



---

Abteilung IV  
D-485/2009  
{T 0/2}

## **Urteil vom 6. März 2009**

---

Besetzung

Richter Martin Zoller (Vorsitz),  
Richterin Muriel Beck Kadima,  
Richter Thomas Wespi;  
Gerichtsschreiberin Susanne Burgherr.

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_, geboren (...),  
China,  
(...),  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;  
Verfügung des BFM vom 20. Januar 2009 / N (...).

**Sachverhalt:****I.****A.**

**A.a** Die Beschwerdeführerin - eine Tibeterin - suchte am 7. Mai 2007 in der Schweiz erstmals um Asyl nach, wobei sie keine Identitätspapiere zu den Akten reichte.

**A.b** Im Rahmen der Befragungen gab sie im Wesentlichen an, sie habe bis zu ihrer Ausreise im Dorf B. \_\_\_\_\_ in Tibet gelebt. Seit (...) habe sie einige Male Essen in ein Gefängnis in der Nähe ihres Wohnortes gebracht. Der tibetische Gefängniswärter, welchem sie das Essen jeweils übergeben habe, habe ihren Vater informiert, dass die Behörden von ihren Lieferungen erfahren hätten. Sie habe deshalb befürchtet, Nachteile zu erleiden. Welche Strafe ihr drohen würde, wisse sie nicht, sie müsste aber damit rechnen, dass sie ihr ganzes Leben im Gefängnis verbringen müsste oder dass vielleicht sogar ihr Leben in Gefahr wäre. Aus diesem Grund habe sie ihr Dorf Ende (Monat) 2007 verlassen und sei mithilfe eines Schleppers, welcher jeweils einen auf ihren Namen lautenden Pass vorgezeigt habe, nach Nepal gelangt. Nach etwa (...) Monaten sei sie von dort aus auf dem Luftweg mit unbekanntem Fluggesellschaften über eine ihr nicht bekannte Transit- an eine ihr ebenfalls unbekanntes Zieldestination gereist. Schliesslich sei sie mit dem Zug in die Schweiz gelangt. Einen Pass oder eine Identitätskarte habe sie nie besessen und sie habe auch keine Möglichkeit, diesbezüglich jemanden zu kontaktieren.

**B.**

**B.a** Mit Verfügung vom 18. September 2007 trat das BFM in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. a des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das Asylgesuch vom 7. Mai 2007 nicht ein und ordnete die Wegweisung der Beschwerdeführerin aus der Schweiz an. Den Vollzug der Wegweisung schob es jedoch infolge Unzumutbarkeit zu Gunsten einer vorläufigen Aufnahme auf. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

**B.b** Zur Begründung führte das BFM im Wesentlichen aus, die Angaben der Beschwerdeführerin zu den Reise- und Identitätspapieren seien offensichtlich widersprüchlich und unstimmig, weshalb nicht glaubhaft sei, dass entschuldige Gründe vorlägen, die es ihr verun-

möglichten, Reise- oder Identitätspapiere einzureichen. Überdies seien ihre Angaben zur Herkunft, zu den fluchtauslösenden Ereignissen und zum Reiseweg durch Widersprüchlichkeiten und Unstimmigkeiten geprägt, so dass auch diese nicht geglaubt werden könnten. Es läge deshalb auch kein begründeter Anlass für die Annahme einer beachtlichen zukünftigen Verfolgung vor (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 1). Die Beschwerdeführerin erfülle daher die Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 und 7 AsylG nicht. Zusätzliche Abklärungen zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft oder eines Wegweisungsvollzugshindernisses erübrigten sich.

Die Beschwerdeführerin verhindere mit ihren ungläubhaften Angaben - glaubhaft sei einzig die geltend gemachte ethnische Zugehörigkeit - eine sinnvolle Prüfung der Frage, ob ihr im tatsächlichen Herkunftsstaat Gefahr drohe. Es sei davon auszugehen, dass es sich beim Heimat- oder Herkunftsstaat um China handle (vgl. EMARK 2005 Nr. 1). Aufgrund der allgemeinen Lage in Tibet und gestützt auf die Akten erachte das BFM den Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführerin als unzumutbar, weshalb sie vorläufig aufzunehmen sei.

## II.

### C.

**C.a** Mit als Wiedererwägungsgesuch betitelter Eingabe vom 9. Januar 2009 ersuchte die Beschwerdeführerin beim BFM um Aufhebung der Verfügung vom 18. September 2007 und Eintreten auf das Wiedererwägungsgesuch sowie um Feststellung des Vorliegens subjektiver Nachfluchtgründe im Sinne von Art. 54 AsylG und deshalb Gewährung der vorläufigen Aufnahme als Flüchtling.

**C.b** Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, die ARK habe in EMARK 2005 Nr. 1 und EMARK 2006 Nr. 1 ihre Praxis betreffend tibetische Asylsuchende grundlegend geändert. Eine Ungleichbehandlung zwischen den bereits rechtskräftigen Entscheiden und den noch hängigen Verfahren sei mit der Rechtsgleichheit nicht zu vereinbaren. Sie falle in den Anwendungsbereich von EMARK 2006 Nr. 1, da sie illegal aus China ausgereist sei und vor längerer Zeit in der Schweiz ein Asylgesuch eingereicht habe, ohne dass sie sich vorher über eine längere Dauer in Indien oder Nepal aufgehalten habe. Aufgrund der

langen Aufenthaltsdauer ausserhalb Chinas habe sie heute begründete Furcht vor zukünftiger Verfolgung bei einer Rückkehr.

#### **D.**

**D.a** Das BFM behandelte die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 9. Januar 2009 als zweites Asylgesuch. In Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG trat es darauf mit Verfügung vom 20. Januar 2009 - eröffnet am 22. Januar 2009 - nicht ein, ordnete die Wegweisung der Beschwerdeführerin aus der Schweiz an und stellte gleichzeitig fest, dass die am 18. September 2007 angeordnete vorläufige Aufnahme weiterhin bestehen bleibe.

**D.b** Zur Begründung dieses Entscheides führte das BFM im Wesentlichen an, es habe in seiner Verfügung vom 18. September 2007 rechtskräftig festgestellt, dass die Beschwerdeführerin über ihren letzten Herkunftsort unwahre Angaben gemacht habe und dass ihre Vorbringen und demzufolge auch die Umstände der dargelegten Ausreise aus Tibet unglaubhaft seien. In der besagten Verfügung sei ausgeführt worden, dass sich die Beschwerdeführerin nicht auf EMARK 2006 Nr. 1 berufen könne, da ihre Angaben zur angeblich illegalen Ausreise nicht geglaubt werden könnten. Der nun geltend gemachte Umstand der längeren Abwesenheit aus der Heimat vermöge an dieser Einschätzung nichts zu ändern, da nicht vom Vorliegen einer illegalen Ausreise auszugehen sei. Aus den Akten ergäben sich keine Hinweise, dass seit dem Abschluss des ersten Asylverfahrens Ereignisse eingetreten seien, die geeignet wären, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen. Auf das zweite Asylgesuch sei deshalb nicht einzutreten und die Wegweisung aus der Schweiz anzuordnen. Der Vollzug der Wegweisung werde jedoch weiterhin als unzumutbar erachtet, weshalb die am 18. September 2007 angeordnete vorläufige Aufnahme bestehen bleibe.

#### **E.**

**E.a** Mit Eingabe vom 22. Januar 2009 (Datum Poststempel: 23. Januar 2009) erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und ersuchte um Aufhebung der Dispositivziffern 1 und 2 der vorinstanzlichen Verfügung vom 20. Januar 2009 (Nichteintreten auf Asylgesuch und Anordnung der Wegweisung) und um Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft gestützt auf Art. 54 i.V.m. Art. 3 AsylG. In formeller Hinsicht ersuchte sie zudem um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und um Gewährung der unentgelt-

lichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

**E.b** Die Beschwerdeführerin brachte in der Beschwerdeschrift im Wesentlichen vor, sie sei tibetischer Ethnie, sei in Tibet geboren und habe illegal aus Tibet fliehen müssen, da ihr Leben sonst in Gefahr gewesen wäre. Bei einer Rückkehr nach China müsste sie mit Verfolgung rechnen, da sie das Land illegal verlassen habe und im Ausland ein Asylgesuch eingereicht habe. Die Zeitspanne von zwanzig Monaten, in welcher sie sich bereits in der Schweiz aufhalte, sei als „längere Zeit“ im Sinne von EMARK 2006 Nr. 1 zu betrachten. Aufgrund der illegalen Ausreise und des längeren Aufenthalts in der Schweiz sei ihr deshalb die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen.

#### **F.**

Mit Zwischenverfügung vom 30. Januar 2009 bestätigte der zuständige Instruktionsrichter den Eingang der Beschwerde und stellte fest, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der durch das BFM mit Verfügung vom 18. September 2007 angeordneten und mit Verfügung vom 20. Januar 2009 bestätigten vorläufigen Aufnahme in der Schweiz verbleiben kann. Zudem teilte er mit, dass bezüglich des Nichteintretens auf das zweite Asylgesuch zurzeit entsprechende rechtliche Abklärungen vorgenommen würden.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**1.2** Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 VwVG; Art. 108 Abs. 2 AsylG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

**2.**

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

**3.**

Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das BFM ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen (Art. 32-35 AsylG), ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist. Erachtet die Beschwerdeinstanz das Nichteintreten auf das Asylgesuch als unrechtmässig, hat sie sich dementsprechend einer selbständigen materiellen Prüfung zu enthalten, die angefochtene Nichteintretensverfügung aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. EMARK 2004 Nr. 34 E. 2.1. S. 240 f.).

Auf den Antrag in der Beschwerdeschrift um Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft durch das Bundesverwaltungsgericht ist mithin nicht einzutreten.

Indes prüft die Vorinstanz die Frage der Wegweisung und des Vollzugs materiell, weshalb dem Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich volle Kognition zukommt.

**4.**

Auf ein Asylgesuch wird nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in der Schweiz bereits ein Asylverfahren erfolglos durchlaufen haben oder während des hängigen Asylverfahrens in den Heimat- oder Herkunftsstaat zurückgekehrt sind, ausser es gebe Hinweise, dass in der Zwischenzeit Ereignisse eingetreten sind, die geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant sind (Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG).

Der Nichteintretensgrund von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG enthält somit ein formelles (früheres Asylverfahren oder Rückkehr in den Heimat- oder Herkunftsstaat während des hängigen Verfahrens) und ein materielles Erfordernis (fehlende Hinweise), welche im Einzelfall beide gleichzeitig erfüllt sein müssen. Die Anforderungen an das Beweismass hinsichtlich der Prüfung von Hinweisen auf in der Zwischenzeit eingetretene und für die Flüchtlingseigenschaft relevante Ereignisse sind tief anzusetzen (vgl. EMARK 2005 Nr. 2). Diese Prüfung bleibt auf Ereignisse beschränkt, die geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, und hat nicht in Anwendung des weiten Verfolgungsbegriffs (vgl. hierzu EMARK 2003 Nr. 18) zu erfolgen (vgl. EMARK 2005 Nr. 2).

## **5.**

**5.1** Die Beschwerdeführerin ist nicht während eines hängigen Asylverfahrens in den Heimat- oder Herkunftsstaat zurückgekehrt. Hingegen hat sie in der Schweiz bereits ein Asylverfahren erfolglos durchlaufen. Das BFM ist auf das erste Asylgesuch vom 7. Mai 2007 mit rechtskräftiger Verfügung vom 18. September 2007 nicht eingetreten und ist damit implizit vom Fehlen der Flüchtlingseigenschaft ausgegangen (vgl. EMARK 2006 Nr. 20 E. 2.1. S. 213). Das formelle Erfordernis des Nichteintretensgrunds von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG ist somit erfüllt.

**5.2** Bei illegal aus China ausgereisten Tibetern, welche - ohne sich vorher länger in Indien oder Nepal aufgehalten zu haben - in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt haben und hier über eine längere Zeit verblieben sind, ist vom Vorliegen subjektiver Nachfluchtgründe gemäss Art. 54 AsylG auszugehen (vgl. EMARK 2006 Nr. 1).

Die Vorinstanz qualifizierte die Angaben der Beschwerdeführerin zur angeblich illegalen Ausreise aus China in ihrer in Rechtskraft erwachsenen Verfügung vom 18. September 2007 als unglaubhaft. Die Frage der illegalen Ausreise kann vorliegend jedoch offen bleiben, da selbst bei Annahme einer legalen Ausreise die mit einem - in der Regel nur schwer erhältlichen - Ausreisevisum verbundene Dauer des bewilligten Aufenthalts ausserhalb Chinas mittlerweile - nach einem Verbleib in der Schweiz von über zwanzig Monaten - überschritten sein dürfte. Gemäss der weiterhin zutreffenden Praxis der ARK haben Asylsuchende tibetischer Ethnie in China Verfolgung im flüchtlingsrechtlich relevanten Sinn zu befürchten, wenn die chinesischen Behörden bei der Wiedereinreise auf die Stellung eines Asylgesuchs im westlichen

Ausland aufmerksam werden und damit der Verdacht exilpolitischer Aktivitäten oder staatskritischer Äusserungen aufkommt. Bei der Beschwerdeführerin, welche sich mittlerweile - wie erwähnt - bereits seit über zwanzig Monaten in der Schweiz aufhält, dürften die chinesischen Behörden bei einer Wiedereinreise einen entsprechenden Verdacht schöpfen und sie müsste mit einer eingehenden Befragung zu ihrem Auslandsaufenthalt rechnen. Es dürfte ihr schwer fallen, die lange Landesabwesenheit zu rechtfertigen und es ist davon auszugehen, dass die Asylgesuchstellung in der Schweiz kaum verschwiegen werden könnte. Dies könnte zu flüchtlingsrechtlich relevanten Übergriffen seitens der chinesischen Sicherheitsbehörden führen. Da sich die Gefahr der Verfolgung bereits bei der Einreise ins Heimatland zeigen dürfte, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführerin eine innerstaatliche Fluchtalternative offen stehen würde.

Aufgrund des Gesagten ergibt sich somit, dass angesichts der mittlerweile längeren Aufenthaltsdauer der Beschwerdeführerin in der Schweiz ein Hinweis im Sinne von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG vorliegt, dass seit der rechtskräftigen Erledigung des ersten Asylverfahrens Ereignisse eingetreten sind, die geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft der Beschwerdeführerin zu begründen. Das materielle Erfordernis für den Nichteintretensgrund gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG ist damit nicht erfüllt. Das BFM ist daher auf das zweite Asylgesuch der Beschwerdeführerin vom 9. Januar 2009 zu Unrecht nicht eingetreten.

**5.3** Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde somit gutzuheissen, soweit auf diese einzutreten ist. Die angefochtene Verfügung vom 20. Januar 2009 ist aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das BFM ist anzuweisen, auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin vom 9. Januar 2009 einzutreten.

## **6.**

**6.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG ist damit als gegenstandslos zu betrachten. Ebenso ist das Gesuch um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses mit vorliegendem Urteil ohne vorgängige Instruktion gegenstandslos geworden.

**6.2** Obsiegende oder teilweise obsiegende Parteien haben grundsätzlich Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der nicht vertretenen Beschwerdeführerin sind aus dem vorliegenden Verfahren keine solchen verhältnismässig hohen Kosten entstanden, weshalb ihr keine Parteientschädigung auszurichten ist.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit auf diese eingetreten wird.

**2.**

Die Verfügung des BFM vom 20. Januar 2009 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N (...) (per Kurier; in Kopie)
- (...) (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Martin Zoller

Susanne Burgherr

Versand: