Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.64/2007 /ble

Urteil vom 22. Februar 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

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

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Advokat Dr. Nicolas Roulet,

gegen

Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Bereich Bevölkerungsdienste und Migration, Spiegelgasse 6-12, 4001 Basel,
Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Stadt, Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, Bäumleingasse 1, 4051 Basel.

Gegenstand
Umwandlung der Ausschaffungs- in Vorbereitungshaft,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Stadt, Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht,
vom 29. Dezember 2006.

Sachverhalt:
A.
X._____ (geb. 1981) ist Kurde und stammt aus dem Nordirak. Er durchlief unter der falschen Identität Y._____ (geb. 1985) in der Schweiz erfolglos ein Asylverfahren, nachdem er im Jahre 2001 bereits in Deutschland unter dem Namen Z._____ (geb. 1984) um Schutz vor Verfolgung nachgesucht hatte. Die Schweizerische Asylrekurskommission kam am 31. Mai 2005 zum Schluss, dass X._____ die Rückkehr in seine Heimat zumutbar und eine vorläufige Aufnahme ausgeschlossen sei, da ihm schwerwiegende Straftaten vorgeworfen würden (Art. 14a Abs. 6 ANAG; SR 142.20); es müsse bei ihm "von einem erheblichen Gewaltpotential" ausgegangen werden, "von welchem aufgrund der heutigen Aktenlage anzunehmen ist, dass es sich auch in Zukunft manifestieren wird". Am 17. Februar 2006 wies das Bundesamt für Migration ein Wiedererwägungsgesuch von X._____ im Hinblick auf die von ihm beabsichtigte Heirat von A._____ ab und erklärte seine ursprüngliche Wegweisungsverfügung vom 3. November 2004 für vollstreckbar.
B.
Nachdem X._____ am 12. Juli 2006 wegen häuslicher Gewalt und Drohung in Polizeiverhaft bzw. Untersuchungshaft genommen worden war, ordnete das Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt am 14. Juli 2006 die Ausschaffungshaft über ihn an. Die Einzelrichterin für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht am Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Stadt prüfte diese am 17. Juli 2006 und verlängerte sie am 9. Oktober 2006 für drei Monate bis zum 12. Januar 2007, wogegen X._____ am 8. November 2006 erfolglos an das Bundesgericht gelangte (Urteil 2A.671/2006 vom 11. Dezember 2006). Am 28. November 2006 wies das Bundesamt für Migration ein weiteres Wiedererwägungsgesuch von X._____ ab. Am 21. Dezember 2006 blieb

ein Haftentlassungsgesuch ohne Erfolg.
C.
Gegen den Wiedererwägungsentscheid des Bundesamts für Migration vom 28. November 2006 gelangte X._____ am 22. Dezember 2006 erneut an die Schweizerische Asylrekurskommission. Deren Instruktionsrichter ordnete am 27. Dezember 2006 an, dass der Vollzug der Wegweisung vorsorglich auszusetzen sei. Das Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt wandelte in der Folge die Ausschaffungshaft in eine Vorbereitungshaft um, welche der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen am Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Stadt am 29. Dezember 2006 prüfte und bis zum 26. März 2007 bestätigte.
D.
X._____ hat am 29. Januar 2007 hiergegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Er beantragt, den haftrichterlichen Entscheid aufzuheben; er sei "aus der am 13. Juli 2006 über ihn verhängten Ausschaffungshaft resp. aus der seit dem 29. Dezember 2006 über ihn verhängten Vorbereitungshaft zu entlassen und sofort auf freien Fuss zu setzen". Das Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt und der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen widersetzen sich diesen Anträgen. Das Bundesamt für Migration hat mitgeteilt, dass es nach wie vor einen Sonderflug in den Norden des Iraks plane, obwohl der Flug bisher wiederholt habe verschoben werden müssen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der angefochtene Entscheid erging am 29. Dezember 2006 und damit vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juli 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110, AS 2006 1205 ff.). Die vorliegende Eingabe ist somit noch als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegenzunehmen und nach den Regeln des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) zu erledigen (vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG; Mitteilungen des Bundesgerichts zum Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes, Ziff. I, publ. in: ZBl 108/2007 S. 56).
2.
2.1 Um die Durchführung eines Wegweisungsverfahrens sicherzustellen, kann die zuständige kantonale Behörde einen Ausländer, der keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt, während der Vorbereitung des Entscheids über seine Aufenthaltsberechtigung für höchstens drei Monate (sechs Monate gemäss Art. 13a ANAG in der Fassung vom 16. Dezember 2005) in Vorbereitungshaft nehmen, wenn er "Personen ernsthaft bedroht oder an Leib und Leben erheblich gefährdet und deshalb strafrechtlich verfolgt wird oder verurteilt worden ist" (Art. 13a lit. e ANAG). Der Beschwerdeführer wurde in der Schweiz wiederholt straffällig. Das Strafgericht Basel-Stadt verurteilte ihn am 23. Juni 2005 wegen mehrfacher Drohung, mehrfachen fahrlässigen sexuellen Handlungen mit einem Kind und der Hinderung einer Amtshandlung zu fünf Monaten Gefängnis bedingt; dennoch musste er in der Folge erneut im Zusammenhang mit ernsthaften Drohungen angehalten werden, welche sich nicht nur - wie er geltend macht - gegen seine Freundin und deren Kinder ("Wenn ich nach Hause geschafft werde, dann muss Frau A._____ sterben. Ich werde jemanden beauftragen, sie umzubringen") richteten, sondern auch gegen Dritte (Beamte der Fremdenpolizei; Urteil 2A.671/2006 vom 11. Dezember 2006, E. 2.1). Die entsprechenden Strafverfahren sind noch hängig. Der Beschwerdeführer erfüllt damit - unabhängig davon, ob seine Straftaten derart schwer wiegen, dass sie die vorläufige Aufnahme ausschliessen (Art. 14a Abs. 6 ANAG; EMARK 2006 Nr. 11 E. 7.2) - neben dem Haftgrund der Untertauchensgefahr (Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG) auch denjenigen von Art. 13a lit. e ANAG (Gefährdung von Personen an Leib und Leben; vertieft zu diesem Haftgrund: Urteil 2A.480/2003 vom 26. August 2004). Der Beschwerdeführer kann nichts daraus ableiten, dass die entsprechende Frage im Urteil vom 11. Dezember 2006 noch offen gelassen wurde; der Haftgrund der Untertauchensgefahr war damals offensichtlich gegeben, weshalb es sich erübrigte, allfälligen weiteren Haftgründen nachzugehen.
2.2
Zu Recht kritisiert der Beschwerdeführer hingegen, dass seine Ausschaffungshaft in eine Vorbereitungshaft umgewandelt wurde:
2.2.1 Vorbereitungs- und die Ausschaffungshaft schliessen sich grundsätzlich aus. Die Vorbereitungshaft dient der Durchführung eines Wegweisungsverfahrens, während die Ausschaffungshaft die Sicherstellung des Vollzugs eines (wenigstens) erstinstanzlichen Weg- oder Ausweisungsentscheids bezweckt. Liegt ein solcher vor, ist die Vorbereitungshaft in der Regel unzulässig (zu den Ausnahmen siehe Art. 13a lit. f [in der Fassung vom

16. Dezember 2005]sowie Art. 13a lit. d ANAG); ausländerrechtliche Haft ist dann nur noch in der Form der Ausschaffungshaft (bzw. neu auch der Durchsetzungshaft) möglich (BGE 125 II 377 E. 2; Urteil 2A.35/2000 vom 10. Februar 2000, E. 3a). Die zur Sicherung des Wegweisungsentscheids bereits angeordnete Ausschaffungshaft kann aufrechterhalten werden, wenn mit dem Abschluss des Asylverfahrens bzw. mit dem Vollzug der Wegweisung in absehbarer Zeit gerechnet werden kann (BGE 125 II 377 E. 2). Auch falls ein Asylsuchender den Beschwerdeentscheid in der Schweiz abwarten darf, wird die Wegweisungsverfügung - entgegen der Annahme des Haftrichters - nicht hinfällig (BGE 125 II 377 Sachverhalt und E. 2); das Gleiche gilt für ein Wiedererwägungsgesuch, bei dem - wie hier - aufgrund einer vorsorglichen Massnahme der Asylrekurskommission die Wegweisung vorübergehend ausgesetzt wird. Es bleibt auch in diesem Fall grundsätzlich die Ausschaffungshaft zulässig, soweit der Abschluss des entsprechenden - beschleunigt durchzuführenden (vgl. Art. 13c Abs. 6 ANAG) - Verfahrens in absehbarer Zeit als möglich erscheint (Urteile 2A.304/2005 vom 26. Mai 2005, E. 2, 2A.714/2004 vom 3. Januar 2005, E. 2.1). Dies war hier der Fall, nachdem das Bundesamt für Migration das zweite Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers am 28. November 2006 abgewiesen hatte und der entsprechende Entscheid im Haftprüfungsverfahren grundsätzlich verbindlich war (vgl. BGE 130 II 56 E. 2; 128 II 193 E. 2.2; 125 II 217 E. 2 S. 220), auch wenn keine Angaben hinsichtlich einer allfälligen Dauer des Beschwerdeverfahrens vorlagen.

2.2.2 Die unzutreffende Haftart führt vorliegend jedoch nicht zur Haftentlassung des Beschwerdeführers: Das Bundesgericht kann einer unter falschem Titel angeordneten Haft die richtige Bezeichnung geben und die gleichen Voraussetzungen, welche die Vorinstanzen unter dem Gesichtspunkt der Vorbereitungshaft als erfüllt erachtet haben, unter demjenigen der Ausschaffungshaft prüfen, falls dem Beschwerdeführer daraus kein Nachteil entsteht (BGE 129 II 1 E. 4; 125 II 377 E. 2c u. d; Urteil 2A.35/2000 vom 10. Februar 2000, E. 3c). Dies ist hier nicht der Fall: Die Haftumwandlung ist richterlich geprüft worden; der Haftgrund von Art. 13a lit. e ANAG gilt sowohl für die Vorbereitungs- wie die Ausschaffungshaft (Art. 13b Abs. 1 lit. b ANAG); schliesslich werden weder die maximale Dauer für die Vorbereitungs- noch jene für die Ausschaffungshaft überschritten; die gesamte bisher ausgestandene Haft wird zudem als Ausschaffungshaft auf die mögliche Maximaldauer der Zwangsmassnahmen anzurechnen sein (vgl. Art. 13b Abs. 2 und Art. 13h in der Fassung vom 16. Dezember 2006; BGE 2C 7/2007 vom 15. Februar 2007, E. 3 und 4). Die Festhaltung des Beschwerdeführers verletzt somit kein Bundesrecht, falls sich der Vollzug seiner Wegweisung nach wie vor als absehbar erweist (Art. 13 Abs. 5 lit. a ANAG) und seine Festhaltung deshalb als verlängerte Ausschaffungshaft genehmigt werden kann.

2.3

2.3.1 Wie es sich mit der Durchführbarkeit der Wegweisung im Einzelnen verhält, bildet Gegenstand einer nach pflichtgemässem Ermessen vorzunehmenden Prognose. Massgeblich ist, ob die Ausschaffung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit möglich erscheint oder nicht. Die Haft hat, weil unverhältnismässig, praxisgemäss dann als unzulässig zu gelten, wenn triftige Gründe dafür sprechen, dass die Wegweisung nicht innert vernünftiger Frist wird vollzogen werden können (BGE 130 II 56 E. 4.1.3 S. 61; 127 II 168 E. 2cf S. 172; 122 II 148 E. 3). Die Einschätzung der kantonalen Behörden, dies sei beim Beschwerdeführer noch nicht ausgeschlossen und es rechtfertige sich, die Frage im März 2007 erneut zu prüfen, ist nicht zu beanstanden:

2.3.2 Zwar musste der Sonderflug für straffällige Kurden aus dem Nordirak wiederholt verschoben werden (letztmals am 18. Dezember 2006; vgl. die Urteile 2A.440/2006 vom 31. Juli 2006 und 2A.581/2006 vom 18. Oktober 2006, E. 4.1, sowie das Urteil 2A.671/2006 vom 11. Dezember 2006, E. 2.2.2); das Bundesamt für Migration prüft indessen mit den irakischen Behörden weiter die Möglichkeit, einen solchen realisieren zu können. Ursprünglich war davon die Rede, dass dies im "Frühjahr 2007" der Fall sein könnte (Schreiben des BFM vom 18. Dezember 2006). Inzwischen zeigt sich das Bundesamt diesbezüglich weniger optimistisch; in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2007 sieht es nun einen Sonderflug für den August 2007 vor, was relativ vage ist. Nach wie vor besteht jedoch offenbar eine freiwillige Rückflugmöglichkeit in den Norden des Iraks über Frankfurt (Schreiben bzw. E-Mail des BFM vom 18. und 22. Dezember 2006), doch weigert sich der Beschwerdeführer, hiervon Gebrauch zu machen. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers sei inzwischen nicht mehr absehbar, zumal nach den verschärften Zwangsmassnahmen die Ausschaffungshaft neu bis zu insgesamt 18 Monaten dauern kann (Art. 13b Abs. 2 ANAG in der Fassung vom 16. Dezember 2005). Die kantonalen Behörden werden die Frage spätestens auf den 26. März 2007 hin wieder zu prüfen und dabei insbesondere dem Fortgang des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht (früher: Schweizerische Asylrekurskommission) Rechnung zu tragen haben (vgl.

BGE 125 II 377 E. 5b S. 384); sie werden aufgrund der dannzumal relevanten Grundlagen der Frage nachgehen müssen, ob sich die Aufrechterhaltung der Ausschaffungshaft (immer) noch als verhältnismässig erweist bzw. ob diese allenfalls durch eine Durchsetzungshaft zu ersetzen ist (vgl. Art. 13g ANAG in der Fassung vom 16. Dezember 2005; BGE 2C 1/2007 vom 5. Februar 2007, E. 7.2).
2.3.3 Soweit der Beschwerdeführer auf seine familiären Verhältnisse verweist und geltend macht, bei seinem Sohn leben und dessen Mutter heiraten zu wollen, weshalb seine Haft unverhältnismässig erscheine, hat das Bundesgericht hierzu bereits in seinem Urteil vom 11. Dezember 2006 Stellung genommen: Es bestehen - bis zu einem allfälligen gegenteiligen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts im asylrechtlichen Verfahren - keine Hinweise dafür, dass seine Wegweisung offensichtlich unzulässig wäre und deshalb nicht mit einer Ausschaffungshaft sichergestellt werden könnte; nur in diesem Fall wäre die Genehmigung der Haftverlängerung allenfalls zu verweigern gewesen (vgl. BGE 128 II 193 E. 2.2.1). Seine Heiratsabsichten ändern diesbezüglich nichts. Sowohl der Beschwerdeführer als auch seine Partnerin sind wiederholt auf ihre Erklärungen, heiraten zu wollen, zurückgekommen, so dass zurzeit nicht von einer gefestigten Beziehung gesprochen werden kann. Selbst gemäss den neusten Aussagen will seine Freundin eine Heirat nur in Betracht ziehen, wenn der Beschwerdeführer vorher eine Gewalttherapie durchführt. Unter diesen Umständen ist es ihm zuzumuten, seine Partnerin gegebenenfalls später im Rahmen eines besuchsweisen Aufenthalts oder im
Ausland zu heiraten und den Ausgang eines allfälligen Bewilligungsverfahrens dort abzuwarten (vgl. das Urteil 2A.671/2006 vom 11. Dezember 2006, E. 2.3.2 mit Hinweisen).
3.
3.1 Die vom Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt angeordnete und vom Haftrichter genehmigte Festhaltung kann somit als Ausschaffungshaft genehmigt werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist deshalb im Ergebnis unbegründet und demnach im Sinne der Erwägungen abzuweisen (vgl. BGE 125 II 377 ff.).
3.2 Der Beschwerdeführer ist erwerbs- und mittellos und damit offensichtlich bedürftig. Da seine Begehren nicht zum Vornherein aussichtslos waren, ist ihm für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu bewilligen (Art. 152 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen und die vom Einzelrichter genehmigte Vorbereitungshaft als (weitere) Verlängerung der Ausschaffungshaft bis zum 26. März 2007 bestätigt.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird gutgeheissen:
2.1 Es werden keine Kosten erhoben.
2.2 Advokat Dr. Nicolas Roulet wird zum unentgeltlichen Rechtsbeistand des Beschwerdeführers bestellt und für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 1'000.– entschädigt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Sicherheitsdepartement und dem Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Stadt, Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 22. Februar 2007
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: