[AZA 0/2]
2A.341/2000/bol

II. OEFFENTLICHRECHTLICHE ABTEILUNG **********

14. März 2001

Es wirken mit: Bundesrichter Wurzburger, Präsident der
II. öffentlichrechtlichen Abteilung, Hartmann, Betschart,
Hungerbühler, Müller und Gerichtsschreiberin Müller.

_____

In Sachen
A._____, geb. ******, Beschwerdeführer, vertreten durch lic iur. Ruedi Illes, c/o Caritas Schweiz, Löwenstrasse 3, Postfach, Luzern,

gegen
Fremdenpolizei des Kantons Luzern, Verwaltungsgericht des Kantons Luzern,
betreffend

Ausschaffungshaft gemäss Art. 13b ANAG, hat sich ergeben:

A.- Der **** geborene, aus Kosovo stammende A._____ hielt sich seit dem 29. Juli 1991 zwecks medizinischer Behandlung in der Schweiz auf. Bis Ende 1995 verfügte er über eine Kurzaufenthaltsbewilligung Ľ; zuletzt gültig bis zum 30. November 1995. Nachdem diese nicht mehr verlängert worden war, ersuchte A._____ um Asyl. Mit Verfügung vom 11. November 1996 lehnte das Bundesamt für Flüchtlinge das Asylgesuch ab, wies A._____ aus der Schweiz weg (Ziff. 3 der Verfügung), setzte ihm eine Ausreisefrist auf den

31. März 1997 an (Ziff. 4 der Verfügung) und beauftragte den Kanton Luzern mit dem Vollzug der Wegweisung (Ziff. 5 der Verfügung). Dagegen erhob dieser am 12. Dezember 1996 Beschwerde an die Schweizerische Asylrekurskommission. Mit Schreiben vom 14. Juli 1999 teilte das Bundesamt für Flüchtlinge A._____ mit, der Bundesrat habe am 7. April 1999 gestützt auf Art. 14a Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, im Folgenden auch Ausländergesetz; SR 142. 20) die gruppenweise Aufnahme von jugoslawischen Staatsangehörigen beschlossen, die in der Schweiz keine ordentliche fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligung erhalten könnten oder die ein Asylgesuch gestellt hätten, und bei welchen feststehe, dass sie ihren letzten Wohnsitz in der Provinz Kosovo gehabt hätten. Gestützt auf diesen Bundesratsbeschluss hob das Bundesamt wiedererwägungsweise die Ziffern 4 und 5 seiner Verfügung vom 11. November 1996 auf. Es verfügte zudem, dass A._____ zur Gruppe der vorläufig Aufgenommenen im Sinne des Bundesratsbeschlusses vom 7. April 1999 gehöre (Ziff. 2) und in der Schweiz vorläufig aufgenommen werde (Ziff. 3). In Ziff. 4 verfügte das Bundesamt, nach Aufhebung der vorläufigen Aufnahme habe A._____ - unter Androhung der Ausschaffung im Unterlassungsfall - die Schweiz innert der dann anzusetzenden Ausreisefrist zu verlassen. Mit Beschluss vom 2. August 1999 schrieb hierauf die Schweizerische Asylrekurskommission die Beschwerde von A._____ gegen die Verfügung vom 11. November 1996 als gegenstandslos ab.

B.- Am 11. August 1999 hob der Bundesrat die gruppenweise vorläufige Aufnahme für Personen mit letztem Wohnsitz in der Provinz Kosovo auf und setzte den Betroffenen generell eine Ausreisefrist auf den 31. Mai 2000 an. Mit Schreiben vom 11. Oktober 1999 gab die Fremdenpolizei des Kantons Luzern dies A._____ in albanischer Sprache bekannt, ebenso mit Schreiben vom 31. März 2000. Am 17. Mai 2000 stellte die Fremdenpolizei des Kantons Luzern für A._____ einen Antrag auf Einbezug in die sogenannte ḧumanitäre Aktion 2000. Mit Schreiben vom 31. Mai 2000 teilte das Bundesamt für Flüchtlinge der Fremdenpolizei mit, A._____ könne nicht in den Genuss der ḧumanitären Aktion 2000 ̈gelangen.

Am 21. Juni 2000 begab sich A._____ zur kantonalen Fremdenpolizei, welche ihn umgehend um 10.51 Uhr für längstens 96 Stunden in Ausschaffungshaft nahm.

Gegen diese Verfügung liess A._____ gleichentags Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern erheben.
Er beantragte, die Unrechtmässigkeit der Anordnung der Ausschaffungshaft festzustellen, die Verfügung der Fremdenpolizei vom 21. Juni 2000 aufzuheben, ihn sofort aus der Haft zu entlassen, ihm eine Entschädigung für ungerechtfertigte Haft zu bezahlen und die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. A._____ erhob zudem, ebenfalls am 21. Juni 2000, bei der Schweizerischen Asylrekurskommission Beschwerde gegen das Schreiben des Bundesamts für Flüchtlinge vom 31. Mai 2000 betreffend Nichteinbezug in die humanitäre Aktion 2000.

Am 22. Juni 2000, 08.00 Uhr, wurde A._____ auf dem Luftweg nach Pristina ausgeschafft. Mit Fax vom 22. Juni 2000, 10.41 Uhr, bat die Schweizerische Asylrekurskommission die Fremdenpolizei des Kantons Luzern, einstweilen von Vollzugsmassnahmen abzusehen. Nachdem der Rechtsvertreter von A._____ von dessen Ausschaffung erfahren hatte, hielt er mit Schreiben vom 26. Juni 2000 an seiner Beschwerde fest.

Mit Entscheid vom 29. Juni 2000 erklärte der Einzelrichter des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern, Verwaltungsrechtliche Abteilung (im Folgenden: Haftrichter) das Haftprüfungsverfahren als erledigt und trat auf die Begehren um Feststellung der Rechtswidrigkeit der Haft und um Zusprechung einer Haftentschädigung nicht ein.

C.- Dagegen hat A._____ mit Eingabe vom 27. Juli (Postaufgabe: 28. Juli) 2000 Verwaltungsgerichtsbeschwerde und subsidiär staatsrechtliche Beschwerde erhoben. Er beantragt, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 29. Juni 2000 aufzuheben und festzustellen, dass dieses zu Unrecht nicht auf die Beschwerde vom 21. Juni 2000 eingetreten und die Haft unrechtmässig gewesen sei; eventualiter sei die Sache zur materiellen Neubeurteilung an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen. Er ersucht zudem um unentgeltliche Rechtspflege sowie - sinngemäss - um unentgeltliche Rechtsverbeiständung.

Die Fremdenpolizei des Kantons Luzern beantragt, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzuweisen. Der Haftrichter hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Das Bundesamt für Flüchtlinge beantragt, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Das Bundesgericht prüft vom Amtes wegen und mit freier Kognition die Zulässigkeit der bei ihm eingereichten Beschwerden (BGE 126 I 81 E. 1 S. 83, mit Hinweisen).

a) Das Bundesgericht beurteilt letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen oder stützen sollten (Art. 97 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 5 VwVG; BGE 123 I 275 E. 2b S. 277).

Der Haftrichter hat das Haftprüfungsverfahren gestützt auf § 109 des luzernischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege als erledigt erklärt, weil kein rechtserhebliches Interesse mehr an der gerichtlichen Beurteilung der Haft bestehe. Damit stützt sich die Erledigungserklärung (Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids) auf kantonales Prozessrecht.

Tritt eine kantonale Behörde auf ein Rechtsmittel allein gestützt auf kantonales Verfahrensrecht nicht ein und führt dies dazu, dass die korrekte Anwendung von Bundesrecht nicht überprüft wird, die Durchsetzung von Bundesrecht somit vereitelt werden könnte, so ist die Rüge, das kantonale Verfahrensrecht sei in Art. 8, 9 oder 29 BV (früher: Art. 4 aBV) verletzender Weise angewendet worden, ebenfalls mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend zu machen, und zwar selbst dann, wenn nicht eine Verletzung von materiellem Bundesrecht behauptet wird (vgl. BGE 123 I 275 E. 2c S. 277).

Nichts anderes kann gelten, wenn nicht ein Nichteintretensentscheid angefochten wird, sondern eine Verfügung, mit welcher - wie hier - ein Verfahren als erledigt erklärt oder als gegenstandslos abgeschrieben wird.

Wird die Rechtmässigkeit der Ausschaffungshaft nicht geprüft, könnte dadurch Bundesrecht vereitelt werden. In Bezug auf die Erledigungserklärung (Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung) ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde daher zulässig.

b) Das Verwaltungsgericht ist auf das Haftentschädigungsbegehren mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten.
Die Zuständigkeit für Entschädigungsprozesse ist eine Frage des kantonalen Rechts; es wird vom Bundesrecht nicht vorgegeben, welche Behörde innerhalb eines Kantons ein Entschädigungsbegehren im Zusammenhang mit der Ausschaffungshaft zu beurteilen hat. Soweit der Nichteintretensentscheid das Entschädigungsbegehren betrifft (Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids), kommt daher die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht in Betracht. An sich wäre subsidiär die staatsrechtliche Beschwerde zulässig; indessen fehlt es an einer entsprechenden Begründung, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG).

2.- a) Gemäss Art. 98a Abs. 1 OG bestellen die Kantone richterliche Behörden als kantonale Instanzen, soweit gegen deren Entscheide unmittelbar die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig ist. Nach Art. 98a Abs. 3 OG sind Beschwerdelegitimation und Beschwerdegründe mindestens im gleichen Umfang wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zu gewährleisten.

Gegen die Anordnung der Ausschaffungshaft durch die zuständige kantonale Behörde (vgl. Art. 13c Abs. 1 ANAG) ist im Ausländergesetz keine Beschwerde vorgesehen; statt dessen ist eine richterliche Behörde von Gesetzes wegen verpflichtet, die Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Haft nach spätestens 96 Stunden aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu überprüfen (Art. 13c Abs. 2 ANAG). Die vom Beschwerdeführer am 21. Juni 2000 gegen die Haftanordnung der Fremdenpolizei erhobene Beschwerde war insofern unzulässig. Das ändert aber nichts daran, dass für die Frage, ob der kantonale Haftrichter die Rechtmässigkeit einer inzwischen dahingefallenen Ausschaffungshaft überprüfen muss, die vom Bundesgericht im Zusammenhang mit der Legitimationsfrage (Art. 103 OG) aufgestellten Grundsätze massgebend sind.

b) Nach der Ausschaffung oder Freilassung hat ein Ausländer grundsätzlich kein aktuelles praktisches Interesse mehr an der Überprüfung des vorgängigen Haftentscheids (Art. 103 lit. a OG; vgl. BGE 123 II 285 ff.). Allfällige Schadenersatzansprüche lassen das aktuelle Interesse an der Prüfung des Haftentscheides nach der Rechtsprechung ebenfalls nicht fortbestehen, da das Staatshaftungsverfahren insofern hinreichend Schutz bietet, um angebliche Rechtsverletzungen - auch solche von Art. 5 Ziff. 1 - 4 EMRK - wirksam geltend zu machen (so zur Untersuchungshaft: BGE 125 I 394 E. 4a S. 397, mit Hinweisen; zur Ausschaffungshaft vgl. unveröffentlichten Beschluss vom 8. Mai 1998 i.S.
Barry, E. 2a).

Gemäss § 5 Abs. 4 der luzernischen Staatsverfassung gibt eine ungesetzliche Verhaftung dem Betroffenen Anspruch auf volle Entschädigung. Das Haftungsgesetz des Kantons Luzern vom 13. September 1988 verweist in § 7 für die Zuständigkeit und das Verfahren auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung.
Es ist nicht ersichtlich, inwieweit diese vom Kanton vorgesehene Möglichkeit eines Entschädigungsprozesses im Lichte von Art. 13 oder Art. 5 Ziff. 5 EMRK ungenügend sein sollte.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass schon die Ausschaffung als solche - die keiner richterlichen Prüfung unterliegt - einen Freiheitsentzug darstellt. Gegen allfällige Missbräuche behördlicher Art in diesem Bereich steht neben dem erwähnten Staatshaftungsverfahren der Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde zur Verfügung, von welchem der Beschwerdeführer bzw. sein Rechtsvertreter denn auch Gebrauch gemacht hat.

c) Das Bundesgericht verzichtet sowohl bei Verwaltungsgerichtsbeschwerden als auch bei staatsrechtlichen Beschwerden ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses, wenn sich eine gerügte Rechtsverletzung jederzeit wiederholen könnte und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall

kaum je möglich wäre (vgl. BGE 111 Ib 56 E. 2b S. 59, mit Hinweisen; für die staatsrechtliche Beschwerde vgl. BGE 126 I 250 E. 1b S. 252, mit Hinweisen).

Nach der Ausschaffung oder Freilassung besteht für das Bundesgericht regelmässig kein Anlass, ausnahmsweise auf dieses Erfordernis zu verzichten: Die Ausschaffungshaft kann bis zu drei Monaten dauern und um höchstens sechs Monate verlängert werden (Art. 13b Abs. 2 ANAG). In diesem zeitlichen Rahmen ist es dem Bundesgericht ohne weiteres möglich, auch grundsätzliche Fragen zu den Haftvoraussetzungen zu prüfen (vgl. unveröffentlichter Beschluss vom 8. Mai 1998 i.S. Barry zu den Haftbedingungen). Dasselbe gilt hier für den Haftrichter: da die Ausschaffungshaft in vielen Fällen länger als 96 Stunden dauert, kann der Haftrichter die Grundsatzfragen, die sich im Zusammenhang mit der Problematik der Untertauchensgefahr stellen, im Rahmen von anderen Haftverfahren überprüfen.

Die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Problematik rund um den Bundesratsbeschluss betreffend Aufhebung der vorläufigen Aufnahme für eine bestimmte Volksgruppe sowie dessen angeblich mangelhafte Eröffnung beschlägt die Frage, ob in diesem Fall der Vollzug des ursprünglichen - durch die vorläufige Aufnahme nicht formell aufgehobenen - Wegweisungsentscheids allenfalls aus rechtlichen Gründen undurchführbar ist (vgl. Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG). Auch diese Frage kann der Haftrichter überprüfen, sobald sie sich im Verfahren eines Ausschaffungshäftlings stellt, der nach 96 Stunden noch nicht ausgeschafft ist.

d) Der Haftrichter war daher nicht verpflichtet, im vorliegenden Fall auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses zu verzichten; er durfte das Haftprüfungsverfahren als erledigt erklären.

3.- Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist; auf die staatsrechtliche Beschwerde ist nicht einzutreten. Da die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht als von vornherein aussichtslos gelten kann und die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers gegeben erscheint, ist dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stattzugeben (vgl. Art. 152 Abs. 1 OG). Es sind daher keine Gerichtskosten zu erheben. Der Beschwerdeführer verlangt sinngemäss auch die unentgeltliche Rechtsverbeiständung. Diesem Begehren kann nicht entsprochen werden, da nach dem Wortlaut von Art. 152 Abs. 2 OG nur Rechtsanwälte zu unentgeltlichen Rechtsbeiständen ernannt werden können.
Vorliegend erfüllt der Vertreter diese Anforderung nicht.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.- Auf die staatsrechtliche Beschwerde wird nicht eingetreten.

3.- a) Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.

b) Es werden keine Kosten erhoben.

4.- Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.

5.- Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Fremdenpolizei und dem Verwaltungsgericht des Kantons Luzern sowie dem Bundesamt für Ausländerfragen schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 14. März 2001

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin: