 RL 2005/85). Über den Rechtsweg muss nicht nochmals informiert werden, wenn diese Information bereits zu einem früheren Zeitpunkt stattgefunden hat (Art. 9 Abs. 2 Unterabsatz 3 RL 2005/85).

Art. 9 Abs. 3 RL 2005/85 sieht schliesslich vor, dass die Asylbehörden eine einzige Entscheidung für einen Antragsteller und alle Unterhaltsberechtigten treffen, wenn für alle Personen dieselben Gründe vorgebracht wurden.

XI. Weitergabe von Daten des Asylbewerbers während des Verfahrens

Während die Behörden verpflichtet sind, zwecks umfassender Prüfung des Antrages Informationen über die Situation im Herkunftsland einzuholen, dürfen sie dabei

⁶⁴ Vgl. dazu auch EGMR, Salah Sheek gg. Niederlande, Beschwerdenr. 1948/04, Urteil vom 11. Januar 2007, insb. Ziff. 136 ff.

⁶⁵ Zu Art. 4 RL 2004/83 den Beitrag von *Epiney/Waldmann/Egbuna-Joss/Oeschger* (in diesem Band).

keine Informationen – weder über die erfolgte Antragstellung noch über deren Inhalt – an jene Stellen im Herkunftsstaat weitergeben, welche den Antragsteller mutmasslich verfolgt haben bzw. durch welche er von Verfolgung bedroht ist (Art. 22 RL 2005/85). Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist der Schutz des Antragsstellers sowie seiner (noch im Herkunftsstaat lebenden) Familienangehörigen. Als Antragsteller gilt gemäss Art. 2 lit. c) jeder Drittstaatsangehöriger, der einen Asylantrag gestellt hat und über dessen Antrag noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist⁶⁶. Somit hat die schutzsuchende Person bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens Anspruch auf Nichtweitergabe der seine Person betreffenden Daten an die mutmasslichen Verfolger⁶⁷.

Allerdings steht diese Bestimmung der Kontaktaufnahme mit dem Heimatstaat nicht allgemein entgegen; vielmehr ist nur die Weitergabe von Informationen, die spezifisch das Stellen des Asylantrags bzw. seinen Inhalt betreffen, zu verbieten, so dass eine Kontaktaufnahme etwa im Hinblick auf die Beschaffung von Identitätspapieren möglich ist. Dabei ist aber immer auch Art. 22 lit. b) zu beachten, wonach die Kontaktaufnahme so zu erfolgen hat, dass den Stellen im Herkunftsstaat nicht „unmittelbar die Tatsache zur Kenntnis“ gebracht wird, dass ein Asylantrag gestellt wurde, so dass die körperliche Unversehrtheit des Asylbewerbers oder die seiner Angehörigen gefährden werden könnten. Es liegt jedoch auf der Hand, dass eine Kontaktaufnahme immer die Gefahr der Information des (potentiellen) Verfolgerstaates mit sich bringt, so dass diese Bestimmung in der praktischen Umsetzung und Anwendung auf grosse Schwierigkeiten stossen dürfte; es ist daher zu bezweifeln, ob hiermit tatsächlich ein effektiver Schutz des Asylsuchenden verwirklicht werden kann.

XII. Anspruch auf rasche gerichtliche Überprüfung bei Inge- wahrnehmung

Eine Person darf nicht alleine aufgrund ihrer Antragstellung in Gewahrsam genommen werden (Art. 18 Abs. 1 RL 2005/85)⁶⁸. Im Falle einer (sich auf weitere Gründe stützenden) Ingewahrnehmung hat der Asylbewerber das Recht auf eine rasche gerichtliche Überprüfung eines solchen Freiheitsentzuges (Art. 18 Abs. 2 RL 2005/85), ein Recht, welches auch in der EMRK verankert ist⁶⁹.

Im Rahmen der Verhandlungen über diese Richtlinienbestimmung konnten sich die Mitgliedstaaten aufgrund sehr unterschiedlicher Ansichten hinsichtlich der Haftgründe, der Dauer, der Rechtmässigkeit sowie der Überprüfung des Freiheitsentzuges einzig auf die zwei in Art. 18 enthaltenen Grundprinzipien einigen⁷⁰, welche lediglich die menschenrechtlichen Garantien im Zusammenhang mit dem Freiheitsentzug

⁶⁶ Art. 2 lit. d) definiert den Begriff der „rechtskräftigen Entscheidung“.

⁶⁷ S. zur Problematik des Datenschutzes im Zusammenhang mit Asylanträgen auch *Kälin*, Rechtsfragen (Fn. 7), Ziff. 5.

⁶⁸ Unter Gewahrsam ist dabei ein Freiheitsentzug i.e.S. zu verstehen, so dass letztlich nur die Haft darunter zu verstehen ist, hingegen nicht lediglich Einschränkungen der Freiheit, etwa durch die Zuweisung eines gewissen Aufenthaltsradius.

⁶⁹ S. dazu oben B.II.

⁷⁰ *Ackers* (Fn. 26), 16.

wiedergeben⁷¹. Insofern wird den Mitgliedstaaten (auch) in diesem Bereich ein weiterer Gestaltungsspielraum eingeräumt⁷².

XIII. Die Rolle des UNHCR im Asylverfahren

Gemäss § 8 lit. a UNHCR-Statut⁷³ kommt dem *UNHCR* unter anderem die Aufgabe zu, die Anwendung flüchtlingsrelevanter internationaler Konventionen – insbesondere die Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 – zu überwachen. In Art. 35 Abs. 1 GFK haben sich die Signatarstaaten dazu verpflichtet, mit dem *UNHCR* zusammenzuarbeiten und ihm das Wahrnehmen der erwähnten Überwachungsaufgaben zu erleichtern⁷⁴.

Und so haben die Mitgliedstaaten in Art. 10 Abs. 1 lit. c) RL 2005/85 festgelegt, dass dem Asylbewerber im Asylverfahren der Zugang zum UNHCR oder anderen anerkannten Flüchtlingsorganisationen nicht verwehrt werden darf. Im Gegenzug gewährt Art. 21 RL 2005/85 dem UNHCR Zugang zu den Asylbewerbern (Art. 21 Abs. 1 lit. a) RL 2005/85).

Das UNHCR hat zudem Zugang zu den Akten während des Verfahrens (unter Vorbehalt der Zustimmung des Asylbewerbers, Art. 21 Abs. 1 lit. b) RL 2005/85) sowie das Recht, während des Verfahrens bei der zuständigen Behörde Stellungnahmen abzugeben (Art. 21 Abs. 1 lit. c) RL 2005/85).

Diese Bestimmungen finden auch auf andere Organisationen Anwendung, die im Auftrag des UNHCR tätig und vom jeweiligen Staat anerkannt sind (Art. 21 Abs. 2 RL 2005/85).

XIV. Zu den verschiedenen Verfahrensarten im erstinstanzlichen Verfahren

Die RL 2005/85 erwähnt verschiedene Verfahren, die jeweils unter bestimmten Voraussetzungen zum Zuge kommen:

- Grundsätzlich kommt ein *ordentliches* Verfahren zum Zug, das den bislang erwähnten Verfahrensgarantien zu entsprechen hat (Art. 23 Abs. 1, 2 RL 2005/85).

⁷¹ S. *Peers/Rogers* (Fn. 15), 392. Frühere Fassungen der Richtlinie hatten ausführlichere Vorschriften bezüglich des Freiheitsentzuges von Asylbewerbern enthalten und beispielsweise vorgesehen, dass ein Asylbewerber in Gewahrsam genommen werden kann, wenn dies für eine effiziente Antragsprüfung erforderlich, im Interesse einer raschen Entscheidungsfindung oder angesichts der Untertauchgefahr notwendig erscheinen sollte, vgl. Art. 17 des zweiten Kommissionsvorschlages KOM (2002) 326 endg.

⁷² Vgl. in diesem Zusammenhang aber den UNHCR-Exekutivkomitee Beschluss Nr. 44/1986 zur Inhaftierung von Flüchtlingen und Asylsuchenden, insb. lit. b), sowie die Empfehlung Nr. 5/2003 des Ministerrates des Europarates zur Inhaftierung von Asylsuchenden, welche für die Staaten gewisse (allerdings lediglich als *soft law* wirkende) Leitlinien enthalten.

⁷³ Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen 428 V vom 14. Dezember 1950.

⁷⁴ Vgl. dazu auch die Präambel der GFK.

- Weiter erwähnen Art. 23 Abs. 3, 4 RL 2005/85 ein *vorrangiges* oder *beschleunigtes* Verfahren, bei dessen Durchlaufen allerdings ebenfalls die Verfahrensgarantien der Art. 6–22 RL 2005/85 zu beachten sind. Der Richtlinie sind jedoch keine Anhaltspunkte darüber zu entnehmen, inwiefern sich dieses beschleunigte oder vorrangige Verfahren vom ordentlichen Verfahren unterscheidet. Vieles – insbesondere die in Art. 4 Abs. 4 RL 2005/85 aufgeführten Fallgestaltungen und die Massgeblichkeit der Verfahrensgarantien sowie die Massgeblichkeit des Art. 4 RL 2004/83 – spricht aber dafür, dass es sich hier (nur, aber immerhin) um ein „schnelleres“ Verfahren handelt, in dem gleichwohl die (Un-)Begründetheit des Antrags zu prüfen ist. Dieser Ansatz wird durch Art. 28 RL 2005/85 bestätigt, wonach die Mitgliedstaaten einen Asylantrag nur dann als unbegründet ansehen können, wenn festgestellt wurde, dass die antragstellende Person die Voraussetzungen für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft gemäss der RL 2004/83 nicht erfüllt: Diese Bestimmung wäre ihres Sinns entleert, wenn die Mitgliedstaaten im Rahmen eines beschleunigten Verfahrens etwa vorsehen könnten, dass ein Antrag gar nicht geprüft wird.
- Ferner ermächtigt Art. 24 RL 2005/85 die Mitgliedstaaten, in Abweichung von den in Art. 6–22 enthaltenen Grundsätzen und Garantien *besondere* Verfahren vorzusehen für die Behandlung von Folgeanträgen sowie die Bearbeitung von Anträgen im Rahmen des Grenzverfahrens.
- Art. 28 Abs. 2 RL 2005/85 sieht sodann vor, dass die Mitgliedstaaten bei bestimmten Fällen des Art. 23 Abs. 4 RL 2005/85 den Antrag als *offensichtlich unbegründet* betrachten können.
- Schliesslich sieht Art. 25 RL 2005/85 aber vor, dass ein Antrag aus abschliessend in Art. 25 RL 2005/85 aufgeführten Gründen als *unzulässig* angesehen werden kann und die Flüchtlingseigenschaft damit erst gar nicht geprüft wird. Im Einzelnen sind dies folgende Gründe (Art. 25 Abs. 1, 2 RL 2005/85):
 - Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaats auf der Grundlage der VO 343/2003;
 - bereits erfolgte Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft durch einen anderen Mitgliedstaat;
 - Existenz eines „Erstasylstaats“ nach Art. 26 RL 2005/85;
 - Anwendbarkeit des Konzepts der „sicheren Drittstaaten“ nach Art. 27 RL 2005/85;
 - Zuerkennung eines Statuts in dem betreffenden Mitgliedstaat, das demjenigen eines Flüchtlings nach der RL 2004/83 entspricht;
 - Möglichkeit des Asylbewerbers, aus anderen Gründen, die ihn vor einer Zurückweisung schützen, bis zur Entscheidung in einem Verfahren über die Zuerkennung eines flüchtlingsäquivalenten“ Status in dem jeweiligen Mitgliedstaat zu bleiben;
 - Vorliegen eines identischen Antrages nach einer rechtskräftigen Entscheidung;
 - Vorliegen eines Antrags durch eine vom Asylbewerber abhängige Person (vgl. Art. 6 Abs. 3 RL 2005/85), wenn keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein gesonderter Antrag gerechtfertigt ist.

Die Systematik der RL 2005/85 sowie der bereits erwähnte Art. 28 RL 2005/85 im Zusammenhang mit der RL 2004/83 („Qualifikationsrichtlinie“) – die ein „Recht auf

Asyl“ bei Vorliegen der Voraussetzungen einräumt – sprechen dafür, dass diese verschiedenen Verfahrensarten abschliessend zu verstehen sind, so dass die Mitgliedstaaten also nur in den in den einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie erwähnten Voraussetzungen von dem „ordentlichen“ Verfahren abweichen dürfen und sie zudem auch im beschleunigten Verfahren und im Falle einer möglichen „offensichtlichen Unbegründetheit“ die materielle Begründetheit des Antrags prüfen müssen. Ein Absehen von dieser Begründetheitsprüfung – und damit der Prüfung, ob eine Person die Voraussetzungen des Flüchtlingsstatus erfüllt – ist somit nur in den abschliessend in Art. 25 RL 2005/85 vorgesehenen Fällen möglich.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass sich die Richtlinie darüber ausschweigt, was genau unter „beschleunigten Verfahren“ (Art. 23 Abs. 3, 4 RL 2005/85) und unter Verfahren der „offensichtlichen Unbegründetheit“ zu verstehen ist, so dass den Mitgliedstaaten hier – abgesehen von der Pflicht zur materiellen Prüfung des Antrags in dem Sinn, dass die Flüchtlingseigenschaft zu prüfen ist – ein weiterer Gestaltungsspielraum eingeräumt wird. Konzeptionell überzeugend erschiene es hier, das beschleunigte Verfahren als ein grundsätzlich ordentliches Verfahren anzusehen, das lediglich bezüglich der Fristen, Gerichtsferien und sonstiger zeitlicher Vorgaben gestraft wird, während das Verfahren der offensichtlichen Unbegründetheit ein auch in materieller Hinsicht summarisches Verfahren (im Rahmen desselben etwa gewisse geringere Begründungsanforderungen oder abgeschwächte Beweisforderungen zum Zuge kommen) darstellt.

Weiter ist nicht zu verkennen, dass auch im Rahmen des Art. 25 RL 2005/85 teilweise „materielle“ Erwägungen berücksichtigt werden müssen, insbesondere bei der Frage nach der „Sicherheit“ eines Drittstaats. Allerdings beziehen sich diese materiellen Erwägungen gerade nicht auf die Flüchtlingseigenschaft als solche, so dass es gleichwohl gerechtfertigt erscheint, hier von Unzulässigkeitsgründen auszugehen.

D. Verfahrensmaximen und -garantien im schweizerischen Asylrecht

Im folgenden Kapitel wird aufgezeigt, welche **Maximen** und **Garantien** im schweizerischen Asylverfahren gelten. Im Hinblick auf die unter E. erfolgende Gegenüberstellung mit dem europäischen Asylrecht drängt es sich auf, die Darstellung der einzelnen Maximen und Garantien im Wesentlichen an die Systematik der RL 2005/85/EG anzulehnen⁷⁵. Zum besseren Verständnis wird aber vorab ein Überblick über das schweizerische Asylverfahren gegeben (D.I.).

Nicht Gegenstand dieses Beitrages bilden die einzelnen *Beschwerdeverfahren*⁷⁶ und die mit ihnen verbundenen Garantien, sowie das *Wegweisungsverfahren*, das im Rahmen des *subsidiären Schutzes*⁷⁷ eine Rolle spielt.

I. Das Asylverfahren im Überblick

1. Allgemeines

Das **Asylverfahren** wird mit der Einreichung eines Asylgesuches gemäss Art. 18 AsylG⁷⁸ eingeleitet. In diesem Verfahren gilt es zu prüfen, ob der Gesuchsteller die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Asylgewährung erfüllt (**Asylverfahren i.e.S.**)⁷⁹. Trifft dies nicht zu⁸⁰, folgt im Anschluss das sogenannte **Wegweisungsverfahren**⁸¹, in welchem festgestellt wird, ob Asylsuchende in ihren Heimatstaat oder einen Drittstaat ausreisen müssen oder in der Schweiz verbleiben können.

Neben dem **Ort der Asylgesuchseinreichung** ist für den Verlauf des Verfahrens und die jeweils geltenden Verfahrensgarantien auch die **erste (summarische) Befragung** in den Empfangsstellen⁸² bzw. am Flughafen entscheidend. Auf der Basis dieser ers-

⁷⁵ Zu dieser oben C.

⁷⁶ Vgl. hierzu den Beitrag von *Kiener/Kuhn* (in diesem Band).

⁷⁷ Vgl. hierzu den Beitrag von *Kaufmann/Petermann* (in diesem Band).

⁷⁸ Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31).

⁷⁹ *BFM*, Handbuch, Kap. A §1 (Stand 1.1.2008), 1, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0001.File.tmp/Kap._A__1_d.pdf (besucht am 18.3.2008).

⁸⁰ Es wird entweder gar nicht auf das Asylgesuch eingetreten (Art. 32 ff. AsylG), die materielle Flüchtlingseigenschaft (Art. 3 AsylG) wird verneint oder es liegen Asylausschlussgründe (Art. 52 ff. AsylG) vor.

⁸¹ Vgl. Art. 44 ff. AsylG. Das „Asylverfahren i.e.S.“ und das „Wegweisungsverfahren“ lassen sich unter dem Begriff „Asylverfahren i.w.S.“ zusammenfassen.

⁸² In den gesetzlichen Grundlagen (vgl. Art. 26 AsylG und Art. 16 der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 [Asylverordnung 1, AsylV 1; SR 142.311]) wird weiterhin der Begriff „Empfangsstelle“ verwendet, obwohl die Empfangsstellen gestützt auf eine BFM-interne Reorganisation auf den 1. Januar 2006 hin in Empfangs- und Verfahrenszentren (EVZ) umbenannt wurden. Empfangsstellen finden sich in Vallorbe, Basel, Kreuzlingen und Chiasso. Gemäss Art. 16a AsylV 1 können die Empfangsstellen zusätzliche „Aussenstellen“ führen. Darunter sind „Transitzentren“ und „Notschlafstel-

ten Befragung soll mit Bezug auf die Fortsetzung des Verfahrens eine Triage vorgenommen werden: Insbesondere sollte nach Möglichkeit bereits in diesem Stadium entschieden werden, ob wegen einer der Gründe gemäss Art. 32 ff. AsylG auf das Asylgesuch nicht eingetreten wird, Asyl ohne weitere Abklärungen gemäss Art. 38 AsylG gewährt wird, dieses ohne weitere Abklärungen gemäss Art. 40 AsylG zu verneinen ist oder ob zusätzliche Abklärungen gemäss Art. 41 AsylG vorzunehmen sind⁸³. Als weitere Möglichkeit sieht Art. 39 AsylG die Gewährung vorübergehenden Schutzes ohne weitere Abklärungen vor.

2. Das erstinstanzliche Asylverfahren

Im Folgenden wird zwischen dem regulären (a) und besonderen Asylverfahren (b) unterschieden. Der Verfahrensablauf kann allerdings im vorliegenden Kontext nur insoweit skizziert werden, als es für das Verständnis der dem Asylsuchenden zustehenden Verfahrensrechte notwendig erscheint. Zu beachten ist dabei, dass bereits das Asylverfahren an sich ein besonderes (beschleunigtes) Verwaltungsverfahren darstellt, da es in vielen Punkten vom VwVG⁸⁴ abweicht.

So finden insbesondere die Bestimmungen über den Fristenstillstand (Art. 22a VwVG) keine Anwendung (Art. 17 Abs. 1 AsylG) und das AsylG kennt für die jeweiligen Behandlungskategorien nach Art. 32–41 AsylG und für das Flughafenverfahren (Art. 22 f. AsylG) spezielle Behandlungsfristen⁸⁵. Auch für das anschliessende Beschwerdeverfahren sieht das AsylG spezielle Beschwerde- (Art. 108a AsylG) und Behandlungsfristen (Art. 109 AsylG) vor.

a) Reguläres Verfahren

Der dritte Abschnitt des Asylgesetzes regelt das „erstinstanzliche Asylverfahren“. Dabei gehen die Art. 26 ff. AsylG vom Regelfall aus, dass das **Verfahren in der Schweiz** stattfindet (Inlandverfahren). Dies setzt die vorgängige Einreise voraus. Das Asylverfahren lässt sich danach in folgende **Verfahrensabschnitte** unterteilen:

- Mit der Stellung eines **Asylgesuches** (Art. 18 AsylG) wird das Asylverfahren eingeleitet. Befindet sich der Asylsuchende noch nicht in der Schweiz, muss zunächst über seine **Einreise** entschieden werden (Art. 20 und 21 AsylG).

Das Asylgesetz geht implizit vom „Normalfall“ aus, dass Asylgesuche an irgendeinem geöffneten **Grenzübergang** gestellt werden (Art. 19 Abs. 1 und Art. 21 AsylG)⁸⁶. In diesem Fall setzt die Aufnahme des Asylverfahrens zunächst die Erteilung einer Einreisebewilligung voraus. De facto werden die meisten Gesuche aber von Ausländern gestellt, die sich bereits in der Schweiz befinden.

len“ zu verstehen, die von den Empfangsstellen in besonderen Situationen zusätzlich geführt werden können.

⁸³ Vgl. *Alberto Achermann/Christina Hausammann*, Handbuch des Asylrechts, 1991, 209.

⁸⁴ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021).

⁸⁵ S. u. D.III.8.

⁸⁶ *Walter Kälin*, Grundriss des Asylverfahrens, 1990, 249.

- Nach Einreichung des Gesuches und bewilligter Einreise haben sich die Asylsuchenden in einer der vier **Empfangsstellen** zu melden (Art. 8 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 3 AsylV 1).

In den Empfangsstellen werden die Asylsuchenden über den weiteren Verfahrensablauf und ihre Rechte und Pflichten informiert. Daneben findet eine Identifikation, Registrierung und erkenntungsdienstliche Behandlung statt und es werden grenzsanitarische Massnahmen angeordnet. Zudem wird in der Empfangsstelle eine erste **summarische Befragung** zum Reiseweg und zu den Fluchtgründen durchgeführt (Art. 26 AsylG). In der Praxis kommt dieser summarischen Befragung in der Empfangsstelle eine entscheidende Rolle zu. Sie bildet Grundlage für die weitere Steuerung des Verfahrens und der Triage in die einzelnen Behandlungskategorien⁸⁷. Das Protokoll der Befragung kann dazu verwendet werden, Widersprüche zu späteren Befragungen festzustellen, was zumindest Rückwirkungen auf die Glaubwürdigkeit entfalten kann⁸⁸. Zudem soll die Befragung Aufschluss geben, ob ein Gesuch allenfalls schon während des Aufenthalts in der Empfangsstelle formell oder materiell abschliessend behandelt werden kann⁸⁹. Die summarische Befragung in der Empfangsstelle ist grundsätzlich zwingend⁹⁰. Jede vorgeladene Person muss bei der Befragung anwesend sein. Unentschuldigtes Fernbleiben bedeutet eine Verletzung der Mitwirkungspflicht⁹¹. Ebenfalls in den Empfangsstellen wird über die Zuweisung an die Kantone entschieden (Art. 27 AsylG)⁹².

- Auf die summarische Befragung zum Reiseweg und den Fluchtgründen folgt eine ausführliche **Anhörung zu den Asylgründen** (Art. 29 f. AsylG). Die Anhörung findet in der Regel bereits in den Empfangsstellen statt (Art. 29 Abs. 1 lit. a AsylG) oder dann innerhalb von 20 Tagen seit der Zuweisung in die Kantone (Art. 29 Abs. 1 lit. b AsylG). Zuständig ist das Bundesamt für Migration (BFM) (Art. 29 Abs. 1 AsylG), wobei eine Delegation an die kantonalen Behörden zulässig ist (Art. 29 Abs. 4 AsylG).
- Das *BFM* prüft anschliessend an die Anhörung die formellen und materiellen Voraussetzungen zur Asylgewährung und trifft einen **erstinstanzlichen Asylentscheid** nach den Art. 32 ff. AsylG (Nichteintretensentscheide) oder nach den Art. 38–41 AsylG (Gewährung vorübergehenden Schutzes, Asylgewährung oder Asylverweigerung).

Bei einem negativem Entscheid oder einem Nichteintretensentscheid erfolgt anschliessend die Prüfung, ob allenfalls eine vorläufige Aufnahme in Frage kommt (Art. 44 AsylG).

⁸⁷ Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 83), 262, 264, 271 ff. Es findet eine Vorauswahl/Identitätstriage aufgrund der Befragungsprotokolle statt.

⁸⁸ Vgl. zur Kritik Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 83), 263 f.

⁸⁹ *BFM*, Handbuch, Kap. B §1 (Stand 1.1.2008), 3, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0004.File.tmp/Kap._B__1_d.pdf (besucht am 18.3.2008).

⁹⁰ Auf die summarische Befragung kann zugunsten einer direkten Anhörung nach Art. 29 AsylG verzichtet werden (vgl. Art. 19 Abs. 2 Satz 3 AsylV 1). Eine direkte Anhörung soll in besonderen Konstellationen, wie z.B. beim Familiennachzug, zu einer Verfahrensbeschleunigung führen (vgl. Ausführungsbestimmungen zur Teilrevision Asylgesetz vom 16. Dezember 2006, Bericht zur Änderung der Asylverordnungen 1, 2 und 3 sowie der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen [VVWA], 7).

⁹¹ *BFM*, Handbuch, Kap. B §1 (Fn. 89), 3.

⁹² Vgl. zum Ablauf des Verfahrens in den Empfangsstellen allgemein *Stgier Ursina*, Rechtsschutzdefizite im Empfangsstellenverfahren, ASYL 2000/3, 25, 25 f.

b) Besondere Verfahren

Das Asylgesetz kennt keinen eigenen Abschnitt zu besonderen Verfahren. Trotzdem lassen sich anhand verschiedener Unterscheidungsmerkmale besondere Verfahrensvorschriften erkennen:

- Nach der **Person** des Asylgesuchstellers lassen sich besondere Verfahrensvorschriften für *unbegleitete Minderjährige* unterscheiden. Es handelt sich dabei aber nicht um ein besonderes Verfahren, sondern um spezielle Vorschriften für eine bestimmte Personengruppe⁹³.
- Nach dem **Ort der Gesuchseinreichung** kann zwischen der Gesuchseinreichung an der *Grenze*, am *Flughafen*, im *Ausland* oder im *Inland* unterschieden werden⁹⁴.
- Nach der **Art des in Frage stehenden Entscheides** fällt auf, dass sowohl für *Nichteintretensentscheide* (Art. 32 ff. AsylG) als auch bei *Entscheiden ohne weitere Abklärungen* (Art. 38–40 AsylG) spezielle Verfahrensvorschriften gelten.

aa) Das Flughafenverfahren insbesondere

Bei internationalen Flughäfen handelt es sich um Grenzübergänge⁹⁵. Wird ein Asylgesuch an einem Flughafen gestellt, gelten gegenüber der Gesuchstellung an einem normalen Grenzübergang die Sonderbestimmungen von **Art. 22 und 23 AsylG**⁹⁶. Diese Vorschriften wurden anlässlich der Teilrevision vom 16. Dezember 2005 geändert; sie sollen es ermöglichen, am Flughafen ein **vollwertiges Asylverfahren** durchzuführen⁹⁷. Im Einzelnen können zwei Verfahrensabschnitte unterschieden werden: Zunächst ist innert zwei Tagen über die **Einreise** des Gesuchstellers zu entscheiden (vgl. Art. 22 Abs. 1, 2 und 4 AsylG). Je nach Ergebnis dieses Entscheids wird das Verfahren anschliessend im **Flughafen** (Art. 23 AsylG) oder aber im Inland (in den Kantonen, Art. 23 Abs. 2 AsylG) fortgesetzt. Das Verfahren im Flughafen ist allerdings dem Asylverfahren im Inland weitgehend gleichwertig:

⁹³ S. u. D.IV.

⁹⁴ S. u. D.II.1.

⁹⁵ Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 83), 245.

⁹⁶ Mit der neuen Bestimmung von Art. 11a AsylV 1 wird die Ausführungsregelung zum Flughafenverfahren von jener zur Gesuchseinreichung an der Grenze getrennt. Art. 12 AsylV 1 regelt die Zuständigkeiten und Modalitäten betreffend Aufenthalt und Unterkunft im Flughafen. Vgl. zum Flughafenverfahren ebenfalls *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.4.

⁹⁷ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 4. September 2002, BB1 2002 6845, 6880; vgl. insbesondere die Zuweisungskompetenz in Art. 22 Abs. 6 AsylG und die Entscheidkompetenz in Art. 23 Abs. 1 AsylG. Zum Flughafenverfahren vor der erwähnten Revision vgl. *Lang Walter*, Das Flughafenverfahren, ASYL 2000/3, 3 ff. sowie *Stöckli Walter*, Asylgesuche am Flughafen – Praxisübersicht und Gedanken zum Verfahren, ASYL 1996/4, 103 ff.

- So kann das *BFM* grundsätzlich alle **Entscheide** treffen, wie dies auch im Inlandverfahren möglich ist (Art. 23 AsylG). Neben Nichteintretensentscheiden (Art. 23 Abs. 1 lit. b AsylG) können auch materielle Entscheide (Art. 23 Abs. 1 lit. a AsylG) getroffen werden. Steht allerdings ein positiver Entscheid in Aussicht, wird dem Asylsuchenden (nachträglich) die Einreise bewilligt und der Asylentscheid folgt im Inland⁹⁸.
- Ferner richtet sich das Verfahren weitgehend nach denselben Bestimmungen, wie sie für das Asylverfahren im Inland gelten (Art. 22 Abs. 6 Satz 2 AsylG): So steht den Asylsuchenden am Flughafen dasselbe **Anhörungsrecht** wie im Inlandverfahren zu (Art. 29–30 AsylG)⁹⁹. Weiter kommen auch bei Nichteintretensentscheiden dieselben **Verfahrensgarantien** wie im Inlandverfahren zur Anwendung (Art. 36–37 AsylG)¹⁰⁰.

bb) Die Nichteintretensentscheide insbesondere

Ein Asylgesuch kann nicht nur durch einen materiellen Entscheid, sondern auch durch einen Nichteintretensentscheid erledigt werden. Ein Nichteintretensentscheid bewirkt, dass die **Flüchtlingseigenschaft materiell nicht geprüft** wird. Neben den allgemeinen Nichteintretensgründen aufgrund fehlender Prozessvoraussetzungen kennt das AsylG besondere Nichteintretenstatbestände in den Art. 32 ff. AsylG.

Die speziellen Nichteintretenstatbestände der Art. 32 ff. AsylG zeichnen sich durch ihre Komplexität aus. So finden sich neben „harten“ Nichteintretenstatbeständen ohne Schutzklauseln¹⁰¹ auch „weiche“ Nichteintretenstatbestände mit Schutzklauseln.

Bei Nichteintretenstatbeständen ohne Schutzklauseln werden allfällige Hinweise auf eine Verfolgung nicht überprüft und der Asylsuchende erhält keine Möglichkeit, seine materielle Flüchtlingseigenschaft nachzuweisen. In diesen Fällen wird das Verhalten des Asylsuchenden als so gravierend angesehen, dass er nicht von einer Schutzklausel profitieren soll. Dies ist insbesondere bei der Identitätstäuschung (Art. 32 Abs. 2 lit. b AsylG) und bei grober und schuldhafter Verletzung der Mitwirkungspflicht (Art. 32 Abs. 2 lit. c AsylG) der Fall. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass diese Nichteintretenstatbestände restriktiv zu interpretieren sind¹⁰².

Die Schutzklauseln von Art. 32 Abs. 3 lit. a–c AsylG für die „Papierlosenbestimmung“ (Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG) und Art. 34 Abs. 3 lit. b AsylG für die Drittstaatenregelung sollen dagegen garantieren, dass keinem (potentiellen) echten Flüchtling eine materielle Prüfung seiner Flüchtlingseigenschaft verwehrt wird. Auch wenn das Vorliegen eines Nichteintretenstatbestandes nach Art. 32 Abs. 2 lit. a oder Art. 34 Abs. 2 AsylG eine Vermutung zu begründen vermag, der betreffende Asylsuchende erfülle die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG nicht, kann Letzterer immer noch den „Beweis des Gegenteils“¹⁰³ erbringen, was den entsprechenden Ausnahmebestimmungen (Schutzklauseln) entspricht.

⁹⁸ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6882 f.

⁹⁹ Hierzu unten D.III.4.

¹⁰⁰ Hierzu unten D.III.7.b), c).

¹⁰¹ *EMARK* 2003 Nr. 27 E. 4a.

¹⁰² Vgl. *EMARK* 2003 Nr. 27 E. 4a; 1997 Nr. 9, 67 m.w.H.

¹⁰³ So *EMARK* 2006 Nr. 33 E. 6.5 zum Nichteintretensgrund von Art. 32 Abs. 2 lit. f AsylG; vgl. dazu auch *Bolz Susanne/Buchmann Katharina*, Die Rechtsprechung der Schweizerischen Asylrekurskommission im Jahre 2006, *ASYL* 2007/2, 18, 26 ff.

Bei anderen Nichteintretenstatbeständen (vgl. Art. 32 Abs. 2 lit. e und f, Art. 33 Abs. 3 lit. b, Art. 34 Abs. 3 lit. c AsylG) ist das Fehlen von Hinweisen auf Verfolgung oder auf Begründung der Flüchtlingseigenschaft bereits (negatives) Tatbestandselement.

Das diesen Bestimmungen zugrundeliegende Regelungskonzept führt dazu, dass bereits im Rahmen von Nichteintretensentscheiden Fragen der Schutzbedürftigkeit abzuklären sind. Damit lassen sich aber *Nichteintretensentscheide* in der Praxis oft nicht mehr klar von *Abweisungsentscheiden* abgrenzen¹⁰⁴.

Ziel der besonderen Nichteintretenstatbestände von Art. 32 ff. AsylG ist neben der Bekämpfung von Missbräuchen die Beschleunigung des Asylverfahrens. Diesem Anliegen tragen Art. 36 und 37 AsylG Rechnung. So regelt Art. 36 AsylG die Fälle, in welchen auf eine eingehende persönliche Anhörung nach Art. 29 f. AsylG verzichtet werden kann; vorbehalten bleibt allerdings die Gewährung des rechtlichen Gehörs¹⁰⁵. Nach Art. 37 Abs. 1 AsylG sind Nichteintretensentscheide innerhalb einer zehntägigen Ordnungsfrist zu treffen. Eine summarische Begründung der Entscheidungen genügt. Die Beschränkung der Beschwerdefrist gegen Nichteintretensentscheide auf fünf Tage (Art. 108 Abs. 2 AsylG) sowie weitere Vorschriften betreffend die Behandlungs- und Verfahrensfristen von Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide (Art. 109 Abs. 1 und 2 und Art. 110 AsylG) tragen ihrerseits zur Beschleunigung der Verfahren bei.

II. Verfahrensmaximen

1. Zuständigkeit

a) Entscheid über die Gewährung oder Verweigerung des Asyls

Gemäss Art. 6a Abs. 1 AsylG entscheidet das **Bundesamt für Migration (BFM)** über die Gewährung oder Verweigerung des Asyls; in die Zuständigkeit des Bundesamts fallen auch Nichteintretensentscheide¹⁰⁶. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, wo der Asylsuchende sein Gesuch eingereicht hat¹⁰⁷ und wo er sich zum Zeitpunkt des Entscheids befindet. Die Zuständigkeit ist Eintretensvoraussetzung und wird von Amtes wegen geprüft.

b) Andere Entscheide und Verfahrenshandlungen

Von der Zuständigkeit zum Asylentscheid zu unterscheiden sind die Zuständigkeiten für andere im Vorfeld und während des Verfahrens zu treffende Entscheide sowie für

¹⁰⁴ Vgl. insbesondere zu Art. 32 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 AsylG BVGE 2007/8 sowie dazu unten D.II.2.b).

¹⁰⁵ S. u. D.III.7.b).

¹⁰⁶ Allerdings kann das *EJPD* gemäss Art. 31 AsylG im Einverständnis mit den Kantonen festlegen, dass kantonale Beamtinnen und Beamte unter der Leitung des *BFM* Entscheide nach den Art. 32–35 (Nichteintretensentscheide) sowie Art. 38–40 (Entscheide ohne weitere Abklärungen) zuhanden des *BFM* vorbereiten.

¹⁰⁷ Im Gegensatz zu den meisten Verwaltungsverfahren fallen die Zuständigkeit zur Gesuchseinreichung und die Entscheidzuständigkeit nicht zusammen.

die Vornahme von Verfahrenshandlungen. Diese Zuständigkeiten hängen insbesondere davon ab, wo der Asylsuchende sein Gesuch eingereicht hat und welche Vorschriften für das Verfahren zur Anwendung gelangen.

aa) Bei Gesuchseinreichung an der Grenze

Gelangt ein Gesuchsteller mit dem Begehren um Schutz vor Verfolgung an einen Grenzposten, so muss dieser das Gesuch entgegennehmen und in jedem Fall dem **BFM** zum Entscheid über die **Bewilligung der Einreise** unterbreiten¹⁰⁸. Die Gesuchsstellung am Flughafen fällt ebenfalls unter diese Kategorie. Es gelten jedoch Sonderbestimmungen¹⁰⁹.

Wird die Einreise verweigert verbleibt der Asylsuchende im Nachbarstaat, wo sich seine Rechtsstellung aus den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften ergibt¹¹⁰. Es verbleibt ihm die Möglichkeit, das Asylgesuch im Ausland bei einer Schweizer Vertretung zu stellen¹¹¹.

Bei Bewilligung der Einreise hat sich der Asylsuchende innerhalb von 24 Stunden bei einer **Empfangsstelle** zu melden (Art. 11 Abs. 3 AsylV 1) und sich dort den Behörden zur Verfügung zu halten (Art. 16 Abs. 1 AsylV 1)¹¹². Die Dauer des Aufenthalts in den Empfangsstellen beträgt höchstens 60 Tage; sie kann bei triftigen Gründen um einige Tage verlängert werden (Art. 16 Abs. 2 AsylV 1)¹¹³. Die Empfangsstelle erhebt die **Personalien**, erstellt in der Regel **Fingerabdruckbögen** und **Fotografien** und kann – falls notwendig – weitere **biometrische Daten** erheben (Art. 26 Abs. 2 AsylG). Der Gesuchsteller wird summarisch zum Reiseweg und zu den Fluchtgründen **befragt**. Bereits während des Aufenthalts in der Empfangsstelle kann das **BFM** formelle oder materielle Asylentscheide treffen¹¹⁴.

Nach dem Aufenthalt in den Empfangsstellen werden die Asylsuchenden auf die Kantone („**Zuweisungskantone**“) verteilt (Art. 27 Abs. 1 AsylG)¹¹⁵. Über die Verteilung entscheidet das **BFM** gestützt auf einen in Art. 21 AsylV 1 festgelegten Schlüssel, wobei auf die schützenswerten Interessen der Kantone und der Gesuchsteller¹¹⁶ Rücksicht zu nehmen ist (Art. 27 Abs. 3 AsylG).

Nach der Zuweisung an die Kantone und der entsprechenden Unterbringung hört das **BFM** die Asylsuchenden zu ihren Asylgründen innerhalb von 20 Tagen förmlich

¹⁰⁸ Kälin, Asylverfahren (Fn. 86), 250.

¹⁰⁹ S. u. D.II.1.b)dd).

¹¹⁰ Kälin, Asylverfahren (Fn. 86), 251.

¹¹¹ Stöckli, ASYL 1996/4 (Fn. 97), 105. S. u. D.II.1.b)bb).

¹¹² Für die Führung der *Empfangsstellen* ist das **BFM** verantwortlich (Art. 26 Abs. 1 AsylG). Zur Sicherstellung des Betriebs der Empfangsstelle können Dritte mit hoheitlichen Aufgaben beauftragt werden (Art. 17 AsylV 1). Die Hausordnung wird vom *EJPD* erlassen (Art. 26 Abs. 3 AsylG i.V.m. Art. 18 AsylV 1); vgl. die Verordnung des *EJPD* zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich vom 24. November 2007 (SR 142.311.23).

¹¹³ S. u. D.III.8.b).

¹¹⁴ S. u. D.III.8.b). Vgl. auch **BFM**, Handbuch, Kap. B §1 (Fn. 89), 4 ff.; Stigier, ASYL 2000/3 (Fn. 92), 27.

¹¹⁵ Keine Zuweisung wird für jene Person vorgenommen, auf deren Gesuch in der Empfangsstelle nicht eingetreten worden ist (Art. 27 Abs. 4 AsylG).

¹¹⁶ Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 83), 266; insbesondere Berücksichtigung des Grundsatzes der „Einheit der Familie“ und von Art. 8 EMRK.

an¹¹⁷, falls dies nicht bereits vorgängig in den Empfangsstellen geschehen ist (Art. 29 Abs. 1 lit. a und b AsylG). Wo dies zu einer erheblichen Beschleunigung des Verfahrens führt, kann mit der Anhörung der Asylsuchenden auch eine **kantonale Behörde** beauftragt werden (Art. 29 Abs. 4 AsylG), welche die Asylentscheide zuhanden des *BFM* vorbereitet. Dabei ist die kantonale Behörde in fachlicher Hinsicht an die Anordnungen des Bundesamtes gebunden (Art. 27 AsylV 1). Kann über das Gesuch nicht nach den Bestimmungen von Art. 38–40 AsylG entschieden werden, trifft das *BFM* zusätzliche Abklärungen. Es kann hierzu bei den schweizerischen Vertretungen Auskünfte einholen, Asylsuchende ergänzend anhören oder ihnen durch die kantonale Behörde Ergänzungsfragen stellen lassen (Art. 41 Abs. 1 AsylG)¹¹⁸.

Das Resultat der förmlichen Anhörung gemäss Art. 29 AsylG bestimmt, welchen weiteren Verlauf das Verfahren nimmt¹¹⁹ und welcher Behandlungskategorie¹²⁰ das fragliche Gesuch zugeteilt wird, denn die Triage setzt voraus, dass der entscheid-erhebliche Sachverhalt, insbesondere hinsichtlich der Flüchtlingseigenschaft, vollständig erhoben worden ist. An der Begründetheit bzw. Unbegründetheit eines Asylgesuches dürfen keine vernünftigen Zweifel mehr bestehen, wobei sich die Begründetheit oder Unbegründetheit nach den allgemeinen Beweisregeln von Art. 7 AsylG bestimmt¹²¹. In der Praxis ist für die Triage jedoch bereits die erste summarische Befragung in den Empfangsstellen (Art. 26 Abs. 2 AsylG) massgebend¹²².

Das Gesetz sieht in der Folge mehrere Verfahrenskategorien vor¹²³: Nichteintretensentscheid gemäss Art. 32–35a AsylG, Ablehnung des Gesuchs ohne weitere Abklärungen gemäss Art. 40 AsylG, Gewährung des Asyls ohne weitere Abklärungen gemäss Art. 38 AsylG, Gewährung des vorübergehenden Schutzes ohne weitere Abklärungen gemäss Art. 39 AsylG¹²⁴ sowie der materielle Asylentscheid nach weiteren Abklärungen gemäss Art. 41 AsylG. Der Entscheid über die Verfahrensart in den Fällen von Art. 32–35a und Art. 38–40 AsylG erfolgt nicht in Form eines förmlichen Zwischenentseides¹²⁵. Vielmehr wird im Anschluss an die Anhörung der Endentscheid gefällt, dem sich entnehmen lässt, welchen Verlauf das Verfahren genommen hat¹²⁶. Beim Verfahren nach Art. 41 AsylG wiederum lässt sich den verfahrenslei-

¹¹⁷ Zur Anhörung unten D.III.4.

¹¹⁸ Zum Ganzen noch unten D.III.7.

¹¹⁹ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 254.

¹²⁰ Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Stand 1.1.2008), 1 ff., im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0019.File.tmp/Kap._F_2_d.pdf (besucht am 18.3.2008).

¹²¹ *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 3; s. auch noch unten D.II.2.

¹²² *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 262. Dem Verfahren an den Empfangsstellen und insbesondere der dort vorgenommenen ersten Befragung kommt somit innerhalb des Asylverfahrens eine zentrale Position zu (vgl. *Stgier*, ASYL 2000/3 [Fn. 92], 25).

¹²³ Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 3.

¹²⁴ Zum Begriff s. den Beitrag *Kälin/Schrepfer* (in diesem Band); diese Kategorie wird in der Folge nicht weiter behandelt.

¹²⁵ *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 3.

¹²⁶ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 254.

tenden Beweisverfügungen entnehmen, dass der entscheidende Sachverhalt weiterer Abklärungen bedurfte¹²⁷.

bb) Bei Gesuchseinreichung im Ausland

Asylgesuche können auch im Ausland bei einer **schweizerischen Vertretung** (Botschaft oder Konsulat) gestellt werden (Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 AsylG)¹²⁸. Der Gesuchsteller wird durch die Vertretung zu den Asylgründen befragt oder – wo dies nicht möglich ist – aufgefordert, die Asylgründe schriftlich festzuhalten (Art. 10 Abs. 1 und 2 AsylV 1). Das **BFM** entscheidet in der Folge aufgrund des von der Vertretung zugesandten Befragungsprotokolls oder des schriftlich begründeten Asylgesuchs sowie weiterer zweckdienlicher Unterlagen und des ergänzenden Berichts der Vertretung über das Gesuch (Art. 20 Abs. 1 AsylG i.V.m. Art. 10 Abs. 3 AsylV 1). Sind weitere Abklärungen notwendig, klärt das Bundesamt den Sachverhalt durch Vermittlung der zuständigen schweizerischen Vertretung ab (Art. 41 Abs. 2 AsylG).

Ist es dem Gesuchsteller nicht zumutbar, während der Sachverhaltsabklärung im Wohnsitz- oder Aufenthaltsstaat zu bleiben oder in ein anderes Land auszureisen, kann ihm das **BFM** die **Einreise** in die Schweiz zur Abklärung des Sachverhalts bewilligen (Art. 20 Abs. 2 AsylG). Ferner kann das **EJPD** schweizerische Vertretungen ermächtigen, Asylsuchenden, die eine unmittelbare Gefahr für Leib und Leben oder für die Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG glaubhaft machen, die Einreise zu bewilligen (Art. 20 Abs. 3 AsylG). Das weitere Verfahren richtet sich in diesen Fällen nach den unter lit. aa hiavor beschriebenen Grundsätzen.

cc) Bei Gesuchseinreichung im Inland

Alle Asylsuchende, die (auf rechtmässigem oder rechtswidrigen Weg) in die Schweiz eingereist sind, ohne sich an einem geöffneten Grenzübergang gemeldet zu haben, sind in der Regel verpflichtet, sich direkt bei einer der vier **Empfangsstellen** zu melden (Art. 19 Abs. 1 AsylG). Melden sie sich bei einer anderen Behörde, sind sie von dieser unter gleichzeitiger Benachrichtigung einer der vier Empfangsstellen zuzuweisen (Art. 8 Abs. 1 lit. b AsylV 1). Die Asylsuchenden haben sich in der Folge spätestens im Verlauf des folgenden Arbeitstages dort zu melden (Art. 8 Abs. 2 AsylV 1). Vor diesem Hintergrund vermag grundsätzlich auch eine illegale Einreise die Einreichung eines Asylgesuches nicht auszuschliessen¹²⁹. Einzig, wenn kantonale Polizeiorgane im grenznahen Raum eine Person anhalten, die illegal in die Schweiz einreist und um Asyl nachsuchen will, findet – unter Vorbehalt von Art. 24 Abs. 2 AsylG – eine Überstellung an die zuständigen Behörden des Nachbarstaates statt (Art. 24 Abs. 1 AsylG)¹³⁰. In diesem Fall haben die Polizeiorgane den Asylsuchenden

¹²⁷ *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 3.

¹²⁸ Vgl. zum Ganzen *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.1.2.4.

¹²⁹ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 249.

¹³⁰ Im Rahmen der Nachbesserungen der Umsetzung der Schengen- und Dublinassozierungsabkommen soll Art. 24 AsylG gestrichen werden. Neu sollen auch im grenznahen Raum aufgegriffene Personen einer Empfangsstelle zugewiesen werden (vgl. Art. 21 Abs. 1 E-AsylG). Eine Überstellung an die zuständigen Behörden des Nachbarstaates findet nicht mehr statt. Vgl. zum Ganzen Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung

den zu informieren, wo er sein Gesuch einreichen kann (Art. 24 Abs. 1 AsylG). Dabei ist der Begriff der Anhaltung im grenznahen Raum bei rechtswidriger Einreise restriktiv auszulegen¹³¹: So ist das Gebiet auf eine Zone von einigen hundert Metern bis einigen Kilometern zu begrenzen und zeitlich muss ein klarer Zusammenhang zwischen Einreise und Anhaltung bestehen¹³².

Als in die Schweiz eingereist gilt, wer das Schweizer Territorium betreten, d.h. die politische Landesgrenze überschritten hat. Liegt nun aber ein offizieller Grenzposten innerhalb oder, wie bei einer Gemeinschaftsanlage möglich, ausserhalb der politischen Grenze, so liegt der wesentliche Gesichtspunkt für die Einreise beim Passieren des Grenzpostens. Die Einreise erfolgt erst beim Passieren des Grenzpostens oder der Umgehung der Grenzkontrolle; erst ab diesem Zeitpunkt kann es sich um eine gemäss Art. 115 AuG¹³³ (Art. 23 aANAG¹³⁴) rechtswidrige Einreise handeln. Dasselbe gilt für die Einreise auf dem Luftweg. Auch in diesem Fall betritt der Ausländer die Schweiz erst nach der Passkontrolle¹³⁵. Zudem stellt die Überführung des Asylsuchenden vom Transitraum i.e.S. in das Gefängnis des Flughafens, welches auf dem Gelände des Flughafens steht, keine Einreise dar¹³⁶. Als rechtmässig eingereiste Ausländer ohne kantonale Anwesenheitsbewilligung gelten Touristen, Geschäftsreisende, Künstler, Sportler, Studenten usw., welche die Grenzkontrolle ordnungsgemäss durchlaufen und die Schweiz auch nicht über die „grüne“ Grenze betreten haben¹³⁷.

Vorbehalten bleiben Ausländer, die sich mit einer kantonalen Anwesenheitsbewilligung in der Schweiz befinden; diese können u.U. aufgrund sogenannter **Nachfluchtgründe** zu „*réfugiés sur place*“ werden¹³⁸. Sie haben das Asylgesuch an die Behörde, in der Regel die Fremdenpolizei, des betreffenden Kantons zu stellen (Art. 19 Abs. 2 AsylG). Der bisherige Aufenthaltskanton bleibt für die Dauer des Asylverfahrens zuständig¹³⁹. Weitere Sonderfälle, in denen das Gesuch direkt an die kantonale Behörde zu stellen ist, bilden Personen im Strafvollzug¹⁴⁰ und Kinder unter 14 Jah-

des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme des Schengener Grenzkodex [Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands] und zu den Änderungen im Ausländer- und Asylrecht zur vollständigen Umsetzung des bereits übernommenen Schengen- und Dublin-Besitzstands [Ergänzungen] vom 24. Oktober 2007, BBl 2007 7937, 7967. Der Ständerat als Erstrat behandelte die Vorlage in der Frühjahrssession 2008. Vgl. auch den Beitrag von *Kaddous/Vicente* in diesem Band.

¹³¹ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 250.

¹³² Botschaft zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren (AVB) und zu einem Bundesgesetz über die Schaffung eines Bundesamtes für Flüchtlinge, BBl 1990 II 630; vgl. zum Ganzen auch *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.1.1.2.

¹³³ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG; SR 142.20).

¹³⁴ Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG), abgelöst am 1.1.2008 durch das AuG.

¹³⁵ Vgl. BGE 119 IV 164, 166 E. 2b.

¹³⁶ *EMARK* 1998 Nr. 30 E. 6b.

¹³⁷ Vgl. *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 250.

¹³⁸ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 250; vgl. zu den Nachfluchtgründen *Epiney/Waldmann/Egbuna-Joss/Oeschger*, Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und schweizerischen Recht, Ein Vergleich unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens, Jusletter 26. Mai 2008, Rz. 142.

¹³⁹ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 250; vgl. auch *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.1.1.5.

¹⁴⁰ Vgl. dazu *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.1.1.4.

ren, die ihren Eltern in die Schweiz nachreisen¹⁴¹ (Art. 8 Abs. 3–4 und Art. 9 AsylV 1).

dd) Bei Gesuchseinreichung am Flughafen

Da der Asylsuchende am Flughafen grundsätzlich kein Recht darauf hat, sich bis zum Abschluss des Asylverfahrens in der Schweiz aufzuhalten¹⁴², wird zuerst geprüft, ob die Voraussetzungen für eine **Bewilligung zur Einreise** in die Schweiz zur Durchführung eines Asylverfahrens erfüllt sind¹⁴³; denn Personen, die ihr Asylgesuch am Flughafen stellen, gelten als noch nicht eingereist¹⁴⁴. Die Voraussetzungen zur Bewilligung der Einreise bestimmen sich nach Art. 21 AsylG¹⁴⁵ und Art. 11a AsylV 1¹⁴⁶. Zuständig für die Bewilligung der Einreise ist das **BFM**¹⁴⁷.

Die zuständige kantonale Behörde (Art. 22 Abs. 1 AsylG) – in der Regel die Flughafenpolizei – übernimmt die Aufgaben einer Empfangsstelle gemäss Art. 26 Abs. 2 AsylG mit dem Unterschied, dass die Erhebung der personenbezogenen Daten und die summarische Befragung noch vor der Einreise stattfinden¹⁴⁸.

- Ist aufgrund der ersten summarischen Befragung voraussichtlich ein positiver Entscheid zu fällen, wird die **Einreise bewilligt** (Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 AsylG¹⁴⁹ und der Asylsuchende wird vom Bundesamt direkt, d.h. ohne Mel-

¹⁴¹ Vgl. dazu *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.1.1.3.

¹⁴² Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6880.

¹⁴³ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6880; *Niederöst* spricht von einem Vorverfahren, indem über die Einreisebewilligung und damit über den Zugang zum Asylverfahren entschieden wird (vgl. *Niederöst Peter*, Rechtsschutzdefizite im Flughafenverfahren, ASYL 2000/3, 18, 18).

¹⁴⁴ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6881; vgl. Fn. 135, 136.

¹⁴⁵ Im Rahmen der Nachbesserungen zur Umsetzung des Schengen- und Dublinassoziierungsabkommens werden die Voraussetzungen der Einreise am Flughafen neu geregelt (vgl. Art. 22 Abs. 1, 1^{bis}, 1^{ter}, 2 und 2^{bis} E-AsylG). Art. 21 AsylG wird künftig einzig die Gesuchseinreichung an der Grenze oder im Inland behandeln. Vgl. zum Ganzen Botschaft zur Weiterentwicklung und Ergänzung des Schengen- und Dublin-Besitzstands (Fn. 130), 7964 ff.

¹⁴⁶ S. o. D.II.2.b)aa).

¹⁴⁷ *Lang*, ASYL 2000/3 (Fn. 97), 5; *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.4.2.

¹⁴⁸ Art. 26 AsylG befindet sich unter dem Abschnitt „Das erstinstanzliche Asylverfahren“, während es beim Flughafenverfahren noch um die Frage der Einreisebewilligung bzw. -verweigerung geht. Bei Art. 22 Abs. 1 AsylG handelt es sich in Bezug auf die Erhebung weiterer biometrischer Daten und die summarische Befragung zum Reiseweg und den Fluchtgründen um eine Kann-Vorschrift (vgl. dazu die Empfehlung des *UNHCR*, in: *UNHCR*, Stellungnahme zur Teilrevision des Asylgesetzes, 2007, 15).

¹⁴⁹ Im Rahmen der Nachbesserungen zur Umsetzung des Schengen- und Dublinassoziierungsabkommens soll neu die Einreise grundsätzlich nur noch bewilligt werden, wenn die Schweiz zur Behandlung des Asylgesuches nach den Kriterien der Dublin-Verordnung zuständig ist. Die Zuständigkeit prüft das *BFM* von Amtes wegen (Art. 22 Abs. 1^{bis} E-AsylG). Kann der Gesuchsteller in ein anderes Dublin-Land gebracht werden, so wird i.d.R. ein Nichteintretensentscheid nach Art. 34 Abs. 2 lit. d AsylG gefällt. Im Gegensatz zur heutigen Regelung würde künftig ein Asylsuchender am Flughafen auch dann nicht mehr direkt einreisen können, wenn er die zur Einreise erforderliche

dung in einer Empfangsstelle, einem Kanton zugewiesen (Art. 22 Abs. 6 AsylG), wo das Verfahren (wie bei einer Gesuchseinreichung im Inland) fortgesetzt wird¹⁵⁰. Dasselbe gilt, wenn sich nach der summarischen Erstbefragung herausstellt, dass das Verfahren noch weiterer zeitintensiver Abklärungen bedarf¹⁵¹.

- In den übrigen Fällen, insbesondere beim Vorliegen von Nichteintretensgründen oder einfach begründbaren materiellen Entscheiden, ist die Einreise („vorläufig“¹⁵²) zu **verweigern** (Art. 22 Abs. 2 AsylG)¹⁵³. Mit der Verweigerung der Einreise weist das Bundesamt dem Asylsuchenden einen **Aufenthaltssort** zu (Art. 22 Abs. 3 AsylG). Dieser befindet sich in der Regel in der Transitzone des Flughafens. Neu ist aber auch eine Zuweisung an einen anderen Ort ausserhalb der Transitzone (z.B. in ein Spital oder in ein Ausschaffungsgefängnis¹⁵⁴) möglich (Art. 22 Abs. 5 AsylG), ohne dass dies formell als Einreise in die Schweiz gewertet wird¹⁵⁵; der Betroffene unterliegt also auch in solchen Fällen den Bestimmungen über das Flughafenverfahren, d.h. das Verfahren wird am Flughafen fortgesetzt und durchgeführt. Dieses Verfahren ist dem Asylverfahren im Inland weitestgehend gleichwertig. Die Festhaltung an diesen Orten darf aber insgesamt 60 Tage¹⁵⁶ nicht überschreiten.

Ausweispapiere besitzt (vgl. gegenwärtig Art. 21 Abs. 1 lit. a AsylG). Der Bundesrat kann – um Härtefälle zu vermeiden – bestimmen, in welchen weiteren Fällen die Einreise bewilligt wird (Art. 22 Abs. 2^{bis} E-AsylG). Vgl. zum Ganzen Botschaft zur Weiterentwicklung und Ergänzung des Schengen- und Dublin-Besitzstands (Fn. 130), 7964 ff.

¹⁵⁰ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6880, 6882 f. Mit erfolgreicher Einreise – sei diese bewilligt, faktisch ermöglicht worden oder illegal erfolgt – fällt das Flughafenverfahren eo ipso dahin (*Lang*, ASYL 2000/3 [Fn. 97], 10).

¹⁵¹ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 4852.

¹⁵² Im Moment des Entscheids über die Einreise ist deren Verweigerung immer vorläufiger Natur: Liegt nach 20 Tagen kein Asylentscheid vor oder stellt sich heraus, dass das Asylgesuch gutzuheissen ist, muss der Asylsuchende für die Fortsetzung des Verfahrens einem Kanton zugewiesen werden (Art. 23 Abs. 2 AsylG; vgl. ebenfalls die Referenz in der Überschrift zu Art. 21 AsylV 1); vgl. zum Ganzen auch Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6852 sowie *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG [Stand 1.1.2008], Ziff. 1.4.4.

¹⁵³ Im Rahmen der Nachbesserungen zur Umsetzung des Schengen- und Dublinassoziiierungsabkommens soll Art. 22 Abs. 2 AsylG auf den neuen Art. 22 Abs. 1^{ter} AsylG verweisen (vgl. dazu Botschaft zur Weiterentwicklung und Ergänzung des Schengen- und Dublin-Besitzstands [Fn. 130], 7964 ff. und den Beitrag von *Kaddous/Vicente* in diesem Band).

¹⁵⁴ Vgl. *EMARK* 1998 Nr. 30 E. 6b (Ausschaffungshaft infolge Wegweisungsentscheid): Wird die Ausschaffungshaft in einem ausserhalb des Flughafenareals liegenden Gefängnis vollzogen, gilt dies grundsätzlich nicht als Einreise in die Schweiz. – Nach Ablauf von 60 Tagen (Art. 22 Abs. 5 AsylG) bleibt die Anordnung der Ausschaffungshaft allerdings den Kantonen vorbehalten (vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 [Fn. 97], 6882).

¹⁵⁵ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6881. Zur altrechtlichen Situation vgl. *Lang*, ASYL 2000/3 (Fn. 97), 7.

¹⁵⁶ Diese Frist setzt sich wie folgt zusammen: maximal 20 Tage für den Entscheid (Art. 23 Abs. 2 AsylG), maximal 5 Tage Beschwerdefrist (Art. 108 Abs. 2 AsylG), maximal 5 Tage Behandlungsfrist (Art. 109 Abs. 2 AsylG) sowie rund 30 Tage für Vollzugshandlungen (Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 [Fn. 97], 6852).

c) Funktionelle Zuständigkeit

Gegen die Entscheide des *BFM* kann gemäss Art. 105 AsylG beim **Bundesverwaltungsgericht** nach Massgabe des VGG¹⁵⁷ Beschwerde erhoben werden¹⁵⁸. Darunter fallen insbesondere alle Nichteintretensentscheide oder materiell negativen Endentscheide, welche Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG darstellen (vgl. Art. 31 VGG). Zwischenverfügungen sind dagegen nur im Rahmen von Art. 107 AsylG anfechtbar. Demnach können lediglich Zwischenverfügungen über die Zuweisung der Asylsuchenden an die Kantone (Art. 27 Abs. 3 AsylG i.V.m. Art. 107 Abs. 1 AsylG) sowie – falls sie einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können – vorsorgliche Massnahmen und Sistierungsverfügungen (Art. 107 Abs. 2 AsylG) selbständig angefochten werden.

Wird die Einreise bei der Grenzkontrolle an einem Flughafen verweigert, so geschieht dies mit einer anfechtbaren Verfügung gemäss Art. 22 Abs. 4 AsylG. Anders beurteilte die *ARK*¹⁵⁹ unter der bisherigen Bundesrechtspflege den Fall der Einreiseverweigerung bei Gesuchsstellung an der Grenze¹⁶⁰.

2. Untersuchungsmaxime und Mitwirkungspflichten

a) Untersuchungsmaxime

Für das Asylverfahren als Verwaltungsverfahren gilt die **Untersuchungsmaxime** nach Art. 12 VwVG (vgl. Art. 6 AsylG)¹⁶¹. Dies bedeutet, dass die Vorbringen eines Asylsuchenden soweit wie möglich überprüft werden müssen, falls sie für die Asylgewährung relevant sind¹⁶². Die Behörde hat die Pflicht, den Sachverhalt **von Amtes wegen** objektiv und umfassend abzuklären.

Unabhängig vom Untersuchungsgrundsatz haben Asylsuchende die **Beweislast** zu tragen (Art. 7 AsylG)¹⁶³. Das bedeutet, dass die Gesuchsteller das Risiko der **Beweislosigkeit**¹⁶⁴ zu tragen haben, indem das Gesuch bei Misslingen der Beweisführung abgewiesen wird. Immerhin relativiert die Regel von Art. 7 AsylG, wonach für den Nachweis der Flüchtlingseigenschaft **Glaubhaftmachen** genügt, den Untersuchungsgrundsatz zugunsten des Asylsuchenden, indem die Behörde auch auf Tatsachen abstellen darf, von denen sie nicht völlig überzeugt ist, die sie aber mit über-

¹⁵⁷ Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32).

¹⁵⁸ Zum Beschwerderecht s. den Beitrag von *Kiener/Kuhn* (in diesem Band).

¹⁵⁹ Mit dem Inkrafttreten des VGG wurde die Schweizerische Asylrekurskommission in das Bundesverwaltungsgericht überführt.

¹⁶⁰ Vgl. dazu *EMARK* 2000 Nr. 12 und unten D.III.1.

¹⁶¹ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 291; *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 223.

¹⁶² *BFM*, Handbuch, Kap. E §2 (Stand 1.1.2008), 2, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0018.File.tmp/Kap._E__2_d.pdf (besucht am 18.3.2008).

¹⁶³ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 223.

¹⁶⁴ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 135.

wiegender Wahrscheinlichkeit für gegeben hält¹⁶⁵. Die Behörde muss den Gesuchsteller auch dann als Flüchtling anerkennen, wenn noch gewisse Zweifel bestehen, ob er tatsächlich verfolgt wird¹⁶⁶. Der Untersuchungsgrundsatz erleichtert zudem die **Beweisführungslast**, indem die Behörde es nicht alleine dem Asylsuchenden überlassen darf, den relevanten Sachverhalt selbst nachzuweisen; vielmehr hat sie diesen im Rahmen der Pflicht zur Abklärung des Sachverhaltes von Amtes wegen dabei zu unterstützen¹⁶⁷.

b) Mitwirkungspflichten des Asylsuchenden im Asylverfahren

Weiter wird der Untersuchungsgrundsatz dort relativiert, wo sich für den Gesuchsteller aus dem Gesetz, aus der Natur der Sache oder nach Treu und Glauben **Mitwirkungspflichten** ergeben¹⁶⁸. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Mitwirkungspflichten Asylsuchende erfüllen müssen und welche Folgen bei einer Verletzung dieser Pflichten eintreten.

Die Mitwirkungspflichten des Asylsuchenden werden in **Art. 8 AsylG** ausführlich und in nicht abschliessender Weise geregelt. Diese Bestimmung übernimmt die allgemeine Regel von Art. 13 Abs. 1 VwVG, konkretisiert und verstärkt indes die auferlegten Mitwirkungspflichten wesentlich¹⁶⁹. Der Gesuchsteller muss bei der Ermittlung des Sachverhaltes selbst mitwirken, indem er insbesondere:

- seine **Identität**¹⁷⁰ tatsachengetreu und vollständig offenlegt (Art. 8 Abs. 1 lit. a AsylG) und **Reisepapiere** sowie **Identitätsausweise**¹⁷¹ abgibt (Art. 8 Abs. 1 lit. b AsylG);

Gemäss Art. 2 AsylV 1 hat der Gesuchsteller alle Dokumente abzugeben, insbesondere diejenigen, die über seine Identität, Herkunft und seinen Reiseweg Auskunft geben oder Rückschlüsse darauf erlauben. Art. 10 AsylG schafft die gesetzliche Grundlage zur Sicherstellung und Einziehung von heimatlichen Dokumenten¹⁷².

- bei der Anhörung Auskunft über die Asylgründe erteilt (Art. 8 Abs. 1 lit. c AsylG);

Keine Anhörung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. c AsylG ist die summarische Befragung in den **Empfangsstellen**. Deshalb erstreckt sich die Auskunftspflicht nicht auch auf die dortige Befragung. Allerdings wird unter dem Gesichtspunkt der Glaubwürdigkeit erwartet, dass der Asylsuchende bereits in der Empfangsstelle alle wesentlichen Gründe angibt, die

¹⁶⁵ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 224.

¹⁶⁶ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86) 292.

¹⁶⁷ *Achermann/Hausammann*, Handbuch Kap. E §2 (Fn. 83), 223 f.; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 300 f.; vgl. zum Ganzen *Epiney/Waldmann/Egbuna-Joss/Oeschger*, Jusletter 2008 (Fn. 138), Rz. 107.

¹⁶⁸ *BFM*, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 5.

¹⁶⁹ *BFM*, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 7.

¹⁷⁰ Was unter Identität zu verstehen ist, definiert Art. 1 lit. a AsylV 1.

¹⁷¹ Eine entsprechende Definition findet sich in Art. 1 lit. b und c AsylV 1; vgl. zum Begriff der Identitäts- und Reisepapiere im Rahmen der „Papierlosenbestimmung“ (Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG) auch BVGE 2007/7 E. 6.

¹⁷² Neu ist dies auch von anerkannten Flüchtlingen möglich, was eine Überprüfung einer allfälligen freiwilligen Unterschutzstellung unter die heimatlichen Behörden (Asylwiderufsgrund nach Art. 63 AsylG) ermöglicht (Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 [Fn. 97], 6878).

ihn veranlasst haben, sein Heimatland zu verlassen¹⁷³. Ebenfalls nicht die gleichen Anforderungen gelten für Folteropfer oder schwer traumatisierte Personen¹⁷⁴. Im Übrigen ist im Zusammenhang mit verspätet gemachten Aussagen oder verspätet geltend gemachten Gründen Art. 32 Abs. 2 VwVG zu beachten¹⁷⁵.

- allfällige **Beweismittel** vollständig bezeichnet und sie unverzüglich einreicht oder, soweit dies zumutbar erscheint, sich darum bemüht, sie innerhalb einer angemessenen Frist zu beschaffen (Art. 8 Abs. 1 lit. d AsylG);
Die Beibringung der Beweise darf nur verlangt werden, wenn dies möglich und zumutbar ist. Möglich ist die Beweiserbringung, wenn erfahrungsgemäss für ein fragliches Vorbringen verwertbare Beweise vermutet werden dürfen; zumutbar ist sie, wenn die Beweise in einem bestimmten Land ohne besondere Schwierigkeiten beschafft werden können¹⁷⁶.
- bei der Erhebung der **biometrischen Daten** mitwirkt (Art. 8 Abs. 1 lit. e AsylG)¹⁷⁷;
- für die **Übersetzung** fremdsprachiger Dokumente in eine Amtssprache sorgt (Art. 8 Abs. 2 AsylG);
Ist der Asylsuchende mittellos und daher nicht in der Lage, dieser Pflicht nachzukommen, verpflichtet der Untersuchungsgrundsatz die Behörde, die Dokumente selbst zu übersetzen¹⁷⁸.
- sich während des Asylverfahrens den Behörden **zur Verfügung hält** (Art. 8 Abs. 3 AsylG);
Den Asylbewerber treffen umfassende Melde- und Anwesenheitspflichten. Alle Änderungen müssen den zuständigen Behörden gemeldet werden. Damit soll einem Untertauchen der Asylsuchenden vorgebeugt werden.
- nach vollziehbarem Wegweisungsentscheid bei der Beschaffung von **Reisepapieren** mitwirkt (Art. 8 Abs. 4 AsylG);
- oder die **Durchsuchung** im Hinblick auf Reise- oder Identitätspapiere, gefährliche Gegenstände, Drogen und Vermögenswerte unklarer Herkunft duldet (Art. 9 AsylG).

Die **Verletzung von Mitwirkungspflichten** hat je nach Art und Schwere des Verstosses unterschiedliche Konsequenzen für den Asylsuchenden und das weitere Verfahren¹⁷⁹. Grundsätzlich gilt, dass bei **grober und schuldhafter Verletzung** von Mitwirkungspflichten auf das Asylgesuch nicht eingetreten wird (Art. 32 Abs. 2 lit. c AsylG).

Grob ist eine Verletzung, „wenn sie die Abklärung eines rechtsrelevanten Sachverhalts erheblich erschwert, was in der Regel bei Untertauchen des Asylsuchenden, unentschuldigtem Nichterscheinen zu Anhörungen oder anderen Abklärungsmassnahmen sowie Aussageverweigerung ohne plausiblen Grund der Fall ist“¹⁸⁰. Nach der Rechtsprechung der ARK¹⁸¹ muss das Vorliegen einer groben Verletzung der Mitwirkungspflicht zurückhaltend beurteilt werden. Die Verletzung der Mitwirkungspflicht

¹⁷³ BFM, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 9; Später gemachte Aussagen oder geltend gemachte Gründe werden u.U. als „Nachschieben von Asylgründen“ taxiert und als unglaubwürdig erachtet.

¹⁷⁴ Vgl. Kälin, Asylverfahren (Fn. 86), 297 f.

¹⁷⁵ Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 83), 226.

¹⁷⁶ BFM, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 9.

¹⁷⁷ S. dazu auch Art. 98a AsylG.

¹⁷⁸ BFM, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 10.

¹⁷⁹ BFM, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 11.

¹⁸⁰ BFM, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 11 f.

¹⁸¹ Zusammenfassend EMARK 1995 Nr. 18 E. 3b m.w.H.

muss eine konkrete Verfahrenshandlung¹⁸² verhindert haben und nicht bloss theoretischer Natur sein, damit eine erhebliche Erschwernis bejaht werden kann¹⁸³.

Schuldhaft ist die Verletzung, wenn der Asylsuchende durch aktives Handeln dazu beiträgt oder wenn er ein Tun, das ihm aufgrund seines Alters, seiner Ausbildung, seiner beruflichen oder sozialen Stellung vernünftigerweise zugemutet werden kann, unterlässt¹⁸⁴. Die Schuldhaftigkeit ist dabei nachzuweisen¹⁸⁵. Keine Verletzung stellt hingegen die unverschuldete Nichterfüllung dar, wobei dies auf „Fehlverhalten von Drittpersonen“¹⁸⁶ oder auf einen „unverschuldeten Hinderungsgrund wie Krankheit oder Unfall“¹⁸⁷ zurückgehen kann¹⁸⁸.

In Bezug auf die Verletzung der Wahrheitspflicht bei der Darlegung des rechtserheblichen Sachverhaltes (insbesondere Art. 8 Abs. 1 lit. c AsylG) rechtfertigt sich das Nichteintreten aber „nur bei Kumulation von Irreführungen, welche die Abklärungen effektiv behindert“¹⁸⁹. „Blosses Verschweigen einer Tatsache“¹⁹⁰, „bloss allgemeine, vage und wenig substantiierte Aussagen“¹⁹¹ stellen keinen Verstoß gegen die Mitwirkungspflicht dar. In diesen Fällen sind unwahre Angaben und das Verschweigen von Tatsachen unter dem materiellen Aspekt der Glaubwürdigkeit nach Art. 7 Abs. 3 AsylG zu prüfen¹⁹². Mitunter kann es in diesem Bereich zu einer schwierigen Abgrenzung zwischen Nichteintretensgründen und Abweisungsgründen kommen.

Spezielle Nichteintretensgründe gelten bei Verletzung der Pflicht zur Offenlegung der Identität (Art. 8 Abs. 1 lit. a AsylG) sowie der Pflicht zur Abgabe von Reisepapieren und Identitätsausweisen (Art. 8 Abs. 1 lit. b AsylG). Insofern ist Art. 32 Abs. 2 lit. c subsidiär zu Art. 32 Abs. 2 lit. a und b AsylG¹⁹³.

- Nach **Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG** wird auf ein Asylgesuch nicht eingetreten, wenn der Asylsuchende nicht innerhalb von 48 Stunden nach Einreichung des Gesuches **Reise- oder Identitätspapiere** abgibt¹⁹⁴, es sei denn, er kann glaubhaft machen, dass er aus entschuldbaren Gründen nicht in der Lage ist, innerhalb von 48 Stunden nach Einreichung des Gesuchs Reise- oder Identitätspapiere abzugeben (Art. 32 Abs. 3 lit. a AsylG). Ebenso wenig Anwendung findet der Nichteintretensgrund von Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG, wenn die Flüchtlingseigenschaft aufgrund der Anhörung sowie gestützt auf Art 3 AsylG i.V.m. Art. 7 AsylG festgestellt¹⁹⁵ wird (Art. 32 Abs. 3 lit. b AsylG)

¹⁸² Verfahrenshandlungen sind alle Amtshandlungen von der Rechtshängigkeit an bis zur Beendigung des Verfahrens.

¹⁸³ *EMARK* 1994 Nr. 15 E. 6; *BFM*, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 12.

¹⁸⁴ *EMARK* 2000 Nr. 8 E. 5a.

¹⁸⁵ *BFM*, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 12.

¹⁸⁶ *BFM*, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 10.

¹⁸⁷ *BFM*, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 10; bei Unfällen oder Krankheiten als Hinderungsgrund ist Art. 24 VwVG analog anzuwenden (*Kälin*, Asylverfahren [Fn. 86], 296).

¹⁸⁸ Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 16 f.

¹⁸⁹ *EMARK* 1995 Nr. 18 E. 3c mit Hinweis auf einen unveröffentlichten Entscheid der *ARK* vom 15. Juli 1994.

¹⁹⁰ *EMARK* 1995 Nr. 18 E. 3c.

¹⁹¹ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 293.

¹⁹² *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 19; *BFM*, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 15.

¹⁹³ *EMARK* 2003 Nr. 27 E. 4g; *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 17; zum Verhältnis Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG zu Art. 32 Abs. 2 lit. b AsylG s. *BFM*, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 14 f.

¹⁹⁴ Sogenannte „Papierlosenbestimmung“.

¹⁹⁵ Gemäss der Empfehlung des *UNHCR* sollte wie unter altem Recht bei „Hinweisen auf Verfolgung“ eingetreten werden und nicht erst, wenn die Flüchtlingseigenschaft „festgestellt“ worden ist (vgl. *UNHCR*, Stellungnahme [Fn. 148], 21). *Kälin*, Rechtsfragen

oder es sich aufgrund der Anhörung erweist, dass zusätzliche Abklärungen¹⁹⁶ nötig sind (Art. 32 Abs. 3 lit. c AsylG)¹⁹⁷.

Mit der Neuformulierung des Nichteintretensgrundes der Papierlosigkeit beabsichtigte der Gesetzgeber eine Verschärfung nicht nur in Bezug auf die Qualität der abzugebenden Reise- und Identitätspapiere¹⁹⁸, sondern auch hinsichtlich der Beweismassanforderungen und des zulässigen Prüfungsumfanges¹⁹⁹.

Das BVGer kommt zum Schluss, der Gesetzgeber habe mit der Bestimmung von Art. 32 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 AsylG – unter dem Titel eines Nichteintretensgrundes – ein summarisches Verfahren geschaffen. Im Rahmen dieses Verfahrens sei zu entscheiden, ob es sich beim Asylsuchenden um einen Flüchtling handle. Danach ist gemäss Art. 32 Abs. 3 lit. b AsylG auf das Asylgesuch einzutreten, wenn bereits aufgrund einer summarischen Prüfung festgestellt werden kann, dass der Asylsuchende *offensichtlich Flüchtling* ist. Nicht einzutreten ist dagegen dann, wenn bereits aufgrund einer summarischen Prüfung festgestellt werden kann, dass der Asylsuchende *offensichtlich kein Flüchtling* ist²⁰⁰. Kann aufgrund der summarischen Prüfung nicht abschliessend festgestellt werden, ob der Asylsuchende offensichtlich Flüchtling ist oder nicht, ist auf das Asylgesuch zwecks weiterer Abklärungen gestützt auf Art. 32 Abs. 3 lit. c AsylG einzutreten²⁰¹.

- Nicht eingetreten auf Asylgesuche wird ferner, wenn Asylsuchende die Behörden im Rahmen des Asylverfahrens²⁰² über ihrer **Identität**²⁰³ **täuschen**²⁰⁴

(Fn. 8), spricht bei der Verwendung des Begriffs „feststehen“ von einer „unsorgfältigen Gesetzesredaktion“, da „feststehen“ nach einer grammatikalischen und systematischen Auslegung einen vollen Beweis verlange, was im Widerspruch zu Art. 7 AsylG stehe. Eine gewisse Klärung liefert nun das BVGer mit seiner neusten Rechtsprechung zu Art. 32 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 AsylG (vgl. Fn. 198 ff.).

¹⁹⁶ Art. 28a AsylV 1 konkretisiert, was mit zusätzlichen Abklärungen nicht gemeint ist. Fraglich bleibt die Zulässigkeit dieser Bestimmung, die erst nachträglich – nach Ablauf der Vernehmlassungsfrist und nach den entsprechenden Urteilen des BVGer (Fn. 198 ff.) – in den Verordnungstext aufgenommen worden ist (vgl. dazu Bolz Susanne, Teilrevision Asylgesetz und neues Ausländergesetz – Stand der Gesetzgebung ab 2008, ASYL 2008/1, 21, 22).

¹⁹⁷ Vgl. BFM, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 10 ff. Bei Art. 32 Abs. 3 AsylG handelt es sich um eine sogenannte *Schutzklausel*.

¹⁹⁸ Vgl. zur erforderlichen Qualität der abzugebenden Reise- und Identitätspapiere BVGE 2007/7 E. 4–6 und das Urteil des BVGer D-622/2007 vom 16. Juli 2007, E. 3.1.

¹⁹⁹ Urteil des BVGer D-622/2007 vom 16. Juli 2007, E. 3.3. Zur komplexen Entstehungsgeschichte der neuformulierten Norm vgl. BVGE 2007/8 E. 5.4 sowie Beck Alexander, Juristischer Balanceakt auf einer verunglückten Norm, Anmerkungen zum Nichteintretenstatbestand wegen Papierlosigkeit nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Juli 2007, ASYL 2008/1, 3, 3 m.w.H.

²⁰⁰ BVGE 2007/8 E. 5.6.5 und Urteil des BVGer D-622/2007 vom 16. Juli 2007, E. 3.3. Mit der summarischen materiellen Prüfung der Vorbringen, die zu einem Nichteintreten führen kann, verlässt der Gesetzgeber die rechtssystematische Betrachtung, wonach Nichteintreten das Nichtauseinandersetzen mit einem Gesuch aus formellen Gründen bedeutet. Vielmehr wird unter dem Titel des Nichteintretens ein materielles Summarverfahren mit verkürzten Verfahrensfristen (s. u. D.III.8.b) geschaffen. Beck, ASYL 2008/1 (Fn. 199), 3, 7 spricht von einem „materiellen Nichteintretenstatbestand“.

²⁰¹ BVGE 2007/8 E. 5.6.6 und Urteil des BVGer D-622/2007 vom 16. Juli 2007, E. 3.3.

²⁰² BFM, Handbuch, Kap. E §2 (Fn. 162), 16. Ist eine Person in einem anderen Verfahren (z.B. Strafverfahren) unter einer anderen Identität in Erscheinung getreten, so ist dies zwar unter dem Gesichtspunkt der Glaubwürdigkeit (Art. 7 AsylG) zu berücksichtigen, vermag jedoch nicht zu einem Nichteintretensentscheid zu führen (Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 57).

und diese Täuschung aufgrund der Ergebnisse der erkennungsdienstlichen Behandlung oder anderer Beweismittel feststeht (Art. 32 Abs. 2 lit. b AsylG). Der Nachweis der Täuschung über die Identität obliegt dabei den Behörden²⁰⁵. Der Verdacht einer falschen Identität genügt nicht; vielmehr muss sich dieser Verdacht erkennungsdienstlich erhärtet haben²⁰⁶. Aufgrund der Beweismittel²⁰⁷ muss ein eindeutiger Schluss gezogen werden können, ob über die Identität getäuscht wurde oder nicht²⁰⁸.

Bei Zweifel über die angegebene Nationalität kann das *BFM* bei der wissenschaftlichen Fachstelle für Herkunftsabklärungen, LINGUA, eine Herkunftsanalyse erstellen lassen. Dazu stellen (amtsexterne) Experten dem Asylsuchenden Fragen aus den unterschiedlichsten Bereichen des alltäglichen Lebens, wozu sich die betreffende Person frei und ohne Unterbruch äussern kann. Nicht Gegenstand der Analyse ist eine Befragung zu den Asylgründen. Aufgrund der Resultate (landeskundlich-kulturelles Wissen, Sprechweise) ermitteln die unabhängigen Experten den Sozialisationsraum bzw. das Sozialisationsmilieu und weisen die betreffende Person eindeutig oder sehr wahrscheinlich einem Sozialisationsmilieu zu, respektive schliessen eine Zuordnung eindeutig aus oder lassen diese offen, falls mehrere Sozialisationsräume in Frage kommen. Dagegen äussert sich das Gutachten nicht zur Staatsangehörigkeit²⁰⁹.

Beim LINGUA-Gutachten handelt es sich rechtlich nicht um Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 lit. e VwVG und Art. 57 ff. BZP i.V.m. Art. 19 VwVG²¹⁰, sondern um technische Auskünfte gemäss Art. 49 BZP i.V.m. Art. 19 VwVG²¹¹, welche der Beweiskategorie von Art. 12 lit. c VwVG²¹² zuzurechnen sind. Als Beweismittel muss das LINGUA-Gutachten als solches im Gesamtkontext gewürdigt werden²¹³.

Liegt ein spezieller Nichteintretenstatbestand von Art. 32 Abs. 2 lit. a oder lit. b AsylG oder eine grobe und schuldhaft Verletzung der Mitwirkungspflichten **auf andere Weise** (Art. 32 Abs. 2 lit. c AsylG) vor, so fällt das *BFM* einen Nichteintretensentscheid.

²⁰³ Der Begriff der Identität wird in Art. 1 lit. a AsylV 1 näher umschrieben.

²⁰⁴ Eine Täuschung kann entweder aktiv oder passiv erfolgen, nämlich durch bewusste Falschangaben oder aber durch absichtliches Verschweigen von Tatsachen (Botschaft zum Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen im Asyl- und Ausländerbereich vom 13. Mai 1998, BBl 1998 3231).

²⁰⁵ *EMARK* 2003 Nr. 27; *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 15.

²⁰⁶ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 261.

²⁰⁷ Als Beweismittel dienen insbesondere die Ergebnisse eines Fingerabdruckvergleichs, sichergestellte Ausweispapiere, Herkunftsanalysen von LINGUA, Zeugenaussagen oder Eingeständnisse des Asylsuchenden.

²⁰⁸ *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 15.

²⁰⁹ Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. A. §3 (Stand 1.9.2006), 1 ff., im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0003.File.tmp/Kap._A__3_d.pdf (besucht am 18.3.2008).

²¹⁰ *EMARK* 1998 Nr. 34 E. 6; *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 16.

²¹¹ *EMARK*; 1999 Nr. 19 E. 3d; 1998 Nr. 34 E. 8g; *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 16.

²¹² *EMARK* 2003 Nr. 14 E. 7.

²¹³ Vgl. zum Umfang der Einsichtnahme in LINGUA-Gutachten BVGer, Urteil E-4104/2006 vom 24.4.2007 E. 5.3.2; *EMARK* 2003 Nr. 14 E. 9; 1999 Nr. 20 E. 3; 1998 Nr. 34 E. 9a–b.

III. Allgemeine Verfahrensgarantien

Neben formellen Verfahrensgarantien, die sich als Mindestgarantien aus Art. 29 BV und auf Gesetzesstufe allgemein aus dem VwVG, dem VGG und dem BGG und im Besonderen aus dem AsylG ergeben, spielen auch materielle Garantien, wie etwa solche im Bereich des Datenschutzes, eine Rolle. Daneben gilt es, die verschiedenen Ausführungsverordnungen zum AsylG zu berücksichtigen. Die folgende Darstellung lehnt sich – wie bereits eingangs erwähnt – an die Systematik der EU-Verfahrensrichtlinie an.

1. Zugang zum Verfahren

Die Eröffnung eines Asylverfahrens setzt die Einreichung eines entsprechenden **Asylgesuchs** voraus. Ein Asylgesuch liegt vor, wenn eine ausländische Person mit irgendeiner Äusserung zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um Schutz vor Verfolgung nachsucht (Art. 18 AsylG). Ist ein (gültiges) Asylgesuch eingereicht worden, so räumt Art. 2 AsylG einen **Rechtsanspruch auf Durchführung des Asylverfahrens nach den vorgesehenen gesetzlichen Bestimmungen**²¹⁴ ein. Gestellte Asylgesuche müssen von den Behörden entgegengenommen und allenfalls an das *BFM* weitergeleitet werden. Die Asylsuchenden haben einen Anspruch, über den Verfahrensablauf und ihre Rechte und Pflichten in einer für sie verständlichen Sprache informiert zu werden (Art. 19 Abs. 3 AsylG)²¹⁵. Ohne gültigen Rückzug²¹⁶ des Asylgesuches nimmt das Asylverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung durch Nichteintreten (Art. 32–35 AsylG), Gutheissung oder Abweisung (Art. 38, 40, 41 AsylG) oder Abschreibung (vgl. Art. 35a AsylG) seinen Lauf²¹⁷.

- Grundsätzlich hat jede Person das **Recht auf Gesuchstellung im eigenen Namen**. Die Gesuch stellende Person muss partei- und prozessfähig²¹⁸ sein. Da nur natürliche Personen ein Asylgesuch stellen können und nach Art. 11 ZGB²¹⁹ jedermann rechtsfähig ist, ist die **Parteifähigkeit** immer vorhanden²²⁰. Fehlt die Urteilsfähigkeit als Voraussetzung der Prozessfähigkeit, kann das Gesuch durch einen Vertreter gestellt werden, denn die Einreichung

²¹⁴ Vgl. Botschaft zum Asylgesetz und zu einem Bundesbeschluss betreffend den Rückzug des Vorbehaltes zu Artikel 24 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. August 1977, BBl 1977 III 115 und 121.

²¹⁵ S. u. D.III.3.b).

²¹⁶ Vgl. zum Rückzug *EMARK* 1993 Nr. 5 E. 3–4. Nach dem jederzeitig möglichen Rückzug ist der Asylsuchende gleich wie alle anderen in die Schweiz eingereisten Ausländer nach dem AuG (aANAG) zu behandeln.

²¹⁷ Vgl. *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 151 ff.

²¹⁸ Parteifähigkeit ist das verfahrensrechtliche Korrelat zur Rechtsfähigkeit nach Art. 11 ZGB, die Prozessfähigkeit das verfahrensrechtliche Korrelat zur Handlungsfähigkeit nach Art. 12 ff. ZGB.

²¹⁹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

²²⁰ *BFM*, Handbuch, Kap. C §4 (Stand 1.1.2008), 3, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0008.File.tmp/Kap._C__4_Prozessvoraussetzungen.pdf (besucht am 18.3.2008).

eines Asylgesuches stellt die Ausübung eines **relativ höchstpersönlichen Rechtes** dar²²¹. Ein unmündiger, urteilsfähiger Asylbewerber ist berechtigt, dieses Recht selbständig in eigenem Namen in Anspruch zu nehmen (Art. 11 Abs. 2 BV, Art. 19 Abs. 2 ZGB und Art. 12 KRK)²²².

Bei Asylgesuchen von Ehegatten, eingetragenen Partnerinnen und Partnern oder Familien hat jede urteilsfähige Asyl suchende Person Anspruch auf Prüfung ihrer eigenen Asylvorbringen (Art. 17 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 5 AsylV 1). Dies ist insbesondere in denjenigen Fällen relevant, wo die Ehefrau eigene Verfolgungsgründe geltend macht, und nicht will, dass ihr Mann die Asylgründe erfährt²²³, oder wenn sich das Ehepaar während des Asylverfahrens trennt oder scheiden lässt²²⁴. Wird bei der Prüfung der eigenen Asylvorbringen die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG verneint, so besteht nach Art. 51 AsylG i.V.m. Art. 37 AsylV 1 die Möglichkeit des Einbezugs in die Flüchtlingseigenschaft des Ehegatten oder eines Elternteils (Familienasyl)²²⁵. Bei einem Gesuch um Familienasyl ist es demzufolge notwendig, vorgängig das eigene Asylvorbringen der einzubeziehenden Person(en) zu prüfen²²⁶. Sie werden dazu getrennt angehört. Bezüglich des Verfahrens haben die Angehörigen eines anerkannten Flüchtlings ein normales Asylgesuch (Art. 18 AsylG) einzureichen. Auch das Gesuch um Familienasyl wird als normales Asylgesuch gemäss Art. 18 AsylG angesehen, da der Verfolgungsbegriff von Art. 18 AsylG weit ausgelegt wird²²⁷.

- Auf die Bezeichnung als „Asylgesuch“ kommt es nicht an. **Inhaltlich** muss aber aus dem Gesuch klar hervorgehen, dass die Person ernsthaft²²⁸ in der Schweiz um Schutz vor Verfolgung nachsucht. Was den Begriff der Verfolgung betrifft, so muss von einem „weiten Verfolgungsbegriff“²²⁹ ausgegangen werden. Dieser umfasst nicht nur die in Art. 3 AsylG und Art. 3 EMRK genannten Gründe, sondern auch die Gründe für das Familienasyl gemäss Art. 51 AsylG sowie die Wegweisungshindernisse gemäss Art. 44 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 83 AuG (Art. 14a aANAG)²³⁰. Macht der Asylsuchende dagegen andere Gründe wie Arbeitssuche, Heirat, medizinische Behandlung in der Schweiz, Hungersnot oder Naturkatastrophen in der Heimat ohne irgendein von Menschenhand verursachten Nachteil geltend, so ersucht er nicht um Asyl²³¹. Dabei ist einzig auf die Vorbringen des Asylsuchenden abzustellen, nicht auf die allenfalls dahinter liegenden wahren Motive. Diese gilt es erst nach dem Eintreten im materiellen Teil des Asylverfahrens abzuklären²³². Somit ist auch auf offensichtlich unbegründete, aussichtslose Gesuche mit unglaublich klingendem Vorbringen einzutreten. Der Nichteintretensgrund nach Art. 32 Abs. 1 AsylG darf nicht zum Ausschluss solcher Gesuche vom

²²¹ *EMARK* 1996 Nr. 4 E. 2a–d; 1996 Nr. 5 E. 4a–g.

²²² *EMARK* 1996 Nr. 3 E. 2c.

²²³ Bsp. bei Flucht aufgrund sexueller Übergriffe.

²²⁴ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 237.

²²⁵ Vgl. dazu *Epiney/Waldmann/Egbuna-Joss/Oeschger*, Jusletter 2008 (Fn. 138), Rz. 112; ferner *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.6.1.

²²⁶ Vgl. dazu BSGE 2007/19 E. 3.3.

²²⁷ Vgl. unten Fn. 229, 230.

²²⁸ Die Ernsthaftigkeit wurde vom BGer in den Urteilen 2A.386/2001 E. 3a bzw. 2A.387/2001 E. 3a vom 9. Oktober 2001 verneint.

²²⁹ Botschaft zum AVB und zum BG über die Schaffung des BFF 1990 (Fn. 132), 625.

²³⁰ *EMARK* 2002 Nr. 5 E. 4a; 2001 Nr. 5 E. 3b/aa.

²³¹ *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 10.

²³² *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 292 f.; *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 260.

materiellen Verfahren führen²³³. Vielmehr sind solche Gesuche nach Art. 40 AsylG materiell zu beurteilen und ohne weitere Abklärungen abzuweisen.

- Das Asylgesuch ist an **keine Formvorschriften** gebunden und kann schriftlich, mündlich oder auf andere Weise²³⁴ gestellt werden²³⁵.

Schriftliche Asylgesuche sind u.U. problematisch, da Widersprüche zwischen schriftlichem Asylgesuch und späteren Befragungen die Glaubwürdigkeit des Asylbewerbers erschüttern können. Dieselbe Gefahr besteht, wenn das schriftliche Asylgesuch nicht vollständig ist und in der Befragung weitere Fluchtgründe *nachgeschoben* werden²³⁶. Die Formfrage kann sich u.U. stellen, wenn ein Dritter als Rechtsvertreter das Asylgesuch stellt und beispielsweise eine Vollmacht fehlt²³⁷, wobei aus dem **Verbot des überspitzen Formalismus** als Aspekt der Rechtsverweigerung nach Art. 29 Abs. 1 BV in diesem Fall ein **Anspruch auf Ansetzung einer Nachfrist** zur Nachreichung der fehlenden Vollmacht besteht²³⁸.

- **Örtlich** ist das Asylgesuch nach Art. 19 AsylG entweder bei der Einreise an einem geöffneten Grenzübergang oder in einer Empfangsstelle, bei einer Grenzkontrolle am Flughafen²³⁹ oder bei den Behörden des zuständigen Kantons, wo die betreffende Person bereits über eine Anwesenheitsbewilligung in der Schweiz verfügt, zu stellen. Zusätzlich besteht die Möglichkeit, das Gesuch auch im Ausland bei einer schweizerischen Vertretung zu stellen²⁴⁰.

Grundsätzlich ohne Einfluss auf den Zugang zum Verfahren bleibt die Frage der Verweigerung der Einreisebewilligung. Wird das Asylgesuch im Ausland bei einer schweizerischen Vertretung gestellt und die Einreise nach Art. 20 Abs. 2 oder 3 AsylG verweigert, so fällt dennoch das *BFM* aufgrund der ihm zugesandten Akten den Asylentscheid. Das Verfahren findet für den Gesuchsteller im Ausland bei der schweizerischen Vertretung statt. Wird die Einreisebewilligung bei Gesuchsstellung an der Grenze verweigert (Art. 21 AsylG), so kommt dieser Einreiseverweigerung nach der unter der bisherigen Bundesrechtspflege ergangenen Rechtsprechung der *ARK*²⁴¹ keine Verfügungsqualität nach Art. 5 VwVG zu. Es handelt sich vielmehr um eine sofort vollstreckbare und nicht anfechtbare Verfügung gemäss Art. 3 lit. f VwVG²⁴². Der Asylsuchende könnte, solange er noch nicht eingereist ist, auch noch im entsprechenden Nachbarstaat um Schutz ersuchen. Zusätzlich bestünde für ihn auch die Möglichkeit sein Asylgesuch im Ausland bei einer schweizerischen Vertretung einzureichen. So bleibt auch in diesem Fall der Zugang zum Verfahren offen. Anders präsentiert sich die Lage bei der Gesuchsstellung am Flughafen (Art. 22 f. AsylG). Der Asylsuchende befindet sich zu diesem Zeitpunkt faktisch bereits in der Schweiz, auch wenn er formell als noch nicht eingereist gilt²⁴³. Einer Verweigerung der Einreise kommt daher die Qualität einer anfechtbaren Verfügung nach Art. 5 VwVG zu (Art. 22 Abs. 4 AsylG). Auf den Zugang zum Verfahren hat aber auch die Einreiseverwei-

²³³ *EMARK* 2002 Nr. 5 E. 4a; vgl. die Diskussion über die Einführung eines sogenannten „Zulassungsverfahrens“ in Botschaft zum AVB und zum BG über die Schaffung des BFF 1990 (Fn. 132), 593 ff.

²³⁴ Z.B. durch entsprechende Handzeichen.

²³⁵ *BFM*, Handbuch, Kap. C §4 (Fn. 220), 6

²³⁶ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 236.

²³⁷ *BFM*, Handbuch, Kap. C §4 (Fn. 220), 6.

²³⁸ *BFM*, Handbuch, Kap. C §4 (Fn. 220), 2.

²³⁹ Vgl. zu den praktischen Schwierigkeiten bei der Gesuchsstellung am Flughafen *Niederöst*, *ASYL* 2000/3 (Fn. 143), 18.

²⁴⁰ S. o. D.II.1.b)aa)–dd).

²⁴¹ *EMARK* 2000 Nr. 12 E. 4.

²⁴² S. o. D.II.1.b)ee).

²⁴³ S. o. D.II.1.b)dd).

gerung am Flughafen keinen Einfluss. Es wird ein dem Inlandverfahren gleichwertiges Asylverfahren am Flughafen durchgeführt (vgl. Art. 23 AsylG)²⁴⁴.

- Die Eröffnung eines Asylverfahrens setzt ferner ein **aktuelles Rechtsschutzinteresse** voraus. Art. 32 Abs. 2 lit. e–f AsylG umfasst spezielle Fälle, in denen ein fehlendes Rechtsschutzinteresse vermutet wird²⁴⁵.

Stellt eine Person, deren Asylgesuch in der Schweiz oder im Ausland bereits hängig ist oder die bereits ein Asylverfahren durchlaufen hat, ein **Zweitgesuch** und erfüllt sie damit die Voraussetzungen eines Nichteintretensgrundes nach Art. 32 Abs. 2 lit. e und f AsylG, so tritt das *BFM* auf das Gesuch nicht ein. Eine Ausnahme bildet die Zusammenlegung der beiden Gesuche im Falle der Offenlegung der Rechtshängigkeit²⁴⁶. Zu beachten ist auch die verfahrensrechtliche Trennung zwischen den Nichteintretenstatbeständen nach Art. 32 Abs. 2 lit. e AsylG und Art. 35a AsylG. Art. 32 Abs. 2 lit. e AsylG bezieht sich auf **Mehrfachgesuche** und sieht nur bei flüchtlingsrelevanten Ereignissen, die sich nach der Erstbehandlung des Gesuches ereignet haben, eine materielle Auseinandersetzung vor²⁴⁷. Art. 35a AsylG hingegen regelt die Fälle der **Wiederaufnahme eines Asylgesuches** nach erfolgter Abschreibung²⁴⁸, damit erstmals eine formelle oder materielle Prüfung durchgeführt werden kann. Hier müssen alle Ereignisse, also auch diejenigen vor der Abschreibung, berücksichtigt werden²⁴⁹.

- Werden mit der Einreichung des Asylgesuches asylfremde Zwecke und Interessen verfolgt, so fehlt das notwendige Rechtsschutzinteresse und es liegt ein Fall von **Rechtsmissbrauch** vor²⁵⁰. Das AsylG zählt die Gründe, die zu einem Nichteintreten wegen Rechtsmissbrauchs führen, abschliessend auf²⁵¹. So sanktioniert Art. 33 AsylG die missbräuchliche Einreichung eines Asylgesuches, da damit ein ganz anderer Zweck verfolgt wird, als um Schutz zu ersuchen, nämlich der, den Aufenthalt in der Schweiz zu verlängern²⁵². Art. 33 AsylG setzt kumulativ einen illegalen Aufenthalt in der Schweiz und die Gesuchsstellung zum Zweck der offensichtlichen Verhinderung des Vollzuges einer Weg- oder Ausweisung voraus.

Eine Person hält sich illegal in der Schweiz auf, wenn sie über kein gesichertes Anwesenheitsrecht gemäss AuG (aANAG) verfügt oder sich mit gefälschten Reisepapieren in der Schweiz aufhält. Ein missbräuchlicher Zweck wird gemäss Art. 33 Abs. 2 AsylG dann vermutet, wenn das Asylgesuch in engem zeitlichem Zusammenhang mit einer Verhaftung, einem Strafverfahren, dem Vollzug einer Strafe oder dem Erlass einer Wegweisungsverfügung eingereicht wird; dies, obwohl zuvor genügend Gelegenheit bestanden hätte, ein solches Gesuch einzureichen²⁵³. Da der Nachweis subjektiver Absichten schwierig ist, wird bei der Regelvermutung von Art. 33 Abs. 2 AsylG an objektive Tatsachen angeknüpft²⁵⁴.

Erfüllt schliesslich ein Asylgesuch die Voraussetzungen von Art. 18 AsylG nicht, ergeht gestützt auf Art. 32 Abs. 1 AsylG ein **Nichteintretensentscheid**. Funktion

²⁴⁴ S. o. D.I.2.b)aa).

²⁴⁵ *BFM*, Handbuch, Kap. C §4 (Fn. 220), 4.

²⁴⁶ Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. C §4 (Fn. 220), 7 f.

²⁴⁷ Vgl. *EMARK* 2006 Nr. 20.

²⁴⁸ S. u. D.III.6.

²⁴⁹ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6883 und 6886.

²⁵⁰ *BFM*, Handbuch, Kap. C §4 (Fn. 220), 4.

²⁵¹ *EMARK* 1998 Nr. 32 m.w.H; *BFM*, Handbuch, Kap. C §4 (Fn. 220), 4.

²⁵² *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 22; Botschaft BB über dringliche Massnahmen 1998 (Fn. 204), 3232.

²⁵³ *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 22.

²⁵⁴ Botschaft BB über dringliche Massnahmen 1998 (Fn. 204), 3232.

dieser Bestimmung ist es, Ausländer vom Asylverfahren auszuschliessen, welche klarerweise keinen Schutz vor Verfolgung begehren²⁵⁵.

2. Berechtigung zum Verbleib in der Schweiz während des Verfahrens

Nach der Grundregel von **Art. 42 AsylG** dürfen einmal in die Schweiz eingereiste Asylsuchende²⁵⁶, die ein ordnungsgemässes Asylgesuch gestellt haben, bis zum Abschluss des Verfahrens **in der Schweiz bleiben**. Dies gilt auch in Fällen, in denen das Verfahren mit einem Nichteintretensentscheid abgeschlossen wird, dies aber nur, wo der Asylsuchende als „eingereist“ im Sinne des Gesetzes gilt, was beispielsweise nicht zutrifft, solange sich der Gesuchsteller im Transitbereich des Flughafens befindet²⁵⁷ oder das Verfahren über die schweizerische Vertretung im Ausland geführt wird²⁵⁸.

Diese Grundregel wurde durch die altrechtliche Regelung von Art. 42 Abs. 2 aAsylG²⁵⁹ relativiert, welche die **vorsorgliche Wegweisung** in einen Drittstaat noch während des hängigen Asylverfahrens vorsah, sofern die Rückkehr in den Drittstaat zulässig, zumutbar und möglich war. Die vorsorglich weggewiesene Person musste in der Folge vom Drittstaat aus die Fortsetzung ihres Asylverfahrens in der Schweiz beantragen, ansonsten das Asylgesuch abgeschrieben wurde²⁶⁰. Die neue Regelung in Art. 34 Abs. 2 lit. a und b AsylG sieht nun vor, dass auf Asylgesuche von Personen, die sich vor Einreichung eines Asylgesuches in einem sicheren Drittstaat aufgehalten haben und dorthin zurückkehren können, in diesen Staat weggewiesen werden, ohne dass auf ihr Gesuch eingetreten wird. So können sämtliche Fälle, die nach altem Recht mit einer vorsorglichen Wegweisung nicht definitiv beendet werden konnten, neu mittels **Nichteintretensentscheides** endgültig erledigt werden²⁶¹.

Werden Asylsuchende **straffällig**, zieht dies nicht ihre sofortige Wegweisung nach sich. Auch straffällige Asylsuchende dürfen sich während des Asylverfahrens grundsätzlich in der Schweiz aufhalten. Sie unterstehen dem Strafrecht und müssen sich der Strafverfolgung und dem Strafvollzug stellen. Die Begehung einer Straftat stellt für sich auch keinen Nichteintretensgrund nach Art. 32 ff. AsylG dar. Das *BFM* muss auch das Asylgesuch eines Straffälligen behandeln. Ein Asylsuchender verhält sich nicht missbräuchlich im Sinne des Asylgesetzes, wenn er straffällig wird. In diesem Punkt gilt es folglich, das Asylrecht vom Strafrecht zu trennen.

Allerdings bleiben strafbare Handlungen nicht gänzlich ohne Einfluss auf den Status eines Asylsuchenden: So können strafbare Handlungen je nach Schwere, Begehungsort und Zeitpunkt der Tat²⁶² entweder zur *Asylunwürdigkeit* (Art. 53 AsylG), zum *Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft*

²⁵⁵ *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 259 f.

²⁵⁶ Zur Einreise s. Art. 20, 21 AsylG und D.II.1.b)aa)–dd).

²⁵⁷ S. o. D.II.1.b)dd).

²⁵⁸ S. o. D.II.1.b)bb).

²⁵⁹ Die entsprechende Spezialregelung für das Flughafenverfahren fand sich in Art. 23 aAsylG; vgl. *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 331 ff. und *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 195 f.

²⁶⁰ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6850 f.

²⁶¹ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6850 f.

²⁶² Art. 53 AsylG erfasst „verwerfliche Handlungen“, welche in der Schweiz oder im Ausland begangen worden sind. Art. 1F GFK erfasst Straftatbestände des Völkerstrafrechts und ausserhalb des Aufnahmestaates begangene „schwere Verbrechen“, resp. Handlungen, die den „Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen zuwiderlaufen“. Art. 63 Abs. 2 AsylG spricht von „besonders verwerflichen Handlungen“.

(Art. 1F lit. a–c GFK) oder zum *Widerruf des Asyls* (Art. 63 Abs. 2 AsylG) führen²⁶³. Dabei gilt es zu beachten, dass der straffällige Asylsuchende, solange er die materielle Flüchtlingseigenschaft erfüllt und davon nicht ausgeschlossen wird, unter dem Schutz des asyl- bzw. flüchtlingsrechtlichen Rückschiebungsverbots (Art. 33 Abs. 1 GFK; Art. 5 Abs. 1 AsylG) steht. Immerhin kann sich der straffällige Asylsuchende grundsätzlich²⁶⁴ nicht mehr auf das asyl- bzw. flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot berufen, wenn erhebliche Gründe dafür vorliegen, dass er die Sicherheit des Gastlandes gefährdet oder eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes bedeutet (Art. 33 Abs. 2 GFK; Art. 5 Abs. 2 AsylG).

3. Anspruch auf prozessuale Kommunikation in verständlicher Sprache

a) Allgemeines

Die Asylgesuchsteller können sich zwar auf das Grundrecht der Sprachenfreiheit (Art. 18 BV) berufen²⁶⁵. Dieses Freiheitsrecht wird aber im Umgang mit den Behörden durch den gesetzlich vorgeschriebenen **Gebrauch der Amtssprache** eingeschränkt²⁶⁶. Die Amtssprachen des Bundes sind gemäss Art. 70 Abs. 1 BV Deutsch, Französisch, Italienisch und – im Verkehr mit Personen rätoromanischer Sprache – das Rätoromanische. Die Bundesbehörden ihrerseits haben sich im Verwaltungsverfahren einer der drei Amtssprachen zu bedienen (Art. 33a VwVG). Für das Asylverfahren regelt **Art. 16 AsylG** als *lex specialis* die Frage der Amtssprache²⁶⁷ und stellt seinerseits eine gesetzliche Grundlage zur Einschränkung der Sprachenfreiheit nach Art. 18 BV dar²⁶⁸. Art. 16 Abs. 2 AsylG statuiert den „Grundsatz der Einheit der Sprache“²⁶⁹ für das ganze Asylverfahren. Danach ist das erstinstanzliche Asylverfahren in derjenigen Amtssprache durchzuführen, in der die Anhörung stattfand oder in der Amtssprache des Wohnortes des Asylsuchenden. Art. 4 AsylV 1 präzisiert die Umstände, bei welchen von Art. 16 Abs. 2 AsylG abgewichen werden darf²⁷⁰.

Ungeachtet dessen kann sich aus **Art. 29 BV** ein Anspruch darauf ergeben, zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens für einzelne Verfahrenshandlungen vom Gebrauch der Amtssprache abzuweichen²⁷¹. In diesem Lichte sind denn auch die recht

²⁶³ Zur Abgrenzung s. *Epiney/Waldmann/Egbuna-Joss/Oeschger*, Jusletter 2008 (Fn. 138), Rz. 163 und 169 ff.

²⁶⁴ Offen bleibt das Verhältnis zu Art. 25 Abs. 2 BV (vgl. *EMARK* 2003 Nr. 11 E. 6a).

²⁶⁵ Zum Schutzbereich der Sprachenfreiheit s. statt vieler *Jörg Paul Müller*, Grundrechte in der Schweiz, 1999, 142.

²⁶⁶ *Müller* (Fn. 265), 145 f.

²⁶⁷ *EMARK* 2001 Nr. 7 E. 3b/bb.

²⁶⁸ *EMARK* 2001 Nr. 7 E. 3b/dd: In casu wurde ein Anspruch aus Art. 18 BV i.V.m. Art. 37 (heute Art. 33a) VwVG auf Durchführung des Asylverfahrens in einer Amtssprache nach Wahl des Gesuchstellers mit Hinweis auf Art. 16 Abs. 2 AsylG verneint.

²⁶⁹ *BFM*, Handbuch, Kap. C §2 (Stand 01.09.2006), 2, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0006.File.tmp/Kap._C__2_d.pdf (besucht am 18.3.2008).

²⁷⁰ *BFM*, Handbuch, Kap. C §2 (Fn. 269), 3.

²⁷¹ In der Lehre ist teilweise auch die Rede vom Anspruch auf prozessuale Kommunikation; vgl. zum Ganzen *Müller* (Fn. 265), 148; *Markus Schefer*, Grundrechte in der Schweiz,

zahlreichen Bestimmungen im AsylG zu lesen, die sich zur Sprache in den verschiedenen Stadien und Handlungen des Asylverfahrens äussern²⁷².

b) Information über das Verfahren und die Rechte und Pflichten in verständlicher Sprache

Art. 19 Abs. 3 AsylG verpflichtet die Behörden, den Asylsuchenden bei Einreichung des Gesuches auf seine Rechte und Pflichten im Asylverfahren aufmerksam zu machen. Dies ist gerade angesichts der vielfältigen Mitwirkungspflichten²⁷³ und des Bedürfnisses nach einem schnellen Verfahren von grosser Bedeutung²⁷⁴. Qualität und Rechtstaatlichkeit der Verfahren hängen u.a. stark davon ab, wie gut und verständlich diese Informationen erfolgen. Dazu wird den Asylsuchenden bei Eintritt in eine Empfangsstelle das **Merkblatt für Asylsuchende** ausgehändigt, das sie in einer ihnen verständlichen Sprache über ihre Rechte und Pflichten und den Ablauf des Verfahrens aufklärt²⁷⁵. Das **Recht auf Information in verständlicher Sprache** bedeutet allerdings nicht, dass dies immer in der Muttersprache des Antragstellers geschehen muss.

c) Schriftliche Eingaben der Partei

Nach Art. 16 Abs. 1 AsylG müssen schriftliche Eingaben an Bundesbehörden in einer der Amtssprachen des Bundes erfolgen. Immerhin steht es dem Antragsteller frei, **in welcher Amtssprache** er Eingaben verfassen bzw. einreichen will; mit anderen Worten können die Behörden nicht die Verwendung einer bestimmten Amtssprache vorschreiben. Allerdings kann der Asylsuchende, der eine der Landessprachen beherrscht, nicht verlangen, dass das Verfahren in einer dieser Sprachen durchgeführt wird²⁷⁶. Insbesondere hat der Asylsuchende weder Anspruch auf einen Entscheid in einer bestimmten Amtssprache noch ein Recht auf Zuteilung zu einem Kanton nach seinen Sprachkenntnissen²⁷⁷.

Aus der Pflicht zur Verwendung einer Amtssprache ergibt sich, dass die Behörde vom Asylsuchenden verlangen kann, für die Übersetzung fremdsprachiger Dokumente oder Anträge auf eigene Kosten besorgt zu sein (Art. 8 Abs. 2 AsylG). In der Regel wird dafür eine Frist von 20 Tagen angesetzt²⁷⁸. Diese Pflicht kann dem Asylsuchenden aber nur unter Berücksichtigung seiner finanziellen Situation auferlegt

Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von Jörg Paul Müller, 2005, 103 f.

²⁷² S. sogleich D.III.3.b)–f).

²⁷³ Insbesondere im Hinblick auf die Verletzungsfolgen, welche sich aus der Verletzung der Mitwirkungspflichten ergeben (s. D.II.2.b).

²⁷⁴ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 260.

²⁷⁵ *BFM*, Handbuch, Kap. B §1 (Fn. 89), 2. Ebenfalls aufzuklären sind die Asylsuchenden über die Möglichkeit, einen Rechtsberater oder Rechtsvertreter zu kontaktieren (Art. 7a AsylV 1; s. zum Ganzen auch D.III.5. hiernach).

²⁷⁶ *BFM*, Handbuch, Kap. C §2 (Fn. 269), 5; vgl. *EMARK* 2001 Nr. 7.

²⁷⁷ *EMARK* 2001 Nr. 7 E. 3b/aa–bb mit Hinweisen auf die Parlamentsdebatte.

²⁷⁸ *BFM*, Handbuch, Kap. C §2 (Fn. 269), 5.

werden. **Bei Mittellosigkeit sind die wichtigsten Inhalte von Amtes wegen zu übersetzen** (Art. 29 Abs. 3 BV)²⁷⁹. Wird die Übersetzung schuldhaft unterlassen, so kann dies zur Nichtberücksichtigung der entsprechenden Dokumente führen. Zudem stellt ein solches Verhalten eine Verletzung der Mitwirkungspflicht dar und kann im Entscheid als mangelndes Interesse am Verfahren gewürdigt werden²⁸⁰.

d) Summarische Befragung in der Empfangsstelle

In den **Empfangsstellen** erfolgt neben der Registrierung des Asylgesuches und der erkennungsdienstlichen und grenzsanitarischen Behandlung eine erste summarische Befragung zum Reiseweg und den Fluchtgründen (Art. 26 Abs. 2 AsylG)²⁸¹. Dies geschieht im Rahmen der **Befragung zur Person**, welche von der förmlichen Anhörung nach Art. 29 AsylG zu unterscheiden ist²⁸².

Durch kurze, verständliche, einfache und offen formulierte Fragen und Rückfragen, die allfällige Missverständnisse ausräumen sollen, wird der Asylsuchende zu allen im Asyl- und Wegweisungsentscheid wesentlichen Sachverhaltselementen in einer Amtssprache (Art. 16 AsylG) befragt. Da in der Regel der Asylsuchende dieser Amtssprache nicht mächtig ist, sich aber im Interesse der Wahrung des rechtlichen Gehörs und einer fehlerfreien Feststellung des Sachverhalts frei und möglichst leicht in einer ihm geläufigen Sprache (also nicht unbedingt in seiner Muttersprache²⁸³) ausdrücken können muss, hat er einen **Anspruch auf Beizug eines Dolmetschers** (Art. 19 Abs. 2 Satz 1 AsylV 1). Hingegen besteht kein Anspruch auf Anwesenheit eines Hilfswerkvertreters. Über die Befragung wird ein Protokoll geführt, welches Aussagen wortgetreu wiedergibt und auch nonverbale Äusserungen angemessen widerspiegelt²⁸⁴. Der Asylsuchende hat **Anspruch auf Rückübersetzung des Protokolls**, bevor er es unterzeichnet (Art. 19 Abs. 2 Satz 2 AsylV 1).

e) Anhörung

Auf die Anhörung gemäss Art. 29 AsylG wird unter D.III.4 näher eingegangen. An dieser Stelle sei lediglich erwähnt, dass betreffend **Anspruch auf Anhörung in verständlicher Sprache** höhere Anforderungen gestellt werden als bei der Befragung in einer **Empfangsstelle**²⁸⁵. Denn die Befragung in der Empfangsstelle dient in erster

²⁷⁹ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 225; Botschaft zum AVB und zum BG über die Schaffung des BFF 1990 (Fn. 132), 619 f.

²⁸⁰ *BFM*, Handbuch, Kap. C §2 (Fn. 269), 5. S. schon oben D.II.2.b).

²⁸¹ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 262.

²⁸² S. hierzu unten D.III.4.

²⁸³ Die Anhörung des Gesuchstellers in seiner Muttersprache kann auch notwendig sein, um seine Herkunft durch einen Sprachexperten festzustellen. In solchen Fällen erfüllt die Anhörung zugleich die Funktion einer Expertise.

²⁸⁴ Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. B §1 (Fn. 89), 3.

²⁸⁵ Gegebenenfalls ist es zur Wahrung des rechtlichen Gehörs und einer fehlerfreien Feststellung des Sachverhalts sogar notwendig, den Bewerber in seiner Muttersprache anzuhören, damit er sich frei und möglichst leicht ausdrücken kann (*VPB* 1990 Nr. 22 E. 5).

Linie der Registrierung und Information der Gesuchsteller sowie der Abklärung des weiteren Verfahrenslaufs. Sie stellt gerade nicht eine einlässliche Anhörung zu den Asylgründen dar. Daher genügt u.U. ein verminderter Verständigungsgrad²⁸⁶. Die Anhörung nach Art. 29 AsylG beinhaltet dagegen eine „einlässliche Befragung“²⁸⁷ der Asylsuchenden zu ihren Asylgründen. Die Anhörungsprotokolle bilden die wichtigsten Grundlagen für den Entscheid, ob der Asylsuchende die Flüchtlingseigenschaft erfüllt oder nicht. Daher werden an die Qualität einer Anhörung hohe Anforderungen gestellt²⁸⁸. Der Asylsuchende hat aus Art. 29 Abs. 1^{bis} AsylG einen **Anspruch, dass die Behörde von Amtes wegen einen Dolmetscher beizieht**, falls dies sachlich notwendig erscheint. In der Praxis wird die Anhörung immer übersetzt²⁸⁹.

Von der Anhörung wird ein Protokoll erstellt, das alle Fragen und Antworten wortgetreu wiedergeben soll (Art. 29 Abs. 3 AsylG). Dieses wird nach der Anhörung rückübersetzt, wobei Gelegenheit besteht, offene Missverständnisse vor der Unterzeichnung zu korrigieren²⁹⁰.

Zusätzlich zum amtlichen Dolmetscher besteht der **Anspruch auf Beizug eines Dolmetschers nach eigener Wahl und auf eigene Kosten** (Art. 29 Abs. 2 AsylG). Diese Person darf, wie auch ein nach Art. 11 VwVG i.V.m. Art. 29 Abs. 2 AsylG ernannter Vertreter, den Asylsuchenden an die Anhörung begleiten; er nimmt jedoch keine Parteistellung während der Anhörung ein. Die sprachkundige Begleitperson darf bei vermeintlichen Übersetzungsfehlern intervenieren, kann die offiziell übersetzende Person jedoch nicht ersetzen²⁹¹.

f) Asylentscheid

Die Anforderungen an die Entscheideröffnung werden unter D.III.9 behandelt. Was die Sprache des Entscheides betrifft, so ist das *BFM* an den **Grundsatz der Einheit der Verfahrenssprache** (Art. 16 Abs. 2 AsylG) gebunden. Die Sprache des Asylentscheides muss also im Regelfall mit derjenigen der Verfahrenssprache übereinstimmen²⁹². Nach der Praxis des *BFM* werden Nichteintretensentscheide immer mit Dolmetscher eröffnet, während materielle Entscheide seit dem 1. Juni 2007 nicht mehr

²⁸⁶ VPB 1994 Nr. 54 E. 4.

²⁸⁷ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 275.

²⁸⁸ *BFM*, Handbuch, Kap. F §4 (Stand 1.1.2007), 1, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0021.File.tmp/Kap._F__4_d.pdf (besucht am 18.3.2008).

²⁸⁹ Aufgabe des Dolmetschers ist es, alle Fragen und Antworten vollständig und inhaltlich korrekt zu übersetzen. Zusätzlich fungiert er als sogenannter „Kulturmittler“. Fragen und Antworten müssen wortgetreu wiedergegeben werden, ebenfalls der Sprachstil, das Sprachniveau, die Wortwahl und die Struktur der Aussagen. Gefordert ist „genaues Dolmetschen“. Der Dolmetscher ist reines Sprachmedium, d.h. er hat keinerlei Parteirechte und hat aus Gründen der Authentizität die Antworten des Asylsuchenden in der Ich-Form wiederzugeben. Die amtlichen Dolmetscher werden vor ihrer Zulassung zur Übersetzungstätigkeit von den Behörden auf ihr Fachkönnen, ihre Integrität und Unparteilichkeit hin überprüft (vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. F §4 (Fn. 288), 5 f., 10, 24).

²⁹⁰ *BFM*, Handbuch, Kap. F §4 (Fn. 288), 16.

²⁹¹ *BFM*, Handbuch, Kap. F §4 (Fn. 288), 10.

²⁹² *BFM*, Handbuch, Kap. C §2 (Fn. 269), 9. Auf eine Behandlung der Ausnahmen gemäss Art. 4 AsylV 1 wird verzichtet; stattdessen sei auf *EMARK* 2004 Nr. 24 verwiesen.

mündlich unter Beizug eines Dolmetschers, sondern nur noch in schriftlicher Form eröffnet werden.

4. Recht auf persönliche Anhörung

Das Recht auf persönliche Anhörung entspringt direkt dem **Anspruch auf rechtliches Gehör** nach Art. 29 Abs. 2 BV. Der verfassungsmässige Anspruch beinhaltet im Allgemeinen kein Recht auf mündliche Äusserung und auch das VwVG schweigt sich zur Form der Äusserung aus²⁹³. Unmittelbar aus Art. 29 AsylG fliesst allerdings der über die Verfassung hinausgehende **Anspruch des Asylsuchenden, mindestens einmal zu seinen Asylgründen persönlich und mündlich einlässlich angehört zu werden** (Unmittelbarkeitsprinzip). Dieser Grundsatz wird in Art. 36 Abs. 1 AsylG bestätigt, während Art. 36 Abs. 2 AsylG ausdrücklich die Ausnahmen benennt²⁹⁴, bei denen die Gewährung „einfachen“ rechtlichen Gehörs genügt²⁹⁵.

Bei der **Anhörung** erhält der Asylsuchende Gelegenheit, seine Asylvorbringen ausführlich und umfassend darzulegen, sein Gesuch zu begründen und zu allfälligen Widersprüchen, die sich aus dem Beweisverfahren ergeben haben, Stellung zu nehmen²⁹⁶. Ziel der Anhörung ist es, anhand von **Befragungsschemata** möglichst abschliessende, vollständige und verwertbare Aussagen in Bezug auf den asylrelevanten Sachverhalt zu erhalten. Durch eine geeignete **Befragungsstrategie** und **Befragungstechnik** soll dem Asylsuchenden Gelegenheit gegeben werden, im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht (Art. 8 Abs. 1 lit. c AsylG) und der ihm auferlegten Beweislast (Art. 7 AsylG) seine Asylgründe zumindest glaubhaft zu machen²⁹⁷. Der Beamte stellt die dazu notwendigen und zweckmässigen Fragen²⁹⁸. Insbesondere soll der Asylsuchende sich durch offene, einfache und anschauliche Fragen frei und spontan äussern können, bevor in einem zweiten Schritt die Vorbringen vertieft und wesentliche Fragen abschliessend geklärt werden. Möglichst zu vermeiden sind geschlossene Fragen mit hohem Suggestivwert. Die befragende Person ist verpflichtet²⁹⁹, den Asylsuchenden mit Widersprüchen, Ungereimtheiten und Aussagen fehlender Substanz zu konfrontieren, damit er diese klären kann, wobei diese **Konfrontationspflicht** ein Ausfluss der Untersuchungsmaxime und nicht ein eigentlicher Anspruch im Sinne des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 30 VwVG) ist³⁰⁰. Im Übrigen muss sozio-kulturellen Aspekten³⁰¹ Rechnung getragen werden³⁰².

²⁹³ Vgl. Müller (Fn. 265), 524 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

²⁹⁴ Vgl. auch EMARK 1993 Nr. 35 E. 3a–b.

²⁹⁵ Hierzu unten D.III.7.b).

²⁹⁶ Kälin, Asylverfahren (Fn. 86), 256 f.

²⁹⁷ BFM, Handbuch, Kap. F § 4 (Fn. 288), 17.

²⁹⁸ Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 83), 279.

²⁹⁹ Die Verpflichtung zur Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes ergibt sich aus dem Untersuchungsgrundsatz, s. o. D.II.2.a).

³⁰⁰ EMARK 1993 Nr. 13 E. 3b–c; anders bei einer Konfrontation mit widersprüchlichen Aussagen von Drittpersonen (EMARK 1994 Nr. 14 E. 5b).

³⁰¹ Kulturkreis, Bildungsniveau, persönlicher Hintergrund, Sprachcodes usw.

³⁰² Vgl. zur Befragungsstrategie und -technik BFM, Handbuch, Kap. F § 4 (Fn. 288), 17 ff.; zu den Befragungsschemata BFM, Handbuch, Kap. F § 4 (Fn. 288), 12 ff. und Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 83), 280 f.

Aufgrund der zentralen Stellung der Anhörung auf den Ausgang des Asylverfahrens werden an deren Qualität hohe Ansprüche gestellt³⁰³. Die summarische Befragung in den **Empfangsstellen** nach Art. 26 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 19 AsylV 1 vermag diesen Anforderungen nicht zu genügen³⁰⁴. Der Erstanhörung nach Art. 29 AsylG kann bei einem Entscheid nach Art. 41 AsylG eine ergänzende Zweitanhörung, für welche die gleichen Verfahrensregeln gelten (Art. 41 Abs. 1 AsylG), zur Klärung einzelner noch offener Fragen folgen³⁰⁵.

Der Asylsuchende hat mit Bezug auf die **befragende Person** kein Antragsrecht. Es gelten jedoch die allgemeinen Ausstandsregeln von Art. 10 VwVG. Im Falle konkreter Hinweise auf *geschlechtsspezifische Verfolgung* hat der Asylsuchende **Anspruch auf Anhörung durch eine Person gleichen Geschlechts** (Art. 17 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 6 AsylV 1)³⁰⁶.

Der Asylsuchende hat **Anspruch darauf, seine Asylbegründung in einer Sprache darzulegen, die er beherrscht**; darüber hinaus besitzt er einen **Anspruch auf einen amtlichen Dolmetscher** (Art. 29 Abs. 1^{bis} AsylG) als Sprachmedium und Kulturmittler³⁰⁷.

Ausserdem hat er das **Recht, sich bei der Anhörung begleiten zu lassen** (Art. 29 Abs. 2 AsylG). Allen Begleitpersonen gemein ist, dass sie selber keine Asylsuchende sein dürfen (Art. 29 Abs. 2 AsylG). Sie dürfen nicht an Stelle der anzuhörenden Person aussagen.

Als Begleitpersonen kommen bei der Anhörung ein Beistand, ein Vormund oder – bei unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden – eine Vertrauensperson³⁰⁸, ferner Rechtsvertreter nach Art. 11 Abs. 1 VwVG, selbst bestellte Dolmetscher sowie weitere Begleitpersonen ohne Parteirechte in Frage.

Die vom Bundesrat und vom EJPD zugelassenen **Hilfswerke** (Art. 30 Abs. 2 AsylG, Art. 24 AsylV 1³⁰⁹) entsenden einen Vertreter zur Anhörung, sofern der Asylsuchende dies nicht ablehnt (Art. 30 Abs. 1 AsylG)³¹⁰. Umgekehrt hat der Gesuchsteller keinen Anspruch auf Begleitung durch eine Hilfswerkvertretung³¹¹. Erscheint die Vertretung der Hilfswerke trotz korrekter Einladung nicht (rechtzeitig) zur Anhörung oder muss sie nach vorgängiger Mahnung von der Anhörung ausgeschlossen werden (Art. 26 Abs. 3 AsylV 1), so entfaltet diese trotzdem volle Rechtswirkung (Art. 30 Abs. 3 AsylG, Art. 25 Abs. 2 und Art. 26 Abs. 4 AsylV 1). Der Vertreter der Hilfswerke nimmt als neutraler Beobachter ohne Parteirechte an der Anhörung teil und untersteht der Verschwiegenheitspflicht (Art. 30 Abs. 4 AsylG). Durch die Teilnahme soll einerseits das Vertrauen des Asylsuchenden in die Objektivität der Behörde

³⁰³ BFM, Handbuch, Kap. F § 4 (Fn. 288), 1.

³⁰⁴ EMARK 1993 Nr. 35 E. 3a–b.

³⁰⁵ S. u. D.III.7.a).

³⁰⁶ Die ARK äusserte sich in EMARK 2003 Nr. 2 E. 5 zur Problematik des Begriffs der geschlechtsspezifischen Verfolgung bei der Anhörung. Vgl. zum Begriff Epiney/Waldmann/Egbuna-Joss/Oeschger, Jusletter 2008 (Fn. 138), Rz. 144 ff.

³⁰⁷ BFM, Handbuch, Kap. F § 4 (Fn. 288), 4. S. schon oben D.III.3.e).

³⁰⁸ Hierzu unten D.IV.3.

³⁰⁹ Gemäss Art. 24 Abs. 1 AsylV 1 gelten die schweizerischen Hilfswerke, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der AsylV 1 (also am 1. Oktober 1999) in der Schweizerischen Flüchtlingshilfe zusammengeschlossen sind, als zugelassen. Andere schweizerische Hilfswerke werden vom EJPD zugelassen, wenn sie Gewähr bieten, dass sie die Aufgaben nach Art. 30 AsylG langfristig wahrnehmen können (Art. 24 Abs. 2 AsylV 1).

³¹⁰ Die Zustimmung des Asylsuchenden wird vermutet (BFM, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG [Stand 1.1.2008], Ziff. 1.2.5).

³¹¹ EMARK 1996 Nr. 13 E. 4c–d; Botschaft zum AVB und zum BG über die Schaffung des BFF 1990 (Fn. 132), 637; BFM, Handbuch, Kap. F § 4 (Fn. 288), 6.

gestärkt und andererseits gewährleistet werden, dass die Anhörung korrekt und fair durchgeführt wird. Der Vertreter der Hilfswerke trägt zur Optimierung der Sachverhaltsermittlung bei und stärkt die Verfahrenslegitimität³¹². Er ist weder Parteivertreter noch Verfahrensleiter, und es obliegen ihm keine behördlichen Aufsichts- oder Kontrollfunktionen³¹³.

Über die Anhörung wird ein **Protokoll** erstellt, welches alle Fragen und Antworten wortgetreu wiedergibt (Art. 29 Abs. 3 AsylG). Der Asylsuchende hat **Anspruch auf Rückübersetzung**; er muss informiert werden, dass es ihm obliegt, auf diesen Anspruch aufmerksam zu machen, falls er der Ansicht sei, die Anhörung sei falsch übersetzt oder protokolliert worden. Allfällige Missverständnisse werden ohne weiteres korrigiert³¹⁴. Der Asylsuchende hat jedes rückübersetzte Blatt sowie am Ende des Protokolls zu unterschreiben³¹⁵. Das Protokoll ist Bestandteil der Verfahrensakten. Akteneinsicht wird auf schriftliches Begehren geprüft und gegebenenfalls gewährt oder gestützt auf Art. 27 VwVG verweigert³¹⁶. Beim Abschluss der Anhörung ist der Asylsuchende über den weiteren Verlauf des Verfahrens zu informieren, mündlich auf seine Beschwerdemöglichkeit hinzuweisen und erneut an seine Mitwirkungspflichten zu erinnern³¹⁷.

5. Anspruch auf Rechtsberatung und Rechtsvertretung³¹⁸

Das Asylgesetz äussert sich lediglich in einer Bestimmung zur Rechtsvertretung. Gemäss **Art. 29 Abs. 2 AsylG** können sich Asylsuchende von einem Vertreter eigener Wahl, der selber nicht Asylsuchender sein darf, zur Anhörung begleiten lassen³¹⁹. Darüber hinaus wird der Bundesrat in Art. 17 Abs. 4 AsylG angewiesen, den Zugang zur Rechtsberatung und Rechtsvertretung in den **Empfangsstellen** und **Flughäfen** zu regeln. Diesem Auftrag kommt der Bundesrat mit Art. 7a Abs. 1 AsylV 1 nach, welcher das *BFM* verpflichtet, die Asylsuchenden aktiv – schriftlich oder in anderer geeigneter Weise – in einer ihnen verständlichen Sprache auf die Möglichkeit einer Kontaktaufnahme zu einer Rechtsberatung oder Rechtsvertretung aufmerksam zu machen³²⁰. Zusätzlich muss das *BFM* dem Asylsuchenden den tatsächlichen Kontakt mit der Rechtsberatung oder einem Rechtsvertreter ermöglichen, indem es die notwendigen Mittel zur Kontaktaufnahme zur Verfügung stellt (Art. 7a Abs. 2 AsylV 1).

³¹² Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 83), 360; *BFM*, Handbuch, Kap. F § 4 (Fn. 288), 6 f.; Botschaft zum AVB und zum BG über die Schaffung des BFF 1990 (Fn. 132), 637; Kälin, Asylverfahren (Fn. 86), 259.

³¹³ Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 83), 360; *BFM*, Handbuch, Kap. F § 4 (Fn. 288), 7.

³¹⁴ *BFM*, Handbuch, Kap. F § 4 (Fn. 288), 16.

³¹⁵ Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 83), 282; *BFM*, Handbuch, Kap. F § 4 (Fn. 288), 16. Dolmetscher und befragende Person unterschreiben nur am Ende des Protokolls. Der Vertreter der Hilfswerke bestätigt seine Mitwirkung auf einem separaten Blatt, wo auch Einwände und die Anregung weiterer Abklärungen angebracht werden können (Art. 30 Abs. 4 AsylG).

³¹⁶ *BFM*, Handbuch, Kap. F § 4 (Fn. 288), 16.

³¹⁷ *BFM*, Handbuch, Kap. F § 4 (Fn. 288), 16.

³¹⁸ S. im Einzelnen den Beitrag von Kiener/Kuhn (in diesem Band).

³¹⁹ Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 83), 355. Vgl. dazu schon oben D.III.4.

³²⁰ S. auch schon oben D.III.3.b).

Ansonsten gelten die allgemeinen Regeln des VwVG:

Nach **Art. 11 VwVG** kann sich jede Partei auf jeder Stufe des Verfahrens vertreten lassen, sofern sie – wie z.B. bei der Anhörung nach Art. 29 AsylG – nicht persönlich zu handeln hat. Irrelevant ist, ob der Vertreter Anwalt ist oder nicht. Wird eine Vollmacht ausgestellt, so werden behördliche Mitteilungen nur noch an den Vertreter zugestellt (Art. 12 Abs. 1 AsylG)³²¹.

Art. 65 VwVG regelt die **unentgeltliche Rechtspflege** im Beschwerdeverfahren, während eine entsprechende Bestimmung für das nichtstreitige Verwaltungsverfahren – dazu zählt auch das erstinstanzliche Asylverfahren – fehlt. Nach Auffassung der *ARK* liegt hier eine echte Gesetzeslücke vor, die durch direkten Rückgriff auf **Art. 29 Abs. 3 BV** geschlossen werden muss³²². Im Rahmen der Prüfung der einzelnen Voraussetzungen³²³ zur Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes kam sie aber zum Schluss, dass das Erfordernis des Anstehens komplexer Sach- oder Rechtsfragen, die den Beizug eines professionellen Rechtsvertreters rechtfertigen, nur äusserst selten erfüllt ist, zumal der Sachverhalt von Amtes wegen abgeklärt werden muss (Untersuchungsmaxime), das Beweismass zum Nachweis der Flüchtlingseigenschaft reduziert ist (Art. 7 AsylG), in der Regel ein Vertreter der Hilfswerke an der Anhörung teilnimmt und die Möglichkeit der Inanspruchnahme der unentgeltlichen Beratungsstellen und der Übersetzungsdienste von Hilfswerken besteht³²⁴.

6. Garantien im Fall der Rücknahme des Asylgesuchs

Im Asylverfahren gilt grundsätzlich die **Dispositionsmaxime**. Es steht dem Asylsuchenden insbesondere zu, sein Asylgesuch während der Dauer des gesamten erstinstanzlichen Asylverfahrens – also von der Gesuchseinreichung bis zur Eröffnung des Entscheids – **zurückzuziehen**³²⁵.

Beim Rückzug handelt es sich um einen ausdrücklichen, einseitigen, bedingungsfeindlichen und grundsätzlich unwiderruflichen Rechtsakt. Der Asylsuchende übt mittels Rückzugserklärung ein Gestaltungsrecht aus³²⁶. Gründe für den Rückzug sind die Erlangung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung, sofern aus Gesetz oder Rechtsprechung ein Anspruch auf Erteilung während des Asylverfahrens besteht, oder der Wunsch auf möglichst rasche Rückkehr in den Heimatstaat bzw. Weiterreise in einen Drittstaat³²⁷. Der Rückzug ist vorbehaltlich eines Willensmangels (vgl. Art. 23 ff. OR) endgültig. Beruft sich eine Partei auf einen Willensmangel, muss auf den Rückzug nur zurückgekommen werden, wenn für diese Partei schwerwiegende Nachteile auf dem Spiel stehen und die Rechtssicherheit nicht in unannehmbare Weise beeinträchtigt wird³²⁸.

Mit der Rückzugserklärung verzichtet der Asylsuchende auf die Beurteilung seines Gesuches durch das *BFM*³²⁹. Es ergeht ein **Abschreibungsbeschluss**³³⁰ ohne materi-

³²¹ Im Falle mehrerer bevollmächtigter Vertreter s. Art. 12 Abs. 2 AsylG.

³²² *EMARK* 2001 Nr. 11 E. 4.

³²³ S. dazu *Müller* (Fn. 265), 548 ff.

³²⁴ *EMARK* 2001 Nr. 11 E. 5–6; 2004 Nr. 9 E. 3a–b. Die zurückhaltende Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung im Asylverfahren kritisieren *Bolz/Buchmann*, *ASYL* 2007/2 (Fn. 103), 31.

³²⁵ *EMARK* 1993 Nr. 34 E. 5; *BFM*, Handbuch, Kap. I §1 (Stand 1.1.2008), 1, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0025.File.tmp/Kap._I__1_d.pdf (besucht am 18.3.2008).

³²⁶ *BFM*, Handbuch, Kap. I §1 (Fn. 325), 2; vgl. auch *EMARK* 1993 Nr. 5 E. 3 m. w. H.

³²⁷ *BFM*, Handbuch, Kap. I §1 (Fn. 325), 3, 14.

³²⁸ *EMARK* 1993 Nr. 5 E. 4. a; *EMARK* 1993 Nr. 34 E. 5; *Alfred Kölz/Isabelle Häner*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 1998, 243.

³²⁹ *BFM*, Handbuch, Kap. I §1 (Fn. 325), 2, 4.

elle Prüfung, der das Asylverfahren in formeller Hinsicht beendet. Der Asylsuchende ist nach dem Rückzug gleich wie jeder andere in die Schweiz eingereiste Ausländer nach dem AuG (aANAG) zu behandeln.

Dem betroffenen Asylsuchenden verbleibt die Möglichkeit, beim *BFM* ein **Gesuch um Wiederaufnahme des Asylverfahrens** oder **Eröffnung eines neuen Asylverfahrens** einzureichen. Jedes Ersuchen um Schutz vor Verfolgung nach einem Abschreibungsbeschluss führt zur Wiederaufnahme des vorangehenden Verfahrens im entsprechenden Verfahrensstadium (kein neues Empfangsstellen-Verfahren, Zuweisung an Kanton bleibt bestehen; vgl. Art. 29 Abs. 1 AsylV 1) anstelle eines neuen Asylverfahrens (Art. 35a Abs. 1 AsylG)³³¹. Mittels Gewährung des rechtlichen Gehörs wird abgeklärt, ob eine (erneute) Anhörung durchzuführen ist (Art. 35a Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 36 Abs. 2 AsylG). Wurde die betroffene Person im bisherigen Verfahren noch nie angehört, so ist anstelle der Gewährung des einfachen rechtlichen Gehörs direkt eine Anhörung gemäss Art. 29 AsylG durchzuführen (Art. 35a Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 36 Abs. 1 lit. c AsylG)³³². Ergeben sich aus der Gewährung des rechtlichen Gehörs oder der (erneuten) Anhörung keine (neuen) Hinweise auf Verfolgung, so fällt das *BFM* gestützt auf Art. 35a Abs. 2 AsylG einen Nichteintretensentscheid³³³.

Einen Spezialfall bildet das Untertauchen des Asylsuchenden. Taucht der Asylsuchende, der gestützt auf Art. 8 Abs. 4 AsylG verpflichtet ist, sich den Behörden zur Verfügung zu halten, unter und verhindert er so die Prüfung seiner Asylgründe, liegt i.d.R. eine grobe und schuldhaftige Verletzung der Mitwirkungspflicht vor. Auf das Asylgesuch wird gemäss Art. 32 Abs. 2 lit. c AsylG nicht eingetreten³³⁴. Von einem Nichteintretensentscheid ist jedoch in denjenigen Fällen abzugehen, in welchen sich aufgrund der Aktenlage nicht feststellen lässt, ob der Vollzug einer Wegweisung nach Art. 44 AsylG unzulässig oder unzumutbar ist. Stattdessen ergeht in diesen Fällen ein Abschreibungsbeschluss und Art. 35a AsylG gelangt zur Anwendung³³⁵.

7. Recht auf angemessene Prüfung des Asylgesuchs

a) Im Allgemeinen

Aus der im Asylverfahren geltenden **Untersuchungsmaxime** (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 12 VwVG) ergibt sich für die Behörden die Pflicht, den Sachverhalt von Amtes

³³⁰ Zum Abschreibungsbeschluss s. *Kölz/Häner* (Fn. 328), 242. Neben dem Rückzug können auch andere Gründe (wie z.B. der Tod des Asylsuchenden) zur Gegenstandslosigkeit und somit zu einem Abschreibungsbeschluss führen.

³³¹ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6886. Auf diese Weise wird die Möglichkeit geschaffen, dass erstmals ein formeller oder materieller Asylentscheid gefällt werden kann. Zudem dient die Wiederaufnahme anstelle eines neuen Verfahrens auch der Verfahrensökonomie. Die Wiederaufnahme des Asylverfahrens wird mit einer Zwischenverfügung festgestellt (Art. 29 Abs. 2 AsylV 1).

³³² Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6886.

³³³ Zur Abgrenzung des Nichteintretenstatbestandes bei Wiederaufnahme des Asylgesuches (Art. 35a AsylG) vom Nichteintreten aufgrund von Mehrfachgesuchen (Art. 32 Abs. 2 lit. e AsylG) s. oben D.III.1. und Fn. 249.

³³⁴ *BFM*, Handbuch, Kap. I §1 (Fn. 325), 14.

³³⁵ Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. I §1 (Fn. 325), 15.

wegen objektiv und umfassend abzuklären³³⁶. Der Asylsuchende hat einen Anspruch, dass die Behörde für die Asylgewährung relevante Tatsachen prüft und entsprechende Beweisanträge entgegennimmt. Von grosser Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch das Recht auf persönliche Anhörung (Art. 29 f. AsylG)³³⁷. Immerhin wird die Untersuchungsmaxime zum einen durch die Mitwirkungspflicht des Asylsuchenden³³⁸ und zum andern dahingehend relativiert, als die Beweislast für das Vorliegen der Elemente, welche die Flüchtlingseigenschaft begründen, beim Asylgesuchsteller liegt³³⁹.

Kann das Gesuch nicht nach den Art. 38–40 AsylG entschieden werden (Asyl oder Gewährung vorübergehenden Schutzes ohne weitere Abklärungen, Ablehnung ohne weitere Abklärungen), hat das Bundesamt **zusätzliche Abklärungen** zu treffen (Art. 41 Abs. 1 AsylG). Das *BFM* wird durch Art. 41 Abs. 1 AsylG verpflichtet, zusätzliche Abklärungen zu treffen, falls dies für die Ermittlung des erheblichen Sachverhalts notwendig erscheint. Bei den ergänzenden Abklärungen kann es sich um das Einholen von **Auskünften** bei schweizerischen Vertretungen, **zusätzliche Anhörungen** oder **Ergänzungsfragen** an den Asylsuchenden, **gerichtsmedizinische Gutachten**, die Befragung von **Zeugen** oder die Überprüfung von **Urkunden** handeln³⁴⁰. Die Aufzählung in Art. 41 Abs. 1 AsylG ist nicht abschliessend. Insbesondere kann das *BFM* die Stellungnahme des *UNHCR* einholen (Art. 28 AsylV 1)³⁴¹. Mit Art. 41 Abs. 3 AsylG erhält der Bundesrat neu die Kompetenz, um mit internationalen Organisationen und Drittstaaten Vereinbarungen über die Zusammenarbeit bei der Ermittlung des Sachverhalts zu treffen.

Bereits heute arbeitet das *BFM* mit internationalen Organisationen wie der internationalen Organisation für Migration (IMO) oder dem International Centre for Migration Policy Development (ICMPD) zusammen. Da diese Organisationen über ausgebaute Netzwerke in verschiedenen Herkunftsstaaten verfügen, ermöglichen sie effektive und kostensparende Abklärungen schwieriger Sachverhalte vor Ort sowie die Vermittlung ortsspezifischer Informationen³⁴². In Ländern, in denen die Schweiz keine eigenen Vertretungen unterhält, ist das *BFM* bei der Ermittlung schwieriger Sachverhalte auf die Zusammenarbeit mit ausländischen Partnerbehörden von Drittstaaten vor Ort angewiesen. Mit entsprechenden Zusammenarbeitsverträgen sollen für die einzelfallbezogenen Anfragen die nötigen Rechtsgrundlagen geschaffen werden³⁴³. Beim Informationsaustausch gestützt auf Zusammenarbeitsverträge, sind die Datenschutzbestimmungen von Art. 98 AsylG³⁴⁴ zu beachten (Art. 28b AsylV 1).

Die ergänzende Abklärung nach Art. 41 AsylG wird primär im Hinblick auf die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft vorgenommen und darf nicht dazu verwendet werden, in einem späteren Zeitpunkt einen Nichteintretensentscheid zu fällen. Die Gesuche, die weitere Abklärungen verlangen, sind deshalb grundsätzlich materiell zu entscheiden³⁴⁵.

³³⁶ S. o. D.II.2.a).

³³⁷ S. o. D.III.4.

³³⁸ S. o. D.II.2.b).

³³⁹ S. o. D.II.2.a).

³⁴⁰ *Achermann/Hausammann* (Fn. 83), 304; Art. 28a AsylV 1, welcher den Begriff der „zusätzlichen Abklärungen“ gegenüber Art. 41 AsylG enger umschreibt, bezieht sich – zumindest gemäss Verweis – ausschliesslich auf Art. 33 Abs. 3 lit. c AsylG.

³⁴¹ S. noch unten D.V.

³⁴² Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6887 f.

³⁴³ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6886.

³⁴⁴ S. u. D.III.10.

³⁴⁵ *EMARK* 2005 Nr. 20 E. 5.

b) Bei Nichteintretensentscheiden nach Art. 32–35a AsylG

Liegt ein Nichteintretenstatbestand vor, entfällt in der Regel die materielle Prüfung der Flüchtlingseigenschaft. Die Untersuchungsmaxime erschöpft sich in der Überprüfung jener Sachverhaltselemente, welche zu einem Nichteintretensentscheid führen können³⁴⁶. Bei einzelnen Nichteintretenstatbeständen bestehen allerdings sogenannte **Schutzklauseln** oder das Fehlen von **Hinweisen auf Verfolgung oder zur Begründung der Flüchtlingseigenschaft** ist bereits (negatives) Tatbestandselement. Sind die Voraussetzungen der Schutzklauseln erfüllt oder liegen Hinweise vor, so muss das *BFM* eine materielle Prüfung der Flüchtlingseigenschaft durchführen und damit zu einem ordentlichen Verfahren zurückkehren. Dies bedeutet, dass – zumindest gemäss neuster Rechtsprechung des BVGer zu Art. 32 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 AsylG³⁴⁷ – bereits unter dem Titel gewisser Nichteintretenstatbestände vorfrageweise summarisch materielle Aspekte abzuklären sind. Damit wird ein Summarverfahren geschaffen, in welchem über Bestehen bzw. Nichtbestehen der Flüchtlingseigenschaft abschliessend materiell zu entscheiden ist, soweit dies im Rahmen einer summarischen Prüfung überhaupt möglich ist³⁴⁸. Die wirksame Geltendmachung einer Verfolgung setzt allerdings voraus, dass der Asylsuchende angehört wird. Ob und bei welchen Nichteintretenstatbeständen dieses Recht dem Asylsuchenden gewährt wird, bestimmt Art. 36 AsylG:

- Bei fehlendem Asylgesuch (Art. 32 Abs. 1 AsylG), bei der Nichtabgabe von Reise- oder Identitätspapieren (Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG), bei einem Zweitgesuch nach Rückkehr aus dem Heimat- oder Herkunftsstaat (Art. 32 Abs. 2 lit. e AsylG), bei einem vorgängigen Asylverfahren im EU/EWR-Raum (Art. 32 Abs. 2 lit. f AsylG), bei missbräuchlicher Nachreichung eines Gesuches (Art. 33 AsylG), der „Safe-Country“-Vermutung (Art. 34 AsylG) sowie in bestimmten Fällen der Abschreibung und Wiederaufnahme eines Gesuches (Art. 35a AsylG) ist der Gesuchsteller zwingend gemäss Art. 29 AsylG **mündlich anzuhören** (Art. 36 Abs. 1 AsylG).
- Hingegen gestattet Art. 36 Abs. 2 AsylG, in den übrigen Fällen auf die einlässliche Anhörung zu verzichten; damit wird der aus Art. 29 AsylG fliessende Grundsatz, dass im regulären Asylverfahren jeder Asylsuchende mindestens einmal persönlich, mündlich und einlässlich zu den Fluchtgründen angehört wird (s. o. 4.), durchbrochen. Stattdessen ist „nur“ das **rechtliche Gehör** nach Art. 29 Abs. 2 BV zu gewähren.

Dies gilt für folgende Nichteintretensgründe: Identitätstäuschung (Art. 32 Abs. 1 lit. b AsylG); grobe und schuldhafte Verletzung der Mitwirkungspflicht (Art. 32 Abs. 2 lit. c AsylG); Mehrfachgesuche, wenn der Asylsuchende nicht in der Zwischenzeit in sein Heimatland zurückgekehrt ist (Art. 32 Abs. 2 lit. e AsylG); Aufhebung des vorübergehenden Schutzes (Art. 35 AsylG); Abschreibung und Wiederaufnahme, wenn im Verfahren bis zur Abschreibung keine Anhörung vorangegangen ist oder keine neuen asylrelevanten Vorbringen oder Hinweise bestehen (Art. 35a AsylG).

³⁴⁶ *BFM*, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 5.

³⁴⁷ BVGE 2007/8 und Urteil des BVGer D-622/2007 vom 16. Juli 2007; vgl. oben D.II.2.b); zur Rechtsprechung der *ARK* s. *EMARK* 2000 Nr. 14 E. 2 m.w.H.

³⁴⁸ Urteil des BVGer D-622/2007 vom 16. Juli 2007, E. 2.1.

Bei der Analyse der verschiedenen Nichteintretenstatbestände lässt sich zusammenfassend feststellen, dass bei Nichteintretenstatbeständen mit **Schutzklauseln**, respektive wo möglichen **Hinweisen auf Verfolgung** nachgegangen werden muss, grundsätzlich eine Anhörung gemäss Art. 29 AsylG durchzuführen ist, während bei allen anderen Tatbeständen die Sicherstellung des einfachen rechtlichen Gehörs ausreicht³⁴⁹.

c) Im Flughafenverfahren

Mit der letzten Revision des Asylgesetzes ist nun auch in Fällen, in denen das Asylgesuch an einem **Flughafen** gestellt wird, die umfassende Prüfung gewährleistet. Wird die Einreise bewilligt, so findet ein ordentliches „Inlandverfahren“ statt, wird sie verweigert, wird das Verfahren nach den Regeln des Inlandverfahrens am Flughafen durchgeführt³⁵⁰.

8. Anspruch auf Entscheid binnen angemessener Frist (Verbot der Rechtsverzögerung)

a) Im Allgemeinen

Obwohl das **Asylgesetz** erstinstanzliche Verfahrensfristen vorsieht³⁵¹, für einzelne Verfahrensabschnitte eine rasche Erledigung verlangt und (Ordnungs-)Fristen setzt³⁵², die Anwendung von Art. 22a VwVG über den Fristenstillstand ausdrücklich ausschliesst³⁵³ oder zur Beschleunigung des Verfahrens Abweichungen erlaubt³⁵⁴, lässt sich ihm kein allgemeiner Anspruch auf einen Entscheid innert einer bestimmten bzw. angemessenen Frist entnehmen.

Die Bestimmungen des Asylgesetzes sind allerdings vor dem Hintergrund des verfassungsmässigen **Verbots der Rechtsverzögerung** (Art. 29 Abs. 1 BV) zu lesen: Demnach hat jedermann einen Anspruch, dass rechtsanwendende Verwaltungs- und Gerichtsbehörden das Verfahren innerhalb einer angemessenen Frist zum Abschluss

³⁴⁹ BFM, Handbuch, Kap. F §2 (Fn. 120), 9; Art. 32 Abs. 2 lit. e AsylG nimmt dabei eine Sonderstellung ein, je nachdem, ob der Asylsuchende vor der zweiten Gesuchstellung in sein Heimatland zurückgekehrt ist oder nicht (vgl. Art. 36 Abs. 2 lit. b AsylG).

³⁵⁰ S. o. D.I.2.b)aa) und D.II.1.b)dd).

³⁵¹ Vgl. Art. 37 Abs. 1 AsylG (Nichteintretensentscheide innerhalb von *10 Arbeitstagen* seit Gesuchseinreichung); Art. 37 Abs. 2 AsylG (Entscheide nach Art. 38–40 AsylG innerhalb von *20 Arbeitstagen* nach der Gesuchstellung); Art. 37 Abs. 3 AsylG (bei weiteren Abklärungen Entscheid innerhalb von *drei Monaten* nach der Gesuchstellung).

³⁵² Vgl. für das Verfahren in den Empfangsstellen unten D.III.8.b) und für das Verfahren am Flughafen unten D.III.8.c); ferner für das Verfahren in den Kantonen Art. 29 Abs. 1 AsylG (Anhörung innerhalb von *20 Tagen* nach dem Entscheid über die Zuweisung).

³⁵³ Art. 17 Abs. 1 AsylG.

³⁵⁴ Vgl. Art. 29 Abs. 4 AsylG (Anhörung der Asylsuchenden durch die kantonalen Behörden [statt durch das Bundesamt], wenn dies zu einer erheblichen Beschleunigung des Verfahrens führt); Art. 13 AsylG (Modalitäten der Eröffnung des Entscheids bei Dringlichkeit).

bringen. Die Verletzung von gesetzlichen Behandlungsfristen schafft die (widerlegbare) Vermutung einer Rechtsverzögerung. Wo keine gesetzlichen Fristen bestehen, muss die Frage der angemessenen Prozessdauer im Hinblick auf die Natur, den Umfang und die Umstände des konkreten Rechtsstreites beurteilt werden: Hierbei spielt neben der Komplexität und der Bedeutung der Sache für die Betroffenen v.a. auch das Verhalten der Betroffenen und der Behörden im Verfahren eine Rolle³⁵⁵. Stellen die Gerichte eine Rechtsverzögerung fest, weisen sie die zuständigen Instanzen zum Handeln an³⁵⁶.

Bei den Asylverfahren ist im Zusammenhang mit dem Rechtsverzögerungsverbot insbesondere zu beachten, dass der Asylsuchende auch einen Anspruch hat, dass das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft seriös geprüft wird³⁵⁷.

b) In den Empfangsstellen

Die maximale Aufenthaltsdauer in den Empfangsstellen beträgt 60 Tage mit der Möglichkeit der Verlängerung um einige Tage bei Vorliegen triftiger Gründe (Art. 16 Abs. 2 AsylV 1). Zahlreichen Bestimmungen des Asylgesetzes liegt die gesetzgeberische Absicht zugrunde, dass möglichst viele der Asylgesuche bereits innerhalb dieser Frist behandelt werden können und noch vor der Zuweisung an die Kantone (Art. 27 AsylG) ein erstinstanzlicher Asylentscheid getroffen werden kann³⁵⁸. Dazu wird gestützt auf die erste summarische Befragung in der Empfangsstelle (Art. 26 Abs. 2 AsylG) eine Vorauswahl und „Identitätstriage“³⁵⁹ gemäss den Behandlungskategorien von Art. 32–35a und Art. 38–41 AsylG getroffen. Vor dem Hintergrund der (gesetzgeberischen) Zielsetzung der Beschleunigung des Asylverfahrens werden bereits während des Aufenthalts der Gesuchsteller in den Empfangsstellen neben Nichteintretensentscheiden auch materielle Entscheide getroffen.

aa) Nichteintretensentscheide nach Art. 32–35a AsylG

Nichteintretensentscheide sollten nach Art. 37 Abs. 1 AsylG innerhalb von **zehn Arbeitstagen** seit Gesuchseinreichung getroffen und **summarisch begründet** werden³⁶⁰. Dies schliesst es allerdings nicht aus, dass solche Entscheide auch später noch ergehen können, denn es handelt sich dabei lediglich um eine Ordnungsfrist. Das

³⁵⁵ Vgl. zum Rechtsverzögerungsverbot im Allgemeinen statt vieler BGE 125 V 188, 191 E. 2a; 125 V 373, 375 E. 2b/aa; 124 I 139, 142 E. 2c; 119 Ib 311, 325 E. 5b.

³⁵⁶ Vgl. z.B. Urteil des BGer 1P.272/2003 vom 6.6.2003 E. 2.2. sowie Ziff. 1 des Urteildispositivs.

³⁵⁷ S. zur Untersuchungsmaxime oben D.II.2.a).

³⁵⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere auch Art. 26 Abs. 3 AsylG („rasches Verfahren“).

³⁵⁹ Achermann/Hausammann, Handbuch (Fn. 83), 262, 264, 271 ff.

³⁶⁰ Verfassungs- und völkerrechtlich problematisch erscheint die kurze Frist in Bezug auf die summarische materielle Prüfung der Flüchtlingseigenschaft. Innert zehn Tagen ist eine – auch wenn nur summarisch vorzunehmende – materielle Prüfung des Verfolgungsrisikos nur beschränkt möglich (so das BVGer in BVGE 2007/8 E. 5.5 in Bezug auf Art. 32 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 AsylG); ferner Beck, ASYL 2008/1 (Fn. 199), 7.

BFM hat bei der Erfüllung der Tatbestandselemente nach Art. 32 ff. AsylG einen Nichteintretensentscheid auch dann zu treffen, wenn die zehntägige Frist unbegründet überschritten und dem Gebot der Verfahrensbeschleunigung nicht nachgekommen worden ist. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn sich eine Identitätstäuschung (Art. 32 Abs. 2 lit. b AsylG) nicht sofort feststellen lässt oder sich eine Verletzung der Mitwirkungspflicht (Art. 32 Abs. 2 lit. c AsylG) erst im Laufe des Verfahrens ergibt³⁶¹.

Um die zehntägige Frist möglichst einzuhalten, werden bereits in den Empfangsstellen LINGUA-Herkunftsanalysen erstellt³⁶², radiologische Knochenaltersbestimmungen (vgl. Art. 26 Abs. 2^{bis} AsylG) vorgenommen³⁶³ und – je nach Nichteintretensgrund – mündliche Anhörungen³⁶⁴ durchgeführt.

bb) Materielle Asylentscheide

Entscheide gemäss Art. 38 (Asyl ohne weitere Abklärungen), Art. 39 (Gewährung vorübergehenden Schutzes ohne weitere Abklärungen) und Art. 40 AsylG (Ablehnung ohne weitere Abklärungen) sollen nach der Ordnungsfrist von Art. 37 Abs. 2 AsylG innerhalb von **20 Arbeitstagen** nach der Gesuchstellung – und damit also ebenfalls noch während des Aufenthalts in den Empfangsstellen – gefällt werden. Dies ist in Fällen möglich, in denen entweder ein aussichtsloses, unbegründetes Gesuch vorliegt oder in denen die Flüchtlingseigenschaft offenkundig gegeben ist³⁶⁵. Sind hingegen weitere Abklärungen erforderlich, erstreckt sich die Ordnungsfrist für den Entscheid auf drei Monate (Art. 41 Abs. 3 AsylG).

c) Im Flughafen

Das *BFM* hat innert zwei Tagen seit Gesuchseinreichung über die Einreise und die Zuweisung eines Aufenthaltsortes des Asylsuchenden zu entscheiden (Art. 22 Abs. 4 AsylG). Wird die Einreise bewilligt³⁶⁶, wird der Asylsuchende direkt, d.h. ohne Meldung in einer Empfangsstelle, einem Kanton zugewiesen (Art. 22 Abs. 6 AsylG), wo das Verfahren (wie bei einer Gesuchseinreichung im Inland) fortgesetzt wird³⁶⁷. Wird die Einreise verweigert, wird das Verfahren am Flughafen fortgesetzt, wobei der Gesuchsteller während maximal 60 Tagen am Flughafen (oder an einem anderen zugewiesenen Aufenthaltsort) festgehalten werden darf (Art. 22 Abs. 5 AsylG)³⁶⁸. Der Entscheid über das Asylgesuch ist innert 20 Tagen nach Gesuchstellung zu eröffnen; ist dies innerhalb dieser Frist nicht möglich, wird der Asylsuchende einem Kanton zugewiesen und damit dem regulären Asylverfahren unterstellt (Art. 23 Abs. 2 AsylG).

³⁶¹ *EMARK* 2002 Nr. 15 E. 5d; vgl. *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 299.

³⁶² S. o. D.II.2.b).

³⁶³ S. u. D.IV.1.b).

³⁶⁴ S. o. D.III.7.b).

³⁶⁵ Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. B §1 (Fn. 89), 5 f.

³⁶⁶ S. o. D.I.2.b)aa) und D.II.1.b)dd).

³⁶⁷ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6880, 6882 f.

³⁶⁸ S. u. D.III.11.b).

9. Die Anforderungen an den erstinstanzlichen Asylentscheid

Am Ende jedes **Asylverfahrens i.e.S.**³⁶⁹ steht ein formeller oder materieller Asylentscheid nach den Art. 32–41 AsylG in Form einer anfechtbaren Verfügung gemäss Art. 5 VwVG. Im Folgenden wird auf Form, Inhalt und Zustellung der Verfügung eingegangen³⁷⁰.

a) Form

Gemäss Art. 34 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen aus Überlegungen der Rechtssicherheit **schriftlich** zu eröffnen. Dies gilt grundsätzlich auch im Asylverfahren. Zur Schriftlichkeit gehört – jedenfalls nach Auffassung der ARK – ebenfalls die Unterzeichnung³⁷¹.

Art. 13 AsylG weicht von dieser Grundregel ab, indem in geeigneten Fällen Entscheide und Verfügungen auch **mündlich** eröffnet (und summarisch begründet) werden können. Dies kann sich insbesondere aus Gründen der verfahrensmässigen Beschleunigung aufdrängen. Die mündliche Eröffnung ist samt Begründung protokollarisch festzuhalten und dem Verfügungsempfänger ist ein Protokollauszug auszuhändigen (Art. 13 Abs. 2 AsylG).

Art. 13 Abs. 3 und 4 AsylG regeln Fälle, in denen eine unterschriebene, per **Telefax** übermittelte Verfügung genügt. Eine solche Eröffnung setzt Dringlichkeit, die Unterzeichnung des Originals vor der Übermittlung, die Aushändigung des Faxes an den Adressaten und die Bestätigung des Erhalts voraus. Der bevollmächtigten Person wird die Eröffnung ohne Verzug und, sofern technisch möglich, ebenfalls per Telefax bekannt gegeben, wobei auf Art. 13 Abs. 3 AsylG hinzuweisen ist, wonach die Eröffnung gegenüber dem Asylsuchenden erfolgt (Art. 3 AsylV 1) und die Anwendung von Art. 11 VwVG ausgeschlossen wird.

³⁶⁹ S. o. D.I.1.

³⁷⁰ Zur Sprache des Asylentscheides oben D.III.3.f).

³⁷¹ Die ARK verlangt in Analogie zu den formellen Anforderungen an Beschwerdeschriften eine Originalunterschrift (vgl. VPB 1994 Nr. 55 E. 6a). – Dagegen verneinte das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) in BGE 105 V 248 ff. und BGE 112 V 87 f. das Erfordernis der Unterschrift überhaupt für Verfügungen der Massenverwaltung auf Formularen oder Computerausdrucken; anders BGE 131 V 483 ff., wonach die fehlende Unterschrift des als Einzelrichter entscheidenden Präsidenten eines kantonalen Versicherungsgerichts auf der Zwischenverfügung, mit welcher er das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung in einem Streit um Leistungen der Unfallversicherung ablehnt, einen nicht heilbaren Formmangel darstellt. – In der Lehre ist umstritten, ob das Erfordernis der Schriftlichkeit eine Verpflichtung zur Unterzeichnung von Verwaltungsakten durch die verfügende Behörde enthalte und bejahendenfalls, welche Rechtsfolgen an einen diesbezüglichen Mangel geknüpft sind; vgl. *Kölz/Häner* (Fn. 328), 126, 131, welche die fehlende (Original-)Unterschrift nur ausnahmsweise als beachtlichen Formfehler betrachten; etwa wenn er geeignet erscheint, berechtigte Zweifel an der Echtheit der Verfügung oder der Identität der verfügenden Behörde zu wecken.

Sodann ist in Art. 34 Abs. 1^{bis} VwVG die Grundlage für eine **elektronische** Eröffnung geschaffen worden³⁷². Vorbehalten bleibt auch die Eröffnung der Verfügung in einem **amtlichen Blatt** gegenüber einem Gesuchsteller, der unbekannten Aufenthaltes ist und keinen erreichbaren Vertreter hat (Art. 36 lit. a VwVG).

b) Inhalt

Gemäss **Art. 35 Abs. 1 VwVG** ist eine Verfügung als solche zu kennzeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Eine ordnungsgemässe Verfügung hat ferner hinreichende Angaben zur **verfügenden Behörde** und zum **Verfügungsadressaten**, das **Datum** sowie das **Dispositiv** zu enthalten. Begründung und Rechtsmittelbelehrung können nach Art. 35 Abs. 3 VwVG entfallen, falls dem Begehren der Parteien vollumfänglich Folge geleistet wird.

- Die **Begründung** ermöglicht dem Verfügungsadressaten, die Rechtmässigkeit der Entscheidung zu überprüfen und die Chancen einer Anfechtung zu beurteilen³⁷³. Dabei muss sich die verfügende Behörde nicht ausdrücklich mit jeder tatbestandsmässigen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinander setzen, sondern darf sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Begründungsdichte richtet sich nach dem Verfügungsgegenstand, den Verfahrensumständen und den Interessen des Betroffenen, wobei komplexe Sach- und Rechtsfragen, grosse Entscheidungsspielräume der Behörden oder schwerwiegende Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen des Betroffenen eine sorgfältige Begründung verlangen³⁷⁴. Die Anforderungen an die Begründungsdichte sind bei ablehnenden Asylentscheiden regelmässig relativ hoch, da einerseits hochrangige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen, den Behörden ein weiter Ermessensspielraum zukommt und oft äusserst komplexe Sachverhalte zu beurteilen sind³⁷⁵. Trotzdem lässt das AsylG bei mündlichen Verfügungen (Art. 13 Abs. 1 AsylG)³⁷⁶, bei Nichteintretensentscheiden (Art. 37 Abs. 1 AsylG) und bei einer Ablehnung ohne weitere Abklärungen (Art. 40 Abs. 2 AsylG) eine **summarische** Begründung genügen. Im Lichte des **Anspruchs auf angemessene Begründung** erscheint in diesem Zusammenhang gerade die Verwendung von Formularen oder bestimmten Textbau-

³⁷² Die Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens vom 17. Oktober 2007 (SR 172.021.2) regelt in Art. 8–10 die Voraussetzungen und Modalitäten der elektronischen Eröffnung von Verfügungen.

³⁷³ Vgl. *EMARK* 2006 Nr. 4 E. 5.1; 1995 Nr. 21 E. 12 c.

³⁷⁴ *EMARK* 2006 Nr. 24 E. 5.1 mit Verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts; vgl. *Mark Villiger*, Die Pflicht zur Begründung von Verfügungen, ZBl 1989, 137, 151 ff. *BFM*, Handbuch, Kap. C §6 (Stand 1.1.2008), 18, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0010.File.tmp/Kap._C__6_d.pdf (besucht am 18.3.2008); *Kälin*, Asylverfahren (Fn. 86), 288 f.

³⁷⁶ Dies ist dort der Fall, wo die Begründung keinerlei Schwierigkeiten mit sich bringt, weil der rechtserhebliche Sachverhalt ohne weiteres unter die gesetzlichen Bestimmungen subsumiert werden kann, vgl. Botschaft zum AVB und zum BG über die Schaffung des BFF 1990 (Fn. 132), 622; z.B. wenn ein wesentliches Element der Flüchtlingseigenschaft (Art. 3 AsylG) fehlt oder die Begründung des Gesuchs krass widersprüchlich ausfällt.

steinen als problematisch³⁷⁷. Die Anforderungen an die Begründungspflicht werden weiter dadurch relativiert, dass eine ungenügende Begründung regelmässig nicht zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führt, sondern der Mangel im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geheilt werden kann³⁷⁸.

- Die **Rechtsmittelbelehrung** muss gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG das zulässige ordentliche Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstanz und die Rechtsmittelfrist nennen. Auf ausserordentliche Rechtsmittel muss dagegen nicht hingewiesen werden. Ebenso entfällt die Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung bei nicht selbständig anfechtbaren Zwischenverfügungen oder in den Fällen von Art. 35 Abs. 3 VwVG. Aus unrichtiger oder fehlender Rechtsmittelbelehrung darf dem Betroffenen kein Nachteil erwachsen (Art. 38 VwVG)³⁷⁹.

c) Zustellung

Die Zustellung der Verfügung wird in Art. 12 AsylG geregelt. Im Sinne der Verfahrensbeschleunigung gilt die Sendung mit Ablauf der siebentägigen Abholfrist als zugestellt („fingiertes Zustelldatum“³⁸⁰)³⁸¹. Als Zustellungsdomizil gilt die letzte den Behörden bekannte Adresse, respektive bei Vertretung diejenige des (erstbenannten) Vertreters des Asylsuchenden. Für die Zustellung an unbegleitete minderjährige Asylgesuchssteller ist Art. 53a AsylV 1 zu beachten. Jede Adressänderung muss im Rahmen der Mitwirkungspflicht gemeldet werden (Art. 8 Abs. 3 AsylG). Die Beweislast der erfolgten Zustellung obliegt den Behörden, weshalb das *BFM* seine Verfügungen eingeschrieben und mit Rückschein verschickt³⁸². Aus mangelhaft eröffneten Verfügungen dürfen für die Betroffenen keinerlei Nachteile erwachsen (Art. 38 VwVG).

10. Rechte im Zusammenhang mit der Weitergabe von Personendaten

³⁷⁷ Vgl. *EMARK* 1993 Nr. 30 E. 6b; zur Verwendung von Textbausteinen im Asylverfahren allgemein: *Walter Kälin*, Rechtliche Anforderungen an die Verwendung von Textbausteinen für die Begründung von Verwaltungsverfügungen, *ZSR* 1988 I, 435 ff. und *derselbe*, Just Another Brick in the Wall? – A Swiss Report on the Use of Computerized Textual Elements for Substantiating Negative Asylum Decisions, *International Journal of Refugee Law*, 1/1989, 83 ff.

³⁷⁸ Vgl. zur Heilung *EMARK* 1994 Nr. 1 E. 6b; 1994 Nr. 25 E. 4a–b; 1998 Nr. 34 E. 10d–e; 2004 Nr. 38 E. 7 und *Lieber Viktor/Marugg Michael*, Zum Anspruch auf rechtliches Gehör im Asylverfahren, *ASYL* 1995/2, 35, 40.

³⁷⁹ *BFM*, Handbuch, Kap. C §1 (Stand 1.1.2008), 9, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0005.File.tmp/Kap._C__1_d.pdf (besucht am 18.3.2008).

³⁸⁰ *BFM*, Handbuch, Kap. C §1 (Fn. 379), 13.

³⁸¹ Botschaft zum AVB und zum BG über die Schaffung des BFF 1990 (Fn. 132) 622.

³⁸² *BFM*, Handbuch, Kap. C §1 (Fn. 379), 14.

Der Datenschutz ist Teil des Schutzes der Privatsphäre nach Art. 13 BV. Im Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG)³⁸³ wurden die grundrechtlichen Anliegen aufgenommen und die Bearbeitung von Daten durch die Bundesbehörden geregelt. Letztere dürfen besonders schützenswerte Personendaten³⁸⁴ sowie Persönlichkeitsprofile grundsätzlich nur bearbeiten³⁸⁵, wenn dies ein formelles Gesetz ausdrücklich vorsieht (Art. 17 Abs. 2 DSG). Die Daten, die im Asylbereich bearbeitet werden, gelten grundsätzlich als besonders schützenswert und benötigen daher zur Bearbeitung einer formell-gesetzlichen Grundlage³⁸⁶. Allein schon die Tatsache, dass jemand ein Asylgesuch gestellt hat, kann sich als besonders schützenswerte Information erweisen³⁸⁷. Daher gibt das *BFM* grundsätzlich keine Adressen von Asylsuchenden bekannt³⁸⁸. In **Art. 96–102a** enthält das Asylgesetz die für die Bearbeitung von Personendaten im Asylverfahren notwendige spezialgesetzliche Grundlage. Die AsylV 3³⁸⁹ enthält die Ausführungsbestimmungen und hält insbesondere fest, welche Informationssysteme das *BFM* zur Erfüllung seiner Aufgaben betreiben darf (Art. 1 AsylV 3).

Art. 97, 98 und 98a AsylG bestimmen, unter welchen Bedingungen Daten von Asylsuchenden **bekannt gegeben werden** dürfen:

- Art. 97 AsylG legt dies in Bezug auf den **Heimat- oder Herkunftsstaat** fest und besagt insbesondere, dass über ein Asylgesuch keinerlei Angaben gemacht werden dürfen (Art. 97 Abs. 1 zweiter Satz). Deshalb nimmt das *BFM* zur Beschaffung von Reisedokumenten ausschliesslich unter dem Namen des *EJPD* mit den zuständigen Behörden des Heimat- oder Herkunftsstaates Kontakt auf, wenn das Asylgesuch abgelehnt wurde. Als Begründung für die Papierbeschaffung wird lediglich mitgeteilt, dass die entsprechende Person in der Schweiz keine Aufenthaltsbewilligung hat und daher die Schweiz verlassen muss³⁹⁰. Damit soll verhindert werden, dass dem abgewiesenen Asylbewerber oder seinen zurückgebliebenen Familienangehörigen alleine schon aus dem Umstand, dass er im Ausland um Schutz nachgesucht hat, in seinem Heimat- oder Herkunftsstaat ein Nachteil droht. Art. 97 Abs. 2 AsylG bestimmt den Zeitpunkt, ab welchem mit dem Informationsaustausch zur Papierbeschaffung begonnen werden darf. Dabei gilt die Flüchtlingseigenschaft als erstinstanzlich verneint, wenn das Asylgesuch abgelehnt oder ein Nicht-

³⁸³ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1)

³⁸⁴ Der Begriff der besonders schützenswerten Personendaten wird in Art. 3 lit. c DSG definiert.

³⁸⁵ Als Bearbeitung gilt jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten (Art. 3 lit. e DSG).

³⁸⁶ Zur Legaldefinition s. Art. 3 lit. c DSG.

³⁸⁷ Dies insbesondere im Hinblick auf das Entstehen von subjektiven Nachfluchtgründen oder die Reflexverfolgung von zurückgebliebenen Familienangehörigen.

³⁸⁸ *BFM*, Handbuch, Kap. K §1 (Stand 1.1.2007), 5, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0021.File.tmp/Kap._F__4_d.pdf (besucht am 18.3.2008).

³⁸⁹ Asylverordnung 3 über die Bearbeitung von Personendaten vom 11. August 1999 (AsylV 3; SR 142.314).

³⁹⁰ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6898.

eintretensentscheid gefällt worden ist (Art. 4 Abs. 1 VVWA³⁹¹). Die Einreichung eines Rechtsmittels oder Rechtsbehelfs³⁹² hemmt die Beschaffung der notwendigen Reisepapiere nicht (Art. 97 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 VVWA)³⁹³.

Bei der Kontaktaufnahme mit dem Heimat- oder Herkunftsstaat gilt es jedoch, materiell Art. 6 DSG zu beachten, wonach Personendaten nur dann ins Ausland bekannt gegeben werden dürfen, wenn die Persönlichkeit der betroffenen Person dadurch nicht schwerwiegend gefährdet wird. Dieser Grundsatz ist in Art. 97 Abs. 1 erster Satz AsylG spezifisch für das Asylverfahren verankert worden³⁹⁴. In Art. 97 Abs. 3 AsylG wird der Datenkatalog, welcher dem Heimat- oder Herkunftsstaat falls notwendig bekannt gegeben werden darf, abschliessend umschrieben. Es handelt sich dabei vor allem um Identitätsangaben³⁹⁵.

- Art. 98 AsylG befasst sich mit der Bekanntgabe von Personendaten an **Drittstaaten und internationale Organisationen**. Demnach dürfen das *BFM* und die Beschwerdebehörden zum Vollzug des Asylgesetzes den mit entsprechenden Aufgaben betrauten ausländischen Behörden und internationalen Organisationen die in Abs. 2 aufgeführten Personendaten bekannt geben, sofern der betreffende Staat oder die internationale Organisationen für einen gleichwertigen Schutz der übermittelten Daten Gewähr bietet.
- Ergänzt werden die Art. 97 und 98 AsylG durch Art. 98a AsylG, der die Weitergabe von Daten an **Strafverfolgungsbehörden** regelt. Demgemäss sind Informationen und Beweismittel über Asylsuchende, bei denen ernsthafte Gründe für den Verdacht bestehen, dass sie ein Verbrechen gegen das Völkerstrafrecht begangen haben, an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden zu übermitteln. Mit dieser Bestimmung wollte der Gesetzgeber nicht nur die für die Weitergabe der Daten notwendige Grundlage schaffen, sondern auch potenzielle Asyl suchende Kriegsverbrecher von einer Gesuchseinreichung in der Schweiz abhalten³⁹⁶.

11. Rechte bei Freiheitsentzug

a) Im Allgemeinen

Art. 31 Abs. 1 BV garantiert, dass die Freiheit einer Person nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgesehene Art und Weise entzogen werden darf. Für **Freiheitsentzüge**³⁹⁷ und **andere Beschränkungen der**

³⁹¹ Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen vom 11. August 1999 (VVWA; SR 142.281).

³⁹² Zu denken ist z.B. an ein Wiedererwägungsgesuch.

³⁹³ Wird eine allfällige Beschwerde abgewiesen, so hat die Kontaktaufnahme mit dem Heimat- oder Herkunftsstaat zu keinerlei Nachteilen geführt; wird sie gutgeheissen und Asyl gewährt, so erhält die Asyl suchende Person ohnehin Schutz in der Schweiz (Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 [Fn. 97], 6899). Dazu kritisch *UNHCR*, Stellungnahme (Fn. 148), 33.

³⁹⁴ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6900

³⁹⁵ Vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. K §1 (Fn. 388), 7.

³⁹⁶ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6901.

³⁹⁷ Zum Begriff des Freiheitsentzugs statt vieler BGE 123 II 193, 197 E. 5 b/c m.w.H.: „Freiheitsentziehung kann allgemein als eine Massnahme der öffentlichen Gewalt um-

Bewegungsfreiheit im Rahmen des Asyl- und Wegweisungsverfahrens finden sich in den Bestimmungen von Art. 73 ff. AuG³⁹⁸ (Art. 3a, 13a ff. aANAG) die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen. Für das Flughafenverfahren sieht Art. 22 Abs. 5 AsylG eine Spezialregelung für die Festhaltung eines Asylbewerbers in der Transitzone des Flughafens vor³⁹⁹.

Die Tatsache, dass jemand in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt hat, reicht alleine für eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit nicht aus. Die einzelnen Haftgründe und auch die jeweils zulässige Haftdauer werden bei den einzelnen **Haftarten (Art. 75 ff. AuG [Art. 13a ff. aANAG])** umschrieben⁴⁰⁰.

Die Gesamtdauer der Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft darf **24 Monate** nicht überschreiten; im Falle von Minderjährigen von 15 bis 18 Jahren beträgt die Gesamtdauer maximal **12 Monate** (Art. 79 AuG). Das Grundrecht von Art. 31 Abs. 4 BV, das dem Betroffenen einen Anspruch auf richterliche Überprüfung des Freiheitsentzug einräumt, wird in Art. 80 AuG (vgl. Art. 13c und 13g aANAG) konkretisiert: Demnach sind die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Haft spätestens nach **96 Stunden** durch eine **richterliche Behörde** zu prüfen, die in der Regel auf Grund einer **mündlichen** Verhandlung entscheidet.

b) Im Flughafen

Wird einem Asylsuchenden, der sein Gesuch an einem schweizerischen Flughafen gestellt hat, die Einreise verweigert, wird ihm für den weiteren Verlauf des Verfahrens ein **Aufenthaltort** zugewiesen (Art. 22 Abs. 3 AsylG)⁴⁰¹. Der Betroffene unterliegt in solchen Fällen den Bestimmungen über das Flughafenverfahren⁴⁰². Die Festhaltung an den Aufenthaltsorten darf aber insgesamt **60 Tage**⁴⁰³ nicht überschreiten. Die Festhaltung im Transitbereich oder an einem anderen bestimmten, begrenzten Ort ist als **Freiheitsentzug** im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EMRK und Art. 31 BV zu qualifizieren: Sie stützt sich aber auf eine hinreichende asylgesetzliche Grundlage und bildet einen rechtmässigen Eingriff zur Verhinderung der unerlaubten Einreise in

schrieben werden, durch die jemand gegen oder ohne seinen Willen an einem bestimmten, begrenzten Ort für gewisse Dauer festgehalten wird.“ Vgl. analog zu Art. 5 Ziff. 1 EMRK Urteil des EGMR i.S. Amuur, Recueil 1996-III 826 ff., § 43.

³⁹⁸ Vgl. zur Entwicklung der Zwangsmassnahmen allgemein *Zünd Andreas*, Von den alten zu den neuen Zwangsmassnahmen, in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Minh Son/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, 2007, 97–106.

³⁹⁹ S. u. D.III.11.b).

⁴⁰⁰ Vorbereitungshaft (Art. 75 AuG [Art. 13a aANAG]); Ausschaffungshaft (Art. 76 f. AuG [Art. 13b und 13i aANAG]); Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG [Art. 13g aANAG] – Nicht als Haft (sondern als übrige Einschränkung der Bewegungsfreiheit) gelten die kurzfristige Festhaltung (Art. 73 AuG [Art. 3a aANAG]) oder Anordnungen nach Art. 74 AuG (Art. 13e Abs. 1 aANAG).

⁴⁰¹ S. o. D.II.1.b)dd).

⁴⁰² S. o. D.I.2.b)aa).

⁴⁰³ Diese Frist setzt sich wie folgt zusammen: maximal 20 Tage für den Entscheid (Art. 23 Abs. 2 AsylG), maximal 5 Tage Beschwerdefrist (Art. 108 Abs. 2 AsylG), maximal 5 Tage Behandlungsfrist (Art. 109 Abs. 2 AsylG) sowie rund 30 Tage für Vollzugshandlungen (Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 [Fn. 97], 6852).

die Schweiz (Art. 5 Abs. 1 lit. f. EMRK)⁴⁰⁴; überdies stellt sie gegenüber der Festhaltung im Ausschaffungsgefängnis eine mildere Massnahme dar⁴⁰⁵.

Im Zusammenhang mit der Verweigerung der Einreise und der Bestimmung des Aufenthaltsortes stehen dem Asylsuchenden folgende Rechte (**Verfahrensrechte**) zu:

- Dem Asylsuchenden ist vor der Einreiseverweigerung und der Zuweisung des Aufenthaltsortes das **rechtliche Gehör** zu gewähren; zudem ist ihm die Möglichkeit zu geben, sich **verbeiständen** zu lassen (Art. 22 Abs. 4 Satz 2 AsylG) oder Zugang zur **Rechtsberatung oder Rechtsvertretung** zu erlangen (Art. 17 Abs. 4 AsylG i.V.m. Art. 7a AsylV 1). Bei der summarischen Befragung (Art. 22 Abs. 1 AsylG) hat der Asylsuchende auch Anspruch auf Beizug eines Dolmetschers, jedoch nicht auf den Beizug eines Vertreters der Hilfswerke⁴⁰⁶.
- Die Verfügung über die Verweigerung der Einreise und die Zuweisung eines Aufenthaltsortes ist dem Asylsuchenden **innert zwei Tagen** nach der Einreichung des Gesuches mit Rechtsmittelbelehrung zu eröffnen (Art. 22 Abs. 4 Satz 1 AsylG).
- Der Asylsuchende hat ganz allgemein einen Anspruch, über seine Verfahrensrechte **schriftlich** und in einer ihm **verständlichen Sprache informiert** zu werden⁴⁰⁷. Insbesondere ist er über die Bedeutung der Einreiseverweigerung und der Zuweisung eines Aufenthaltsortes aufzuklären. Ferner hat er Anspruch, darüber unterrichtet zu werden, welche Beschwerdemöglichkeiten⁴⁰⁸ gegen die Einreiseverweigerung, gegen die Zuweisung, den Ort, die Rechtmässigkeit und die Verhältnismässigkeit der Festhaltung sowie gegen den Asyl- und Wegweisungsentscheid offen stehen⁴⁰⁹.
- Wird einem **unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden** die Einreise verweigert, so ist ihm eine **Vertrauensperson** zu ernennen (Art. 17 Abs. 3 AsylG)⁴¹⁰.

IV. Besondere Verfahrensgarantien für unbegleitete minderjährige Asylsuchende

1. Allgemeines

⁴⁰⁴ Vgl. Entwicklung der Rechtsprechung in *EMARK* 1997 Nr. 19 und 1998 Nr. 6, 7; ferner auch BGE 123 II 193, 197 ff. E. 3; 129 I 139, 150 E. 4.4.

⁴⁰⁵ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6881 f.

⁴⁰⁶ *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 247. Dagegen dürfen Hilfswerksvertreter bei der Anhörung gemäss Art. 29 AsylG anwesend sein (vgl. Art. 22 Abs. 6 AsylG).

⁴⁰⁷ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6853.

⁴⁰⁸ S. hierzu den Beitrag von *Kiener/Kuhn* (in diesem Band).

⁴⁰⁹ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6880 f; vgl. Art. 105 Abs. 3 lit. e, 108, 109 AsylG.

⁴¹⁰ S. u. D.IV.3. Vgl. auch Art. 7 Abs. 2 AsylV 1.

a) Rechtsgrundlagen

Mit der Ratifikation der **Kinderrechtskonvention (KRK)** haben „Kinder“ gemäss Art. 1 KRK gerade auch im Asylverfahren einen stärkeren rechtlichen Schutz erhalten. Dieser Schutzgedanke ist einerseits in die Asylgesetzgebung selbst eingeflossen, die sich – wie sogleich näher ausgeführt wird – an mehreren Stellen explizit zur Stellung der minderjährigen Asylsuchenden äussert. In der Praxis der Asylrekurskommission haben andererseits hauptsächlich die Garantien von Art. 3 und Art. 22 KRK Bedeutung erlangt⁴¹¹.

Mit **Art. 11 Abs. 1 BV**, wonach Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben, wird das Kindeswohl auch verfassungsrechtlich geschützt⁴¹². Art. 11 Abs. 2 BV gestattet es Kindern und Jugendlichen überdies, ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selbständig auszuüben.

Auch das **AsylG** und die **AsylV 1** äussern sich an mehreren Stellen explizit zur Stellung der Minderjährigen im Asylverfahren: So wurde der Bundesrat in **Art. 17 Abs. 2 AsylG** verpflichtet, der speziellen Situation der Minderjährigen im Verfahren durch den Erlass **besonderer Bestimmungen** Rechnung zu tragen; Art. 17 Abs. 3 AsylG und Art. 7 Abs. 2–4 AsylV 1 beziehen sich auf die gesetzliche Vertretung der **unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden**; Art. 7 Abs. 1 AsylV 1 regelt die Bestimmung des tatsächlichen Alters eines (minderjährigen) Asylsuchenden, und Art. 7 Abs. 5 AsylV 1 verlangt eine den Aspekten der Minderjährigkeit angepasste **Anhörung**. Darüber hinaus befassen sich auch Art. 27 Abs. 3 Satz 2 AsylG und Art. 22 AsylV 1 (Zuweisung auf die Kantone), Art. 44 Abs. 1 AsylG (Wegweisung), Art. 51 AsylG und Art. 37 AsylV 1 (Familienasyl) und Art. 63 Abs. 4 AsylG (Asylwiderruf) mit minderjährigen Asylsuchenden.

Ferner hat das Bundesamt zuhanden der mit dem Vollzug des Asylrechts zuständigen Bundes- und kantonalen Behörden **Weisungen** zur Behandlung von Asylgesuchen von unbegleiteten Minderjährigen erlassen⁴¹³.

b) „Unbegleitete minderjährige Asylsuchende“

Unbegleitete Minderjährige bilden die verletzlichste Kategorie aller Asylsuchenden; für sie drängen sich sowohl hinsichtlich ihres Schutzes und ihrer Betreuung als auch mit Bezug auf die Ausgestaltung des Verfahrens besondere Massnahmen auf⁴¹⁴.

Gemäss Art. 1 lit. d AsylV 1 gilt als **minderjährig**, wer nach Art. 14 ZGB das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat⁴¹⁵. Massgebender Zeitpunkt für die Beurtei-

⁴¹¹ Allgemein zu den relevanten Garantien der KRK siehe oben B.III.

⁴¹² Vgl. Urteil des BGer 2A.563/2002 vom 23.5.2003 E. 2.6.

⁴¹³ *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.3.

⁴¹⁴ *BFM*, Handbuch, Kap. J §1 (Stand 1.1.2008), 11, im Internet unter: http://www.bfm.admin.ch/etc/medialib/data/migration/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch.Par.0027.File.tmp/Kap._J__1_d.pdf (besucht am 18.3.2008).

⁴¹⁵ Vgl. auch *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.3.1.

lung der Minderjährigkeit ist der Zeitpunkt der Einreise in die Schweiz bzw. im Zusammenhang mit dem Wegweisungsvollzug der Zeitpunkt des Wegweisungsentscheides⁴¹⁶. Das Vorliegen der Minderjährigkeit beurteilt sich also unabhängig von den rechtlichen Bestimmungen des Herkunftsstaates nach schweizerischem Recht⁴¹⁷. Dies gilt allerdings nur, wo asylrechtliche Vorschriften an den Tatbestand der Minderjährigkeit anknüpfen, namentlich für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Familienasyls (Art. 51 AsylG) oder des Geltungsbereichs der bereits genannten besonderen Verfahrensbestimmungen. Geht es hingegen um die Beurteilung der Handlungsfähigkeit oder die Anordnung von spezifischen Massnahmen zum Schutz von Minderjährigen, richtet sich der Begriff der Minderjährigkeit nach den Kollisionsregeln des Internationalen Privatrechts⁴¹⁸.

Angesichts des besonderen Status besteht ein Interesse, dass das Vorliegen der Minderjährigkeit möglichst früh, in aller Regel bereits in den **Empfangsstellen**, geklärt wird. Die Beweislast in Bezug auf das behauptete Alter liegt beim Gesuchsteller, da er aus dieser Tatsache Rechte ableiten will (Art. 8 ZGB). Mit Bezug auf das Beweismass genügt es allerdings, wenn er die Minderjährigkeit glaubhaft machen kann (Art. 7 AsylG). Die Glaubwürdigkeit der vom Gesuchsteller gemachten Altersangaben ist unter Gesamtwürdigung aller Indizien⁴¹⁹, die für oder gegen das behauptete Alter sprechen⁴²⁰, zu beurteilen. Bestehen schon vor der Anhörung zu den Asylgründen Zweifel an den Altersangaben, so ist es statthaft, den Gesuchsteller ohne Ernennung einer Vertrauensperson vorfrageweise zu befragen⁴²¹. Im Rahmen dieser Abklärung kann das *BFM* eine Expertise in Form einer sog. radiologischen Knochenaltersanalyse⁴²² anordnen (Art. 12 lit. e VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 AsylV 1; der Betroffene muss allerdings vorgängig über die Gründe und den Ablauf des Verfahrens informiert werden)⁴²³. Der Betroffene seinerseits hat an der Untersuchung mitzuwirken (Art. 8 Abs. 1 lit. a AsylG). Sträubt er sich, wird dies bei der Prüfung seiner Identität und der Glaubwürdigkeit seiner Vorbringen entsprechend gewürdigt. Gemäss Rechtsprechung der *ARK* ist eine radiologische Knochenaltersbestimmung für sich alleine noch nicht ausreichend zur Bestimmung des tatsächlichen Alters, da das Knochenwachstum individuell nach Rasse, Geschlecht und Alter variieren kann (Bandbreite bis drei Jahre)⁴²⁴. Liegt die Abweichung des festgestellten Knochenalters im Vergleich zum behaupteten Alter des Asylsuchenden aber ausserhalb der normalen Bandbreite, so genügt in diesen Fällen die radiologische Untersuchung als Beweis einer Täuschung der Identität und führt zu einem Nichteintretensentscheid nach Art. 32 Abs. 2 lit. b AsylG⁴²⁵, wobei in diesen Fällen der Nachweis der Täuschung bei der Behörde liegt (s. o. D.II.2.b).

⁴¹⁶ *EMARK* 1996 Nr. 18 E. 14e.

⁴¹⁷ So der Grundsatzentscheid *EMARK* 1994 Nr. 11 E. 4 zum Anwendungsbereich des Familienasyls nach Art. 51 AsylG.

⁴¹⁸ *BFM*, Handbuch, Kap. J §1 (Fn. 414), 12.

⁴¹⁹ Zu den einzelnen Glaubwürdigkeitsindizien der Altersschätzung und deren Beweiswert s. *EMARK* 2004 Nr. 30 E. 6.

⁴²⁰ *EMARK* 2004 Nr. 30 E. 5; 2001 Nr. 22 E. 3b.

⁴²¹ Vgl. *EMARK* 2005 Nr. 16 E. 4; 2004 Nr. 30 E. 7.4; vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6879.

⁴²² Zu den (inhaltlichen) Anforderungen aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör an die Analyseberichte s. *EMARK* 2004 Nr. 31 E. 5–6, und 7.1 sowie 2006 Nr. 16 E. 2–3. In der Literatur finden sich kritische Stimmen sowohl zur gesetzlichen Grundlage der Knochenaltersanalyse als auch zu deren Aussagekraft; vgl. *Schertenleib/Hitz* (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), 4; *Gattiker Mario*, Rechtliche Probleme der Altersbestimmungen bei minderjährigen Asylsuchenden, *ASYL* 2000/1, 16 ff.

⁴²³ *BFM*, Handbuch, Kap. J §1 (Fn. 414), 37 f.

⁴²⁴ *EMARK* 2000 Nr. 28 E. 5a; 2000 Nr. 19 E. 7.

⁴²⁵ *EMARK* 2000 Nr. 28 E. 5a (*e contrario*).

Wann Minderjährige Asylgesuchsteller als begleitet oder **unbegleitet** gelten, wird weder im Gesetz noch in der Verordnung definiert⁴²⁶. Die Unterscheidung zwischen begleiteten und unbegleiteten Minderjährigen hat aber einen wesentlichen Einfluss auf den Verfahrenslauf (Gesuchseinreichung, Zuweisungskanton, Einbezug in das Asylgesuch oder Flüchtlingseigenschaft der Begleitperson usw.)⁴²⁷. Ob ein Minderjähriger alleine oder in Begleitung von Erwachsenen einreist, ist für die Qualifikation nicht entscheidend: Auch ein in Begleitung einreisender Minderjähriger kann als „unbegleitet“ gelten, wenn die Begleitpersonen für die Sorge des Minderjährigen weder rechtlich noch traditionell verantwortlich sind. Umgekehrt führt die Tatsache, dass ein Minderjähriger alleine einreist, nicht zwingend zum Status des Unbegleiteten, wenn sich die Eltern oder andere Erziehungsberechtigte bereits in der Schweiz befinden. Als unbegleitet gilt ein minderjähriger Asylsuchender, wenn er ohne einen gesetzlichen Vertreter (mindestens einen Elternteil oder einen anderen Inhaber des Sorgerechts) in die Schweiz gelangt bzw. wenn sich kein solcher bereits in der Schweiz befindet; dasselbe trifft zu, wo der Elternteil oder Erziehungsberechtigte an der gesetzlichen Vertretung verhindert ist und der Unmündige gemäss Art. 368 ZGB unter Vormundschaft oder gemäss Art. 392 Ziff. 3 ZGB unter Vertretungsbeistandschaft gestellt werden müsste⁴²⁸. Demgegenüber gilt ein minderjähriger Asylsuchender als **begleitet**, wenn sich zumindest ein Elternteil oder eine Person, die für die Erziehung verantwortlich ist⁴²⁹, in der Schweiz befindet. Diese Personen müssen rechtlich die elterliche Sorge (elterliche Gewalt) über den Minderjährigen innehaben. Der Umstand, dass volljährige Geschwister des Minderjährigen in der Schweiz wohnhaft sind, macht aus dem Minderjährigen noch keinen begleiteten⁴³⁰.

2. Recht auf Asylgesuchstellung im eigenen Namen

Der Zugang zum Asylverfahren setzt auf Seiten des Gesuchstellers Partei- und **Prozessfähigkeit** voraus. Die Prozessfähigkeit bildet das verfahrensrechtliche Korrelat zur Handlungsfähigkeit. Diese bestimmt sich gemäss den Kollisionsregeln des IPRG⁴³¹ (Art. 35 IPRG) grundsätzlich nach schweizerischem Recht⁴³², also nach den

⁴²⁶ Vgl. immerhin *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff.1.3.1: „Als unbegleitet gilt eine minderjährige Person, die von den Eltern getrennt wurde und von keiner erwachsenen Person, der diese Verpflichtung von Gesetzes wegen oder gewohnheitsrechtlich übertragen worden wäre, unterstützt wird“.

⁴²⁷ *BFM*, Handbuch, Kap. J §1 (Fn. 414), 9.

⁴²⁸ *EMARK* 1999 Nr. 24 E. 4a; 1998 Nr. 13.

⁴²⁹ Dies können auch *nahe Angehörige* sein, mit denen der minderjährige Asylsuchende im Herkunftsland in einer Hausgemeinschaft lebte und die für ihn aufkamen und verantwortlich waren. U.U. können es auch andere nahe Angehörige sein, die zwar bisher mit dem Minderjährigen nicht in Hausgemeinschaft gelebt haben, aber bereit sind, für das Kind die Verantwortung zu übernehmen, wenn dies dem Kindeswohl entspricht und sie von der zuständigen Behörde als offizielle gesetzliche Vertreter bezeichnet worden sind (vgl. *BFM*, Handbuch, Kap. J §1 [Fn. 414], 11).

⁴³⁰ *EMARK* 2004 Nr. 9 E. 3c.

⁴³¹ Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG; SR 291).

Bestimmungen von Art. 12 ff. ZGB. Demnach ist prozessfähig, wer mündig und urteilsfähig ist. Bei den minderjährigen Asylgesuchstellern fehlt definitionsgemäss die Mündigkeit, während die Urteilsfähigkeit relativ und daher in jedem Einzelfall zu prüfen ist. Die **Urteilsfähigkeit** in Bezug auf die Durchführung eines Asylverfahrens setzt voraus, dass eine Person als Asylbewerber in der Lage ist, Bedeutung und Tragweite des Asylverfahrens und der dazu erforderlichen Mitwirkungshandlungen zu erfassen, bezüglich der nötigen Mitwirkung vernunftgemäss zu handeln und namentlich ihre Verfolgungssituation nachvollziehbar zu schildern⁴³³. Fehlt die Urteilsfähigkeit, kann der gesetzliche Vertreter das Asylgesuch einreichen und die dafür notwendigen Rechtshandlungen vornehmen; wird der Asylsuchende nicht von seinem gesetzlichen Vertreter begleitet, drängt sich die Einleitung von vormundschaftlichen Massnahmen auf⁴³⁴. Demgegenüber können **urteilsfähige Unmündige** das Asylgesuch in eigenem Namen und ohne gesetzlichen Vertreter einreichen, denn die Einreichung eines Asylgesuches stellt ein **relativ höchstpersönliches Recht** im Sinne von Art. 19 Abs. 2 ZGB (vgl. auch Art. 11 Abs. 2 BV) dar, das trotz Minderjährigkeit bei vorhandener Urteilsfähigkeit selbständig wahrgenommen werden kann⁴³⁵. Somit kann jeder urteilsfähige minderjährige Asylsuchende entweder persönlich oder durch einen Vertreter ein Asylgesuch einreichen.

Auch Minderjährige bzw. ihre Vertreter haben ihr Asylgesuch bei einer schweizerischen Vertretung, bei der Einreise an einem geöffneten Grenzübergang oder an einer Empfangsstelle zu stellen (vgl. Art. 19 Abs. 1 AsylG). Kinder unter 14 Jahren, die ihren Eltern in die Schweiz nachreisen, stellen ihr Asylgesuch direkt bei den Behörden des Aufenthaltskantons ihrer Eltern (Art. 8 Abs. 4 AsylV 1).

3. Recht auf Vertretung und Verbeiständung

Während des Asylverfahrens steht dem **unbegleiteten minderjährigen Gesuchsteller** das Recht auf **Vertretung** und **Verbeiständung** zu.

- So verpflichtet Art. 17 Abs. 3 AsylG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 AsylV 1 die nach kantonalem Recht zuständigen Behörden des Kantons oder der Gemeinden, bei minderjährigen Asylsuchenden, die nicht von ihrer gesetzlichen Vertretung begleitet werden und deren gesetzliche Vertretung sich nicht in der Schweiz aufhält, nach dem Zuweisungsentscheid (Art. 27 Abs. 3 AsylG) **vormundschaftliche Massnahmen** gemäss ZGB zu ergreifen. Die zuständige kantonale Asylbehörde ist jeweils verpflichtet, der Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Asylsuchenden den Fall anzuzeigen, damit diese die notwendigen vormundschaftlichen Massnahmen treffen kann⁴³⁶. Die eigentliche **Vormundschaft** ist das umfassendste Schutz- und Fürsorgeinstitut. Der Vormund hat die gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen des Bevormundeten zu wahren und ist dessen Vertreter (Art. 367 Abs. 1 und

⁴³² Art. 35 IPRG knüpft grundsätzlich an den Wohnsitz an. Der Asylbewerberstatus steht dabei der Begründung eines Wohnsitzes in der Schweiz nicht entgegen (BGE 113 II 5, 7 f. E. 2).

⁴³³ *EMARK* 1996 Nr. 5 E. 4a.

⁴³⁴ S. unten IV.3.

⁴³⁵ S. Fn. 222.

⁴³⁶ Vgl. *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.3.4.3.

Art. 405 ff. ZGB)⁴³⁷. Die Errichtung einer Vormundschaft bietet dem Minderjährigen maximalen Schutz. Ein Problem bei der Errichtung der Vormundschaft stellt selbst in Fällen, in denen die Voraussetzungen von Art. 311 ZGB für den Entzug der elterlichen Sorge erfüllt wären⁴³⁸, die Wahrung des rechtlichen Gehörs der Eltern dar. Daher kann die Bezeichnung eines **Beistandes** nach Art. 308 ZGB eine Alternative darstellen⁴³⁹. Für die Vornahme nur bestimmter Vertretungshandlungen kann nach Art. 392 Ziff. 3 ZGB eine Vertretungsbeistandschaft mit bloss vorübergehendem Charakter angeordnet werden⁴⁴⁰.

- Aber selbst in Fällen, in denen noch keine vormundschaftlichen Massnahmen veranlasst oder kein freiwilliger Vertreter (Art. 11 VwVG) bestimmt worden ist⁴⁴¹, hat jeder unbegleitete Minderjährige Anspruch auf Beiordnung einer rechtskundigen Person vor Durchführung der Anhörung zu seinen Asylgründen. Diesen Anspruch hatte die ARK schon unter dem früheren Asylgesetz aus dem Grundsatz der Achtung des Kindeswohls (Art. 3 KRK, Art. 11 BV), der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) sowie aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 BV) abgeleitet, um der speziellen Situation von Minderjährigen im Asylverfahren Rechnung zu tragen⁴⁴². Dementsprechend verlangt nun auch Art. 17 Abs. 3 AsylG, dass die zuständigen kantonalen Behörden für unbegleitete minderjährige Asylsuchende unverzüglich eine **Vertrauensperson** zu bestimmen haben, welche deren Interessen während des Asylverfahrens zu wahren hat⁴⁴³. Eine solche Beiordnung kann sich nicht nur nach Zuweisung an einen Kanton (Art. 17 Abs. 3 lit. c AsylG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 AsylV 1), sondern auch schon während des Aufenthaltes in einer Empfangsstelle aufdrängen, wenn dort über die Kurzbefragung gemäss Art. 26 Abs. 2 AsylG hinausgehende entscheidrelevante Verfahrensschritte durchgeführt werden (Art. 17 Abs. 3 lit. b AsylG); dasselbe gilt für entscheidrelevante Verfahrensschritte während des Flughafenverfahrens (Art. 17 Abs. 3 lit. a AsylG). Einzig wenn bereits vor der Anhörung Zweifel an der behaupteten Minderjährigkeit bestehen, kann auf die Beiordnung einer Vertrauensperson verzichtet werden⁴⁴⁴. Die beigeordnete Person muss selber rechtskundig sein⁴⁴⁵, wobei an die Rechtskundigkeit keine allzu grossen Anforderungen zu

⁴³⁷ BFM, Handbuch, Kap. J §1 (Fn. 414), 29.

⁴³⁸ Die Eltern sind aufgrund ihrer Abwesenheit nicht in der Lage, ihre elterliche Sorge pflichtgemäss auszuüben.

⁴³⁹ Vgl. BFM, Handbuch, Kap. J §1 (Fn. 414), 30. Der Status des unbegleitenden minderjährigen Asylsuchenden bedeutet nicht zwingend, dass per se keine Eltern mehr vorhanden sind. Diese Situation ist daher nicht mit einem Waisenkind gleichzusetzen. Da die Eltern aber abwesend sind, gestaltet sich die Wahrung des ihnen zustehenden rechtlichen Gehörs schwierig.

⁴⁴⁰ Vgl. BFM, Handbuch, Kap. J §1 (Fn. 414), 30.

⁴⁴¹ EMARK 1999 Nr. E. 5a–c; 1998 Nr. 13 E. 4b.

⁴⁴² EMARK 2006 Nr. 14 E. 4.1.

⁴⁴³ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6878 f.; zum Flughafenverfahren s. auch o. D.III.11.b). Vgl. auch BFM, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.3.4.3.

⁴⁴⁴ EMARK 2004 Nr. 30 E. 5–6.

⁴⁴⁵ EMARK 2003 Nr. 1 E. 3a–d.

stellen sind⁴⁴⁶. Die Aufgabe der Vertrauensperson besteht darin, altersbedingte Erfahrungsdefizite des unbegleiteten Minderjährigen auszugleichen und sicherzustellen, dass seine Verfahrensrechte hinreichend gewahrt und die Verfahrenspflichten eingehalten werden⁴⁴⁷. Sie begleitet und unterstützt den unbegleiteten minderjährigen Gesuchsteller im Asylverfahren⁴⁴⁸ (Art. 7 Abs. 3 AsylV 1), jedoch längstens bis zur Bezeichnung eines Vormundes oder Beistandes, wobei sich die Begleitung u.U. bis zur Volljährigkeit der betroffenen Person erstrecken kann⁴⁴⁹. Die Vertrauensperson bleibt solange für die Belange des unbegleiteten Minderjährigen zuständig, bis eine vormundschaftliche Massnahme angeordnet (Art. 7 Abs. 2 AsylV 1) oder ein freiwilliger Vertreter (Art. 11 VwVG) bestimmt worden ist oder bis die betroffene Person ihre Volljährigkeit erreicht hat⁴⁵⁰. Diese tritt grundsätzlich nach Art. 35 IPRG i.V.m. Art. 14 ZGB mit dem vollendeten 18. Lebensjahr ein. Allenfalls kann die Volljährigkeit durch Heirat mit einer ausländischen Person früher erlangt werden. Dasselbe gilt bei Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Ehe eines Minderjährigen (Art. 45a IPRG).

Sowohl die bezeichneten (Vormund, Beistand, Vertrauensperson) als auch die gewillkürten Vertreter sind zur Anhörung zu den Asylgründen gemäss Art. 29 AsylG vorzuladen⁴⁵¹. Der Anspruch auf Beiordnung einer rechtskundigen Person beinhaltet aber nicht gleichzeitig auch das Recht auf Anwesenheit dieser Person bei der Anhörung⁴⁵². Eine Abwesenheit des Vertreters wird als Verzicht auf die Teilnahme ausgelegt⁴⁵³.

4. Recht auf „minderjährigengerechte“ Anhörung

Bei der Anhörung, an welcher der minderjährige Gesuchsteller zwingend persönlich teilzunehmen hat, ist den **besonderen Aspekten der Minderjährigkeit** Rechnung

⁴⁴⁶ *EMARK* 2003 Nr. 1 E. 3e. Sie muss über hinreichende Grundkenntnisse im Asylverfahren verfügen und namentlich den Ablauf der Verfahrensschritte kennen (vgl. *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG [Stand 1.1.2008], Ziff. 1.3.4.3.).

⁴⁴⁷ *EMARK* 2003 Nr. 1 E. 3e.

⁴⁴⁸ Die Aufgabe der Vertrauensperson umfasst nicht nur die Wahrung der Interessen und die Vertretung des unbegleiteten Minderjährigen, sondern darüber hinaus auch administrative und organisatorische Aufgaben wie die Betreuung am Wohnort oder die Regelung von Versicherungsangelegenheiten (vgl. *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG [Stand 1.1.2008], Ziff. 1.3.4.3.).

⁴⁴⁹ *BFM*, Handbuch, Kap. J §1 (Fn. 414), 32. De facto übernehmen sie die Funktionen eines Vormundes.

⁴⁵⁰ Endet die einzig aufgrund der Unmündigkeit errichtete gesetzliche Vertretung während des hängigen Asylverfahrens und hätte das *BFM* von diesem Umstand wissen müssen, so stellt die Gewährung der Akteneinsicht gegenüber dem mutmasslichen gesetzlichen Vertreter – auch wenn sie versehentlich erfolgte – eine schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, falls die betroffene Person nicht trotzdem Kenntnis der Akten erhalten hat (BVGer, Urteil E-889/2008 vom 17.3.2008 E. 4.3–4.5). Vgl. auch *BFM*, Weisungen und Kreisschreiben zum AsylG (Stand 1.1.2008), Ziff. 1.3.4.5.

⁴⁵¹ *EMARK* 2004 Nr. 23 E. 3b. Der Beweis der korrekten Zustellung obliegt den Behörden (s. o. D.III.9.c). Vgl. für die Zustellung auch Art. 12 Abs. 2 AsylG.

⁴⁵² *EMARK* 2004 Nr. 23 E. 3a mit Verweis auf *EMARK* 1999 Nr. 2.

⁴⁵³ *BFM*, Handbuch, Kap. J §1 (Fn. 414), 40.

zu tragen (Art. 7 Abs. 5 AsylV 1). Die befragende Person ist insbesondere verpflichtet, für eine dem Alter und der Entwicklung des minderjährigen Asylsuchenden angepasste Atmosphäre zu sorgen und darauf zu achten, dass alle Aspekte der Minderjährigkeit in adäquater Weise erörtert oder vervollständigt werden⁴⁵⁴.

Die besonderen Aspekte der Minderjährigkeit müssen ferner auch im Zusammenhang mit dem vom Gesuchsteller zu erbringenden **Nachweis bzw. Glaubhaftmachen der Flüchtlingseigenschaft** (Art. 7 Abs. 1 AsylG) sowie in der Beurteilung der zumutbaren **Mitwirkung** bei der Feststellung des Sachverhalts (Art. 8 AsylG) Beachtung finden. Ist der Minderjährige Gesuchsteller noch sehr jung und hat er die Gründe für sein Gesuch nicht genügend klar und vollständig dargelegt, kann ihm grundsätzlich keine Verletzung der Mitwirkungspflicht vorgehalten werden⁴⁵⁵.

5. Kindeswohlgerechte Unterbringung während des Asylverfahrens

Im Lichte von Art. 20 und Art. 3 KRK sind jüngere unbegleitete Minderjährige Asylsuchende im Rahmen der Möglichkeiten **privat** unterzubringen, sofern es offensichtlich erscheint, dass die Strukturen der **Empfangsstellen** für sie nicht geeignet sind⁴⁵⁶. Bei einer Unterbringung in den Empfangsstellen ist zu beachten, dass die Minderjährigen wenn immer möglich in Zimmern mit Personen desselben Sprach- und Kulturkreises oder desselben Geschlechts bzw. mit Reisegefährten untergebracht werden, wobei vor allem Geschwister oder minderjährige Verwandte nicht getrennt werden sollten. Der Aufenthalt von Kindern in der **Transitzone des Flughafens** erscheint besonders problematisch. Sie sollten von der Festhaltung am Flughafen generell ausgeschlossen sein⁴⁵⁷.

Art. 27 Abs. 3 AsylG und Art. 22 Abs. 1 AsylV 1 verpflichten das *BFM*, bei der **Zuweisung der Asylsuchenden auf die Kantone** den schützenswerten Interessen der Kantone und der Asylsuchenden Rechnung zu tragen. Dazu gehört insbesondere auch die **vorrangige Wahrung des Kindeswohls** (Art. 3 KRK, Art. 11 BV)⁴⁵⁸. Unter diesem Aspekt kann es sich aufdrängen, einen Minderjährigen demselben Kanton zuzuweisen wie seine mehr oder weniger nahen Angehörigen, die weder für ihn verantwortlich sind noch im Herkunftsland für ihn verantwortlich waren. Ferner können auch die in den einzelnen Kantonen für bestimmte Kategorien von Minderjährigen bestehenden spezifischen Infrastrukturen eine Rolle spielen⁴⁵⁹.

Jüngere unbegleitete Minderjährige sind beim Transfer in den Zuweisungskanton zu begleiten, sofern sie nicht ohnehin schon privat untergebracht sind. Ältere Minderjährige werden in der Regel ohne Begleitperson in die Kantone überführt, ausser es sprechen besondere Gründe für eine Begleitung.

⁴⁵⁴ Weiterführend *Schertenleib/Hitz* (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), 12.

⁴⁵⁵ *EMARK* 1999 Nr. 2 E. 6d.

⁴⁵⁶ Vgl. zur Problematik auch *Schertenleib/Hitz* (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), 13.

⁴⁵⁷ Vgl. *UNHCR*, Stellungnahme (Fn. 148), 17 m.w.H.

⁴⁵⁸ Vgl. *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 266 ff.

⁴⁵⁹ Zum Ganzen *BFM*, Handbuch, Kap. J §1 (Fn. 414), 39.

V. Die Rolle des UNHCR im Asylverfahren

Art. 113 AsylG statuiert die Verpflichtung der Schweiz zur Unterstützung der Tätigkeit internationaler Hilfswerke und zur Zusammenarbeit mit dem *UNHCR* zusätzlich auf Gesetzesstufe⁴⁶⁰. Zur Abklärung von Asylgesuchen kann das *BFM* die Stellungnahme des *UNHCR* einholen (Art. 28 AsylV 1). Mit dem Ausbau des Flughafenverfahrens zu einem vollwertigen Asylverfahren⁴⁶¹ wird das altrechtlich in Art. 23 Abs. 3 aAsylG vorgesehene Vetorecht des *UNHCR*⁴⁶² aus rechtlicher Sicht obsolet. Mit Art. 113 AsylG besteht eine genügende gesetzliche Grundlage, damit das *UNHCR* auch im Flughafenverfahren die Einhaltung des asyl- und flüchtlingsrechtlichen Rückschiebungsverbotes überwachen kann⁴⁶³.

E. Konvergenzen und Divergenzen des europäischen und schweizerischen Asylrechts im Bereich der Verfahrensgarantien

Wie bereits an anderer Stelle bemerkt⁴⁶⁴, ist die Schweiz vertraglich nicht verpflichtet, die Vorgaben des materiellen Asyl(verfahrens)rechts – und damit auch nicht die RL 2005/85 – der Gemeinschaft zu übernehmen. Gleichwohl ist aber in Bezug auf das Verfahren die Frage nach der Kompatibilität der schweizerischen Regelungen bedeutsam, insbesondere vor dem Hintergrund der Einbindung der Schweiz in die europäische Zuständigkeitsregelung über die Entscheidung über Asylanträge: Das Dubliner-Zuständigkeitssystem basiert auf der Annahme, dass Asylbewerber und Flüchtlingen in allen „Dublin“-Staaten gleichwertiger (materieller und verfahrensrechtlicher) Schutz gewährt wird. Die Schweiz hat sich daher – wenn auch nicht vertraglich zur Übernahme der gemeinschaftsrechtlichen Erlasse verpflichtet – an dem Schutzniveau der übrigen „Dublin“-Staaten zu orientieren. Im Weiteren dürfte die Rechtslage und die Praxis der EU und ihrer 27 Mitgliedstaaten die Staatenpraxis im internationalen Asyl- und Flüchtlingsrecht massgebend prägen, so dass eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen Asylverfahrens auch vor diesem Hintergrund als wichtig erscheint.

Die **Vorgaben der RL 2005/85** zeichnen sich in weiten Teilen durch eine relative Offenheit aus (wenn auch nicht zu verkennen ist, dass die Richtlinie, insbesondere im Kapitel II, durchaus auch in begrüssenswerter Weise gewisse Mindestgarantien formuliert); insbesondere werden den Mitgliedstaaten häufig relativ weitgehende Möglichkeiten des Abweichens vom „eigentlichen“ Mindeststandard erlaubt, und die RL 2005/85 rekuriert teilweise auch auf offene Formulierungen, so dass den Mitgliedstaaten insgesamt ein recht **weiter Gestaltungsspielraum** eingeräumt wird⁴⁶⁵.

⁴⁶⁰ Vgl. *EMARK* 2006 Nr. 18 E. 7.8; Nr. 32 E. 8.2 m.w.H.

⁴⁶¹ S. o. D.I.2.b)aa) und D.II.1.b)dd).

⁴⁶² Vgl. dazu *Achermann/Hausammann*, Handbuch (Fn. 83), 248 f., 303.

⁴⁶³ Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes 2002 (Fn. 97), 6852, 6882 und Art. 28 AsylV 1.

⁴⁶⁴ S. auch bereits oben A.

⁴⁶⁵ Vgl. insoweit auch die (kritischen) Bemerkungen bei *Battjes*, European Asylum Law (Fn. 11), 364 f.; *ter Steeg*, Einwanderungskonzept (Fn. 24), 263 f.

Insofern überrascht es nicht, dass die in diesem Beitrag erörterten Verfahrensgarantien des schweizerischen Asylrechts weitgehend mit den Vorgaben der Richtlinie im Einklang stehen dürften, dies unter dem Vorbehalt einiger punktueller Aspekte sowie der Problematik der Nichteintretensentscheide.

So dürften zunächst folgende Regelungen im schweizerischen Asylrecht nicht vollumfänglich mit den Vorgaben der Richtlinie im Einklang stehen bzw. die Anwendung der einschlägigen Vorgaben müsste ggf. richtlinienkonform erfolgen:

- Art. 4 Abs. 1 RL 2005/85 sieht grundsätzlich vor, dass nur eine Behörde, die „**Asylbehörde**“, für das Verfahren zuständig ist; Delegationen sind grundsätzlich ausgeschlossen⁴⁶⁶. Mit dieser Vorgabe könnte die schweizerische Regelung, wonach die Anhörung – auch wenn sie in der Regel durch das BFM selbst ausgeführt wird – an die Kantone delegiert werden kann bzw. durch die Botschaften durchgeführt wird⁴⁶⁷, im Konflikt stehen, da damit eine Delegation einer wesentlichen Verfahrenshandlung an eine andere Behörde verbunden ist. Allerdings könnte hier auch argumentiert werden, dass die Verfahrensherrschaft in jeder Beziehung beim BFM verbleibe, so dass die entsprechenden Behörden nur als eine Art „verlängerter Arm“ des BFM angesehen werden könnten. Zudem könnten diese Delegationsmöglichkeiten zumindest teilweise unter die Ausnahmebestimmung des Art. 4 Abs. 2 RL 2005/85 fallen, wonach insbesondere bei Verfahren an der Grenze andere Behörden einbezogen werden dürfen.
- Das „**Flughafenverfahren**“⁴⁶⁸ dürfte zwar grundsätzlich mit dem Bleiberecht (Art. 7 RL 2005/85) vereinbar sein, da der Asylsuchende ja auch während des Flughafenverfahrens im Land verbleiben darf, selbst wenn er als eigentlich „nicht eingereist“ angesehen wird. Bedenken könnten sich jedoch in Bezug auf **Art. 18 RL 2005/85** ergeben, wonach eine Person nicht allein deshalb in **Gewahrsam genommen** werden darf, weil sie Asylbewerber ist. Denn in gewissen Fällen (Vorliegen von Nichteintretensgründen oder offensichtlicher Unbegründetheit) wird die Einreise verweigert und die Person wird letztlich im Flughafen oder in einem Ausschaffungsgefängnis in Gewahrsam genommen⁴⁶⁹, so dass die Person allein deshalb in Gewahrsam genommen werden könnte, weil sie Asylbewerber ist. Allerdings dient die Ingewahrsamnahme in diesen Fällen der Verhinderung der illegalen Einreise, so dass argumentiert werden könnte, es gehe gerade nicht um eine Ingewahrsamnahme allein aufgrund der Eigenschaft als Asylbewerber. Gleichwohl ist die schweizerische Regelung nicht unproblematisch, da eine erhöhte Gefahr eines gewissen Automatismus besteht, werden die jeweiligen Personen doch unabhängig vom Vorliegen eines konkreten, in ihrem individuellen Verhalten beruhenden Verdachts aufgrund ihrer Eigenschaft als Asylbewerber in Gewahrsam genommen. Hieran ändert auch der Umstand nicht, dass diese Personen nach nationalem Recht als nicht in die Schweiz eingereist betrachtet werden. Hinzuweisen ist allerdings auf den Umstand, dass Art. 35 Abs. 2 RL 2005/85 die **Beibehaltung besonderer Verfahren an der Grenze** (und damit auch

466

S.o.C.I.

467

S.o. D.II.1.b).

468

S. o. D.I.2.b)aa).

469

S. o. D.II.1.b)dd).

im Transitbereich eines Flughafens) ermöglicht, in denen einige Garantien des Kapitels II RL 2005/85 (darunter auch Art. 18) nicht beachtet werden müssen, so dass insofern eine „echte“ Unvereinbarkeit mit den Anforderungen der Richtlinie wohl zu verneinen ist. Grundsätzlich haben jedoch auch solche besonderen Verfahren nach Massgabe der Grundsätze und Garantien des Kapitels II RL 2005/85 zu erfolgen (Art. 35 Abs. 1 RL 2005/85), womit der Charakter von Art. 35 Abs. 2 RL 2005/85 als „Übergangsregelung“ deutlich wird.

Weiter dürften die **maximalen Behandlungs- bzw. Festhaltefristen** im schweizerischen Recht mit den Vorgaben der Richtlinie in Einklang stehen: Gemäss Art. 35 Abs. 4 RL 2005/85 ist die Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens auf maximal vier Wochen beschränkt. Kann innerhalb dieser Frist keine Entscheidung getroffen werden, ist dem Asylbewerber die Einreise zu gestatten und sein Antrag nach Massgabe von Art. 23 ff. RL 2005/85 und unter Beachtung der Grundsätze und Garantien des Kapitels II RL 2005/85 zu prüfen. Art. 22 Abs. 5 AsylG sieht zwar vor, dass der Gesuchsteller während maximal 60 Tagen am Flughafen (oder an einem anderen zugewiesenen Ort) festgehalten werden darf; jedoch ist auch in der Schweiz das erstinstanzrechtliche Verfahren innerhalb von insgesamt 20 Tagen abzuschliessen; hinzu kommen 10 Tage Rechtsmittelverfahren. Die weiteren 30 Tage, während derer eine Person noch festgehalten werden darf, beziehen sich lediglich auf Fälle, in denen ein negativer Entscheid erfolgt ist;⁴⁷⁰ Art. 35 Abs. 4 RL 2005/85 ist jedoch kein Anspruch auf Einreise im Falle eines negativen Entscheids, sondern nur für die Fälle einer nicht innerhalb von 30 Tagen erfolgten Entscheidung, zu entnehmen.

Die Zuweisung der Gesuchsteller an die Kantone und die Verpflichtung der Gesuchsteller, bestimmte Regeln in Bezug auf den Aufenthalt einzuhalten, dürfte mit Art. 18 RL 2005/85 jedenfalls in Einklang stehen, da es hier nicht um Gewahrsam im Sinne der RL 2005/85, der einen eigentlichen Freiheitsentzug implizieren dürfte, geht.

- Die im schweizerischen Recht vorgesehenen grundsätzlichen **Fristen zur Behandlung eines Asylgesuchs** stehen mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Einklang; im Gegensatz zur Regelung in Art. 23 Abs. 2 RL 2005/85 besteht aber – soweit ersichtlich – zumindest keine ausdrückliche Pflicht der Behörde, den Asylbewerber über eine allfällige Verzögerung sowie den Zeitrahmen, innerhalb desselben er mit einer Entscheidung rechnen kann, zu informieren.
- Die in Art. 13 AsylG vorgesehenen Ausnahmen vom **Erfordernis der Schriftlichkeit** von Asylentscheiden finden sich nicht in Art. 9 RL 2005/85, in dem nur eine eng gefasste Ausnahme vom Grundsatz der Schriftlichkeit vorgesehen ist. Hingegen dürfte die Eröffnung per Telefax oder mittels elektronischer Übermittlung (vgl. Art. 13 Abs. 3, 4 AsylG und Art. 34 Abs. 1^{bis} VwVG) als schriftliche Entscheidung im Sinne des Art. 9 RL 2005/85 anzusehen sein.
- Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass die **Verfahrensgarantien für unbegleitete minderjährige Gesuchsteller** im schweizerischen Recht zu un-

⁴⁷⁰

S.o. D.III.8.c).

klar formuliert sein dürften, legt man die strengen Umsetzungsanforderungen im Gemeinschaftsrecht zugrunde: Art. 17 Abs. 4 RL 2005/85 sieht vor, dass die Personen, welche die persönliche Anhörung von unbegleiteten Minderjährigen durchführen und/oder über deren Gesuch entscheiden, über die nötigen Kenntnisse der besonderen Bedürfnisse Minderjähriger verfügen müssen. Das Schweizer Recht verpflichtet die Behörden in Art. 7 Abs. 5 AsylV 1, Art. 7 Abs. 1 AsylG und Art. 8 AsylG lediglich, den „besonderen Aspekten der Minderjährigkeit Rechnung zu tragen“. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass diese Pflicht implizieren dürfte, dass die anhörenden Personen auch über entsprechende Kenntnisse verfügen, so dass diese Divergenz letztlich wenig ins Gewicht fallen dürfte, zumal das in der Richtlinie erwähnte Erfordernis den Mitgliedstaaten auch einen beachtlichen Gestaltungsspielraum einräumen dürfte.

Die Richtlinie 2003/9 (Aufnahmestandardsrichtlinie) sieht im Weiteren eine ausdrückliche Pflicht der Staaten vor, unbegleitete Minderjährig möglichst bei erwachsenen Verwandten, einer Pflegefamilie oder ansonsten in speziell eingerichteten Zentren unterzubringen. Das Schweizer Asylrecht kennt keine vergleichbare Bestimmung⁴⁷¹. Diesbezüglich besteht somit eine Divergenz.

Grundsätzliche Fragen wirft darüber hinaus sowohl die Konstruktion der „**Nichteintretensentscheide**“ an sich als auch die konkrete **Ausgestaltung der Nichteintretensgründe** auf:

- Zunächst fragt es sich, ob das **System der Nichteintretensentscheide** eigentlich mit der Richtlinie vereinbar ist, die solche – wie gezeigt⁴⁷² – nicht kennt. Diese Frage ist zu bejahen: Denn letztlich impliziert das Nichteintreten auf ein Gesuch, dass die Flüchtlingseigenschaft materiell nicht geprüft wird⁴⁷³, womit ein Nichteintretensentscheid dieselben Merkmale wie ein „unzulässiger Antrag“ nach Art. 25 RL 2005/85 aufweist, so dass das Prinzip, Nichteintretensentscheide vorzusehen, mit den Vorgaben der Richtlinie in Einklang steht.
- Problematisch sind allerdings die im AsylG vorgesehenen **Nichteintretensgründe**: Denn Art. 25 RL 2005/85 umschreibt abschliessend diejenigen Gründe, die zu einer Unzulässigkeitsentscheidung führen können⁴⁷⁴, und Art. 32 Abs. 2 AsylG sieht eine Reihe von Gründen vor, die nicht in Art. 25 RL 2005/85 figurieren.

Von Bedeutung sind dabei zunächst Art. 32 Abs. 2 lit. b, c AsylG, wonach auf ein Gesuch nicht eingetreten wird, wenn über die **Identität getäuscht** wird oder die **Mitwirkungspflicht schuldhaft und grob verletzt** wird, ohne dass es eine „Schutzklausel“ gibt⁴⁷⁵. Diese Bestimmungen dürften nicht mit dem sich aus den RL 2004/83 und RL 2005/85 ergebenden „Recht auf Asyl“⁴⁷⁶ (unter bestimmten Voraussetzungen) und dem Recht auf Prüfung eines Antrags – es sei denn, dieser könne nach Art. 25 RL 2005/85 für unzulässig erklärt werden – in Einklang stehen. Hinzu kommt, dass in diesen Fällen

⁴⁷¹ Siehe dazu oben D.IV.5.

⁴⁷² S. o. C.XIV.

⁴⁷³ S. o. D.I.2.b)bb).

⁴⁷⁴ S. o. C.XIV.

⁴⁷⁵ S. o. D.I.2.b)bb).

⁴⁷⁶ S. dazu Epiney/Waldmann/Egbuna-Joss/Oeschger, Jusletter 2006 (Fn. 138), Rz. 76.

auf eine **persönliche Anhörung** des Gesuchstellers verzichtet werden darf⁴⁷⁷; die entsprechenden Tatbestände lassen sich jedoch nicht unter die Ausnahmen von der Anhörungspflicht in Art. 12 Abs. 2 RL 2005/85 subsumieren. Schwieriger gestaltet sich die Sachlage für Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG, wonach auf **Gesuche von Personen ohne Reise- oder Identitätspapiere** nicht eingetreten wird, da hier nach Art. 32 Abs. 3 lit. a–c AsylG gleichwohl Ausnahmen (sog. „Schutzklauseln“) vorgesehen sind⁴⁷⁸. Da bei deren Vorliegen eine materielle Prüfung gleichwohl möglich ist, könnte Art. 32 Abs. 2 lit. a AsylG auf den ersten Blick gleichwohl mit den Vorgaben der RL 2005/85 in Einklang stehen. Allerdings ändern auch diese Schutzklauseln nichts daran, dass die „Papierlosigkeit“ ein Nichteintretensgrund ist, und – es sei denn, die Voraussetzungen der relativ eng formulierten „Schutzklausel“ liegen vor – eben keine materielle Prüfung in einem ordentlichen Verfahren erfolgt, so dass auch diese Regelung mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts nicht in Einklang stehen dürfte.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang allerdings darauf, dass eine Unvereinbarkeit mit den Anforderungen der Richtlinie grundsätzlich dann nicht vorliegt, wenn im Rahmen des Nichteintretensverfahrens auch tatsächlich materielle Aspekte der Flüchtlingseigenschaft geprüft werden, was bei den erwähnten Nichteintretensgründen bis zu einem gewissen Grad unvermeidbar ist. Dass dem so ist, zeigt sich in der neusten Rechtsprechung des *BVGer*, wenn es davon spricht, dass der Gesetzgeber mit der Umformulierung der „Papierlosenbestimmung“ ein Summarverfahren geschaffen habe⁴⁷⁹. Nach Ansicht des Gerichts ist es aus rechtssystematischer, wie auch aus verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht bei den vorgegebenen Verfahrensabläufen nicht grundsätzlich ausgeschlossen, einen summarischen materiellen Entscheid im Rahmen eines Nichteintretensentscheides vorzusehen⁴⁸⁰. Allerdings dürfte die schweizerische Regelung nicht mit den eher strengen Vorgaben des EuGH in Bezug auf die Umsetzung in Einklang stehen, legt es die gesetzliche Regelung doch gerade nahe, dass im Falle des Nichteintretens eben gerade keine materielle Prüfung erfolgt.

Insgesamt wirft die RL 2005/85 in Bezug auf das schweizerische Recht vor diesem Hintergrund insbesondere die Frage auf, ob die **Konstruktion der Nichteintretensentscheide bzw. die Nichteintretensgründe nicht nachhaltig reflektiert** werden sollten: Neben der aufgezeigten Problematik der Vereinbarkeit einiger Nichteintretensgründe mit den Vorgaben der RL 2005/85 fällt auch auf, dass die Nichteintretensgründe sowohl eigentliche Unzulässigkeitsgründe – in denen sich eine materielle Prüfung des Antrags tatsächlich erübrigt – als auch Situationen erfasst, in denen es letztlich um eine offensichtliche Unbegründetheit des Antrags geht bzw. gehen kann, so dass die derzeitige Ausgestaltung der Nichteintretensgründe eigentlich verschiedene Problemstellungen miteinander vermengt.

Diese Überlegung drängt sich auch unabhängig von der europäischen Regelung auf: Es ist für die Betroffenen nicht von vornherein ersichtlich, ob ihr Verfahren in einen materiellen oder in einen Nichteintretensentscheid mündet. Wie bereits gesehen⁴⁸¹, können Nichteintretensentscheide nicht nur nach der zehntägigen Ordnungsfrist von Art. 37 Abs. 1 AsylG, sondern auch nachträglich noch ergehen. Wenn aber für Nichteintretensentscheide teilweise spezielle Verfahrensvorschriften gelten, müss-

⁴⁷⁷ S. o. D.III.7.b).

⁴⁷⁸ S. o. D.I.2.b)bb).

⁴⁷⁹ BVGE 2007/8 E. 5.6.5; Urteil des BVGer D-622/2007 vom 16. Juli 2007, E. 2.1. Zum Ganzen oben Fn. 179 ff.

⁴⁸⁰ BVGE 2007/8 E. 5.6.1; *Beck*, ASYL 2008/1 (Fn. 200), 7 spricht von einem „materiellen Nichteintretenstatbestand“.

⁴⁸¹ S. o. D.II.8.b)aa).

te von vornherein klar sein, welches Verfahren zur Anwendung kommt. Es besteht zudem die Gefahr, dass Nichteintretens- und Abweisungsgründe miteinander vermischt werden.

Immerhin gilt es in Erinnerung zu rufen, dass das AsylG in dieser Hinsicht nicht von den allgemeinen Regeln des VwVG abweicht und somit – aus einer rein innerstaatlichen Perspektive betrachtet – „systemkonform“ erscheint. Auch gemäss Art. 13 Abs. 2 VwVG braucht eine Behörde bei einer Verletzung der Mitwirkungspflicht in Verfahren, die durch Begehren des Betroffenen eingeleitet wurden, nicht einzutreten.

Vor diesem Hintergrund könnte sich eine **Unterscheidung** zwischen solchen Tatbeständen, bei denen es um eigentliche **Unzulässigkeitsgründe** geht – die dann auch Nichteintretensgründe genannt werden können – und die sich dadurch auszeichnen, dass sich eine Prüfung der Flüchtlingseigenschaft von vornherein erübrigt, und solchen, bei denen eine **offensichtliche Unbegründetheit** (und damit die Heranziehung eines beschleunigten Verfahrens) zur Debatte steht bzw. stehen kann, aufdrängen. Bei ersteren ist die Bejahung der Flüchtlingseigenschaft von vornherein ausgeschlossen, insbesondere weil die betreffende Person in einem anderen Staat Schutz suchen kann oder weil ein anderer Staat zur Behandlung des Asylgesuchs zuständig ist. Bei allen anderen Gründen geht es an sich um besonders klare Fälle (offensichtliche Unbegründetheit), die in einem beschleunigten materiellen Verfahren erledigt werden können. Dies gilt auch für die in Art. 32 Abs. 2 lit. a–c AsylG aufgeführten Gründe, die zudem teilweise auch aufgrund ihrer Unbestimmtheit nicht unproblematisch sind (wenn auch die Rechtsprechung eine gewisse Konkretisierung erlaubt): Denn eine Verletzung der Mitwirkungspflicht, ein Verheimlichen oder ein Täuschen über die Identität wird bzw. würde in der Regel für den Gesuchsteller sowieso insofern negative Folgen (eine Ablehnung des Gesuchs) nach sich ziehen, als es ihm obliegt, die Verfolgung oder Gefährdung glaubhaft zu machen oder zu beweisen und ein derartiges Verhalten der Glaubwürdigkeit des Antragstellers in der Regel nicht förderlich ist. Was die „Papierlosigkeit“ angeht, so ist sie ganz grundsätzlich problematisch, da auch „Papierlose“ Flüchtlinge sein können⁴⁸² und der Umstand, dass jemand keine Papiere hat, nicht zwingend auf seine fehlende Glaubwürdigkeit schliessen lässt. Teilweise wird hier daher gar ein Verstoß dieser Bestimmung gegen die völkerrechtlichen Vorgaben geltend gemacht⁴⁸³. Jedenfalls aber dürfte diese Be-

⁴⁸² Bzw. – im Gegenteil – sich die „Papierlosigkeit“ häufig auf die Flüchtlingseigenschaft zurückführen lässt, vgl. *Kälin*, Rechtsfragen (Fn. 8), Rz. 12.

⁴⁸³ Vgl. *Kälin*, Rechtsfragen (Fn. 8) sowie *Beck*, ASYL 2008/1 (Fn. 199), 3 ff., der darüber hinaus die Bestimmung auch für verfassungswidrig hält (Verstoß gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip und Art. 8 BV); a.A. *Kay Hailbronner*, Stellungnahme zu Art. 32 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 Asylgesetz, Jusletter vom 15.5.2006. Die Frage des Verstosses gegen die GFK wird davon abhängen, wie die „Schutzklausel“ des Art. 32 Abs. 3 gehandhabt wird: Wird sie in jeder Beziehung im Einklang mit der GFK ausgelegt und angewandt (was insbesondere bedeutet, dass in all den Fällen, in denen das Vorliegen der Flüchtlingseigenschaft auch nur möglich erscheint, von einem Nichteintretensentscheid abgesehen wird), dürfte ihre Vereinbarkeit mit den völkerrechtlichen Vorgaben zu bejahen sein, was nichts daran ändert, dass die in dieser Beziehung teilweise höchst unklaren Formulierungen zu bedauern sind und sie durchaus das Risiko einer nicht völkerrechtskonformen Entscheidung erhöhen. Im Übrigen ist noch an Art. 3 EMRK zu erinnern, dessen Schutzbereich weiter ist als derjenige des Art. 33 GFK und bei dessen Einschlägigkeit jedenfalls keine Abschiebung erfolgen darf. Das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 3 EMRK muss daher immer zusätzlich geprüft werden, auch wenn es in Art. 32 AsylG nicht ausdrücklich erwähnt ist. Problematisch sind hier jedoch ggf. die kurzen Fristen, vgl. hierzu *Kälin*, Rechtsfragen (Fn. 8). Das *BVGer* erachtet den Art. 32 Abs. 2

stimmung nicht den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts entsprechen, und es wäre zu begrüßen, wenn man sich bei der nächsten Revision des Asylgesetzes (auch) mit dieser Frage befassen würde.

lit. a und Abs. 3 AsylG als völkerrechtskonform, da für die Frage des Nichteintretens eine summarische Prüfung vorzunehmen ist, ob ein Asylsuchender offenkundig die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllt, und dieser Entscheid in Anbetracht der durch das Asylgesetz aufgestellten Bedingungen in einem fairen Verfahren getroffen wird (BVGE 2007/8 E. 6.2). Vgl. zur Vereinbarkeit mit der Folterkonvention (Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984; SR 0.105) *Hertig Randall Maya*, La nouvelle loi sur l'asile à l'épreuve des droits de l'homme, La Communication Jean Patrick Iya c. Suisse du Comité contre la torture du 16 novembre 2007, Jusletter 28. April 2008 sowie der Kommentar zu diesem Entscheid durch *Illes Ruedi*, ASYL 2008/1, 30 f.