2

Auszug aus dem Urteil der Abteilung IV
i.S. A. gegen Staatssekretariat für Migration
D–103/2014 vom 21. Januar 2015

Asylverfahren. Asylgesuch aus dem Ausland und Einreisebewilligung. Kognition im Auslandsverfahren. Grundsatzurteil.

Art. 3, aArt. 20, aArt. 52 Abs. 2, Art. 106 Abs. 1 AsylG.

1. **Bei der Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft im Sinne von Art. 3 AsylG handelt es sich um eine Rechtsfrage. Auch nach Aufhebung von Art. 106 Abs. 1 Bst. c AsylG (Angemessenheitsprüfung) wird die Gefährdung einer Person im Sinne von Art. 3 AsylG durch das Bundesverwaltungsgericht vollumfänglich überprüft (E. 5.3).**
2. **Beim Kriterium der Schutzgewährung respektive Schutzsuche in einem Drittstaat gemäss aArt. 52 Abs. 2 AsylG handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Anwendung im Einzelfall vom Bundesverwaltungsgericht nach wie vor vollumfänglich überprüfbar ist (E. 7.2.3).**

Procédure d'asile. Demande d'asile déposée à l'étranger et autorisation d'entrée en Suisse. Pouvoir d'examen dans la procédure engagée à l'étranger. Arrêt de principe.

Art. 3, anc. art. 20, anc. art. 52 al. 2, art. 106 al. 1 LAsi.

1. **L'examen de la qualité de réfugié au sens de l'art. 3 LAsi est une question de droit. Même après l'abrogation de l'art. 106 al. 1 let. c LAsi (examen de l'opportunité), le risque de persécution encouru par une personne au sens de l'art. 3 LAsi demeure une question que le Tribunal administratif fédéral examine avec une pleine cognition (consid. 5.3).**
2. **Le critère de la protection garantie ou recherchée dans un Etat tiers au sens de l'anc. art. 52 al. 2 LAsi est une notion juridique indéterminée dont l'interprétation et l'application dans un cas d'espèce peuvent toujours être examinées avec une pleine cognition par le Tribunal administratif fédéral (consid. 7.2.3).**

Procedura d'asilo. Domanda d'asilo presentata all'estero e autorizzazione d'entrata. Potere di cognizione nelle procedure presentate all'estero. Sentenza di principio.

Art. 3, vart. 20, vart. 52 cpv. 2, art. 106 cpv. 1 LAsi.

1. **La valutazione della qualità di rifugiato ai sensi dell'art. 3 LAsi è una questione di diritto. Anche dopo l'abrogazione dell'art. 106 cpv. 1 lett. c LAsi (esame dell'adeguatezza), la questione dell'esposizione di una persona a pericolo ai sensi dell'art. 3 LAsi viene esaminata dal Tribunale amministrativo federale con piena cognizione (consid. 5.3).**
2. **Il criterio della protezione garantita o ricercata in uno Stato terzo secondo il vart. 52 cpv. 2 LAsi è un concetto giuridico indeterminato la cui interpretazione e applicazione nel caso concreto può ancora essere esaminata dal Tribunale amministrativo federale con piena cognizione (consid. 7.2.3).**

Die Beschwerdeführerin – eine sich gegenwärtig im Sudan aufhaltende, eritreische Staatsangehörige – ersuchte mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 4. Juli 2012 um Einreise in die Schweiz zwecks Asylgewährung.

In ihren Eingaben vom 4. Juli 2012 und 20. November 2013 führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, sie sei desertiert und in den Sudan geflohen. Aufgrund der fehlenden Grundversorgung und aus Angst vor Entführungen oder Vergewaltigungen sei sie nach einem kurzen Aufenthalt in einem UNHCR-Flüchtlingslager nach B. gezogen, wo sie in ständiger Angst und unter prekären Umständen lebe. Überdies würden in der Schweiz ein Cousin und eine Cousine leben.

Mit Verfügung vom 6. Dezember 2013 verweigerte das Bundesamt für Migration (BFM; neu: Staatssekretariat für Migration, SEM) der Beschwerdeführerin die Einreise in die Schweiz und lehnte ihr Asylgesuch ab.

Gegen diesen Entscheid erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 8. Januar 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt unter anderem die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und die Bewilligung der Einreise in die Schweiz zwecks Durchführung des Asylverfahrens.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Wie (…) erwähnt, verfügt das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der am 1. Februar 2014 in Kraft getretenen Asylgesetzrevision im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren nicht mehr über eine vollumfängliche Kognition. Die Streichung von Art. 106 Abs. 1 Bst. c AsylG hat zur Folge, dass das Bundesverwaltungsgericht im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren die Ermessensausübung durch die Vorinstanz nicht mehr uneingeschränkt überprüfen kann, sondern nur noch auf qualifizierte Fehler (Missbrauch und Überschreitung des Ermessens; vgl. Art 106. Abs. 1 Bst. a AsylG). Dementsprechend kommt der Abgrenzung zwischen Angemessenheit und den anderen in Art. 106 Abs. 1 AsylG nach wie vor vorgesehenen Beschwerdegründen, insbesondere der Rechtsverletzung, erhebliche Bedeutung zu.

4.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich verpflichtet, seine Kognition voll auszuschöpfen. Eine zu Unrecht vorgenommene Kognitionsbeschränkung stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine Rechtsverweigerung dar (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.153; THOMAS SEGESSENMANN, Wegfall der Angemessenheitskontrolle im Asylbereich [Art. 106 Abs. 1 lit. c AsylG], ASYL 2/13 S. 11–20).

4.3 Nach herrschender Lehre gibt es offene Normen, welche Ermessen einräumen und solche, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Ob und inwiefern eine Norm Ermessen einräumt, ist durch Auslegung zu ermitteln und stellt eine Rechtsfrage dar (statt vieler BGE 112 Ib 13 E. 4 f.).

4.3.1 Ermessen kann als die Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsbehörde (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 429) oder als die Befugnis zur individualisierten Zumessung von Rechtsfolgen (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 1047) definiert werden. Der Entscheidungsspielraum ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gesetzgeber den Behörden die Entscheidung, ob überhaupt eine Rechtsfolge angeordnet werden soll (Entschliessungsermessen) oder die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsfolgen (Auswahlermessen) überlässt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 429). Typische Ermessensnormen sind Ermächtigungen zum Handeln « nach freiem Er-

messen », die Aufzählung unterschiedlicher Rechtsfolgen oder Formulierungen wie « nach Möglichkeit » (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 26 Rz. 5). Bei der Ausübung des Ermessens ist die Behörde nicht frei, sondern gehalten, dieses pflichtgemäss auszuüben. Sie ist an die Verfassung gebunden und muss insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen befolgen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 441; BGE 137 V 71 E. 5.1).

4.3.2 Im Rahmen der Rechtskontrolle ist die Rechtsmittelinstanz verpflichtet zu prüfen, ob die Vorinstanz das Gesetz richtig angewendet hat und ob die gesetzlichen Schranken des Ermessens beachtet wurden. Rechtsfrage ist daher, ob die Behörde ihr Ermessen unter- oder überschritten oder dieses missbraucht hat (BGE 132 V 393 E. 3.3). Bei Unangemessenheit einer Verfügung liegt demgegenüber keine Rechtsverletzung vor; im Licht der nunmehr geltenden kognitionsrechtlichen Grundsätze darf diese durch das Bundesverwaltungsgericht in asylrechtlichen Beschwerden nicht mehr überprüft werden (s. aber BVGE 2014/26 E. 5.4 und 5.5).

Unangemessenheit liegt vor, wenn die Behörde den zu überprüfenden Entscheid nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien getroffen hat, dieser jedoch zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen. Unangemessenheit bedeutet somit inopportune Wahl einer (von mehreren) rechtlich zulässigen Rechtsfolgen (vgl. BGE 126 V 75 E. 6; 137 V 71 E. 5.2). Verkennt die Behörde demgegenüber Vorliegen oder Bedeutung eines Ermessensspielraums, liegt eine Rechtsverletzung vor. Diese kann in Gestalt einer Ermessensüber- oder -unterschreitung oder in Form von Ermessensmissbrauch auftreten. Beim Ermessensmissbrauch werden die vom Gesetz vorgeschriebenen Voraussetzungen und Grenzen zwar beachtet, das Ermessen wird jedoch in unsachlicher Weise anhand dem Zweck der massgebenden Normen fremder Gesichtspunkte oder in Verletzung von allgemeinen Verfassungsprinzipien ausgeübt, wodurch sich der Entscheid als unhaltbar erweist. Die Abgrenzung zwischen Ermessensmissbrauch und Unangemessenheit – gerade wenn es um einen Verstoss gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip geht – gestaltet sich mitunter schwierig. Eine Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörde in einem Bereich Ermessen ausübt, in welchem der Rechtssatz kein Ermessen einräumt. Dies ist dann der Fall, wenn die in Frage stehende Norm kein Ermessen vorsieht oder die Behörde eine Massnahme trifft, die der Rechtssatz gar

nicht vorsieht. Von einer Ermessensunterschreitung wird gesprochen, wenn die Behörde ein vom Gesetz eingeräumtes Ermessen nicht ausübt, weil sie sich als gebunden erachtet, oder wenn sie von vornherein auf die Ausübung von Ermessen verzichtet (vgl. zum Ganzen KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1035 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 26 Rz. 15 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 463 f.; BGE 137 V 71 E. 5.1 und 5.2).

4.3.3 Umschreibt ein Rechtssatz die Tatbestandsvoraussetzungen oder Rechtsfolgen in offener, unbestimmter Weise, spricht man von einem unbestimmten Rechtsbegriff, im Französischen als « notion juridique indéterminée » umschrieben. Typische unbestimmte Rechtsbegriffe sind das öffentliche Interesse, der Härtefall oder die Verhältnismässigkeit und – damit zusammenhängend – die Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen. Während Ermessensspielräume den Verwaltungsbehörden Handlungsspielräume vorgeben, bei deren sachgerechter Handhabung sie Opportunitätsgesichtspunkten Rechnung tragen können, liegt es bei unbestimmten Rechtsbegriffen gerade nicht im Ermessen der Behörde zu beurteilen, wie diese Begriffe zu verstehen sind (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 26 Rz. 28; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 446b; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1049). Die fehlerhafte Konkretisierung eines unbestimmten Rechtsbegriffs stellt eine Rechtsverletzung im Sinne von Art. 106 Abs. 1 Bst. a AsylG dar und ist daher von der Kognitionsbeschränkung nicht betroffen.

4.3.4 Hinsichtlich der Abgrenzung von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen vertrat das Bundesgericht früher die Meinung, bei unbestimmten Rechtsbegriffen gebe es nur eine einzige richtige Lösung, während beim Ermessen zwischen gleichwertigen Lösungen gewählt werden könne (BGE 95 I 33 E. 4b). Diese Theorie gilt mittlerweile als überholt, zumal sie den Erkenntnissen der Methodenlehre widerspricht, wonach auch die Auslegung eine schöpferische Komponente enthält, und das Bundesgericht den Behörden bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen einen Beurteilungsspielraum zugesteht, den es unter der Prämisse der einzig richtigen Lösung gar nicht geben könnte (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 449). In der Lehre wird zum Teil auch die Auffassung vertreten, das ausschlaggebende Unterscheidungskriterium sei darin zu sehen, dass unbestimmte Rechtsbegriffe immer den Tatbestand betreffen, währenddem sich das Ermessen auf die Rechtsfolgeseite eines Rechtssatzes beziehe (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 26 Rz. 27; SEGESSENMANN, a.a.O., S. 12). Eine neuere Auffas-

sung plädiert für eine Unterscheidung anhand der Funktion der offenen Formulierung. Massgeblich sei, ob nach Sinn und Zweck des Gesetzes die Anwendung einer offenen Normierung von einem Gericht überprüft werden soll oder nicht. Es ist demnach zu fragen, ob das Gesetz die Befugnis zur Konkretisierung der offenen Rechtsnorm ausschliesslich der Verwaltungsbehörde überlassen will, da diese dazu fachlich geeigneter erscheint, oder ob es eine richterliche Überprüfung als sinnvoll erachtet (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 453). Im Ergebnis grundsätzlich übereinstimmend verzichtet eine weitere Lehrmeinung auf die Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen und stellt für die Überprüfbarkeit von Entscheiden darauf ab, ob nach Sinn und Zweck der Norm die Anwendung einer offenen Normierung von einem Gericht überprüft werden soll oder nicht. Das Verwaltungsermessen wird demnach als zweckgerichtete Gestaltungskompetenz verstanden (BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen, 2010, Rz. 418 ff.). Ob angesichts des Niederschlags der Konzeption der rechtsverletzenden Ermessensfehler im positiven Recht (Art. 49 Bst. a VwVG; Art. 106 Abs. 1 Bst. a AsylG) ein Verzicht auf die genannte Unterscheidung ohne Gesetzesänderung möglich wäre, bleibe dahingestellt (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1058; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 26 Rz. 33).

4.4 Im Folgenden ist anhand der aufgezeigten Abgrenzungskriterien zu prüfen, wie sich die Kognition im Sinne von Art. 106 AsylG auf die Beurteilungskompetenz der asylrechtlichen Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts bei Asylgesuchen aus dem Ausland auswirkt.

5.

5.1 Das Bundesamt bewilligt Asylsuchenden die Einreise in die Schweiz zur Abklärung des Sachverhalts, wenn ihnen nicht zugemutet werden kann, im Wohnsitz- oder Aufenthaltsstaat zu bleiben oder in einen anderen Staat auszureisen (aArt. 20 Abs. 2 AsylG). Unzumutbar ist ein Verbleib namentlich dann, wenn die asylsuchende Person schutzbedürftig ist. Schutzbedürftig im Sinne des Asylgesetzes sind Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden. Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung von Leib, Leben oder Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken (Art. 3 AsylG).

5.2 Das BFM kann einer Person, die sich im Ausland befindet, Asyl – und damit auch die Einreise in die Schweiz – verweigern, wenn keine Hinweise auf eine aktuelle Gefährdung im Sinne von Art. 3 AsylG vorliegen oder ihr zuzumuten ist, sich in einem Drittstaat um Aufnahme zu bemühen (aArt. 52 Abs. 2 AsylG).

5.3 Bei der Beurteilung der Elemente der Flüchtlingseigenschaft im Sinne von Art. 3 AsylG und deren Glaubhaftmachung im Sinne von Art. 7 AsylG handelt es sich um Rechtsfragen respektive um einen Beweismassstab, der mittels Gesetzesauslegung zu konkretisieren ist. Dem BFM kommt diesbezüglich kein Ermessen zu (vgl. auch schon BVGE 2010/54 E. 7.7). Die vorliegend zu beurteilende Frage nach der Gefährdung der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 3 AsylG ist gestützt auf Art. 106 Abs. 1 AsylG somit nach wie vor vollumfänglich überprüfbar.

6. Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe sich während der Leistung ihrer Militärdienstpflicht in Eritrea über ihre fehlenden Rechte beklagt, sei daraufhin festgenommen und inhaftiert worden. Nach zwei Monaten sei ihr mithilfe eines Gefängniswärters die Flucht geglückt, woraufhin sie in den Sudan geflohen sei (…). Demnach macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei desertiert. Das BFM hält in der angefochtenen Verfügung, ohne auf diese Vorbringen näher einzugehen, fest, die Ausführungen liessen darauf schliessen, dass die Beschwerdeführerin in Eritrea ernstzunehmende Schwierigkeiten mit den heimatlichen Behörden gehabt habe. Die Vorinstanz geht mithin implizit vom Vorliegen einer Gefährdung der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 3 AsylG im Zeitpunkt der Ausreise aus Eritrea in den Sudan aus.

Ob die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Desertion bei einer Rückkehr in ihren Heimatstaat ernsthafte Nachteile im Sinne von Art. 3 Abs. 2 AsylG zu gewärtigen hat, kann in Anbetracht der nachfolgenden Erwägungen letztlich offengelassen werden.

7.

7.1 Gemäss aArt. 52 Abs. 2 AsylG kann einer Person, die sich im Ausland befindet, das Asyl verweigert werden, wenn es ihr zugemutet werden kann, sich in einem andern Staat um Aufnahme zu bemühen. Diese Bestimmung trifft keine Unterscheidung zwischen Asylgesuchen aus dem Herkunftsland der asylsuchenden Person und solchen, die aus einem Drittstaat gestellt werden. Hält sich die Person, die ein Asylgesuch aus dem Ausland gestellt hat, in einem Drittstaat auf, ist zwar im Sinne einer Vermutung davon auszugehen, die betreffende Person habe in die-

sem Drittstaat bereits Schutz vor Verfolgung gefunden oder könne ihn dort erlangen, weshalb auch anzunehmen ist, es sei ihr zuzumuten, dort zu verbleiben beziehungsweise sich dort um Aufnahme zu bemühen. Diese Vermutung kann sich jedoch sowohl in Bezug auf die Schutzgewährung durch den Drittstaat (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2005 Nr. 19 E. 5.1 S. 176 f.) wie auch die Zumutbarkeit der Inanspruchnahme des Schutzes im Drittstaat als unzutreffend erweisen. Es ist deshalb zu prüfen, ob die asylsuchende Person im Drittstaat Schutz vor Verfolgung gefunden hat oder erlangen kann, und – falls dies zu bejahen ist – ob der asylsuchenden Person die Inanspruchnahme des Schutzes des Drittstaates und somit der Verbleib in diesem Staat objektiv zugemutet werden kann. In jedem Falle sind die Kriterien zu prüfen, welche die Zufluchtnahme in diesem Drittstaat als zumutbar erscheinen lassen, und diese sind mit einer allfälligen Beziehungsnähe zur Schweiz abzuwägen. Es gilt also zu prüfen, ob aufgrund der gesamten Umstände geboten erscheint, dass es gerade die Schweiz ist, die einer Person den erforderlichen Schutz gewähren soll (vgl. BVGE 2011/10 E. 5.1; EMARK 2004 Nr. 21 E. 4b.aa S. 139 f.).

7.2

7.2.1 Im Wortlaut von aArt. 52 Abs. 2 AsylG ergeben sich in der deutschen, französischen und italienischen Fassung keine massgeblichen Unterschiede, weshalb im Folgenden auf den deutschen Text abgestellt wird. aArt. 52 Abs. 2 AsylG lautet folgendermassen:

> Einer Person, die sich im Ausland befindet, kann das Asyl verweigert werden, wenn es ihr zugemutet werden kann, sich in einem andern Staat um Aufnahme zu bemühen.

7.2.2 Mit Bezug auf den – im Wortlaut nahezu identischen – damaligen Art. 6 Abs. 2 AsylG in der Fassung gemäss Asylgesetz vom 5. Oktober 1979 (AS 1980 1719) wird in der Botschaft zum Asylgesetz vom 31. August 1977 festgestellt, bei Asylgesuchen aus dem Ausland sei vorerst anzunehmen, dass kein besonderer Grund dafür spreche, dass die Schweiz den einzigen Ausweg darstelle. Es rechtfertige sich eine restriktivere Umschreibung der Voraussetzungen für eine Aufnahme, als bei jenen Personen, welche sich bereits in der Schweiz befänden. Da grundsätzlich die Aufnahme von Flüchtlingen ihre Grenzen an der objektiven Kapazität des Asylstaates finde und kein Rechtsanspruch auf die Erteilung von Asyl bestehe, könne es verantwortet werden, bei Flüchtlingen ohne jede ersichtliche Beziehung zur Schweiz die Voraussetzungen für eine Ablehnung des Asylgesuches so zu umschreiben, dass den Behörden

« ein weiter Ermessensspielraum » (recte: Beurteilungsspielraum) zukomme und alle in Betracht fallenden Umstände, wie Eingliederungs- oder Assimilierungsmöglichkeiten in der Schweiz, zu berücksichtigen seien (vgl. BBl 1977 III 119).

7.2.3 Bei der Anwendung der Ausschlussklausel von aArt. 52 Abs. 2 AsylG steht dabei die Prüfung im Vordergrund, ob die Person im Drittstaat Schutz vor Verfolgung gefunden hat oder erlangen kann respektive, ob der asylsuchenden Person die Inanspruchnahme des Schutzes des Drittstaates und somit der Verbleib in diesem Staat objektiv zugemutet werden kann. Sind die Voraussetzungen gegeben, kann das BFM der asylsuchenden Person die Einreise zwecks Asylgewährung verweigern, es muss aber nicht (WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, 1990, S. 170). Die Norm ist demnach in zweifacher Hinsicht offen formuliert: Einerseits ist auf der Tatbestandsseite durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich bei der Schutzgewährung respektive der Zumutbarkeit der Inanspruchnahme des Schutzes in einem Drittstaat um einen unbestimmten Rechtsbegriff oder um Ermessen handelt; andererseits bedarf es der Klärung, wie die auf Rechtsfolgeseite verwendete « Kann-Vorschrift » hinsichtlich der Verweigerung der Bewilligung der Einreise in die Schweiz zu verstehen ist. Es ist anhand der oben erwähnten Kriterien eine Abgrenzung vorzunehmen.

In Anwendung der erwähnten Abgrenzungskriterien zwischen Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen (vgl. E. 4.3.4) ist zunächst festzustellen, dass die Frage der Schutzgewährung respektive der Zumutbarkeit der Inanspruchnahme des Schutzes in einem Drittstaat, den Tatbestand von aArt. 52 Abs. 2 AsylG betrifft und nicht die Rechtsfolge. Das Bundesverwaltungsgericht respektive die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) haben sich bereits mehrmals zum Begriff der Zumutbarkeit im Sinne von aArt. 52 Abs. 2 AsylG geäussert und festgehalten, das Stellen eines Asylgesuches aus einem Drittstaat gehe mit der Regelvermutung einher, dass die Person bereits Schutz gefunden habe – diese Regelvermutung sei allerdings keinesfalls unumstösslich. Es sei zwar sachgerecht bei einem Gesuch aus einem Drittstaat in bestimmter Hinsicht höhere Anforderungen an die Zumutbarkeit der Zufluchtnahme in einem anderen Staat als die Schweiz zu stellen. Andererseits gehe aus aArt. 52 Abs. 2 AsylG auch klar hervor, dass eine Abwägung der Zumutbarkeit der Schutzsuche in ebendiesem Drittstaat vorzunehmen sei (vgl. EMARK 2004 Nr. 21 E. 4b). Im Rahmen dieser Beurteilung seien verschiedene Kriterien in Betracht zu ziehen. Die in der Lehre teilweise ver-

tretene Auffassung, wonach Asylgesuche aus dem Ausland abgelehnt werden könnten, wenn nicht eine besondere Beziehungsnähe zur Schweiz bestehe, greife zu kurz; vielmehr sei auch auf weitere Elemente, insbesondere die Möglichkeit, in weiteren Staaten Schutz vor Verfolgung finden zu können, hinsichtlich der Zumutbarkeit abzustellen (vgl. EMARK 1997 Nr. 15 E. 2f). In einem anderen Entscheid wurde klargestellt, dass ein Asylgesuch aus dem Ausland auch bei fehlender Beziehungsnähe zur Schweiz gutzuheissen ist, wenn die Person in den anderen in Frage kommenden Staaten keine effektive Möglichkeit zur Schutzsuche hat, da in einem Staat kein ordentliches Asylverfahren zur Verfügung stand mit einem damit einhergehenden Risiko einer Abschiebung in den Heimatstaat, und der im anderen Fall lediglich hypothetisch bestehenden Möglichkeit der Schutzsuche (vgl. EMARK 2005 Nr. 19 E. 5). Es ist demnach entscheidend, ob es einer verständigen Drittperson in einer vergleichbaren Situation praktisch möglich und objektiv zugemutet werden kann, sich in einen anderen Staat zu begeben (und dort zu bleiben) und diesen um Aufnahme zu ersuchen. In diesem Sinn ist auch der in der Botschaft zum Asylgesetz vom 5. Oktober 1979 enthaltene Passus zu verstehen, wonach die Bewilligung der Einreise an restriktivere Voraussetzungen geknüpft ist.

In der Rechtsprechung wurde somit der Sinngehalt der Zumutbarkeit der Schutzsuche in einem Drittstaat durch Auslegung ermittelt und anhand eines nicht abschliessenden Kriterienkatalogs konkretisiert. Es sind daher unter anderem die Beziehungsnähe zur Schweiz, die Möglichkeit der Schutzgewährung durch einen anderen Staat, die Beziehungsnähe zu anderen Staaten, die praktische Möglichkeit und objektive Zumutbarkeit zur anderweitigen Schutzsuche, die voraussichtlichen Eingliederungsmöglichkeiten sowie allfällig bestehende medizinische Gründe in Betracht zu ziehen (vgl. EMARK 2004 Nr. 20 E. 3b; 2004 Nr. 21 E. 4c). Der Begriff der Zumutbarkeit räumt den Verwaltungsbehörden einen Beurteilungsspielraum ein und bringt zum Ausdruck, dass sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Bei der Frage nach der Schutzgewährung respektive der Zumutbarkeit der Inanspruchnahme des Schutzes in einem Drittstaat handelt es sich folglich – stellt man auf das Unterscheidungsmerkmal Tatbestand/Rechtsfolge ab – um einen unbestimmten Rechtsbegriff.

Zu keinem anderen Ergebnis kommt man in Anwendung des Abgrenzungskriteriums der Überprüfungseignung. Aus der offenen Formulierung resultiert nicht, dass die Konkretisierung einzig durch das BFM zu

erfolgen hat, da dieses dazu besser geeignet erscheint. Wird auf die Eignung des Gerichts zur Überprüfung abgestellt, sind ausschlaggebende Parameter die Fachkompetenz der Behörde oder die zur Beurteilung notwendige Nähe zu den tatsächlichen Begebenheiten. Das Gericht verfügt insbesondere aufgrund der hohen Fallzahlen in einem vergleichsweise eng definierten Sachgebiet über eine vertiefte und spezifische materielle Fachkompetenz (…).

Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist somit festzuhalten, dass die Schutzgewährung respektive die Zumutbarkeit der Schutzsuche in einem anderen Staat vom Bundesverwaltungsgericht weiterhin vollumfänglich überprüft werden kann.

7.2.4 Gemäss aArt. 52 Abs. 2 AsylG kann das BFM einer Person, die sich im Ausland befindet, das Asyl verweigern, wenn es ihr zugemutet werden kann, sich in einem anderen Staat um Aufnahme zu bemühen. Die Asylverweigerung bedingt demnach, dass die Person in einem anderen Staat effektiven Schutz vor Verfolgung erlangen kann. Anders ausgedrückt, darf das BFM einer Person die Einreise zwecks Asylgewährung bewilligen, obwohl es ihr eigentlich zugemutet werden kann, sich in einem Drittstaat um Aufnahme zu bemühen. Es muss ihr aber die Einreise bewilligen, wenn die Zumutbarkeit der Schutzsuche in einem Drittstaat verneint wurde. Die « Kann-Formulierung » bezieht sich auf die Rechtsfolgeseite. Sofern die Person in einem Drittstaat zumutbaren Schutz gefunden hat, fällt es somit in die Entscheidbefugnis des BFM, ob der Person im zu beurteilenden Einzelfall die Einreise zwecks Asylgewährung bewilligt wird oder nicht. Diese Auslegung stimmt auch mit Überlegungen der neueren Lehre überein, welche auf den Zweck des eingeräumten Spielraums abstellt. Das BFM soll in dieser Konstellation den politischen Interessen Rechnung tragen können und einer Person, sollte diese nicht auf den Schutz der Schweiz angewiesen sein, das Asyl verweigern dürfen oder sie dennoch einreisen lassen. Dem BFM kommt in dieser Hinsicht somit ein Ermessensspielraum zu. Diese Auslegung lässt sich schliesslich auch mit der ratio legis von aArt. 52 Abs. 2 AsylG vereinbaren, da jenen Personen die Einreise zwecks Asylgewährung verweigert werden kann, welche bereits Schutz gefunden haben.

7.3 Zusammenfassend lässt sich somit im Lichte der nunmehr geltenden kognitionsrechtlichen Grundsätze im Sinne von Art. 106 AsylG in Bezug auf Asylgesuche aus dem Ausland feststellen, dass es sich bei der Gefährdung der asylsuchenden Person gemäss Art. 3 AsylG um Rechtsfragen handelt, welche durch das Bundesverwaltungsgericht nach wie

vor vollumfänglich überprüfbar (vgl. auch schon BVGE 2010/54 E. 7.7) sind. In Bezug auf die in aArt. 52 Abs. 2 AsylG kodifizierte Voraussetzung der Schutzgewährung respektive Zumutbarkeit der Schutzsuche in einem Drittstaat folgt aus den vorangehenden Erwägungen, dass es sich hierbei um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, dessen Auslegung und Anwendung im Einzelfall vom Bundesverwaltungsgericht ebenfalls vollumfänglich überprüfbar ist. Die in Art. 106 AsylG neu vorgesehene Kognitionsbeschränkung des Bundesverwaltungsgerichts in asylrechtlichen Beschwerden hat keine Auswirkung auf die Beurteilung der Schutzgewährung respektive Zumutbarkeit der Schutzsuche in einem Drittstaat. Hingegen handelt es sich in Bezug auf die Verweigerung respektive Bewilligung der Einreise zwecks Asylgewährung im Sinne von aArt. 52 Abs. 2 AsylG dann um einen Ermessensentscheid des BFM, wenn im konkret zu beurteilenden Fall die Schutzgewährung respektive Zumutbarkeit der Schutzsuche in einem Drittstaat bejaht wurde. Dies betreffend verfügt das Bundesverwaltungsgericht lediglich über eine eingeschränkte Kognition, welche die Überprüfung der Angemessenheit ausschliesst.