

## **BGer 2C\_481/2017 vom 15. Dezember 2017**

Bundesgericht, 2017-12-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_481\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_481_2017)

FR: TF 2C\_481/2017 du 15 décembre 2017

IT: TF 2C\_481/2017 del 15 dicembre 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Gegen den kantonal letztinstanzlichen Entscheid über die Anordnung 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).

#### **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.).

#### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer wurde mit Sonderflug vom 5. April 2017 nach Gambia überstellt und befindet sich somit nicht mehr in Ausschaffungshaft. Er rügt indes in vertretbarer Weise ("griefs défendables") die Verletzung von Garantien der EMRK. Ausserdem wirft die Beschwerde Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf, die sich unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, wobei eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall aufgrund der gesetzlichen Maximaldauer der Ausschaffungshaft (Art. 79 AuG [SR 142.20]) in der Regel wohl nicht möglich wäre. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einzutreten (Art. 42 Abs. 1 und 2,

Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, Art. 89 Abs. 1 Bst. a und b, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 BGG ).

#### **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 wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere 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**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig festgestellt.

#### **E. 2.1**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Die beschwerdeführende Partei kann die Feststellung des Sachverhalts unter den gleichen Voraussetzungen beanstanden, wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Dabei gelten, wie bei den in Art. 106 Abs. 2 BGG genannten Rügen, strenge Anforderungen an die Begründung ( BGE 139 I 72 E. 9.2.3.6 S. 96 mit Hinweis).

Obwohl nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, beruht auch eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung auf einer Rechtsverletzung. Was rechtserheblich ist, bestimmt das materielle Recht; eine in Verkennung der Rechtserheblichkeit unvollständige Erstellung der für die rechtliche Beurteilung massgeblichen Tatsachen stellt demzufolge eine Verletzung materiellen Rechts dar ( BGE 136 II 65 E. 1.4 S. 68, 134 V 53 E. 4.3 S. 62).

#### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe vorgehabt, seine in der Schweiz niedergelassene Verlobte serbischer Staatsangehörigkeit zu heiraten. Nachdem die eidgenössische Zollverwaltung seinen Reisepass, die Geburtsurkunde und das Zertifikat über seinen Zivilstand an seine Verlobte weitergeleitet habe, habe diese das Ehevorbereitungsverfahren eingeleitet. Die Unterlagen seien am 31. Januar 2017 zur Überprüfung und Beglaubigung an die zuständige schweizerische Botschaft, von dieser an das Eidgenössische Amt für Zivilstandswesen und anschliessend am 17. März 2017 an das Zivilstandsamt Basel-Stadt gesandt worden. Bis auf den Nachweis des rechtmässigen Aufenthalts hätten die für die Eheschliessung erforderlichen Unterlagen alle vorgelegen.

Das Kantonsgericht habe seine Ausschaffungshaft bestätigt, ohne ihm Fragen zu seiner vorgesehenen Heirat zu stellen, und überhaupt keine sachverhaltlichen Feststellungen zum Stand des Ehevorbereitungsverfahrens getroffen. Dies obwohl der Vertreter des Amts für Migration angegeben habe, in der vorangegangenen Woche erfahren zu haben, dass der Beschwerdeführer heiraten wolle, und obwohl aus einer Aktennotiz vom 30. März 2017

ersichtlich gewesen sei, dass das Zivilstandsamt Basel-Stadt das Amt für Migration deshalb kontaktiert habe. Bei dieser Sachlage wäre der Richter verpflichtet gewesen, sich über den Stand des Ehevorbereitungsverfahrens zu erkundigen. Die Frage, ob im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides die Heirat kurz bevorstand, sei im Hinblick auf die Rechte des Beschwerdeführers aus Art. 8 und Art. 12 EMRK ein entscheidenderhebliches Beweisthema, sodass sich die mangelnde Sachverhaltsfeststellung auf den Entscheid auswirke. Das Kantonsgericht habe somit den Untersuchungsgrundsatz verletzt und den Sachverhalt hinsichtlich seiner Rechte aus Art. 8 und Art. 12 EMRK unvollständig festgestellt.

### **E. 2.3**

Der Haftrichter hat die Verfügung der Ausländerbehörde auf das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der Haft hin zu prüfen. Sein Entscheid muss sich insbesondere auch mit der Verhältnismässigkeit der Haft auseinandersetzen ( BGE 142 I 135 E. 4.1 S. 151; Urteil 2C\_218/2013 vom 26. März 2013 E. 5.1). Die Heiratspläne einer aus der Schweiz weggewiesenen Person stehen dem Vollzug einer Entfernungsmassnahme bzw. einer im Hinblick darauf angeordneten Ausschaffungshaft grundsätzlich nicht entgegen. Die Ausschaffungshaft kann sich aber als unverhältnismässig erweisen, wenn sämtliche notwendigen Papiere vorliegen, ein Heiratstermin feststeht und innert kurzer Frist mit der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu rechnen ist (vgl. Urteile 2C\_218/2013 vom 26. März 2013 E. 5.2; 2C\_150/2012 vom 14. Februar 2012 E. 2.2.2 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 2.4**

Ob eine Eheschliessung unmittelbar bevorsteht, ist folglich für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Ausschaffungshaft von Bedeutung und somit im vorliegenden Verfahren entscheidend. Aus den Akten des Migrationsamts (Aktennotiz vom 30. März 2017) ergibt sich, dass ein Sachbearbeiter des Zivilstandsamts Basel-Stadt dem Migrationsamt am 29. März 2017 telefonisch mitteilte, der Beschwerdeführer wolle eine Dame mit Niederlassungsbewilligung ehelichen und habe hierzu einen gültigen Reisepass vorgewiesen. Gemäss dem mit der Beschwerde eingereichten E-Mail dieses Sachbearbeiters vom 28. April 2017 erhielt das Zivilstandsamt die Dokumente des Beschwerdeführers zwischen dem 17. und 30. März 2017 überprüft und beglaubigt aus Bern zurück. Damit wären alle benötigten Zivilstandsunterlagen bereit gestanden. Das Zivilstandsamt hätte aber vor einer Trauung noch einen Nachweis des rechtmässigen Aufenthalts von den Migrationsbehörden verlangen müssen.

Nachdem zweifellos bekannt war und vom Vertreter des Amts für Migration im Rahmen der Parteiverhandlung vom 4. April 2017 erwähnt wurde, dass der Beschwerdeführer in der Schweiz heiraten wollte, hätte das Gericht diesen rechtserheblichen Sachverhalt näher abklären, den Beschwerdeführer zum Stand des Ehevorbereitungsverfahrens befragen, entsprechende Erwägungen anstellen und diese in die Urteilsbegründung einfließen lassen müssen. Der Beschwerdeführer war damals nicht anwaltlich vertreten, und er bringt glaubhaft vor, im Zeitpunkt der Parteiverhandlung nicht gewusst zu haben, dass seine Papiere beglaubigt beim Zivilstandsamt Basel-Stadt eingetroffen waren. Dass er sich in der Parteiverhandlung auf Nachfrage nicht mehr äusserte, kann ihm daher nicht angelastet werden. Indem sich die Vorinstanz gar nicht erst mit der geplanten Eheschliessung auseinandersetzte, hat sie den rechtserheblichen Sachverhalt offensichtlich unvollständig festgestellt.

### **E. 2.5**

Grundsätzlich ist es Aufgabe des Bundesgerichts als oberste Recht sprechende Behörde ( Art. 1 Abs. 1 BGG ), die angefochtenen Entscheide auf die richtige Rechtsanwendung zu überprüfen; für ergänzende Tatsachen- und Beweiserhebungen sind hingegen die Sachgerichte zuständig. Angesichts des Umstands, dass der Beschwerdeführer unterdessen in seine Heimat überstellt wurde und sich somit nicht mehr in Haft befindet, ist die Rückweisung an die Vorinstanz zur vollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts indes vorliegend nicht mehr angezeigt. Indessen ist festzuhalten, dass der Haftrichter den Sachverhalt unvollständig festgestellt hat, was im Rahmen der Kostenfolgen des bundesgerichtlichen Verfahrens berücksichtigt wird. In der Folge überprüft das Bundesgericht die Rechtmässigkeit der Haft auf der Grundlage des vervollständigten Sachverhalts hinsichtlich der Heiratspläne des Beschwerdeführers ( Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, die Anordnung der Ausschaffungshaft habe mangels Haftgründen bzw. wegen fehlender Verhältnismässigkeit Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK verletzt.

#### **E. 3.1**

Die Anordnung von Ausschaffungshaft stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV dar (vgl. auch Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK; Art. 31 Abs. 1 BV ; Art. 9 Abs. 1 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte [UNO-Pakt II, SR 0.103.2]; BGE 142 I 135 E. 4.1 S. 149 f.; 130 II 377 E. 3.1 S. 380 f.; Urteil 2C\_517/2016 vom 28. Juni 2016 E. 4.2). Sie bedarf deshalb einer hinreichend bestimmten, im Gesetz selbst vorgesehenen Grundlage, muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein ( Art. 36 Abs. 1-3 BV ; BGE 142 I 135 E. 4.1 S. 149 f.; 130 II 377 E. 3.1 S. 380 f.).

#### **E. 3.2**

Die Ausschaffungshaft diene vorliegend der Sicherstellung des Vollzugs der asylrechtlichen Wegweisung. Sie stütze sich auf die Haftgründe von Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und 4 AuG: Wenn ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet oder eine Landesverweisung ausgesprochen wurde, kann 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 ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachkommt (Ziff. 3), oder wenn ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, sie werde sich behördlichen Anordnungen widersetzen (Ziff. 4).

Gemäss Art. 80 Abs. 6 Bst. a AuG wird die ausländerrechtliche Haft beendet, wenn der Haftgrund entfällt oder sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist. Diesfalls lässt sich die Zwangsmassnahme nicht mehr mit einem hängigen Wegweisungsverfahren rechtfertigen und verstösst gegen Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK (vgl. BGE 130 II 56 E. 4.1.1 S. 59 f.; Urteil 2C\_846/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 4.3.1).

#### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer macht geltend, angesichts der bevorstehenden Heirat sei davon auszugehen gewesen, er werde sich den Behörden zur Verfügung halten, um das Bewilligungsverfahren nicht zu gefährden. Seine Inhaftierung sei nicht erforderlich

gewesen.

Zunächst ist daran zu erinnern, dass kein Verfahren zur Bewilligung des Aufenthalts des Beschwerdeführers während der Vorbereitung der Eheschliessung hängig war. Angesichts der geplanten, kurz bevorstehenden Rückschaffung per Sonderflug und des Umstands, dass sich der Beschwerdeführer in der Vergangenheit wiederholt unkooperativ zeigte, seine Mitwirkungspflicht verletzte und die Ausreise verweigerte, ist das Vorliegen konkreter Anzeichen, welche befürchten lassen, er könnte sich einer Ausschaffung entziehen wollen, von der Vorinstanz zu Recht bejaht worden. Es kann diesbezüglich auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden. Der Vollzug der Wegweisung war sodann weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen undurchführbar (vgl. E. 4 hiernach).

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Ausschaffungshaft sei unverhältnismässig gewesen und habe sein Recht auf Ehe ( Art. 12 EMRK ; Art. 14 BV ) und sein Recht auf Achtung des Familienlebens ( Art. 8 EMRK ; Art. 13 Abs. 1 BV ) verletzt.

Wie erwähnt stehen Heiratspläne dem Wegweisungsvollzug und einer Ausschaffungshaft grundsätzlich nicht entgegen (vgl. E. 2.3 hiervor). Die zur Sicherung des Vollzugs angeordnete ausländerrechtliche Festhaltung ist indes praxisgemäss unverhältnismässig, wenn sämtliche für die Eheschliessung notwendigen Papiere bereits vorliegen, ein konkreter Heiratstermin feststeht und offensichtlich mit der baldigen Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gerechnet werden kann (vgl. Urteile 2C\_218/2013 vom 26. März 2013 E. 5.2; 2C\_150/2012 vom 14. Februar 2012 E. 2.2.2 mit weiteren Hinweisen). Allein der Umstand, dass Heiratspläne bestehen, hat nicht zur Folge, dass die Ausschaffungshaft die Rechte aus Art. 8 und Art. 12 EMRK verletzt.

#### **E. 4.1**

Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Eheschliessung unmittelbar bevorstand. Zwar macht der Beschwerdeführer geltend, es hätten bis auf die Bescheinigung des legalen Aufenthalts sämtliche notwendigen Papiere vorgelegen. Diese Situation ist insofern mit derjenigen, die dem Urteil 2C\_218/2013 vom 26. März 2013 zugrunde lag, vergleichbar. Der vorliegende Fall unterscheidet sich hiervon aber insbesondere dadurch, dass sich der Beschwerdeführer seit Jahren illegal in der Schweiz aufhielt, wogegen der Beschwerdeführer im Fall 2C\_218/2013 nach Abschluss seines Asylverfahrens aus der Schweiz ausgereist war und erst im Hinblick auf die Heirat zurückkehrte, nachdem seine Verlobte ein Gesuch um Familiennachzug zwecks Heirat gestellt hatte. Im Unterschied dazu ist vorliegend unbestritten, dass weder der Beschwerdeführer noch seine Verlobte eine Aufenthaltsbewilligung zum Zweck der Heirat beantragt hatten. Dass die Migrationsbehörde mit Blick auf Art. 12 EMRK und Art. 14 BV gehalten gewesen wäre, ihm zwecks Heirat einen provisorischen Aufenthaltstitel auszustellen, sofern keine Anzeichen für einen Rechtsmissbrauch vorgelegen hätten (vgl. BGE 137 I 351 E. 3.7 S. 360), ist daher nicht von Bedeutung. Sodann bringt auch der Beschwerdeführer nicht vor, es sei für die beabsichtigte Eheschliessung bereits ein Heiratstermin festgelegt gewesen. Damit fehlen mehrere Voraussetzungen für die Annahme der Unverhältnismässigkeit der Ausschaffungshaft. Insoweit ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer beantragt weiter die Feststellung, dass der angefochtene Entscheid sein Recht auf Achtung des Familienlebens verletze. Er verweist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV ein Bewilligungsanspruch abgeleitet werden kann, wenn eine partnerschaftliche Beziehung seit Langem eheähnlich gelebt wird oder konkrete Hinweise auf eine unmittelbar bevorstehende Hochzeit hindeuten (vgl. BGE 135 I 143 E. 3.1 S. 148; Urteile 2C\_867/2016 vom 30. März 2017 E. 2.2; 2C\_702/2011 vom 23. Februar 2012 E. 3.1). Er legt jedoch nicht dar, inwiefern sein Recht auf Achtung des Familienlebens durch die im Hinblick auf die Ausschaffung (die als solche nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist) erfolgte Inhaftierung verletzt worden wäre. Das Feststellungsbegehren genügt damit den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG an die Begründung nicht, sodass darauf nicht einzutreten ist.

#### **E. 5**

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit die Feststellung, dass seine Rechte aus Art. 5 Ziff. 1 Bst. f und Art. 12 EMRK verletzt worden seien, beantragt wird. Bezüglich der beantragten Feststellung, Art. 8 EMRK sei verletzt worden, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Als unterliegende Partei hat der Beschwerdeführer grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 1 BGG e contrario). Wenigstens teilweise sah er sich allerdings erst angesichts der rechtsfehlerhaft unvollständigen Sachverhaltsfeststellung der kantonalen Behörde zur Beschwerde an das Bundesgericht veranlasst, sodass ihm zulasten des Kantons Basel-Landschaft eine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 68 Abs. 4 i.V.m. Art. 66 Abs. 3 BGG ; BGE 133 I 234 E. 3 S. 248; Urteil 2C\_79/2017 vom 13. Februar 2017 E. 4). Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen, auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird damit gegenstandslos.

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