Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.682/2004 /dxc

Urteil vom 8. Dezember 2004
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Bundesrichter Hungerbühler,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Adrian Fiechter,

gegen

Amt für Polizeiwesen Graubünden, Asyl und Massnahmenvollzug, Karlihof 4, 7000 Chur,
Bezirksgerichtspräsidium Plessur, Poststrasse 14, 7000 Chur.

Gegenstand
Ausschaffungshaft gemäss Art. 13b ANAG,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Bezirksgerichtspräsidiums Plessur vom 5. November 2004.

Sachverhalt:
A.
X._____ ist angeblich am 24. Juni 1988 geboren und Staatsangehöriger von Liberia. Nach eigener Darstellung reiste er am 19. Januar 2004 illegal in die Schweiz ein und stellte hier ein Asylgesuch. Ein radiografisches Gutachten vom 28. Januar 2004 ergab aufgrund einer Handknochenanalyse, dass X._____ mindestens 19 Jahre alt ist. Am 17. März 2004 trat das Bundesamt für Flüchtlinge auf das Asylgesuch von X._____ nicht ein und wies ihn aus der Schweiz weg. Dieser Entscheid wurde rechtskräftig. Mit Schreiben vom 31. März 2004 forderte das Amt für Polizeiwesen Graubünden X._____ auf, die Schweiz pflichtgemäss zu verlassen. Am 2. April 2004 gab dieser bei einer Besprechung an, in sein angebliches Heimatland Liberia zurückkehren zu wollen, wozu er jedoch noch etwas Zeit zwecks Beschaffung heimatlicher Papiere benötige. Gleichentags ersuchte das Amt für Polizeiwesen Graubünden das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement um Vollzugsunterstützung. Ein am 28. Mai 2004 durchgeführtes Herkunftsgespäch ergab, dass X._____ mit grosser Wahrscheinlichkeit aus Nigeria stammt. Am 12. Juli 2004 wurde X._____ wegen illegalen Aufenthalts mit Einschliessung von fünf Tagen bestraft.

Am 31. Oktober 2004 reiste X._____ mit einer ihm nicht zustehenden Schweizer Identitätskarte nach London aus, wo ihm aber die Einreise verweigert und er in die Schweiz zurückgeschickt wurde. Am 1. November 2004 wurde er wegen Verwendung von ihm nicht zustehenden Ausweispapieren, Diebstahls sowie rechtswidrigen Verweilens in der Schweiz zu einer weiteren Einschliessung von sieben Tagen verurteilt. Nachdem X._____ dem Amt für Polizeiwesen Graubünden zugeführt worden war, ordnete dieses am 3. November 2004 die Ausschaffungshaft an. Das Bezirksgerichtspräsidium Plessur prüfte und genehmigte die Haft am 5. November 2004. Dabei war X._____ amtlich vertreten, wobei der damalige Rechtsbeistand die Zulässigkeit der Haft anerkannte.
B.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 25. November 2004 an das Bundesgericht beantragt X._____, vertreten durch einen neuen Rechtsanwalt, das Hafturteil sei aufzuheben und er sei sofort aus der Ausschaffungshaft zu entlassen; überdies ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung im bundesgerichtlichen Verfahren.
Das Amt für Polizeiwesen Graubünden schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Bezirksgericht Plessur hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. X._____ nahm die Gelegenheit nicht wahr, sich nochmals zur Sache zu äussern. Das Bundesamt für Flüchtlinge hat innert gesetzter Frist keine Stellungnahme eingereicht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Haftrichter seinen Entscheid so zu begründen, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann, wobei es nicht Sache des Bundesgerichts ist, in den Akten nach haftbegründenden Umständen zu suchen (BGE 125 II 369 E. 2c und d S. 372 f.). Die vorliegende Begründung des Haftrichters enthält zwar eine Umschreibung des Gesetzesrechts, es fehlt jedoch eine konkrete Prüfung der Haftvoraussetzungen im vorliegenden Anwendungsfall. Die materielle Haftbegründung beschränkt sich im Wesentlichen auf die Feststellung, der Vertreter des Beschwerdeführers anerkenne, dass die Voraussetzungen für eine Ausschaffungshaft erfüllt seien. Diese Begründung erscheint ungenügend. Allerdings war der Beschwerdeführer bereits vor dem Haftrichter amtlich verbeiständet, und es ist angesichts des unbestrittenen Protokolls der haftrichterlichen Verhandlung nicht in Frage zu stellen, dass sein Vertreter die Rechtmässigkeit der Haft anerkannt hatte. Unter diesen Umständen musste der Haftrichter nicht mit einer Anfechtung seines Entscheids rechnen. Nachdem der Beschwerdeführer, vertreten durch einen neuen Rechtsanwalt, dennoch das Bundesgericht angerufen hatte, hat es der Haftrichter freilich
unterlassen, in der Vernehmlassung an das Bundesgericht eine zureichende Begründung nachzuliefern. Der Beschwerdeführer rügt dies allerdings wohl zu Recht nicht, erscheint doch sein eigenes Verhalten ebenfalls nicht widerspruchsfrei. Die Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann zwar nicht gerade als unzulässig gelten. Unter den gegebenen Umständen bleibt die ungenügende Begründung des Haftentscheids aber ausnahmsweise ohne Folgen und hat das Bundesgericht direkt auf die Akten abzustellen, zumal diese vollständig erscheinen und der Beschwerdeführer und die haftanordnende Behörde ihre Standpunkte umfassend vortragen konnten.
2.
2.1 Die zuständige Behörde kann einen Ausländer in Ausschaffungshaft nehmen, wenn die Voraussetzungen von Art. 13b ANAG erfüllt sind. Danach ist erforderlich, dass ein erstinstanzlicher, nicht notwendigerweise auch rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt (vgl. BGE 129 II 1 E. 3 S. 6 ff.; 121 II 59 E. 2 S. 61; 122 II 148 ff.), dessen Vollzug noch nicht möglich, jedoch absehbar ist (BGE 125 II 369 E. 3a S. 374, 377 E. 2a S. 379). Zudem muss einer der in Art. 13b Abs. 1 ANAG genannten Haftgründe bestehen (BGE 125 II 369 E. 3a S. 374, 377 E. 3a S. 381; 124 II 1 E. 1 S. 3).

Nach Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG kann Ausschaffungshaft insbesondere verfügt werden, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sich der Ausländer der Ausschaffung entziehen will (Gefahr des Untertauchens). Das trifft namentlich zu, wenn der Ausländer bereits einmal untergetaucht ist, behördlichen Anordnungen keine Folge leistet, seine Mitwirkungspflicht verletzt (vgl. die Neuformulierung von Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG vom 19. Dezember 2003 in AS 2004 1633), die Vollzugsbemühungen der Behörden erschwert oder sonst wie klar zu erkennen gibt, keinesfalls in sein Herkunftsland zurückkehren zu wollen (BGE 125 II 369 E. 3b/aa S. 375). Bei einem straffälligen Ausländer ist eher als bei einem unbescholtenen davon auszugehen, er werde in Zukunft behördliche Anordnungen missachten (BGE 122 II 49 E. 2a, 148 E. 2b/aa S. 152; 119 Ib 193 E. 2b S. 198).

Gemäss dem neuen, am 1. April 2004 in Kraft getretenen Art. 13b Abs. 1 lit. d ANAG (in der Fassung vom 19. Dezember 2003; AS 2004 1633 und 1647) ist die Ausschaffungshaft überdies zulässig, wenn das zuständige Bundesamt einen Nichteintretensentscheid gestützt auf Art. 32 Abs. 2 lit. a-c des Asylgesetzes getroffen hat.
2.2 Gegen den Beschwerdeführer liegt ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vor, der bisher nicht vollzogen werden konnte. Der Beschwerdeführer macht freilich geltend, nach der Rechtsprechung der Schweizerischen Asylrekurskommission seien bei ihm die Voraussetzungen für einen asylrechtlichen Nichteintretensent-

scheid nicht erfüllt, womit er sinngemäss auch die Wegweisung in Frage stellt. Gegenstand des haftrichterlichen Verfahrens bildet indessen ausschliesslich die Rechtmässigkeit der Haftanordnung, nicht auch die Asyl- oder Wegweisungsfrage (vgl. Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 4 und 5 OG und Art. 11 Abs. 2 lit. b AsylG). Der Haftrichter hat die Haft nur zu verweigern, wenn sich der zu sichernde Wegweisungsentscheid als offensichtlich unzulässig erweist (BGE 125 II 217 E. 2 S. 220; 121 II 59 E. 2b S. 61). Das trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Im Übrigen hätte der Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt, den asylrechtlichen Nichteintretens- und Wegweisungsentscheid des Bundesamts für Flüchtlinge bei der Schweizerischen Asylrekurskommission anzufechten.

2.3 Das Amt für Polizeiwesen Graubünden stützte die Haft sowohl auf Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG (Untertauchensgefahr) als auch auf den neuen Haftgrund von Art. 13b Abs. 1 lit. d ANAG. In der Begründung des angefochtenen Entscheids verwies der Haftrichter bei seinen allgemeinen Erwägungen zur Rechtslage ebenfalls auf die beiden genannten Haftgründe, ohne freilich konkret zu prüfen, ob die entsprechenden Voraussetzungen im vorliegenden Fall tatsächlich erfüllt seien.

2.3.1 Im Hinblick auf den Haftgrund der Untertauchensgefahr ist zunächst in Rechnung zu stellen, dass sich der Beschwerdeführer betont den Anschein gibt, zur Mitwirkung bei der Ausschaffung bereit zu sein. Sein grundsätzlicher Wille, die Schweiz zu verlassen, kann wohl kaum in Frage gestellt werden, ist doch erstellt, dass er einen gescheiterten Versuch unternahm, nach Grossbritannien auszureisen. Allerdings tat der Beschwerdeführer dies auf illegale Weise unter Verwendung eines gestohlenen, ihm nicht zustehenden Ausweises. Wie er legal in einen Drittstaat ausreisen möchte, legt er nicht dar. Für eine Heimkehr in sein Heimatland hätte er längst Anlass und Gelegenheit gehabt, die erforderlichen Vorkehren zu treffen, wollte er die Schweiz tatsächlich freiwillig verlassen. Es gibt jedoch keine Hinweise dafür, dass er eine solche Heimkehr tatsächlich beabsichtigt. Insbesondere belegt der Beschwerdeführer seine Behauptung nicht, mehrmals versucht zu haben, zu gültigen Dokumenten zu gelangen, und es finden sich dafür in den Akten auch keine Beweise. Vielmehr sprechen die Umstände dafür, dass der Beschwerdeführer versucht, eine Rückkehr in seinen Heimatstaat zu verhindern. So ist erstellt, dass er die Behörden über sein Alter getäuscht
hat, und es liegen deutliche Anhaltspunkte dafür vor, dass seine Herkunftsangaben nicht stimmen können. Gemäss den behördlichen Expertisen sind seine Kenntnisse über die behauptete Heimat Liberia ungenügend und weist die von ihm gesprochene Sprache auf eine Herkunft aus Nigeria hin. Der Beschwerdeführer wurde zudem strafrechtlich verurteilt. Weniger von Bedeutung ist dabei im vorliegenden Zusammenhang die Verurteilung wegen illegalen Aufenthalts; ins Gewicht fällt jedoch diejenige wegen Diebstahls und Verwendung von dem Beschwerdeführer nicht zustehenden Ausweisen. Entgegen der in der Beschwerdeschrift vertretenen Auffassung steht dabei nicht im Vordergrund, dass der Beschwerdeführer damit seiner Ausreisepflicht nachkommen wollte; vielmehr wird dadurch belegt, dass er sich nicht an die gesetzmässige Ordnung hält und gerade nicht für eine rechtmässige Ausschaffung Hand bieten würde. Insgesamt bestehen damit genügend Anhaltspunkte dafür, dass sich der Beschwerdeführer der Ausschaffung entziehen würde, weshalb der Haftgrund von Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG gegeben ist.

2.3.2 Fraglich erscheint, ob darüber hinaus auch die Voraussetzungen des (neuen) Haftgrunds von Art. 13b Abs. 1 lit. d ANAG erfüllt sind. Insbesondere blieb bisher ungeklärt, ob dieser Haftgrund auch anwendbar ist, wenn der asylrechtliche Nichteintretensentscheid, wie dies hier zutrifft, bereits vor Inkrafttreten von Art. 13b Abs. 1 lit. d ANAG erging. Wie es sich damit verhält, kann aber offen bleiben, da jedenfalls der Haftgrund der Untertauchensgefahr vorliegt (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.635/2004 vom 15. November 2004, E. 2.2 und 2.3).

3.

3.1 Nach Art. 13c Abs. 5 litc. a ANAG wird die Haft unter anderem dann beendet, wenn sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist. Liegt der Beendigungsgrund von Anfang an vor, erweist sich auch eine Haftanordnung als unzulässig. Der Umstand allein, dass die Ausreise nur schwer organisiert werden kann und im Rahmen der entsprechenden Bemühungen mit ausländischen Behörden erst noch verhandelt werden muss, was erfahrungsgemäss eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, macht die Ausschaffung jedoch nicht bereits undurchführbar. Gerade wegen solcher Schwierigkeiten hat der Gesetzgeber die Haftdauer erheblich erhöht und die Möglichkeit der Haftverlängerung geschaffen. Wie es sich mit der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Einzelnen verhält, bildet Gegenstand einer nach pflichtgemässem Ermessen vorzunehmenden Prognose. Massgebend ist, ob die Ausschaffung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innert absehbarer Zeit möglich sein wird oder nicht. Die Haft ist dann unzulässig, wenn triftige Gründe für die Undurchführbarkeit des Vollzugs sprechen oder praktisch feststeht, dass er

sich innert vernünftiger Frist kaum wird realisieren lassen (BGE 130 II 56 E. 4 S. 59
ff.; 127 II 168 E. 2c S. 172; je mit Hinweisen). Dies ist in der Regel bloss der Fall, wenn die Ausschaffung auch bei gesicherter Kenntnis der Identität oder der Nationalität des Betroffenen bzw. trotz seines Mitwirkens bei der Papierbeschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit als ausgeschlossen erscheint. Zu denken ist etwa an eine länger dauernde Transportunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen oder an eine ausdrückliche oder zumindest klar erkennbare und konsequent gehandhabte Weigerung eines Staates, gewisse Staatsangehörige zurückzunehmen. Nur falls keine oder bloss eine höchst unwahrscheinliche, rein theoretische Möglichkeit besteht, die Wegweisung zu vollziehen, ist die Haft aufzuheben, nicht indessen bei einer ernsthaften, wenn auch allenfalls (noch) geringen Aussicht hierauf (BGE 130 II 56 E. 4.1.3 S. 61, mit Hinweisen).
3.2 Gemäss einer in den Akten liegenden Mitteilung der Abteilung Vollzugsunterstützung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 10. Juni 2004 hat die nigerianische Botschaft in Bern in letzter Zeit bei Anhörungen keine Reisepapiere für Personen ausgestellt, die behaupten, aus einem anderen afrikanischen Land zu kommen. Der nigerianische Landesvertreter soll sich zudem dahingehend geäussert haben, keine Personen befragen zu wollen, die eine andere Nationalität angeben. Dies führt im vorliegenden Fall jedoch nicht dazu, dass die Ausschaffung bereits heute als tatsächlich unmöglich gelten kann. Die Herkunft des Beschwerdeführers ist gerade strittig und bisher nicht eindeutig abgeklärt. Es lässt sich daher auch keine Prognose darüber stellen, ob bei Kenntnis der Herkunft des Beschwerdeführers die erforderlichen Reisepapiere beschafft werden könnten. Der Fall lässt sich somit nicht mit Sachlagen vergleichen, in denen der Heimatstaat bei eindeutiger Herkunft die Übernahme von zwangsweise zurückgeführten Landsleuten verweigert (vgl. die Urteile 2A.312/2003 [Nigeria]und 2A.328/2003 [Kamerun]vom 17. bzw. 22. Juli 2003, E. 2.1). Würde sich der Beschwerdeführer zur nigerianischen Staatsangehörigkeit bekennen und mit den
Behörden kooperieren, wäre ein Reisepapier gemäss Telefax der Abteilung Vollzugsunterstützung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 29. November 2004 erhältlich. Hätte der Beschwerdeführer, wie er behauptet, die liberianische Staatsangehörigkeit, stünde es den Behörden offen, auch in diese Richtung weitere Versuche zur Papierbeschaffung vorzunehmen. Jedenfalls kann gegenwärtig nicht davon ausgegangen werden, entsprechende behördliche Bemühungen seien auf längere Dauer zum Scheitern verurteilt. Die angeordnete Haft erweist sich demnach zurzeit nicht wegen tatsächlicher Unmöglichkeit als unzulässig.
4.
Schliesslich ist die Ausschaffungshaft auch nicht aus sonstigen Gründen unverhältnismässig. Der Beschwerdeführer wurde, nachdem er weggewiesen worden war, während längerer Zeit nicht in Ausschaffungshaft genommen, womit er die Gelegenheit gehabt hätte, selber für die nötigen Reisepapiere zu sorgen und freiwillig ordnungsgemäss auszureisen. Die Behörden haben ihn dazu auch aufgefordert. Erst als sich zeigte, dass der Beschwerdeführer seiner Ausreisepflicht nicht auf legalem Weg nachzukommen bereit war, wurde die Ausschaffungshaft angeordnet. Weiter steht auch das Alter des Beschwerdeführers einer Haft nicht entgegen, ist doch davon auszugehen, dass er nicht mehr minderjährig ist und jedenfalls das für die Anordnung von Ausschaffungshaft geltende Minimalalter von 15 Jahren (vgl. Art. 13c Abs. 3 zweiter Satz ANAG) überschritten hat.
5.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist demzufolge unbegründet und abzuweisen.

Angesichts der gegebenen Umstände und insbesondere aufgrund der Tatsache, dass vor der Vorinstanz der damalige Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die Zulässigkeit der Haft ausdrücklich anerkannt hatte, erweist sich das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers als aussichtslos. Damit ist seinem Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung nicht zu entsprechen (vgl. Art. 152 OG). Praxisgemäss kann aber angesichts der wahrscheinlichen Uneinbringlichkeit von der Erhebung einer Gerichtsgebühr abgesehen werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.

4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Amt für Polizeiwesen Graubünden, Asyl und Massnahmenvollzug, und dem Bezirksgerichtspräsidium Plessur sowie dem Bundesamt für Flüchtlinge schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 8. Dezember 2004
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: