

# **BGer 2C\_366/2022 vom 27. Mai 2022**

Bundesgericht, 2022-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_366\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_366_2022)

FR: TF 2C\_366/2022 du 27 mai 2022

IT: TF 2C\_366/2022 del 27 maggio 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegen den kantonal letztinstanzlichen Entscheid betreffend Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ( BGE 147 II 49 E. 1 mit Hinweisen). Das Bundesgericht tritt - trotz Haftentlassung oder eines Verlängerungsentscheids, welcher den ursprünglich angefochtenen Haftentscheid ablöst (vgl. BGE 139 I 206 E. 1.2.1 - 1.2.3) - auf Beschwerden gegen die Genehmigung der ausländerrechtlichen Festhaltung durch den Haftrichter bzw. einen entsprechenden kantonalen Rechtsmittelentscheid ein, wenn der Betroffene rechtsgenügend begründet (vgl. Art. 42 BGG ) und in vertretbarer Weise ("griefs défendables") die Verletzung einer Garantie der EMRK rügt ( BGE 147 II 49 E. 1 mit Hinweisen). Dies ist hier der Fall ( Art. 5 EMRK ), weshalb grundsätzlich auch der Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin zulässig ist, falls ihr schutzwürdiges Interesse an der Haftentlassung dahinfallen sollte (vgl. BGE 142 I 135 E. 3.4).

### **E. 2**

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ( Art. 42 und Art. 100 Abs. 1 BGG ) der hierzu legitimierten Beschwerdeführerin ( Art. 89 Abs. 1 BGG ) ist somit einzutreten. Es rechtfertigen sich in formeller Hinsicht noch folgende Hinweise:

#### **E. 2.1**

Die Eingabe der Beschwerdeführerin erfolgte auf Französisch, der angefochtene Entscheid erging auf Deutsch. Das Verfahren vor Bundesgericht ist in deutscher Sprache zu führen ( Art. 54 Abs. 1 BGG ), da die Beschwerdeführerin nicht begründet darum ersucht, dieses ausnahmsweise in einer anderen Amtssprache zu instruieren und zu erledigen (vgl. die Urteile 2C\_216/2022 vom 1. April 2022 E. 2.1 und 2C\_115/2021 vom 21. Februar 2022 E. 1.1 mit Hinweisen).

#### **E. 2.2.1**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 sowie Art. 106 Abs. 2 BGG ) nur die vorgebrachten Beschwerdegründe, falls weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 142 I 135 E. 1.5). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2; 136 II 304 E. 2.5).

#### **E. 2.2.2**

Das Bundesgericht ist an den Sachverhalt gebunden, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), es sei denn, dieser erweise sich in einem entscheidungswesentlichen Punkt als offensichtlich falsch oder unvollständig bzw. beruhe auf einer Rechtsverletzung

nach Art. 95 BGG (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.6; 133 II 249 E. 1.4.3); die qualifizierte Fehlerhaftigkeit des Sachverhalts bzw. der Beweiswürdigung ist in der Beschwerdeschrift im Einzelnen detailliert aufzuzeigen.

### **E. 2.2.3**

Soweit die vorliegende Eingabe diesen Anforderungen nicht genügt und sich die Ausführungen der Beschwerdeführerin auf appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid beschränken, wird auf ihre Darlegungen im Folgenden nicht weiter eingegangen (vgl. BGE 145 I 26 E. 1.3 mit Hinweisen).

### **E. 3.1**

Gestützt auf Art. 77 AIG kann die zuständige kantonale Behörde eine Person zur Sicherstellung des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung für maximal sechzig Tage in Haft nehmen, wenn (a) ein vollstreckbarer Entscheid vorliegt, (b) die Schweiz nicht in der angesetzten Frist verlassen wurde und (c) die Behörde die Reisepapiere beschaffen musste ("kleine" Ausschaffungshaft). Die für den Vollzug der Weg- oder Ausweisung notwendigen Vorkehrungen sind umgehend zu treffen ( Art. 77 Abs. 3 AIG ). Die Zulässigkeit der Haft muss innert 96 Stunden durch die richterliche Behörde in einem schriftlichen Verfahren geprüft werden ( Art. 80 Abs. 2 Satz 2 AIG ).

### **E. 3.2**

Ziel dieser Unterart der Ausschaffungshaft ist es, zu verhindern, dass die betroffene Person sich der Ausschaffung entzieht, nachdem die Reisepapiere für sie beschafft werden mussten. Die Haft knüpft an eine rechtskräftige und vollstreckbare Wegweisungsverfügung an; die Ausreisefrist muss unbenutzt abgelaufen und das Reisepapier von den Behörden bereits beschafft worden sein (vgl. die Urteile 2C\_689/2014 vom 25. August 2014 E. 2.1; 2C\_131/2011 vom 25. Februar 2011 E. 2.1 und 2C\_74/2008 vom 30. Januar 2008 E. 2.1; vgl. die Botschaft vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, in: BBl 2002 3709 ff., dort S. 3817; vgl. ANDREAS ZÜND, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, N. 1 zu Art. 77 AIG ; TARKAN GÖKSU, in: Caroni/Gächter/Turnherr [Hrsg.], SHK Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], 2010, N. 2 ff. zu Art. 77 AuG; THOMAS HUGI YAR, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht: in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl. 2008, N. 10.117 f.).

### **E. 3.3.1**

Die Beschwerdeführerin ist unbestrittenermassen rechtskräftig und vollstreckbar aus der Schweiz weggewiesen worden. Sie hat das Land nicht innert der ihr angesetzten Frist verlassen und sich wiederholt geweigert, Reisepapiere zu beschaffen. Das indische Ersatzreisepapier, welches sich die Behörden schliesslich besorgen konnten, war bei der Anordnung der Haft nach Art. 77 AIG nur zugesichert, lag indessen zu diesem Zeitpunkt noch nicht vor. Der Haftrichter ging - wie das MIKA und das SEM in ihren Vernehmlassungen - davon aus, es genüge, dass die Ausstellung eines Ersatzreisepapiers "aufgrund behördlicher Bemühungen zugesichert" sei, und das Papier "jederzeit zwecks Ausschaffung der betroffenen Person abgerufen werden" könne; auch spiele keine Rolle, ob ein "Passfoto vorliege, welches die Ausstellung eines Ersatzreisedokuments" ermögliche, da ein solches jederzeit "problemlos produziert werden könne".

### **E. 3.3.2**

Die entsprechende Auffassung überzeugt nicht: Die Ausschaffungshaft nach Art. 77 AIG soll ein Untertauchen der ausländischen Person unmittelbar vor dem Vollzug der Wegweisung verhindern, nachdem die Behörden die oft nur für kurze Zeit gültigen Reisepapiere beschafft haben (Urteile 2C\_131/2011 vom 25. Februar 2011 E. 2.1 und 2C\_74/2008 vom 30. Januar 2008 E. 2.1; MARTIN BUSINGER, *Ausländerrechtliche Haft*, 2015, S. 142). Nach dem Wortlaut von Art. 77 Abs. 1 lit. c AIG ("sie die Reisepapiere für diese Person beschaffen musste"; "l'autorité a dû se procurer elle-même les documents de voyage", "l'autorità ha dovuto procurare in documenti di viaggio per l'interessato") und dem Haftzweck - den unmittelbar bevorstehenden Wegweisungsvollzug sicherstellen zu können - müssen bei der Haftanordnung die Reisepapiere bereits vorliegen; es genügt nicht, wenn mit deren Beschaffung (vermutlich) nur "innert kurzer Frist" gerechnet werden kann.

### **E. 3.3.3**

Hiervon gehen die bisherige Rechtsprechung (Urteil 2C\_689/2014 vom 25. August 2014 E. 2.1 ["bereits beschafft worden sein"]) und die einhellige Doktrin aus (CONSTANTIN HRUSCHKA, *Wegweisungsvollzug und Zwangsmassnahmen*, in: *Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH* [Hrsg.], *Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren*, 3. Aufl. 2021, S. 566 f.; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, *Handbuch zum Migrationsrecht*, 4. Aufl. 2020, S. 374 f.; ZÜND, a.a.O., N. 1 zu Art. 77 AIG ; GREGOR CHATTON/LAURENT MERZ, in: *Nguyen/Amarelle* [Editeurs], *Code annoté de droit des migrations*, vol. II, LEtr, 2017, N. 18 ad art. 77 LEtr; BAHAR IREM CATAK KANBER, *Die ausländerrechtliche Administrativhaft*, 2017, S. 173 Fn. 687; BUSINGER, a.a.O., S. 142; GÖKSU, a.a.O., N. 6 zu Art. 77 AuG; HUGI YAR, a.a.O., Rz. 10.118). Diese Auslegung wird zudem durch die bundesrätliche Botschaft (BBl 2002 3709 ff., S. 3817) zu Art. 74 E-AuG (heute Art. 77 AIG ) und die Weisungen und Erläuterungen des SEM ("Weisungen AIG" vom Oktober 2013 [Stand 1. März 2022] Ziff. 9.10) bestätigt. Die "kleine" Ausschaffungshaft gilt nur für die kurze Zeit der praktischen Organisation der Ausreise bzw. der Rückreise, wenn die Papiere, welche die Behörde mangels Mitwirkung der betroffenen Person beschaffen musste, bei ihr bereits vorliegen (so BBl 2002 3709 ff., S. 3817 3. Abschnitt). Soweit nur Zusicherungen gegeben wurden, ist gegebenenfalls eine Ausschaffungshaft nach Art. 76 AIG anzuordnen.

### **E. 4**

Die "kleine" Ausschaffungshaft wegen fehlender Mitwirkung bei der Beschaffung der Reisedokumente nach Art. 77 AIG war vorliegend damit unzulässig. Es wird an den kantonalen Behörden sein, zu prüfen, ob und allenfalls welche geeigneten anderen Massnahmen zu treffen sind (Ausschaffungshaft nach Art. 76 AIG , Eingrenzung, Meldepflicht usw.), um sicherzustellen, dass die Beschwerdeführerin sich nicht dem Vollzug der gegen sie angeordneten rechtskräftigen Wegweisung entzieht. Es rechtfertigt sich im Hinblick auf die verfahrensrechtlichen Unterschiede zwischen der Ausschaffungshaft nach Art. 77 bzw. jener nach Art. 76 AIG und im Hinblick auf den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) nicht, die Zulässigkeit einer ordentlichen Ausschaffungshaft von Amtes wegen zu prüfen und insofern die unzulässige Haft nach Art. 77 AIG allenfalls durch eine solche nach Art. 76 AIG zu ersetzen (so die Urteile 2C\_689/2014 vom 25. August 2014 E. 3 und 2C\_131/2011 vom 25. Februar 2011 E. 3). Die Zulässigkeit einer allfälligen Haft nach Art. 76 AIG bildet hier nicht Verfahrensgegenstand. Es kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben, ob die Haft - wie die Beschwerdeführerin weiter einwendet - als unverhältnismässig zu gelten

hätte bzw. ob der Haftrichter die entsprechende Frage hinreichend geprüft und seinen Entscheid diesbezüglich genügend begründet hat ( Art. 29 Abs. 2 BV ; vgl. das Urteil 2C\_466/2018 vom 21. Juni 2018 E. 4.2 u. 5).

#### **E. 5.1**

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der angefochtene Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 13. April 2022 aufzuheben; die Beschwerdeführerin ist aus der Haft nach Art. 77 AIG zu entlassen.

#### **E. 5.2**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind keine Kosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Der Kanton Aargau hat die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 BGG ). Dabei kann jedoch nicht von den von ihr geltend gemachten Fr. 3'481.30 ausgegangen werden; die entsprechende Kostennote hat für eine spezialisierte Anwältin im Hinblick auf die beschränkte Komplexität der Fragestellung als übersetzt zu gelten. Es rechtfertigt sich, nach Recht und Billigkeit eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.-- zuzusprechen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung vor Bundesgericht ist als gegenstandslos abzuschreiben.

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