Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.714/2004 /leb

Urteil vom 3. Januar 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch
Advokat Daniel Bäumlin,

gegen

Amt für Migration Basel-Landschaft, Parkstrasse 3, Postfach 251, 4402 Frenkendorf,
Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft, Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, Postfach, 4410 Liestal.

Gegenstand
Ausschaffungshaft (Art. 13b ANAG),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Basel-Landschaft, Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, vom 2. November 2004.

Sachverhalt:
A.
Der am **. ** 1979 geborene X._____, dessen Vorname unbekannt ist und der in Malaysia und Thailand aufgewachsen sein will, reiste am 22. Juli 2001 illegal in die Schweiz ein und ersuchte tags darauf um Asyl. In der Folge erhielt er am 11. März 2002 eine befristete Bewilligung zum Stellenantritt als Küchenhilfe in einem Restaurant in Basel. Mit Entscheid vom 21. August 2002 trat das Bundesamt für Flüchtlinge auf sein Asylgesuch nicht ein, da er als verschwunden galt; gleichzeitig wies es ihn aus der Schweiz weg. Nachdem die kantonalen Behörden am 27. September 2002 mit X._____ wieder Kontakt hatten, wurde ihm der Asylentscheid eröffnet und er auf den Kanton Basel-Landschaft eingegrenzt (vgl. Art. 13e des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer; ANAG; SR 142.20).
B.
Am 10. Januar 2003 teilte X._____ dem Amt für Migration des Kantons Basel-Landschaft mit, dass er gar nie verschwunden gewesen sei, sondern im Zusammenhang mit seiner Arbeit eine Privatwohnung genommen habe, worüber er seinen Betreuer informiert habe. Gestützt hierauf reichte er am 5. Februar 2004 beim Bundesamt für Flüchtlinge ein Wiedererwägungsgesuch ein, welches dieses am 18. Februar 2004 abwies. Am 26. März 2004 hiess die Instruktionsrichterin der Schweizerischen Asylrekurskommission das mit der Beschwerde hiergegen verbundene Gesuch, den Vollzug der Wegweisung auszusetzen, gut und gestattete X._____, den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abzuwarten. Ab dem 2. September 2004 galt X._____ erneut als verschwunden, nachdem er während mehr als zehn Tagen nicht gesehen worden war; am 24. Oktober 2004 reiste er von Frankreich kommend in die Schweiz ein, worauf ihn das Amt für Migration Basel-Landschaft am 1. November 2004 in Ausschaffungshaft nahm. Der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen am Kantonsgericht Basel-Landschaft prüfte diese tags darauf und bestätigte sie bis zum 31. Januar 2005 (Eröffnung der schriftli-

chen Urteilsbegründung: 8. November 2004).
C.
X._____ hat am 8. Dezember 2004 hiergegen beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Er beantragt, die Haftgenehmigung aufzuheben und ihn aus der Ausschaffungshaft zu entlassen; eventuell sei der angefochtene Entscheid insofern aufzuheben, als ihm im Haftprüfungsverfahren die unentgeltliche Verbeiständung verweigert worden sei. Das Amt für Migration Basel-Landschaft schliesst auf Abweisung der Beschwerde; der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die Abteilung Vollzugsunterstützung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements hat ohne ausdrücklichen Antrag im Sinne eines Amtsberichts Stellung genommen. X._____ hat am 17. und 23. Dezember 2004 an seinen Anträgen und Ausführungen festgehalten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Nach Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG (in der Fassung des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 über das Entlastungsprogramm 2003 [AS 2004 S. 1633 ff.]) kann ein erstinstanzlich weggewiesener Ausländer in Ausschaffungshaft genommen werden, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass er sich der Ausschaffung entziehen will, insbesondere weil er seinen Mitwirkungspflichten im Sinne von Art. 13f ANAG nicht nachkommt (”Untertauchensgefahr”). Danach muss der Betroffene unter anderem ”Ausweispapiere beschaffen oder bei deren Beschaffung durch die Behörden mitwirken”(Art. 13f lit. c ANAG); für den Haftgrund genügt, dass sich der Ausreisepflichtige diesbezüglich passiv verhält. Der Gesetzgeber hat in Reaktion auf die bisherige Rechtsprechung die vollzugsrechtlichen Mitwirkungspflichten verstärkt; Art. 13f ANAG setzt das passive Verhalten einer aktiven Vereitelung des Wegweisungsvollzugs gleich (BGE 130 II 377 E. 3.2.2 S. 383 mit Hinweisen; Urteil 2A.649/2004 vom 16. November 2004, E. 2.1.2). Im Übrigen liegt Untertauchensgefahr regelmässig vor, wenn der Betroffene bereits einmal untergetaucht ist oder durch erkennbar unglaubwürdige und widersprüchliche Angaben die Vollziehungsbemühungen zu erschweren versucht (BGE 130 II 377 E. 3.3.3, 56 E.
3.1; 128 II 241 E. 2.1 S. 243; 125 II 369 E. 3b/aa S. 375; 122 II 49 E. 2a S. 51). Die Untertauchensgefahr wird gesetzlich vermutet, wenn der Betroffene ein ihm nach Art. 13e ANAG zugewiesenes Gebiet verlässt oder ihm verbotenes Gebiet betritt (Art. 13b Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 13a lit. b ANAG; BGE 125 II 377 E. 3 S. 381 ff.; Urteil 2A.649/2004 vom 16. November 2004, E. 2.1.2). Für die Zulässigkeit der Haft muss der Vollzug der Wegweisung rechtlich und tatsächlich möglich sein (vgl. Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG) und die Papierbeschaffung mit dem nötigen Nachdruck verfolgt werden (Art. 13b Abs. 3 ANAG; ”Beschleunigungsgebot”); schliesslich soll die Haft als Ganzes verhältnismässig sein (vgl. BGE 130 II 56 E. 1 S. 58 mit weiteren Hinweisen).
2.
2.1 Das Bundesamt für Flüchtlinge ist am 21. August 2002 auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht eingetreten und hat ihn weggewiesen. Ein Wiedererwägungsgesuch blieb am 18. Februar 2004 ohne Erfolg. Gegen den Beschwerdeführer liegt damit ein erstinstanzlicher Wegweisungsentscheid vor. Hieran ändert nichts, dass die Asylrekurskommission am 26. März 2004 dessen Vollzug ausgesetzt und dem Beschwerdeführer gestattet hat, den Ausgang ihres Verfahrens in der Schweiz abzuwarten: Der durch die Haft zu sichernde Weg- oder Ausweisungsentscheid muss nicht rechtskräftig sein; es genügt, wenn dessen Vollzug (z.B. wegen fehlender Papiere) zwar noch nicht möglich, jedoch absehbar ist (BGE 130 II 56 E. 1 S. 58; 122 II 148 E. 1 u. E. 2b/bb; 121 II 59 E. 2a S. 61; BBl 1994 I 323). Wie ein nachgereichtes Asylgesuch (vgl. hierzu Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, Ausländerrecht, Basel/ Genf/München 2002, Rz. 7.108) lässt ein hängiges Wiedererwägungsverfahren den ursprünglichen Wegweisungsentscheid nicht dahin fallen (so bereits das Urteil 2A.57/1991 vom 13. Februar 1991, E. 4c). Die Ausschaffungshaft bleibt zu dessen Sicherung zulässig, wenn mit einem baldigen Entscheid gerechnet werden kann (vgl.
BGE 125 II 377 E. 2b S. 380).
2.2 Anhaltspunkte dafür, dass dies hier nicht der Fall wäre, bestanden im Zeitpunkt der Haftgenehmigung, auf den grundsätzlich abzustellen ist (vgl. BGE 125 II 217 E. 3a S. 221), nicht: Zwar wurde das Verfahren vor der Asylrekurskommission bereits am 22. März 2004 eingeleitet, doch ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer sich anfangs September 2004 nach Frankreich abgesetzt hat, weshalb das Verfahren nicht prioritär erschien; erst am 24. Oktober 2004 besann er sich anders und kehrte er wieder in die Schweiz zurück. Ein bal-

diger Entscheid ist somit nunmehr nicht ausgeschlossen, zumal die Asylrekurskommission während der Haft an das Beschleunigungsgebot gebunden ist (vgl. Art. 13c Abs. 6 ANAG). Das Migrationsamt und der Haftrichter werden bei ihren weiteren Entscheiden jeweils den Stand des Wiedererwägungs- bzw. Asylverfahrens zu berücksichtigen und - gegebenenfalls auch von Amtes wegen (BGE 124 II 1 E. 3a) - die nötigen Konsequenzen zu ziehen haben, sollten sich wider Erwarten weitere Verzögerungen ergeben. Nach BGE 122 II 148 E. 3 muss mit dem Vollzug der Weg- oder Ausweisung in absehbarer Zeit zu rechnen sein, ansonsten sich die Ausschaffungshaft als unverhältnismässig erweist und der Betroffene aus der
Ausschaffungshaft zu entlassen ist.

2.3 Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer die Schweiz für zwei Monate verlassen hat, steht der Sicherung des ursprünglichen Wegweisungsentscheids durch eine Haft ebenfalls nicht entgegen: Zwar gilt nach der Rechtsprechung die selbständige Ausreise eines Ausländers in der Regel als Vollzug des Wegweisungsentscheids, so dass dieser nach einer Wiedereinreise des Betroffenen nicht mehr Grundlage einer Ausschaffungshaft bilden kann (Urteile 2A.305/2001 vom 18. Juli 2001, E. 3d, 2A.133/2002 vom 26. März 2002, E. 3.2), doch sind dabei jeweils die gesamten Umstände zu berücksichtigen. Nur wenn ein eigentlicher Bruch zwischen der ursprünglichen Anwesenheit und jener nach der Wiedereinreise besteht, so dass von einem neuen Entfernungsverfahren auszugehen ist, hat der ursprüngliche Wegweisungsentscheid als (freiwillig) vollzogen zu gelten (Urteil 2A.205/2003 vom 19. Mai 2003, E. 2.4; BGE 125 II 465 E. 3b am Ende S. 469). Dies war hier nicht der Fall, nachdem der Beschwerdeführer ausdrücklich ermächtigt worden war, den Ausgang seines Beschwerdeverfahrens in der Schweiz abzuwarten, und er deshalb bei seiner Wiedereinreise nicht formlos weggewiesen werden konnte.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer ist am 27. September 2002 auf den Kanton Basel-Landschaft eingegrenzt worden; dennoch wurde er am 28. Dezember 2003 im Kanton Basel-Stadt angehalten. Bei seiner illegalen Einreise nach Frankreich im September 2004 verletzte er seine Eingrenzung erneut. Der Beschwerdeführer macht geltend, die entsprechende Anordnung sei zu Unrecht erfolgt, da er gar nie untergetaucht sei; im Übrigen erscheine die Massnahme schikanös, weshalb der von den kantonalen Behörden angenommene Haftgrund nicht vorliege. Er verkennt indessen, dass seine Eingrenzung unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist. Die Haftgenehmigung könnte mangels des entsprechenden Haftgrunds (Art. 13b Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 13a lit. b ANAG) deshalb nur verweigert werden, wenn seine Eingrenzung offensichtlich rechtswidrig, missbräuchlich oder geradezu nichtig wäre (BGE 125 II 377 E. 3b S. 382; Urteil 2A.211/2003 vom 5. Juni 2003, E. 2.3). Zwar will der Beschwerdeführer entgegen der Annahme der kantonalen Behörden nicht untergetaucht, sondern bloss von dem ihm zugewiesenen Ort aus beruflichen Gründen in eine private Wohnung gezogen sein; er legt aber nicht dar, dass und inwiefern ihm dieser Wechsel des Aufenthaltsorts bewilligt worden wäre und die
Annahme, er habe (zumindest) seine asylrechtlichen Meldepflichten verletzt, offensichtlich unhaltbar erschiene. Die Frage der Rechtmässigkeit des Abschlusses des Asylverfahrens im August 2002 wird die Asylrekurskommission zu prüfen haben.

3.2 Der Beschwerdeführer ist im Übrigen unter Hinweis auf die allfälligen Folgen wiederholt darauf hingewiesen worden, dass er bei der Papierbeschaffung mitzuwirken habe; dennoch hat er bisher nur wenig glaubwürdige Angaben zu seiner Person gemacht. Das Bundesamt für Flüchtlinge hat seine Aussagen, dass er im Alter von sechs Jahren in Malaysia seine Eltern nicht mehr habe finden können und von einer Drittperson nach Thailand mitgenommen worden sei, bei der er gelebt und die ihm die Ausreise organisiert habe, als wenig überzeugend gewertet; tatsächlich ist kaum wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer nur mit dem Namen X._____ und ohne weitere Angaben zu seiner Person von Bangkok aus per Flugzeug nach Rom reisen und von dort in die Schweiz gelangen konnte. Nach seinen Angaben vor dem Haftrichter soll die "Reiseagentur" seine Papiere bekommen haben. Wenn die Vorinstanz gestützt hierauf davon ausgegangen ist, die Identität des Beschwerdeführers sei nicht hinreichend erstellt, wobei zurzeit nicht angenommen werden könne, er habe in diesem Zusammenhang alles ihm Zumutbare vorgekehrt, ist dies vertretbar; es liegt somit auch der Haftgrund von Art. 13b Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 13f ANAG (jeweils in der Fassung vom 19.
Dezember 2003) vor. Der Beschwerdeführer hat sich im September 2004 während des hängigen Verfahrens zudem nach Frankreich abgesetzt, weshalb sein Einwand, er habe sich den Behörden immer zur Verfügung gehalten, nicht zutrifft (vgl. zu diesem Einwand auch BGE 130 II 377 E. 3.3.3.2 S. 387).

4.

4.1 Nach Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG wird die Haft unter anderem dann beendet, wenn sich erweist, dass

der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus tatsächlichen Gründen undurchführbar ist. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, bildet Gegenstand einer nach pflichtgemässem Ermessen vorzunehmenden Prognose. Der Umstand allein, dass die Ausreise nur schwer organisiert werden kann, lässt die Ausschaffung noch nicht als undurchführbar erscheinen. Hierfür müssen vielmehr triftige Gründe sprechen; es muss praktisch feststehen, dass sich die Ausschaffung innert der gesetzlichen Frist kaum wird realisieren lassen. Dies ist in der Regel nur der Fall, wenn sie mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen bzw. ihr Vollzug nicht absehbar erscheint, obwohl die Identität und Nationalität des Ausländers belegt ist oder doch wenigstens keine Veranlassung besteht, an der von ihm behaupteten Herkunft zu zweifeln (vgl. BGE 130 II 56 E. 4.1.2 u. 4.1.3; 127 II 168 E. 2c S. 172; 125 II 217 E. 2 S. 220; 122 II 148 E. 3 S. 152 f.).

4.2 Die Identität des Beschwerdeführers ist nicht erstellt; seine Angaben sind wenig konkret. Zwar ist er bereits am 14. April 2003 im Beisein einer Übersetzerin auf dem thailändischen Konsulat befragt worden, ohne dass seine Personalien hätten erhärtet werden können. Im Zeitpunkt der Haftgenehmigung war eine Vorführung auf der malaysischen Botschaft aber noch möglich und geplant. Diese wurde für den 17. Dezember 2004 organisiert. Dabei ergab sich, dass der Beschwerdeführer die malaysische Sprache nicht beherrscht und nur thailändisch und englisch spricht; im Übrigen soll er sich geweigert haben, "irgendwelche Angaben zu seiner Herkunft zu machen". Die Abteilung Vollzugsunterstützung plant, den Beschwerdeführer nun den thailändischen Behörden vorzuführen und bei diesen um ein Passersatzdokument nachzusuchen (Fax vom 20. Dezember 2004). Sollten die entsprechenden Bemühungen innert absehbarer Zeit zu keinem greifbaren Resultat führen, wäre die Situation auf ein Haftentlassungsgesuch hin bzw. gegebenenfalls von Amtes wegen auch diesbezüglich neu zu prüfen. Soweit der Beschwerdeführer einwendet, die von den Behörden eingeleiteten Abklärungen wären längst möglich gewesen, weshalb seine Festhaltung unverhältnismässig erscheine, verkennt er, dass das Beschleunigungsgebot nach Art. 13b Abs. 3 ANAG grundsätzlich nur während der Haft gilt (vgl. das Urteil 2A.635/2004 vom 15. November 2004, E. 2.6; zum Beschleunigungsgebot: BGE 124 II 49 ff.). Die Behörden haben das Dossier des Beschwerdeführers bisher nicht prioritär behandelt, da er sich in Freiheit befand; seit seiner Inhaftierung haben sie sich im Rahmen des ihnen Zumutbaren kontinuierlich um die Klärung seiner Identität und die Papierbeschaffung bemüht.

5.

Eventualiter beantragt der Beschwerdeführer, den angefochtenen Entscheid zumindest insofern aufzuheben, als ihm die unentgeltliche Verbeiständung im Haftprüfungsverfahren verweigert worden ist. Auch dies rechtfertigt sich indessen nicht:

5.1 Das Bundesgericht hat für die ausländerrechtliche Administrativhaft erkannt, dass bei der erstmaligen Haftprüfung eine unentgeltliche Verbeiständung von Verfassungs wegen nur dann geboten erscheint, wenn der Fall besondere Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur aufwirft (BGE 122 I 275 ff.; vgl. zur Problematik der Verbeiständung Hugi Yar, a.a.O., Rz. 7.30 ff.). Demgegenüber darf einem bedürftigen Häftling im Haftverlängerungsverfahren nach drei Monaten der unentgeltliche Rechtsbeistand grundsätzlich nicht verweigert werden (BGE 122 I 49 ff.). Wenn die Vorinstanz davon ausgegangen ist, der vorliegende Fall habe keine über die bei einer erstmaligen Haftprüfung üblichen Probleme hinausgehenden Schwierigkeiten geboten, war dies vertretbar und nicht bundes(verfassungs)rechtswidrig.

5.2 Nichts anderes ergibt sich aus § 11 des Gesetzes vom 20. Mai 1996 über die Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht des Kantons Basel-Landschaft: Nach dessen Absatz 1 ordnet das Präsidium der Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Kantonsgerichts von Amtes wegen einen Rechtsbeistand an, "soweit dies zur Wahrung der Rechte der betroffenen Person erforderlich ist". Sofern der betroffenen Partei die nötigen Mittel fehlen, werden für das Verfahren keine Kosten erhoben, "und der Rechtsbeistand ist für die betreffende Partei unentgeltlich" (§ 11 Abs. 2 des Gesetzes). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers, der davon ausgeht, dass gemäss § 11 Abs. 2 die Bedürftigkeit für eine unentgeltliche Verbeiständung im Haftverfahren deshalb ausreiche, ist der umstrittene § 11, der die notwendige Verbeiständung regelt (vgl. das Urteil 2A.211/2003 vom 5. Juni 2003, E. 1), sowohl von seiner Systematik wie seinem Sinn und Zweck her als Ganzes zu verstehen; der Rechtsbeistand ist für die bedürftige Partei im Haftprüfungsverfahren nur unentgeltlich, falls ein solcher nach Absatz 1 überhaupt bezeichnet wurde oder hätte bezeichnet werden müssen. Mit der Formulierung, dass die Begehren des Beschwerdeführers "aussichtslos" gewesen seien, brachte
der Haftrichter zum Ausdruck, dass der Fall keine besonderen Schwierigkeiten stellte, welche den Beizug eines Anwalts und die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung geboten hätten.

6.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist somit abzuweisen. Da die Begehren des Beschwerdeführers aufgrund der publizierten und über Internet zugänglichen Rechtsprechung im jetzigen Verfahrensstadium (erstmalige Haftgenehmigung) keine ernsthaften Aussichten auf Erfolg hatten, ist dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren nicht zu entsprechen (vgl. Art. 152 OG). Es rechtfertigt sich jedoch, praxisgemäss von der Erhebung einer Gerichtsgebühr abzusehen (vgl. Art. 153a und Art. 154 OG; Urteil 2A.86/2001 vom 6. März 2001, E. 3). Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abwiesen.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Amt für Migration Basel-Landschaft und dem Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft, Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 3. Januar 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: