

# BGer 2C 260/2018 vom 9. April 2018

Bundesgericht, 2018-04-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_260\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_260_2018)

FR: TF 2C 260/2018 du 9 avril 2018

IT: TF 2C 260/2018 del 9 aprile 2018

## Regeste

Ausschaffungshaft | Bürgerrecht und Ausländerrecht

## Erwägungen

### E. 1.1

Gegen den kantonal letztinstanzlichen Entscheid über die Anordnung oder Verlängerung der Ausschaffungshaft steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.1.3 S. 139 f. mit Hinweisen). Für die gleichzeitig erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde bleibt daher kein Raum ( Art. 113 BGG ).

### E. 1.2

Nach Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur legitimiert, wer u.a. ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung seiner Eingabe hat (lit. c). Dieses muss nicht nur bei der Beschwerdeeinreichung, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung aktuell und praktisch sein. Fällt das aktuelle Interesse im Verlaufe des Verfahrens dahin, wird die Sache als erledigt erklärt; fehlte es schon bei Beschwerdeeinreichung, ist auf die Eingabe nicht einzutreten ( BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143 ; 139 I 206 E. 1.1 S. 208 ; 137 I 296 E. 4.2 S. 299). Kommt es vor Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens zur Freilassung oder Ausschaffung des Ausländers, entfällt bzw. fehlt regelmässig das aktuelle und praktische Interesse an einer Überprüfung des Haftentscheids auf seine Vereinbarkeit mit dem anwendbaren Recht (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143 ; 137 I 296 E. 4.2 S. 299). Ausnahmsweise tritt das Bundesgericht unter Verzicht auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses auf eine Beschwerde ein, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt ( BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143 ; 139 I 206 E. 1.1 S. 208). In Fällen, in denen durch die EMRK geschützte Ansprüche zur Diskussion stehen, tritt das Bundesgericht regelmässig auf die Beschwerde ein, auch wenn kein aktuelles praktisches Interesse mehr besteht (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143 ; 139 I 206 E. 1.2.1 S. 208 f. ; 137 I 296 E. 4.3 S. 299 f.). Die Beschwerdeführerin rügt in vertretbarer Weise ("griefs défendables") die Verletzung von Garantien der EMRK. Wenngleich die bestätigte Haftdauer im Zeitpunkt des vorliegenden Urteils abgelaufen ist und unbesehen der Frage einer allfälligen Haftverlängerung ist daher auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ( Art. 42 und 100 Abs. 1 BGG ) der hierzu legitimierten Beschwerdeführerin ( Art. 89 Abs. 1 BGG ) einzutreten.

### E. 1.3

Gemäss Art. 42 Abs. 1 BGG sind Rechtsschriften in einer Amtssprache abzufassen. Das Verfahren vor dem Bundesgericht wird gemäss Art. 54 Abs. 1 BGG in einer der Amtssprachen (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) geführt, in der Regel in der Sprache des angefochtenen Entscheids. Der Beschwerdeführerin steht es frei, ihre Eingabe in der Amtssprache ihrer Wahl zu verfassen, die nicht notwendigerweise mit der Verfahrenssprache des vorinstanzlichen Verfahrens übereinstimmen muss (Urteil 2C\_237/2013 vom 27. März 2013 E. 1.2 mit Hinweis). Die Beschwerdeführerin hat ihre Eingaben in französischer Sprache verfasst. Dies ist nach dem Gesagten zulässig. Vorliegend ist indes Deutsch die Verfahrenssprache, sodass das Urteil in dieser Sprache ergeht.

#### **E. 1.4**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann namentlich die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a und lit. b BGG ). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 142 I 135 E. 1.5 S. 144). Die Verletzung von Grundrechten untersucht das Bundesgericht in jedem Fall nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 142 I 135 E. 1.5 S. 144 mit Hinweisen).

#### **E. 2**

Die Vorinstanz erachtete den Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG (SR 142.20) als erfüllt (Verurteilung wegen eines Verbrechens) und liess offen, ob aufgrund der Einreichung eines Asylgesuchs auch Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. f AuG erfüllt wäre. Der Vollzug der Wegweisung sei weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen undurchführbar (Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG), und die Ausschaffungshaft erweise sich als verhältnismässig.

#### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG, Art. 5 Abs. 2, Art. 9 und Art. 10 Abs. 2 BV sowie Art. 5 Ziffer 1 EMRK. Der Haftgrund von Art. 76 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG sei nicht erfüllt, da sie nicht wegen eines Verbrechens im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB verurteilt worden sei: Verbrechen seien Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht seien. Sie sei aber zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt worden. Auch der Haftgrund von Art. 76 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. f AuG sei nicht gegeben, da sie sich nicht rechtswidrig in der Schweiz aufhalte. Die Haft sei deshalb in Anwendung von Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG zu beenden. Die Anordnung der Ausschaffungshaft sei sodann nicht verhältnismässig, da in ihrem Fall auch eine weniger einschneidende Massnahme wie eine kurzfristige Festhaltung (Art. 73 AuG) oder eine Ein- oder Ausgrenzung (Art. 74 AuG) zielführend wäre. Im Übrigen seien die Voraussetzungen für einen Freiheitsentzug von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK nicht erfüllt, da kein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren durchgeführt werden könne, solange ihr Asylgesuch hängig und der Widerruf ihrer Niederlassungsbewilligung nicht rechtskräftig sei.

#### **E. 4.1**

Wurde ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet, kann die zuständige Behörde die betroffene Person zur Sicherstellung des Vollzugs unter anderem in Ausschaffungshaft nehmen, wenn sie wegen eines Verbrechens verurteilt worden ist (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG [vgl. hierzu Urteil 2C\_455/2009 vom 5. August 2009 E. 2.1]). Der Wegweisungsentscheid muss dabei nicht bereits rechtskräftig sein; es genügt, dass der Vollzug absehbar erscheint. Der Vollzug der Weg- oder Ausweisung darf sich nicht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen als undurchführbar erweisen (vgl. Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG) und muss mit dem nötigen Nachdruck verfolgt werden (Art. 76 Abs. 4 AuG: Beschleunigungsgebot). Die ausländerrechtliche Festhaltung hat zudem als Ganzes verhältnismässig zu sein (vgl. Urteil des EGMR Jusic gegen Schweiz vom 2. Dezember 2010 [Nr. 4691/06], §§ 67 ff., insbesondere § 73; Urteile 2C\_575/2016 vom 12. Juli 2016 E. 4.1; 2C\_749/2012 vom 28. August 2012 E. 1, je mit Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin stellte am Tag der Anordnung der Ausschaffungshaft ein Asylgesuch. Wer ein Asylgesuch gestellt hat, darf sich bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz aufhalten ( Art. 42 AsylG [SR 142.31]); die Verpflichtung zur Ausreise entfällt. Grundsätzlich kommt in einem solchen Fall keine Ausschaffungshaft im Sinne von Art. 76 AuG in Frage, sondern es kann höchstens eine Vorbereitungshaft nach Art. 75 AuG angeordnet werden, welche nicht die Sicherstellung des Vollzugs eines Weg- oder Ausweisungsentscheids bezweckt, sondern der Durchführung eines Wegweisungsverfahrens dient (vgl. BGE 125 II 377 E. 2b S. 380). Stellt die betroffene Person ihr Asylgesuch während der Ausschaffungshaft, ist deren Fortsetzung jedoch nicht in jedem Fall ausgeschlossen. Das Bundesgericht erachtet in einem solchen Fall die Fortsetzung der Ausschaffungshaft unter der Voraussetzung für zulässig, dass mit dem Abschluss des Asylverfahrens und dem Vollzug der Wegweisung in absehbarer Zeit gerechnet werden kann (vgl. BGE 140 II 409 E. 2.3.3 S. 413; Urteil 2C\_709/2016 vom 13. September 2016 E. 4.2.2 mit Hinweisen). Dies gilt auch, wenn die Ausschaffungshaft im Zeitpunkt der Asylgesuchstellung bereits angeordnet, aber noch nicht durch eine richterliche Behörde überprüft wurde (Art. 80 Abs. 2 AuG). Wenn in absehbarer Zeit der Abschluss des Asylverfahrens zu erwarten und somit weiterhin mit dem baldigen Vollzug der Wegweisung zu rechnen ist, kann die richterliche Behörde die Anordnung der Ausschaffungshaft trotz dem erfolgten Asylantrag bestätigen. Diese Voraussetzungen waren vorliegend erfüllt. Die Beschwerdeführerin reichte ihr Asylgesuch in engem zeitlichem Zusammenhang mit ihrer Verhaftung ein, und es bestanden keine Hinweise auf ein mit grosser Wahrscheinlichkeit länger dauerndes Verfahren (vgl. Urteil 2C\_583/2010 vom 6. August 2010 E. 3). Die erforderlichen Reisepapiere der Beschwerdeführerin lagen dem kantonalen Migrationsamt im Zeitpunkt der Haftanordnung vor. Zudem ersuchte das Migrationsamt das SEM im Rahmen des Gesuchs um Einleitung eines Asylverfahrens um prioritäre Behandlung des Asylgesuchs. Triftige Gründe für die Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs waren nicht ersichtlich und wurden von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht. Somit durfte die Vorinstanz im Zeitpunkt ihres Urteils vom 13. Februar 2018 mit dem baldigen Abschluss des Asylverfahrens und dem Vollzug der Wegweisung in absehbarer Zeit rechnen. Die Richtigkeit dieser Einschätzung hat sich im Übrigen mit der Abweisung des Asylgesuchs vom 14. Februar 2018 bestätigt. Die nachträglich erfolgte Beschwerdeerhebung an das Bundesverwaltungsgericht und die Gutheissung der Beschwerde und Rückweisung der Sache an das SEM aus formellen Gründen vermag an der zutreffenden Einschätzung, dass innert absehbarer Zeit mit dem

Abschluss des Verfahrens zu rechnen sei, nichts zu ändern. Die Rückweisung hat zwar eine Verlängerung des Asylverfahrens zur Folge. Das SEM behandelt dieses indes offensichtlich prioritär, sodass grundsätzlich nach wie vor ein baldiger Abschluss des Asylverfahrens erwartet werden kann.

#### **E. 4.3**

Der Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG ist vorliegend offensichtlich erfüllt: Die Beschwerdeführerin wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 25. August 2015 wegen eines Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG und mehrfacher Widerhandlung im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt. Die qualifizierte Widerhandlung wird gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann, bestraft. Der Strafrahmen beträgt somit von einem bis 20 Jahre (vgl. Art. 40 StGB). Die Qualifizierung eines Delikts als Verbrechen hängt gemäss Art. 10 Abs. 2 StGB (Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind) nicht von der im Einzelfall verhängten Strafe ab, sondern von der Strafandrohung in der anwendbaren Strafnorm. Die qualifizierten Betäubungsmitteldelikte gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG sind mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht. Es handelt sich demnach entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin um Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB. Daran ändert nichts, dass sie im konkreten Fall zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, also weniger als drei Jahren, verurteilt wurde. Die Vorinstanz bejahte folglich zu Recht das Vorliegen des Haftgrundes von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG. Nachdem der Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG (Verurteilung wegen eines Verbrechens) vorliegend erfüllt ist, kann offen bleiben, ob weitere Haftgründe ebenfalls erfüllt wären. Auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin zu Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. f AuG (rechtswidriger Aufenthalt in der Schweiz und Einreichung eines Asylgesuches zwecks Vermeidung des drohenden Weg- oder Ausweisungsvollzugs) ist daher nicht weiter einzugehen. Lediglich ergänzend sei angemerkt, dass die Beschwerdeführerin mit dem qualifizierten Verstoss gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr brachte bzw. deren Gefährdung in Kauf nahm, sodass auch Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG (strafrechtliche Verfolgung oder Verurteilung wegen ernsthafter Bedrohung oder erheblicher Gefährdung an Leib und Leben von Personen) als Grundlage für ihre Haft infrage kommen würde.

#### **E. 4.4**

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass ein Haftgrund erfüllt ist und weder die fehlende Rechtskraft des Wegweisungsentscheides noch das pendente Asylverfahren vorliegend der Zulässigkeit der bis zum 2. April 2018 bestätigten Haft entgegensteht. Die Beschwerdeführerin vermag sodann nicht darzulegen und es ist nicht ersichtlich, dass der Vollzug der Wegweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen gemäss Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG undurchführbar wäre oder dass die Haft gegen Art. 5 Ziff. 1 EMRK verstossen würde oder unverhältnismässig wäre: Die ausländerrechtliche Haft wird nach Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG beendet, wenn sich herausstellt, dass der Vollzug der Wegweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist. Diesfalls lässt sich die Zwangsmassnahme nicht mehr mit einem hängigen Wegweisungsverfahren rechtfertigen; sie verstösst zugleich gegen Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK (vgl. BGE 130 II 56 E. 4.1.1 S. 59 f.;

122 II 148 E. 3 S. 152 f.; Urteil 2C\_846/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 4.3.1). Wie es sich mit der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Einzelnen verhält, bildet Gegenstand einer nach pflichtgemäßem Ermessen vorzunehmenden Prognose. Massgebend ist, ob der Wegweisungsvollzug mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innert absehbarer Zeit möglich erscheint oder nicht. Die Haft verstösst gegen Art. 80 Abs. 1 lit. a AuG und ist zugleich unverhältnismässig, wenn triftige Gründe dafür sprechen, dass die Wegweisung innert vernünftiger Frist nicht vollzogen werden kann (vgl. BGE 130 II 56 E. 4.1.3 S. 61 mit Hinweisen; Urteil 2C\_846/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 4.3.1). Dies ist vorliegend nicht der Fall (vgl. E. 4.2 hiervor). Dass der vorinstanzliche Entscheid weitere rechtliche Mängel aufweisen soll, wird von der Beschwerdeführerin nicht rechtsgenügend geltend gemacht. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots durch das bisherige Vorgehen der zuständigen Behörden liegt ebensowenig vor wie eine Überschreitung der Höchstdauer ausländerrechtlicher Haft gemäss Art. 79 AuG oder die Unverhältnismässigkeit der Zwangsmassnahme insgesamt (vgl. E. 4.1 f. hiervor). Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Asylgesuch hat sodann entgegen ihrer Annahme nicht zur Folge, dass kein Wegweisungsverfahren mehr im Gange wäre. Soweit sie eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 EMRK geltend macht, ist ihr daher entgegenzuhalten, dass die Voraussetzungen für einen Eingriff in die Freiheit gemäss lit. f dieser Bestimmung erfüllt sind. Das ändert indes nichts daran, dass das SEM das bei ihm hängige Asylverfahren beförderlich zu behandeln hat (vgl. Art. 37 Abs. 2 AsylG i.V.m Art. 29 Abs. 1 BV ), insbesondere zumal sich die Beschwerdeführerin in Haft befindet.

### **E. 5.1**

Aufgrund dieser Erwägungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten abzuweisen. Die angeordnete Ausschaffungshaft erweist sich als rechtmässig, sodass auch dem Eventualantrag auf Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz nicht stattgegeben werden kann.

### **E. 5.2**

Angesichts der Sach- und Rechtslage bestanden vorliegend keine realistischen Erfolgsaussichten. Die Beschwerde erweist sich damit als aussichtslos. Die Umstände des Falles rechtfertigen es indes, auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten (Art. 66 Abs. 1 zweiter Satz BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird damit hinsichtlich der Kostenbefreiung ( Art. 64 Abs. 1 BGG ) gegenstandslos. Was das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung betrifft, ist Art. 64 Abs. 2 BGG massgeblich, wonach als unentgeltlicher Rechtsbeistand nur eine Anwältin oder ein Anwalt beigegeben werden kann. Beim Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin handelt es sich um einen Juristen, der jedoch nicht Rechtsanwalt ist. Dessen Bestellung als unentgeltlicher Vertreter nach Art. 64 Abs. 2 BGG ist demnach nicht zulässig. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung ist aus diesem Grund sowie wegen Aussichtslosigkeit der Beschwerde abzuweisen. Parteientschädigungen sind nicht geschuldet ( Art. 68 BGG ).

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