LANDESRECHT — DROIT NATIONAL — DIRITTO NAZIONALE

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

18

Auszug aus dem Urteil der Abteilung V i. S. A. alias B.
gegen Bundesamt für Migration (BFM)
E-918/2007 vom 16. August 2007

Frage der selbständigen Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung des Bundesamtes für Migration (BFM) betreffend die Erhebung eines Kostenvorschusses im zweiten Asyl- und im Wiedererwägungsverfahren. Grundsatzurteil.

Art. 17b Abs. 3 und 4 und Art. 107 AsylG.

1. **Art. 107 Abs. 1 AsylG schliesst die selbständige Anfechtbarkeit von gestützt auf Art. 17b Abs. 3 und 4 AsylG erlassenen Kostenvorschussverfügungen aus (E. 4.4).**
2. **Eine während erstinstanzlich hängigem zweitem Asylverfahren oder Wiedererwägungsverfahren vom BFM erlassene Zwischenverfügung betreffend die Erhebung eines Kostenvorschusses kann demnach erst mit dem Endentscheid angefochten werden (E. 4.5).**

Contestation, par la voie d'un recours distinct, d'une décision incidente de l'Office fédéral des migrations (ODM) concernant la perception d'une avance de frais lors d'une deuxième procédure d'asile ou d'une procédure de réexamen d'un renvoi. Arrêt de principe.

Art. 17b al. 3 et 4 et art. 107 Lasi.

1. **L'art. 107 al. 1 LAsi exclut la recevabilité d'un recours distinct contre une décision rendue en matière d'avance de frais fondée sur l'art. 17b al. 3 et 4 LAsi (consid. 4.4).**
2. **Une décision incidente rendue par l'ODM concernant la perception d'une avance de frais lors d'une deuxième procédure d'asile ou d'une procédure de réexamen peut par conséquent être contestée seulement avec la décision finale (consid. 4.5).**

Questione dell'impugnabilità con ricorso distinto di una decisione incidentale dell'Ufficio federale della migrazione (UFM) concernente la riscossione di un'anticipo equivalente alle presunte spese processuali nell'ambito di una seconda procedura d'asilo rispettivamente di una domanda di riesame. Sentenza di principio.

Art. 17b cpv. 3 e 4 e art. 107 LAsi.

1. **L'art. 107 cpv. 1 LAsi esclude l'impugnabilità con ricorso distinto delle decisioni incidentali, fondate sull'art. 17b cpv. 3 e 4 LAsi, riguardanti un anticipo sulle spese processuali (consid. 4.4).**
2. **Una decisione incidentale concernente la riscossione di un'anticipo sulle spese processuali resa dall'UFM nell'ambito di una seconda procedura di asilo, o di una procedura di riesame, può essere impugnata unicamente con la decisione finale (consid. 4.5).**

Nach rechtskräftigem Abschluss seines ersten Asylverfahrens stellte der Beschwerdeführer mit schriftlicher Eingabe vom 29. Dezember 2006 an das Bundesamt für Migration (BFM) ein zweites Asylgesuch.

Mit Zwischenverfügung vom 19. Januar 2007 erhob das BFM in Anwendung von Art. 17b Abs. 4 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'200.–. Zur Bezahlung setzte es dem Beschwerdeführer Frist, unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfall. In der Begründung erkannte das BFM die Aussichtslosigkeit des zweiten Asylgesuchs. Im Sinne einer Rechtsmittelbelehrung hielt das BFM unter Hinweis auf Art. 107 AsylG fest, dass es sich um eine Zwischenverfügung handle, die nur durch Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden könne.

Mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) vom 2. Februar 2007 erhob der Beschwerdeführer gegen diese Zwischenverfügung des BFM Beschwerde. Darin vertritt er den Standpunkt der selbständigen Anfechtbarkeit besagter Zwischenverfügung und beantragt deren Aufhebung, den Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sowie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur ordentlichen Durchführung des Asylverfahrens.

Mit Vernehmlassung vom 29. März 2007 hält das BFM an seinen bisherigen Standpunkten und Erwägungen fest und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Das BVGer tritt auf die Beschwerde infolge Unzulässigkeit nicht ein. Die unter Ziffern 2–4 aufgeführten Erwägungen bildeten Gegenstand eines von der Vereinigung der Abteilungen IV und V im Sinne von Art. 25 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) getroffenen Entscheides.

Aus den Erwägungen:

2. Hauptstreitpunkt ist zunächst die Frage der selbständigen Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung, mit der das BFM einen Kostenvorschuss bei einem erneuten Asylgesuch (beziehungsweise bei einem Wiedererwägungsgesuch) erhebt.

2.1 Die Vorinstanz nennt als gesetzliche Grundlage der Kostenvorschusserhebung zutreffend und unbestrittenerweise Art. 17b Abs. 4 AsylG. Die Frage der Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung, mittels welcher der Kostenvorschuss erhoben wurde, verneint sie unter Hinweis auf Art. 107 AsylG.

2.2 Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, bei der Zwischenverfügung vom 19. Januar 2007 handle es sich um ein taugliches Anfechtungsobjekt und der vorinstanzliche Hinweis auf Art. 107 AsylG sei unbeachtlich. Das BFM übersehe, dass Art. 17b Abs. 4 AsylG nicht unter den in Art. 107 AsylG enthaltenen Katalog der Bestimmungen falle, bei welchen die Zwischenverfügung nicht selbständig, sondern nur durch eine Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden könne. Somit sei nicht Art. 107 AsylG als lex specialis massgebend, sondern Art. 46 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Diese Bestimmung lasse die Beschwerde gegen eine selbständig eröffnete Zwischenverfügung zu, wenn letztere einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könne. Ein solcher Nachteil sei vorliegend offensichtlich, da der Beschwerdeführer in Anbetracht

seiner Bedürftigkeit den Kostenvorschuss nicht bezahlen könne und somit einen Nichteintretensentscheid mitsamt den damit einhergehenden negativen Konsequenzen (drohender Wegweisungsvollzug, Ausschluss von der öffentlichen Sozialhilfe, merkliche Einschränkungen in der medizinischen Betreuung) zu gewärtigen habe. Im Übrigen führe eine objektive Gesamtbetrachtung des eingereichten zweiten Asylgesuchs auch bei einer antizipierenden und summarischen Beweiswürdigung zur Erkenntnis, dass die Kriterien für die Nichtaussichtslosigkeit der gestellten Begehren erfüllt seien. Er habe daher gesetzes- und praxisgemäss Anspruch auf Durchführung einer ordentlichen Anhörung, bevor über das erneute Begehren um Feststellung der Flüchtlingseigenschaft befunden werde.

2.3 In seiner die Abweisung der Beschwerde beantragenden Vernehmlassung hält das BFM kommentarlos an seinen bisherigen Standpunkten und Erwägungen fest.

3. Gemäss Art. 17b Abs. 3 und 4 AsylG kann das BFM von Personen, die nach rechtskräftigem Abschluss ihres Asyl- und Wegweisungsverfahrens ein Wiedererwägungsgesuch oder ein erneutes Asylgesuch stellen, einen Kostenvorschuss verlangen, bei dessen Nichtleistung auf das anhängig gemachte Verfahren grundsätzlich nicht einzutreten ist; auf die Vorschusserhebung wird im (kumulativen) Falle der Bedürftigkeit der gesuchstellenden Person und der Nichtaussichtslosigkeit ihrer Begehren verzichtet.

Laut Art. 45 Abs. 1 VwVG ist gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren die Beschwerde zulässig. Gegen andere selbständig eröffnete Zwischenverfügungen ist gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG die Beschwerde zulässig, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Ist die Beschwerde nach Art. 46 Abs. 1 VwVG nicht zulässig, so sind die betreffenden Zwischenverfügungen durch Beschwerde gegen die Endverfügung anfechtbar, soweit sie sich auf den Inhalt der Endverfügung auswirken (Art. 46 Abs. 2 VwVG).

Gemäss Art. 107 Abs. 1 AsylG können Zwischenverfügungen, die in Anwendung der Art. 10 Abs. 1–3 und 18–48 AsylG sowie Art. 22a des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20) ergehen, nur durch Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden, vorbehältlich die Anfechtung von Verfügungen nach Art. 27 Abs. 3 AsylG (betreffend Kantonszuweisung). Selbständig anfechtbar sind nach Art. 107 Abs. 2 AsylG ausserdem, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können: vorsorgliche Massnahmen sowie Verfügungen, mit denen das Verfahren sistiert

wird, ausser Verfügungen nach Art. 69 Abs. 3 AsylG. Als selbständig anfechtbar erwähnt Art. 107 Abs. 3 AsylG zudem Verfügungen über die vorläufige Verweigerung der Einreise sowie über die Zuweisung eines Aufenthaltsortes am Flughafen (Art. 22 Abs. 1 und 2 AsylG).

4. Die Vorinstanz ist aus folgenden Erwägungen in ihrer Auffassung zu stützen, wonach es sich bei vorliegender Zwischenverfügung nicht um eine selbständig anfechtbare handle:

4.1 Rechtsnormen bedürfen der Auslegung. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut einer Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente; dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, den Sinn der Norm zu erkennen. Das Bundesgericht (BGer) hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen (BGE 131 II 31 E. 7.1, BGE 131 V 93 E. 4.1, BGE 130 V 232 E. 2.2, BGE 129 II 118 E. 3.1, BGE 125 II 196 E. 3a, je mit Hinweisen).

4.2 Art. 17b AsylG, welcher vorliegend vom BFM als gesetzliche Grundlage für die Kostenvorschusserhebung herangezogen wurde, enthält in seinem Wortlaut keine Aussage über eine allfällige selbständige Anfechtbarkeit entsprechender Kostenvorschussverfügungen. Die Bestimmung fand im August 2004 – damals noch beschränkt auf Wiedererwägungsverfahren, später durch die Staatspolitische Kommission des Ständerates auf Zweitgesuche erweitert – erst im Verlaufe des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens mittels Einbringung durch den Bundesrat Eingang in die Debatte, ohne dass sie zuvor in der bundesrätlichen Botschaft vom 4. September 2002 (BBl 2002 6845) zur Diskussion gestellt worden wäre. Die Frage der selbständigen Anfechtbarkeit einer Kostenvorschusserhebung gestützt auf Art. 17b AsylG war in den beiden Räten nie ein Thema, wogegen in den Erläuterungen des Bundesrates zuhanden der Staatspolitischen Kommission des Ständerates (« Antrag Nr. 13 » vom 25. August 2004) ausdrücklich und einzig die Anfechtbarkeit des Nichteintretensentscheides infolge Nichtleistung des auferlegten Kostenvorschusses Erwähnung findet. Aus den Erläuterungen des Bundesrats zum betreffenden Antrag geht zudem der tendenziell gegen eine selbständige Anfechtbarkeit sprechende Beschleunigungsgedanke hervor: Die gesetzliche Grundlage der Kostenvorschusserhebung wurde bewusst als Kann-Bestimmung formuliert, um dem BFM die Möglichkeit einzuräumen, teure Verfahrensverzögerungen, die durch eine Kostenvorschusserhebung entste-

hen können, zu vermeiden. Auf dieser Grundlage ist – trotz fehlender bundesrätlicher Botschaft in diesem Zusammenhang – zu vermuten, bei der Legiferierung von Art. 17b AsylG sei bewusst auf die Einräumung der selbständigen Anfechtbarkeit entsprechender Kostenvorschussverfügungen verzichtet worden. Im Übrigen waren nicht nur die Vorarbeiten zu Art. 17b AsylG, sondern die Diskussion in den Räten zur Asylgesetzrevision vom Bestreben geprägt, Verfahrensabläufe zu beschleunigen, Missbräuche und Kostenwirksamkeiten zu vermindern und die Effizienz im Asylwesen zu steigern (vgl. Botschaft vom 4. September 2002 [BBl 2002 6845] sowie die Beratungen in den vorberatenden Staatspolitischen Kommissionen, in den beiden Räten vom 3.-5. Mai 2004, vom 17. März 2005, vom 26.-28. September 2005 und in der Wintersession 2005; vgl. Parlamentarische Geschäftsdatenbank Curia Vista, Geschäftsnummer 02.060 [Teilrevision des Asylgesetzes]).

4.3 Wortlaut und gesetzessystematische Logik von Art. 107 AsylG (i. V. m. Art. 45 und 46 VwVG in der Fassung vom 13. Juni 2006) sprechen demgegenüber eher für die vom Beschwerdeführer vertretene Auffassung einer grundsätzlich selbständigen Anfechtbarkeit der Kostenvorschussverfügung, da Art. 17b Abs. 4 AsylG tatsächlich nicht in dem in Art. 107 AsylG enthaltenen Katalog der Bestimmungen erwähnt ist, bei welchen eine Zwischenverfügung nicht selbständig, sondern nur durch eine Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden könnte. Mithin müsste sich die Konsequenz ergeben, dass nicht Art. 107 AsylG als lex specialis, sondern Art. 46 VwVG zur Anwendung gelangen würde und die selbständige Anfechtbarkeit der Kostenvorschussverfügung unter der Voraussetzung eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils zu bejahen wäre. Auch das Eidgenössische Versicherungsgericht (vgl. BGE 105 V 110 f. E. 3) und das BGer (vgl. BGE 77 I 46 E. 2, BGE 128 V 199) bejahen in konstanter Praxis die selbständige Anfechtbarkeit von Kostenvorschussverfügungen, sofern sie das Potenzial aufweisen, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zu bewirken; dieses Potenzial wird bei solchen Kostenvorschussverfügungen, deren Beträge jedoch beim BGer beträchtlich höher als Fr. 1'200.– sein können, gar prinzipiell bejaht. Dabei erkennt das BGer durchaus den bestehenden Konflikt mit dem Grundsatz der Raschheit des Verfahrens (vgl. BGE 103 V 195 f. E. 4, BGE 128 V 203 f. E. 2c [hier betreffend die Kostenvorschusserhebung in einem nach Gesetz grundsätzlich rasch abzuwickelnden AHV-Rekursverfahren]), welchen es aber im Hinblick auf die Frage einer allfälligen Änderung der Rechtsprechung bislang nicht als überwiegend erachtet hat.

Zur Annahme der selbständigen Anfechtbarkeit kann man auch gelangen, wenn man in der Legiferierung von Art. 17b AsylG ein gesetzgeberisches Versehen erblickt. Tatsächlich liesse sich aus dem Umstand, dass die Frage der Anfechtbarkeit von auf Art. 17b AsylG gestützten Kostenvorschussverfügungen nie ernsthaft zur Diskussion gekommen ist, schliessen, der Gesetzgeber habe durch die unterlassene Regelung eine Gesetzeslücke geschaffen, und damit die Hypothese verbinden, dass der Gesetzgeber die Anfechtungsfrage – wäre sie zur Diskussion gebracht worden – positiv in Art. 107 AsylG beantwortet hätte, zumal dieses Ergebnis der erwähnten Bundesgerichtspraxis entspräche.

4.4 Diese skizzierte hypothetische Betrachtung und die Bundesgerichtspraxis erscheinen vor dem Hintergrund der Spezialgesetzlichkeit der Asylmaterie (mit ihrer eigenen Regelung der Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen in Art. 107 AsylG beziehungsweise deren Vorgängerbestimmung) und insbesondere durch die in dieser Spezialmaterie ergangene Rechtsprechung allerdings in einem ganz anderen Licht: So hat die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) eine konstante und differenzierte Rechtsprechung zur Frage der selbständigen Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen für ihren Materienbereich entwickelt. Die ARK hat insbesondere eine wegweisende Auslegung von Art. 107 AsylG vorgenommen. Gemäss Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission (EMARK) 1993 Nr. 28, der als Grundsatzentscheid zu Art. 46a AsylG in der Fassung des Bundesbeschlusses über das Asylverfahren vom 22. Juni 1990 (AVB) ergangen ist, sind Zwischenverfügungen, die im Rahmen des erstinstanzlichen Asylverfahrens erlassen wurden, mit Ausnahme der in dieser Bestimmung abschliessend aufgeführten Fälle nicht selbständig, sondern nur durch Beschwerde gegen die Endverfügung anfechtbar; besagter Art. 46a aAsylG schliesse im Asylverfahren als lex specialis die Anwendung von Art. 45 VwVG in der Fassung vom 29. Februar 2000 aus. Die ARK hat sodann in einem Urteil vom 9. Juni 2006 i. S. M. Z. festgestellt, dass in Art. 107 AsylG der materielle Gehalt von Art. 46a AsylG in der Fassung des AVB grundsätzlich unverändert übernommen worden sei, weshalb die zu dieser Bestimmung entwickelte Rechtsprechung der ARK (insbesondere EMARK 1993 Nr. 28) auch auf Art. 107 AsylG anwendbar sei; die selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen sei daher nach dem Willen des Gesetzgebers auf die in Art. 107 Abs. 2 und 3 AsylG ausdrücklich genannten Verfügungsarten beschränkt (vgl. EMARK 2006 Nr. 21 E. 1.4.–1.6.). Gestützt darauf ist die ARK zum Schluss gekommen, dass Zwischenverfügungen des BFM betreffend die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren nicht selbständig mit Beschwerde an die ARK anfechtbar seien. Folgt man der Argumentationslinie

dieser Rechtsprechung, ist eine in Anwendung von Art. 17b AsylG ergangene Kostenvorschussverfügung des BFM in der Frage der Anfechtbarkeit nicht anders zu behandeln. Nachdem die ARK in ihrer konstanten, langjährigen und erst vor Jahresfrist wieder bestätigten Praxis den Willen des Gesetzgebers im Zusammenhang mit Art. 46a aAsylG und Art. 107 AsylG in Form der Verneinung der selbständigen Anfechtbarkeit erkannt hat, erscheint diese Argumentation und Erkenntnis auch dem BVGer als die konsequente und zutreffende, zumal ausgeschlossen werden kann, derselbe Gesetzgeber hätte bei der Legiferierung von Art. 17b AsylG nun eine andere Absicht gehabt (selbständige Anfechtbarkeit), ohne diese andere Absicht auch nur ansatzweise im Gesetzgebungsverfahren zur Sprache zu bringen. Vielmehr ist zu schliessen, der Gesetzgeber habe keine gegenüber der ARK-Praxis abweichende Lösung einführen, sondern diese weiterführen wollen. Die Bestimmung von Art. 107 Abs. 1 AsylG schliesst somit auch die selbständige Anfechtung von Zwischenverfügungen des BFM nach Art. 17b Abs. 3 und 4 AsylG aus.

Demzufolge erübrigt es sich zu prüfen, ob mit der gestützt auf Art. 17b Abs. 3 und 4 AsylG erfolgenden Erhebung eines Kostenvorschusses im Allgemeinen oder in concreto überhaupt das Potenzial eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils verbunden ist.

4.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass aufgrund der Auslegung von Art. 107 AsylG und der durch das BVGer fortzuführenden Praxis der ARK die selbständige Anfechtbarkeit von auf Art. 17b Abs. 3 und 4 AsylG gestützten Zwischenverfügungen des BFM betreffend die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verneinen ist.

Erst gegen die (End-) Verfügung des BFM, in welcher es auf das zweite Asylgesuch beziehungsweise auf ein Wiedererwägungsgesuch nicht eintritt, kann (gestützt auf Art. 46 Abs. 2 VwVG) Beschwerde erhoben und gerügt werden, das BFM habe es in Verletzung von Art. 17b AsylG zu Unrecht abgelehnt, den Gesuchsteller von der Bezahlung einer Gebühr zu befreien, beziehungsweise es habe vom Gesuchsteller zu Unrecht einen Gebührenvorschuss eingefordert. Erweist sich die mit Beschwerde erhobene Rüge, die Nichteintretensverfügung verletze Art. 17b AsylG, als berechtigt, ist die Beschwerde gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an das BFM zur Neubeurteilung zurückzuweisen, eventuell verbunden mit der Anweisung, auf das zweite Asylgesuch beziehungsweise auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten.

4.6 Die Feststellung, dass die Zwischenverfügung nicht selbständig anfechtbar ist, gilt allerdings nur soweit sich die Verfügung auf den Kostenpunkt, d. h. die Vorschusspflicht, beschränkt und nicht mit der Anordnung

beziehungsweise Verweigerung von vorsorglichen Massnahmen verknüpft ist. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ein Zweitasylgesuch; der Gesuchsteller steht demnach wieder im Asylverfahren, während dessen Dauer er sich in der Schweiz aufhalten kann; die Frage der Vollzugsaussetzung stellt sich daher nicht.