Urteilskopf

135 II 105

11. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Bundesamt für Migration gegen X. und Amt für Migration Basel-Landschaft (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_643/2008 vom 29. Januar 2009

Regeste (de):
Art. 5 Ziff. 1 lit. b und f EMRK, Art. 78 und 79 AuG; Verhältnismässigkeit einer ausländerrechtlichen Festhaltung über zwanzig Monate hinaus.

Je länger eine ausländerrechtlich motivierte Festhaltung dauert und je weniger die Ausschaffung absehbar erscheint, desto kritischer ist die jeweilige Haftverlängerung zu hinterfragen (E. 2.1 und 2.2). Bei den in Art. 79 AuG genannten 24 Monaten handelt es sich um eine Maximalfrist, die nur im Rahmen des konventions- und verfassungsmässig Zulässigen ausgeschöpft werden darf; Beurteilung einer ausländerrechtlichen Festhaltung, die bereits zwanzig Monate gedauert hat (E. 2.3).

Regeste (fr):
Art. 5 par. 1 let. b et f CEDH, art. 78 et 79 LEtr; proportionnalité d'une détention en droit des étrangers dépassant vingt mois.

Il est d'autant plus délicat de prolonger une détention pour des motifs de droit des étrangers que celle-ci a déjà passablement duré et que le refoulement apparaît de moins en moins réalisable (consid. 2.1 et 2.2). En ce qui concerne les 24 mois mentionnés à l'art. 79 LEtr, il s'agit d'un délai maximum qui ne peut être atteint que dans le cadre de ce qui est admissible constitutionnellement et conventionnellement; appréciation d'une détention en droit des étrangers qui a déjà duré vingt mois (consid. 2.3).

Regesto (it):
Art. 5 n. 1 lett. b e f CEDU, art. 78 e 79 LStr; proporzionalità di una carcerazione per ragioni di diritto degli stranieri al di là di venti mesi.

Quanto più una carcerazione fondata su motivi di diritto degli stranieri si protrae e meno l'allontanamento appare prevedibile, tanto più la proroga di tale detenzione va valutata in maniera critica (consid. 2.1 e 2.2). La durata di 24 mesi menzionata all'art. 79 LStr è un termine massimo che può essere raggiunto soltanto nei limiti di quanto ammissibile dal profilo convenzionale e costituzionale; esame di una carcerazione per ragioni di diritto degli stranieri, la cui durata ha già raggiunto venti mesi (consid. 2.3).

Sachverhalt ab Seite 106

BGE 135 II 105 S. 106

X. (geb. 1966) stammt aus Marokko. Er heiratete am 12. September 2002 eine Schweizer Bürgerin. Am 29. April 2004 wurde den Eheleuten das Getrenntleben gestattet, nachdem sie bereits zuvor den gemeinsamen Haushalt aufgehoben hatten. Am 30. Juni 2004 kam der gemeinsame Sohn Y. zur Welt, der unter der Obhut der Mutter steht. Das Amt für Migration des Kantons Basel-Landschaft lehnte es am 24. Februar 2005 ab,

die Aufenthaltsbewilligung von X. zu verlängern, was das Bundesgericht auf Beschwerde hin am 20. Juli 2006 bestätigte. Zur Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs befand sich X. ab dem 8. November 2006 in Ausschaffungshaft. Diese Festhaltung wurde zweimal um je drei Monate verlängert. Ab dem 7. August 2007 versetzte das Amt für Migration Basel-Landschaft X. in Durchsetzungshaft. Am 2. Juli 2008 lehnte der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht am Kantonsgericht Basel-Landschaft eine weitere Verlängerung der Haft ab und liess X. frei. Das Bundesamt für Migration ist am 9. September 2008 mit dem Antrag an das Bundesgericht gelangt, diesen Entscheid aufzuheben. Das Bundesgericht weist seine Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Sowohl das Bundesamt für Migration als auch das Amt für Migration Basel-Landschaft und der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen gehen davon aus, dass der Beschwerdegegner an sich die Voraussetzungen für eine weitere Verlängerung der Durchsetzungshaft erfüllt (vgl. Art. 78 Abs. 1 und 2 AuG [SR 142.20]): Er ist rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesen worden, weigert sich jedoch nach wie vor, das Land zu verlassen, und kann zurzeit nur in seine Heimat verbracht werden, falls er bereit ist, freiwillig dorthin zurückzukehren, da (im Moment) keine Sonderflüge nach Marokko durchgeführt werden können. Umstritten ist, ob der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen davon ausgehen durfte, dass eine weitere Verlängerung der Festhaltung mit Blick auf die Umstände unverhältnismässig gewesen wäre. Die Frage ist entgegen den Ausführungen des Bundesamts zu bejahen, auch wenn in der Regel die Weigerung zu kooperieren für sich allein die Durchsetzungshaft bzw.

deren allfällige Verlängerung nicht bereits als unverhältnismässig erscheinen lässt, da es sich dabei um eine Haftvoraussetzung handelt (vgl. BGE 134 I 92 E. 2.3; BGE 134 II 201 E. 2.2.4 S. 205).

2.2

2.2.1 Zweck der Durchsetzungshaft ist es, die ausreisepflichtige Person in jenen Fällen zu einer Verhaltensänderung zu bewegen, in denen nach Ablauf der Ausreisefrist der Vollzug der rechtskräftig gegen sie angeordneten Weg- oder Ausweisung - trotz entsprechender behördlicher Bemühungen - ohne ihre Kooperation nicht (mehr) möglich erscheint (vgl. Art. 78 AuG). Der damit verbundene Freiheitsentzug stützt sich auf Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK (Haft zur Sicherung eines schwebenden Ausweisungsverfahrens) und dient in diesem Rahmen zur Erzwingung einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung des Betroffenen (Art. 5 Ziff. 1 lit. b EMRK; vgl. BGE 134 I 92 E. 2.3.1). Die Durchsetzungshaft bildet das letzte Mittel, wenn und soweit keine andere Massnahme (mehr) zum Ziel führt, den illegal anwesenden Ausländer auch gegen seinen Willen in seine Heimat verbringen zu können. Sie darf nach dem Willen des Gesetzgebers maximal 18 Monate dauern (BGE 134 I 92 E. 2.1 und 2.3.1; BGE 133 II 97 E. 2.2 S. 99 f. [zu Art. 13g ANAG]), muss aber in jedem Fall verhältnismässig sein. Die Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft dürfen zusammen eine Höchstdauer von 24 Monaten nicht überschreiten (Art. 79 AuG). Es ist jeweils aufgrund der Umstände im Einzelfall zu prüfen, ob die ausländerrechtliche Festhaltung insgesamt (noch) geeignet bzw. erforderlich erscheint und nicht gegen das Übermassverbot verstösst (BGE 134 I 92 E. 2.3.2; BGE 133 II 97 E. 2.2 S. 100 [zu Art. 13g ANAG];

AB 2005 N 1209 f.).

2.2.2 Bei dieser Beurteilung ist dem Verhalten des Betroffenen, den die Papierbeschaffung allenfalls erschwerenden objektiven Umständen (ehemalige Bürgerkriegsregion usw.) sowie dem Umfang der von den Behörden bereits getroffenen Abklärungen Rechnung zu tragen und zu berücksichtigen, wieweit der Ausländer es tatsächlich in der Hand hat, die Festhaltung zu beenden, indem er seiner Mitwirkungs- bzw. Ausreisepflicht nachkommt (BGE 134 I 92 E. 2.3.2 S. 97). Von Bedeutung können zudem seine familiären Verhältnisse sein sowie der Umstand, dass er allenfalls wegen seines Alters, Geschlechts oder Gesundheitszustands als "besonders schutzbedürftig" gelten muss (vgl. BGE 134 II 201 E. 2.2.3 S. 205). Das mutmassliche künftige Verhalten des Betroffenen ist jeweils aufgrund

sämtlicher Umstände abzuschätzen; dabei kommt dem Haftrichter wegen der Unmittelbarkeit seiner Kontakte mit dem Betroffenen ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Ein erklärtes konsequent unkooperatives Verhalten bildet in diesem Rahmen nur einen - allenfalls aber gewichtigen - Gesichtspunkt unter mehreren (BGE 134 II 201 E. 2.2.4; BGE 134 I 92 E. 2.3.2 S. 97). Je länger die ausländerrechtlich motivierte Festhaltung dauert und je weniger die Ausschaffung absehbar erscheint, desto strengere Anforderungen sind an die fortbestehende Hängigkeit des Ausweisungsverfahrens im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK zu stellen und desto kritischer ist die jeweilige Haftverlängerung zu hinterfragen (BGE 134 II 201 E. 2.2.5 S. 206).

2.3

2.3.1 Der Beschwerdeführer hat sich - seit seiner Inhaftierung im November 2006 - konsequent geweigert, in irgendeiner Form mit den Behörden zusammenzuarbeiten und das Land freiwillig zu verlassen. Seine Identität ist erstellt, doch kann er nicht gegen seinen Willen zwangsweise nach Marokko verbracht werden; die Behörden können ihrerseits nichts mehr vorkehren, um seine Ausschaffung weiter voranzutreiben und dem konventionsrechtlichen Beschleunigungsgebot von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK nachzukommen (vgl. BGE 134 II 201 E. 2.2.5; BGE 134 I 92 E. 2.3.1 S. 96; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Singh gegen Tschechien vom 25. Januar 2005 [Nr. 60538/00], § 61 ff.). Der Beschwerdegegner hat in der Schweiz einen Sohn, gegenüber dem er ein Besuchsrecht besitzt, das er offenbar seit seiner Haftentlassung wahrnimmt (vgl. das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Mehmet gegen Niederlande vom 11. Juli 2000, Recueil CourEDH 2000-VIII S. 291 ff.). Ein Wiedererwägungsverfahren hinsichtlich der Bewilligungsfrage ist zurzeit hängig. Wenn der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht mit Blick auf die bereits ausgestandene Festhaltung von zwanzig Monaten und auf das glaubwürdig geltend gemachte Interesse am Kontakt zum Sohn davon ausgegangen ist, es sei unverhältnismässig, die Durchsetzungshaft weiter aufrechtzuerhalten, hielt er sich im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens.

2.3.2 Der vorliegende Fall kann nicht mit dem in BGE 134 II 201 ff. beurteilten Sachverhalt verglichen werden: Dort befand sich der Betroffene "erst" seit dreizehn Monaten ausländerrechtlich in Haft; zudem hatte er keinerlei Beziehungen zur Schweiz und war er hier

straffällig geworden. Unmittelbar vor seiner Festhaltung musste er an dem ihm zugewiesenen Aufenthaltsort wegen einer Tätlichkeit angehalten werden. Gestützt hierauf konnte nicht mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden, dass er sich während der verbleibenden möglichen Maximalzeit doch noch eines Bessern besinnen und sich bereit erklären würde, das Land zu verlassen. Der Beschwerdegegner hat in der Schweiz einen Bruder, bei dem er wohnen und der ihn unterstützen kann; offenbar ist er inzwischen auch am 21. Januar 2008 vom Vorwurf der versuchten Nötigung und Beschimpfung freigesprochen worden. Seit der Haftentlassung nimmt er das ihm eingeräumte Besuchsrecht zu seinem Sohn regelmässig wahr. Sollte das gestützt hierauf von ihm eingeleitete bewilligungsrechtliche Wiedererwägungsverfahren ohne Erfolg bleiben, wird er für die restlichen vier Monate ausländerrechtlicher Haft erneut festgehalten werden können, falls sich die Verhältnisse derart verändern sollten, dass seine Ausschaffung nach Marokko vernünftigerweise wieder absehbar erscheint. In der Zwischenzeit wäre seine Anwesenheit illegal und könnte zu strafrechtlichen Sanktionen führen (vgl. Art. 115 AuG; BGE 135 IV 6); ausländerrechtlich bleibt gegebenenfalls seine Aus- oder Eingrenzung zulässig (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG).

2.3.3 Zwar mag es stossend erscheinen, dass der Beschwerdegegner letztlich wegen seines renitenten Verhaltens vor Ablauf der in Art. 79 AuG vorgesehenen Festhaltungsdauer wieder auf freien Fuss gesetzt werden muss; bei den dort genannten 24 Monaten handelt es sich jedoch um eine Maximalfrist, die nur im Rahmen des konventions- und verfassungsmässig Zulässigen ausgeschöpft werden darf. Dies setzt unter anderem voraus, dass die Festhaltung im konkreten Fall mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit nach wie vor geeignet erscheint, ihren Zweck zu erfüllen, und nicht gegen das Übermassverbot verstösst. Dessen war sich der Gesetzgeber bewusst, wurde doch in den Beratungen - auch von den Befürwortern der Verschärfung der Zwangsmassnahmen - zugestanden, "dass nicht in jedem Fall eine Haft über die ganze Dauer ausgesprochen werden kann und wird". Wer "sich weigert, ein Formular auszufüllen", könne nicht monatelang in Haft genommen werden; das sei "klar". Die Haftdauer müsse nach der "Schwere der Mitwirkungsverweigerung" bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit durch den Richter berücksichtigt werden (vgl. AB 2005 N 1209 f. [Votum Kommissionssprecher Müller]). Ergänzend kann darauf hingewiesen

werden, dass die EU-Rückführungsrichtlinie, welche Teil des Schengen-Besitzstands bildet und von der Schweiz innert einer Übergangsfrist von 24 Monaten umzusetzen sein wird, eine Abschiebehaft von bloss sechs Monaten vorsieht, die maximal bis zu 18 Monaten verlängert werden kann, falls der Betroffene nicht kooperiert oder es zu Verzögerungen bei der Übermittlung der erforderlichen Unterlagen durch Drittstaaten kommt (vgl. Art. 15 der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008 S. 98 ff.).