

GR_GERICHTE SK2 2023 60 vom 3. Oktober 2023

GR Gerichte, 2023-10-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK2_2023_60

FR: GR_GERICHTE SK2 2023 60 du 3 octobre 2023

IT: GR_GERICHTE SK2 2023 60 del 3 ottobre 2023

Regeste

Ausschaffungshaft | Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

Erwägungen

E. 1

September 2023 (act. B.1). Gemäss Art. 21a Abs. 1 EGzAAG (BR 618.100) in Verbindung mit Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO kann gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts beim Kantonsgericht Beschwerde geführt werden. Die Zuständigkeit zur Beurteilung dieser Beschwerde liegt gemäss Art. 10 Abs. 1 KGV (BR 173.100) bei der II. Strafkammer. Die Bestimmungen über die strafrechtliche Beschwerde finden sinngemäss Anwendung (Art. 21a Abs. 2 EGzAAG). Die Beschwerde ist somit innert zehn Tagen schriftlich und begründet einzureichen (Art. 396 Abs. 1 StPO). Die am 11. September 2023 eingereichte Beschwerde erfolgte fristgerecht und erfüllt überdies die formellen Vorgaben. Das Zwangsmassnahmengericht schützte die vom Amt für Migration gegen die Beschwerdeführerin angeordnete Ausschaffungshaft, womit diese an der Aufhebung des Entscheides ein rechtlich geschütztes Interesse hat und folglich beschwerdelegitimiert ist (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 1.1

Gegenstand der Beschwerde bildet der Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts betreffend die Überprüfung der Anordnung der Ausschaffungshaft vom

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

E. 6

/ 23 – 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). 2. Materielle Rechtmässigkeit der Ausschaffungshaft 2.1. Vorab ist festzuhalten, dass ausschliesslich die Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Ausschaffungshaft Gegenstand im Haftprüfungsverfahren bildet, nicht auch die Asyl- und Wegweisungsfrage. Über diese entscheiden die zuständigen ausländerrechtlichen

Behörden an sich abschliessend und verbindlich. Der Haftrichter hat die Haftgenehmigung deshalb nur zu verweigern, wenn sich der zu sichernde Wegweisungsentscheid als offensichtlich unzulässig erweist (BGE 130 II 377 E. 1; 130 II 56 E. 2 in fine; 125 II 217 E. 2; 121 II 59 E. 2c). 2.2. Die Ausschaffungshaft im Sinne von Art. 76 AIG ist der Freiheitsentzug zur Sicherstellung des Vollzugs eines erstinstanzlichen Weg- oder Ausweisungsentscheids. Voraussetzungen für deren Anordnung bilden demzufolge ein erstinstanzlicher – nicht notwendigerweise rechtskräftiger – Wegweisungsentscheid, die Absehbarkeit des Wegweisungs Vollzugs und das Vorliegen eines Haftgrundes. Der Vollzug der Wegweisung muss objektiv möglich und auch gegen den Willen der betroffenen Person durchsetzbar sein. Die Ausschaffungshaft soll den Vollzug der Entfernungsmassnahme sicherstellen und muss konkret geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen, was nicht (mehr) der Fall ist, wenn die Weg- oder Ausweisung trotz der behördlichen Bemühungen nicht in einem dem konkreten Fall angemessenen Zeitraum vollzogen werden kann. Die Festhaltung hat, weil unverhältnismässig, dann als unzulässig zu gelten, wenn triftige Gründe für solche Verzögerungen sprechen oder praktisch feststeht, dass sich der Vollzug kaum innert vernünftiger Frist realisieren lassen (BGE 130 II 56 E. 4.1.3 m.w.H.). Als schwerer Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) muss die ausländerrechtliche Haft verhältnismässig sein. Die Ausschaffungshaft muss zweckbezogen auf die Sicherung des Wegweisungsverfahrens ausgerichtet sein; es ist jeweils aufgrund sämtlicher Umstände zu klären, ob sie (noch) geeignet bzw. erforderlich erscheint und nicht gegen das Übermassverbot, das heisst das sachgerechte und zumutbare Verhältnis von Mittel und Zweck, verstösst (vgl. zum Ganzen BGer 2C_334/2015 v. 19.5.2015 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 133 II 1 E. 5.1 und BGE 126 II 439 ff.; Tarkan Göksu, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer,

E. 6.1

Die Verfahrenskosten tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (vgl. Art. 21a Abs. 2 EGzAAG i.V.m. 426 und 428 StPO). Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin vollumfänglich, weshalb ihr die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind.

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren (act. A.1, Rz. 37 f.). Gemäss Art. 27 Abs. 1 EGzAAG in Verbindung mit Art. 76 Abs. 1 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. Für das Beschwerdeverfahren 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. 19.1.2012 E.

E. 6.3

Die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin erscheint offensichtlich, da sie ohne Aufenthaltstitel und Sprachkenntnisse wohl kaum in der Lage ist, ein nennenswertes

Einkommen zu erwirtschaften. Ebenso finden sich keinerlei Hinweise dafür, dass sie über Vermögen verfügt. Vor allem die Beanstandung der Haftbedingungen ist im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht als aussichtslos zu betrachten. So erwog das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid etwa, dass der Vollzug einer Ausschaffungshaft in der – prima vista – nicht ausschliesslich der Administrativhaft dienenden Justizvollzugsanstalt H._____ mit dem Trennungsgebot nicht zu vereinbaren sei (BGer 2C_662/2022 v. 8.9.2022 E. 2.2.1 m.w.H.). Somit ist der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren. Demgemäss gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens, welche auf CHF 1'000.00 festgelegt werden, unter dem Vorbehalt der Rückforderung zu Lasten des Kantons Graubünden und werden auf die Gerichtskasse genommen.

E. 6.4

Schliesslich beantragt die Beschwerdeführerin die Einsetzung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Rechtsmittelverfahren. Für die Voraussetzungen für die Bestellung eines amtlichen Rechtsbeistandes kann auch in Bezug auf das Beschwerdeverfahren auf die Ausführungen zu Art. 19 Abs. 2 EGzAAG verwiesen werden (E. 3.2 ff. oben). Zwar ist die Beschwerdeführerin mittellos, doch übersteigen weder die tatsächliche noch die beantragte Haftdauer drei Monate. Vorliegend sind auch keine besonderen Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur auszumachen. Es mag sein, dass sich die Beschwerdeführerin weder mit der Sprache noch mit dem Rechtssystem der Schweiz auskennt. Dies vermag aber wie gesehen keine besonderen Schwierigkeiten zu begründen, ansonsten dieses Kriterium letztlich überflüssig würde, zumal sich fehlende Sprach- und Rechtskenntnisse praktisch bei jeder von einer ausländerrechtlichen Haft betroffenen Person ins Feld führen liessen (oben bereits, E. 3.3 in fine). Die unentgeltliche Rechtsbeiständin ist daher auch für das Beschwerdeverfahren nicht zu gewähren.

E. 7

/ 23 Bern 2010, N 2 zu Art. 76 AuG). Für die Rechtmässigkeit der Haft müssen ferner die in Art. 79 bis 81 AIG statuierten Voraussetzungen erfüllt sein. 2.3. Die Ausschaffungshaft wurde am 29. August 2023 gestützt auf die rechtskräftige Wegweisungsverfügung vom 23. Juli 2019 angeordnet (ZMG act. 2/3/11, 13). In Bestätigung der vorinstanzlichen Ausführungen kann davon ausgegangen werden, dass die für den Vollzug der Wegweisung erforderlichen Vorkehren (Beschaffung der erforderlichen Dokumente und Flugbuchung) innert angemessener Frist vorgenommen werden können. Der Wegweisungsvollzug ist damit absehbar. 2.4. Art. 80 Abs. 2 AIG bestimmt, dass die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Haft spätestens nach 96 Stunden durch eine richterliche Behörde aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu überprüfen sind. Die 96-Stunden-Frist beginnt zu laufen, sobald der Ausländer aus fremdenpolizeilichen Gründen festgehalten wird; die förmliche Haftanordnung spielt dabei grundsätzlich keine Rolle. Der Polizeigewahrsam, der im Regelfall eine Inhaftierung von 24 Stunden erlaubt, steht nicht zusätzlich zur 96-Stunden-Frist zur Verfügung, um den Ausländer der Fremdenpolizei zuzuführen. Wird ein Ausländer nach seiner Festnahme zuerst den Strafverfolgungsbehörden zugeführt oder befindet er sich in Untersuchungshaft, beginnt die 96-Stunden-Frist zu laufen, sobald er nicht mehr aus strafprozessualen Gründen festgehalten wird (Martin Businger, Ausländerrechtliche Haft, Die Haft nach Art. 75 ff. AuG, Zürich 2015, S. 232 f.). Selbst wenn für den Beginn des Fristenlaufs auf die polizeiliche Festnahme vom 28. August 2023,

21:05 Uhr, ab- gestellt wird (act. B.8), so erfolgte die Haftüberprüfung am 1. September 2023 im- mer noch fristgerecht. 2.5. Die Beschwerdeführerin moniert, ihre Inhaftierung in der Wohnung der El- tern am Abend des 28. August 2023 sei ohne Hafttitel und daher widerrechtlich erfolgt. Das AFM GR habe die Kantonspolizei am 14. März 2023 damit beauftragt abzuklären, ob sie sich an der Adresse ihrer Eltern in D._____ aufhalte und, sollte sie anzutreffen sein, aufgrund rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 AIG zu verzeigen. In diesem Abklärungs- und Verzeigungsauftrag sei fettgedruckt festgehalten worden, dass das Migrationsamt Graubünden vorgängig telefonisch zu orientieren sei, bevor die Kontrolle vorgenommen würde. Nebst diesem Verzei- gungsauftrag sei kein Haftbefehl ersichtlich. Lediglich das Gesuch um Vollzugsun- terstützung beim SEM gebe Aufschluss darüber, dass wohl die Kantonspolizei das Migrationsamt Graubünden informiert haben müsse, dass sie die Wohnung der Eltern der Beschwerdeführerin am Abend des 28. August 2023 aufsuchen werde. Auch sei die Inhaftierung erfolgt, ohne dass die Antwort des SEM betreffend Voll- zugshindernisse abgewartet worden sei. Das Durchsuchungsprotokoll vom

E. 7.1

f. m.w.H.). Auch Art. 29 Abs. 3 BV garantiert einen unentgeltlichen Rechtspfle- geanspruch nur bei nicht zum vornherein aussichtslosen Rechtsmitteln. Somit ist die unentgeltliche Rechtsverbeiständung nicht zu gewähren, wenn sich die Be- schwerde als von vornherein aussichtslos erweist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Prozessbegehren aussichtslos, deren Gewinnaussichten be- trächtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgeblich ist, ob sich eine vernünftige, nicht mittel- lose Partei ebenfalls zur Beschwerde entschlossen hätte. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht des- halb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (vgl. statt vieler BGE 129 I 129 E. 2.3.1).

E. 8

/ 23 28. August 2023 laute einzig und allein auf "Widerhandlung gegen das Ausländer- und Integrationsgesetz" und stelle damit keine rechtliche Grundlage für die Inhaft- nahme zwecks Ausschaffungshaft dar – dies auch dann nicht, wenn dies rechts- widrig unter Bemerkungen so festgehalten werde. Im Weiteren sei auch die von der Kantonspolizei vorgenommene Hausdurchsuchung widerrechtlich gewesen, zumal kein schriftlicher Befehl vorgelegen habe. Auf Art. 241 Abs. 3 und 4 StPO habe sich die Hausdurchsuchung nicht abstützen können, da keine Gefahr in Ver- zug gewesen sei. Die Abstützung auf das kantonale Polizeirecht widerspreche Bundesrecht (act. A.1, Rz. 12 ff.). 2.6. Das AFM GR verweist in seiner Vernehmlassung auf Art. 20 Abs. 1 lit. c PolG (BR 613.000), wonach die Kantonspolizei nicht öffentlich zugängliche Räum- lichkeiten betreten und durchsuchen dürfe, wenn der Verdacht bestehe, dass sich dort eine Person befinde, die in Gewahrsam genommen werden soll. Eben diese Massnahme sei vorliegend durch das zuständige Polizeikommando angeordnet worden. Die ausländerrechtliche Inhaftierung sei entgegen der Rüge der Be- schwerdeführerin nicht bei ihrer Anhaltung durch die Kantonspolizei erfolgt, son- dern am Folgetag durch das AFM GR mittels Eröffnung des Haftbefehls zur Aus- schaffungshaft vom 29. August 2023 (act. A.3, Ziff. II.7). 2.7. Eine Haftanordnung in Abwesenheit eines Ausländers oder einer Ausländ- rin ist angesichts des Haftzwecks und der zwingenden gerichtlichen Haftprüfung aufgrund einer mündlichen Verhandlung innerhalb von 96 Stunden meist nicht möglich. Der Ausländer muss sich somit zwingend im

Machtbereich der zuständigen Behörde befinden. Denkbar ist daher, dass ein den Behörden bereits bekannter Ausländer wegen seines nicht ermittelbaren Aufenthaltsorts zur Anhaltung ausgeschrieben wird, oder dass ein illegal anwesender Ausländer bei einer Polizeikontrolle zufällig entdeckt, vorläufig in Polizeigewahrsam genommen und der Migrationsbehörde zugeführt wird, nachdem der fremdenpolizeiliche Hintergrund bekannt geworden ist (hierzu Businger, a.a.O., S. 218 f.). Die Kantonspolizei kann gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. d PolG eine Person vorübergehend in polizeilichen Gewahrsam nehmen, wenn dies zur Sicherstellung des Vollzugs einer durch die zuständige Behörde angeordneten Wegweisung, Ausweisung oder Auslieferung erforderlich ist. Dabei darf die Person nicht länger als unbedingt notwendig in polizeilichem Gewahrsam gehalten werden, höchstens jedoch 24 Stunden (Art. 15 Abs. 3 PolG). Für den Kanton Graubünden sieht Art. 3 Abs. 1 des EGzAAG ausserdem vor, dass die Kantonspolizei im Auftrag der zuständigen Dienststelle oder der richterlichen Behörde Abklärungen, Einvernahmen, Zuführungen sowie Festnahmen vornimmt und Personen-, Sach- und Hausdurchsuchungen durchführt.

E. 9

/ 23 2.7.1. Aus einem von der Beschwerdeführerin zu den Akten gereichten Durchsuchungsprotokoll der Kantonspolizei ergeht, dass sie am 28. August 2023 um 21:05 Uhr in Polizeigewahrsam genommen wurde (act. B.8). Noch am gleichen Abend untersuchte der zuständige Amtsarzt Dr. med. F._____ die Beschwerdeführerin auf ihre Hafterstehungsfähigkeit hin und erachtete diese als gegeben (ZMG act. 4). Am 29. August 2023 wurde die Beschwerdeführerin um 9:15 Uhr von der Kantonspolizei wegen Widerhandlungen gegen das AIG als beschuldigte Person einvernommen (vgl. das nicht unterzeichnete Einvernahmeprotokoll, ZMG act. 2/3/39). Dies unter Mitwirkung einer ins G._____ übersetzenden Person. Ebenfalls unter Beizug einer Übersetzerin wurde der Beschwerdeführerin sodann gleichentags um 12:30 Uhr der Haftbefehl für die Ausschaffungshaft eröffnet und ihr im Anschluss daran das rechtliche Gehör gewährt (ZMG act. 2/3/41, 42). Aufgrund dieser Umstände scheint es so, als zunächst nicht klar war, ob ausländerrechtliche oder strafprozessuale Haft angeordnet werden sollte (vgl. Businger, a.a.O., S. 219 in fine, welcher der Polizei in diesen Situationen eine Triagefunktion zuspricht). Allerdings geben die Bemerkungen im Schlussteil des Durchsuchungsprotokolls über den Zweck des Polizeigewahrsams Aufschluss. Diesem zufolge sei die Wohnung der Eltern der Beschwerdeführerin "gemäss Auftrag AFM" aufgesucht worden und die Tochter in der Folge "zwecks Ausschaffungshaft" festgenommen worden. In erster Linie diene der polizeiliche Gewahrsam der Beschwerdeführerin also dazu, sie am darauffolgenden Tag dem AFM GR zuzuführen, damit ihr dort der Haftbefehl eröffnet sowie ihr das rechtliche Gehör gewährt werden konnte. Dafür, dass die Anordnung von ausländerrechtlicher Haft im Vordergrund stand, spricht ferner, dass ein Vertreter des AFM GR bei der Anhaltung und vorläufigen Ingewahrsamsnahme der Beschwerdeführerin ebenfalls anwesend war (act. B.8, bezeichnet mit "I._____ AFM"). Der Polizeigewahrsam, welcher der Ausschaffungshaft vorgelagert war, diene damit der Sicherstellung des Vollzugs der Wegweisung durch die zuständige Behörde und stütze sich auf Art. 15 Abs. 1 lit. d PolG. Die maximal zulässige Höchstdauer von 24 Stunden wurde nicht überschritten. Die Kantonspolizei war zudem gestützt auf Art. 3 EGzAAG zur Anhaltung und Ingewahrsamsnahme der Beschwerdeführerin befugt. Der der formgerechten Eröffnung des Haftbefehls dienende und vorangehende Polizeigewahrsam stütze sich zulässigerweise auf kantonales Polizeirecht. Nicht erforderlich war hierfür ein eigener Haftbefehl. Aus dem Wortlaut von Art. 80 Abs. 2 AIG folgt im Hinblick auf die förmliche Haftanordnung

nämlich einzig, dass diese spätestens vor der gerichtlichen Überprüfung nach 96 Stunden ergangen sein muss (so auch Buser, a.a.O., S. 220). Nach dem Gesagten erweist sich der Polizeigewahrsam der Beschwerdeführerin, beginnend am Abend des 28. August 2023 und andauernd bis zur Eröffnung des Haftbefehls für die Ausschaffungshaft

E. 10

/ 23 am 29. August 2023 mittags, als rechtmässig. Die Rüge der Beschwerdeführerin verfährt nicht. Selbst wenn die Rechtmässigkeit des Polizeigewahrsams fraglich wäre, leuchtet nicht ein, weshalb dies auch die mit Haftbefehl vom 29. August 2023 angeordnete Ausschaffungshaft beschlagen und diese als Ganzes unrechtmässig und daher aufzuheben sein sollte. 2.7.2. Die Beschwerdeführerin macht ferner eine Verletzung von Art. 241 StPO geltend, weshalb die am 28. August 2023 erfolgte Hausdurchsuchung rechtswidrig sei. Die Abstützung auf das kantonale Polizeirecht widerspreche Bundesrecht (act. A.1, Rz. 13). Aufgrund der soeben dargelegten Umstände ist davon auszugehen, dass die Kantonspolizei gestützt auf Art. 3 Abs. 1 EGzAAG im Auftrag der Migrationsbehörde im Hinblick auf eine durch diese anzuordnende ausländerrechtliche Haft tätig wurde. Für das Betreten der Wohnung der Eltern, um nach der Beschwerdeführerin zu suchen, bildete Art. 20 Abs. 1 lit. c PolG die Grundlage. Der Vater als Mieter der Wohnung hat das erstellte Durchsuchungsprotokoll unterzeichnet, womit die Vorgabe von Art. 20 Abs. 2 PolG erfüllt worden ist. Art. 241 StPO war für die Durchsuchung nicht einschlägig, womit das Vorgehen der Kantonspolizei entgegen der Rüge der Beschwerdeführerin kein Bundesrecht verletzte. 2.8. Zum Haftgrund erwog das Zwangsmassnahmengericht, dass die Beschwerdeführerin ihrer Ausreisepflicht nicht freiwillig nachgekommen sei, sich behördlichen Anordnungen widersetzt habe und bereits einmal untergetaucht sei, womit sie ihre Mitwirkungspflicht verletzt habe und davon auszugehen sei, dass sie versuchen werde, den Vollzug der Wegweisung durch erneutes Untertauchen zu verhindern. Damit seien die Haftgründe nach Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AIG erfüllt (act. B.1, E. 7). Die Beschwerdeführerin bestreitet dies und lässt ausführen, dass sie allen Mitwirkungspflichten stets nachgekommen sei. Sie habe ihre Identität von Anfang an offengelegt und sich an behördliche Anordnungen stets gehalten. Es treffe zu, dass sie nach Abschluss der Verfahren im März 2020 bei ihren Eltern in D._____, anstatt in der Asylunterkunft, gelebt habe. Aus dem Abklärungs- und Verzeigungsauftrag vom 14. März 2023 ergebe sich, dass die Migrationsbehörde stets gewusst habe, dass sie sich bei ihren Eltern aufhalte. So wäre es den Behörden während all dieser Jahre ein Leichtes gewesen, sie zu kontaktieren oder z.B. eine Vorladung zu einem Ausreisegespräch an diese Adresse zu senden. Unter Verweis auf BGer 2C_497/2020 v. 15.12.2020, E. 2.2.1, hält die Beschwerdeführerin dafür, das Bundesgericht habe 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

E. 11

/ 23 dieser auch einer behördlichen Ausschaffung entziehen werde. Da die Beschwerdeführerin seit drei Jahren gar nie behördliche Anordnungen oder die Aufforderung zur Mitwirkung erhalten habe, könne aus ihrem Verhalten nicht geschlossen werden, dass sie ihre Mitwirkungspflichten verletzt oder sich den behördlichen Anordnungen widersetzt habe. Diese Argumentation der Vorinstanz verletze den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 BV, womit sie rechtswidrig sei (act. A.1, Rz. 16). 2.9. Nach Art. 76 Abs. 1 lit. b AIG ist ein Haftgrund gegeben, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die

Person sich der Ausschaffung entziehen will, insbesondere, weil sie der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AIG sowie Art. 8 Abs. 1 lit. a oder Abs. 4 AsylG nicht nachkommt (Ziff. 3) oder ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt (Ziff. 4). Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AIG beschreiben gemeinsam generalklauselartig die Verhaltensweisen, aufgrund derer auf den von der Praxis mit "Untertauchungsgefahr" bezeichneten Haftgrund geschlossen werden kann und sind als einheitlicher Haftgrund zu betrachten (BGer 2C_278/2021 v. 27.7.2021 E. 2.2 m.H. auf Andreas Zünd, in: Spescha [Hrsg.], Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl., Zürich 2019, N 7 zu Art. 76 AIG). Die Ausschaffungshaft darf nicht einfach vorsorglich angeordnet werden, nur, weil erfahrungsgemäss eine bestimmte Anzahl der zur Ausreise verpflichteten Ausländerinnen und Ausländer untertaucht. Vielmehr muss in jedem konkreten Fall eine Prognose gestellt werden (Tarkan Göksu, in: Baumann/Göksu [Hrsg.], Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, Zürich 2022, N 61). Ebenfalls darf gemäss der Rechtsprechung nicht allein aus dem offenkundigen Wunsch eines Ausländers, in der Schweiz verbleiben zu wollen, automatisch der Schluss gezogen werden, dass er sich auch einer behördlichen Ausschaffung entziehen werde und eine Untertauchungsgefahr besteht (BGer 2C_947/2020 v. 15.12.2020 E. 2.2.1). Die Rechtsprechung nimmt eine Untertauchungsgefahr regelmässig an, wenn der Ausländer bereits einmal untergetaucht ist, durch erkennbar unglaubwürdige und widersprüchliche Angaben die Vollzugsbemühungen zu erschweren versucht oder sonst klar zu erkennen gibt, dass er nicht bereit ist, in seine Heimat zurückzukehren (BGE 140 II 1 E. 5.3; 130 II 56 E. 3.1; 128 II 241 E. 2.1; 125 II 369 E. 3b/aa; 122 II 49 E. 2a; BGer 2C_442/2020 v. 24.6.2020 E. 3.1 m.w.H.). Die Gefahr des Untertauchens liegt auch dann vor, wenn sich der Ausländer gegen die Ausschaffung zur Wehr setzt – etwa beim Besteigen des Flugzeugs (BGE 130 II 56 E. 3.2; 129 I 139 E. 4.3.1). Der aktiven Verweigerung des Wegweisungsvollzugs gleichgestellt ist nach Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 AIG die Verletzung der Mitwirkungspflichten (Art. 90 AIG), insbesondere bei der Papierbeschaffung (Art. 8 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 AsylG). Aufgrund der in Art. 90

E. 12

/ 23 AIG statuierten Mitwirkungspflicht sind Ausländerinnen und Ausländer verpflichtet, an der Feststellung des für die Anwendung des AIG massgebenden Sachverhalts mitzuwirken. Sie müssen insbesondere: zutreffende und vollständige Angaben über die für die Regelung des Aufenthalts wesentlichen Tatsachen machen; die erforderlichen Beweismittel unverzüglich einreichen oder sich darum bemühen, sie innerhalb einer angemessenen Frist zu beschaffen; Ausweispapiere beschaffen oder bei deren Beschaffung durch die Behörden mitwirken (Art. 90 lit. a-c AIG). Auch Art. 8 Abs. 4 AsylG statuiert eine Mitwirkungspflicht. So sind nach Vorliegen eines vollziehbaren Wegweisungsentscheides die betroffenen Personen verpflichtet, bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere mitzuwirken. 2.9.1. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, hat die Beschwerdeführerin bereits am 10. Januar 2020 und am 21. Februar 2020 erklärt, dass eine freiwillige Rückkehr für sie nicht in Frage komme (ZMG act. 2/3/20, 26). Gleich äusserte sie sich anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs durch das AFM GR am 29. August 2023 und vor dem Zwangsmassnahmengericht (vgl. ZMG act. 2/3/42; act. B.1). Gemäss der Rechtsprechung darf alleine aufgrund dieser Äusserungen nicht auf eine Untertauchungsgefahr geschlossen werden. Dazu kommt allerdings, dass die Beschwerdeführerin im Frühling 2020 bereits einmal untergetaucht ist: Die für den 6. März 2020 geplante Festnahme konnte nicht erfolgen und der für den 7. März 2020 geplante Flug musste annulliert werden (ZMG act. 2/3/31, 32). Der Aufenthaltsort der

Beschwerdeführerin war von da an unbekannt, sie hielt sich nicht zur Verfügung der Behörden und wurde im automatisierten Polizeifahndungssystem RIPOL ausgeschrieben (vgl. ZMG act. 2/3/33). Entgegen ihrem Vorbringen ergibt sich aus dem Abklärungs- und Verzeigungsauftrag vom 14. März 2023 (ZMG act. 2/3/37) nicht, dass das Amt um den Aufenthalt der Beschwerdeführerin bei ihren Eltern in D._____ stets gewusst hat. Das AFM GR hegte gemäss diesem Schreiben erst im März 2023 einen Verdacht, dass sich die Beschwerdeführerin "womöglich doch" in der Schweiz bzw. in D._____ bei ihren Eltern aufhalte. Die Beschwerdeführerin erklärte ausserdem, sich seit dem Frühling 2020 während nur rund acht Monaten und mit Unterbrüchen in der elterlichen Wohnung aufgehalten zu haben. Während ungefähr einem Jahr sei sie bei Bekannten in der Schweiz untergekommen (ZMG act. 2/3/39, Frage 20 ff., 48 und ebenso ZMG act. 2/3/42). 2.9.2. Im Hinblick auf die Mitwirkungspflicht ist festzuhalten, dass das Bundesgericht die fehlende Mitwirkung bei der Papierbeschaffung, rein passives Verhalten im Unterschied zu eigentlichen Täuschungsmanövern, zwar nicht genügen liess (BGE 122 II 49 E. 2a; 129 I 139 E. 4.2.1). Als Reaktion auf gerade diese Recht-

E. 13

/ 23 sprechung hat der Gesetzgeber allerdings die entsprechenden Voraussetzungen verschärft und ausdrücklich eine verstärkte Mitwirkungspflicht vorgesehen, welche das passive Verhalten einer aktiven Vereitelung des Wegweisungsvollzugs gleichsetzt (BGE 130 II 377 E. 3.2.2 m.w.H.; Botschaft zum Entlastungsprogramm 2003 für den Bundeshaushalt [EP 03] vom 2. Juli 2003, BBl 2003 5615 ff., S. 5753). Unbehelflich ist daher der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach das AFM GR sie zur Mitwirkung hätte auffordern müssen. Freilich war dies dem AFM GR auch nicht möglich, zumal nicht bekannt war, wo sich die Beschwerdeführerin aufhielt. Auch am 29. August 2023 zeigte sie sich nicht dazu bereit, mit den heimatlichen Behörden zwecks Beschaffung eines Reisedokumentes in Kontakt zu treten (vgl. ZMG act. 2/3/41). Die Beschwerdeführerin hat die sie treffende Mitwirkungspflicht verletzt. 2.9.3. Zu alledem hinzu tritt, dass auch der jüngste, für den 19. September 2023 geplante DEPU-Flug gemäss Angaben des AFM GR aufgrund des von der Beschwerdeführerin in der Hafteinrichtung gezeigten Verhaltens nicht durchgeführt werden können (act. D.3). 2.10. In Würdigung des vorstehend Dargelegten, also des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin bereits einmal untergetaucht ist, mehrmals und eindeutig erklärt hat, zu einer freiwilligen Rückkehr nach B._____ nicht bereit zu sein und ihre Mitwirkungspflichten verletzt hat, ist nicht davon auszugehen, dass sie sich zwecks Vollzug der Wegweisung zur Verfügung halten würde. Vielmehr ist damit zu rechnen, dass sie erneut untertauchen würde. Im Ergebnis ging das Zwangsmassnahmengericht zu Recht davon aus, dass vorliegend der Haftgrund der Untertauchungsgefahr im Sinne von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AIG gegeben ist. 2.11. Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, das Zwangsmassnahmengericht habe die Verhältnismässigkeit der Haft nicht rechtsgenügend überprüft. Es habe lediglich festgehalten, dass diese gegeben sei, weil eine Flugbuchung vorläge. Indem die besondere Vulnerabilität der jungen Beschwerdeführerin in der Interessenabwägung überhaupt nicht berücksichtigt werde, sei der Sachverhalt unvollständig festgestellt worden. Die Beschwerdeführerin habe angeben, durch die Haft einer enormen psychischen Belastung ausgesetzt zu sein. Durch die Haftbedingungen sei sie von der Aussenwelt und ihren Eltern isoliert. Die Beschwerdeführerin habe der Befragung während der Hauptverhandlung kaum folgen können, während der ganzen Verhandlung geweint und die drei Tage davor, seit ihrer spätabendlichen Inhaftierung, nichts mehr gegessen. Es sei vor-

liegend offensichtlich, dass es der Beschwerdeführerin psychisch schlecht gehe

E. 14

/ 23 und es sich um eine sehr vulnerable traumatisierte junge Frau handle. Die Inhaftierung stelle eine ungemaine Belastung für die Beschwerdeführerin dar. Aufgrund der erlebten Traumata sei sie psychisch enorm vorbelastet und eine solche Situation daher besonders schädlich. Wie aus einem Arztbericht hervorgehe, leide die Beschwerdeführerin ausserdem an depressiven Störungen. Mit Blick auf das gesundheitliche Wohlbefinden der Beschwerdeführerin erscheine die Aufrechterhaltung der Haft mangels Eignung als unverhältnismässig. Zudem sei eine mildere Massnahme wie jene einer Meldepflicht noch gar nie (erfolglos) angeordnet worden (act. A.1, Rz. 18 ff.). 2.12. Die Vorinstanz äusserte sich zur Verhältnismässigkeit tatsächlich nur sehr knapp, beschränkte sich auf den Hinweis, dass eine geeignete mildere Massnahme nicht ersichtlich sei, Ersatzpapiere voraussichtlich problemlos beschafft werden könnten und ein Rückflug gebucht sei. Daher erweise sich die Ausschaffungshaft ohne Weiteres als verhältnismässig (act. B.1, E. 10). Wie nachstehend aufzuzeigen sein wird, ist das Ergebnis der Vorinstanz allerdings zu bestätigen. Die Ausschaffungshaft ist weiterhin ein geeignetes Mittel, um den Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführerin sicherzustellen. Das AFM GR hat vor Erlass des Haftbefehls bestätigen lassen, dass keine Vollzugshindernisse vorliegen (ZMG act. 2/3/40). Weder zeichnen sich Entwicklungen ab, welche zu einer massgeblichen Verzögerung des Vollzugs der Wegweisung führen würden, noch sind anderweitig Umstände ersichtlich, aufgrund derer sich die Ausschaffung nicht in- nert angemessener Frist realisieren lassen sollte. Wie gesehen, ist der Vollzug der Ausschaffung deshalb gefährdet, weil zu erwarten ist, dass die Beschwerdeführerin erneut untertaucht. Die Erforderlichkeit eines Eingriffs ist nicht erst dann gegeben, wenn zuvor eine mildere Massnahme erfolglos angeordnet worden ist. Vielmehr erscheint die Meldepflicht als milderer Mittel mit Blick auf die Untertauchungsgefahr von Vorneherein nicht gleichermassen geeignet, um den Zweck der Sicherstellung des Ausschaffungsvollzugs sicherzustellen, wie die Haft. Somit ist die Ausschaffungshaft vorliegend erforderlich. Im Hinblick auf die Zumutbarkeit der Haft ist zu berücksichtigen, dass der Amtsarzt Dr. med. F. _____ in seiner Beurteilung der Verhandlungsfähigkeit am 31. August 2023 zum Schluss kam, es gebe keinerlei Hinweise auf abnormes Verhalten oder auf das Vorliegen einer psychischen Störung der Beschwerdeführerin. Sie sei "zweifelsfrei und uneingeschränkt" verhandlungsfähig sowie weiterhin hafterstehungsfähig (ZMG act. 9). Die Hafterstehungsfähigkeit bescheinigte der Amtsarzt bereits am 28. August 2023 (ZMG act. 4). Im eingereichten medizinischen Verlaufsprotokoll des Zentrums für ausländerechtlichen Administrativhaft (ZAA) ist am 1. September 2023 vermerkt worden, dass die Beschwerdeführerin psychisch gesund sei und aufgrund der aktuel-

E. 15

/ 23 len Situation unter Stress leide, wobei leichte Panikattacken möglich seien (act. B.13). Im weiteren Verlauf erschwerten sich die psychischen Beschwerden in Form von Panikattacken, wobei die Beschwerdeführerin medikamentös behandelt wurde. Das Entstehen einer Ausschaffungshaft stellt naturgemäss eine äusserst grosse psychische Belastung dar, welche entsprechend auch psychische Beschwerden hervorrufen kann. Allerdings kann alleine aufgrund dieser in Haft auftretenden Beschwerden nicht davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin an einer psychischen Erkrankung leidet. Das junge Alter der 21-jährigen Beschwerdeführerin begründet für sich genommen

noch keine besondere Vulnerabilität, welche Haft unzumutbar erscheinen lassen würde. Ebenfalls wird nicht näher spezifiziert, worin die erlebten Traumata bestehen sollen und inwiefern sie zur Unzumutbarkeit der Haft führen. Die eingelegte ärztliche Bescheinigung belegt einzig, dass die Beschwerdeführerin vor fünf Jahren an depressiven Störungen gelitten hat (act. B.9). Sie enthält keine Angaben zu allfälligen Vorbelastungen, welche eine Haft generell unzumutbar machen würden. Die Würdigung dieser Umstände führt zum Schluss, dass die durch die Ausschaffungshaft hervorgerufene psychische Belastung der Beschwerdeführerin nicht derart schwer ist, dass von einer Unzumutbarkeit auszugehen ist. Nach alledem erweist sich die Ausschaffungshaft vorliegend als verhältnismässig. 2.13. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, es bestehe ein grosses Risiko, dass sich die in der Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht erwähnte Vergewaltigung bei einer Rückkehr nach B._____ wiederholen könnte und daher das Non-Refoulement-Gebot einer Ausschaffung entgegenstehe (act. A.1, Rz. 22 f.), so ist darauf hinzuweisen, dass einzig die Rechtmässigkeit der Ausschaffungshaft Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet. Die Beachtung des Non-Refoulement-Gebots gehört in das Asylverfahren. Das SEM kam in seiner Prüfung des Asylgesuchs mit überzeugender Begründung zum Schluss, dass die Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht asylbeachtlich seien und diese in einzelnen Aspekten auch unplausibel und substanzarm seien (ZMG act. 2/3/9). Vor dem Zwangsmassnahmengericht erklärte die Beschwerdeführerin sodann, dass sie in B._____ vergewaltigt worden sei und ihr Leben dort nicht sicher sei (act. B.1, Ziff. 5). Da sie indes keine detaillierteren Angaben zu der behaupteten Gefahr machte und insbesondere auch nicht aufzeigte, dass ihr in B._____ überall, will heissen im gesamten Land, eine Bedrohung für Leib und Leben drohe, erweist sich der zu sichernde Wegweisungsentscheid nicht als offensichtlich unzulässig.

E. 16

/ 23 2.14. Die vom AFM GR bis zum 28. November 2023 angeordnete Ausschaffungshaft erweist sich in materieller Hinsicht unter sämtlichen Gesichtspunkten als rechtmässig. 3. Verletzung des rechtlichen Gehörs 3.1. Die Beschwerdeführerin rügt ferner eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs. Bereits in der Einvernahme vom 29. August 2023 durch das AFM GR habe sie unmissverständlich und mehrfach nach einer Rechtsvertretung verlangt. Diese sei aber nicht aufgeboten worden. Sodann sei sie zur mündlichen Verhandlung am 31. August 2023 vorgeladen worden, für welche ebenfalls keine Rechtsvertretung aufgeboten worden sei. Dies obschon gemäss Art. 19 Abs. 1 EGzAAG (BR 618.100), Art. 29 BV, Art. 5 und 13 EMRK ein Anspruch darauf bestehe. Während der Haftverhandlung vom 31. August 2023 habe die Beschwerdeführerin von Beginn der Verhandlung an nach einem Anwalt verlangt. Der Einzelrichter habe sie darauf hingewiesen, dass sie dieses Recht habe, den Rechtsbeistand allerdings selbst organisieren müsse. Als die Beschwerdeführerin eingewendet habe, dass ihr Vater bereits einen Anwalt organisiert habe, habe der Einzelrichter einen ins Nichts führenden Anruf getätigt und das AFM GR habe mitgeteilt, es habe von keiner Rechtsvertretung Kenntnis und auch in H._____ sei bislang nichts eingegangen. Dies obwohl eine Mitarbeiterin von AsyLex bereits am 30. August 2023 einen Brief an die Beschwerdeführerin in H._____ gesendet habe und am 1. September 2023 mit einem E-Mail an die Gefängnisleitung nachgedoppelt habe. Klar sei allerdings, dass auch ohne die Kontaktaufnahme durch die Unterzeichnende die Beschwerdeführerin auf jeden Fall Anspruch auf eine Rechtsvertretung gehabt hätte. In jedem Fall hätten die Vorinstanzen zur Durchführung der Haftverhandlung eine Rechtsvertretung aufbieten müssen, zumal die Beschwerdeführerin die Geltendmachung

dieses Anspruches mehrfach klar geäussert habe. Der offensichtlich schlechte Zustand der Beschwerdeführerin lasse die Wichtigkeit des Anspruchs auf einen Rechtsbeistand als umso deutlicher erscheinen. Die Haftanordnung und Durchführung der Haftverhandlung ohne Rechtsvertretung stelle einen äusserst tiefgreifenden und wesentlichen Mangel dar, welcher offensichtlich erkennbar und als schwerwiegender Verfahrensfehler einzustufen sei, der nicht geheilt werden könne. Zuzufolge dieses gravierenden formellen Mangels sei von einer Nichtigkeit der Haftanordnung auszugehen. Eventualiter beantrage die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Haftanordnung aufgrund der gravierenden Verfahrensfehler, subeventualiter sei die Verletzung des rechtlichen Gehörs festzustellen (act. A.1, Rz. 7 ff.).

E. 17

/ 23 3.2. Gemäss Art. 19 Abs. 1 EGzAAG hat die inhaftierte Person das Recht zum Beizug eines privaten Rechtsbeistandes. Der inhaftierten Person wird gemäss Art. 19 Abs. 2 EGzAAG 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. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Dementsprechend besteht grundsätzlich kein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, wenn die beantragte bzw. tatsächliche Haftdauer drei Monate nicht übersteigt. Dies entspricht einem bewussten gesetzgeberischen Entscheid (hierzu etwa KGer GR SK2 22 32 v. 17.8.2022 E. 5.2; SK2 16 4 v. 12.2.2016 E. 4b mit Verweis auf die Botschaft der Regierung an den Grossen Rat zum Einführungsgesetz zur Ausländer- und Asylgesetzgebung des Bundes [EGzAAG] vom 26. August 2008, Heft Nr. 11/2008-2009, S. 616 f.). 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 Andreas Zünd, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl., Zürich 2019, N 4 zu Art. 80 AIG). Bei der erstmaligen ausländerrechtlichen Haftprüfung ist eine unentgeltliche Verbeiständung somit nicht vorbehaltlos geboten, sondern nur, wenn besondere Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur bestehen. Als besondere Schwierigkeiten fallen nicht nur Umstände wie Kompliziertheit der Rechtsfragen, Unübersichtlichkeit des Sachverhalts und dergleichen in Betracht, sondern insbesondere auch in der Person des vom Freiheitsentzug Bedrohten liegende Gründe, wie etwa dessen Fähigkeiten, sich im Verfahren zurecht zu finden (vgl. BGE 122 I 49 E. 2c/bb m.w.H.). 3.3. Die Beschwerdeführerin wurde am 28. August 2023 um 21:05 Uhr in polizeilichen Gewahrsam genommen (oben, E. 2.4). Die Ausschaffungshaft begann am 29. August 2023 um 12:30 Uhr (act. B.1; ZMG act. 41). Beantragt wurde die Ausschaffungshaft für die Dauer ab Erlass des Haftbefehls am 29. August 2023 bis am 28. November 2023 (act. B.1). Unter Einbezug der Festhaltung bei der Kantonspolizei umfasst die tatsächliche Haftdauer drei Monate. Gemäss Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 EGzAAG ist auf die tatsächliche oder beantragte Haftdauer abzustellen. Da die tatsächliche Haft vorliegend mit dem ausländerrechtlich motivierten Polizeigewahrsam bereits am 28. August 2023 begonnen hat, wird die Schwelle von drei Monaten zwar erreicht. Allerdings verlangt Art. 19 Abs. 2 EGzAAG, dass die Haftdauer drei Monate übersteigt, was nicht der Fall ist. Somit fehlte es an einer der für die Beiordnung eines amtlichen Rechtsbeistandes erforderlichen

E. 18

/ 23 Voraussetzung. Da der Amtsarzt die Verhandlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin als gegeben erachtete und sich ihre psychische Verfassung erst nach Beginn der Ausschaffungshaft zusehends verschlechterte (eingehend dazu oben, E. 2.12), boten sich aufgrund der psychischen Gesundheit der Beschwerdeführerin keine besonderen tatsächlichen Schwierigkeiten, welche einen Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand hätten entstehen lassen. Ebensovienig bietet der vorliegende Fall in rechtlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten, aufgrund welcher ein amtlicher Rechtsbeistand beizuordnen gewesen wäre. 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 ausländerrechtlichen Haft betroffenen Person ins Feld führen liessen (vgl. hierzu KGer GR SK2 22 4 v. 7.9.2022 E. 5.1; SK2 21 4 v. 12.2.2021 E. 8.3.2; bestätigt in SK2 21 61 v. 31.8.2021 E. 6.1.4 und SK2 21 55 v. 3.8.2021 E. 8.3). 3.4. Aus dem angefochtenen Entscheid ergeht ferner, dass der Vorderrichter den Vater der Beschwerdeführerin kontaktiert hat, nachdem diese erklärt hatte, dass der Vater den Namen ihres Anwalts kenne. Im Anschluss daran wurde die Verhandlung am 31. August 2023 unterbrochen. Auch am Folgetag erschien die Beschwerdeführerin nicht in Begleitung einer Rechtsvertretung. Erst mit E-Mail vom 1. September 2023 um 10:59 Uhr (act. B.10) – als die Hauptverhandlung bereits beendet war – gelangte eine Mitarbeiterin von Asylex an die Justizvollzugsanstalt H._____ und bat um Zustellung einer noch auszufüllenden Vollmacht an die Beschwerdeführerin. Durch das Vorgehen der Vorinstanz – Versuch den Namen des Anwalts ausfindig zu machen und Unterbruch der Verhandlung – wurde das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt. Ebenfalls zu berücksichtigen ist das im Haftüberprüfungsverfahren geltende Beschleunigungsgebot. Folglich ist in der Haftanordnung und Durchführung der Haftverhandlung ohne Rechtsvertretung kein Verfahrensfehler zu erblicken. 4. Unrechtmässige Haftbedingungen 4.1. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung von Art. 5 EMRK aufgrund unrechtmässiger Haftbedingungen geltend. Am 28. August 2023 sei sie zwecks ausländerrechtlicher Administrativhaft der JVA E._____ zugeführt worden und habe dort vier Tage verbracht, bevor sie am 1. September 2023 dem ZAA Zürich zugeführt worden sei. Dies, obwohl klar sei, dass die Haftbedingungen in der JVA E._____ den Anforderungen an die Ausgestaltung der Administrativhaft gemäss

E. 19

/ 23 bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht genügten. Im Besonderen wird eine Verletzung des in Art. 81 Abs. 2 AIG und Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG) verankerten Trennungsgebots gerügt. Die JVA E._____ sei ganz klar eine Strafanstalt, in welcher es keine Plätze für die Durchführung von Administrativhaft gebe. Die Website halte klar fest, dass es sich bei der JVA E._____ ausschliesslich um eine Anstalt für Untersuchungs- und Sicherheitshaft handle. Es offenbare sich der gefängnisgleiche Eindruck an den Umständen der Inhaftierung, also dem Haftregime an sich und dem Gebäudekomplex. Die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter berichte von Zelleneinschlusszeiten von 23 Stunden. Frauen seien in der JVA E._____ oft allein, was faktisch einer Isolationshaft entspreche. Das Gebäude sei wie bereits erwähnt als Gefängnis gebaut und sehe dementsprechend aus; es habe hohe

Mauern und sei von Stacheldrahtzäunen umgeben. Es handle sich um ein klassisches Gefängnis und nicht um eine spezielle Hafteinrichtung im Sinne von Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der Rückführungsrichtlinie. Die Beschwerdeführerin habe sich überdies während vier Tagen in rechtswidriger Isolationshaft befunden, weil sie eine Frau sei. Auch aufgrund der Verletzung des Trennungsgebots sei die Beschwerdeführerin umgehend aus der Haft zu entlassen. Ausserdem lässt die Beschwerdeführerin beantragen, es seien die Rechtswidrigkeit der Haftbedingungen in der JVA E._____ vom 28. August 2023 bis zum 1. September 2023 und die Verletzung des Trennungsgebots im Dispositiv des Urteils festzustellen. Ein Feststellungsinteresse bestehe im Übrigen auch im Falle einer bereits erfolgten Haftentlassung oder Ausschaffung im Entscheidzeitpunkt, zumal aus rechtswidrig entstandener Haft Ansprüche auf Genugtuungs- und Schadenersatzleistungen gelten gemacht werden könnten (act. A.1, Rz. 25 ff.). 4.2. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Administrativhaft nach Art. 81 Abs. 2 AIG und entsprechend Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der Rückführungsrichtlinie in einer speziellen, nur zu diesem Zweck vorgesehenen Vollzugsanstalt zu vollziehen (Ausschaffungszentrum). Sie kann bloss dann – in Ausnahmefällen – in ordentlichen Haftanstalten vollzogen werden, falls ein administrativ anderweitig nicht bewältigbarer wichtiger Grund für dieses Vorgehen spricht sowie die Trennung von den anderen Häftlingen durch eine eigenständige Abteilung sichergestellt bleibt (BGE 146 II 201 E. 4 bis 6). Es muss sich nach der Rechtsprechung dabei um "absolute Einzelfälle" handeln (BGE 146 II 201 E. 7; BGer 2C_280/2021 v. 22.4.2021 E. 2.4; 2C_961/2020 v. 24.3.2021 E. 2.4.1; 2C_844/2020 v. 30.10.2020 E. 6.1). Der Grund für die vom Grundsatz abweichende Unterbringung ist sachgerecht darzutun und zu belegen, damit die richterlichen Behörden die angegebenen Gründe im Hinblick auf die Zulässigkeit der Haft und der Vorgaben von

E. 20

/ 23 Art. 81 Abs. 2 AIG bzw. Art. 16 der Rückführungsrichtlinie überprüfen können (vgl. Art. 80 Abs. 4 AIG; BGE 146 II 201 E. 8). In BGer 2C_662/2022 erwog das Bundesgericht in Bezug auf die Justizvollzugsanstalt H._____, dass diese zwar über eine gesonderte Haftabteilung für die ausländerrechtliche Administrativhaft verfüge, das Gebäude und die Räumlichkeiten aber gemäss dem Bericht der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter vom 12. März 2018 einen klaren Gefängnischarakter hätten, was es nach der Rechtsprechung gerade zu vermeiden gelte. Die Anstalt genüge damit prima vista dem Trennungsgebot nicht (zum Ganzen BGer 2C_662/2022 v. 8.9.2022 E. 2.2.1). 4.3. In der Frauenabteilung der Justizvollzugsanstalt E._____ war die Beschwerdeführerin lediglich vom 29. August bis am 1. September 2023 untergebracht, bevor sie dem Zentrum für ausländerrechtliche Administrativhaft ZAA in Zürich zugeführt wurde (ZMG act. 2/3/43). Art. 2 Abs. 3 VEV (BR 350.520) sieht vor, dass die ausländerrechtliche Administrativhaft in Ausnahmefällen in der Justizvollzugsanstalt E._____ durchgeführt werden kann. Bereits im Haftbefehl selbst war vorgesehen, dass der Vollzug im Zentrum für ausländerrechtliche Administrativhaft (ZAA) zu erfolgen habe (ZMG act. 2/3/41). Somit stand von vornherein fest, dass der Vollzug in der Justizvollzugsanstalt E._____ nur kurzzeitig – für die Dauer des Haftprüfungsverfahrens – erfolgen würde. Da der Kanton Graubünden nicht über ein Ausschaffungszentrum verfügt und dennoch die persönliche Anwesenheit der Beschwerdeführerin an der Haftprüfungsverhandlung gewährleistet werden musste, war ein wichtiger Grund für die ausnahmsweise Unterbringung in einer ordentlichen Haftanstalt gegeben. Gerade weil die Beschwerdeführerin am 31. August und am 1. September 2023 zur Hauptverhandlung erscheinen musste und überdies am 30.

August 2023 während einer Stunde Besuch von ihrem Vater erhielt sowie telefonieren konnte, kann von einer faktischen Isolationshaft nicht die Rede sein (act. C.1). Der kurzzeitige Vollzug der Administrativhaft in der Frauen- abteilung der Justizvollzugsanstalt E. _____ ist mit dem in Art. 81 Abs. 2 AIG und Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der Rückführungsrichtlinie verankerten Trennungsgebot vereinbar und daher rechtmässig. Selbst wenn der kurzzeitige Haftvollzug in E. _____ das Trennungsgebot verletzt hätte und damit als rechtswidrig zu betrachten wäre, bewirkt das nicht die Unrechtmässigkeit auch der aktuell zu erstehenden Haft, da diese in einem dem Trennungsgebot genügenden Ausschaffungszentrum vollzogen wird. 5. Fazit 5.1. Eventualiter, für den Fall, dass die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich ausgeschafft werden sollte, wurde beantragt, es sei festzustellen, dass die ange-

E. 21

/ 23 ordnete Haft unrechtmässig sowie unangemessen gewesen sei (act. A.1, viertes Rechtsbegehren). Da die Ausschaffung noch nicht vollzogen wurde, ist der Eventualantrag gegenstandslos und es erübrigen sich Weiterungen hierzu. 5.2. Die Anordnung der Ausschaffungshaft erweist sich als rechtmässig und deren Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht für die Dauer von etwas weniger als drei Monaten gerechtfertigt. Die dagegen erhobene Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist vollumfänglich abzuweisen. 6. Kosten und Entschädigungsfolgen

E. 22

/ 23

E. 23

/ 23

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