

BVGer C-1026/2009 vom 31. Oktober 2012

Bundesverwaltungsgericht, 2012-10-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-1026_2009

FR: TAF C-1026/2009 du 31 octobre 2012

IT: TAF C-1026/2009 del 31 ottobre 2012

Regeste

Sonderabgabepflicht

Erwägungen

E. 1.1

Verfügungen des BFM auf dem Gebiet des Asyl- und Ausländerrechts unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 32 und Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 und Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

E. 1.2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.3

Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

E. 2

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und - soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat - die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen; massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2011/1 E. 2, BVGE 2007/41 E. 2 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A 2682/2007 vom 7. Oktober 2010 E. 1.3).

E. 3

Am 1. Januar 2008 trat das zweite Paket der Asylgesetzrevision vom 16. Dezember 2005 in Kraft, mit dem durch entsprechende Änderungen des Asylgesetzes und des auf denselben Zeitpunkt in Kraft gesetzten Ausländergesetzes (AuG, SR 142.20) ein Systemwechsel von der individuellen Sicherheitsleistungs- und Rückerstattungspflicht (nachfolgend SiRück) zur voraussetzungslos geschuldeten Sonderabgabe vollzogen wurde (vgl. zum Ganzen:

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C 7179/2008 vom 21. Dezember 2010). Die vorliegende Streitsache betrifft die Abrechnung über ein Konto, auf das unter der Herrschaft des alten Rechts Sicherheitsleistungen aus dem Erwerbseinkommen des Beschwerdeführers überwiesen wurden, und dessen Auflösung. Strittig ist vorliegend vor allem die Vereinbarkeit der Sonderabgabe (und insbesondere der diesbezüglichen Übergangsbestimmungen) mit der Flüchtlingskonvention.

E. 4

Der Beschwerdeführer macht geltend, das System der Sonderabgabe sei mit Art. 29 FK nicht vereinbar. Es sei zwar einleuchtend, einen Flüchtling erst dann in den vollen Genuss der erweiterten Rechte der Flüchtlingskonvention kommen zu lassen, wenn er vom Vertragsstaat als solcher anerkannt worden sei. Nach der Anerkennung seien ihm aber rückwirkend sämtliche Rechte zu gewähren, soweit dies möglich sei.

E. 5

Zunächst ist zu klären, ob die Sonderabgabe, wie sie in Art. 85 ff. AsylG und in der AsylV 2 geregelt ist, mit Art. 29 FK vereinbar ist. Dabei wird auf den Flüchtlingsbegriff des Asylgesetzes und auf denjenigen von Art. 29 FK einzugehen sein. Sodann ist der Frage nachzugehen, welche Rechte die Flüchtlingskonvention in Art. 29 Ziff. 1 FK welchen Personen zu welchem Zeitpunkt gewährt und ob die Regelung der Sonderabgabe im Asylgesetz diesen Anforderungen genügt.

E. 6.1

Gemäss Art. 86 Abs. 1 AsylG müssen Asylsuchende und Schutzbedürftige ohne Aufenthaltsbewilligung, die einer Erwerbstätigkeit nachgehen, die Kosten gemäss Art. 85 Abs. 1 AsylG (d.h. Sozialhilfe-, Ausreise- und Vollzugskosten sowie Kosten des Rechtsmittelverfahrens) in Form der Sonderabgabe zurückerstatten.

E. 6.2

Nach Schweizer Recht wird als Asylsuchender bezeichnet, wer sich in einem schweizerischen Asylverfahren befindet, das noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist (Walter Stöckli, Asyl, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band 8, 2. Aufl., Basel 2009, N 11.39). Das Asylgesetz gewährt Asylsuchenden einen Minimalkanon an Rechten, die sich teilweise aus der Flüchtlingskonvention ergeben (vgl. z.B. Art. 5 [Rückschiebungsverbot], Art. 42 [Aufenthalt während des Asylverfahrens], Art. 43 [Zulassung zur Erwerbstätigkeit] oder Art. 103 ff. [Rechtsschutz] AsylG). Wird die gesuchstellende Person im Rahmen des Asylverfahrens als Flüchtling anerkannt - sei es unter Gewährung von Asyl oder Anordnung der vorläufigen Aufnahme -, so werden ihr weitergehende Konventionsrechte zuerkannt, die insb. bei Asylgewährung zu einer vorteilhafteren Rechtsstellung führen (vgl. Art. 58 ff. AsylG [z.B. Regelung der Anwesenheit und Erwerbstätigkeit], vgl. auch Art. 59 Abs. 2 Bst. a AuG [Reisepapiere]). Diese Unterscheidung zwischen Asylsuchenden und (anerkannten) Flüchtlingen findet sich auch in den Bestimmungen über die Sonderabgabe: Die Pflicht zur Leistung der Sonderabgabe durch Asylsuchende endet u. a. "wenn eine asylsuchende Person Asyl erhält oder als Flüchtling vorläufig aufgenommen wird" (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. d AsylV 2). Es ist daher davon auszugehen, dass mit dem Begriff "Flüchtling", wie er im Asylgesetz verwendet wird, der anerkannte Flüchtling gemeint ist.

E. 7.1

Aufgrund der Flüchtlingskonvention stehen einem Flüchtling im Sinne von Art. 1 A FK zahlreiche Rechte zu. Diese knüpfen an unterschiedliche Voraussetzungen hinsichtlich der Intensität seiner Bindungen zum Zufluchtsstaat an (vgl. Guy S. Goodwin-Gill/Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3. Aufl., Oxford 2007, S. 524 ff.). James C. Hathaway spricht in diesem Zusammenhang von "levels of attachment" (vgl. James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge 2005, S. 156 ff.; vgl. auch BVerGE 2009/26 E. 3.3.1.2). So gibt es beispielsweise einige Rechte, auf die sich ein Flüchtling berufen kann, auch wenn er sich nicht im entsprechenden Vertragsstaat aufhält ("subject to a state's jurisdiction", vgl. Hathaway, a.a.O., S. 160). Weitergehende Rechte kommen ihm zu, sobald er sich in einem Vertragsstaat aufhält (in der Literatur beispielsweise "simple presence" [Goodwin-Gill/McAdam, a.a.O., S. 524] oder "being physically present" [Hathaway, a.a.O., S. 171 ff. und S. 278 ff.] genannt). Engere Bindungen werden vorausgesetzt, wo in der Literatur von "lawful presence" (Goodwin-Gill/McAdam, a.a.O., S. 524; Hathaway, a.a.O., S. 173 ff. und S. 657 ff.), "lawful residence" (Goodwin-Gill/McAdam, a.a.O., S. 525 f.), "lawful stay" (Hathaway, a.a.O., S. 186 ff. und S. 730 ff.) oder "durable residence" (Hathaway, a.a.O., S. 190) die Rede ist. Die verwendete Terminologie ist zwar nicht einheitlich (auch diejenige des Konventionstexts selber), zeigt jedoch deutlich, dass die aus der Flüchtlingskonvention fließenden Rechte ein fein abgestuftes System darstellen, das eine sorgfältige Prüfung des Einzelfalles erforderlich macht.

E. 7.2

Im vorliegenden Verfahren ist die Anwendung von Art. 29 Ziff. 1 FK strittig. Die massgeblichen englischen bzw. französischen Fassungen lauten wie folgt: "Fiscal charges 1. The Contracting States shall not impose upon refugees duties, charges or taxes, of any description whatsoever, other or higher than those which are or may be levied on their nationals in similar situations." "Charges fiscales 1. Les Etats Contractants n'assujettiront pas les réfugiés à des droits, taxes, impôts, sous quelque dénomination que ce soit, autres ou plus élevés que ceux qui sont ou qui seront perçus sur leurs nationaux dans des situations analogues." Der Wortlaut der in der Schweiz verwendeten deutschen Übersetzung lautet: "Steuern und Abgaben 1. Die vertragsschliessenden Staaten erheben von den Flüchtlingen keine anderen oder höheren Gebühren, Abgaben oder Steuern irgendwelcher Art, als sie unter ähnlichen Verhältnissen jetzt oder künftig von den eigenen Staatsangehörigen verlangt werden."

E. 7.3

Art. 29 Ziff. 1 FK erwähnt den Begriff "Flüchtlinge" ("refugees", "réfugiés" im englischen respektive französischen Originalwortlaut), ohne ihn durch einen Zusatz zu qualifizieren (Hathaway, a.a.O., S. 160; Boldizsár Nagy, in: Zimmermann/Dörschner/Machts [Hrsg.], *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, A Commentary, Oxford 2011, N 21 f. zu Art. 29). Die in Art. 29 Ziff. 1 FK erwähnten Rechte kommen daher derjenigen Person zu, welche die sog. materielle Flüchtlingseigenschaft im Sinne von Art. 1 A FK erfüllt. Dafür muss sie sich nicht einmal im Vertragsstaat aufhalten (Hathaway, a.a.O., S. 160 und S. 532; Nagy, a.a.O., N 25 f. zu Art. 29; Christine Amann, *Die Rechte des Flüchtlings*, Baden-Baden 1994, S. 98). Es handelt sich somit um einen sehr weit gefassten "level of attachment", der nur eine sehr geringe Bindung zum Vertragsstaat voraussetzt. Neben Art. 29 FK findet sich dieser Anknüpfungspunkt auch noch in den Art. 3 [Verbot unterschiedlicher Behandlung], 4 [Religion], 13 [bewegliches und unbewegliches

Eigentum], 16 Ziff. 1 [Zugang zu Gerichten], 20 [Rationierung], 22 [öffentlicher Unterricht], 27 [Identitätsausweise], 30 [Vermögenstransfer], 31 [Flüchtlinge, die sich unrechtmässig im Aufnahmeland aufhalten] 33 [Non-Refoulement] und 34 [Einbürgerung] FK (vgl. Hathaway, a.a.O., S. 160 Fn. 24, S. 171 Fn. 82.; Goodwin-Gill/McAdam, a.a.O., S. 524, wobei die dortige Aufzählung unvollständig ist; Nagy, a.a.O., N 30 zu Art. 30; Gregor Noll, in: Zimmermann/Dörschner/Machts [Hrsg.], *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary*, Oxford 2011, N 36 zu Art. 31). Hält sich ein solcher Flüchtling in einem Vertragsstaat auf, hat dieser Vertragsstaat dem Flüchtling die erwähnten Rechte der Konvention grundsätzlich zu gewähren. Diese Auffassung erklärt sich dadurch, dass eine Feststellung der Flüchtlingseigenschaft mittels eines speziellen Verfahrens, wie es in nationalen Rechtsordnungen vorgesehen werden kann (vgl. für die Schweiz das im Asylgesetz geregelte Verfahren), nicht nötig ist, damit die betroffene Person in den Genuss dieser Rechte kommt (Hathaway, a.a.O., S. 278). Die Flüchtlingseigenschaft wird durch ein solches Verfahren nicht begründet. Es wird lediglich offiziell anerkannt, was vorher schon bestand (vgl. statt vieler: Stöckli, a.a.O., Rz. 11.5 mit Hinweisen).

E. 8.1

Zwar stehen die erwähnten Rechte jedem Flüchtling zu, der sich in einem Vertragsstaat aufhält. Sieht eine nationale Rechtsordnung jedoch ein Verfahren zur Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft vor, so stellt sich die Frage, was mit diesen Rechten geschieht, bis das Verfahren beendet ist.

E. 8.2

Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, nur wenige Kerngarantien - wie z.B. das Non-Refoulement-Gebot (vgl. Art. 33 FK) - stünden den Flüchtlingen (im materiellen Sinn) direkt gestützt auf die Flüchtlingskonvention zu, solange das Asylverfahren nicht abgeschlossen sei. Diese Auffassung greift zu kurz. Zwar geht auch das UNHCR davon aus, dass es in der Flüchtlingskonvention eine Anzahl von Kerngarantien gibt, die uneingeschränkt für alle Personen gelten, welche die Voraussetzungen der materiellen Flüchtlingseigenschaft erfüllen und sich in einem Vertragsstaat aufhalten, auch wenn sie noch nicht formell als Flüchtlinge anerkannt worden sind. Diese vom UNHCR genannten Kerngarantien sind jedoch nicht deckungsgleich mit den oben erwähnten Garantien, die ein Vertragsstaat den Personen, die sich in ihrem Gebiet aufhalten und die materielle Flüchtlingseigenschaft erfüllen, grundsätzlich zuzugestehen hat.

E. 8.3

Das UNHCR bezeichnet folgende Rechte als Kerngarantien der Flüchtlingskonvention: Art. 3 (Verbot unterschiedlicher Behandlung), 4 (Religion), 5 (Rechte ausserhalb des Abkommens), 7 (Befreiung vom Erfordernis der Gegenseitigkeit), 8 (Befreiung von Sondermassnahmen), 12 (personenrechtliche Stellung), 16 (Zugang zu den Gerichten), 20 (Rationierung), 22 (öffentlicher Unterricht), 31 (Flüchtlinge, die sich unrechtmässig im Aufnahmeland aufhalten) und 33 (Non-Refoulement). Diese Bestimmungen stellen eine menschliche Behandlung sicher, beinhalten grundsätzliche Rechte und gelten deshalb uneingeschränkt von Anfang an (vgl. UN High Commissioner for Refugees, *Global Consultations on International Protection/Third Track: Reception of Asylum-Seekers, Including Standards of Treatment, in the Context of Individual Asylum Systems*, 4 September 2001, EC/GC/01/17, im Internet unter:

<<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3bfa81864.html>>, zuletzt besucht im September 2012; Goodwin-Gill/McAdam, a.a.O., S. 412). Sie dienen dazu, nicht wieder gut zu machenden Schaden abzuwenden. Um diesen Schutz zu gewährleisten, ist es notwendig, diese Rechte zuzugestehen, sobald eine Person geltend macht, Flüchtling im Sinne der Konvention zu sein. Dies gilt so lange, bis allenfalls die Flüchtlingseigenschaft verneint wird (Hathaway, a.a.O., S. 160 und S. 278). Von diesen Kerngarantien zu unterscheiden ist die bereits in Erwägung 7.3 erwähnte Gruppe von Garantien, die jeder Person, welche die (materielle) Flüchtlingseigenschaft erfüllt und sich im Vertragsstaat aufhält, zustehen. Diese Garantien können, sofern sie nicht zu den Kerngarantien gehören, bis zum Abschluss des Verfahrens zur Anerkennung, wie es im nationalen Recht vorgesehen ist, aufgeschoben werden, ohne dass ein nicht wieder gut zu machender Schaden entstehen würde (vgl. Goodwin-Gill/McAdam, a.a.O., S. 412; Walter Kälin, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der geplanten Revision des Asylgesetzes, Gutachten zuhanden UNHCR [Verbindungsbüro für die Schweiz], in: Asyl 4/01 S. 3 ff., hier S. 20). Dabei handelt es sich um die Rechte aus Art. 13 (bewegliches und unbewegliches Eigentum), Art. 27 (Identitätsausweis), Art. 29 (Steuern und Abgaben) und Art. 34 (Einbürgerung).

E. 8.4

Der Aufschub dieser Rechte bis zur formellen Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft ist demnach zwar als zulässig zu betrachten. Es darf dabei allerdings nicht vergessen werden, dass auch diese aufgeschobenen Rechte grundsätzlich jedem Flüchtling im materiellen Sinn von Anfang an zustünden. Es stellt sich deshalb die Frage nach einer rückwirkenden Gewährung, sobald die Flüchtlingseigenschaft verbindlich festgestellt ist. Art. 29 FK nimmt innerhalb dieser Gruppe inhaltlich eine Sonderstellung ein, kann doch eine Verletzung durch ungerechtfertigte Auferlegung von Steuern und Abgaben nach der formellen Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft ohne Weiteres durch Rückerstattung dieser Beträge beseitigt werden. Wie es sich bei den anderen Rechten verhält, muss hier nicht weiter geprüft werden.

E. 9

In einem nächsten Schritt ist zu klären, ob die Sonderabgabe aufgrund ihrer Ausgestaltung in den Anwendungsbereich von Art. 29 FK fällt.

E. 9.1

Art. 29 Ziff. 1 FK verlangt unter dem Titel "Steuern und Abgaben" ("fiscal charges", "charges fiscales") die Gleichbehandlung mit den eigenen Staatsbürgern in Bezug auf Gebühren, Abgaben und Steuern irgendwelcher Art ("duties, charges or taxes, of any description whatsoever", "droits, taxes, impôts, sous quelque dénomination que ce soit"). Unter Gebühren, Abgaben und Steuern sind sämtliche Abgaben an den Staat zu verstehen, seien es solche allgemeiner Art (Steuern, Abgaben) oder solche für bestimmte Dienstleistungen (Gebühren) (Hathaway, a.a.O., S. 530; Nagy, a.a.O., N 27 zu Art. 29). Die Gleichbehandlung ist dann gewährleistet, wenn von den Flüchtlingen keine anderen oder höheren ("other or higher", "autres ou plus élevés") Gebühren, Abgaben oder Steuern erhoben werden als von den eigenen Staatsbürgern in ähnlichen Verhältnissen ("similar situations", "situations analogues"). Die Erwähnung der Voraussetzung "in ähnlichen Verhältnissen" stellt sicher, dass nicht als Diskriminierung angesehen wird, wenn Flüchtlinge beispielsweise in absoluten Zahlen mehr Steuern für sich im Ausland befindendes Vermögen zahlen, weil sie naturgemäss eher Vermögenswerte im Ausland

besitzen. Art. 29 FK hindert die Vertragsstaaten auch nicht daran, von Flüchtlingen Gebühren für Dienstleistungen, die von den eigenen Staatsbürgern nicht benötigt werden, zu verlangen (Hathaway, a.a.O., S. 531). In dieser Hinsicht regelt Art. 29 Ziff. 2 FK ausdrücklich, dass Art. 29 Ziff. 1 FK der Anwendung der gesetzlichen oder sonstigen Bestimmungen nicht entgegen steht, welche die Gebühren für die Ausstellung von Verwaltungsdokumenten, einschliesslich Identitätsausweisen, an Flüchtlinge betreffen (Nagy, a.a.O., N 36 zu Art. 29).

E. 9.2

Die Sonderabgabe wird gemäss Art. 86 Abs. 1 AsylG von Asylsuchenden und Schutzbedürftigen ohne Aufenthaltsbewilligung sowie gemäss Art. 88 AuG von vorläufig Aufgenommenen erhoben, die einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Sie dient zur Deckung der Gesamtkosten, die alle diese erwerbstätigen Personen und die von ihnen unterstützten Angehörigen verursachen. Diese Gesamtkosten setzen sich zusammen aus Sozialhilfe-, Ausreise- und Vollzugskosten sowie aus den Kosten des Rechtsmittelverfahrens, die gemäss Art. 85 Abs. 1 AsylG zurückzuerstatten sind, soweit dies zumutbar ist (vgl. auch Art. 8 Abs. 2 AsylV 2). Die Sonderabgabepflicht beginnt mit der erstmaligen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit (vgl. Art. 10 Abs. 1 AsylV 2) und endet gemäss Art. 10 Abs. 2 AsylV 2, wenn der Betrag von 15'000 Franken erreicht ist, spätestens aber nach zehn Jahren (Bst. a; vgl. auch Art. 86 Abs. 3 AsylG), wenn die betroffene Person die Schweiz verlassen hat (Bst. b), wenn die asylsuchende, die vorläufig aufgenommene oder eine schutzbedürftige Person eine Aufenthaltsbewilligung erhält (Bst. c), wenn eine asylsuchende Person Asyl erhält oder als Flüchtling vorläufig aufgenommen wird (Bst. d), oder nach drei Jahren vorläufiger Aufnahme, spätestens aber sieben Jahre nach der Einreise (Bst. e). Zur Erfüllung der Sonderabgabepflicht wird den pflichtigen Personen 10 % ihres Lohnes abgezogen, bis einer der erwähnten Beendigungsgründe eintritt (vgl. Art. 13 Abs. 1 AsylV 2). Eine individuelle Abrechnung, die die effektiv verursachten Kosten berücksichtigen würde, ist nicht vorgesehen.

E. 9.3

Die Sonderabgabe stellt gemäss einem Gutachten vom 13. September 2000, das vom damaligen Bundesamt für Flüchtlinge bei Prof. Dr. Peter Locher, Direktor des Instituts für Steuerrecht der Universität Bern, in Auftrag gegeben wurde, eine Abgabe dar, die zwischen Steuer und Kausalabgabe steht (Peter Locher, Gutachten vom 13. September 2000 über die Leistungspflicht von erwerbstätigen Asylsuchenden, Schutzbedürftigen ohne Aufenthaltsbewilligung und vorläufig aufgenommenen Ausländern ohne Flüchtlingseigenschaft zuhanden des Bundesamts für Flüchtlinge, S. 22). Sie fällt damit ohne Weiteres unter die Begriffe "Gebühren, Abgaben oder Steuern" der Flüchtlingskonvention (so auch Kälin, a.a.O., S. 18).

E. 9.3.1

Es stellt sich daher die Frage, ob die Ausgestaltung der Sonderabgabe vor dem in Art. 29 FK statuierten Diskriminierungsverbot standhält. Verursachen Schweizer Bürger vergleichbare Kosten, so wird deren Begleichung als öffentliche Aufgabe angesehen, die von der Allgemeinheit (z.B. via Sozialhilfe) finanziert wird, also über die allgemeinen Steuergelder (vgl. Felix Wolfers, Grundriss des Sozialhilferechts, Bern 1993, S. 60; Christoph Rüegg, Organisation, Träger, Zuständigkeiten, Finanzierung, in: Häfeli [Hrsg.], Das Schweizerische Sozialhilferecht, Luzern 2008, S. 334). Auch die

sonderabgabepflichtigen Ausländer bezahlen (Quellen) Steuern (vgl. auf Bundesebene Art. 83 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer [DBG, SR 642.11]). Sie sind deshalb, verglichen mit den Schweizern und den nicht der Sonderabgabepflicht unterstehenden Ausländerkategorien, durch eine Zusatzabgabe belastet.

E. 9.3.2

Daraus folgt, dass die Sonderabgabe nicht mit der Flüchtlingskonvention vereinbar ist, soweit Personen betroffen sind, welche die materielle Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Asylsuchende, die schlussendlich als Flüchtlinge anerkannt werden und entweder Asyl erhalten oder vorläufig aufgenommen werden, dürfen deshalb grundsätzlich nicht der Sonderabgabe unterstellt werden. Entsteht die Flüchtlingseigenschaft erst während des Verfahrens durch das Setzen von subjektiven Nachfluchtgründen (vgl. Art. 54 AsylG), so fällt die Vereinbarkeit der Sonderabgabepflicht mit der Flüchtlingskonvention zu diesem Zeitpunkt dahin.

E. 9.4

Wie oben in Erwägung 8.4 ausgeführt, ist es zulässig, das aus Art. 29 FK fliessende Recht auf Gleichbehandlung mit den eigenen Staatsangehörigen bis zur Entscheidung über die Flüchtlingseigenschaft aufzuschieben. Nicht zuletzt auch aus praktischen Erwägungen erscheint es sinnvoll, zunächst alle erwerbstätigen Asylsuchenden der Sonderabgabe zu unterstellen und allenfalls nachträglich die zu Unrecht abgezogenen Beiträge zurückzuerstatten (das umgekehrte Vorgehen - die Sonderabgabe erst nach dem rechtskräftigen Entscheid über die Flüchtlingseigenschaft für die Vergangenheit einzuziehen - erscheint dagegen nicht durchführbar). Insofern ist die Regelung der Sonderabgabe, welche die Erhebung der Abgabe bei allen erwerbstätigen Asylsuchenden vorsieht, mit der Flüchtlingskonvention vereinbar. Ebenso ist die Stellung des anerkannten Flüchtlings im System der Sonderabgabe mit der Konvention vereinbar, da die Anerkennung einen Grund zur Beendigung der Sonderabgabepflicht darstellt (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. d AsylV 2). Nicht vereinbar mit der Flüchtlingskonvention ist hingegen, dass weder das Asylgesetz mit seinen Ausführungsbestimmungen noch die hier im Zentrum stehende Regelung zum Übergang vom SiRück-System zur Sonderabgabe ein Verfahren vorsieht, das gewährleistet, dass erwerbstätige und damit sonderabgabepflichtige Asylsuchende, die später Asyl erhalten oder als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen werden, rückwirkend gleich gestellt werden wie Schweizer in einer vergleichbaren Situation. Dass eine solche Regelung dem Schweizer Recht nicht fremd ist, zeigt sich anhand von Art. 84 AsylG, wonach Kinderzulagen für im Ausland lebende Kinder zurückbehalten und erst nach Anerkennung als Flüchtling ausbezahlt werden.

E. 10

Als Zwischenergebnis kann demnach festgehalten werden, dass das System der Sonderabgabe das Diskriminierungsverbot von Art. 29 FK verletzt, soweit Asylsuchende betroffen sind, welche die materielle Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Die Rechtslage war unter dem früher geltenden SiRück-System eine andere. Dort wurden die geleisteten Sicherheiten mit den effektiv verursachten Kosten verrechnet. Deshalb wurde die Sicherheitsleistung als Kautionsleistung für effektiv bezogene Fürsorgeleistungen angesehen. Die Ausgestaltung des SiRück-Systems hatte zur Folge, dass es nicht als Steuer, Abgabe oder Gebühr im Sinne von Art. 29 FK anzusehen war. Vielmehr fiel diese Sicherstellung unter

den Titel "Öffentliche Fürsorge" (bzw. "Public relief", "Assistance public" in den massgeblichen Wortlauten) im Sinne von Art. 23 FK. Die Rechte aus diesem Artikel fallen nicht unter die Kerngarantien (vgl. E. 8.3) und ihre Inanspruchnahme erfordert eine engere Bindung zum Vertragsstaat als Art. 29 FK: Gemäss Art. 23 FK kann sich nur ein Flüchtling, der sich rechtmässig im Vertragsstaat aufhält ("lawfully staying" bzw. "résidant régulièrement"), im Bereich öffentliche Fürsorge und Unterstützung auf die Gleichbehandlung mit den Einheimischen berufen. Praxisgemäss halten sich nur anerkannte Flüchtlinge rechtmässig im Sinne dieser Bestimmung in der Schweiz auf (im Ergebnis richtig: Entscheid des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 19. November 1998, teilweise publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 63.3 E. 11 mit Hinweisen).

E. 11.1

Besteht ein Konflikt zwischen Völkerrecht und Landesrecht, so wird dieser in erster Linie durch völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts gelöst bzw. verhindert (vgl. Daniel Wüger, Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen, in: Cottier et al., Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001, S. 142 ff.; Walter Kälin/Astrid Epiney/Martina Caroni/Jörg Künzli, Völkerrecht, 2. Aufl., Bern 2006, S. 101 ff.; Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2263, hier 2306 f.). Ist dies nicht möglich, so geht grundsätzlich das Völkerrecht vor (vgl. Art. 26 und 27 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [nachfolgend: VRK]; vgl. BVGE 2010/7 E. 3.3.3 mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung eine Ausnahme vom Vorrang des Völkerrechts gesehen, wenn jüngeres Bundesrecht im Wissen um die Völkerrechtswidrigkeit erlassen worden ist (vgl. BGE 99 Ib 39, "Schubert" = Pra 1973 Nr. 106). Diese Regel soll jedoch dann nicht gelten, wenn die (ältere) anwendbare völkerrechtliche Norm dem Schutz der Menschenrechte dient (vgl. BGE 125 II 417, "PKK"). In den folgenden Jahren hatte sich das Bundesgericht mehrfach mit diesen Fragen auseinanderzusetzen. Seine Praxis ist jedoch nicht einheitlich, vielmehr finden sich nebeneinander sowohl Entscheide, die sich auf die Schubert-Praxis stützen (z.B. BGE 136 III 168), als auch solche, die sich an der PKK-Praxis orientieren (z.B. BGE 136 II 241 = Pra 2010 Nr. 124, hier wird sogar ein genereller Vorrang des Völkerrechts angetönt; vgl. zum Ganzen: René Wiederkehr/Paul Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band 1, Bern 2012, Rz. 649 ff.; Astrid Epiney, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU, in: Achermann et al. [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, Bern 2012, S. 107 ff.; Robert Baumann, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010, S. 1009 ff. mit Hinweisen). Die Rechtsprechung, die vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts - eingeschränkt durch die sog. Schubert-Praxis, die wiederum mittels PKK-Praxis modifiziert wird - ausgeht, wird zwar häufig kritisiert, aber offenbar in der Praxis mehrheitlich angewendet (vgl. Yvo Hangartner, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 30 ff. zu Art. 190; Alberto Achermann, Der Vorrang des Völkerrechts, in: Cottier et al., Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001, S. 47; vgl. auch BVGE 2010/40 E. 3.3 mit Hinweisen).

E. 11.2

Eine Lösung des festgestellten Konflikts zwischen Völkerrecht und Bundesgesetz mittels völkerrechtskonformer Auslegung des Asylgesetzes erscheint aufgrund des oben zur Art. 29

FK Ausgeführten nicht möglich: Zwar kann das Recht auf Gleichbehandlung der Flüchtlinge mit den eigenen Staatsangehörigen in Bezug auf Steuern, Abgaben und Gebühren bis zum Abschluss des Feststellungsverfahrens aufgeschoben werden. Steht die Flüchtlingseigenschaft dann aber fest, ist also das Asylgesuch gutgeheissen und Asyl gewährt oder die vorläufige Aufnahme als Flüchtling angeordnet, so ist zur Einhaltung der Pflichten aus der Flüchtlingskonvention eine nachträgliche Rückerstattung der zu Unrecht eingezogenen Abgabe erforderlich. Das Asylrecht und darin das in sich geschlossene System der Sonderabgabe lässt für eine Differenzierung zwischen Asylsuchenden, deren Flüchtlingseigenschaft bejaht und solchen, deren Asylgesuch abgewiesen wird, keinen Raum. Auch kann aufgrund der Entstehungsgeschichte (vgl. E. 11.4) eine Lücke ausgeschlossen werden. Eine völkerrechtskonforme Auslegung ist daher nicht möglich. Dies gilt auch für die Übergangsbestimmungen der AsylV 2.

E. 11.3

Folgt man der Rechtsprechung des Bundesgerichts, so geht grundsätzlich das Völkerrecht vor. Da jedoch das Asylgesetz jünger ist als die Flüchtlingskonvention, ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Regelung zur Sonderabgabe die Verletzung des Völkerrechts bewusst herbeigeführt hat (Schubert-Praxis). Die im PKK-Entscheid festgelegte Ausnahme kann bei der Beurteilung ausser Acht gelassen werden, da der hier anwendbare Art. 29 FK angesichts seines Inhalts nicht als Menschenrechtsgarantie anzusehen ist.

E. 11.4.1

Im Rahmen des Verfahrens zur Ausarbeitung der Bestimmungen der Sonderabgabe liess das Bundesamt für Flüchtlinge, wie bereits erwähnt, ein Gutachten erstellen, das zwar in erster Linie die Rechtsnatur der Sonderabgabe klären, sich aber auch zu deren Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht äussern sollte (vgl. Locher, a.a.O., S. 6 und S. 15 ff. mit Hinweisen). Der Gutachter hält fest, dass die Flüchtlingskonvention zwar von einem materiellen Flüchtlingsbegriff ausgehe, dass die herrschende Lehre und Rechtsprechung jedoch die Meinung vertrete, mit Ausnahme der Kerngarantien stünden die Rechte der Flüchtlingskonvention nur anerkannten Flüchtlingen zu. Deshalb könnten sich Asylsuchende nicht auf Art. 29 FK berufen. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens wurde der Bundesrat von verschiedenen Teilnehmern auf die Unvereinbarkeit der geplanten Regelung der Sonderabgabe mit Art. 29 FK aufmerksam gemacht (vgl. Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Entwurf zur Teilrevision des Asylgesetzes, Dezember 2001, S. 47 [UNHCR et al.], Quelle: www.bfm.admin.ch > Dokumentation > rechtliche Grundlagen > abgeschlossene Rechtssetzungsprojekte > Teilrevision Asylgesetz > Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse, zuletzt besucht im September 2012). In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf das in Erwägung 8.3 bereits erwähnte Gutachten von Prof. Dr. Walter Kälin hinzuweisen, das vom UNHCR als integrierender Bestandteil seiner Vernehmlassung eingereicht wurde. Dort wird ausführlich und überzeugend dargelegt, inwiefern und aus welchen Gründen die Sonderabgabe der Flüchtlingskonvention widerspricht (vgl. Kälin, a.a.O., S. 18 ff.). Die unterschiedlichen Ergebnisse der beiden Gutachten werden verständlich, wenn man die von Prof. Dr. Peter Locher auf S. 15 seines Gutachtens angeführte Literatur und Rechtsprechung näher betrachtet (d.h. Alberto Achermann/Christine Hausammann, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern/Stuttgart 1991, Walter Kälin, Grundriss des Asylverfahrens, Basel 1990, Samuel Werenfels, Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht,

Bern 1987). Einerseits stammen die Werke aus der Zeit, als noch das SiRück-System in Kraft war. Zudem ist in diesen Werken der Fokus auf das Asylverfahren selber und den Flüchtlingsbegriff gerichtet; die Rechtsstellung des Flüchtlings ist, wenn überhaupt, nur ein Randthema (bezeichnenderweise wird die in E. 7.3 erwähnte Arbeit von Christine Amann, die sich ausdrücklich mit der Rechtsstellung der Flüchtlinge befasst, als abweichende Meinung erwähnt). Eine Differenzierung nach den verschiedenen Anknüpfungspunkten der Flüchtlingskonvention wird an keiner Stelle vorgenommen. Auch der im Gutachten von Prof. Dr. Peter Locher angeführte Entscheid des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (VPB 63.3, vgl. E. 10) befasst sich mit der Schlussabrechnung nach dem alten SiRück-System. Wie erwähnt fielen die Sicherheitsleistungen aufgrund der Ausgestaltung des Systems jedoch praxisgemäss nicht unter Art. 29 FK, sondern unter Art. 23 FK (öffentliche Fürsorge), der einen anderen Anknüpfungspunkt hat (vgl. E. 10).

E. 11.4.2

Soweit ersichtlich, fand der Einwand, die Regelung der Sonderabgabe sei teilweise mit der Flüchtlingskonvention nicht vereinbar, keinen Eingang in die Botschaft des Bundesrats vom 4. September 2002 zur Änderung des Asylgesetzes (...) (BBl 2002 6845, hier 6872 ff., 6892 ff.). Im Rahmen der Behandlung der Teilrevision des Asylgesetzes durch die vorberatenden Kommissionen von National- und Ständerat war die Vereinbarkeit der Regelung der Sonderabgabe mit dem Völkerrecht kaum ein Thema. Zwar wurde auf das Gutachten von Prof. Dr. Walter Kälin hingewiesen, das die Völkerrechtswidrigkeit der Regelung feststellt. Die Kommissionsmitglieder gaben sich jedoch mit der Erklärung der Vertreter der Verwaltung zufrieden, die Flüchtlinge seien ja von der Sonderabgabe befreit. Die subtile Unterscheidung bei den Asylsuchenden nach solchen, die später als Flüchtlinge anerkannt werden, und solchen, deren Asylgesuch abgelehnt wird, war deshalb kein Thema. In den parlamentarischen Debatten wurde die Frage der Völkerrechtskonformität der neuen Bestimmungen des Asylgesetzes allgemein angesprochen und bejaht. Die Vereinbarkeit der Sonderabgabe für Asylsuchende, die im Laufe des Verfahrens als Flüchtlinge anerkannt würden, wurde in einem Votum zum unterlegenen Antrag der Kommissionsminderheit auf Streichung der Sonderabgabe thematisiert (vgl. AB 2004 N 603, Susanne Leutenegger Oberholzer), anschliessend allerdings weder im Nationalrat noch im Ständerat diskutiert (vgl. die Debatten der eidgenössischen Räte zum Geschäft 01.060 in den Jahren 2004 und 2005, im Internet unter: www.parlament.ch > Curia Vista).

E. 11.5

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt für eine "bewusste" Abweichung, dass ein möglicher Konflikt des Bundesgesetzes mit dem Völkerrecht im Gesetzgebungsprozess thematisiert wurde. Dem Bundesgericht genügt hierfür beispielsweise eine Erwähnung in der Botschaft; eine intensive Diskussion und ein klares Bekenntnis, eine völkerrechtswidrige Regelung zu treffen, ist nicht notwendig (vgl. BGE 99 Ib 39 E. 4, BGE 119 V 171 E. 4/a, BGE 133 V 367 E. 9.1; für das Bundesverwaltungsgericht vgl. BVGE 2010/40 E. 3.3). Dies ist vorliegend der Fall: Der Konflikt zwischen der Flüchtlingskonvention und der Regelung der Sonderabgabe wurde sowohl in den vorberatenden Kommissionen als auch in den parlamentarischen Debatten erwähnt. Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die derzeit geltende Regelung im Wissen um mögliche Konflikte getroffen hat. Ob er diese als nicht relevant eingeschätzt oder in Kauf genommen hat, ist unerheblich. Nicht von Belang ist auch, dass sowohl die Parlamentarier als auch die Verwaltung (irrtümlich) davon ausgegangen sind, es

genüge, wenn die Anerkennung als Flüchtling als Grund für die Beendigung der Sonderabgabepflicht vorgesehen sei. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang noch, dass der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats ein Antrag vorlag, der denjenigen Asylsuchenden, deren Flüchtlingseigenschaft anerkannt wird, die Möglichkeit gegeben hätte, die als Sonderabgabe geleisteten Beiträge innert fünf Jahren zurückzufordern. Allerdings standen hinter diesem Antrag nicht Überlegungen zur Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht, sondern der Gedanke, diesen Personen die Sicherheit zu geben, hier eine Existenz aufbauen zu können. Dieser Antrag wurde zurückgezogen, nachdem von der Verwaltung ausgeführt worden war, dass er sich nicht umsetzen liesse, da keine individuellen Konten mehr geführt würden. Auf diese Aussage kam die Verwaltung in einer der nächsten Sitzungen zurück, da ja eine Kontrolle möglich sein müsse, wann der Höchstbetrag erreicht sei. Wäre der Antrag ins Gesetz aufgenommen worden, hätte wohl die Möglichkeit der völkerrechtskonformen Auslegung der Bestimmungen über die Sonderabgabe bestanden.

E. 11.6

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass der festgestellte Konflikt zwischen Teilen der derzeit geltenden Regelung des Asylgesetzes zur Sonderabgabe und Art. 29 FK vom Gesetzgeber im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung "bewusst" in Kauf genommen worden ist. Die derzeit geltende Regelung zur Sonderabgabe ist demnach anzuwenden.

E. 12.1

Der Beschwerdeführer macht im Weiteren geltend, die Vorinstanz habe übersehen, dass gemäss Art. 8 Abs. 2 AsylV 2 i.V.m. Art. 85 AsylG lediglich Asylsuchende, Schutzbedürftige ohne Aufenthaltsbewilligung und vorläufig Aufgenommene zur Rückerstattung der Fürsorgekosten verpflichtet sind. Da er am 4. Juni 2008 als Flüchtling anerkannt worden sei, falle er unter den Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 AsylV 2. Er habe zwar als Asylsuchender Fürsorgekosten verursacht, nicht mehr jedoch als anerkannter Flüchtling. Deshalb dürfe vom Sonderabgabekonto kein Abzug gemacht werden. Es sei ihm vielmehr der ganze Saldo auszubezahlen.

E. 12.2

Der Beschwerdeführer übersieht, dass es sich vorliegend vorab um einen Anwendungsfall des Übergangsrechts handelt. Es ist deshalb unerheblich, ob er heute zu einer Personengruppe gehört, die der Sonderabgabe nicht (mehr) untersteht. Tatsache ist, dass er noch unter der Geltung des alten SiRück-Systems sein Sicherheitskonto eröffnete. Dieses Konto ist ins neue System der Sonderabgabe zu überführen - es sei denn, vor Inkrafttreten der neuen Regelung wäre ein (altrechtlicher) Schlussabrechnungsgrund eingetreten (vgl. Absatz 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 16. Dezember 2005 des AsylG). Da im vorliegenden Fall vor dem 1. Januar 2008 kein Schlussabrechnungsgrund eingetreten ist - insbesondere wurde dem Beschwerdeführer erst zu einem späteren Zeitpunkt Asyl gewährt -, hat die Vorinstanz das Konto zu Recht nach Massgabe der Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes und der AsylV 2 saldiert. Dass die Vorinstanz diese Regelungen nicht korrekt angewendet hätte, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht.

E. 13

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die derzeit geltende gesetzliche Regelung der Sonderabgabe zwar nicht in allen Teilen der Flüchtlingskonvention entspricht. Allerdings ist dies bei der Beurteilung von Fällen, wie dem vorliegenden, hinzunehmen. Die angefochtene Verfügung erweist sich insoweit als rechtmässig im Sinne von Art. 49 VwVG. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

E. 14

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Allerdings rechtfertigt es sich aufgrund der Besonderheit des Falles, vorliegend auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten (vgl. Art. 63 Abs. 1 letzter Satz VwVG, Art. 6 Bst. b VGKE). Der geleistete Kostenvorschuss ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.