

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT AUS.2016.72 vom 10. September 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-09-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_AUS.2016.72](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_AUS.2016.72)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT AUS.2016.72 du 10 septembre 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT AUS.2016.72 del 10 settembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 80 Abs. 2 Ausländergesetz (AuG, SR 142.20) sind die Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Haft spätestens nach 96 Stunden durch eine richterliche Behörde aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu überprüfen. Diese Frist ist mit der heutigen Verhandlung eingehalten. Vorliegend stellt sich indessen die Frage, ob A\_\_\_\_\_ aufgrund seiner offenbar schweren psychischen Erkrankung überhaupt in der Lage ist, sich in einer Verhandlung selber zu vertreten. Aus einem ärztlichen Schreiben von Dr. [ ], Neuropsychiater im klinischen Krankenhauszentrum von Kosovo, vom 11. November 2009 ergibt sich, dass A\_\_\_\_\_ unter Vormundschaft stand. Ebenso ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass A\_\_\_\_\_ im ganzen Verfahren rund um seine Aufenthaltsberechtigung möglicherweise nicht in der Lage war, seine Interessen selbständig adäquat zu vertreten. Gleichzeitig ist allerdings festzuhalten, dass gemäss der Aktenlage die KESB keine weiteren Schritte betreffend die Abklärung einer allfällig notwendigen Beistandschaft unternommen hat, nachdem ihr bekannt gemacht wurde, dass sich A\_\_\_\_\_ im Rekursverfahren selbst vertreten hat und ihr die Akten des Rekursverfahrens zugestellt wurden (s. oben Sachverhalt). Zusätzlich zu diesen Unsicherheiten betreffend die Fähigkeit des A\_\_\_\_\_ sich im Verfahren selbst zu vertreten, erweist sich der Sachverhalt indessen auch als komplex, weshalb die Haftanordnung nur für kurze Zeit anzuordnen ist und im Falle einer Haftverlängerung die Haftüberprüfung mit anwaltlicher Vertretung des A\_\_\_\_\_ stattzufinden hätte (s. auch nachfolgende Erwägungen).

### **E. 2**

Die Ausschaffungshaft setzt einen erstinstanzlichen Weg- oder Ausweisungsentscheid voraus, dessen Vollzug mit der entsprechenden Festhaltung sichergestellt werden soll. Die Verfügung muss (noch) nicht in Rechtskraft erwachsen sein (Busslinger/Segessenmann, Ausschaffung im Dublin-Verfahren, in: Rechtsschutz bei Schengen Dublin, Breitenmoser/Gless/Lagodny [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2013, S. 207, 214; Göksu, in: Handkommentar AuG, Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Bern 2010, Art. 76 AuG N 2). A\_\_\_\_\_ wurde mit Verfügung des Migrationsamts vom 30. Juli 2014 aus der Schweiz weggewiesen. Ein gültiger Wegweisungstitel liegt damit vor.

### **E. 3**

3.1 Nach den gesetzlichen Vorschriften kann ein Ausländer zur Sicherstellung des Vollzugs eines eröffneten erstinstanzlichen Weg- oder Ausweisungsentscheids insbesondere in Haft genommen werden, wenn Gründe nach Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. b, c, g oder h oder Absatz 1 bis AuG vorliegen, so etwa wenn gegen eine Einreisesperre für das Gebiet der Schweiz verstossen wird (Art. 76 Abs. 1 lit. b

Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. c AuG). Ausserdem kann er in Haft genommen werden, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass er sich der Ausschaffung entziehen will, insbesondere weil er besonderen Mitwirkungspflichten nicht nachkommt (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 AuG), oder wenn Untertauchensgefahr vorliegt. Dies ist regelmässig der Fall, wenn der Ausländer bereits einmal untergetaucht ist, behördlichen Auflagen keine Folge leistet, hier straffällig geworden ist, durch erkennbar unglaubwürdige und widersprüchliche Angaben die Vollzugsbemühungen der Behörden zu erschweren versucht oder sonst klar zu erkennen gibt, dass er auf keinen Fall in sein Heimatland zurückzukehren bereit ist (BGE 128 II 241 E. 2.1 S. 243, 125 II 369 E. 3 b/aa S. 375). Untertauchensgefahr ist auch zu bejahen bei eigentlichen Täuschungsmanövern, um die Identität zu verschleiern bzw. die Papierbeschaffung zu erschweren (z.B. Verwendung gefälschter Papiere, Auftreten unter mehreren Namen). Das Gleiche gilt bei strafrechtlich relevantem Verhalten, ist bei einem straffällig gewordenen Ausländer doch eher als bei einem unbescholtenen davon auszugehen, er werde in Zukunft behördliche Anordnungen missachten (vgl. auch Art. 75 Abs. 1 lit. g und h AuG). Dass der Betroffene einer Ausreiseanordnung nicht Folge geleistet hat und sich illegal in der Schweiz aufhält, genügt hierfür allein allerdings nicht, ebenso wenig wie die Tatsache, dass er keine Papiere besitzt und nur mangelhaft an deren Beschaffung mitwirkt. Die Passivität des Ausländers kann jedoch, gleich wie das Fehlen eines festen Aufenthaltsorts oder die Mittellosigkeit, ein weiterer Hinweis dafür sein, dass er sich der Ausschaffung entziehen will (BGE 129 I 139 E 4.2.1 S. 146 f.).

Die Beurteilung der Untertauchensgefahr beruht auf einer Prognose. Diese ist in erster Linie vom Haftgericht vorzunehmen und zu begründen, letzteres nicht zuletzt deshalb, da das Haftgericht den Ausländer im Rahmen der obligatorischen mündlichen Verhandlung befragt und von ihm einen persönlichen Eindruck erhält (vgl. Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Ausländerrecht, Uebersax et al. [Hrsg.], 2. Auflage 2009, Rz. 10.94; Entscheid des Verwaltungsgerichts ZH VB.2014.00104 E. 4.3). Von einer Nichtigkeit der Wegweisungsverfügung ist nicht auszugehen, nachdem das erste Verfahren mit Entscheid des Bundesgerichts abgeschlossen wurde und diese auch in einem Wiedererwägungsverfahren bestätigt wurde.

### **E. 3.2**

Das Migrationsamt begründet die verfügte Ausschaffungshaft mit dem Vorliegen einer Untertauchensgefahr gemäss Art. 176 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG. A\_\_\_\_ hätte genug Zeit gehabt, das Land selbständig zu verlassen. Es habe die behördlichen Anordnungen bis dato nicht befolgt. Es sei davon auszugehen, dass er sich mittels Untertauchen einer Ausschaffung entziehen werde.

3.3A\_\_\_\_ bringt dezidiert und unmissverständlich zum Ausdruck, dass er nicht in den Kosovo zurückkehren will. Dies bestätigt er nochmals ausdrücklich an der Gerichtsverhandlung. Nachdem er die rechtlichen Mittel gegen den Wegweisungsentscheid nun ausgeschöpft hat und er im Wissen um die Bestätigung der Wegweisung nicht selbstständig in den Kosovo ausgereist ist, muss davon ausgegangen werden, dass er sich in Freiheit der Ausschaffung entziehen wird.

### **E. 4**

4.1 Die Vorbereitungs- und die Ausschaffungshaft nach Art. 75 bis 77 AuG sowie die Durchsetzungshaft nach Art. 78 AuG dürfen zusammen in der Regel die maximale Haftdauer von sechs Monaten nicht überschreiten (Art. 79 Abs. 1 AuG). Weiter darf der

Vollzug einer allfälligen Weg- oder Ausweisung nicht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar sein (Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG; BGE 127 II 168 E. 2c S. 171 f.). Schliesslich muss die zuständige Behörde ohne Verzug über die Aufenthaltsberechtigung des Ausländers entscheiden (Art. 75 Abs. 2 AuG, Beschleunigungsgebot) und die Haft als Ganzes verhältnismässig sein (vgl. BGE 130 II 56 E. 1S. 58 und BGE 125 II 369 E. 3a S. 374 f.).

4.2 Vorliegend stellt sich die Frage nach der Hafterstehungsfähigkeit des A\_\_\_\_. Bekannt ist, dass A\_\_\_\_ psychisch krank ist. Sein behandelnder Psychiater hat im Arztbericht vom 12. Dezember 2015 festgehalten, A\_\_\_\_ leide unter einer rezidivierenden depressiven Störung auf dem Hintergrund einer posttraumatischen Belastungsstörung und einer andauernden Persönlichkeitsstörung nach Extrembelastung. Die Behandlung konzentrierte sich seither auf eine stützende und beratende Psychotherapie sowie wiederholte Kriseninterventionen, auf eine konstante Weiterführung der Behandlung mit Psychopharmaka sowie auf ein tragfähiges psychosoziales Setting. Zum Verlauf könne festgestellt werden, dass sich der psychische Zustand unter den erwähnten Bedingungen auf begrenztem Niveau stabilisiert habe, allerdings in Verbindung mit einer gescheiterten Ehebeziehung und danach lange unstablen Lebensumständen (S. 1 des Berichtes). Schlussfolgernd kommt er am Ende des Berichtes zu der Aussage, die psychische Verfassung des A\_\_\_\_ sei aufgrund negativer Erfahrungen in seinem Heimatland weiterhin als ■ausgesprochen fragil■ einzustufen. Damit sei das Risiko einer erneuten psychischen Dekompensation inklusive akuter Selbstgefährdung klar gegeben, ■dies in erster Linie im Hinblick auf die einschneidende Veränderung der Lebensbedingungen im Falle einer Rückkehr in das Herkunftsland Kosovo■. Inwiefern die Haft im Hinblick auf den geplanten Vollzug der Ausschaffung A\_\_\_\_ eine akute Gefährdung auslösen könnte, kann die Haftrichterin vor diesem Hintergrund nicht abschliessend beantworten. Deshalb wurde mit dem heutigen Tag eine Abklärung der Hafterstehungsfähigkeit bei der Forensisch-Psychiatrischen Klinik der Universitären Psychiatrischen Kliniken in Auftrag gegeben. Soweit sich A\_\_\_\_ als nicht hafterstehungsfähig erweisen würde, ist er ab Bekanntsein dieses Umstandes unverzüglich aus der Haft zu entlassen. Gleichzeitig wurde der medizinische Dienst des Bässlerguts mit separater Verfügung vom heutigen Tag angewiesen, bis zur Feststellung der Hafterstehungsfähigkeit angemessene Betreuung zu gewährleisten. An der Verhandlung führt A\_\_\_\_ aus, dass er die Medikamente nicht so bekomme, wie er diese zu Hause einnehme. Gemäss Auskunft des Migrationsamtes findet ein ärztliches Gespräch erst am kommenden Dienstag, 13. September 2016, statt. Diese Situation ist aufgrund der benötigten Psychopharmaka nicht haltbar. Der ärztliche Dienst ist deshalb bereits am Samstag, 10. September 2016, aufzubieten, damit die Medikamente richtig eingestellt werden können.

#### **E. 4.3**

4.3.1 Gleichzeitig stellt sich die Frage nach der Zumutbarkeit der Wegweisung. Gemäss Praxis des EGMR ist der wegweisende Staat nicht verpflichtet, vom Vollzug einer Ausweisung Abstand zu nehmen, falls der wegzuweisende Ausländer für den Fall des Vollzuges mit Suizid droht (Hugi Yar, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht, 2. Auflage 2009, § 10.165). Der unausweichlich bevorstehende Wegweisungsvollzug stellt für die damit konfrontierte ausländische Person nachvollziehbarer Weise eine nicht unerhebliche psychische Belastung dar. Dieser Belastung kommt aber im ausländerrechtlichen Kontext grundsätzlich keine Bedeutung zu,

weil eine geltend gemachte Gefährdung konkrete Formen aufweisen muss, um zur Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nach Art. 83 Abs. 4 AuG führen zu können. Relevant für die Frage der Zumutbarkeit ist dagegen eine reaktiv auf einen bevorstehenden Wegweisungsvollzug auftretende und ernsthaft gesundheitsgefährdende psychische Störung lebensbedrohlichen Ausmasses, soweit ihr für die Zeit vor und während der Rückreise in den Heimatstaat nicht medikamentös und mit einer persönlichen Betreuung begegnet werden kann (BVGE D-2004/2011 vom 23. Januar 2013, E. 8.3.4). Ergreift der wegweisende Staat Massnahmen, um die Umsetzung der Suiziddrohung zu verhindern, vermag die Ausschaffung auch nicht gegen Art. 3 EMRK zu verstossen (vgl. den Unzulässigkeitsentscheid des EGMR vom 7. Oktober 2004 i.S. D. und andere gegen Deutschland, Nr. 33743/03, angeführt in Entscheidungen und Mitteilungen der [vormaligen] Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2005 Nr. 23 E. 5.1 S. 212). Der EGMR anerkennt grundsätzlich auch keinen durch die EMRK geschützten Anspruch auf Verbleib in einem Konventionsstaat, um weiterhin in den Genuss medizinischer Unterstützung zu kommen (vgl. Urteil vom 2. Mai 1997 i.S. D. gegen Vereinigtes Königreich / BVGE E-5780/2011 vom 1. Mai 2012, E. 7.2.2).

4.3.2 Vorliegend behauptet der betreuende Psychiater eine psychische Dekompensation mit akuter Lebensgefährdung im Falle einer Ausschaffung des A\_\_\_\_\_ in den Kosovo. Genau diese Konstellation würde indessen bedeuten, dass eine Ausschaffung in den Kosovo nur stattfinden darf, wenn dieser Gefährdung mit medikamentöser und persönlicher Betreuung auch im Kosovo begegnet werden kann. Indessen liegt diesbezüglich mit dem Arztbericht des behandelnden Psychiaters einzig eine Parteibehauptung vor. Ob eine solche krankheitsbedingte Gefährdung überhaupt vorliegt, ist demnach mit einem unabhängigen Gutachten zu erstellen. Die Forensisch-Psychiatrischen Klinik der Universitären Psychiatrischen Kliniken wurde dementsprechend mit heutiger Verfügung angefragt, ein entsprechendes Gutachten zu erstellen, wobei sie auch zu den allenfalls notwendigen Massnahmen Stellung nehmen soll. Bis zum Vorliegen dieses Gutachten kann über die Zumutbarkeit des Ausweisungsvollzugs kein abschliessendes Urteil gefällt werden.

## **E. 5**

Es werden keine Kosten erhoben (§ 4 Gesetz über den Vollzug der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, SG, 122.300).

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