Urteilskopf

121 II 59

10. Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 26. April 1995 i.S. Kujtim Budovic gegen Fremdenpolizei und Einzelrichter für Zwangsmassnahmen des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Stadt (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 13b ANAG: Ausschaffungshaft; Art. 19 Abs. 1 und 13 AsylG.

Der Haftrichter hat bei der Überprüfung der Ausschaffungshaft die Rechtmässigkeit der Wegweisung in der Regel nicht zu prüfen (E. 2b); Ausnahme bei offensichtlich rechtswidriger Wegweisung (E. 2c). Kognition des Bundesgerichts (E. 2d).

Bei Hängigkeit eines Asylgesuchs kann der Ausländer gemäss Art. 19 Abs. 1 AsylG nicht fremdenpolizeilich weggewiesen werden. Entgegen der Praxis des Bundesamtes für Flüchtlinge wird das Asylgesuch durch Vorsprache des Ausländers bei einer Empfangsstelle in einem Kanton hängig, selbst wenn er keine Papiere vorweist (E. 3b und c). Eine später verfügte Wegweisung ist rechtswidrig, und die zu deren Vollzug angeordnete Ausschaffungshaft ist nicht zulässig (E. 3d).

Regeste (fr):
Art. 13b LSEE: détention en vue du refoulement; art. 19 al. 1 et 13 LAs.

Lors de l'examen de la détention en vue du refoulement, le juge compétent n'est en principe pas tenu d'examiner la légalité de la décision de renvoi (consid. 2b); exception en cas de renvoi manifestement contraire au droit (consid. 2c). Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral (consid. 2d).

Selon l'art. 19 al. 1 LAs, l'étranger qui a déposé une demande d'asile toujours pendante, ne peut pas être renvoyé sur la base d'une simple mesure de police des étrangers. Contrairement à la pratique de l'Office fédéral des réfugiés, la demande d'asile doit être considérée comme pendante dès que l'étranger l'a déposée auprès d'un centre d'enregistrement situé dans un canton, même s'il ne présente aucun papier (consid. 3b et c). Une décision de renvoi prise après coup est contraire au droit et la détention ordonnée en vue de son exécution n'est pas admissible (consid. 3d).

Regesto (it):
Art. 13b LDDS: carcerazione in vista di sfratto; art. 19 cpv. 1 e 13 LA.

Quando esamina la carcerazione in vista di sfratto, il giudice competente non è tenuto, in via di principio, a vagliare la legalità della decisione di allontanamento (consid. 2b); eccezione in caso di allontanamento manifestamente illegale (consid. 2c). Potere d'esame del Tribunale federale (consid. 2d).

Giusta l'art. 19 cpv. 1 LA, lo straniero la cui domanda d'asilo è pendente non può essere allontanato in base a una misura di polizia degli stranieri. Contrariamente alla prassi dell'Ufficio federale dei rifugiati, la domanda d'asilo dev'essere considerata come pendente non appena lo straniero l'ha formulata presso un centro di registrazione situato in un cantone, anche se egli non presenta alcun documento (consid. 3b e c). Una decisione di allontanamento pronunciata in seguito al deposito di una domanda d'asilo è illegale e la carcerazione ordinata in esecuzione di tale misura non è ammissibile (consid. 3d).

Sachverhalt ab Seite 60

BGE 121 II 59 S. 60

Der aus dem ehemaligen Jugoslawien stammende Kujtim Budovic reiste im Februar 1995 von Italien herkommend ohne Reisepapiere in die Schweiz ein. Nach einigen Tagen meldete er sich bei der Empfangsstelle Basel des Bundesamtes für Flüchtlinge. Die Empfangsstelle händigte ihm am 17. März 1995 ein Papier aus, worin bestätigt wird, dass er dort vorgesprochen habe, um ein Asylgesuch einzureichen, und er aufgefordert worden sei, innert 30 Tagen seiner Mitwirkungspflicht bezüglich Beibringung von Identitätsausweisen nachzukommen. Kujtim Budovic wurde indessen beim Bundesamt für Flüchtlinge nicht als Asylgesuchsteller registriert.
Am 20. März 1995 abends nahm die Kantonspolizei Basel-Stadt Kujtim Budovic fest, als er, von Deutschland herkommend, die Grenze zur Schweiz überschritt. Die Fremdenpolizei des Kantons Basel-Stadt ordnete am 21. März 1995 an, dass Kujtim Budovic sobald als möglich nach Jugoslawien ausgeschafft werde.

BGE 121 II 59 S. 61

Zugleich nahm sie ihn zur Sicherstellung der Ausschaffung für maximal drei Monate (Haftende 21. Juni 1995) gestützt auf Art. 13 b Abs. 1 lit. c ANAG (SR 142.20) in Ausschaffungshaft. Der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Stadt bestätigte mit Urteil vom 24. März 1995 die Ausschaffungshaft (Haftende 20. Juni 1995). Kujtim Budovic hat gegen das die Ausschaffungshaft bestätigende Urteil Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut aus folgenden

Erwägungen

Erwägungen:

2. a) Die Ausschaffungshaft ist eine Massnahme zum Vollzug einer Weg- oder Ausweisung. Erste Voraussetzung für ihre Zulässigkeit ist daher, dass eine derartige Entfernungsmassnahme angeordnet worden ist. Anders als bei der altrechtlichen Ausschaffungshaft gemäss der bis 31. Januar 1995 geltenden Fassung von Art. 14 Abs. 2 ANAG ist nicht erforderlich, dass die Massnahme in der Regel rechtskräftig ist (vgl. BGE 119 Ib 193 E. 2a S. 197 f.); es genügt ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid. b) Der Haftrichter hat sich im Rahmen der Prüfung, ob die Ausschaffungshaft rechtmässig ist, Gewissheit darüber zu verschaffen, ob ein kantonaler Weg- oder Ausweisungsentscheid oder ein Wegweisungsentscheid einer Bundesbehörde vorliegt. Nicht zu prüfen hat er jedoch, ob die Weg- oder Ausweisung selber rechtmässig ist. Will der Ausländer sich gegen eine solche Anordnung zur Wehr setzen, hat er dies im entsprechenden ausländerrechtlichen Verfahren zu tun, nicht im Haftprüfungsverfahren, wo es bloss darum geht, ob die Entfernung des Ausländers mit Hilfe der Zwangsmassnahme der Ausschaffungshaft durchgesetzt werden darf. Es kann insofern sinngemäss auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur altrechtlichen Ausschaffungshaft (BGE 119 Ib 193 E. 1c S. 196 f.) und zur Auslieferungshaft (BGE 111 Ib 147 E. 4 S. 149) verwiesen werden. c) Es stellt sich die Frage, ob der Haftrichter nicht dennoch unter bestimmten Umständen zu untersuchen hat, ob rechtliche Gründe der Vollstreckung eines Weg- oder Ausweisungsentscheides und damit der Ausschaffungshaft entgegenstehen. Eine derartige Infragestellung der Rechtmässigkeit der Weg- oder Ausweisung wird praktisch nie in Betracht kommen, wenn gegen die Entfernungsmassnahme trotz Anfechtungsmöglichkeit

kein Rechtsmittel ergriffen worden ist oder gar schon die Rechtsmittelbehörde deren Rechtmässigkeit bestätigt hat. Liegt hingegen eine erstinstanzliche Weg- oder Ausweisungsverfügung oder eine formlose Wegweisung im Sinne von Art. 17 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAV; SR 142.201) in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 ANAG vor, welche einen augenfälligen Fehlentscheid darstellt, soll der Haftrichter die Bestätigung der Ausschaffungshaft verweigern, kann doch eine Zwangsmassnahme zur Durchsetzung einer krassen Rechtswidrigkeit nicht zulässig sein. Die Prüfungsbefugnis des Haftrichters hier umfassender zu umschreiben, als dies nach der Rechtsprechung zur bisherigen Ausschaffungshaft der Fall war, rechtfertigt sich darum, weil für die Zwangsmassnahmen nach neuem Recht kein letztinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid erforderlich ist, zudem die Zahl der Haftgründe erheblich erhöht und die maximale Haftdauer beträchtlich verlängert worden ist. Das heisst nicht, dass der Haftrichter verpflichtet ist, Abklärungen über die Zustände im Heimatland des Ausländers zu treffen, um etwa eine diesem dort drohende konkrete Gefährdung im Hinblick auf die Zumutbarkeit der Heimschaffung zu gewichten. Er dürfte dazu in der Regel schon mangels Zugangs zu massgeblichem Informationsmaterial gar nicht in der Lage sein. Zudem ist er mit der Praxis der Ausländerrechtsbehörden und den in entsprechenden Verfahren geltenden Massstäben von seiner Funktion her nicht ohne weiteres vertraut. Schliesslich steht einem derartigen Verständnis der Prüfungsaufgabe des Haftrichters auch das für das Haftprüfungsverfahren geltende Beschleunigungsgebot entgegen, hat der Richter doch innert 96 Stunden seit Anordnung der Ausschaffungshaft durch die Fremdenpolizei eine Verhandlung durchzuführen und seinen Entscheid über die Rechtmässigkeit der Ausschaffungshaft zu fällen. Eine krass rechtswidrige Aus- oder Wegweisung, welche der Richter zwingend berücksichtigen muss, liegt von vornherein nie vor, wenn zu deren Feststellung noch Sachverhaltsabklärungen notwendig wären. In Frage kommen am ehesten offenkundige Formfehler, etwa wenn eine für eine Wegweisung klarerweise nicht zuständige Behörde eine derartige Massnahme angeordnet hat. Die Ausschaffungshaft darf sodann nicht bewilligt werden zur Durchsetzung der gegen einen Ausländer verfügten Entfernungsmassnahme, wenn diese wegen des fremdenpolizeilichen Status des Ausländers unzulässig ist.

d) Das Bundesgericht prüft im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Anwendung von Bundesrecht von Amtes wegen und frei (Art. 104 lit. a in Verbindung mit Art. 114 Abs. 1 OG). Es kann daher einen die Ausschaffungshaft bestätigenden Entscheid des kantonalen Haftrichters aufheben, wenn eine im beschriebenen Sinn offenkundig rechtswidrige Weg- oder Ausweisung vorliegt, unabhängig davon, ob die Frage der Rechtmässigkeit der Entfernungsmassnahme im kantonalen Verfahren aufgeworfen worden ist. Anders verhält es sich bloss dann, wenn sich die Rechtswidrigkeit erst aus tatsächlichen Umständen ergibt, deren Missachtung durch den kantonalen Richter nicht als eine im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG qualifiziert unkorrekte Sachverhaltsermittlung erscheint.

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe am 24. Februar 1995 ein Asylgesuch eingereicht; als Asylbewerber könne er nicht weggewiesen und in Ausschaffungshaft genommen werden. a) Gemäss Art. 19 Abs. 1 des Asylgesetzes (AsylG; SR 142.31) in der Fassung vom 22. Juni 1990 darf sich der Ausländer unter dem hier nicht in Betracht fallenden Vorbehalt von Art. 47 AsylG bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz aufhalten, wenn er ein Asylgesuch in der Schweiz gestellt hat. Die anlässlich der Befragung vom 21. März 1995 dem Beschwerdeführer durch die Fremdenpolizei eröffnete Wegweisung, eine formlose Wegweisung im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ANAV, wäre wegen des fremdenpolizeilichen Status des Beschwerdeführers offensichtlich unzulässig und krass rechtswidrig, wenn der Beschwerdeführer zu jenem Zeitpunkt Asylbewerber gewesen sein

sollte. Aktenmässig steht fest, dass der Beschwerdeführer sich zumindest am 17. März 1995, vermutlich aber auch schon früher, bei der Empfangsstelle des Bundesamtes für Flüchtlinge als Asylbewerber gemeldet hat. Ob bei diesem Sachverhalt ein Asylgesuch vorliegt, welches die Anordnung einer Wegweisung durch die Fremdenpolizei ausschliesst, ist als Rechtsfrage vom Bundesgericht frei zu prüfen. b) Das Bundesamt für Flüchtlinge hatte der Fremdenpolizei des Kantons Basel-Stadt am 21. März 1995 mitgeteilt, dass der Beschwerdeführer "nicht Asylbewerber bei der Empfangsstelle in Basel" sei. Ein "Asylgesuch (sei) demnach bis heute nicht entgegengenommen" worden. In seiner Vernehmlassung hat es diesbezüglich ausgeführt, es handle sich "bei der von der Empfangsstelle des BFF angeordneten Beibringung von Ausweispapieren durch den Ausländer um eine Mitwirkung vor Hängigkeit des Asylgesuchs." Es

erachte daher in diesem Zeitpunkt das Verfahren noch nicht als eröffnet, weshalb die normalen ausländerrechtlichen Vorschriften auf die betroffene Person anzuwenden seien. Es verweist auf den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates an den Bundesrat vom 5. Mai 1994 über die Inspektion Vollzugskonzept im Flüchtlingsbereich, wo diese sich zur Frage geäussert hat (Ziff. 652 des Berichts), sowie auf die Stellungnahme des Bundesrates vom 26. September 1994 dazu (Ziff. 96.5 der Stellungnahme). Offenbar befolgt das Bundesamt für Flüchtlinge seit 1992 die Praxis, einen asylsuchenden Ausländer nicht in die Empfangsstelle "eintreten" zu lassen und kein Asylverfahren zu eröffnen, wenn er keine Reisedokumente vorlegen und nicht glaubhaft machen kann, dass er tatsächlich über keine Ausweise verfüge. Ob dies zulässig ist, muss sich aus den einschlägigen Bestimmungen der Asylgesetzgebung bzw. aus den sich darin ausdrückenden Zielsetzungen des Gesetzgebers ergeben. c) Mit dem Bundesbeschluss vom 22. Juni 1992 über das Asylverfahren wurden insbesondere Verfahrensbestimmungen des 1. und 2. Abschnittes des 2. Kapitels des Asylgesetzes revidiert. Die Zielsetzungen der Gesetzesrevision ergeben sich im wesentlichen aus der bundesrätlichen Botschaft vom 25. Mai 1990 zum Bundesbeschluss (BBl 1990 II 573 ff.). Bei der Neugestaltung des Asylverfahrensrechts sollten sämtliche Verfahrensstadien von der Einreichung des Gesuches bis zum Vollzug einer näheren Prüfung unterzogen werden (S. 586). Ganz besonderes Gewicht wurde den Mitwirkungspflichten des Asylbewerbers beigemessen; dies darum, weil dem Bewerber während der Dauer des Verfahrens ein Anwesenheitsrecht zusteht (S. 585). Dem Asylbewerber wurde im Gesetz (Art. 12b) u.a. ausdrücklich als Mitwirkungspflicht auferlegt, seine Identität offenzulegen (lit. a) und Reisepapiere und Identitätspapiere abzugeben (lit. b, was mit dem Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht dahingehend präzisiert wurde, dass die Abgabe der Papiere bereits bei der Empfangsstelle erfolgen müsse). Die vorsätzlich grobe Missachtung der Mitwirkungspflichten hat zur Folge, dass auf das Asylgesuch nicht eingetreten wird (Art. 16 Abs. 1 lit. e AsylG); als Nichteintretensgrund nennt das Gesetz noch gesondert das Verheimlichen der Identität (Art. 16 Abs. 1 lit. b AsylG). Dass die Verletzung der Mitwirkungspflichten mit einem Nichteintretensentscheid zu sanktionieren ist, setzt naheliegenderweise voraus, dass auch elementare und von Anfang an aktuelle Pflichten

(Offenlegung der Identität, Vorlage von Papieren) im Rahmen des eröffneten Asylverfahrens bestehen. Schon aus diesem Grund erscheint die Einführung von Mitwirkungspflichten vor Rechtshängigkeit des Asylgesuchs ohne ausdrückliche entsprechende gesetzliche Regelung als fragwürdig. Es kommt dazu, dass der Gesetzgeber ganz klar ein eigentliches Vorprüfungsverfahren für offensichtlich unbegründete Gesuche ablehnte (Botschaft S. 593 ff., insbesondere S. 596/7). Eine möglichst frühzeitige Triage zwischen positiv und negativ "klaren" Fällen (zu letzteren gehören Gesuche von - allenfalls illegal eingereisten - Bewerbern, die ihre Identität nicht

preisgeben und Papiere nicht vorlegen, um ihre Rückschaffung zu verhindern) wurde angestrebt (S. 593), aber eben im Rahmen eines bereits hängigen Verfahrens. Ein Zulassungsverfahren wurde insbesondere darum verworfen, weil es nicht als wünschbar erachtet wurde, dass die ordentlichen fremdenpolizeilichen Behörden über die sich ohnehin stellende Frage zu befinden hätten, ob ein Wegweisungsvollzug bei Menschen, die sich auf eine Verfolgungssituation berufen, im Lichte der Flüchtlingskonvention und der Europäischen Menschenrechtskonvention zulässig sei (S. 596/7). Die vom Bundesamt für Flüchtlinge befolgte, von der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates bemängelte und vom Bundesrat verteidigte Praxis führt nun gerade dazu, dass über die Zulässigkeit und Zumutbarkeit der Heimschaffung von Ausländern, die asylrelevante Gründe geltend machen, durch die kantonalen Fremdenpolizeibehörden entschieden wird. Die Praxis des Bundesamtes ist aber auch mit dem Wortlaut von Art. 13 AsylG offensichtlich nicht vereinbar. Nach dieser Bestimmung liegt ein Asylgesuch vor, wenn der Ausländer schriftlich, mündlich oder auf andere Weise zu erkennen gibt, dass er die Schweiz um Schutz vor Verfolgung ersucht. Die Eröffnung des Asylverfahrens ist damit vom Gesetzgeber an die einzige Bedingung geknüpft, dass erkennbar der Wunsch geäussert wird, ein Asylgesuch zu stellen. Dafür, dass der Gesetzgeber das Ingangsetzen des Asylverfahrens von weiteren Voraussetzungen abhängig machen wollte, bestehen keine Anhaltspunkte.
Die in der Stellungnahme des Bundesrates vom 26. September 1995 zum Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates über die Inspektion Vollzugskonzept im Flüchtlingsbereich angeführten Gründe genügen nicht, um das Vorgehen des Bundesamtes für Flüchtlinge zu rechtfertigen. Eine Verwaltungspraxis, die den davon Betroffenen Rechte entzieht, ist nicht

schon darum zulässig, weil sie als wünschbar und zweckmässig erachtet wird. Erforderlich ist, dass das Gesetz diese Praxis nach Wortlaut und Zweck zulässt. Dies trifft hier gerade auch darum nicht zu, weil die massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen erst kürzlich (1990) geändert wurden und der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der Verfahrens- und Vollstreckungsprobleme eine detaillierte neue Regelung getroffen hat. Erst recht erscheint die Auffassung des Bundesamtes seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht als gesetzwidrig. Den vom Bundesamt erwähnten Schwierigkeiten mit papierlosen Ausländern soll umfassend mit den neuen Zwangsmassnahmen begegnet werden. d) Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt, als gegen ihn die Wegweisung verfügt wurde, Asylgesuchsteller war, allenfalls seit dem 24. Februar 1995, spätestens aber seit seiner Vorsprache bei der Empfangsstelle Basel am 17. März 1995. Sein Versuch, nach Deutschland auszureisen, stellt keinen Verzicht auf das Asylgesuch dar. Damit aber verstösst die von der Fremdenpolizei des Kantons Basel-Stadt verfügte Wegweisung gegen klares Recht. Die zur Sicherstellung von deren Vollzug angeordnete Ausschaffungshaft entbehrt deshalb der Grundlage, unabhängig davon, ob der Haftgrund von Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG erfüllt gewesen wäre.