

# **BGer 2C\_65/2020 vom 18. Februar 2020**

Bundesgericht, 2020-02-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_65\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_65_2020)

FR: TF 2C\_65/2020 du 18 février 2020

IT: TF 2C\_65/2020 del 18 febbraio 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegen den kantonale letztinstanzliche Entscheid über eine ausländerrechtliche Zwangsmassnahme ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht zulässig (Art. 82 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 89 Abs. 1 BGG ; Urteile 2C\_263/2019 vom 27. Juni 2019; 2C\_312/2018 vom 11. Mai 2018 E. 1). Weil mit der Anordnung ausländerrechtlicher Administrativhaft ein schwerer Eingriff in die persönliche Freiheit verbunden ist, kommt dem entsprechenden Freiheitsentzug eigenständige Bedeutung zu; die Haft erscheint nicht als bloss untergeordnete Vollzugsmassnahme zur Wegweisung, weshalb der Ausschlussgrund von Art. 83 lit. c Ziff. 4 BGG der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht entgegensteht ( BGE 142 I 135 E. 1.1.3 S. 139 f.; 135 II 94 E. 5.5 S. 101 f.; Urteil 2C\_466/2018 vom 21. Juni 2018 E. 1.1). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ( Art. 42 und Art. 100 Abs. 1 BGG ) des hierzu legitimierten Beschwerdeführers ( Art. 89 Abs. 1 BGG ) ist daher einzutreten.

### **E. 2.1**

Nach Art. 75 Abs. 1 lit. g AIG kann die zuständige kantonale Behörde einen Ausländer ohne Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung während der Vorbereitung des Entscheides über die Aufenthaltsbewilligung zur Sicherstellung der Durchführung des Wegweisungsverfahrens für höchstens sechs Monate in Haft nehmen, wenn er andere Personen ernsthaft bedroht oder an Leib und Leben erheblich gefährdet und deshalb strafrechtlich verfolgt wird oder verurteilt worden ist ( Art. 75 Abs. 1 lit. g AIG [bis zum 1. Januar 2019: AuG]; SR 142.20).

### **E. 2.2**

Der Haftgrund von Art. 75 Abs. 1 lit. g AIG bezweckt in erster Linie die Sicherstellung des Vollzugs einer allfälligen aufenthaltsbeendenden Entfernungsmassnahme, umfasst daneben aber auch ein sicherheitspolizeiliches Element: Wer Dritte durch seine Handlungen

ernsthaft bedroht oder an Leib und Leben

erheblich gefährdet, bei dem besteht - so die bundesrätliche Botschaft (zu Art. 13a lit. e AuG: Botschaft vom 22. Dezember 1993 zur Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, BBl 1994 I 305 ff. dort S. 322 f.) - "typischerweise" auch die Gefahr, dass er sich ohne administrative Festhaltung dem Vollzug des aufenthaltsbeendenden Entscheids bzw. dem entsprechenden Verfahren entziehen wird ("objektiver" Haftgrund).

Eigentliches Ziel des Haftgrunds ist es mithin, den Vollzug der aufenthaltsbeendenden Massnahme sicherzustellen ( Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK ); als Nebenfolge und Konsequenz daraus können weitere Delikte während der Dauer des Verfahrens verhindert werden (vgl. das Urteil 2C\_304/2012 vom 1. Mai 2012 E. 2.2.1; BBl 1994 I 322 f.).

### **E. 2.3**

Der Haftgrund der Bedrohung und der Gefährdung an Leib und Leben dient nicht in erster Linie strafprozessualen Sicherungszwecken; hierfür steht die Sicherheitshaft zur Verfügung, soweit deren Voraussetzungen gegeben sind. Die gestützt auf Art. 75 Abs. 1 lit. g AIG angeordnete Haft muss vielmehr prioritär der Sicherstellung des Vollzugs der Wegweisung bzw. der Landesverweisung dienen (vgl. E. 2.2 hiervor), andernfalls widerspricht sie den Vorgaben von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK (Erfordernis der "Zweckgebundenheit"; vgl. GREGOR CHATTON/LAURENT MERZ, in: Nguyen/Amarelle [Editeurs], Code annoté de droit des migrations, Vol. II, Loi sur les étrangers, 2017, N. 30 zu Art. 75 Letr; ANDREAS ZÜND, in: Spescha u.a. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, N. 11 zu Art. 75 AIG ; kritisch: MARTIN BUSINGER, Ausländerrechtliche Haft, Die Haft nach Art. 75 ff. AuG, 2015 S. 175 ff.; TARKAN GÖKSÜ, in: Caroni u.a. [Hrsg.], SHK AuG, Bern 2010, N. 20 zu Art. 75 AuG).

### **E. 2.4**

Als "erhebliche Gefährdung von Leib und Leben" (vgl. Art. 75 Abs. 1 lit. g AIG ) gelten nach der Rechtsprechung namentlich strafbare Handlungen gegen Leib und Leben ( Art. 111 ff. StGB ), gegen die Freiheit ( Art. 180 ff. StGB ) und - zumindest teilweise - gegen die sexuelle Integrität ( Art. 189 ff. StGB ). Das Kriterium der "Erheblichkeit" setzt voraus, dass mehr als bloss ein Tatverdacht vorliegt; der Betroffene muss "strafrechtlich verfolgt" oder "verurteilt worden sein". Die Erheblichkeit der Gefährdung von Leib und Leben muss sodann im Einzelfall geprüft werden, auch wenn der Gesetzgeber vermutungsweise davon ausgeht, dass wer straffällig geworden ist, eher dazu neigt, sich allgemein den behördlichen Anordnungen zu widersetzen (vgl. E. 2.2 hiervor). Delikte mit Bagatelldarakter genügen für die Anwendung des Haftgrunds von Art. 75 Abs. 1 lit. g AIG nicht. Dieser entfällt zudem, wenn im Rahmen einer pflichtgemässen Prognose aufgrund klarer Anhaltspunkte auf ein künftiges Wohlverhalten geschlossen werden kann (keine Rückfallgefahr; Urteile 2C\_304/2012 vom 1. Mai 2012 E. 2.2.1 und 2A.480/2003 vom 26. August 2004 E. 4; vgl. CHATTON/MERZ, a.a.O., N. 32 f. zu Art. 75 AuG; ZÜND, a.a.O., N. 11 zu Art. 75 AIG ; GÖKSÜ, a.a.O. N. 21 f.; THOMAS HUGI YAR, § 10 Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Uebersax u.a., [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl. 2008, N. 10.71-10.73). Die absehbare Rückfallgefahr und die entsprechenden künftigen Taten müssen den Schluss zulassen, dass der Betroffene beim Vollzug der Wegweisung oder der strafrechtlichen Landesverweisung nicht kooperieren bzw. sich dem entsprechenden Verfahren entziehen wird (vgl. BUSINGER, a.a.O., S. 178).

### **E. 2.5**

Der Beschwerdeführer vertritt die Auffassung, den Behörden sei es vorliegend lediglich um eine verkappte Verlängerung der strafprozessualen Sicherheitshaft gegangen; damit liege ein Verstoß gegen Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK vor. Auch seien die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung der Vorbereitungshaft nicht erfüllt.

#### **E. 2.5.1**

Es trifft zu, dass das Appellationsgericht Basel-Stadt die gegen den Beschwerdeführer bis zum 7. Dezember 2019 verhängte Sicherheitshaft nicht mehr verlängert hat, obschon im Berufungsverfahren betreffend das Urteil des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 15. August 2019 noch kein Entscheid vorlag; die Nichtverlängerung der Sicherheitshaft lag darin begründet, dass die bisherige Haftdauer in grosse zeitliche Nähe zur erstinstanzlich

unbedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 20 Monaten gerückt war. Dass die strafprozessualen Anforderungen der Sicherheitshaft nicht mehr gegeben waren, hinderte das AfBM als für die allfällige Wegweisungsmassnahme unbestritten zuständige Migrationsbehörde jedoch für sich genommen nicht daran, die Anordnung einer ausländerrechtlichen Zwangsmassnahme zu prüfen (vgl. Urteil 2C\_263/2019 vom 27. Juni 2019 E. 2.2). Ob die Haftvoraussetzungen ( Art. 75 Abs. 1 lit. g AIG ) gegeben waren, ist eine andere - sogleich zu erörternde - Frage.

### **E. 2.5.2**

Mit Blick auf die Umstände des vorliegenden Falls ist die Vorinstanz diesbezüglich zutreffend davon ausgegangen, dass vom Beschwerdeführer eine erhebliche Gefährdung von Leib und Leben ( Art. 75 Abs. 1 lit. g AIG ) ausgeht: Der Beschwerdeführer wurde innert kürzester Zeit drei Mal strafrechtlich belangt. Zwei Verurteilungen gehen auf sexuelle Übergriffe zurück, wobei insbesondere der erstinstanzlich bestätigte Vergewaltigungsvorwurf überaus schwer wiegt. Der Strafbefehl vom 25. September 2018 beruht sodann darauf, dass der Beschwerdeführer einer Person einen Faustschlag ins Gesicht verpasst und dadurch das Nasenbein gebrochen hat. Die Gewaltbereitschaft des Beschwerdeführers hat sich damit nicht nur in gewalttätigen Übergriffen gegenüber seiner Ex-Freundin manifestiert, sondern kam auch gegenüber Drittpersonen zum Ausdruck; mit Blick auf die Legalprognose kann der Beschwerdeführer vor diesem Hintergrund nichts daraus ableiten, dass er sich von seiner Ex-Freundin mittlerweile emotional distanziert hat. Nicht zielführend ist auch seine Kritik an den Entscheiden der Strafbehörden: Soweit er mit den Strafbefehlen nicht einverstanden gewesen wäre, hätte er die Möglichkeit gehabt, diese auf dem Rechtsmittelweg anzufechten. Es besteht für das Bundesgericht in einer Konstellation wie der vorliegenden kein Anlass, die Entscheide der Strafbehörden in Frage zu stellen und eigene Feststellungen zu treffen.

### **E. 2.5.3**

Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts ist ernstlich zu bezweifeln, dass der Beschwerdeführer künftig mit den Behörden kooperieren wird. Er hat innert kürzester Zeit mehrfach - und teilweise schwerwiegend - delinquent. Indem er trotz zweier bedingter Geldstrafen weiterhin strafrechtlich in Erscheinung trat, gab er zu erkennen, dass behördliche Anordnungen ihn nicht zu beeindrucken vermögen. Daraus ergibt sich die Gefahr, dass er sich ohne Administrativhaft dem Vollzug eines allenfalls aufenthaltsbeendenden Entscheids des SEM entziehen wird; der Haftgrund von Art. 75 Abs. 1 lit. g AIG ist damit vorliegend klarerweise gegeben. Im Vorgehen der Vorinstanz ist keine Zweckentfremdung des Instituts der Vorbereitungshaft zu erkennen; eine Verletzung von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK liegt nicht vor. Sollte der Beschwerdeführer in dem derzeit vor dem Appellationsgericht Basel-Stadt hängigen Berufungsverfahren vom Vorwurf der Vergewaltigung freigesprochen werden, wäre das Vorliegen des Haftgrunds Haftgrunds allerdings unter Umständen neu zu beurteilen.

### **E. 3.1**

Die Vorbereitungshaft muss verhältnismässig und zweckbezogen auf die Sicherung des Wegweisungsverfahrens ausgerichtet sein; es muss jeweils aufgrund sämtlicher Umstände geklärt werden, ob sie (noch) geeignet bzw. erforderlich erscheint und nicht gegen das Übermassverbot, d.h. das sachgerechte und zumutbare Verhältnis von Mittel und Zweck, verstösst (zur Ausschaffungshaft: BGE 133 II 1 E. 5.1 S. 5 und unpublizierte E. 7; 126 II

439 E. 4 S. 440 ff.; Urteil 2C\_263/2019 vom 27. Juni 2019 E. 4.1; zur Durchsetzungshaft: BGE 134 I 92 E. 2.3.2 S. 97; 133 II 97 E. 2.2 S. 100).

### **E. 3.2**

Unter dem Gesichtspunkt der Eignung ist vorauszusetzen, dass die angeordnete Vorbereitungshaft die Durchführung eines allfälligen Wegweisungsverfahrens tatsächlich sicherstellen kann. Dies ist nicht (mehr) der Fall, wenn triftige Gründe darauf schliessen lassen, eine allfällige Weg- oder Ausweisung werde trotz behördlicher Bemühungen nicht in einem dem konkreten Fall angemessenen Zeitraum vollzogen werden können ( BGE 130 II 56 E. 4.1.3 S. 61 mit Hinweisen). Die Festhaltung hat diesfalls als unzulässig zu gelten und ist gestützt auf Art. 80 Abs. 6 lit. a AIG (rechtliche oder tatsächliche Undurchführbarkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung) zu beenden.

Angesichts des Umstands, dass das Asylgesuch des aus Afghanistan stammenden Beschwerdeführers seit mehr als vier Jahren pendent ist, kann man vorliegend mit guten Gründen die Frage aufwerfen, ob innerhalb der maximalen Haftdauer von sechs Monaten ( Art. 75 Abs. 1 AIG ) realistischerweise damit gerechnet werden kann, dass eine rechtskräftige Wegweisungsanordnung vorliegen wird. Diesbezüglich ist jedoch zum einen festzuhalten, dass der Wegweisungsvollzug nach Afghanistan (und insbesondere in die Region Kabul) vom Bundesverwaltungsgericht in gefestigter Praxis unter begünstigenden Umständen als zulässig und zumutbar beurteilt wird (vgl. Referenzurteil des Bundesverwaltungsgerichts D-5800/2016 vom 13. Oktober 2017, E. 8.4). Ob im Falle des Beschwerdeführers begünstigende Umstände vorliegen, und er in die Region Kabul (Jalalabad) zurückkehren kann, wird das SEM zu entscheiden haben; jedenfalls liegt es im Bereich des Möglichen, dass sein Asylgesuch abschlägig beurteilt und der Wegweisungsvollzug angeordnet wird. Im Übrigen liegt es auch im Bereich des Möglichen, dass dies bis Anfang Mai 2020 geschehen wird. Zu konstatieren ist diesbezüglich, dass das SEM nach den Feststellungen der Vorinstanz das Asylverfahren nunmehr prioritär behandelt und eine zweite Befragung für Januar 2020 angesetzt hat. Den Entscheid des SEM wird der Beschwerdeführer zwar beim Bundesverwaltungsgericht anfechten können; der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts wird jedoch endgültig sein (vgl. Art. 83 lit. d BGG ). Ein rechtzeitiger Entscheid erscheint in diesem Sinne durchaus möglich, wenn die zuständigen Behörden der Behandlung des Asylverfahrens des Beschwerdeführers die erforderliche Priorität einräumen. Damit ist die Vorbereitungshaft vorliegend geeignet, den Vollzug der möglichen Wegweisung des Beschwerdeführers sicherzustellen.

### **E. 3.3**

Die Verhältnismässigkeit der Haftanordnung setzt weiter eine Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen voraus (vgl. Urteil 2C\_791/2008 vom 25. November 2008 E. 2.5; EGMR-Urteil vom 2. Dezember 2010 Jusic gegen die Schweiz [Nr. 4691/06], §§ 68 ff. zur Anordnung der Inhaftierung "auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise"). Art. 64e lit. a AIG (in der Fassung vom 18. Juni 2010) sieht in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgebots zur Sicherung des Vollzugs der Weg-, Aus- oder Landesverweisung als mildere Massnahmen etwa vor, dass die zuständige Behörde die ausländische Person nach der Eröffnung der erstinstanzlichen Wegweisungsverfügung oder Landesverweisung statt einer Inhaftierung verpflichten kann, sich regelmässig bei einer Behörde zu melden (vgl. DANIELE REVEY, in: Nguyen/Amarelle [Editeurs], Code annoté de droit des migrations, Volume II: Loi sur les étrangers [LEtr], N. 2 u. 3 zu Art. 64e LEtr;

MARC SPESCHA, in: Spescha u.a. [Hrsg.], Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, N. 1 zu Art. 64e AuG); denkbar ist allenfalls auch die Anordnung einer Ein- oder Ausgrenzung ( Art. 74 AIG ) oder die Hinterlegung der Reisepapiere bzw. die Pflicht, eine angemessene finanzielle Sicherheit zu leisten.

Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe an der Verhandlung deutlich bekundet, dass eine Rückkehr nach Afghanistan für ihn nicht in Frage komme. Überdies habe er schon durch seine Delinquenz zu erkennen gegeben, dass er sich von behördlichen Anordnungen nicht beeindrucken lasse (vgl. hierzu auch E. 2.5.2 hiervor). Vor diesem Hintergrund bestehe eine grosse Gefahr, dass der Beschwerdeführer sich in Freiheit einer allfälligen Wegweisungsanordnung entziehen werde, etwa indem er sich ins Ausland absetzen könnte. Daran ändere auch nichts, dass seine Schwester in der Schweiz wohne und ihn bei sich aufnehmen wolle. Vor diesem Hintergrund sei nicht ersichtlich, inwiefern die Durchführung einer allfälligen Wegweisungsanordnung auch mit einem milderen Mittel (etwa einer Meldepflicht oder einer Eingrenzung) sichergestellt werden könne.

Der Beschwerdeführer bringt im vorliegenden Verfahren nichts vor, was diese überzeugende Würdigung der Vorinstanz in Frage stellen könnte.

#### **E. 4**

Das angefochtene Urteil ist nach dem Gesagten bundes- und völkerrechtlich nicht zu beanstanden; die von der Vorinstanz bestätigte Vorbereitungshaft ist rechtmässig. Es besteht damit auch kein Anlass für eine Entschädigung des Beschwerdeführers. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich in allen Punkten als unbegründet.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm für das Verfahren vor Bundesgericht die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren.

##### **E. 5.1**

Das Bundesgericht befreit eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Gerichtskosten und von der Sicherstellung der Parteientschädigung, sofern ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, bestellt es der Partei einen Anwalt ( Art. 64 Abs. 2 BGG ).

##### **E. 5.2**

Bedürftigkeit liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn ein Gesuchsteller die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, wenn er die Mittel angreift, die er zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie benötigt. Als aussichtslos gelten jene Prozessbegehren, deren Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgeblich ist, ob sich eine vernünftige, nicht mittellose Partei ebenfalls zur Beschwerde entschlossen hätte. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet ( BGE 129 I 129 E. 2.3.1 ; 128 I 225 E. 2.5.3).

##### **E. 5.3**

Von der Mittellosigkeit des Beschwerdeführers ist aufgrund der Akten ohne Weiteres auszugehen. Die Beschwerde ist in ihrer Gesamtheit nicht als offensichtlich unbegründet und aussichtslos zu bezeichnen (vgl. namentlich E. 3.2. hiervor zur Dauer des Asylverfahrens). Dem Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung kann demnach entsprochen werden.

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