

## **BGE 148 II 169**

Bundesgericht (BGE), 2022-03-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_148\\_II\\_169](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_148_II_169)

FR: ATF 148 II 169

IT: DTF 148 II 169

### **Regeste**

Regeste Art. 28 Dublin-III-Verordnung; Art. 76a Abs. 4 AIG; Vereinbarkeit der Dublin-Renitenzhaf mit dem einschlägigen Dublinrecht. Übersicht über die Haftbestimmungen in der Dublin-III-Verordnung (E. 2) und über deren Umsetzung im schweizerischen Recht (E. 3). Auslegung von Art. 76a Abs. 4 AIG im Lichte der Rechtsprechung des EuGH in Sachen Amayry (E. 4). Nach Art. 28 Dublin-III-Verordnung - die als völkerrechtliche Norm Art. 76a Abs. 4 AIG vorgeht (E. 5) - ist die Festhaltung auf sechs Wochen begrenzt ab Wegfall der aufschiebenden Wirkung bzw. ab Vollziehbarkeit des Überstellungsentscheids (E. 4.2.4). Anwendung der Rechtsprechung im konkreten Fall (E. 6).

Regeste Art. 28 du Règlement Dublin III; art. 76a al. 4 LEI; compatibilité de la détention pour insoumission dans le cadre d'une procédure Dublin avec les règles Dublin pertinentes. Vue d'ensemble des dispositions en matière de détention du Règlement Dublin III (consid. 2) et de leur mise en oeuvre en droit suisse (consid. 3). Interprétation de l'art. 76a al. 4 LEI à la lumière de la jurisprudence de la CJUE en la cause Amayry (consid. 4). D'après l'art. 28 du Règlement Dublin III, qui prime l'art. 76a al. 4 LEI en tant que norme de droit international public (consid. 5), le placement en rétention est limité à six semaines à compter de la levée de l'effet suspensif respectivement de l'exécutabilité de la décision de transfert (consid. 4.2.4). Application de la jurisprudence au cas concret (consid. 6).

Regesto Art. 28 del Regolamento Dublino III; art. 76a cpv. 4 LStrI; compatibilità della carcerazione per comportamento non cooperativo nel quadro di una procedura di Dublino con le pertinenti regole di Dublino. Visione d'insieme delle disposizioni in materia di trattenimento secondo il Regolamento Dublino III (consid. 2) e della loro trasposizione nel diritto svizzero (consid. 3). Interpretazione dell'art. 76a cpv. 4 LStrI alla luce della giurisprudenza della CGUE nella causa Amayry (consid. 4). Secondo l'art. 28 del Regolamento Dublino III - che, quale norma di diritto internazionale pubblico, prevale sull'art. 76a cpv. 4 LStrI (consid. 5) - la detenzione è limitata a sei settimane, dal momento in cui l'effetto sospensivo non è più dato rispettivamente la decisione di trasferimento è esecutiva (consid. 4.2.4). Applicazione della giurisprudenza al caso concreto (consid. 6).

### **Erwägungen**

#### **E. 2.1**

Die Inhaftierung einer Person im Rahmen eines Dublin-Verfahrens ist erlaubt, wenn sie die Sicherstellung des Überstellungsverfahrens in den zuständigen Dublin-Staat bezweckt (vgl. Art. 28 Abs. 2 der Verordnung [EU] Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder

Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist [ABl. L 180 vom 29. Juni 2013 S. 31 ff.; nachfolgend: Dublin-III-Verordnung] in Verbindung mit dem Bundesbeschluss vom 26. September 2014 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung [EU] Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist [AS 2015 1841 ff.]. Die Voraussetzungen dazu bestimmen sich im Rahmen von Art. 28 der Dublin-III-Verordnung nach Art. 76a AIG (vgl. HRUSCHKA/NUFER, Erste Erfahrungen mit der neuen Dublin-Haft, Jusletter 22. Mai 2017 Rz. 2; vgl. auch Art. 1 Abs. 3, Art. 4, 5 und 6 des Abkommens vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags [Dublin-Assoziierungsabkommen, DAA; SR 0.142.392.68]). BGE 148 II 169 S. 172

## **E. 2.2**

Nach Art. 28 Abs. 1 der Dublin-III-Verordnung dürfen die Mitgliedstaaten eine Person nicht allein deshalb in Haft nehmen, weil sie dem durch die Dublin-III-Verordnung festgelegten Verfahren unterliegt. Die Staaten können zur Sicherung des Überstellungsverfahrens eine gesuchstellende Person im Rahmen einer Einzelfallprüfung festhalten, wenn (1) eine erhebliche Fluchtgefahr besteht, (2) die freiheitsentziehende Massnahme sich als verhältnismässig erweist und (3) weniger einschneidende Massnahmen unwirksam erscheinen (Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung). Als Fluchtgefahr bezeichnet die Dublin-III-Verordnung das Vorliegen von Gründen im Einzelfall, die auf objektiven, gesetzlich festgelegten Kriterien beruhen und zur Annahme Anlass geben, dass sich ein Gesuchsteller, gegen den ein Überstellungsverfahren läuft, diesem durch Flucht entziehen könnte (Art. 2 Bst. n Dublin-III-Verordnung). Die einzelnen Staaten sind verpflichtet, in einer zwingenden Vorschrift mit allgemeiner Geltung die Kriterien zu nennen, auf denen die Gründe beruhen, die zu dieser Annahme Anlass geben. Fehlen die entsprechenden Vorschriften im nationalen Recht, ist eine Festhaltung im Rahmen von Art. 28 Abs. 2 der Dublin-III-Verordnung unzulässig (vgl. das Urteil des EuGH vom 15. März 2017 C-528/15 Al Chodor ; hierzu auch: THOMAS HUGI YAR, Die Dublin-Haft auf dem Prüfstand, Asyl 4/2017 S. 28 ff.).

### **E. 2.3.1**

Die Dublin-Haft hat - wie jeder Freiheitsentzug ( Art. 31 BV i.V.m. Art. 10 Abs. 2 und Art. 36 BV ) - so kurz wie möglich zu sein. Sie darf nicht länger dauern, als dies bei angemessener Handlungsweise notwendig ist, um die erforderlichen Verwaltungsverfahren mit der gebotenen Sorgfalt im Hinblick auf die Dublin-Überstellung abschliessen zu können (Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 1 Dublin-III-Verordnung). Die Verordnung gibt zeitliche Abläufe vor, welche einzuhalten sind, andernfalls die betroffene Person nicht länger festgehalten werden darf (Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 4 Dublin-III-Verordnung).

### **E. 2.3.2**

Art. 28 der Dublin-III-Verordnung sieht zwei Inhaftierungsmöglichkeiten zur Sicherung der Überstellung vor: Einerseits die Haft vor bzw. während der Zuständigkeitsbestimmung (also vor der positiven oder negativen Antwort des angefragten Staates) und andererseits die Haft zur Sicherung der Überstellung , nachdem der angefragte Staat seine Zuständigkeit

ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat. Befindet sich der Gesuchsteller während der Zuständigkeitsbestimmung in Haft, darf die Frist für die Stellung eines BGE 148 II 169 S. 173 Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuchs einen Monat ab dem Antrag auf Schutz nicht überschreiten. Der Mitgliedstaat, der das Verfahren gemäss dieser Verordnung durchführt, ersucht in solchen Fällen um eine dringende Antwort; diese hat innerhalb von zwei Wochen nach Eingang des Übernahmegesuchs zu erfolgen. Geht innerhalb dieser Frist keine Antwort ein, wird vermutet, dass der angefragte Mitgliedstaat dem Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmegesuch entsprochen hat, was für ihn die Verpflichtung nach sich zieht, die Person aufzunehmen und angemessene Vorkehrungen für ihre Ankunft zu treffen (Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 2 Dublin-III-Verordnung).

### **E. 2.3.3**

Befindet sich der Antragsteller nach Art. 28 der Dublin-III-Verordnung in Haft, so erfolgt die Überstellung aus dem ersuchenden in den zuständigen Mitgliedstaat, sobald diese praktisch durchführbar ist und spätestens innerhalb von sechs Wochen nach der stillschweigenden oder ausdrücklichen Annahme des Gesuchs auf Aufnahme oder Wiederaufnahme der betroffenen Person durch einen anderen Mitgliedstaat oder vom Zeitpunkt an, ab dem der Rechtsbehelf oder die Überprüfung im Rahmen von Art. 27 Abs. 3 der Dublin-III-Verordnung keine aufschiebende Wirkung mehr hat. Hält der ersuchende Mitgliedstaat die Fristen für die Stellung eines Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuchs nicht ein oder findet die Überstellung nicht innerhalb des Zeitraums von sechs Wochen statt, wird die Person nicht länger in Haft gehalten (Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 und 4 Dublin-III-Verordnung). Eine durch die Behörden nicht ausgeschöpfte zeitliche Vorgabe kann nicht auf eine spätere Phase der Dublin-III-Haft übertragen werden (vgl. CHATTON/MERZ, in: Code annoté de droit des migrations, Bd. II: Loi sur les étrangers, Nguyen/Amarelle [Hrsg.], 2017, N. 18 und 20 zu Art. 76a AIG ).

### **E. 3.1**

Die Schweiz hat die Dublin-III-Haftregeln in Art. 76a (materielles Recht) bzw. Art. 80a (Verfahren) AIG umgesetzt. Diese Bestimmungen sind in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen im Sinne des zu übernehmenden bzw. übernommenen Sekundärrechts der Europäischen Union auszulegen (vgl. Art. 1 Abs. 3 DAA ; BGE 143 I 437 E. 3.1; BGE 142 I 135 E. 4.1; BGE 140 II 74 E. 2.3; vgl. zur Inkorporation: BGE 143 II 361 E. 3.3; HRUSCHKA/NUFER, a.a.O., Rz. 2). Art. 76a Abs. 3 AIG konkretisiert die zeitlichen Vorgaben von Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 2 und 3 der Dublin-III-Verordnung. Danach kann die betroffene Person in Haft belassen BGE 148 II 169 S. 174 oder in Haft genommen werden ab Haftanordnung für die Dauer von höchstens (a.) sieben Wochen während der Vorbereitung des Entscheids über die Zuständigkeit zur Beurteilung des Asylgesuchs; dazu gehört das Stellen des Übernahmegesuchs an den anderen Dublin-Staat, die Wartefrist bis zu dessen Antwort oder bis zu seiner stillschweigenden Annahme sowie die Abfassung des Entscheids und dessen Eröffnung (SEM, Weisungen und Erläuterungen, I. Ausländerbereich [nachfolgend: Weisungen AIG], Stand 15. Dezember 2021, Ziff. 9.9.2); (b.) bis zu fünf Wochen während des Remonstrationsverfahrens (SEM, Weisungen AIG, a.a.O., Ziff. 9.9.2.1; vgl. CONSTANTIN HRUSCHKA, Dublin-Remonstrationsverfahren: Ein Instrument zur Umgehung der Dublin-Fristen?, Asyl 1/2017 S. 10 ff.) und (c.) sechs Wochen zur Sicherstellung des Vollzugs zwischen der Eröffnung des Weg- oder Ausweisungsentscheids beziehungsweise nach Beendigung der aufschiebenden Wirkung eines allfällig

eingereichten Rechtsmittels gegen einen erstinstanzlich ergangenen Weg- oder Ausweisungsentscheid und der Überstellung der betroffenen Person an den zuständigen Dublin-Staat (SEM, Weisungen AIG, a.a.O., Ziff. 9.9.3). Daneben sieht Art. 76a Abs. 4 AIG eine Haft für renitente Personen vor, welche bis zu drei Monaten dauern kann (vgl. SEM, Weisungen AIG, a.a.O., Ziff. 9.9.3.1).

### **E. 3.2**

Die schweizerische Umsetzungsgesetzgebung zu Art. 28 der Dublin-III-Verordnung ist in der Doktrin nicht unbestritten geblieben; insbesondere werden die um eine Woche längere Dublin-Haft für die Vorbereitung und Durchführung des Überstellungsverfahrens (vgl. CHATTON/MERZ, a.a.O., N. 19 zu Art. 76a AIG ; ANDREAS ZÜND, in: Migrationsrecht, Spescha und andere [Hrsg.], 5. Aufl. 2019, N. 4 zu Art. 76a AIG ; HRUSCHKA/NUFER, a.a.O., Rz. 5; BAHAR IREM CATAK KANBER, Die ausländerrechtliche Administrativhaft, 2017, S. 136 f.), die Festhaltung während des Remonstrationsverfahrens (vgl. ZÜND, a.a.O., N. 5 zu Art. 76a AIG ; HRUSCHKA/NUFER, a.a.O., Rz. 6; vermittelnde Lösung bei CHATTON/MERZ, a.a.O., N. 23 ff. zu Art. 76a AIG ) und die Haft bei Renitenz (CHATTON/MERZ, a.a.O., N. 30 zu Art. 76a AIG ; ZÜND, a.a.O., N. 6 zu Art. 76a AIG ; CATAK KANBER, a.a.O., S. 138 f.; MARTIN BUSINGER, Ausländerrechtliche Haft, 2015, S. 137 f.) als potentiell unionsrechtswidrig kritisiert.

### **E. 4.1**

Umstritten ist vorliegend nur (noch) die am 26. März 2021 gestützt auf Art. 76a Abs. 4 AIG angeordnete Dublin-Renitenzhaft. Danach kann eine Person, die sich weigert, ein Transportmittel zur BGE 148 II 169 S. 175 Durchführung der Überstellung in den zuständigen Dublin-Staat zu besteigen, oder in anderer Art und Weise durch ihr persönliches Verhalten die Überstellung verhindert, in Haft genommen werden, sofern die Anordnung der Haft nach Absatz 3 lit. c AIG (Dublin-Ausschaffungshaft) nicht mehr möglich ist und eine weniger einschneidende Massnahme nicht zum Ziel führt. Die Haft darf nur solange dauern, bis die erneute Überstellung möglich ist, jedoch höchstens sechs Wochen. Sie kann mit Zustimmung der richterlichen Behörde indessen bis zu drei Monaten verlängert werden, sofern die betroffene Person weiterhin nicht bereit ist, ihr Verhalten zu ändern.

#### **E. 4.2.1**

Der EuGH hat die in Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 der Dublin-III-Verordnung erwähnte Haftdauer (vgl. vorstehende E. 2.3.3) und deren Berechnung im Urteil Amayry (Urteil vom 13. September 2017 C-60/16, Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen) konkretisiert; dieser Entscheid ist bei der Auslegung der nationalen Haftbestimmungen auch in der Schweiz zu berücksichtigen (vgl. vorstehende E. 3): Die in dieser Bestimmung vorgesehene Höchstfrist von sechs Wochen, innerhalb der die Überstellung einer in Haft genommenen Person erfolgen muss, gilt nach der Auslegung des EuGH für den Fall, dass sich die Person bereits in Haft befindet, wenn eines der beiden angeführten Ereignisse - stillschweigende oder ausdrückliche Annahme des Auf- bzw. Wiederaufnahmegesuchs durch einen anderen Mitgliedstaat oder Zeitpunkt, ab dem der Rechtbehelf oder die Überprüfung gemäss Art. 27 Abs. 3 der Dublin-III-Verordnung keine aufschiebende Wirkung mehr hat - eintritt (Randnr. 39). Die betroffene Person kann nicht für einen Zeitraum in Haft genommen werden, der die Dauer von sechs Wochen erheblich

überschreitet, da sich aus Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 der Dublin-III-Verordnung ergibt, dass dieser Zeitraum - u.a. weil es sich bei dem mit dieser Verordnung eingeführten Verfahren zur Überstellung zwischen den Mitgliedstaaten um ein vereinfachtes Verfahren handelt - grundsätzlich ausreichend ist, um den zuständigen Behörden die Überstellung zu erlauben (Randnr. 45). Eine Haftdauer von zwei Monaten kann in Anbetracht des Beurteilungsspielraums, über den die Mitgliedstaaten beim Erlass von Massnahmen zur Durchführung des Unionsrechts verfügen, nicht als zwangsläufig übermäßig lange gelten, wobei die Angemessenheit der Haftdauer im Hinblick auf die Merkmale des Einzelfalls jedoch von der zuständigen BGE 148 II 169 S. 176 Behörde unter Kontrolle der nationalen Gerichte geprüft werden muss (Randnr. 47). Für den Fall, dass nach der Inhaftnahme die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs oder die Überprüfung nach Art. 27 Abs. 3 der Dublin-III-Verordnung wegfällt, darf die Haft nach Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 und 4 der Dublin-III-Verordnung nicht länger als sechs Wochen ab diesem Zeitpunkt aufrechterhalten werden (Randnr. 48).

#### **E. 4.2.2**

Art. 28 der Dublin-III-Verordnung sei deshalb - so der EuGH - dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die vorsieht, dass in einer Situation, in der die Inhaftnahme einer um internationalen Schutz nachsuchenden Person erfolgt, nachdem der ersuchte Mitgliedstaat dem Aufnahmegesuch stattgegeben hat, die Haft für höchstens zwei Monate aufrechterhalten werden darf, nicht entgegensteht, soweit zum einen die Haftdauer den für die Zwecke des Überstellungsverfahrens erforderlichen Zeitraum, der unter Berücksichtigung der konkreten Anforderungen dieses Verfahrens in jedem Einzelfall zu beurteilen ist, nicht übersteigt und zum anderen diese Haftdauer gegebenenfalls nicht länger ist als sechs Wochen von dem Zeitpunkt an, ab dem der Rechtsbehelf oder die Überprüfung keine aufschiebende Wirkung mehr hat. Art. 28 der Dublin-III-Verordnung steht jedoch - so der EuGH weiter - einer nationalen Regelung entgegen, die es in einer solchen Situation (Inhaftierung nach Zustimmung des ersuchten Staats) erlaubt, die Haft während drei bzw. zwölf Monaten aufrechtzuerhalten, in denen die Überstellung tatsächlich vorgenommen werden kann (Urteil Amayry , Randnr. 49).

#### **E. 4.2.3**

Der EuGH qualifizierte gestützt hierauf eine im schwedischen Recht vorgesehene zweimonatige Haft zur "Vorbereitung der Durchführung und Durchführung einer Entscheidung über eine Zurück- oder Ausweisung" als dublinrechtlich grundsätzlich (noch) zulässig, die Verlängerung der Haft bei "schwerwiegenden Gründen" bzw. "mangelnder Kooperation des Ausländers oder deshalb, weil die Beschaffung der erforderlichen Dokumente Zeit braucht" auf 3 bzw. 12 Monate als mit Art. 28 der Dublin-III-Verordnung nicht mehr vereinbar. Im Ergebnis ergibt sich aus dem Urteil Amayry somit, dass - je nach den konkreten Umständen - im Dublin-Verfahren eine Inhaftierung bis zu zwei Monaten zulässig sein kann, wenn die Person sich zum Zeitpunkt der Annahme des Übernahmearrests nicht in Haft befindet. Für den Fall der Ergreifung eines Rechtsmittels gegen den erstinstanzlichen Wegweisungsentscheid BGE 148 II 169 S. 177 läuft die Frist von sechs Wochen ab Beendigung der aufschiebenden Wirkung; in diesem Fall kann sich die Haftdauer - im Rahmen des Urteils Amayry bis zu 2 Monaten (Randnr. 47) - um den Zeitraum verlängern, der zwischen der Annahme des Gesuchs durch den anderen Dublin-Staat und der Beendigung der aufschiebenden Wirkung liegt; spätestens

sechs Wochen nach der Annahme des Gesuchs bzw. dem Wegfall der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels ist die Haft jedoch zu beenden. Erfolgt die Inhaftnahme erst nach Annahme des Gesuchs, berechnet sich die Haftdauer von maximal sechs Wochen ab der Inhaftnahme bzw. ab dem Zeitpunkt des Wegfalls der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs, ohne dass zuvor, d.h. nach Annahme des Gesuchs um Aufnahme, erlittene Hafttage anzurechnen sind (vgl. ZÜND, a.a.O., N. 4 zu Art. 76a AIG ; Urteil 2C\_199/2018 vom 9. Juli 2018 E. 8).

#### **E. 4.2.4**

Die Festhaltungsmöglichkeit ist somit ab Wegfall der aufschiebenden Wirkung bzw. der Vollziehbarkeit des Überstellungsentscheids dublinrechtlich auf sechs Wochen begrenzt (so HRUSCHKA, in: Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, [nachfolgend: Handbuch]SFH [Hrsg.], 3. Aufl. 2021, XIII. Wegweisungsvollzug und Zwangsmassnahmen, S. 531 ff., dort S. 564 ff.; UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, Migrationsrecht in a nutshell, 2021, S. 281 f.; PROGIN-THEUERKAUF/EGBUNA-JOSS, Europäisches Asylrecht, Rechtsrahmen und Funktionsweise, 2019, S. 182; PROGIN-THEUERKAUF/HRUSCHKA, Die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Migrationsrecht, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018, Achermann und andere [Hrsg.], 2018, S. 319 ff., dort S. 329 f.; BUSINGER, a.a.O., S. 137 f.).

#### **E. 5.1**

Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau ist in seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber mit Art. 76a Abs. 4 AIG bewusst von den Vorgaben des Dublin-Rechts habe abweichen wollen, weshalb die landesrechtliche Bestimmung der dublinrechtlichen Regelung vorgehe. Er habe mit dieser Regelung vermeiden wollen, dass Überstellungen einzig wegen des persönlichen Verhaltens der betroffenen Personen nicht vollzogen werden könnten. Ohne Art. 76a Abs. 4 AIG könne durch renitentes Verhalten das Dublin-Verfahren vollständig unterlaufen werden (Botschaft vom 7. März 2014 über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche [...], BBl 2014 2694 f. Ziff. 3.4 und 2704 Ziff. 3.5.1). Da die Ausschaffungshaft gemäss Art. 76a Abs. 4 AIG - wie jene nach BGE 148 II 169 S. 178 Art. 76a Abs. 3 AIG - im Rahmen von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK der Sicherstellung des Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahrens diene, könne der Auffassung des Beschwerdeführers nicht gefolgt werden, die angeordnete Haft verstosse gegen Art. 5 Ziff. 1 EMRK und sei auch deshalb völkerrechtswidrig.

#### **E. 5.2**

Die entsprechende Auffassung verletzt Bundesrecht: In Übereinstimmung mit Art. 27 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (VRK; SR 0.111) gehen in der Rechtsanwendung völkerrechtliche Normen widersprechendem Landesrecht vor ( BGE 144 I 126 E. 3; BGE 144 II 293 E. 6.3; BGE 142 II 35 E. 3.2; BGE 139 I 16 E. 5.1 S. 28 f.; BGE 138 II 524 E. 5.1 S. 532 f. mit weiteren Hinweisen). Dieser Grundsatz könnte nach einer älteren - weitgehend nicht mehr anwendbaren - Rechtsprechung lediglich allenfalls eine Ausnahme erfahren, wenn der Gesetzgeber bewusst die völkerrechtliche Verpflichtung missachten und insofern die politische Verantwortung hierfür übernehmen will ( BGE 99 Ib 39 E. 3 und 4 S. 44 f. ["Schubert"-Praxis]; BGE 138 II 524 E. 5.3.2 S. 534 f.). Die Ausnahme gilt nach der Rechtsprechung jedoch von vornherein nicht, wenn - wie hier im Rahmen eines Freiheitsentzugs - menschen- oder freizügigkeitsrechtliche

Verpflichtungen der Schweiz infrage stehen ( BGE 125 II 417 E. 4d ["PKK"]; BGE 139 I 16 E. 5.1 S. 28 f.; BGE 142 II 35 E. 3.2; BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, Unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz - EU, 4. Aufl. 2021, Rz. 1033 f.); diesfalls geht die völkerrechtliche Norm der abweichenden nationalen Regelung gemäss der Rechtsprechung auch dann vor, wenn der schweizerische Gesetzgeber davon abweichen wollte ( BGE 142 II 35 E. 3.2). Gemäss Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 DAA werden - das Verfahren nach Art. 4 DAA vorbehalten - die Bestimmungen der Dublin-Verordnung von der Schweiz "akzeptiert, umgesetzt und angewendet" (vgl. JAAG/HÄNNI, Europarecht, 5. Aufl. 2022, Rz. 4129b). Die nationalen Bestimmungen sind dementsprechend in Übereinstimmung mit den Vorgaben von Art. 28 Dublin-III-Verordnung in Berücksichtigung der Praxis des EuGH zu dieser Bestimmung auszulegen (so zum Schengenbereich: BGE 146 II 201 E. 4.2-4.3); ist dies nicht möglich, geht Art. 28 Dublin-III-Verordnung dem nationalen Recht vor; es verbleibt kein Raum für die Anwendung der "Schubert"-Praxis (vgl. BREITENMOSER/WEYENETH, a.a.O., Rz. 1033).

### **E. 5.3.1**

Es könnte im Übrigen - selbst wenn es hierauf überhaupt ankäme, was nach dem soeben Dargelegten von vornherein nicht der BGE 148 II 169 S. 179 Fall ist - nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber bei Art. 76a Abs. 4 AIG bewusst von den dublinrechtlichen Vorgaben, die für die Schweiz verbindlich sind, hat abweichen wollen (anderer Ansicht: HRUSCHKA: Die rechtliche Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben für die Haft in Schengen- und Dublin-Fällen in der Schweiz, in: Schengen und Dublin in der Praxis, Aktuelle Fragen, Breitenmoser/Gless/Lagodny [Hrsg.], 2015, S. 341 ff., dort S. 349 ff. und Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21. Januar 2022 E. 3.3). Für eine allfällige Abweichung vom Vorrang der staatsvertraglichen Verpflichtungen genügt der Verweis auf eine allgemeine Diskussion zu den Vor- und Nachteilen einer nationalen Regelung nicht. Eine Kollision mit übergeordnetem Recht kann nach der Rechtsprechung von vornherein nur in jenen Fällen "bewusst" oder beabsichtigt sein, wenn in der Beratung der entsprechenden Regelung die völkerrechtlichen Aspekte und Auswirkungen resp. der mögliche Verstoss gegen das Völkerrecht eingehend thematisiert und erörtert wurden (so BGE 138 II 524 E. 5.3.2 S. 534; 99 Ib 39 E. 3 ["consapevole deroga"]).

### **E. 5.3.2**

Dies war hier nicht der Fall: Art. 76a Abs. 4 AIG wurde im Rahmen einer Gesetzesrevision geschaffen, bei der es gerade um die Anpassung des Gesetzes an die Dublin-III-Verordnung ging (BBl 2014 2683 Ziff. 1.2; Votum Sommaruga, AB 2014 N 1252). Bundesrätin Sommaruga erklärte im Parlament ausdrücklich, dass man bei der Haft wegen unkooperativen Verhaltens "noch immer im Rahmen dieser Dublin-III-Verordnung" sei bzw. dass sich diese "mit Dublin III vereinbaren" lasse (AB 2014 N 1319 f.). Man habe sich bei anderen Mitgliedstaaten erkundigt und gesehen, dass sie diese Möglichkeit in ihrem Rechtssystem auch vorgesehen hätten (AB 2014 S 833). Man gehe zwar - so die Bundesrätin weiter - ein "gewisses Risiko" ein, dass es hier eine Reaktion gebe, doch sei dies für die Glaubwürdigkeit des Dublin-Systems und dessen Funktionieren "richtig" (AB 2014 S 833).

### **E. 5.3.3**

Auch in den Räten wurde die Problematik nicht vertieft thematisiert; es wurde nicht im klaren Wissen um die Unvereinbarkeit von Art. 76a Abs. 4 AIG mit Art. 28 Dublin-III-Verordnung entschieden (vgl. Votum Berichterstatter Pfister, AB 2014 N 1247; kritisch Votum John-Calame, AB 2014 N 1317). Es war wiederholt lediglich die Rede davon, dass die Regelung weiter gehe, als dies die Dublin-III-Verordnung verlange (Votum Friedl, AB 2014 N 1317 und Votum Pfister, AB 2014 N 1320). Auch der Bundesrat BGE 148 II 169 S. 180 hielt in seiner Botschaft fest, dass die Regelung nach Art. 76a Abs. 4 AIG "über die Vorgaben der Dublin-III-Verordnung hinaus" gehe; er hat sie aber nicht als mit der Dublin-III-Verordnung unvereinbar bezeichnet, sondern als für einen "effizienten Vollzug des Dublin-Wegweisungsentscheids" notwendig erachtet (BBl 2014 2704 Ziff. 3.5.1). Der Bundesrat hielt ausdrücklich fest, dass die Revision mit den "internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar" sei (BBl 2014 2724 Ziff. 7.1.2).

#### **E. 5.3.4**

Es wäre gestützt hierauf - soweit dies überhaupt eine Rolle spielt, nachdem die "Schubert"-Praxis keine Anwendung findet - davon auszugehen, dass Bundesrat und Parlament in erster Linie im Rahmen des "Beurteilungsspielraums, über den die Mitgliedstaaten beim Erlass von Massnahmen zur Durchführung des Unionsrechts" verfügen (vgl. das EuGH-Urteil Amayry, Randnr. 47), legiferieren wollten. Den entsprechenden Beurteilungsspielraum hat der EuGH im Rahmen der Prüfung einer dem schweizerischen Recht analogen Regelung im Urteil Amayry definiert und einschränkender verstanden als Bundesrat und Parlament dies bei der Ausarbeitung von Art. 76a Abs. 4 AIG getan haben. Der entsprechende Widerspruch ist damit nachträglich entstanden. Der Gesetzgeber hat nicht bewusst gegen die im Dublin-Recht vorgesehene Regelung legiferieren, sondern hinsichtlich des Umfangs des Beurteilungsspielraums ein gewisses Risiko in Kauf nehmen wollen. Soweit Art. 76a Abs. 4 AIG mit den Vorgaben von Art. 28 der Dublin-III-Verordnung in der Auslegung des EuGH im Urteil Amayry unvereinbar ist, findet er deshalb keine Anwendung; Art. 28 der Dublin-III-Verordnung geht in diesem Sinn der nationalen Regelung in Art. 76a Abs. 4 AIG vor.

#### **E. 6.1**

Im vorliegenden Fall war die angeordnete "Renitenzhaft" ( Art. 76a Abs. 4 AIG ) damit widerrechtlich: Der Beschwerdeführer stellte am 11. November 2020 im Bundesasylzentrum mit Verfahrensfunktion (BAZmV) in Altstätten ein Asylgesuch. Das SEM fragte die belgischen Behörden am 3. Dezember 2020 bezüglich seiner Übernahme an; diese stimmten dem Gesuch am 7. Dezember 2020 zu. Das SEM trat am gleichen Tag auf das Asylgesuch nicht ein und verfügte die Rückführung im Dublin-Verfahren nach Belgien. Der Beschwerdeführer gelangte hiergegen am 15. Dezember 2020 an das Bundesverwaltungsgericht, welches am 22. Dezember 2020 einen Vollzugsstopp verfügte. Am 4. Januar 2021 trat es auf die Beschwerde nicht ein, womit der Vollzugsstopp entfiel. BGE 148 II 169 S. 181

#### **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer befand sich gestützt auf eine erste Haftanordnung vom 26. Februar 2021 bis zum 9. April 2021 in einer bereits von der Vorinstanz als unzulässig bezeichneten Dublin-Ausschaffungshaft im Sinn von Art. 76a Abs. 3 lit. c AIG ("zu Unrecht eine Ausschaffungshaft angeordnet"). Die hier noch umstrittene Haftanordnung (Renitenzhaft) erfolgte am 26. März 2021 ab dem 8. April 2021; am 12. Mai 2021 wurde der

Beschwerdeführer aus der Haft entlassen. Zu jenem Zeitpunkt befand er sich bereits seit 6 Wochen in der Dublin-Ausschaffungshaft, weshalb eine weitere Haftanordnung gestützt auf das Urteil Amayry im Rahmen von Art. 28 der Dublin-III-Verordnung nicht mehr infrage kam, da der Wegweisungsentscheid des SEM seit dem 4. Januar 2021 rechtskräftig und vollziehbar war. Seine Inhaftierung war in Anwendung des Urteils Amayry nur für sechs Wochen ab seiner Inhaftierung möglich (vgl. E. 4.2.4). Nach dem EuGH ergibt sich aus Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 der Dublin-III-Verordnung, dass dieser Zeitraum (d.h. sechs Wochen) - u.a. aufgrund dessen, dass es sich bei dem mit dieser Verordnung eingeführten Verfahren zur Überstellung zwischen den Mitgliedstaaten um ein "vereinfachtes Verfahren" handelt - grundsätzlich ausreichend ist, "damit die zuständigen Behörden die Überstellung vornehmen können" (Randnr. 45). Eine Festhaltung ist während maximal bis zu zwei Monaten möglich, solange das Rechtsmittelverfahren nicht abgeschlossen ist; sobald der Rechtsbehelf oder die Überprüfung keine aufschiebende Wirkung mehr hat, kann die Haft jedoch nur noch sechs Wochen dauern; dies muss auch gelten, wenn wie hier, bei der Inhaftierung (26. Februar 2021) der Rückführungsentscheid bereits (seit 4. Januar 2021) vollziehbar ist und die Vollziehbarkeit nicht erst während der Inhaftierung eintritt. Es gibt keinen sachlichen Grund, die beiden Situationen (bereits bestehende Vollziehbarkeit bzw. in der Haft erfolgende Vollziehbarkeit) bezüglich der noch zulässigen Haftdauer unterschiedlich zu behandeln.

### **E. 6.3**

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben, insoweit es die Dublin-Renitenzhaft im konkreten Fall als zulässig bezeichnet. Da sich der Beschwerdeführer nicht mehr in Haft befindet, ist festzustellen, dass die am 26. März 2021 ab dem 8. April 2021 angeordnete Dublin-Renitenzhaft widerrechtlich erfolgt ist. Es kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben, ob zu diesem Zeitpunkt hinreichende konkrete Anzeichen befürchten liessen, dass der Beschwerdeführer sich der BGE 148 II 169 S. 182 Wegweisung entziehen könnte, seine Festhaltung verhältnismässig gewesen wäre und weniger einschneidende Massnahmen sich nicht wirksam hätten anwenden lassen bzw. ob der Beschwerdeführer durch sein persönliches Verhalten die Überstellung verhindert hat. Es braucht auch die Frage nicht weiter vertieft zu werden, ob die Dublin-Renitenzhaft bereits als solche und in jedem Fall gegen Art. 28 der Dublin-III-Verordnung verstösst, da sie im Dublin-Recht keine Grundlage findet (so etwa HRUSCHKA, Handbuch, a.a.O., S. 566; ZÜND, a.a.O., N. 6 zu Art. 76a AIG ; CATAK KANBER, a.a.O., S. 138 f.; BUSINGER, a.a.O., S. 137 f.; CHATTON/MERZ, a.a.O., N. 30 zu Art. 76a AIG ).

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