

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT AUS.2023.5 vom 17. September 2021**

BS Appellationsgericht, 2021-09-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_AUS.2023.5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_AUS.2023.5)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT AUS.2023.5 du 17 septembre 2021

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT AUS.2023.5 del 17 settembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 78 Abs. 4 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG, SR 142.20) ist die erstmalige Anordnung der Durchsetzungshaft spätestens nach 96 Stunden richterlich zu überprüfen. Die hier zu beurteilende Durchsetzungshaft wurde am 27. Ja-nuar 2023 um 16 Uhr angeordnet. Nachdem der Rechtsvertreter des Beurteilten wegen des dazwischenliegenden Wochenendes erst am Montag, 30. Januar 2023 kontaktiert werden konnte und die mündliche Verhandlung wegen Terminkollision auf Wunsch des Vertreters erst auf heute angesetzt werden konnte, erfolgt die Haftüberprüfung die Fristüberschreitung im Einverständnis mit dem Rechtsvertreter des Beurteilten (vgl. Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 3. Auflage, Basel 2022, Rz 12.23).

### **E. 2**

Hat eine ausländische Person ihre Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz innerhalb der ihr angesetzten Frist nicht erfüllt und kann die rechtskräftige Weg- oder Ausweisung oder die rechtskräftige strafrechtliche Landesverweisung aufgrund ihres persönlichen Verhaltens nicht vollzogen werden, so darf sie in Durchsetzungshaft genommen werden, um der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen, sofern die Anordnung der Ausschaffungshaft nicht zulässig ist oder keine andere, mildere Massnahme zum Ziel führt (Art. 78 Abs. 1 AIG).

### **E. 3**

3.1 Der Beurteilte ist mit Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt vom 17. Oktober 2019 für 8 Jahre des Landes verwiesen worden. Diese Landesverweisung ist vom Bundesgericht letztinstanzlich am 17. September 2021 bestätigt worden. Der Beurteilte hätte die Schweiz unmittelbar nach Beendigung seines Strafvollzugs anfangs April 2022 verlassen müssen (Art. 66c Abs. 3 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs [StGB, SR 311.0]). Die Frist zur Ausreise ist damit längst abgelaufen. Entgegen den Vorbringen des Beurteilten (Verhandlungsprotokoll, S. 5) bedarf es gemäss der Praxis des Einzelgerichts für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht in diesen Fällen keiner förmlichen Ansetzung einer Ausreisefrist, um dem Betreffenden Gelegenheit zur freiwilligen Ausreise zu geben (vgl. VGE AUS.2018.87 vom 26. Oktober 2018 E. 2.2 und AUS.2018.75 vom 13. August 2018 E. 4.1).

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Beurteilte sich vorliegend widersprüchlich verhält, wenn er heute verlangt, ihm hätte eine Frist zur selbständigen Ausreise gesetzt werden müssen, nachdem er von allem Anfang an zu erkennen gegeben hat, unter keinen Umständen freiwillig in den Irak zurückkehren zu wollen. Abgesehen davon macht die

Ansetzung einer Ausreisefrist keinen Sinn, solange wie in casu die benötigten Reisepapiere noch gar nicht vorliegen und dem Ausländer die Rückkehr in die Heimat gar nicht möglich ist. Die Forderung nach einer förmlichen Fristansetzung würde in diesen Fällen lediglich zu einem administrativen Leerlauf führen. Denn mangels Reisedokumenten könnte der Ausländer gar nicht auf legalem Weg ausreisen, um seiner Ausreiseverpflichtung nachzukommen. Die schweizerischen Behörden sind nicht gehalten, Hand für eine illegale Ausreise zu bieten. Auch das Vorbringen des Beurteilten, es bedürfe bei einer Landesverweisung in jedem Fall einer Vollstreckungsverfügung, weil der Betroffene sich gegebenenfalls auf dem Rechtsmittelweg auf das Non-Refoulement-Gebot berufen können muss (Verhandlungsprotokoll, S. 5), vermag nicht zu verfangen. Werden Ausländer, die mit einer strafrechtlichen Landesverweisung belegt sind, in ausländerrechtlich motivierte Haft genommen, lässt sich der Freiheitsentzug zwecks Sicherstellung der Landesverweisung nur solange aufrechterhalten, wie eine Ausschaffung rechtlich und tatsächlich möglich ist. Ist der Vollzug der Landesverweisung jedoch aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht (mehr) durchführbar, ist die Haft zu beenden (Art. 80 Abs. 6 lit. a AIG). Das konventions- bzw. verfassungsrechtliche Rückschiebungsverbot bei drohender Folter und anderer unmenschlicher Behandlung im Rückkehrstaat (Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK, SR 0.101] und Art. 25 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV, SR 101]) ist von Amtes wegen und in jedem Abschnitt des Landesverweisungsvollstreckungs- bzw. Ausschaffungsverfahrens zu beachten. Ausländer, die sich in ausländerrechtlich motivierter Haft befinden, können daher jederzeit, d.h. etwa im Rahmen der richterlichen Überprüfung von Haftanordnungen oder ■verlängerungen, aber auch mit Haftentlassungsgesuchen, geltend machen, dass sie in ihrem Heimatstaat einer konkreten Gefährdung im Sinne von Art. 3 EMRK bzw. Art. 25 Abs. 3 AIG ausgesetzt sind (dazu etwa BGer 6B\_45/2020 vom 14. März 2022, E. 3.3.3; Zünd, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage, Zürich 2019, Art. 80 N 9; Baumann/Göksu, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, Zürich/St. Gallen 2022, Rz 174). Von dieser Möglichkeit hat der Beurteilte vorliegend schon mehrfach Gebrauch gemacht (vgl. dazu VGE AUS.2022.48 vom 4. Oktober 2022 E. 3.3 und AUS.2022.52 vom 7. November 2022 E. 3.3). Der Beurteilte kann damit nicht geltend machen, es bedürfe zwecks Wahrung seiner Rechte gemäss Art. 66d StGB (Aufschub des Vollzugs der obligatorischen Landesverweisung) zwingend einer Vollstreckungsverfügung. Mittels einer derartigen Verfügung dem Beurteilten unmittelbar nach Entlassung aus dem Strafvollzug die Möglichkeit zu eröffnen, auf dem Rechtsmittelweg den Aufschub des Vollzugs der obligatorischen Landesverweisung zu verlangen, bestand vorliegend umso weniger Anlass, als das Bundesgericht rund ein halbes Jahr vor Ende des Strafvollzugs die Landesverweisung auch unter dem Aspekt des Rückschiebungsverbots nicht zu beanstanden hatte (BGer 6B\_551/2021 vom 17. September 2021 E. 3). Die kriegerische Lage in gewissen Teilen des Irak bildete überdies auch Gegenstand der richterlichen Überprüfung der erstmaligen Anordnung der Ausschaffungshaft im Anschluss an die Entlassung aus dem Strafvollzug (VGE AUS.2022.18 vom 13. April 2022 E. 4.3). Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, der Beurteilte befinde sich mangels förmlicher Ansetzung einer Ausreisefrist rechtswidrig in Durchsetzungshaft.

3.2 Die Durchsetzungshaft ist subsidiär zur Ausschaffungshaft (« sofern die Anordnung der Ausschaffungshaft nicht zulässig ist ») (BGE 134 I 92 E. 2.3.1; Businger, Ausländerrechtliche Haft, Zürich 2015, S. 205; Baumann/Göksu, a.a.O., N 104; Zünd, a.a.O., Art. 78 N 3). Hieraus ergibt sich die Pflicht der ausländerrechtlichen Behörde,

vorweg eine Ausschaffungshaft anzuordnen und im Rahmen dieser Ausschaffungshaft alles ihr Zumutbare vorzukehren, etwa die Identität der auszuschaffenden Person abzuklären und die benötigten Reisepapiere zu beschaffen (Businger, a.a.O., S. 205; Baumann/Göksu, a.a.O., N 104; Zünd, a.a.O., Art. 78 N 3). Das Migrationsamt hat die Ausschaffung des Beurteilten stets mit der gebotenen bzw. möglichen Beförderlichkeit vorangetrieben. Allerdings war es darauf angewiesen, dass die irakischen Behörden den Beurteilten als irakischen Staatsangehörigen sowie seine angegebene Identität bestätigten, bevor für ihn mangels Reisedokumenten ein Laissez passer bestellt werden konnte. Beim zweiten Besuch der irakischen Identifizierungsdelegation Ende November 2022 ergab sich indessen, dass diese die angegebenen Personalien des Beurteilten nicht verifizieren konnte. Das Migrationsamt hat, nachdem der Beurteilte wiederholt beteuert hatte, dessen ungeachtet die Person mit dem Namen A\_\_\_\_\_ und dem Geburtsdatum [...] 1985 zu sein, seither weitere umfangreiche Abklärungen betreffend die Identität des Beurteilten vorgenommen. Namentlich hat es beim Staatssekretariat für Migration (SEM) Erkundigungen betreffend weiterer Möglichkeiten zur Identifizierung des Beurteilten eingeholt, die allerdings negativ verliefen (E-Mail-Wechsel vom 17. und 18. Januar 2023). Das Migrationsamt hat sich sodann bei den deutschen Verbindungsbehörden (Bundespolizeiinspektion Weil am Rhein) ■ auch unter Vorlage des EURODAC-Formulars ■ erkundigt, ob der Beurteilte mit dem angegebenen Namen bei den deutschen Behörden bekannt sei (E-Mail-Wechsel vom 18. und 25. Januar 2023), nachdem er bei früherer Gelegenheit angegeben hatte, sich zwischen 2002 und 2006 in Deutschland aufgehalten zu haben, wo sich auch seine Papiere befinden würden (vgl. Einvernahmeprotokoll der Kantonspolizei Aargau vom 4. November 2009, S. 2). Schliesslich hat das Migrationsamt auch bei den Einwohnerdiensten der Stadt Bremgarten, wo der Beurteilte zuletzt gemeldet gewesen war, ebenso ergebnislos nachgefragt, ob diese im Besitz von Ausweispapieren des Beurteilten seien (E-Mail-Wechsel vom 23. Januar 2023). Das Migrationsamt hat nunmehr alle ihm zumutbaren Möglichkeiten zur Abklärung der Identität des Beurteilten ausgeschöpft. Da unter diesen Umständen für den Beurteilten kein Laissez passer beschafft werden kann, ist seine Ausschaffung derzeit nicht mehr absehbar, womit nicht mehr länger an der Ausschaffungshaft nach Art. 76 AIG festgehalten werden kann. Somit bleibt nur noch die Anordnung einer Durchsetzungshaft.

3.3 Das SEM wie das Migrationsamt gehen aufgrund der fehlgeschlagenen Identifikation des Beurteilten anlässlich des zweiten Identifikationsinterviews wie auch aufgrund der jüngsten negativen Abklärungen davon aus, dass der Beurteilte falsche Personalien angegeben hat und sich mit allen Mitteln dagegen wehrt, seine wahre Identität offenzulegen. Der Beurteilte beteuert zwar auch heute, die Person mit dem Namen A\_\_\_\_\_ und dem [...] 1985 zu sein. Es sprechen indessen erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass diese Angaben nicht der Wahrheit entsprechen. Zunächst ist es der irakischen Delegation trotz ihrer ■ nach Angabe des SEM ■ sehr professionellen Arbeitsweise nicht gelungen, die Angaben des Beurteilten mit den Registern im Irak abzugleichen und seine Identität festzustellen. Sodann ist auffällig, dass es den deutschen Behörden nicht gelungen ist, eine Person mit den erwähnten Personalien in ihren Registern zu ermitteln, obschon sich der Beurteilte nach eigenen Angaben zwischen 2002 und 2006 in Deutschland aufgehalten und dort unter dem Namen A\_\_\_\_\_ ein Asylverfahren durchlaufen haben will. Gemäss dem bei den Akten befindlichen Urteil des Appellationsgerichts AGE SB.2020.44 vom 6. Januar 2021 E. 7.3.1 soll der Beurteilte in Deutschland unter einem Alias-Namen um Asyl ersucht haben. Allerdings konnte unter dem Namen B\_\_\_\_\_ ■ auf dessen Namen 2009

eine Identifizierungskarte (ID) im Besitz des Beurteilten gefunden worden war ■ jetzt bei den deutschen Behörden kein Treffer erzielt werden. Es ist demnach zu vermuten, dass der Beurteilte, sollte er in Deutschland wirklich ein Asylgesuch eingereicht haben, dieses unter einem Drittnamen gestellt hat. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Beurteilte seine wahre Identität weiterhin verheimlicht, um nicht in den Irak ausgeschafft zu werden. Es bedarf keiner eindeutigen Beweise, dass seine diesbezüglichen Angaben falsch sind. Es genügt, dass eine «gewisse Vermutung» hierfür spricht (Hugi Yar, a.a.O., Rz 12.133 mit Hinweis auf BGer 2C\_411/2007 vom 6. November 2007 E. 3.3). Dies ist nach dem Gesagten vorliegend der Fall. Der Vollzug der Ausschaffung scheitert vorliegend einzig an der (mutmasslichen) Weigerung des Beurteilten, seine wahre Identität preiszugeben. Was im Übrigen die effektive Möglichkeit zur Heimkehr in die Heimat angeht, hat das SEM in seiner E-Mail vom 17. Januar 2023 ausgeführt, hat die irakische Identifizierungsdelegation auch Personen anerkannt, die über gar keine Identitätsdokumente verfügten, deren Angaben aber mit den Registern im Irak übereinstimmten. Wenn der Beurteilte seine wahre Identität offenlegen würde, könnten die notwendigen Reisepapiere demzufolge besorgt und die Ausschaffung vollzogen werden. Er hat es demnach selber in der Hand, zu kooperieren und im Ergebnis seiner Ausreisepflicht nachzukommen (Baumann/Göksu, a.a.O., N 103; Businger, a.a.O., S. 199).

3.4 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss jeweils aufgrund der Umstände im Einzelfall beurteilt werden, ob die Durchsetzungshaft (noch) geeignet bzw. erforderlich erscheint und nicht gegen das Übermassverbot verstösst (BGE 134 I 92 E. 2.3.2 und 133 II 97 E. 2.2; Hugi Yar, a.a.O., Rz 12.132). Dabei ist dem Verhalten des Betroffenen, den die Papierbeschaffung allenfalls erschwerenden objektiven Umständen sowie dem Umfang der von den Behörden bereits getroffenen Abklärungen Rechnung zu tragen und zu berücksichtigen, wieweit der Ausländer es tatsächlich in der Hand hat, die Festhaltung zu beenden, indem er seiner Mitwirkungs- bzw. Ausreisepflicht nachkommt (BGE 134 I 92 E. 2.3.2 und 134 II 201 E. 2.2.2). Das mutmassliche künftige Verhalten des Betroffenen ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jeweils aufgrund sämtlicher Umstände abzuschätzen. Ein erklärtes konsequent unkooperatives Verhalten bildet dabei nur einen unter mehreren zu berücksichtigenden Gesichtspunkten, andernfalls die Festhaltung umso weniger angeordnet werden könnte, je renitenter sich die betroffene Person zeigt und je stärker sie versucht, ihre Ausschaffung zu hintertreiben (BGE 134 I 92 E. 2.3.2).

Die vorliegend angeordnete Durchsetzungshaft erweist sich angesichts der bestehenden Umstände als verhältnismässig. Der Beurteilte hat bislang beharrlich die Mitwirkung an seiner Identifizierung und damit an seiner Ausschaffung verweigert. Wie bereits im Rahmen der wiederholten richterlichen Überprüfungen der Ausschaffungshaftverlängerungen wie auch im Rahmen der kürzlichen Prüfung des Haftentlassungsgesuchs ausgeführt, besteht ein eminentes öffentliches Interesse am Vollzug der Landesverweisung, die gegen den Beurteilten wegen seiner wiederholten Straffälligkeit (mehrere Verurteilungen wegen Gewaltdelikten und sexuellen Handlungen mit Kinder) ausgesprochen wurde. Mit der Durchsetzungshaft wird der Vollzug der Landesverweisung sichergestellt. Mildere Mittel bei einer Freilassung wie Eingrenzung oder Leistung einer Kautions sind nicht zielführend. Nicht nur würde dies die vom Beurteilten ausgehende Gefährdung der Öffentlichkeit (vgl. BGer 6B\_551/2021 vom 17. September 2021 E. 3.4) nicht bannen. Bei einer Entlassung aus der Haft besteht unverändert eine grosse Gefahr, dass er untertauchen würde, um sich der drohenden Ausschaffung zu entziehen. Die

Durchsetzungshaft ist im Gegensatz zu den genannten milderer Mitteln durchaus geeignet, den Beurteilten zu einem Umdenken zu bewegen und seine Kooperation zu bewirken, zumal er einsehen muss, dass sich seine Angaben zu seiner Identität nicht länger aufrechterhalten lassen. Sowohl im Irak wie auch in Deutschland, wo er unter dem Namen A\_\_\_\_\_ ein Asylgesuch gestellt haben will, haben sich seine Identitätsangaben nicht verifizieren lassen. Immerhin hat der Beurteilte heute seine Bereitschaft erklärt, sein Handy zur Verfügung zu stellen, damit das Migrationsamt dieses auf Hinweise zu seiner Identität durchsuchen kann (Verhandlungsprotokoll, S. 4). Allerdings wird er diese Bereitschaft noch unter Beweis stellen müssen. Auch wenn sich der Beurteilte bereits seit über 9 Monaten in ausländerrechtlich motivierter Haft befindet, so ist die bisherige Haftdauer noch weit entfernt von der maximalen Gesamtdauer von 18 Monaten, wie sie insbesondere zulässig ist, wenn die betroffene Person nicht mit der zuständigen Behörde kooperiert (Art. 79 AIG). Die Anordnung der Durchsetzungshaft erweist sich damit als angemessen.

3.5 Die angeordnete Durchsetzungshaft erweist sich nach dem Gesagten als recht- und verhältnismässig. Das Migrationsamt hat das Ende der Durchsetzungshaft mit dem 9. März 2023 angegeben. Gemäss Art. 78 Abs. 2 AIG kann die Durchsetzungshaft erstmalig nur für die Dauer von einem Monat angeordnet werden. Die Anordnungsverfügung datiert allerdings vom 27. Januar 2023, so dass die Durchsetzungshaft entsprechend nur bis zum 27. Februar 2023 bestätigt werden kann.

#### **E. 4**

Für das Gerichtsverfahren werden keine Kosten erhoben (§ 4 Gesetz über den Vollzug der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, SG 122.300). Der Beurteilte hat um unentgeltliche Verbeiständung ersucht. Vorliegend wurde eine bestehende Ausschaffungshaft in eine Durchsetzungshaft umgewandelt, deren Überprüfung mit rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden ist, denen der Beurteilte infolge beschränkter Kenntnisse der deutschen Sprache und der hiesigen Verhältnisse nicht gewachsen ist. Angesichts dessen rechtfertigt es sich, dem Beurteilten die unentgeltliche Verbeiständung zu gewähren. Bei einem ausgewiesenen Aufwand von insgesamt 5,42 Stunden à CHF 200.■ ergibt sich eine Entschädigung des unentgeltlichen Beistands von CHF 1'084.■ zuzüglich MWST.

Demgemäss erkennt der Einzelrichter:

://: Die über A\_\_\_\_\_ angeordnete Durchsetzungshaft wird bestätigt bis zum 27. Februar 2023.

In Gutheissung der unentgeltlichen Rechtspflege wird dem Rechtsbeistand von A\_\_\_\_\_, [...], ein Honorar von CHF 1'084.■ (einschliesslich Auslagen), zuzüglich 7,7 % MWST von CHF 83.45 aus der Gerichtskasse ausgerichtet.

Mitteilung an:

VERWALTUNGSGERICHT BASEL-STADT

Der Einzelrichter 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.

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