

# **BGer 2C 1091/2016 vom 23. Dezember 2016**

Bundesgericht, 2016-12-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_1091\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1091_2016)

FR: TF 2C 1091/2016 du 23 décembre 2016

IT: TF 2C 1091/2016 del 23 dicembre 2016

## **Regeste**

Ausschaffungshaft gestützt auf Art. 76 AuG / Haftüberprüfung | Bürgerrecht und Ausländerrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegen den kantonal letztinstanzlichen Entscheid über die Ausschaffungshaft steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG an das Bundesgericht offen (Art. 82 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 sowie Art. 89 Abs. 1 BGG ; Urteil 2C\_791/2016 vom 26. September 2016 E. 1 m.H.). Die vorliegende Beschwerde ist daher grundsätzlich zulässig.

### **E. 1.2**

Zu prüfen ist indes, ob die Beschwerde rechtzeitig eingereicht wurde: Gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde gegen einen Entscheid innert 30 Tagen nach der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung beim Bundesgericht einzureichen. Das vorliegend angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau wurde dem früheren Rechtsvertreter des Beschwerdeführers gemäss dem darauf angebrachten Eingangsstempel am 28. Oktober 2016 eröffnet. Da der letzte Tag der dreissigtägigen Frist ein Sonntag, nämlich der 27. November 2016 war, endete sie gemäss Art. 45 Abs. 1 BGG am nächstfolgenden Werktag, d.h. am Montag, 28. November 2016. Die vom neuen Vertreter des Beschwerdeführers eingereichte Beschwerdeschrift datiert wohl vom 28. November 2016. Auf der Rückseite des verwendeten Briefumschlags findet sich zudem eine handschriftliche Bestätigung von einem Herrn B.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_, wonach Rechtsanwalt Hans Ludwig Müller das Schreiben am Montag, 28. November 2016 um 23:25 Uhr in den Briefkasten in V.\_\_\_\_\_ einwerfe. Der Poststempel, welcher als Absendeort das Briefzentrum in V.\_\_\_\_\_ ausweist, datiert indes erst vom 29. November 2016 um 21:00 Uhr. Somit lässt sich ohne weitere Beweiserhebungen oder Befragungen nicht genau verifizieren, wann die Beschwerdeschrift der schweizerischen Post übergeben wurde, was für die Einhaltung der Frist grundsätzlich entscheidend ist ( Art. 48 Abs. 1 BGG ). Im vorliegenden Fall erübrigen sich aber weitere diesbezügliche Abklärungen, zumal sich die Beschwerde jedenfalls in der Sache als unbegründet erweist, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

### **E. 1.3**

Mit der Beschwerde können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und Art. 96 BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Dabei prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG ), nur die geltend gemachten Vorbringen, falls allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (

BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). Das Bundesgericht stellt grundsätzlich auf den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt ab ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Diese Sachverhaltsfeststellungen können vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen ( Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ). Die Rüge, der Sachverhalt sei offensichtlich unrichtig festgestellt worden, muss gemäss den qualifizierten Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG in der Beschwerdeschrift begründet werden ( BGE 133 II 249 E. 1.2.2 und E. 1.4.3 S. 252 ff.; 134 II 349 E. 3 S. 351 f.). Vorausgesetzt ist zudem, dass die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2.1**

Entgegen der Annahme des Beschwerdeführers geht es hier nicht um eine Haft im Rahmen des Dublin-Verfahrens (Art. 76a Abs. 1 lit. a AuG). Das Verwaltungsgericht stützt seinen Haftentscheid vielmehr zu Recht auf Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und Ziff. 4 AuG. Gemäss dieser Bestimmung kann, wenn ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet worden ist, die zuständige Behörde die betroffene Person zur Sicherstellung des Vollzugs in Haft nehmen, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sie sich der Ausschaffung entziehen will, insbesondere weil sie der Mitwirkungspflicht nicht nachkommt (Ziff. 3) bzw. ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt (Ziff. 4). Der blosser Umstand, dass sie innert der ihr gesetzten Frist das Land nicht verlassen hat oder eine bloss abstrakte Vermutung, dass sie sich der Wegweisung entziehen könnte, genügen für sich alleine nicht; vielmehr muss die zuständige Behörde in jedem konkreten Fall aufgrund der verschiedenen Indizien eine individuelle Prognose stellen ( BGE 140 II 1 E. 5.3 S. 4 ; 129 I 139 E. 4.2.1 S. 146). Wie obenstehend aufgezeigt, ist vorliegend aktenkundig, dass das MIKA den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 3. April 2012 aus der Schweiz wegwies und ihn dazu verpflichtete, die Schweiz bis spätestens am 2. Oktober 2012 zu verlassen. Der Betroffene kam dieser Verpflichtung unbestrittenermassen nicht nach und er weigerte sich auch explizit, seiner Mitwirkungspflicht wie von ihm verlangt dadurch nachzukommen, dass er die notwendigen Formulare zur Beschaffung eines algerischen Einreisedokuments unterzeichnet. Grundsätzlich ist eine Ausschaffung jedoch möglich, und der Beschwerdeführer kann zur Ausstellung eines Ersatzreisepapiers der algerischen Vertretung zugeführt werden. Bei dieser Sachlage ist es erstellt, dass die Haftgründe gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und Ziff. 4 AuG erfüllt sind.

### **E. 2.2**

Hinsichtlich der Verhältnismässigkeit wendet der Beschwerdeführer wohl ein, er habe ein sehr enges Verhältnis zu seinem Sohn und sei momentan dazu in der Lage, diesen jeweils Mittwochs von 12:00 Uhr bis 18:00 Uhr besuchsweise zu sehen. Er, der Beschwerdeführer, habe nur schon deshalb nicht die Absicht unterzutauchen, weil er diesfalls die Möglichkeit eines Besuchs verlieren würde. Aus diesen Gründen genüge vorliegend eine mildere Massnahme wie beispielsweise eine Meldepflicht oder eine Eingrenzung. Diese Einwendungen überzeugen jedoch nicht: Entgegen der Annahme des Beschwerdeführers muss die drohende Verletzung der Mitwirkungspflicht bzw. der befürchtete Widerstand gegenüber behördlichen Anordnungen nicht zwingend in einer Untertauchensgefahr bestehen, sondern kann sich auch anders manifestieren. Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer durch seine offene Weigerung, bei der Papierbeschaffung mitzuwirken,

sowie durch sein jahrelanges renitentes Verhalten unter Beweis gestellt, dass er in Freiheit nicht zur Kooperation bereit ist. Inwiefern eine Eingrenzung oder eine Meldepflicht geeignet sein sollten, an dieser Einstellung etwas zu ändern und seine Ausreise sicherzustellen, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht dargelegt. Die Anordnung der Ausschaffungshaft erscheint demnach zur Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs als erforderlich und erweist sich mithin auch unter diesem Aspekt als verhältnismässig (vgl. BGE 142 I 135 E. 4.1 in fine S. 151).

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 79 Abs. 1 AuG dürfen die Vorbereitungs- und die Ausschaffungshaft nach den Art. 75-77 AuG sowie die Durchsetzungshaft nach Art. 78 AuG zusammen die maximale Haftdauer von sechs Monaten nicht überschreiten. Die maximale Haftdauer kann indes nach Art. 79 Abs. 2 AuG mit Zustimmung der kantonalen richterlichen Behörde um eine bestimmte Dauer, jedoch höchstens um zwölf Monate, für Minderjährige zwischen 15 und 18 Jahren um höchstens sechs Monate verlängert werden, wenn (lit. a) die betroffene Person nicht mit der zuständigen Behörde kooperiert, oder wenn sich (lit. b) die Übermittlung der für die Ausreise erforderlichen Unterlagen durch einen Staat, der kein Schengen-Staat ist, verzögert. Diese Regelung steht in Übereinstimmung mit Art. 15 Ziff. 5 und Ziff. 6 der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Europäische Rückführungsrichtlinie; Amtsblatt der Europäischen Union vom 24. Dezember 2008, L 348/98; vgl. Art. 2 Ziff. 1 des Bundesbeschlusses vom 18. Juni 2010 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EG betreffend die Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie, in Kraft seit 1. Januar 2011, AS 2010 5925, BBl 2009 8881). Somit resultiert für einen volljährigen Ausländer eine maximal mögliche Haftdauer von 18 Monaten. Der Beschwerdeführer rügt in diesem Zusammenhang, er habe sich - mit Unterbrüchen - bereits vom 13. April 2007 bis zum 8. Januar 2009 während insgesamt ca. 16 Monaten in ausländerrechtlicher Haft befunden. Durch die mit dem angefochtenen Entscheid angeordneten weiteren drei Monate Ausschaffungshaft ergebe sich so gemäss seiner Berechnung eine gesamte Haftdauer von 19 Monaten, was den gesetzlichen Maximalrahmen überschreite.

### **E. 3.2**

In BGE 140 II 1 E. 5.2 S. 3 bestätigte das Bundesgericht seine früheren Entscheide, wonach es möglich ist, gegen einen Ausländer nach einer allfälligen Freilassung aus der Ausschaffungshaft im Rahmen desselben Verfahrens erneut ausländerrechtliche Haft anzuordnen, soweit sich die Umstände massgeblich verändert haben. Als Beispiel wird genannt, dass neue Haftgründe zu Tage treten oder dass die bisherige Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs dahingefallen ist. Zur Frage, ob diesfalls die maximale Haftdauer von Neuem zu laufen beginnt, oder ob die erneute Haftanordnung sowie die bereits ausgestandene Haft zusammenzurechnen sind, äussert sich der genannte Entscheid jedoch nicht. In BGE 133 II 1 E. 4 f. S. 2 ff. beschäftigte sich das Bundesgericht aber mit einer Revision des damaligen Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; BS 1 121; in Kraft gewesen bis zum 31. Dezember 2007) : Mit Anhang Ziff. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 (AS 2006 4745, 4767; BBl 2002 6845; in Kraft gewesen ab dem 1. Januar 2007 bis zum 31. Dezember 2007) wurde im Rahmen einer Neuregelung der ausländerrechtlichen Haft die maximale

Dauer der altrechtlichen Ausschaffungshaft von neun auf 18 Monate verlängert, wobei diese Neuregelung auch auf Fälle Anwendung fand, in denen die Haft zwar vor dem 1. Januar 2007 angeordnet, jedoch danach verlängert wurde. In diesem Zusammenhang hielt das Bundesgericht fest, dass sich alt- und neurechtliche Regelung der Ausschaffungshaft in Zweck, Ausgestaltung und Voraussetzungen weitestgehend decken würden, weshalb es sich grundsätzlich rechtfertige, eine vor dem Inkrafttreten der verschärften Zwangsmassnahmen bereits ausgestandene Ausschaffungshaft auf die neue maximale Haftdauer anzurechnen. Anders könne es sich aber in jenen Fällen verhalten, in denen zwischen der alten und der neuen Haft eine deutliche bzw. klare Zäsur bestehe, namentlich wenn der Betroffene seit der altrechtlichen Festhaltung die Schweiz verlassen habe oder ausgeschafft worden sei und hernach erneut in die Schweiz gelange, so dass im Resultat ein neues Wegweisungsverfahren (oder allenfalls ein neuer Haftgrund) vorliege mit der Folge, dass gegenüber dem Betroffenen wiederum (neue) Zwangsmassnahmen angeordnet werden könnten ( BGE 133 II 1 E. 5.2 S. 5 f. m.w.H.). Im gleichen Sinne wird auch in der Literatur der Standpunkt vertreten, dass erstandene ausländerrechtliche Haft nur (aber immerhin) dann auf die Gesamthaftdauer nach Art. 79 AuG und die Maximalhaftdauer der jeweiligen Haftart angerechnet werde, soweit dasselbe Aus- oder Wegweisungsverfahren betroffen sei. Sei ein Aus- oder Wegweisungsverfahren demgegenüber entweder durch Vollzug oder durch Aufhebung der Entfernungsmassnahme definitiv beendet worden, und werde später ein neues Vollzugsverfahren eröffnet, so stehe hierfür wieder die volle Haftdauer zur Verfügung. Eine solche Konstellation liege etwa vor, wenn ein Ausländer nach einer erfolgreichen Ausschaffung oder einer freiwilligen Rückkehr in sein Heimatland abermals in die Schweiz einreise und hier erneut weggewiesen werde. Gleiches sei der Fall, wenn der Ausländer ein beständiges Aufenthaltsrecht in der Schweiz erhalte, dieses jedoch später wieder verliere und in der Folge gegen ihn ein erneutes Entferungsverfahren angestrebt werde (MARTIN BUSINGER, Ausländerrechtliche Haft - Die Haft nach Art. 75 ff. AuG, 2015, S. 74 f.; vgl. auch ZÜND in: Spescha/Thür/ Zünd/Bolzli/Hruschka [Hrsg.], Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, Rz. 4 zu Art. 79 AuG; GÖKSU in: Caroni/Gächter/Turnherr [Hrsg.]; Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG] - Handkommentar, 2010, Rz. 3 zu Art. 79). Die differenzierende Betrachtungsweise der Lehre, welche sich an der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis zum früheren Recht orientiert, erscheint auch im Geltungsbereich des aktuellen Ausländergesetzes sachgerecht: Einerseits kann die gesetzlich vorgesehene Beschränkung der maximalen Haftdauer nur dann Wirksamkeit entfalten, wenn die Haftdauer bei mehrfacher Inhaftierung im Rahmen von ein und demselben Ausweisungsverfahren zusammengerechnet wird; ansonsten könnte die Ausschaffungshaft durch eine vorübergehende Entlassung beliebig verlängert werden. Umgekehrt erhellt aber ebenfalls, dass sich die für ein Ausweisungsverfahren vorgesehene Maximaldauer der Haft nicht auch auf sämtliche zukünftigen Ausweisungsverfahren betreffend dieselbe Person beziehen kann: Konnte ein Ausweisungsverfahren etwa durch erfolgreiche Ausschaffung oder freiwillige Ausreise des Ausländers abgeschlossen werden und wird dieser nach einer erneuten Einreise in die Schweiz abermals weggewiesen, so beginnt ein von früheren Vorgängen unabhängiges neues Ausweisungsverfahren, welches eine erneute Inhaftierung im Rahmen der von Neuem zu laufen beginnenden gesetzlichen Fristen erlaubt. Gleich muss es sich verhalten, wenn ein früheres Ausweisungsverfahren aus anderen Gründen als einer Ausreise der ausländischen Person abgeschlossen wurde. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn eine ausländische Person während des

Ausweisungsverfahrens einen Aufenthaltstitel für die Schweiz erhält, welcher die zuvor ausgesprochene Wegweisung dahinfallen lässt. Diesfalls wird das laufende Wegweisungsverfahren unmittelbar und dauerhaft beendet. Verliert der Ausländer seinen Aufenthaltstitel zu einem späteren Zeitpunkt wieder und kommt es dann zu einer erneuten Wegweisung, so beginnt damit ein gänzlich neues Ausweisungsverfahren.

### **E. 3.3**

Im vorliegenden Fall ist erstellt, dass der Beschwerdeführer am 30. Januar 2009 eine Schweizerin heiratete und im Hinblick auf die Eheschliessung aus der Ausschaffungshaft entlassen wurde. Gestützt auf die Ehe erhielt er sodann eine Aufenthaltsbewilligung, welche bis zum 30. Januar 2011 gültig gewesen ist. Mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung wurde das vorherige Wegweisungsverfahren gegenstandslos und damit definitiv beendet. Als der Beschwerdeführer später, nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft, sein Aufenthaltsrecht wieder verlor und er in der Folge mit Verfügung der zuständigen Migrationsbehörde des Kantons Aargau vom 3. April 2012 aus der Schweiz weggewiesen wurde, begann damit ein neues Ausweisungsverfahren, welches in keiner Weise mehr mit dem früheren Wegweisungsbeschluss des Bundesamtes für Flüchtlinge vom 8. April 2003 im Rahmen des damaligen Asylverfahrens in Zusammenhang steht. Entsprechend sind auch die im früheren Verfahren ausgestandenen Haftzeiten des Beschwerdeführers im vorliegenden, neuen Wegweisungsverfahren nicht mehr zu beachten. Die Rüge des Beschwerdeführers erweist sich demnach als unbegründet. Ebenso erhellt bei dieser Sachlage, dass sich die im neuen Ausweisungsverfahren erstmalig angeordnete Haft für eine Dauer von drei Monaten in zeitlicher Hinsicht noch nicht als unverhältnismässig erweist.

### **E. 3.4**

Der Vollständigkeit halber bleibt indes anzumerken, dass die Berechnungen des Beschwerdeführers zu seinen Haftzeiten im früheren Wegweisungsverfahren ohnehin nicht nachvollzogen werden können. Aufgrund der eingangs festgehaltenen Daten ergibt sich, dass sich der Beschwerdeführer wohl vom 13. April 2007 bis zu seiner Flucht am 18. Dezember 2007 (d.h. rund acht Monate) sowie vom 24. April 2008 bis zum 23. Mai 2008 (d.h. rund ein Monat) und schliesslich vom 9. Oktober 2008 bis längstens am 8. Januar 2009 (d.h. rund drei Monate) in migrationsrechtlicher Haft befand. Der übrige Freiheitsentzug war soweit ersichtlich strafrechtlicher Natur (Untersuchungshaft und Strafvollzug). Somit betrug die Ausschaffungs- bzw. Durchsetzungshaft im früheren Verfahren gesamthaft rund 12 Monate und nicht wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht rund 16 Monate. Eine genaue Berechnung der Haftzeit im früheren Verfahren kann mangels Relevanz für das vorliegende, neue Ausweisungsverfahren jedoch unterbleiben.

### **E. 4**

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde abzuweisen. Entsprechend diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet ( Art. 68 Abs. 1 und Abs. 2 BGG ).