

GR_GERICHTE SK2 2021 82 vom 14. Dezember 2021

GR Gerichte, 2021-12-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK2_2021_82

FR: GR_GERICHTE SK2 2021 82 du 14 décembre 2021

IT: GR_GERICHTE SK2 2021 82 del 14 dicembre 2021

Regeste

Verlängerung Dublin-Haft | Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

Erwägungen

E. 1

StPO). Das Rechtsschutzinteresse muss im Zeitpunkt des Entscheids über die Beschwerde noch aktuell sein. Vorliegend wurde im angefochtenen Entscheid das Gesuch um Haftverlängerung bestätigt und als rechtmässig anerkannt. Im Zeitpunkt der Fällung des vorliegenden Beschlusses befindet sich der Beschwerdeführer jedoch nicht mehr in Haft, nachdem er am 10. November 2021 in die C. _____ ausgeflogen wurde (vgl. act. A.1, act. C.6). Mit der Entlassung des Beschwerdeführers aus der schweizerischen Dublin-Haft ist das aktuelle Interesse an der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde nachträglich dahingefallen, weshalb das Verfahren grundsätzlich als gegenstandslos abgeschrieben werden könnte. Das Bundesgericht tritt jedoch ausnahmsweise unter Verzicht auf das Erfordernis des aktuellen Interesses als Prozessvoraussetzung auf eine Beschwerde dennoch ein, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Verletzung von Rechtsansprüchen, die durch die EMRK geschützt sind, zur Diskussion steht, und der Betroffene hinsichtlich der Frage, ob ihm die Freiheit im Sinne von Art. 5 EMRK auf "die gesetzlich vorgeschriebene Weise" entzogen wurde (BGE 143 I 437 E. 3.3.1), ein entsprechendes Feststellungsbegehren stellt (vgl. BGE 139 I 206 E. 1.2.1; 137 I 296 E. 4.3; 136 I 274 E. 1.3). In dem Umfang, in dem der Beschwerdeführer verlangt, es sei festzustellen, dass seine verfassungs- und konventionsrechtlichen Ansprüche nach Art. 5 Ziff. 1 EMRK verletzt worden

7 / 19 seien, rechtfertigt es sich deshalb, auf die von ihm frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten (vgl. zum Ganzen BGer 2C_199/2018 v. 09.07.2018 E. 1.2). Das Begehren auf Haftentlassung ist hingegen ■ da der Ausschaffungsflug erst nach Beschwerdeeinreichung durchgeführt worden ist ■ als gegenstandslos abzuschreiben.

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). Eine Partei ist zur Beschwerdeergreifung nur dann legitimiert, wenn sie ein

rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids hat (Art. 382 Abs.

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. Aufl., Basel 2014, N 15 zu Art. 393 StPO).

E. 2

Anträge und Rügen Zu beurteilen ist vorliegend namentlich der Antrag des Beschwerdeführers, wonach festzustellen sei, dass die angeordnete Verlängerung der Haft unrechtmässig und unangemessen sei. Im Einzelnen rügt der Beschwerdeführer, dass die gestützt auf Art. 76a Abs. 4 AIG angeordnete Verlängerung der Dublin-Haft völkerrechtliche Bestimmungen verletze. Verletzt sei einerseits Art. 28 Abs. 4 der Dublin-III-Verordnung, welche vorsehe, dass eine Dublin Haft nur sechs Wochen ab Wegfall der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels dauern dürfe (act. A.1, S. 4 f.). Zum anderen sei Art. 5 EMRK tangiert, da die Haft an und für sich unverhältnismässig und die Haftdauer zu lang sei (act. A.1, S. 6). Aus diesen Gründen sei gemäss dem Anspruch nach Art. 5 EMRK festzustellen, dass die Haft rechtswidrig und unverhältnismässig sei.

E. 3

Haftgründe und Verhältnismässigkeit

E. 3.1

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

E. 3.2

Durch den Beschwerdeführer nicht bestritten wird das Vorliegen der Haftgründe gemäss 76a Abs. 2 lit. a, b und e AIG (vgl. Gesuch des AFM, ZMG act. 1, S. 5 f.). Diesbezüglich kann auf den Entscheid SK2 21 61 vom 31. August 2021 verwiesen werden, zumal sich an der Beurteilung nichts geändert hat. Ein Anzeichen dafür, dass sich der Beschwerdeführer der Durchführung der Wegweisung entziehen will, ist einerseits, dass er trotz Einreiseverbot in die Schweiz eingereist ist (Art. 76a Abs. 2 lit. e AIG). Andererseits ist aufgrund seines vergangenen Verhaltens in mehreren Ländern und seines heftigen Widerstands gegen die Ausreise (siehe E. 4.5.5) auch eine Untertauchensgefahr im Sinne von Art. 76a Abs. 2 lit. b AIG zu bejahen (vgl. zum Ganzen KGer GR SK2 21 61 v. 31.08.2021 E. 4.6).

E. 3.3

Der Beschwerdeführer rügt hingegen, dass die Haft unverhältnismässig gewesen sei. Dies, weil alleine aus der Tatsache, dass jemand in einem anderen Dublin Staat ein Asylgesuch gestellt habe und dann weiterreise, nicht automatisch eine Fluchtgefahr abgeleitet werden könne. Weil hier keine Fluchtgefahr vorliege, sei die Haft als ultima ratio Massnahme nicht notwendig; vielmehr würde ein milderes Mittel wie die Eingrenzung genügen (act. A.1, S. 6). Auch hier kann auf den Entscheid SK2 21 61 vom 31. August 2021 verwiesen werden, welcher auch in Bezug auf die Verhältnismässigkeit nach wie vor Gültigkeit hat (KGer GR SK2 21 61 v. 31.08.2021 E. 5.5). Gerade auch seit Mitteilung der Beschwerdeentscheide des Kantonsgerichts Graubünden und des Bundesverwaltungsgerichts Ende August 2021 zeigte der Beschwerdeführer, dass er bereit war, seine Ausschaffung mit allen Mitteln zu verhindern (siehe dazu E. 4.5.5). Die Beurteilung, dass nur eine Inhaftnahme geeignet war, um die Wegweisung aus der Schweiz sicherzustellen, lässt sich deshalb kaum in Frage stellen; eine mildere Massnahme ist nicht ersichtlich. Die Haft war geeignet und erforderlich, um die Wegweisung zu vollziehen. Die Rüge des Beschwerdeführers ist unbegründet.

E. 8

/ 19 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. Neben dem Vorliegen von solchen konkreten Anzeichen, 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).

E. 9

/ 19 4. Haftdauer gemäss AIG und Dublin-III-Verordnung 4.1. Vorliegend wurde der Beschwerdeführer am 7. Juli 2021 in Haft genommen und am 10. November 2021 aus der Schweiz in die C._____ rückgeführt. Insgesamt war der Beschwerdeführer damit vier Monate und vier Tage in Haft. Seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. August 2021 befand sich der Beschwerdeführer zudem über 10 Wochen in Haft. Diese Haftdauer wird durch den Beschwerdeführer als unrechtmässig gerügt. 4.2. In Art. 76a Abs. 3 und 4 AIG hat der Gesetzgeber für verschiedene Verfahrensabschnitte im Dublin-Verfahren maximale Haftdauern vorgesehen. Für die Sicherstellung des Vollzugs zwischen Eröffnung des Weg- oder Ausweisungsentscheids beziehungsweise nach Beendigung der aufschiebenden Wirkung eines allfällig eingereichten Rechtsmittels gegen einen erstinstanzlich ergangenen Weg- oder Ausweisungsentscheid und der Überstellung der betroffenen Person in den Dublin-Staat sieht Art. 76a Abs. 3 lit. c AIG eine maximale Haftdauer von sechs Wochen vor. Gemäss Art. 76 Abs. 4 AIG kann diese Frist um weitere sechs Wochen verlängert werden, wenn eine Person sich weigert, ein Transportmittel zur Durchführung der Überstellung in den zuständigen Dublin-Staat zu besteigen oder auf eine andere Art und Weise durch ihr Verhalten die Überstellung verhindert, sofern die Frist von Art. 76a Abs. 3 lit. c AIG nicht mehr eingehalten werden kann und keine weniger einschneidenden Massnahmen zum Ziel führen. Mit Zustimmung der zuständigen richterlichen Behörde kann die Haft gemäss Abs. 4 der Bestimmung auf maximal drei Monate verlängert werden, sofern die betroffene Person auch weiterhin nicht bereit ist, ihr

Verhalten zu ändern. 4.3. Die genannte Regelung im AIG erfolgte als Umsetzung zur Dublin-III- 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). Diese wendet die Schweiz aufgrund des Verweises in Art. 1 Ziff. 1 des Dublin Abkommens der Schweiz mit der EU (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags; SR 0.142.392.68) an, wobei die Dublin-III-Verordnung seit dem Bundesbeschluss vom 26. September 2014 (Bundes-

E. 10

/ 19 beschluss vom 26. September 2014 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung [EU] Nr. 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist; AS 2015 1841 ff.) in der Schweiz anwendbar ist. Art. 28 der Dublin-III-Verordnung enthält verschiedene Regelungen zur Ausgestaltung der Haft, welche zwecks Sicherstellung des Überstellungsverfahrens einer Person in den zuständigen Dublin-Staat angeordnet werden kann (vgl. Art. 28 Abs. 2 Dublin-III-Verordnung). Die Bestimmung gibt unter anderem auch zeitliche Abläufe vor, welche einzuhalten sind, andernfalls die betroffene Person nicht länger festgehalten werden darf. Es sind zwei Möglichkeiten der Inhaftierung zur Sicherung der Überstellung vorgesehen: Einerseits die Haft vor beziehungsweise während der Zuständigkeitsbestimmung ("Vorbereitungshaft" im Rahmen des Dublin-Verfahrens) ■ und andererseits die Haft zur Sicherung der Überstellung, nachdem der angefragte Staat seine Zuständigkeit ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt hat ("Ausschaffungshaft" im Rahmen des Dublin-Verfahrens). In Vorbereitungshaft darf die Frist für die Stellung eines Aufnahme- oder Wiederaufnahmegesuchs einen Monat ab dem Antrag auf Schutz nicht überschreiten. Der Mitgliedstaat, der das Verfahren gemäss dieser Verordnung durchführt, ersucht in solchen Fällen um eine dringende Antwort; diese hat innerhalb von zwei Wochen nach Eingang des Übernahmegesuchs zu erfolgen, andernfalls wird vermutet, dass der angefragte Mitgliedstaat dem Aufnahme- bzw. Wiederaufnahmegesuch entsprochen hat (vgl. Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 2 Dublin-III-Verordnung). Insgesamt beträgt die maximale Haftdauer in Vorbereitungshaft dementsprechend sechs Wochen. Wird die betroffene Person nach der Klärung der Zuständigkeit in Ausschaffungshaft versetzt, erfolgt die Überstellung aus dem ersuchenden in den zuständigen Mitgliedstaat, sobald diese praktisch durchführbar ist. Die Überstellung hat jedoch spätestens innerhalb von weiteren sechs Wochen nach der Annahme des Gesuchs auf Aufnahme oder Wiederaufnahme der betroffenen Person durch einen anderen Mitgliedstaat oder vom Zeitpunkt an, ab dem der Rechtsbehelf oder die Überprüfung im Rahmen von Art. 27 Abs. 3 Dublin-III-Verordnung keine aufschiebende Wirkung mehr hat, stattzufinden (vgl. Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 Dublin-III-Verordnung; zu Art. 28 der Dublin-III-Verordnung siehe BGer 2C_199/2018 v. 09.7.2018 E. 3.3 m.w.H.). 4.4. Der Beschwerdeführer bringt nun vor, dass Art. 76a Abs. 4 AIG in Bezug auf die Haftdauer den Bestimmungen von Art. 28 der Dublin-III-Verordnung wider-

E. 11

/ 19 spreche, die Regelung der EU-Verordnung für die Schweiz bindend sei und er dementsprechend ohne gesetzliche Grundlage festgehalten worden sei. Gemäss EuGH (Verweis auf EuGH C-60/16 Khir Amayry vom 13.09.2017 Rn. 11 und 46) dürfe eine Haft nicht mehr als sechs Wochen dauern vom Zeitpunkt an, an dem ein Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung mehr habe. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts datiere vom 26. August 2021, womit auch die aufschiebende Wirkung dahingefallen sei. Er habe deshalb maximal bis am 8. Oktober 2021 in Haft gehalten werden dürfen. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts gehe das Völkerrecht abweichenden Bundesgesetzten grundsätzlich vor, namentlich wenn es sich um Normen handle, welche dem Schutz der Menschenrechte dienen würden. Vorliegend sei deshalb Art. 28 der Dublin-III-Verordnung und Art. 5 EMRK anzuwenden. Die Schubert-Praxis sei nicht anwendbar, da das Parlament nicht bewusst vom EU-Recht abgewichen sei. Der zitierte EuGH-Entscheid sei erst nach der parlamentarischen Debatte über Art. 76a Abs. 5 AIG ergangen (act. A.1 S. 4 f.). 4.5.1. In einem ersten Schritt zu prüfen ist, ob die schweizerische Regelung von Art. 76a Abs. 4 AIG tatsächlich der Dublin-III-Verordnung widerspricht und die vorliegende Haftdauer gemäss der Verordnung demzufolge unzulässig wäre. Besteht ein Widerspruch zwischen nationalem Recht und Völkerrecht, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, welche Regelung der anderen vorgeht: 4.5.2. Betrachtet man zur Beurteilung der Widerrechtlichkeit der schweizerischen Regelung in Art. 76a Abs. 4 AIG die juristische Doktrin, wird die Ansicht des Beschwerdeführers gestützt. Soweit ersichtlich, ist die Literatur der Ansicht, dass Art. 76a AIG der Dublin-III-Verordnung zumindest insofern widerspricht, als eine Ausschaffungshaft von mehr als sechs Wochen ab Wegfall der aufschiebenden Wirkung angeordnet werden kann (vgl. u.a. Martin Businger, Ausländerrechtliche Haft, Zürich 2015, S. 137; Constantin Hruschka/Seraina Nufer, Erste Erfahrungen mit der neuen Dublin-Haft, in: Jusletter vom 22. Mai 2017, N 6; Andreas Zünd, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl., Zürich 2019, N 6 zu Art. 76a AIG; Gregor Chatton/Laurent Merz, in: Nguyen/Amarelle [Hrsg.], Code annoté des droit des migrations, Volume II: Lois sur les étrangers, Bern 2017, N 19, 30 f. zu Art. 76a AuG; Peter Uebersax/Roswitha Petry/Constantin Hruschka/Nula Frei/Christoph Erass, Migrationsrecht in a nutshell, Zürich 2021, S. 281 f.; Sarah Progin-Theuerkauf/Constantin Hruschka, Die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Migrationsrecht, in: Achermann et al. [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018, Bern 2018, S. 327 ff.). Begründend wird dabei namentlich ausgeführt, dass die Dublin-III-Verordnung nur sechs Wochen Ausschaffungs-

E. 12

/ 19 haft vorsehe und der Europäische Gerichtshof eine ähnliche Regelung im schwedischen Recht, welche eine Haftverlängerung aufgrund von renitentem Verhalten auf drei bzw. zwölf Monate vorsah, für unrechtmässig beurteilt und explizit festgehalten habe, dass eine Haft spätestens sechs Wochen ab Wegfall der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs beendet werden müsse (vgl. EuGH C-60/16 Khir Amayry vom 13.09.2017 Rn. 46 ff.; Zünd, a.a.O., N 6 zu Art. 76a AIG). Das Bundesgericht hatte die Frage bisher jedoch noch nicht zu beurteilen, beziehungsweise hat sie in mehreren Entscheiden explizit offengelassen (BGer 2C_549/2021 v. 03.09.2021 E. 4.4; BGer 2C_199/2018 v. 09.07.2018 E. 4.4, 6.1). Einzelne kantonale Gerichte sind der Mehrheitsmeinung gefolgt (vgl. VGer ZH VB.2021.00485 v. 11.08.2021 E. 4.2 ff.). 4.5.3. Gemäss Ansicht des Kantonsgerichts

erscheint die Rechtslage nicht so eindeutig, wie es die juristische Doktrin vermuten lässt. Aus Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 Dublin-III-Verordnung ergibt sich zumindest nicht direkt, dass es sich bei der sechswöchigen Frist um eine absolute Höchstfrist handeln soll, welche in keinem Fall überschritten werden darf. Davon, dass eine Überschreitung in besonderen Situationen zulässig sein kann, gingen einerseits der Bundesrat (vgl. Votum Sommaruga, AB 2014 S. 1319 f.), andererseits aber auch andere Länder aus. So hielt auch der deutsche Bundesgerichtshof in einem Beschluss vom April 2017 ■ also vor dem erwähnten EuGH-Entscheid ■ fest, dass die Sechswochenfrist von Art. 28 Abs. 3 Dublin-III-Verordnung ein zweites Mal in Lauf gesetzt werden könne, wenn eine Überstellung am Verhalten der betroffenen Person scheitere (vgl. Beschluss V ZB 126/16 des Bundesgerichtshof v. 06.04.2017). In diesem Sinne erscheint ein Abweichen von den Haftfristen in Art. 28 Abs. 3 Dublin-III-Verordnung zumindest nicht von vornherein als unzulässig. 4.5.4. In der juristischen Literatur wird wie dargelegt die Ansicht vertreten, dass der Europäische Gerichtshof im Fall Khir Amayry die Rechtslage abschliessend geklärt habe und eine Regelung, welche eine Haftdauer von mehr als sechs Wochen ab Wegfall der aufschiebenden Wirkung vorsehe, unzulässig sei. Vorab ist diesbezüglich festzuhalten, dass der schweizerische Rechtsanwender nicht an die Rechtsprechung des EuGHs gebunden ist. Das Bundesgericht berücksichtigt Entschiede des EuGHs mit dem Ziel einer parallelen Rechtslage jedoch trotzdem, sofern keine triftigen Gründe dagegensprechen (vgl. BGE 136 II 5 E. 3.4; betreffend Auslegung der Dublin-Verordnung in ähnliche Richtung: BGE 143 I 437 E. 3.1; Thomas Hugi Yar, Die Dublin-Haft auf dem Prüfstand, in: Asyl 4/2017, S. 30). In der Sache regelt der Entscheid Khir Amayry nach Ansicht des Kantonsgerichts jedoch nicht abschliessend, dass die Sechswochenfrist von Art. 28 Abs. 3

E. 13

/ 19 Dublin-III-Verordnung in keinem Fall überschritten werden darf. Zwar hielt der EuGH fest, dass eine nationale Regelung, die es erlaube, die Haft während drei beziehungsweise zwölf Monaten aufrechtzuerhalten, in denen die Überstellung effektiv vorgenommen werden könne, Art. 28 Dublin-III-Verordnung entgegenstehe (EuGH C-60/16 Khir Amayry vom 13.09.2017 Rn. 49). Andererseits relativierte der EuGH diese Aussage in Erwägung 45 selbst, in welcher er festhielt, dass eine Person nicht für einen Zeitraum in Haft genommen werden könne, der die Dauer von sechs Wochen, in denen die Überstellung effektiv vorgenommen werden könne, erheblich überschreite. Der Zeitraum von sechs Wochen reiche grundsätzlich aus, um eine Überstellung vorzunehmen, weil es sich um ein vereinfachtes Verfahren handle. Auch die Wortwahl, wonach nur der Zeitraum anzurechnen ist, in denen die Überstellung "effektiv vorgenommen werden kann", deutet darauf hin, dass eine Überschreitung der Fristen namentlich nur dann nicht zulässig ist, wenn die Verzögerung vom Staat zu vertreten ist (a. A. VGer ZH VB.2021.00485 v. 11.08.2021 E. 4.2). Der Entscheid äussert sich dementsprechend nicht konkret zur maximalen Haftdauer, wenn ein Betroffener seine Rückführung durch renitentes Verhalten selbst verhindert; vielmehr gewährt er einen gewissen Spielraum. Klar ist jedoch, dass die Behörden verpflichtet sind, die Haft und das Überstellungsprozedere möglichst kurz zu halten (vgl. Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 1 Dublin-III-Verordnung). Die Auslegung in der juristischen Doktrin, wonach die sechswöchige Frist in Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 Dublin-III-Verordnung absolut gelten soll, überzeugt auch aus anderen Gründen nicht. Einerseits ist es unzweckmässig und widersprüchlich, wenn die gesamte Haftdauer nicht beschränkt ist (vgl. aber die Überstellungsfristen in Art. 29 Dublin-III-Verordnung), die

Haft nach Wegfall der aufschiebenden Wirkung jedoch eine absolute Maximaldauer sein soll. Andererseits befriedigt die Lösung nicht, weil diese entweder dazu führt, dass sich der Vollzug für die Behörden bei renitentem Verhalten der auszuschaffenden Person massiv erschweren oder sogar verunmöglichen würde, oder aber die Behörden von Beginn weg härtere Massnahmen (beispielsweise Ausweisung unter Zwang) anwenden müssten. Man würde so im ersten Fall rechtsmissbräuchliches Verhalten belohnen oder im zweiten Fall kooperierende Betroffene unnötig harten Massnahmen aussetzen. In Auslegung der anwendbaren Bestimmungen der Dublin-III-Verordnung und des EuGH-Entscheids ist deshalb anzunehmen, dass in Fällen von renitentem Verhalten eine längere Haft zulässig ist, solange die handelnde Behörde die Haft möglichst kurz hält. Hat eine Behörde alles Erforderliche veranlasst, ist die Rückführung aber deshalb nicht möglich, weil ein Betroffener sich dagegen mit allen Mitteln wehrt, muss er hinnehmen, wenn sich die Haftdauer erhöht.

E. 14

/ 19 4.5.5. Vorliegend war der Beschwerdeführer nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. August 2021 bis am 10. November 2021 in Haft. Direkt nach Erhalt des Urteils organisierte das AFM am 2. September 2021 die Überführung des Beschwerdeführers in die C._____. Die weiteren Verzögerungen verursachte der Beschwerdeführer. So verhielt er sich seit Inhaftnahme zunehmend unkooperativ und aggressiv. Er verweigerte jegliche Kooperation bei der Ausreise (vgl. ZMG act. 1/B5), demolierte eine Zelle der Kantonspolizei Graubünden (ZMG act. 1/B13), verhinderte medizinische Untersuchungen (ZMG act. 1 S. 4, 1/B11, 1/B18) und randalierte bei der begleiteten Ausreise derart, dass er aus dem bereits bestiegenen Flugzeug wieder aussteigen musste (ZMG act. 1 S. 4, 1/B22). Angesichts dieser Vorkommnisse war die Haftdauer notwendig, um die Ausschaffung vollziehen zu können, zumal die Organisation von begleiteten Ausschaffungsflügen und Ausschaffungen unter Zwang sachgemäss mehrere Tage in Anspruch nehmen können. Insgesamt wurde der Beschwerdeführer nach Mitteilung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts am 1. September 2021 für 10 Wochen in Haft gehalten. Das AFM führte die Rückführung im Rahmen der Möglichkeiten zügig durch. Die Überschreitung der sechswöchigen Dauer der Ausschaffungshaft ist alleine auf das renitente Verhalten des Beschwerdeführers zurückzuführen. Sein Begehren um Feststellung, dass die angeordnete Verlängerung der Haft unrechtmässig sei, erweist sich unter diesen Umständen als offensichtlich rechtsmissbräuchlich. Die Haftdauer, beziehungsweise die Haftverlängerung, ist gestützt auf Art. 76a Abs. 4 AIG auch mit Blick auf Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 Dublin-III-Verordnung als noch zulässig zu beurteilen. Die Rügen des Beschwerdeführers sind unbegründet. 4.6.1. Selbst wenn man von einem Widerspruch zwischen Art. 76a Abs. 4 AIG und Art. 28 Abs. 3 Dublin-III-Verordnung ausgehen würde, wäre noch nicht klar, ob die vorliegend angeordnete Haftverlängerung rechtswidrig war. In diesem Falle wäre zu beurteilen, ob die Dublin-III-Verordnung tatsächlich der nationalen Gesetzgebung vorgehen würde. Art. 190 BV, wonach für Behörden Bundesgesetze und Völkerrecht massgebend sind, regelt die Rangordnung zwischen den beiden Rechtsordnungen nicht. Bekanntlich ist die Frage auch nicht abschliessend geklärt, jedoch hat das Bundesgericht in den vergangenen Jahrzehnten verschiedene Grundsätze dazu aufgestellt. Gemäss der Schubert-Rechtsprechung (BGE 99 Ib 39 E. 3 f.) ist einem völkerrechtswidrigen Bundesgesetz der Vorzug zu geben, sofern der Bundesgesetzgeber von der Völkerrechtsbestimmung abweichen wollte. Dabei kann es genügen, wenn sich die Bundesversammlung mit den völkerrechtlichen Aspekten auseinan-

E. 15

/ 19 dergesetzt hat (Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30. März 2011, BBl 2011 3616 ff., S. 3659; siehe umfassend: Robert Baumann, Die Tragweite der Schubert-Praxis, in: AJP 08/2010 S. 1009 ff.). Seit dem Schubert-Urteil äusserte sich das Bundesgericht eher in völkerrechtsfreundlicherer Weise und hielt unter anderem fest, dass im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgehe, namentlich, wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableite, die dem Schutz der Menschenrechte diene (PKK-Rechtsprechung, BGE 125 II 147 E. 4d, 7). In neueren Entscheiden wurde teilweise auf die Schubert- (vgl. BGE 136 III 168 E. 3.3.4), teilweise auf die PKK-Praxis (vgl. unter anderem BGE 142 II 35 E. 3.2; 139 I 16 E. 5.1) Bezug genommen. Zudem hielt das Bundesgericht in BGE 133 V 367 und in BGE 142 II 35 fest, dass das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU ebenfalls dem nationalen Recht vorgehe.

4.6.2. Die vorliegend zu beurteilende Bestimmung von Art. 76a Abs. 4 AIG wurde im Rahmen einer Gesetzesrevision geschaffen, bei der es ausdrücklich um die Anpassung des Gesetzes an die Dublin-III-Verordnung ging. Anlässlich der parlamentarischen Diskussion war die Haftdauer gemäss Art. 76a Abs. 4 AIG und eine mögliche Verletzung der Dublin-III-Verordnung durchaus ein Thema. An den Ständerat gerichtet hielt Bundesrätin Sommaruga in Bezug auf die Verlängerungsmöglichkeit der Haft bei unkooperativem Verhalten dabei unter anderem das Folgende fest (AB 2014 S. 833 f): Schliesslich haben wir eine Haft von sechs Wochen, verlängerbar bis maximal drei Monate, eingeführt, und zwar bei unkooperativem Verhalten. Es wäre ja doch ziemlich absurd, wenn ausgerechnet die Personen eine Wegweisung verhindern könnten, die nicht kooperativ sind, während die anderen, die kooperieren, dann gehen müssten. Das ist unvorstellbar, und das haben auch die Kantone moniert. In diesen Fällen haben wir deshalb diese Haft von sechs Wochen vorgesehen. Wir sind uns bewusst, dass das in der Dublin-III-Verordnung nicht in dieser Form vorgesehen war und dass wir hier eine gewisse Abweichung haben. Wir haben uns aber bei anderen Mitgliedstaaten erkundigt und gesehen, dass sie in ihrem Rechtssystem diese Möglichkeit auch vorgesehen haben. Ich wollte Ihnen aber der Transparenz halber sagen, dass wir hier eine gewisse Abweichung haben und damit auch ein gewisses Risiko eingehen, dass es hier eine Reaktion gibt. Wir sind aber überzeugt, dass es für die Glaubwürdigkeit des Dublin-Systems und dessen Funktionieren richtig ist, diese Möglichkeit von sechs Wochen Haft bei unkooperativem Verhalten vorzusehen. Im Nationalrat äusserte sich die Bundesrätin in eine ähnliche Richtung (Zur Haftdauer gemäss Art. 76a Abs. 4 AIG: "Wir sind der Meinung, dass sie sich mit Dublin III vereinbaren lässt, auch wenn sie in genau dieser Form nicht vorgesehen ist und ein gewisses, allerdings vertretbares Risiko besteht, dass wir hier von der Dublin-III-Verordnung abweichen" [AB 2014 S. 1319 f.]) und auch in der Botschaft wurde

E. 16

/ 19 festgehalten, dass die Regelung nach Art. 76a Abs. 4 AIG über die Vorgaben der Dublin-III-Verordnung hinausgehe (Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnungen [EU] Nr. 603/2013 und [EU] Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnungen [EU] Nr. 603/2013 und [EU] Nr. 604/2013 [Weiterentwicklungen des Dublin/Eurodac-Besitzstands] Nr. 604/2013

[Weiterentwicklungen des Dublin/Eurodac-Besitzstands] vom 7. März 2014, BBl 2014 2675 ff., S. 2704). Es lässt sich demnach festhalten, dass sich das Parlament ausdrücklich mit der Völkerrechtskonformität von Art. 76a Abs. 4 AIG auseinandersetzte und dabei auch in Betracht zog, dass die Regelung der Dublin-III-Verordnung widersprechen könnte (a.A. VGer ZH VB.2021.00485 v. 11.08.2021 E. 4.3). Dies vermag gemäss Schubert-Praxis zu genügen, um ein Abweichen von völkerrechtlichen Bestimmungen zu rechtfertigen; es ist nicht zwingend nötig, dass das Parlament in direkter Absicht von einer völkerrechtlichen Regelung abweicht (siehe oben). Gemäss der Schubert-Praxis wäre Art. 76a Abs. 4 AIG demnach selbst dann anzuwenden, wenn die Bestimmung der Dublin-III-Verordnung wider- sprechen würde. 4.6.3. Wie dargelegt, kommt die Schubert-Praxis allerdings nicht zum Zug, wenn das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU verletzt ist oder wenn gemäss der PKK-Rechtsprechung eine Verletzung der EMRK vorliegt. Während ersteres offensichtlich nicht der Fall ist, ist auch das Zweite zu vernei- nen. Der Beschwerdeführer legt diesbezüglich dar, dass Art. 5 EMRK verletzt sei, weil die Haft einerseits unverhältnismässig gewesen sei und andererseits auf- grund des Widerspruchs zur Dublin-III-Verordnung keine genügende Rechtsgrund- lage vorliege (act. A.1 S. 5). Beide Punkte sind vorliegend behandelt und für un- begründet befunden worden. Die Haft ist zweifellos als verhältnismässig anzuse- hen (siehe E. 3.3). Weiter besteht mit Art. 76a Abs. 4 AIG eine genügende gesetz- liche Grundlage für die angeordnete Haft (siehe E. 4.5.4 f. und 4.6.2). Da keine Verletzung der EMRK vorliegt, ist die PKK-Rechtsprechung nicht anwendbar. 4.6.4. Zusammenfassend bedeutet dies, dass die Inhaftierung des Beschwerde- führers bis am 10. November 2021 zulässig war. Einerseits widerspricht die Haft- dauer nicht Art. 28 Abs. 3 Unterabs. 3 Dublin-III-Verordnung; andererseits würde Art. 76a Abs. 4 AIG ■ gestützt auf die Schubert-Rechtsprechung ■ selbst bei ei- nem Widerspruch der Völkerrechtsnorm vorgehen. Die Beschwerde ist dement- sprechend abzuweisen.

E. 17

/ 19 5. Verfahrenskosten, Parteientschädigung, unentgeltliche Rechtspflege 5.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten des Beschwerde- verfahrens, welche in Anwendung von Art. 8 der Verordnung über die Gerichtsge- bühr in Strafsachen (VGS; BR 350.210) auf CHF 1'500.00 festgelegt werden, grundsätzlich zu Lasten des Beschwerdeführers. Gestützt auf Art. 429 StPO wird dem Beschwerdeführer aufgrund seines Unterliegens auch keine Entschädigung zugesprochen. Dieser beantragt jedoch, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspfle- ge zu bewilligen und ihm in der Person von Rechtsanwältin Sonja Comte eine un- entgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. 6.2.1. Gemäss Art. 27 Abs. 1 EGzAAG; BR 618.100 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 ver- fügt, die unentgeltliche Prozessführung bewilligen, sofern ihr Rechtsstreit nicht offensichtlich mutwillig oder von vornherein aussichtslos ist. Zudem wird der inhaf- tierten Person gemäss Art. 19 Abs. 2 EGzAAG von der richterlichen Behörde ein amtlicher Rechtsbeistand bestellt, wenn sie mittellos ist, rechtliche oder tatsächli- che 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. Für das Beschwerde- verfahren am Kantonsgericht gelten gemäss Art. 21a Abs. 2 EGzAAG zudem die Bestimmungen über die strafrechtliche Beschwerde gemäss Art. 393 ff. StPO sinngemäss. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bei Beschwerden gegen die Anordnung bzw. Verlängerung

von Untersuchungshaft von der Nichtaussichtslosigkeit der Beschwerde abhängig gemacht werden, und zwar auch dann, wenn die beschuldigte Person im Hauptverfahren die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung erfüllt (vgl. BGer 1B_732/2011 v. 19.01.2012 E. 7.1 f. m.w.H.). Auch Art. 29 Abs. 3 BV garantiert einen unentgeltlichen Rechtspflegeanspruch nur bei nicht zum Vornherein aussichtslosen Rechtsmitteln. Somit ist die unentgeltliche Rechtsbeistandung nicht zu gewähren, wenn sich die Beschwerde als von vornherein aussichtslos erweist. 6.2.2. Die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege sind vorliegend erfüllt. Der Beschwerdeführer ist als mittellos anzusehen; die vorliegende Beschwerde war zudem nicht aussichtslos und beinhaltete namentlich rechtliche Schwierigkeiten. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von CHF 1'500.00 werden daher vorerst vom Kanton Graubünden bezahlt, unter Vorbehalt der Rückforderung. Überdies wird dem Beschwerdeführer im Sinne von Art. 19

E. 18

/ 19 Abs. 2 EGzAAG ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person von Rechtsanwältin Sonja Comte bestellt. Gemäss Art. 16 Abs. 2 des kantonalen Anwaltsgesetzes (BR 310.100) setzt die mit der Sache befasste Instanz die Entschädigung des Anwaltes bei unentgeltlichen Rechtsvertretungen nach dem für eine sachgerechte Prozessführung notwendigen Zeitaufwand fest. Vorliegend wird die Entschädigung antragsgemäss (vgl. act. B.4) auf CHF 842.30 (inkl. Spesen) festgelegt. Dieser Betrag wird ebenfalls dem Kanton Graubünden in Rechnung gestellt und aus der Gerichtskasse bezahlt, unter Vorbehalt der Rückforderung.

E. 19

/ 19

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