

BS_APPELLATIONSGERICHT AUS.2021.10 vom 5. März 2021

BS Appellationsgericht, 2021-03-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_AUS.2021.10

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT AUS.2021.10 du 5 mars 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT AUS.2021.10 del 5 marzo 2021

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 80 Abs. 2 Ausländer-und Integrationsgesetz (AIG, 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 und Haftüberprüfung eingehalten.

E. 2

2.1 Die Ausschaffungshaft setzt einen erstinstanzlichen Weg- oder Ausweisungsentscheid oder eine erstinstanzliche Landesverweisung nach Artikel 66a oder 66abis Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0) oder Artikel 49a oder 49abis Militärstrafgesetzbuch (MStG, SR 321.0) voraus, dessen Vollzug mit der entsprechenden Festhaltung sichergestellt werden soll. Die Verfügung muss (noch) nicht in Rechtskraft erwachsen sein (Zünd, in: Spescha et al [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage 2019, Art. 76 AIG N 1).

2.2 Gegen A_____ liegt ein in Rechtskraft erwachsener Wegweisungstitel vom 30. Januar 2020 vor. Dieser ist nach wie vor gültig und zu vollziehen, auch wenn A_____ gemäss seinen Angaben im Ausreisegespräch vom 5. Februar 2021 die Schweiz am 27. Oktober 2020 verlassen und eine Nacht in einem Hotel in Frankreich zugebracht haben will, um sodann am nächsten Tag in die Schweiz zurück zu kehren. Es ist nämlich offensichtlich, dass er mit einem Aufenthalt von einer Nacht in Frankreich die Schweiz nicht mit der Absicht des dauernden Verbleibens in einem anderen Land verlassen hat. Deshalb hat der Wegweisungstitel vom 30. Januar 2020 nicht als bereits vollzogen zu gelten.

2.3 Dieselben Überlegungen haben für das von seinem Rechtsvertreter geltend gemachte Aufenthaltsrecht des A_____ gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU (FZA) zu gelten. Wohl besteht gestützt auf das FZA für EU-Bürger das Recht, sich in der Schweiz für 3 Monate aufzuhalten, unabhängig davon, ob sie dafür genügend finanzielle Mittel besitzen oder nicht (BGer 143 IV 97 E. 1.5). Dieses voraussetzungslose Aufenthaltsrecht endet aber nach drei Monaten. A_____ hält sich seit vielen Jahren in der Schweiz auf und hat hier gemäss dem Entscheid des Migrationsamts vom 30. Januar 2020 selbständig als Coiffeur gearbeitet, allerdings seit 2012 auch Sozialhilfe bezogen, da es ihm nicht gelungen ist, ein genügend hohes Einkommen zur Deckung seines Lebensbedarfs zu erzielen. Nun gestützt auf eine Nacht Aufenthalt im grenznahen Ausland ein Recht auf dreimonatigen voraussetzungslosen Aufenthalt geltend machen zu wollen, ist rechtsmissbräuchlich. Ohnehin aber sind auch seit dem 28. Oktober 2020 über drei Monate vergangen.

2.4 Soweit A_____ sinngemäss geltend macht, die Verfügung des Migrationsamts vom 30. Januar 2020 sei nicht rechtmässig, ist darauf hinzuweisen, dass die Einzelrichterin für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht eine Zwangsmassnahme in Bezug auf die ihr zugrundeliegende Wegweisung nur dann zu verweigern hat, wenn sie auf einem als offensichtlich unzulässig zu taxierenden Entscheid beruht (BGer 2C_749/2012 vom 28. August 2012 E. 2.1). Solches ist hier nicht ersichtlich. Insbesondere ist im Entscheid auch berücksichtigt, dass es sich bei A_____ um einen EU-Bürger handelt und es wird darin erwogen, weshalb sich seine Wegweisung auch vor dem Hintergrund der Anwendbarkeit des FZA rechtfertigt.

E. 3

3.1 Nach den gesetzlichen Vorschriften kann eine ausländische Person zur Sicherstellung des Vollzugs eines eröffneten erstinstanzlichen Weg- oder Ausweisungsentscheids oder einer erstinstanzlichen Landesverweisung nach Art. 66a oder 66abis StGB oder Art. 49a oder 49abis MStG 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 AIG vorliegen, so etwa wenn gegen eine Einreiseperrre für das Gebiet der Schweiz verstossen wird (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. c AIG). Ausserdem kann sie in Haft genommen werden, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sie sich der Ausschaffung entziehen will, insbesondere, weil sie ihren Mitwirkungspflichten nicht nachkommt (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 AIG). Dasselbe gilt, wenn ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 4 AIG). Die vorerwähnten Varianten von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AIG werden in der Praxis zum Haftgrund der "Untertauchensgefahr" zusammengefasst (vgl. Urteil 2C_871/2012 vom 28. Januar 2013 E. 4.1, mit Hinweisen). Eine solche Gefahr wird in der Praxis regelmässig bejaht, wenn die weggewiesene Person bereits einmal untergetaucht ist, wenn sie durch erkennbar unglaubwürdige und widersprüchliche Angaben die Vollzugsbemühungen zu erschweren versucht oder wenn sie sonst klar zu erkennen gibt, dass sie nicht bereit ist, in ihre Heimat zurückzukehren (BGE 130 II 56 E. 3.1 S. 58 f.). 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 einer straffällig gewordenen ausländischen Person doch eher als bei einer unbescholtenen davon auszugehen, sie werde in Zukunft behördliche Anordnungen missachten (vgl. auch Art. 75 Abs. 1 lit. g und h AIG).

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 die ausländische Person im Rahmen der obligatorischen mündlichen Verhandlung befragt und von ihr 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).

3.2 Das Migrationsamt stützt die Anordnung der Haft auf Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. c AIG, dem Haftgrund des Verstosses gegen eine Einreiseverbot. Das Einreiseverbot vom 13. Oktober 2020 ist A_____ eröffnet worden, womit erstellt ist, dass er zum Zeitpunkt des Verstosses (wohl der 28. Oktober 2020: s. oben E. 2.2) bereits davon Kenntnis hatte. Allerdings hat er dagegen Beschwerde eingereicht. Bereits in der Anordnung des Einreiseverbots wurde einer allfälligen Beschwerde aber die aufschiebende

Wirkung gestützt auf Art. 55 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG, SR 172.021) entzogen. Das Einreiseverbot entfaltete demnach zum Zeitpunkt der Einreise von A_____ in die Schweiz seine Wirkung und er hat dagegen verstossen. Allerdings darf bei der Bejahung dieses Haftgrunds nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Haftzweck der Ausschaffungshaft die Sicherstellung der Wegweisung ist und damit kein pönaler Zweck verfolgt werden darf. Es ist deshalb zu prüfen, ob durch die Verletzung des Einreiseverbots, eventuell in Kombination mit anderen Indizien, zu befürchten ist, dass A_____ sich der Wegweisung entziehen will. Immerhin zeigt er durch den Verstoss, dass er nicht gewillt ist, sich an behördliche Anweisungen zu halten (vgl. zum Ganzen: Businger, in: Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Ausländerrechtliche Haft, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 168). Dies ist im Zusammenhang mit der Prüfung des Bestehens einer Untertauchensgefahr zu prüfen (s. unten E. 3.3).

E. 3.3

3.3.1 Das Migrationsamt macht weiter geltend, es bestünden konkrete Anzeichen wonach sich A_____ dem Vollzug der Wegweisung bzw. der Ausschaffung entziehen wolle. (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AIG). Er hätte die Schweiz bereits per 30. April 2020 verlassen müssen, was er aber nicht getan habe. In der Folge habe er die weiteren ihm gesetzten Fristen zur freiwilligen Ausreise ungenutzt verstreichen lassen. Sein Verstoss gegen das Einreiseverbot zeige ebenfalls auf, dass er sich nicht an behördliche Anweisungen halte.

3.3.2 Allein aus dem Verstreichenlassen von wiederholt gesetzten Ausreisefristen kann nicht auf das Bestehen einer Untertauchensgefahr geschlossen werden, schliesslich prüft das Bundesgericht das Vorliegen einer solchen regelmässig basierend auf einer Gesamtheit von Umständen, deren Summe für oder gegen ein Untertauchen spricht (so in BGer 2C_871/2012 vom 28. Januar 2013 E. 4). So spricht etwa der Umstand, dass eine zur Ausreise verpflichtete Person sich während längerer Zeit und ununterbrochen den Behörden zur Verfügung hält, gegen das Bestehen einer Untertauchensgefahr (BGer 2C_478/2012 vom 14. Juni 2012 E. 2.2). Im Entscheid 2C_947/2020 vom 15. Dezember 2020 E. 2.2.1 führt das Bundesgericht in Bezug auf unmissverständliche Äusserungen, die Schweiz nicht verlassen zu wollen, aus: «[] Das Bundesgericht hat dabei festgehalten, dass ein Ausländer allein wegen der Äusserung, lieber in der Schweiz verbleiben als ins Ausland zu verreisen, nicht in Ausschaffungshaft genommen werden dürfe, solange er noch mit einem Rechtsmittel um sein Bleiberecht streite (vgl. Urteil 2A.1/1998 vom 23. Januar 1998 E. 4c, m.w.H.). Darüber hinausgehend ■ und ohne Hinweis auf allfällig hängige Rechtsmittelverfahren bezüglich des Aufenthaltsrechts ■ hat es explizit darauf hingewiesen, dass aus dem offen deklarierten Wunsch eines Ausländers, in der Schweiz verbleiben zu wollen, nicht automatisch der Schluss gezogen werden dürfe, dass sich dieser auch einer behördlichen Ausschaffung entziehen werde (a.a.O.). Das Bundesgericht hat es in diesem Sinne abgelehnt, allein aus der Äusserung, die Schweiz nicht verlassen bzw. nicht in den Heimatstaat zurückreisen zu wollen, automatisch auf eine Untertauchensgefahr zu schliessen». In diesen Fall kam es zum Schluss, dass eine Untertauchensgefahr allenfalls dann hätte angenommen werden können, wenn der Betroffene ausdrücklich bekundet hätte, sich der anstehenden Überstellung entziehen zu wollen (E. 2.2.3).

3.3.2 Fest steht, dass A_____ die ihm gesetzten Ausreisefristen bereits dreimal hat verstreichen lassen. Dazu befragt hat er an der Gerichtsverhandlung ausgesagt, er sei der Meinung, über seine Wegweisung sei noch nicht rechtskräftig entschieden. Offenbar bringt er hier das Beschwerdeverfahren gegen das Einreiseverbot mit dem in Rechtskraft

erwachsenen Entscheid vom 30. Januar 2020 durcheinander. Gleichzeitig ist festzustellen, dass A_____ sich bislang an die vom Migrationsamt vorgegebenen Termine gehalten hat und sich nach Ablauf der letzten Ausreisefrist am 1. März 2021 selbständig zum Migrationsamt begeben und dort gar um seine Verhaftung ersucht hat, weil er sich nicht illegal in der Schweiz aufhalten wolle. Allerdings hat er sich dabei offenbar eine gerichtliche Überprüfung der Wegweisung erhofft, was aber nicht möglich bzw. zumindest nur sehr eingeschränkt Gegenstand des Haftüberprüfungsverfahrens ist (s. oben E. 2.4.). Festzuhalten ist weiter, dass er in den Befragungen sowie in verschiedenen Eingaben an die Behörden wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass er weder nach Nigeria, noch nach Italien ausreisen, sondern in der Schweiz bleiben will. Teilweise hat er allerdings auch im Widerspruch dazu ausgesagt, zu gegebener Zeit die Schweiz zu verlassen. Auch hat er deklariert, im Falle einer Ausschaffung nach Italien umgehend in die Schweiz zurück zu kehren (z.B.: Prot. vom 3. März 2021: «Ich werde nirgends hingehen und ihr Leute könnt mich nicht ausschaffen, ich komme direkt am nächsten Tag wieder zurück. Die Schweiz ist meine Heimat seit mehr als 18 Jahren»; Prot. vom 13. Oktober 2020: «Ich habe nie etwas angestellt. Ich verstehe nicht, weshalb ich die Schweiz verlassen muss. Ich bin am 14. März 2020 aus Afrika zurück gereist und konnte danach wegen der Corona Pandemie nicht nach Italien ausreisen», «Ich werde nicht aus der Schweiz wegziehen. Falls Sie mich nach Italien ausweisen, werde ich sogleich am nächsten Tag wieder einreisen. Ich bin 61 Jahre alt, wo soll ich noch hingehen? Ich bin kein junger Mann mehr. Ich möchte nicht, dass die Personen hier in der Schweiz denken, ich sei ein Krimineller. Bitte geben Sie mir ein bisschen mehr Zeit, um die Schweiz zu verlassen. Ich muss meine ganzen Papiere noch erledigen sowie meine finanzielle Situation klären»; Schreiben vom 28. Mai 2020: «Betonen möchte ich jedoch, dass ich weiterhin nicht bereit bin, aus der Schweiz auszureisen [] Ich bin 61 Jahre alt und bin nicht bereit, in einem anderen Land ein neues Leben anzufangen. Ich lebe bereits so lange in der Schweiz, dass dies einfach nicht möglich ist»). An der Gerichtsverhandlung wurde er nun konkret gefragt, ob er sich im Falle seiner Freilassung für den für ihn gebuchten Flug nach Italien am 12. März 2021 zur Verfügung halten werde. Er hat darauf geantwortet, dass er dies tun werde, soweit dies von ihm verlangt werde. Man müsse aber wissen, dass er in Italien niemanden kenne und nichts habe. Damit ist nicht davon auszugehen, dass A_____ sich im Falle seiner Freilassung der bevorstehenden Ausschaffung entziehen wird. Vielmehr ist anzunehmen, dass er sich weiterhin in seiner Wohnung an der [] strasse [..] in Basel aufhalten und seine Termine bei den Behörden wahrnehmen wird. An dieser Einschätzung ändert auch der Verstoss gegen das Einreiseverbot am 27. Oktober 2020 nichts, der wie dargelegt, möglicherweise in der Hoffnung erfolgte, durch den kurzen Aufenthalt im Ausland wieder ein Aufenthaltsrecht zu erhalten (s. oben E. 2.3). Er ist deshalb aus der Haft zu entlassen.

E. 4

Es werden keine Kosten erhoben (§ 4 Gesetz über den Vollzug der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, SG 122.300). Die unentgeltliche Rechtsvertretung Dr. Stefan Suter wird bewilligt.

Demgemäss erkennt die Einzelrichterin:

://: A_____ ist umgehend aus der Haft zu entlassen.

Die unentgeltliche Rechtsvertretung mit [] wird bewilligt.

Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des A____, [], werden ein Honorar von CHF 1'150.■ und ein Auslagenersatz von CHF 30.■, zuzüglich 7,7% MWST von CHF 90.85, aus der Gerichtskasse bezahlt.

Es werden keine Kosten erhoben.

Mitteilung an:

- A____
- Migrationsamt
- Staatssekretariat für Migration

VERWALTUNGSGERICHT BASEL-STADT

Die Einzelrichterin für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Diese ist mit einem Antrag und einer Begründung zu versehen. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

Der inhaftierte Ausländer kann einen Monat nach der Haftüberprüfung ein Haftentlassungsgesuch einreichen beim Verwaltungsgericht Basel-Stadt, Bäumleingasse 1, 4051 Basel.

Hinweis

Dieses Urteil wurde dem Ausländer am heutigen Tag mündlich erläutert und schriftlich ausgehändigt.

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