Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.304/2005 /kil

Urteil vom 26. Mai 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

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

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt
Johann Burri,

gegen

Amt für Migration des Kantons Luzern,
Hallwilerweg 7, 6002 Luzern,
Verwaltungsgericht des Kantons Luzern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Obergrundstrasse 46, 6002 Luzern.

Gegenstand
Ausschaffungshaft (Art. 13b ANAG),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil
des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom
22. April 2005.

Sachverhalt:
A.
Der aus Kasachstan stammende X._____ (geb. ... 1974) ersuchte hier am 14. August 2000 ein erstes Mal erfolglos um Asyl (Entscheid des Bundesamts für Flüchtlinge vom 23. August 2001). Nach einem illegalen Aufenthalt von rund drei Monaten in Deutschland kehrte er am 19. März 2002 in die Schweiz zurück, wo die Asylverfahren seiner an "Myasthenia gravis" erkrankten Frau Y._____ (geb. ... 1974) und der Tochter A._____ (geb. ... 1993) noch hängig waren. Am 28. April 2003 trat das Bundesamt für Flüchtlinge auf sein zweites Asylgesuch vom 20. März 2002 nicht ein, wies dasjenige seiner Gattin bzw. der Tochter A._____ ab und hielt die Familie X. und Y._____ an, das Land bis zum 23. Juni 2003 zu verlassen; ab dem 30. Juni 2003 hielt sich die Familie nicht mehr an der bisherigen Adresse auf.
B.
Anfangs Juli 2003 stellten die Eheleute X. und Y._____ in Deutschland ein Asylgesuch; am 24. Februar 2004 wurden die schweizerischen Behörden um eine Rückübernahme der Gesuchsteller angegangen. Am ... 2004 gebar Y._____ in Deutschland den Sohn B._____; am 5. Januar 2005 wurde die Familie in die Schweiz zurückverbracht, wo die Eheleute X. und Y._____ mit Blick auf den Gesundheitszustand der Gattin beim Bundesamt für Migration um eine Wiedererwägung des Entscheids vom 28. April 2003 ersuchten, was dieses am 13. Januar 2005 ablehnte. Am 2. bzw. 21. Februar 2005 legte die Instruktionsrichterin der Schweizerischen Asylrekurskommission der hiergegen eingereichten Beschwerde aufschiebende Wirkung bei; das Verfahren ist noch hängig.
C.
Am 19./20. April 2005 nahm das Amt für Migration des Kantons Luzern X._____ in Ausschaffungshaft:

Der Betroffene habe die Rückführung in seine Heimat wiederholt vereitelt und sei seinen Mitwirkungspflichten bei der Papierbeschaffung nicht nachgekommen; er habe sich trotz Aufforderungen hierzu wiederholt geweigert, aktiv ein heimatliches Identitätsdokument zu beschaffen. Es bestehe bei ihm deshalb Untertauchensgefahr im Sinne von Art. 13b Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20; in der Fassung des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 über das Entlastungsprogramm 2003 [AS 2004 S. 1633 ff.]). Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern prüfte die Haft am 22. April 2005 und bestätigte sie zur Sicherung des Wegweisungsentscheids vom 28. April 2003 bis zum 18. Juli 2005.

D.

X._____ beantragt vor Bundesgericht, das Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben und ihn umgehend aus der Ausschaffungshaft zu entlassen. Er macht geltend, sich den Behörden immer zur Verfügung gehalten und im Rahmen seiner Möglichkeiten mit ihnen kooperiert zu haben; seine Haft erweise sich in Anbetracht seiner familiären Situation als unverhältnismässig.

Das Amt für Migration und das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern beantragen, die Beschwerde abzuweisen. Die Schweizerische Asylrekurskommission hat erklärt, dass bezüglich der bei ihr hängigen Beschwerde ein baldiger Verfahrensabschluss "nicht in Aussicht gestellt" werden könne. Die kantonalen Behörden und X._____ haben hierauf an ihren Ausführungen und Anträgen festgehalten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die zuständige Behörde kann einen Ausländer in Ausschaffungshaft nehmen bzw. in dieser belassen, wenn die Voraussetzungen von Art. 13b ANAG erfüllt sind. Danach ist erforderlich, dass ein erstinstanzlicher, nicht notwendigerweise auch rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt, dessen Vollzug (z.B. wegen fehlender Papiere) 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). Zudem muss einer der in Art. 13b Abs. 1 ANAG genannten Haftgründe bestehen, der Vollzug der Wegweisung mit dem nötigen Nachdruck verfolgt werden (Art. 13b Abs. 3 ANAG; Beschleunigungsgebot; BGE 124 II 49 ff.) und die Haft als Ganzes verhältnismässig erscheinen (BGE 130 II 56 E. 1 S. 58; 126 II 439 E. 4; 125 II 377 E. 4 S. 383; vgl. hierzu: Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, Ausländerrecht, Basel/Genf/München 2002, Rz. 7.84 ff.).

1.2 Die Ausschaffung soll den Vollzug der geplanten Entfernungsmassnahme sicherstellen und muss ernsthaft geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen; das ist nicht (mehr) der Fall, wenn die Weg- oder Ausweisung trotz der behördlichen Bemühungen nicht in absehbarer Zeit vollzogen werden kann (BGE 130 II 56 E. 4.1.1 S. 59 f.; 119 Ib 193 E. 2c S. 199). Die Ausschaffungshaft darf nur angeordnet oder aufrechterhalten werden, wenn der Vollzug der Wegweisung nicht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist (Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG); andernfalls lässt sie sich nicht mehr mit einem hängigen Ausweisungsverfahren rechtfertigen und verstösst sie gegen Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK (BGE 122 II 148 E. 3 S. 152 f.; 130 II 56 E. 4.1.1 S. 60 mit zahlreichen Hinweisen). Wie es sich mit der Durchführbarkeit im Einzelnen verhält, bildet Gegenstand einer nach pflichtgemässem Ermessen vorzunehmenden Prognose. Massgeblich ist, ob die Ausschaffung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innert absehbarer Zeit möglich erscheint oder nicht. Die Haft hat, weil unverhältnismässig, dann als unzulässig zu gelten, wenn triftige Gründe dafür sprechen, dass die Wegweisung innert vernünftiger Frist nicht wird vollzogen werden können (BGE 130 II 56
E. 4.1.3 S. 61; 127 II 168 E. 2c S. 172; 122 II 148 E. 3). Eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung durch den Betroffenen vorbehalten, welche die Verhältnismässigkeit der Haft wegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses in einem anderen Licht erscheinen lassen kann, ist dabei nicht notwendigerweise auf die maximale Haftdauer, sondern vielmehr auf einen den gesamten Umständen des konkreten Falles angemessenen, allenfalls kürzeren Zeitraum abzustellen (BGE 130 II 56 E. 4.1.3 S. 61 mit Hinweisen).

2.

Der Beschwerdeführer bestreitet das Vorliegen einer Untertauchensgefahr (vgl. zu diesem Haftgrund: BGE 130 II 377 E. 3.2.2 und 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); er habe sich den Behörden immer zur Verfügung gehalten und sich nach Kräften um die Papierbeschaffung bemüht. Wie es sich damit verhält, kann im vorliegenden Fall ebenso dahingestellt bleiben wie die Frage, ob der Wegweisungsentscheid vom 28. April 2003 durch die Ausreise nach Deutschland als freiwillig vollzogen

zu gelten hat und damit gar nicht mehr durch eine Ausschaffungshaft sichergestellt werden kann (vgl. hierzu die Urteile 2A.305/ 2001 vom 18. Juli 2001, E. 3d; 2A.133/2002 vom 26. März 2002, E. 3.2; 2A.205/2003 vom 19. Mai 2003, E. 2.4; 2A.714/2004 vom 3. Januar 2005, E. 2.3; BGE 125 II 465 E. 3b S. 469), wobei eine formlose Wegweisung (dazu das Urteil 2P.143/2003 vom 19. Dezember 2003; BGE 121 II 59 ff.) wegen des hängigen Wiedererwägungsverfahrens zurzeit nicht möglich ist. Gestützt auf die gesamten Umstände erweist sich die Ausschaffungshaft unabhängig hiervon als unverhältnismässig:

2.1 Der Beschwerdeführer ist im Januar 2005 mit seiner Familie in die Schweiz zurückgebracht worden und hat hier im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand seiner Frau um eine Wiedererwägung des negativen Asyl- und Wegweisungsentscheids vom 28. April 2003 ersucht, was das Bundesamt für Migration ablehnte. Der hiergegen eingereichten Beschwerde legte die Instruktionsrichterin der Schweizerischen Asylrekurskommission am 2. bzw. 11. Februar 2005 aufschiebende Wirkung bei; sie hat dem Beschwerdeführer und seinen Angehörigen gestattet, den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abzuwarten, da die Beschwerdevorbringen eine "vertieftere Prüfung" der Sachlage rechtfertigten. Zwar lässt ein hängiges Wiedererwägungsverfahren - wie ein nachträgliches Asylgesuch - einen ursprünglichen Wegweisungsentscheid an sich nicht dahinfallen, weshalb eine Ausschaffungshaft zu dessen Sicherung zulässig bleibt, doch gilt dies praxisgemäss nur, wenn mit einem baldigen Entscheid über das Gesuch gerechnet werden kann (Urteil 2A.714/2004 vom 3. Januar 2005, E. 2.1; BGE 125 II 377 E. 2b S. 380). Davon ist aufgrund der Stellungnahme der Asylrekurskommission hier nicht (mehr) auszugehen: Die Instruktionsrichterin hat am 18. Mai 2005 erklärt, dass "aufgrund der Komplexität des Falles" und der hohen Geschäftslast ein baldiger Verfahrensabschluss "nicht in Aussicht gestellt werden" könne. Mit der Ausschaffung des Beschwerdeführers in absehbarer Zeit kann somit nicht gerechnet werden. Selbst wenn es möglich wäre, für ihn Ersatzpapiere zu beschaffen (vgl. in diesem Zusammenhang immerhin Art. 97 Abs. 1 und 2 AsylG [SR 142.31]betreffend die nur beschränkt mögliche Bekanntgabe von Personendaten an den Heimat- oder Herkunftsstaat), könnte seine Wegweisung nicht vollzogen werden, da die Asylrekurskommission seine Anwesenheit in der Schweiz bis zu ihrem Entscheid bewilligt hat; ein Laissez-passer ist in der Regel nur 30 Tage gültig. Der Einwand des Haftrichters, er habe sich am 22. April 2005 telefonisch nach dem Stand des Wiedererwägungsverfahrens erkundigt und gestützt auf die Erklärung der zuständigen Richterin davon ausgehen dürfen, der Fall werde prioritär und rasch erledigt, ändert hieran nichts; das Dossier kann sich inzwischen als komplizierter erwiesen haben als ursprünglich angenommen. Im Übrigen fehlt in den haftrichterlichen Unterlagen ein Hinweis auf die entsprechende Instruktionsmassnahme (vgl. BGE 125 II 377 E. 1; Hugi Yar, a.a.O., Rz. 7.17 unter Hinweis auf das Urteil 2A.607/1999 vom 6. Januar 2000). Zwar handelt es sich bei der Auskunft der Asylrekurskommission um ein Element, das sich erst nach der Haftgenehmigung ergeben hat und ist das Bundesgericht im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG an sich an den Sachverhalt im haftrichterlichen Entscheid gebunden, doch gilt dies nicht, wenn sich die Umstände wie hier seit dem angefochtenen Entscheid wesentlich verändert haben, so dass einem Haftentlassungsgesuch unabhängig von den Sperrfristen von Art. 13c Abs. 4 ANAG zu entsprechen wäre; eine Überweisung der Beschwerde an die Vorinstanz als Haftentlassungsgesuch bildete in diesem Fall einen verfahrensrechtlichen Leerlauf (vgl. BGE 125 II 217 E. 3b/bb u. 3b/cc S. 222 ff.; 124 II 1 ff.); im Übrigen hat sich der Haftrichter informell über den Stand des Wiedererwägungsverfahrens erkundigt, womit die Frage bereits implizit Gegenstand seines Entscheids gebildet hat.

2.2 Hinzu kommt die persönliche und familiäre Situation des Beschwerdeführers, welche die Haft ebenfalls als unverhältnismässig erscheinen lässt. Nach Art. 13c Abs. 3 ANAG sind bei der Haftanordnung insbesondere auch "die familiären Verhältnisse der inhaftierten Person" zu berücksichtigen. Dies ist hier in bundesrechtswidriger Weise nicht hinreichend geschehen: Die Ehegattin des Beschwerdeführers leidet an "Myasthenia gravis", einer Autoimmunkrankheit, bei welcher der Körper gegen körpereigene Strukturen Gegenstoffe (Antikörper) bildet, die wichtige Organbestandteile in ihrer Funktion stören. Gemäss ärztlichem Zeugnis vom 22. April 2005 steht die Frau des Beschwerdeführers unter regelmässiger Medikation und ist zur Verbesserung des Krankheitsbilds für die nächsten Wochen ein operativer Eingriff geplant. Gemäss ärztlichem Attest verunmöglicht die mit der Krankheit verbundene Muskelschwäche es ihr, den 6 Monate alten Sohn B._____ selbständig zu betreuen, und ist sie auf regelmässige Hilfe angewiesen; diese erbrachten ihr bis zu seiner Festnahme der Beschwerdeführer und seither ihre Tochter, welche heute deshalb die Schule nicht mehr besuchen kann. Gemäss Arztzeugnis des Kantonsspitals Luzern vom 18. Mai 2005 ist die Krankheit von Y._____ komplex und mit weitreichenden gesundheitlichen Konsequenzen verbunden. Eine Fremdbetreuung der Kinder erscheint aufgrund der speziellen Situation als schwierig. Gestützt hierauf steht der mit der

Ausschaffungshaft angestrebte Zweck der Papierbeschaffung und der Durchsetzung der Mitwirkungspflichten des Beschwerdeführers zurzeit in keinem vernünftigen Verhältnis zu der ihm auferlegten Freiheitsbeschränkung und den damit verbundenen Konsequenzen für die Familie. Die Gattin bedarf seiner Unterstützung nicht nur bei der Kinderbetreuung und zur Vorbereitung ihres operativen Eingriffs, sondern auch psychisch. Es besteht im konkreten Fall im Moment kein überwiegendes schutzwürdiges öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung der Haft, nachdem auch bei Vorliegen des Reisepapiers wegen des hängigen Verfahrens die Wegweisung nicht in absehbarer Zeit würde vollzogen werden können. Das Amt für Migration räumt dies letztlich selber ein, wenn es erklärt, den Beschwerdeführer freilassen zu wollen, "sobald dessen Ehefrau zur Operation ins Kantonsspital eintritt". Warum die Haft bis dahin notwendig sein und welchem Zweck sie dienen soll, ist nicht ersichtlich.

2.3 Der Beschwerdeführer ist hier - entgegen den Einwendungen der kantonalen Behörden - nie ernstlich straffällig geworden: Die Strafverfolgung wegen des Verdachts der Beteiligung an einem Raub wurde am 23. Februar 2005 eingestellt, weil der Beschwerdeführer unter Berücksichtigung aller Umstände (Aufenthalt zur Zeit der Tat in Deutschland; keine Übereinstimmung hinsichtlich der Sprache) als Täter ausgeschlossen werden konnte. Das Verfahren wegen Hinderung einer Amtshandlung in den Räumen des Amtes für Migration wurde ebenfalls eingestellt, da sich der Beschwerdeführer dabei rein passiv verhalten habe. Übrig bleibt ein Verfahren wegen des Diebstahls von zwei Dosen Bier und einer Stange Zigaretten im September 2000; dies genügt 4 ½ Jahre später zur Rechtfertigung der Ausschaffungshaft nicht. Die Verfahren wegen illegaler Einreise und illegalen Aufenthalts sind zurzeit noch hängig, wobei nicht klar ist, ob und inwiefern die zwangsweise Rückschaffung aus Deutschland die entsprechenden Tatbestände erfüllt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung indiziert eine strafrechtliche Verurteilung zwar regelmässig die Untertauchensgefahr, doch darf auch hierbei nicht schematisiert werden, insbesondere wenn sich die Verurteilung bei
Asylsuchenden gerade auf die illegale Einreise bezieht (Urteil 2A.322/2000 vom 26. Juli 2000, E. 3b mit Hinweis). Vom Beschwerdeführer ist bisher keine Bedrohung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung ausgegangen, welche eine zeitlich strengere Einschätzung der Absehbarkeit des Vollzugs der Wegweisung rechtfertigen könnte oder einer Haftentlassung im Interesse einer reibungslosen Durchsetzung seiner Ausschaffung entgegenstehen würde (vgl. BGE 121 II 110 E. 2a S. 113, 109 E. 2c). Er hat sich den Behörden zur Verfügung gehalten, auch wenn er sich bei der Papierbeschaffung mehr oder weniger passiv verhielt und jeweils leere Versprechungen machte; immerhin liegen Kopien der Identitätskarte der Ehefrau und des gemeinsamen Ehescheins vor und wurde bisher eine vom Beschwerdeführer vorgeschlagene Vorführung bei den kasachischen Behörden in Bern vom Amt für Migration gerade selber abgelehnt. Die bundesgerichtliche Praxis übt eine gewisse Zurückhaltung bei der Inhaftierung von mit Kleinkindern im Familienverband reisenden Asylsuchenden, da es ihnen in der Regel schwer fällt, sich tatsächlich längere Zeit den Behörden zu entziehen. In solchen Fällen ist insbesondere unter dem Gesichtswinkel des Verhältnismässigkeitsgebots zu verlangen,
dass ein Haftgrund "klarerweise" vorliegt (vgl. Urteil 2A.465/2001 vom 31. Oktober 2001, E. 2c, veröffentlicht in Pra 2002 Nr. 35 S. 183 ff.; Hugi Yar, a.a.O., Rz. 7.69). Ob dies hier gegebenenfalls nach einem (negativen) Entscheid der Asylrekurskommission der Fall sein wird, ist nicht bereits heute zu beurteilen.

3.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist demnach gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und der Beschwerdeführer unverzüglich aus der Haft zu entlassen. Es sind keine Kosten zu erheben (Art. 156 Abs. 2 OG). Hingegen hat der Kanton Luzern den obsiegenden Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 OG); dessen Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird damit gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern vom 22. April 2004 wird aufgehoben.

2.

Der Beschwerdeführer ist unverzüglich aus der Haft zu entlassen.

3.

Es werden keine Kosten erhoben.

4.

Der Kanton Luzern hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'800.– zu entschädigen.

5.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird als gegenstandslos abgeschrieben.

6.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Amt für Migration und dem Verwaltungsgericht des Kantons Luzern sowie dem Bundesamt für Migration und der Schweizerischen Asylrekurskommission schriftlich (dem Beschwerdeführer und dem Amt für Migration zudem vorweg auch per Fax) mitgeteilt.

Lausanne, 26. Mai 2005

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: