

35

Auszug aus dem Urteil der Abteilung V
i. S. X. und Familie gegen Bundesamt für Migration
E-6941/2007 vom 25. September 2008

Frage der selbständigen Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung des Bundesamts für Migration (BFM) betreffend die implizite Verweigerung einer vorsorglichen Massnahme im Wiedererwägungsverfahren.

Art. 107 Abs. 2 Bst. a und Art. 112 AsylG.

1. Eine Verfügung des BFM, mit der in einem Wiedererwägungsverfahren gestützt auf Art. 17b AsylG ein Gebührenvorschuss erhoben und gleichzeitig das Gesuch um Aussetzung des Wegweisungsvollzugs abgewiesen wird, ist in Bezug auf die Gebührenvorschusserhebung nicht anfechtbar, wohl aber in Bezug auf die Verweigerung der Vollzugsaussetzung, weil sie im Sinne von Art. 107 Abs. 2 Bst. a AsylG einen nicht wieder gutmachenden Nachteil bewirken kann (vgl. dazu BVGE 2007/18) (E. 3.4, 4 und 4.2.3).
2. Eine Zwischenverfügung des BFM, welche das eingereichte Wiedererwägungsgesuch als aussichtslos bezeichnet und über die beantragte Vollzugsaussetzung « qualifiziert schweigt », wird – in Verbindung mit Art. 112 AsylG – als implizite Verweigerung der Vollzugsaussetzung betrachtet (E. 4.2.2).

Caractère attaquable, par recours distinct, d'une décision incidente de l'Office fédéral des migrations (ODM) comprenant un refus implicite de prononcer une mesure provisionnelle dans une procédure de réexamen.

Art. 107 al. 2 let. a et art. 112 LAsi.

1. Une décision de l'ODM par laquelle celui-ci, dans une procédure de réexamen, fixe une avance de frais au titre de l'art. 17b LAsi et rejette en même temps la demande de suspension de l'exécution du renvoi, ne peut pas être attaquée en ce qui concerne la perception de l'avance de frais, mais peut l'être en ce qui concerne le refus de la suspension requise, car ce refus peut entraîner un préjudice irréparable au sens de l'art. 107 al. 2 let. a LAsi (cf. ATAF 2007/18) (consid. 3.4, 4 et 4.2.3).

2. **Une décision incidente dans laquelle l'ODM déclare que la demande de réexamen est vouée à l'échec et oppose un « silence qualifié » à la demande de suspension de l'exécution du renvoi – en corrélation avec l'art. 112 LAsi – doit être considérée comme un refus implicite de la suspension requise (consid. 4.2.2).**

Impugnabilità con ricorso distinto di una decisione incidentale dell'Ufficio federale della migrazione (UFM) che nega implicitamente una misura provvisoria nell'ambito di una procedura di riesame.

Art. 107 cpv. 2 lett. a e art. 112 LAsi.

1. **Una decisione dell'UFM con cui, nell'ambito di una domanda di riesame, viene fissato un anticipo dell'emolumento conformemente all'art. 17b LAsi e nel contempo viene respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dell'allontanamento non può essere impugnata quanto alla richiesta di anticipo delle spese, ma può esserlo quanto al rifiuto della sospensione dell'esecuzione dell'allontanamento, nella misura in cui detto rifiuto è suscettibile di causare un pregiudizio irreparabile ai sensi dell'art. 107 cpv. 2 lett. a LAsi (cfr. DTAF 2007/18) (consid. 3.4, 4 e 4.2.3).**
2. **Una decisione incidentale dell'UFM in cui la domanda di riesame è considerata come destinata all'insuccesso e in cui nulla è indicato in merito alla richiesta di sospensione dell'esecuzione, è ritenuta, in combinazione con l'art. 112 LAsi, negare implicitamente la sospensione dell'esecuzione dell'allontanamento (consid. 4.2.2).**

Mit Eingabe vom 20. September 2007 ersuchten die Beschwerdeführenden um Wiedererwägung der Verfügung des Bundesamts für Migration (BFM) vom 25. November 2003 und beantragten die wiedererwägungsweise Feststellung der Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs und die Anordnung der vorläufigen Aufnahme. Gleichzeitig ersuchten sie um vorsorgliche Massnahmen, namentlich um Aussetzung des Wegweisungsvollzuges bis zur Entscheidung über das Wiedererwägungsgesuch.

Mit Zwischenverfügung vom 2. Oktober 2007 forderte das BFM die Beschwerdeführer gestützt auf Art. 17b des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf, einen Gebührevorschuss in der Höhe von

Fr. 1'200.– zu leisten, nachdem ihre Vorbringen als aussichtslos gewürdigt wurden. Gleichzeitig hielt das BFM unter Hinweis auf Art. 107 AsylG fest, dass diese Zwischenverfügung nur mit Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden könne. Das Gesuch um Anordnung einer vollzugshemmenden vorsorglichen Massnahme blieb unbeantwortet. Das BFM wies indessen auf Art. 112 AsylG hin, wonach das Einreichen ausserordentlicher Rechtsmittel den Vollzug nicht hemmt, es sei denn die für die Behandlung zuständige Behörde entscheide anders.

Mit Eingabe vom 11. Oktober 2007 reichten die Beschwerdeführenden gegen diese Zwischenverfügung des BFM Beschwerde ein. Sie beantragen dabei die Aufhebung der entsprechenden Zwischenverfügung und die Feststellung deren selbständigen Anfechtbarkeit. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird unter anderem beantragt, die Vorinstanz und die Vollzugsbehörden seien anzuweisen, von Vollzugsmassnahmen abzusehen und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Zur Begründung wird namentlich ausgeführt, die vorliegend zur Diskussion stehende Zwischenverfügung sei selbständig anfechtbar, zumal dadurch ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) geschaffen werde. Wenn nämlich der erhobene Gebührenvorschuss nicht bezahlt werden könne, drohe die sofortige Abschiebung der Beschwerdeführer, was einen nicht wieder gutzumachenden und schwerwiegenden Nachteil darstellen würde.

Mit Zwischenverfügung vom 18. Oktober 2007 setzte das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) den Vollzug der Wegweisung aus.

Mit Vernehmlassung vom 2. November 2007 hielt das BFM – ohne auf das Gesuch um Anordnung einer vollzugshemmenden vorsorglichen Massnahme einzugehen – an seinen bisherigen Standpunkten und Erwägungen fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit sie die implizite Verweigerung der Vollzugsaussetzung betrifft. Soweit die Beschwerdeführer demgegenüber die selbständige Anfechtbarkeit des Entscheids über die Auferlegung des Gebührenvorschusses beantragen, tritt das BVGer auf die Beschwerde nicht ein.

Die unter Ziffern 3 und 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:

3. Zunächst stellt sich die Frage der selbständigen Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung, mit der das BFM einen Gebührenvorschuss für die Behandlung eines Wiedererwägungsgesuchs erhebt.

3.1 Die Vorinstanz nennt als gesetzliche Grundlage der Gebührenvorschusserhebung zutreffend und unbestrittenerweise Art. 17b AsylG. Die Frage der Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung, mittels welcher der Gebührenvorschuss erhoben wurde, verneint sie unter Hinweis auf Art. 107 AsylG.

3.2 Die Beschwerdeführer machen demgegenüber geltend, bei der Zwischenverfügung vom 2. Oktober 2007 handle es sich um ein taugliches Anfechtungsobjekt und der vorinstanzliche Hinweis auf Art. 107 AsylG sei unbeachtlich. Diese als *lex specialis* zu Art. 45 VwVG konstruierte Bestimmung komme vorliegend nicht zur Anwendung. Mithin würden die allgemeinen Bestimmungen von Art. 45 und Art. 46 VwVG zur Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen gelten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung könnten Kostenvorschussverfügungen verbunden mit der Ankündigung, im Unterlassungsfall auf die erhobene Eingabe nicht einzutreten, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, weshalb sie selbständig anfechtbar seien. Diese für das Verwaltungsgerichtsverfahren entwickelte Praxis müsse in Analogie auch für ein Wiedererwägungsverfahren gelten.

3.3 Die Regelung von Art. 17b Abs. 3 AsylG, wonach das BFM von einer um Wiedererwägung ersuchenden Person einen Gebührenvorschuss erheben kann, gehört zu den Bestimmungen der Asylgesetzänderung vom 16. Dezember 2005, welche vorgezogen auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt worden sind (vgl. dazu: AS 2006 4745, 4767; BBl 2002 6845). Gemäss Art. 17b Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 2 AsylG wird auf einen Gebührenvorschuss verzichtet, wenn die gesuchstellende Person bedürftig ist und ihre Begehren nicht von vornherein aussichtslos erscheinen.

3.4 Die Frage, ob seit dem 1. Januar 2007 gestützt auf Art. 17b AsylG ergangene Zwischenverfügungen des BFM, in welchen die Erhebung eines Gebührenvorschusses angeordnet wird, selbständig mit Beschwerde beim BVGer anfechtbar sind, wurde vom BVGer in seinem Grundsatzurteil vom 16. August 2007 verneint (vgl. BVGE 2007/18 E. 4), wobei es sich in diesem Urteil nicht um ein Wiedererwägungs- sondern um ein zweites Asylverfahren handelte, weshalb sich damals die Frage der allfälligen Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (Aussetzung des Wegweisungsvollzugs) nicht stellte. In solchen Verfahren dürfen sich die Beschwerde-

führer nämlich gemäss Art. 42 AsylG bis zu deren Abschluss in der Schweiz aufhalten.

3.5 Zusammenfassend ist vorliegend gemäss BVGE 2007/18 festzustellen, dass die auf Art. 17b Abs. 3 AsylG gestützte Zwischenverfügung des BFM vom 2. Oktober 2007 betreffend die Erhebung des Gebührenvorschusses nicht selbständig anfechtbar ist, weshalb auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten ist.

4. Wie bereits erwähnt, gilt die Feststellung des BVGer im oben zitierten BVGE 2007/18, dass die Zwischenverfügung nicht selbständig anfechtbar ist, nur soweit sich die Verfügung auf den Kostenpunkt, d. h. die Vorschusspflicht, beschränkt. Da sich im damaligen Verfahren eines zweiten Asylgesuchs die Frage der allfälligen Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (Aussetzung des Wegweisungsvollzugs) nicht stellte, wurde die Anfechtbarkeit einer allfälligen Zwischenverfügung des BFM hinsichtlich dieser Frage nicht geprüft.

4.1 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist hingegen ein Wiedererwägungsgesuch. Nach Art. 112 AsylG hemmt die Einreichung eines ausserordentlichen Rechtsmittels wie das vorliegende Wiedererwägungsgesuch den Vollzug nicht, es sei denn, die für die Behandlung zuständige Behörde entscheide anders. Über einen entsprechenden Antrag zur Anordnung einer vorsorglichen Massnahme hat die Behörde somit zwingend zu befinden. Eine entsprechende vorsorgliche Massnahme soll indes nur angeordnet werden, falls die Begründetheit des Begehrens klar vorliegt und der Vollzug der Wegweisung einen erheblichen und nicht wieder gutzumachenden Nachteil mit sich bringen würde. Der Gesuchsteller hat demnach ein gegenüber dem öffentlichen Interesse am rechtskräftig verfügten Vollzug der Wegweisung überwiegendes privates Interesse am Verbleib in der Schweiz darzutun. Diese Prüfung hat das BFM vorliegend – trotz dem ausdrücklichen und ausführlich begründeten Antrag des Beschwerdeführers in seinem Wiedererwägungsgesuch vom 20. September 2007 um Aussetzung des Vollzugs der Wegweisung – unterlassen.

4.2 Damit stellt sich hier vorerst die Frage, ob es sich bei der vom BFM unterlassenen Prüfung des Begehrens um Aussetzung des Vollzugs der Wegweisung um eine Rechtsverweigerung oder um eine implizite Verneinung der Vollzugsaussetzung handelt. Im letzteren Fall wäre sodann zu prüfen, ob die – explizite oder implizite – Verneinung einer Anordnung von vorsorglichen Massnahmen selbständig anfechtbar ist.

4.2.1 Die Weigerung der Vorinstanz über einen vom Gesuchsteller gestellten Antrag auf Aussetzung des Vollzugs zu befinden, könnte mit Rechtsverweigerungsbeschwerde gemäss Art. 46a VwVG beim BVGer an-

gefochten werden. Das Verbot der Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung wird verletzt, wenn eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde untätig bleibt oder das gebotene Handeln über Gebühr hinauszögert, obwohl sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, S. 356, Rz. 1657). Wie nachfolgend ausgeführt, geht das BVGer vorliegend indes von einer impliziten Verneinung der Vollzugsaussetzung aus, weshalb hier nicht weiter auf den Rechtsweg der Rechtsverweigerungsbeschwerde eingegangen wird.

4.2.2 Das BFM hat in seiner Zwischenverfügung über den Gebührenvorschuss vom 2. Oktober 2007 das Wiedererwägungsgesuch als aussichtslos bezeichnet. Es hat in dieser Zwischenverfügung zudem unter Hinweis auf den damaligen Art. 112 Abs. 4 AsylG (heute: Art. 112 AsylG) festgestellt, dass das Einreichen ausserordentlicher Rechtsmittel den Vollzug nicht hemme, es sei denn die für die Behandlung zuständige Behörde entscheide anders. Das BVGer geht deshalb vorliegend davon aus, dass das BFM damit gleichzeitig mit der Gebührenvorschusserhebung implizit dem Antrag der Gesuchsteller um Wegweisungsvollzugsaussetzung nicht statt gab, da es damit zu verstehen gab, dass es den Gesuchstellern nicht gelungen sei, ein gegenüber dem öffentlichen Interesse am rechtskräftig verfügbaren Vollzug der Wegweisung überwiegendes privates Interesse am Verbleib in der Schweiz darzutun, ansonsten ihr Wiedererwägungsgesuch nicht als aussichtslos qualifiziert worden wäre.

4.2.3 Die selbständige Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung, in welcher die Aussetzung des Vollzugs verweigert wird, ergibt sich bereits aus dem gesetzlichen Wortlaut von Art. 107 Abs. 2 Bst. a AsylG, gemäss welchem Zwischenverfügungen betreffend vorsorgliche Massnahmen selbständig anfechtbar sind, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Gleiches müsste auch gelten, wenn das BFM in einer Zwischenverfügung über den Gebührenvorschuss das Wiedererwägungsgesuch als aussichtslos bezeichnet, gleichzeitig aber über die beantragte Vollzugsaussetzung nichts verfügt, da es damit implizit zu verstehen gibt, dass keine vorsorgliche Massnahme angeordnet wird. Eine Zwischenverfügung, welche das eingereichte Wiedererwägungsgesuch als aussichtslos bezeichnet und über die beantragte Vollzugsaussetzung sozusagen « qualifiziert schweigt », muss implizit – in Verbindung mit Art. 112 AsylG – als Verweigerung der Vollzugsaussetzung betrachtet werden und selbständig anfechtbar sein. Andernfalls könnte nämlich der Gesuchsteller während der Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens jederzeit ausgeschafft werden, ohne dass er dagegen – mangels Anfechtungsobjekt – eine Rekursmöglichkeit hätte: Ein anfechtbarer Endentscheid über das Wiederer-

wägungsgesuch liegt noch nicht vor, und die bereits vorhandene Zwischenverfügung zum Gebührenbevorschussungspunkt ist gemäss oben genannter Betrachtungsweise nicht selbständig anfechtbar. Somit bleibt in den Fällen der selbständigen Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung der Umfang der Anfechtung auf den Aspekt der vorsorglichen Massnahme (Aussetzung des Wegweisungsvollzugs) beschränkt. Folglich ist vorliegend auf dieses Begehren der Beschwerdeführer einzutreten.

4.2.4 An dieser Stelle ist ad futurum festzustellen, dass das BFM in Wiedererwägungsverfahren über ein ausdrücklich oder sinngemäss gestelltes Gesuch um Aussetzung des Wegweisungsvollzugs mittels Zwischenverfügung entscheiden muss, es sei denn, es entscheide verzugslos über das Wiedererwägungsgesuch.