

GR_GERICHTE SK2 2021 61 vom 31. August 2021

GR Gerichte, 2021-08-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK2 2021 61](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK2_2021_61)

FR: GR_GERICHTE SK2 2021 61 du 31 août 2021

IT: GR_GERICHTE SK2 2021 61 del 31 agosto 2021

Regeste

Überprüfung der Dublin-Haft | Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

Erwägungen

E. 1

Eintretensvoraussetzungen und Beschwerdeverfahren

E. 1.1

Gemäss Art. 21a des Einführungsgesetzes zur Ausländer- und Asylgesetzgebung des Bundes (EGzAAG; BR 618.100) in Verbindung mit Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO kann gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts beim Kantonsgericht Beschwerde geführt werden, wobei die Bestimmungen über die strafrechtliche Beschwerde sinngemäss gelten. Die Beschwerde ist somit innert 10 Tagen schriftlich und begründet einzureichen (Art. 396 Abs. 1 StPO). Mit dem angefochtenen Entscheid wurde die gegen den Beschwerdeführer angeordnete Ausschaffungshaft bestätigt, wodurch er offensichtlich beschwert ist. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

E. 1.2

Das Beschwerdeverfahren ist unter Vorbehalt von Art. 390 Abs. 5 StPO ein schriftliches und nicht öffentliches Verfahren (Art. 397 Abs. 1 StPO). Es richtet sich nach den Regeln der Art. 69 Abs. 3 lit. c und Art. 390 ff. StPO. Die Beschwerde stellt gemäss Art. 393 Abs. 2 StPO ein umfassendes ordentliches Rechtsmittel dar. Sie kann – wenn die entsprechende Verfahrenshandlung beschwerdefähig ist – ohne Einschränkung erhoben werden. Mit der Beschwerde können alle Mängel des angefochtenen Entscheids geltend gemacht werden. Die Rechtsmittelinstanz verfügt über eine volle Kognition und ist befugt und verpflichtet, die ihr unterbreitete Sache frei und umfassend zu prüfen (vgl. Patrick Guidon, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, N 15 zu Art. 393 StPO).

E. 5

/ 17 2. Anträge und Rügen Vorliegend beantragt der Beschwerdeführer in der Hauptsache, dass der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und er aus der Haft zu entlassen sei. Dabei macht er einerseits verschiedene Verfahrensfehler der Vorinstanz geltend, namentlich eine Verletzung von Art. 80a AIG und des rechtlichen Gehörs. Andererseits bestreitet er auch das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen der angeordneten Dublin-Haft. Dies ist im Folgenden zu prüfen. 3. Verfahrensrechtliche Rügen 3.1. Bei der Dublin-Haft kann eine ausländische Person in Haft genommen werden, wenn sie in den für das Asylverfahren zuständigen Dublin-Staat weggeschickt werden soll und die Haft zur Sicherstellung der Wegweisung notwendig ist. Wird die Dublin-Haft vom Kanton gemäss Art. 80a Abs. 1 lit. b

AIG angeordnet, so wird die Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Haft auf Antrag der inhaftierten Person durch eine richterliche Behörde in einem schriftlichen Verfahren überprüft. Diese Überprüfung kann jederzeit beantragt werden (Art. 80a Abs. 3 AIG). Anders als im Anwendungsbereich von Art. 80 AIG findet eine richterliche Prüfung bei der Anordnung von Dublin-Haft damit nur auf Beschwerde der betroffenen Person hin statt. Das Gesetz setzt dabei – ebenfalls im Gegensatz zu Art. 80 Abs. 2 AIG – keine nach Stunden oder Tagen bestimmte Frist fest, innert welcher diese beschwerdeweise Prüfung der Dublin-Haft stattfinden muss. 3.2. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die Haftüberprüfung der Vorinstanz nicht innert der Frist von 96 Stunden nach Einreichung des Gesuchs erledigt worden und damit Art. 80 Abs. 2 AIG verletzt sei. Seiner Meinung nach ist diese Bestimmung auch auf die Haftüberprüfung im Dublin-Verfahren nach Art. 80a AIG anwendbar. Der in der früheren Fassung von Art. 80a AIG enthaltene Verweis auf Art. 109 AsylG sei per 1. März 2019 gestrichen worden. Daher finde die Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 142 I 135), welches für die Haftüberprüfung im Dublin-Verfahren eine längere Frist für zulässig erachtete, keine Anwendung mehr. Es sei daher angezeigt, auch hierfür die in Art. 80 Abs. 2 AIG statuierte Frist von 96 Stunden heranzuziehen, zumal es sich um die allgemeine Regelung zur Haftüberprüfung handle (act. A.1, N 11 ff.). Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Art. 80a AIG sieht im Gegensatz zu Art. 80 AIG keine gesetzliche Behandlungsfrist vor. Sowohl die Lehre (Martin Businger, *Ausländerrechtliche Haft*, Zürich 2015, S. 229 ff.; Andreas Zünd, in: *Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht*, 5. Aufl., Zürich 2019, N 1 zu

E. 5.1

Neben dem Vorliegen von konkreten Anzeichen, dass die Person sich der Durchführung der Wegweisung entziehen will, muss die angeordnete Haft auch verhältnismässig sein. So ist eine Haft nur zulässig, wenn nicht bereits eine weniger einschneidende Massnahme hinreichend wirksam wäre (Art. 76a Abs. 1 lit. c AIG) und sich die Festhaltung insgesamt als verhältnismässig erweist (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV; Art. 76a Abs. 1 lit. b AIG). Die Haft muss aufgrund sämtlicher Umstände geeignet und erforderlich sein, um die Überstellung an den zuständigen Dublin-Staat sicherzustellen; zudem hat sie in einem sachgerechten und zumutbaren Verhältnis zum angestrebten Zweck zu stehen (vgl. BGE 142 I 135 E. 4.1). Als weniger einschneidende Massnahmen kommen namentlich eine Meldepflicht oder eine Eingrenzung in Betracht (Zünd, a.a.O., N 2 zu Art. 76a AIG).

E. 5.2

Die Vorinstanz hat auch die Verhältnismässigkeit der Haft bejaht und brachte begründend vor, dass mildere Massnahmen vorliegend nicht zielführend seien. Der Beschwerdeführer habe selbst gesagt, dass er nicht in die E._____ zurückkehren werde; darauf sei er zu behaften. Dass er für die Rückkehr nach C._____ eine Entschädigung fordere, zeige seine Haltung deutlich auf und entlarve das Asylgesuch (act. B.2, S. 4)

E. 5.3

Der Beschwerdeführer rügt diese Feststellungen der Vorinstanz. Er bringt vor, dass die Haftanordnung unverhältnismässig sei, da die Haft im Rahmen des Dublin-Verfahrens nur als ultima ratio angeordnet werden dürfe. Das AFM und die Vorinstanz seien ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass keine weniger eingreifenden Massnahmen ■ wie beispielsweise eine Eingrenzung ■ beste-

E. 5.4

Das AFM bringt bezüglich der Verhältnismässigkeit vor, dass es sich beim Beschwerdeführer nicht um eine Person handle, die je angegeben habe, freiwillig aus der Schweiz auszureisen. Seine Vergangenheit zeige auf, dass er sich nicht an behördliche Anordnungen halte, da er trotz Einreiseverbot und ohne notwendige Dokumente in die Schweiz eingereist sei. Zudem habe er bereits gedroht, dass er die Einhaltung der Covid-Vorschriften für eine Ausreise und ein Einstieg in das Flugzeug nach Amsterdam verweigern würde. Seine Begründung, Privates zu erledigen, könne nicht genügen. Rückführungen nach Amsterdam seien zudem möglich (act. A.2, N 6).

E. 5.5

Dem Beschwerdeführer ist grundsätzlich zuzustimmen, wenn er festhält, dass Haft im Rahmen des Dublin-Verfahrens zurückhaltend anzuordnen ist. Regelmässig ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsbeurteilung einer Eingrenzung gegenüber einer Haft der Vorzug zu geben (vgl. Rechtsprechung VGer ZH VB.2020.00567 v. 15.09.2020 E. 6.2 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer hat – wie ausführlich dargelegt – jedoch bereits wiederholt gezeigt, dass er eine Wegweisung nicht akzeptiert und willig ist, trotz Einreiseverbot in die Schweiz zurückzukehren. Es ist deshalb nicht anzunehmen, dass er freiwillig ausreisen würde. Im Gegenteil ist dies nach seinen eigenen Aussagen an der Befragung vom 28. Juli 2021 auszuschliessen. Dasselbe ist in Bezug auf die Massnahme der Eingrenzung festzuhalten. Einerseits hat er selbst angegeben, dass er nach F. _____ wolle, was eine Einhaltung einer Eingrenzung in Graubünden als unwahrscheinlich erachten lässt. Andererseits wäre eine Eingrenzung kaum geeignet, um der festgestellten erheblichen Untertauchungsgefahr zu begegnen. Bei der Prüfung der Angemessenheit zu berücksichtigen ist schliesslich, dass dem Beschwerdeführer aufgrund vergangener Erfahrungen bewusst war, dass er bei einer Einreise in die Schweiz mit Ausschaffungshaft konfrontiert werden könnte. Trotzdem hat er sich dazu entschieden, diese Massnahme in Kauf zu nehmen und in die Schweiz einzureisen. In eigener Abwägung hat er das Risiko einer Haft dem entsprechend offenbar als angemessen erachtet. Die vorliegend angeordnete Dublin-Ausschaffungshaft erweist sich dem entsprechend als geeignet und notwendig, um die Wegweisung des Beschwerdeführers durchzuführen. Zudem ist die Massnahme auch als angemessen zu beurteilen. Mildere Massnahmen sind keine ersichtlich.

E. 5.6

Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen von Art. 76a AIG erfüllt, namentlich ist die angeordnete Dublin-Haft als verhältnismässig zu qualifizieren. Der Beschwerdeführer ist damit in Haft zu belassen. 6. Unentgeltliche Rechtspflege 6.1.1. Der Beschwerdeführer beantragt vorliegend die Einsetzung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands. Gemäss Art. 19 Abs. 2 EGzAAG wird der inhaftierten Person von der richterlichen Behörde ein amtlicher Rechtsbeistand bestellt, wenn sie mittellos ist, rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten bestehen, die tatsächliche oder beantragte Haftdauer drei Monate übersteigt und das Begehren nach einem Rechtsbeistand geäussert wird. Die Voraussetzungen müssen jeweils kumulativ erfüllt sein. Dem entsprechend besteht grundsätzlich kein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, wenn – wie vorliegend – die beantragte Haftdauer drei Monate nicht übersteigt. Dies entspricht einem bewussten gesetzgeberischen Entscheid. Im Übrigen hat auch das Bundesgericht darauf hingewiesen, aus Art. 29 Abs. 3 BV lasse sich – im Sinne einer verfassungsrechtlichen Minimalgarantie – ein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand grundsätzlich erst nach drei Monaten Haft ableiten (BGE 139 I 206 E. 3.3; 134 I 92 E. 3.2.3; 122 I 49 E.

2c/cc; vgl. ferner Zünd, a.a.O., N 4 zu Art. 80 AIG). Liegt die tatsächliche oder beantragte Haftdauer unter drei Monaten, ist eine unentgeltliche Verbeistän- dung somit nicht vorbehaltlos geboten, sondern nur dann, wenn der Fall besonde- re Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur stellt. Der mit dem haftrich- terlichen Entscheid verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen ist zwar nicht zu unterschätzen; er wiegt aber nicht derart schwer, dass bereits in die- sem Verfahrensabschnitt auf das Erfordernis besonderer Schwierigkeiten rechtli- cher oder tatsächlicher Natur zu verzichten wäre (BGE 122 I 275 E. 3b; bestätigt in BGer 2C_906/2008 v. 28.4.2009 E. 2.2.2). Als besondere Schwierigkeiten fallen nicht nur Umstände wie Kompliziertheit der Rechtsfragen, Unübersichtlichkeit des Sachverhalts und dergleichen in Betracht, sondern insbesondere auch in der Per- son des vom Freiheitsentzug Bedrohten liegende Gründe, wie etwa dessen Fähig- keiten, sich im Verfahren zurecht zu finden (vgl. BGE 122 I 49 E. 2c/bb m.w.H.). 6.1.2. Der Beschwerdeführer bringt vor, es sich vorliegend um einen Dublin-Fall handle, wo gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits ab Haftanord- nung Anspruch auf unentgeltliche rechtliche Vertretung bestehe (BGE 143 II 361 E. 3.2). Diesem Vorbringen ist teilweise zuzustimmen. Art. 9 Abs. 6 der Richtlinie 2013/33/EU hält fest, dass die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen haben, dass bei der erstmaligen richterlichen Prüfung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Haft die Antragsteller unentgeltliche Rechtspflege in Anspruch nehmen kön-

E. 6

/ 17 Art. 80a AIG) wie auch die Rechtsprechung (BGE 142 I 135 E. 3) sehen den Grund für die unterschiedliche Regelung darin, dass die Haftüberprüfung nach Art. 80 AIG von Amtes wegen in einem mündlichen Verfahren erfolgt, während die Überprüfung nach Dublin-Verfahren lediglich auf Antrag der betroffenen Person hin und in einem schriftlichen Verfahren geschieht. Die Erwägungen des Bundes- gerichts in BGE 142 I 135 gelten daher inhaltlich unverändert, auch wenn der ge- setzliche Verweis auf das Asylgesetz entfallen ist. Die zulässige Verfahrensdauer richtet sich dem entsprechend nach den Umständen des Einzelfalls. Immerhin sollte sie nicht deutlich länger sein als die in Art. 80 Abs. 2 AIG vorgesehenen 96 Stunden. Diese Vorgaben wurden vorliegend eingehalten; die Rüge erweist sich demnach als unbegründet. 3.3. Weiter rügt der Beschwerdeführer, die Fristansetzung an das AFM Graubünden für die Stellungnahme zum Gesuch des Beschwerdeführers sei so angesetzt worden, dass der Beschwerdeführer seine Stellungnahme dazu nicht mehr rechtzeitig habe einreichen können. So habe die Vorinstanz dem AFM bis am 9. August 2021 um 12:00 Uhr Frist zur Stellungnahme angesetzt, gleichzeitig sei die 96-Stunden-Frist spätestens an diesem Tag um 12.35 Uhr abgelaufen. Die Vorinstanz habe seine Rechtsvertretung am Nachmittag des 9. August 2021 zwar telefonisch zwecks Fristansetzung zur Stellungnahme kontaktiert. Zu diesem Zeit- punkt sei die 96-Stunden Frist aber bereits abgelaufen gewesen. Da eine Einwilli- gung zur Stellungnahme ein Einverständnis in die Überschreitung der 96-Stunden Frist bedeutet hätte, sei der Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts nicht nur ohne Möglichkeit des Beschwerdeführers, zu den Ausführungen des Migrations- amtes Stellung zu nehmen, ergangen, sondern auch ausserhalb der vorgeschrie- benen Frist von 96 Stunden (act. A.1, N 15 ff.). Aus diesen Ausführungen des Beschwerdeführers folgt, dass dieser ■ bezie- hungsweise dessen Rechtsvertretung ■ auf die Einreichung einer Stellungnahme freiwillig verzichtete, weil er davon ausging, daraus könne ein Einverständnis zur Überschreitung der 96-Stunden Frist abgeleitet werden. Wie dargelegt, basieren diese Ausführungen auf einer falschen Rechtsauffassung hinsichtlich der Geltung der 96-Stunden Frist (siehe E. 3.2). Der

Beschwerdeführer war anwaltlich vertreten, wobei ■ wie die Beschwerdeschrift zeigt ■ der Vertretung die aktuelle Rechtsprechung (BGE 142 I 135; Nichtanwendbarkeit der 96-Stunden Frist im Dublin-Verfahren) bekannt war. Bei einem freiwilligen Verzicht auf die Abgabe einer Stellungnahme liegt aber offensichtlich keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, womit die Rüge unbegründet ist.

E. 7

/ 17 3.4. Zusammenfassend sind die verfahrensrechtlichen Rügen des Beschwerdeführers unbegründet, namentlich, weil die Frist in Art. 80 Abs. 2 AIG im Dublin-Verfahren nicht direkt anwendbar ist. Zu prüfen bleibt damit, ob die Haftanordnung in materieller Hinsicht rechtmässig erfolgt ist.

4. Haftgründe 4.1. Art. 76a AIG legt die materiellen Voraussetzungen für eine Dublin-Haft fest. Nach Art. 76a Abs. 1 AIG kann eine Person zur Sicherstellung einer Wegweisung im Einzelfall in Haft genommen werden, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die Person sich der Durchführung der Wegweisung entziehen will (lit. a); die Haft verhältnismässig ist (lit. b); und sich weniger einschneidende Massnahmen nicht wirksam anwenden lassen (lit. c mit Verweis auf Art. 28 Abs. 2 der Verordnung [EU] Nr. 604/2013). Die Anzeichen für eine Vereitelung müssen erheblich sein (vgl. BGer 2C_101/2017 v. 01.03.2017 E. 2.3.2). Die konkreten Anzeichen, welche befürchten lassen, dass sich die betroffene Person der Durchführung der Wegweisung entziehen will, hat der Gesetzgeber in Art. 76a Abs. 2 AIG abschliessend umschrieben. Für sich allein kein zulässiger Grund zur Inhaftierung einer Person ist gemäss Art. 28 Abs. 1 Dublin-III-Verordnung der Umstand, dass sie sich in einem Dublin-Verfahren befindet.

4.2. Vorliegend hat die Vorinstanz die Haftgründe in Art. 76a Abs. 2 lit. a und b AIG bejaht. Gemäss Art. 76a Abs. 2 lit. a AIG bestehen namentlich dann konkrete Anzeichen dafür, dass sich eine Person der Durchführung der Wegweisung entziehen will, wenn sie im Asyl- oder Wegweisungsverfahren Anordnungen der Behörden missachtet, insbesondere indem sie sich weigert, ihre Identität offenzulegen. Dasselbe gilt, wenn ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt (Art. 76a Abs. 2 lit. b AIG). Die beiden Haftgründe werden in der Praxis zur analogen Bestimmung in Art. 76 AIG zum Haftgrund der "Untertauchensgefahr" zusammengefasst (vgl. Rechtsprechung zu Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AIG: BGer 2C_871/2012 v. 28.1.2013 E. 4.1 mit Hinweisen). Untertauchensgefahr liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sich die ausländische Person der Ausschaffung entziehen will, insbesondere, weil ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich den Anordnungen der Ausländerbehörde im Zusammenhang mit ihrer Ausschaffung widersetzen wird. Dies ist regelmässig der Fall, wenn sie bereits einmal untergetaucht ist, durch erkennbare ungläubwürdige und widersprüchliche Angaben die Vollziehungsbemühungen zu erschweren versucht oder sonst klar zu erkennen gibt, dass sie nicht bereit ist, in ihre Heimat zurückzukehren (vgl. BGer 2C_442/2020 v. 24.6.2020 E. 3.1). Neben den beiden

E. 7.1

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Vorliegend unterliegt

E. 7.2

Gemäss Art. 436 Abs. 2 StPO hat eine beschuldigte Person Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für ihre Aufwendungen, wenn sie in einem Rechtsmittelverfahren in einem

Nebenpunkt – und nicht in Bezug auf Freispruch oder Verfahrenseinstellung – obsiegt. Diese Bestimmung ist für den vorliegenden Fall analog anzuwenden, namentlich da unabhängig davon der Grundsatz gilt, dass bei Übernahme der Kosten durch die Staatskasse die beschuldigte Person Anspruch auf Entschädigung hat. Im Falle einer teilweisen Kostenaufgabe ist eine entsprechend gekürzte Entschädigung zuzusprechen (vgl. BGE 137 IV 352 E. 2.4.2; BGer 6B_115/2019 v. 15.05.2019 E. 5.2). Entsprechend ist der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren nur anteilmässig mit 1/5 zu entschädigen. Vorliegend hat der Beschwerdeführer eine Honorarnote eingereicht und macht Aufwendungen im Umfang von CHF 1'448.80 geltend. Davon ist ihm 1/5 und damit CHF 290.00 zu entschädigen.

E. 8

/ 17 genannten Haftgründen hat die Vorinstanz auch den Haftgrund in Art. 76a Abs. 2 lit. e AIG bejaht. Demnach liegt ein weiteres Anzeichen für einen möglichen Entzug vor, wenn eine Person trotz Einreiseverbot das Gebiet der Schweiz betritt und nicht sofort weggewiesen werden kann. 4.3. Die Vorinstanz hat die Haftgründe gemäss Art. 76a Abs. 2 lit. a, Art. 76a Abs. 2 lit. b und Art. 76a Abs. 2 lit. e AIG als offensichtlich gegeben erachtet. In Bezug auf Art. 76a Abs. 2 lit. a AIG führte sie begründend aus, dass der Beschwerdeführer die Wegweisungsverfügung der Behörden missachtet und sich geweigert habe, seine Identität offen zu legen, womit er seine Mitwirkungspflicht verletzt habe. Weiter focht sich der Beschwerdeführer nachhaltig um jegliche Anordnungen, woraus zu schliessen sei, dass er sich auch weiterhin behördlichen Anordnungen widersetze (Art. 76a Abs. 2 lit. b AIG). Der Beschwerdeführer habe zudem die Schweiz betreten, obwohl gegen ihn ein Einreiseverbot bestehe, womit er damit Art. 76a Abs. 2 lit. e AIG erfülle (act. B.2, S.4). 4.4. Der Beschwerdeführer rügt, dass die Schlussfolgerungen der Vorinstanz unbegründet seien. Entgegen den Behauptungen der Vorinstanz habe er die Wegweisungsverfügung nicht missachten können, zumal er sich seit dem 7. Juli 2021 in Haft befinde und der Wegweisungsentscheid des SEM am 22. Juli 2021 ergangen sei. Die fehlenden Ausweispapiere seien zudem – wie er bereits im vorgängigen Verfahren dargelegt habe – im Besitz der E._____ Behörden, was er auch an der Kurzbefragung am 28. Juli 2021 mitgeteilt habe. Damit zeige er, dass er mit den Behörden kooperieren wolle, indem er diesen alle bekannten Informationen zukommen lasse. Aus den Ausführungen der Vorinstanz werde zudem nicht klar, über welche Anordnungen er sich hinweggesetzt haben solle (act. A.1, N 21). Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, dass ihm nicht vorgeworfen werden könne, dass er nicht freiwillig zurückgereist sei. Erstens habe er dazu nie die Möglichkeit gehabt, zweitens sei eine solche Rückreise aktuell aufgrund der Covid-Pandemie und entsprechenden Anweisungen des SEM nicht möglich (act. A.1, N 22). Verschärfend komme hinzu, dass erhebliche Fluchtgefahr bestehen müsse, damit die Inhaftierung zulässig sei. Die Vorinstanz und das Migrationsamt hätten diese Voraussetzung nie bejaht, womit sie diese entweder nicht geprüft hätten, oder von einem unzulässigen Automatismus ausgehen würden, wonach ein Haftgrund automatisch eine erhebliche Fluchtgefahr darstelle. Selbst wenn vorliegend eine Untertauchungsgefahr bejaht werden würde, sei diese derart klein, dass keineswegs von einer erheblichen Fluchtgefahr gesprochen werden können (act. A.1, N 23).

E. 9

/ 17 4.5. In seiner Vernehmlassung vom 23. August 2021 bestritt das AFM Graubünden die Ausführungen des Beschwerdeführers. Dieser habe sich bereits in vielen europäischen

Staaten aufgehalten, weshalb ihm die Bestimmungen des Dubliner Übereinkommens bekannt seien. Unter anderem habe er auch in der Schweiz bereits zwei Verfahren durchlaufen; das nach dem ersten Asylverfahren durch das SEM verhängte Einreiseverbot sei nach dem zweiten Verfahren verlängert worden. Bei beiden Gelegenheiten habe er diesbezüglich rechtliches Gehör erhalten, weshalb er genau wisse, dass er die Schweiz bis am 19. Januar 2024 nicht betreten dürfe. Der Beschwerdeführer habe sich zudem bereits in G._____, B._____, H._____, I._____ und E._____ aufgehalten und dort Asylgesuche eingereicht. Sofern er das Land, in welchem er seine Dokumente angeblich abgegeben habe, ordnungsgemäss verlassen hätte, hätte er nach Ansicht des AFM auch seine Dokumente zurückerhalten. Da er diese nicht vorweisen könne, sei davon auszugehen, dass er sich auch in diesen Ländern nicht an die Mitwirkungspflicht gehalten habe. Das er seit Jahren nicht einmal Kopien vorlege, zeige, dass er kein Interesse daran habe, den Behörden seine Identität offenzulegen. Nachdem der Beschwerdeführer zudem mehrfach vorgebracht habe, dass er nicht in die E._____ zurückkehren wolle, stehe auch fest, dass er nie ernsthaft in Betracht gezogen habe, einer allfälligen Ausreisepflicht selbständig nachzukommen (act. A.2, N 5 ff.). 4.6. Der Beurteilung der Vorinstanz und des AFM Graubünden ist vorliegend zuzustimmen. Unstrittig ist der Beschwerdeführer trotz Einreiseverbot wiederholt in die Schweiz eingereist, obwohl ihm das Einreiseverbot bekannt war. Dieses war ihm am 14. Januar 2019 und am 19.02.2021 (Verlängerung bis am 19. Januar 2024) eröffnet worden (vgl. ZMG act. 6.3, 6.4). Zumindest ein konkretes Anzeichen dafür, dass sich der Beschuldigte der Wegweisung entziehen will, ist damit offensichtlich erfüllt (76a Abs. 2 lit. e AIG). Ob weitere Haftgründe vorliegen, können damit grundsätzlich offenbleiben. Trotzdem bestehen starke Anzeichen dafür, dass auch eine Untertauchungsgefahr im Sinne von Art. 76a Abs. 2 lit. b AIG zu bejahen ist. So hat sich der Beschwerdeführer trotz einem offenbar hängigen Asylverfahren in den E._____ in einem halben Jahr mindestens zweimal rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten. In Übereinstimmung mit der AFM ist es zumindest wahrscheinlich, dass er sich so dem laufenden Asylverfahren in den E._____ entzogen hat. Auch, dass er zusätzlich in mehreren anderen Ländern Asylgesuche eingereicht hat, weist nicht darauf hin, dass er Anordnungen der Behörden akzeptieren will. Vielmehr ist davon auszugehen, dass er die Verfahrensabläufe im Dublin-System auszunutzen versucht, indem er vor oder nach Vorliegen eines Asylentscheids in ein anderes europäisches Land ausreist und so

E. 10

/ 17 eine Wegweisung verhindert. Diese Beurteilung wird durch die eigenen Aussagen des Beschwerdeführers untermauert. Anlässlich der Befragung vom 28. Juli 2021 wies er explizit darauf hin, dass er das Einreiseverbot nicht akzeptiere und wieder in die Schweiz zurückkehren werde (ZMG act. 6.15, S. 3). Zudem kündigte er heftigen Widerstand gegen die Ausreise an (Hungerstreik, Verweigerung eines Covid-Tests und des Rückflugs; vgl. ZMG act. 6.15, S. 1, 2). Die genannten Anzeichen für eine Untertauchungsgefahr sind deshalb zweifellos als erheblich im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu beurteilen. Im Ergebnis sind damit mindestens zwei Haftgründe zu bejahen, womit die Voraussetzung von Art. 76a Abs. 1 lit. a AIG erfüllt ist. Ob dem Beschwerdeführer auch eine Verletzung der Mitwirkungspflicht im Sinne von Art. 76a Abs. 2 lit. a AIG vorgeworfen werden kann, kann damit offengelassen werden. 5. Verhältnismässigkeit

E. 11

/ 17 hen würden, um die Vollstreckung der Rückweisung sicherzustellen. Die Vorinstanz sei zwingend gehalten gewesen, mildere Massnahmen zu prüfen. Dies habe sie unterlassen, was eine Verletzung von Art. 5 EMRK und der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG darstelle (act. A.1, N 24 ff.).

E. 12

/ 17

E. 13

/ 17 nen. Dabei umfasst die Rechtsberatung und –vertretung zumindest die Vorbereitung der erforderlichen Verfahrensdokumente und die Teilnahme an der Verhandlung im Namen des Inhaftierten vor den Justizbehörden. Der Gesetzeswortlaut dieser Bestimmung eröffnet den Staaten nicht die Möglichkeit, die unentgeltliche Rechtspflege vom Erfordernis konkreter Erfolgsaussichten abhängig zu machen. Durch den in Art. 28 Abs. 4 Dublin-Verordnung (Verordnung EU Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist; ABl. L 180 vom 29. Juni 2013 S. 31-59) enthaltenen Verweis wird diese Regelung durch Inkorporation Teil der Dublin-Verordnung und ist als solche auch im Verhältnis zur Schweiz anwendbar. Daraus folgt, dass das Recht auf unentgeltliche Verbeiständung anlässlich der erstmaligen richterlichen Überprüfung der Dublin-Haft nicht von den Erfolgsaussichten in der Sache selbst abhängig gemacht werden kann und, anders als bei ausländerrechtlicher Haft üblich, auch nicht erst nach einem bestimmten Zeitablauf entsteht (vgl. BGE 143 II 361 E. 3.2, 3.3 mit weiteren Hinweisen). 6.1.3. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass dem Beschwerdeführer vor erster Instanz die unentgeltliche Verbeiständung zu Unrecht verwehrt worden ist, da die Vorinstanz die Verweigerung der unentgeltlichen Verbeiständung mit fehlenden rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten begründet hat (act. B.2, S. 4). Die Vorinstanz durfte dieses Kriterium und die Länge der Haftdauer im vorliegenden Dublin-Verfahren nicht berücksichtigen. Sie hätte dem Beschwerdeführer aufgrund der offensichtlichen Mittellosigkeit die unentgeltliche Verbeiständung gewähren müssen. In diesem Sinne ist das Urteil des Einzelrichters am Zwangsmassnahmengericht des Kantons Graubünden vom 9. August 2021 insoweit aufzuheben, als der Antrag auf unentgeltliche Verbeiständung abgewiesen wurde. In den Akten des Beschwerdeverfahrens ist die Honorarnote für das erstinstanzliche Verfahren enthalten, weshalb im vorliegenden Beschwerdeverfahren reformativ über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren entschieden werden kann. Frau Rechtsanwältin Lea Hungerbühler wird dem entsprechend für das vorinstanzliche Verfahren als unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt; die Entschädigung wird antragsgemäss auf CHF 1'141.30 festgesetzt. 6.1.4. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist Art. 9 Abs. 6 der Richtlinie 2013/33/EU für das Beschwerdeverfahren nicht anwendbar. Die Bestimmung sieht einzig vor, dass das Recht auf unentgeltliche Verbeiständung anlässlich der

E. 14

/ 17 erstmaligen richterlichen Überprüfung der Dublin-Haft nicht von den Erfolgsaussichten in der Sache selbst abhängig gemacht werden (vgl. auch BGE 143 II 361 E. 3.2, 3.3). Dies ist mit der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege vor dem

Zwangsmassnahmengericht Graubünden erfüllt. In diesem Sinne wird Art. 19 Abs. 2 EGzAAG im Beschwerdeverfahren nicht durch nationales oder internationales Recht derogiert, womit die Voraussetzungen der Bestimmung im Beschwerdeverfahren anwendbar sind. Diesbezüglich erfüllt der Beschwerdeführer die Voraussetzung der Mittellosigkeit. Da die Haft weniger als 3 Monate dauert und damit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung noch kein besonders schwerer Eingriff in die Rechte des Beschwerdeführers vorliegt (vgl. Businger, a.a.O., S. 287), wird zusätzlich verlangt, dass rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten vorliegen. In Bezug auf das Hauptbegehren der Haftentlassung sind solche Schwierigkeiten jedoch zu verneinen. Dem Beschwerdeführer ist das Dublin-Verfahren aus eigener Erfahrung bekannt; seine Untertauchungsgefahr lässt sich in Anbetracht seines Verhaltens in der Vergangenheit nicht ernsthaft bestreiten, zumal er selbst wiederholt angegeben hat, nicht zurückkehren zu wollen. Allein der Status als asylsuchende Person, die sich weder mit der Sprache noch mit dem Rechtssystem auskennt, vermag keine besonderen Schwierigkeiten zu begründen, denn andernfalls wäre das Kriterium der besonderen Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur überflüssig, da sich fehlende Sprach- und Rechtskenntnisse praktisch bei jeder von einer ausländischen Haft betroffenen Person ins Feld führen liessen (vgl. hierzu KGer GR SK2 21 4 v. 12.2.2021 E. 8.3.2). Anders ist die Situation einzig hinsichtlich des Antrags um unentgeltliche Rechtspflege vor der ersten Instanz zu beurteilen. Diesbezüglich ist wie dargelegt eine EU-Richtlinie anwendbar, was als Ausnahmefall zum üblichen Haftverfahren nicht ohne weiteres ersichtlich ist und eine rechtliche Schwierigkeit darstellt. Das Vorliegen einer rechtlichen Schwierigkeit in einem Nebenbegehren rechtfertigt es jedoch nicht, die ganze Beschwerde als rechtlich und tatsächlich schwierig zu beurteilen. Der Beschwerdeführer hätte die Möglichkeit gehabt, auch nur diesen Punkt anzufechten. Die unentgeltliche Verbeiständung kann zudem auch nur teilweise gewährt werden, wenn mehrere selbständige Rechtsbegehren gestellt werden und unabhängig voneinander beurteilt werden können (BGE 139 III 396 E. 4.1). Dem entsprechend rechtfertigt es sich vorliegend, die unentgeltliche Verbeiständung abzuweisen. Im Umfang der Gutheissung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren ist der Beschwerdeführer jedoch für seine Aufwendungen zu entschädigen (siehe E. 7 f.).

E. 15

/ 17 6.2.1. Der Beschwerdeführer beantragt weiter, es sei ihm auch die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren. Der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung bzw. einen unentgeltlichen Rechtsbeistand beurteilt sich im Haftverfahren grundsätzlich nach kantonalem Verfahrensrecht (vgl. Andreas Zünd, a.a.O., N 4 zu Art. 80 AIG). Gemäss Art. 27 Abs. 1 EGzAAG in Verbindung mit Art. 76 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) kann das Gericht einer Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, die unentgeltliche Prozessführung bewilligen, sofern ihr Rechtsstreit nicht offensichtlich mutwillig oder von vornherein aussichtslos ist (dazu grundlegend KGer GR SK2 16 4 v. 12.2.2016 E. 4). Als aussichtslos gelten Verfahren, bei denen die Gewinnchancen beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahr und daher kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahr ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen

würde, nicht allein deshalb anstrengen können, weil er nichts kostet (vgl. BGE 122 I 267 E. 2b). 6.2.2. Hinsichtlich der Kosten für das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht in Höhe von CHF 500.00 wurde dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung gewährt, was im Hinblick auf Art. 9 Abs. 6 der Richtlinie 2013/33/EU als richtig erscheint. Für das Beschwerdeverfahren ist die unentgeltliche Prozessführung jedoch abzulehnen. Angesichts des offensichtlich gegebenen Haftgrunds von Art. 76a Abs. 2 lit. e AIG, des Verhaltens des Beschwerdeführers in der Vergangenheit und seines fehlenden Bezugsnetzes in der Schweiz, ist die Beschwerde als aussichtslos zu beurteilen. Nichts daran zu ändern vermögen die verfahrensrechtlichen Rügen, da diese offensichtlich der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zuwiderliefen und keine erheblichen Gründe vorlagen, weshalb von dieser Rechtsprechung abzuweichen sei. Auch hier gilt, dass das Vorliegen von Erfolgsaussichten in einem Nebenbegehren es nicht rechtfertigt, die unentgeltliche Prozessführung für die ganze Beschwerde zu gewähren. Dem entsprechend ist das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung abzuweisen. Das Obsiegen in Bezug auf die unentgeltliche Prozessführung vor erster Instanz ist bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen (siehe E. 7 f.). 7. Verfahrenskosten und Parteientschädigung

E. 16

/ 17 der Beschwerdeführer in der Hauptsache, obsiegt jedoch in einem Nebenpunkt. Es erscheint deshalb als angemessen, dass der Beschwerdeführer 4/5 der Gerichtsgebühren zu tragen hat. Gestützt auf den geltenden Gebührenrahmen von CHF 1'000.00 bis CHF 5'000.00 (Art. 8 der Verordnung über die Gerichtsgebühren im Strafverfahren [VGS; BR 350.210]) erscheint vorliegend eine Gebühr von CHF 1'000.00 als angemessen. Dem Beschwerdeführer sind 4/5 der Kosten und damit CHF 800.00 aufzuerlegen. Der Kanton Graubünden trägt die Kosten zu 1/5 und damit im Umfang von CHF 200.00.

E. 17

/ 17

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