

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 898/2017

Urteil vom 2. Februar 2018

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichter Stadelmann, Haag,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Verfahrensbeteiligte
Staatssekretariat für Migration,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Lena Weissinger,
Beschwerdegegner,

Amt für Migration Basel-Landschaft,
Parkstrasse 3, 4402 Frenkendorf.

Gegenstand
Ausschaffungshaft,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Basel-Landschaft, Abteilung
Verfassungs- und Verwaltungsrecht, vom 15. September 2017
(860 17 230).

Sachverhalt:

A.

Der algerische Staatsangehörige A. _____ (geb. 1969) reiste am 28. März 2004 in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch. Das (damalige) Bundesamt (heute: Staatssekretariat) für Migration (BFM) wies das Gesuch am 1. Oktober 2004 ab und verfügte die Wegweisung. A. _____ reiste daraufhin unkontrolliert aus der Schweiz aus. Am 31. Dezember 2010 reiste er erneut in die Schweiz ein und stellte ein weiteres Asylgesuch, das er am 5. April 2011 zurückzog. Am 18. November 2014 stellte er ein drittes Asylgesuch. Mit Verfügung vom 25. Januar 2016 wies das SEM das Gesuch ab und ordnete die Wegweisung an. Mit Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 4. Februar 2016 wurde Ausschaffungshaft vom 2. Februar bis 1. Mai 2016 bestätigt. Am 18. Juli 2016 eröffnete das Amt für Migration einen erneuten Ausschaffungsbefehl. Mit Urteil des Zwangsmassnahmengerichts vom 17. Oktober 2016 wurde die Ausschaffungshaft um drei Monate verlängert. Ein für den 18. November 2016 gebuchter Rückflug konnte aufgrund der Renitenz von A. _____ nicht umgesetzt werden, weshalb ihn das Amt für Migration am 17. Januar 2017 aus der Ausschaffungshaft entliess und in den Strafvollzug überführen liess, wo er bis am 26. April 2017 eine Haftstrafe wegen Missachtung der Ausgrenzung absass. Am 26. April 2017 erliess das Amt für Migration einen erneuten Ausschaffungshaftbefehl, worauf mit Urteil des Zwangsmassnahmengerichts vom 28. April 2017 wiederum eine Ausschaffungshaft von drei Monaten angeordnet wurde. Nachdem A. _____ den am 8. Mai 2017 erneut organisierten Rückflug wieder verweigert hatte, wurde er aus der Ausschaffungshaft entlassen. Am 11. September 2017 eröffnete das Amt für Migration einen erneuten Ausschaffungshaftbefehl. Vor dem Zwangsmassnahmengericht beantragte das Amt die Bestätigung der Ausschaffungshaft für drei Monate. Mit Urteil vom 15. September 2017 stellte das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Basel-Landschaft fest, dass die Anordnung der Haft zu Unrecht erfolgt sei, und ordnete an, A. _____ sei unverzüglich aus der Haft zu entlassen.

B.

Das SEM erhebt mit Eingabe vom 18. Oktober 2017 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Kantonsgerichts sei aufzuheben. Das Kantonsgericht verzichtet auf Vernehmlassung. A. _____ beantragt Abweisung der Beschwerde. Das Amt für Migration lässt sich nicht vernehmen.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den angefochtenen Entscheid ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 90 BGG) und das SEM ist dazu legitimiert (Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG; Art. 14 Abs. 2 der Organisationsverordnung für das EJPD vom 17. November 1999 [OV-EJPD; SR 172.213.1]). Der Beschwerdegegner war aufgrund des angefochtenen Entscheids unverzüglich aus der Haft zu entlassen. Er hält sich jedoch offenbar weiterhin in der Schweiz auf, so dass am Vollzug der rechtskräftigen Wegweisung und an den zu diesem Zweck anzuordnenden Zwangsmassnahmen nach wie vor ein aktuelles Rechtsschutzinteresse besteht. Da die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein reformatorisches Rechtsmittel ist (Art. 107 Abs. 2 BGG), sind grundsätzlich rein kassatorische Rechtsbegehren gegen Entscheide, die eine Haft nicht bestätigen, nicht zulässig. Das SEM beantragt in seinem Rechtsbegehren bloss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids. In Kombination mit der Beschwerdebegründung wird jedoch klar, dass es die Bestätigung des Ausschaffungshaftbefehls des Amtes für Migration bzw. des vom Amt vor dem Zwangsmassnahmengericht gestellten Haftantrags anstrebt. Die Beschwerde ist damit zulässig (vgl. BGE

137 II 313 E. 1.3 S. 317; Urteil 2C 289/2015 vom 5. April 2016 E. 1.4, nicht publ. in: BGE 142 II 218).

2.

2.1. Nach Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG kann, wenn ein erstinstanzlicher Wegweisungsentscheid eröffnet wurde, die betroffene Person in Ausschaffungshaft genommen werden, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sie sich der Ausschaffung entziehen will, insbesondere weil sie der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AuG sowie Art. 8 Abs. 1 lit. a oder Abs. 4 AsylG nicht nachkommt, oder wenn ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt. Die Haftdauer darf zusammen mit einer Vorbereitungs- und Durchsetzungshaft insgesamt sechs Monate nicht überschreiten (Art. 79 Abs. 1 AuG), doch kann die Dauer um höchstens zwölf Monate verlängert werden, wenn die betroffene Person nicht mit der zuständigen Behörde kooperiert (Art. 79 Abs. 2 lit. a AuG). Die Haft wird u.a. beendet, wenn der Haftgrund entfällt oder sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist (Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG).

2.2. Wie es sich mit der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Einzelnen verhält, bildet Gegenstand einer nach pflichtgemäsem Ermessen vorzunehmenden Prognose. Massgebend ist, ob die Ausschaffung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innert absehbarer Zeit möglich sein wird oder nicht. Die Haft ist dann unverhältnismässig und damit auch unzulässig, wenn triftige Gründe für die Undurchführbarkeit des Vollzugs sprechen oder praktisch feststeht, dass er sich innert vernünftiger Frist kaum wird realisieren lassen. Dies ist in der Regel bloss der Fall, wenn die Ausschaffung auch bei gesicherter Kenntnis der Identität oder der Nationalität des Betroffenen bzw. trotz seines Mitwirkens bei der Papierbeschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit als ausgeschlossen erscheint. Zu denken ist etwa an eine länger dauernde Transportunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen oder an eine ausdrückliche oder zumindest klar erkennbare und konsequent gehandhabte Weigerung eines Staates, gewisse Staatsangehörige zurückzunehmen. Nur falls keine oder bloss eine höchst unwahrscheinliche, rein theoretische Möglichkeit besteht, die Wegweisung zu vollziehen, ist die Haft aufzuheben, nicht indessen bei einer ernsthaften, wenn auch allenfalls (noch) geringen Aussicht hierauf (BGE 130 II 56 E. 4.1.3 S. 61; 127 II 168 E. 2c S. 172; 125 II 217 E. 2 S. 220; 122 II 148 E. 3 S. 152 f.). Es genügt nicht, dass die Durchführbarkeit der Rückführung zweifelhaft oder momentan unmöglich oder unsicher ist (Urteile 2C 846/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 4.3.2; 2C 1072/2015 vom 21. Dezember 2015 E. 3.2; 2C 700/2015 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3.1).

3.

3.1. Die Vorinstanz hat erwogen, der Haftgrund nach Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG sei erfüllt.

Der Beschwerdegegner habe bisher in keiner Weise mit den Behörden kooperiert, weshalb die Haft auf insgesamt 18 Monate verlängert werden dürfe. Die vom Amt für Migration beantragte Haftdauer von drei Monaten sei grundsätzlich zulässig, da der Beschwerdegegner bisher insgesamt 14 Monate und drei Tage in Vorbereitungs- bzw. Ausschaffungshaft gewesen sei. Die Ausschaffungshaft sei eine grundsätzlich geeignete Massnahme, um den Vollzug des Wegweisungsentscheids sicherzustellen, zumal nicht damit zu rechnen sei, dass sich der Beschwerdegegner im Falle einer Entlassung aus der Ausschaffungshaft den Behörden für den Vollzug zur Verfügung halten werde. Auch sei das Beschleunigungsgebot eingehalten. Diese Ausführungen werden vom Beschwerdegegner mit Recht nicht in Frage gestellt. Auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz kann verwiesen werden.

3.2. Weiter hat die Vorinstanz erwogen, die Ausschaffungshaft dürfe gemäss Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG nur aufrecht erhalten werden, wenn der Vollzug der Wegweisung nicht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar sei. Der Beschwerdegegner verweigere sich beharrlich der Kooperation. Obwohl mittlerweile seit über 14 Monaten in Haft, habe er klar statuiert, nicht nach Algerien zurückreisen zu wollen. Eine zwangsweise Ausschaffung per Sonderflug sei nach Algerien notorisch nicht möglich. Der Beschwerdegegner habe wiederholt die für ihn gebuchten Rückflüge vereitelt bzw. verweigert. Es bestehe nur noch eingeschränkte Hoffnung auf eine erfolgreiche Wegweisung. Angesichts der beständigen und aktenkundigen Verweigerung jeglicher Kooperation genüge eine solche Hoffnung nicht, um den Anforderungen an einen in der maximal noch zur Verfügung stehenden Haftdauer absehbaren Wegweisungsvollzug zu genügen. Es rechtfertige sich daher nicht, die Festhaltung des Beschwerdegegners in der vagen Hoffnung aufrechtzuerhalten, dass er die Schweiz vor Ablauf der maximal zulässigen Haftdauer freiwillig verlassen könnte.

3.3. Das SEM bringt dagegen vor, die Vorinstanz habe verfrüht und voreilig angenommen, dass die geplante Rückführung scheitern werde. Die Renitenz, welche Voraussetzung für die Erfüllung des Haftgrundes nach Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG sei, dürfe nicht zugleich als Haftbeendigungsgrund nach Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG gewertet werden. Eine Freilassung aufgrund des renitenten Verhaltens würde dem Zweck der Ausschaffungshaft zuwiderlaufen. Zwar seien Sonderflüge nach Algerien nicht zulässig, wohl aber eine freiwillige Ausreise sowie begleitete Rückführungen. Im Falle des Beschwerdegegners hätten trotz des renitenten Verhaltens seine Identität festgestellt und Reisepapiere ausgestellt werden können. Ein Vollzug - freiwillig oder begleitet - sei möglich. Das renitente Verhalten des Beschwerdegegners vermöge ihn nicht vor einer Rückführung zu bewahren. Innert der noch zur Verfügung stehenden Haftdauer von (fast) vier Monaten könne ein begleiteter Rückflug geplant und realisiert werden. Solange eine solche Aussicht auf erfolgreiche Durchführung bestehe, könne nicht von einer Undurchführbarkeit der Wegweisung ausgegangen werden.

4.

4.1. Wie das SEM mit Recht vorbringt, ist die fehlende Kooperation Tatbestandselement der Ausschaffungshaft nach Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG; es wäre logisch widersprüchlich, wenn diese fehlende Kooperation zugleich ein Grund wäre, um die Haft nach Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG zu beenden. Die Verhältnismässigkeit der Haft kann auch nicht bereits mit der Begründung in Frage gestellt werden, der Betroffene verweigere konsequent seine Einwilligung zu einer selbständigen Rückkehr. In einem Rechtsstaat kann nicht von der Rechtsdurchsetzung abgesehen werden, weil der Betroffene erklärt, sich nicht an die Rechtsordnung halten zu wollen (vgl. BGE 136 IV 97 E. 6.3.3 S. 116). Der Einsatz von Durchsetzungsmitteln kann daher nicht schon unzulässig sein, weil der Betroffene im Voraus erklärt, er werde sich nicht zu rechtskonformem Verhalten bewegen lassen (vgl. zur Durchsetzungshaft Urteil 2C 441/2011 vom 15. Juni 2011 E. 2.2; 2C 936/2010 vom 24. Dezember 2010 E. 2.1).

4.2. Unbestritten ist, dass zur Zeit Sonderflüge nach Algerien nicht möglich sind. Die Vorinstanz scheint davon auszugehen, es gebe nur die Alternative zwischen der (verweigeren) freiwilligen Rückreise und den (zur Zeit unmöglichen) Sonderflügen, so dass keine realistische Aussicht auf Vollzug bestehe (E. 7.3 des angefochtenen Entscheids). Dies trifft jedoch nicht zu: Der hier einschlägige (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. b und Art. 27 des Zwangsanwendungsgesetzes [ZAG; SR 364]) Art. 28 der Verordnung vom 12. November 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsverordnung, ZAV; SR 364.3) sieht für Rückführungen vier Vollzugsstufen vor: Vollzugsstufe 1 ist die selbständige Rückreise, wenn die rückzuführende Person zugestimmt hat, Vollzugsstufe 4 ein Transport mit Sonderflugzeugen. Dazwischen gibt es jedoch die Vollzugsstufen 2 und 3, die in Linienflügen stattfinden. Der Umstand, dass die Vollzugsstufen 1 und 4 im konkreten Fall nicht in Betracht fallen,

schliesst keineswegs den Vollzug in den Vollzugsstufen 2 oder 3 aus. Die Vorinstanz legt nicht dar, dass und weshalb ein solcher Vollzug nicht möglich sein sollte. Der blosse Umstand, dass der Beschwerdegegner bisher wiederholt die für ihn organisierten Rückflüge vereitelt bzw. verweigert habe (so angefochtenes Urteil E. 7.3), belegt keine solche Unmöglichkeit, zumal aus dem angefochtenen Entscheid nicht hervorgeht, dass bei diesen vereitelten Rückflügen die Vollzugsstufen 2 oder 3 tatsächlich zur Anwendung gebracht worden wären und aus welchen Gründen die Rückführungen schliesslich gescheitert sind. Blosse Verweigerung der Mitwirkung durch den Betroffenen kann jedenfalls nicht zur Unzulässigkeit der Haft führen (Urteil 2C 846/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 4.3.2).

4.3. Zu Unrecht beruft sich die Vorinstanz auf BGE 130 II 56 und das Urteil 2C 304/2012 vom 1. Mai 2012: In BGE 130 II 56 war ausschlaggebend, dass der Heimatstaat sich weigerte, die zwangsweise Rückführung seiner Staatsangehörigen zu dulden (E. 4.2.3); zudem bestanden ernsthafte Aussichten, dass der Betroffene aufgrund einer Verbindung mit einer Schweizerin in absehbarer Zeit ein Aufenthaltsrecht erwerben werde (E. 4.2.4; vgl. zu Heiratsabsichten als möglichen Grund für die Unzulässigkeit der Haft auch Urteil 2C 481/2017 vom 15. Dezember 2017). Auch im Urteil 2C 304/2012 war eine zwangsweise Ausschaffung in das Heimatland generell unmöglich (vgl. dort E. 2.3.2). Demgegenüber verweigert hier der Heimatstaat nur Sonderflüge, akzeptiert aber Rückführungen mit Linienflügen (vgl. Art. 4 Abs. 3 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Demokratischen Volksrepublik Algerien über den Personenverkehr vom 3. Juni 2006 [SR 0.142.111.279]). Wie das SEM in seiner Beschwerde unwidersprochen ausführt, wurden denn auch in den Jahren 2016 und 2017 mehrere Personen mit polizeilicher Begleitung nach Algerien zurückgeführt. Von der Durchführbarkeit solcher Rückführungen nach Algerien ist auch das Bundesgericht schon wiederholt ausgegangen (Urteile 2C 932/2017 vom 27. November 2017 E. 3.3; 2C 1072/2015 vom 21. Dezember 2015 E. 3.3; 2C 1143/2014 vom 7. Januar 2015 E. 2.3.2). Weder die Vorinstanz noch der Beschwerdegegner legen Gründe dar, welche es rechtfertigen würden, von dieser Einschätzung abzuweichen. Jedenfalls weist nichts darauf hin, dass sich der Heimatstaat klar erkennbar und konsequent weigern würde, seine Staatsangehörigen zurückzunehmen, was Voraussetzung wäre, um die Haft als unzulässig betrachten zu können (vgl. Urteil 2C 252/2008 vom 10. Juni 2008 E. 2.4).

4.4. Weder die Vorinstanz noch der Beschwerdegegner bringen weitere Gründe vor, welche gegen die Ausschaffungshaft sprechen würden. Solche sind auch aufgrund des vorinstanzlich festgestellten Sachverhalts nicht ersichtlich. Namentlich haben sich die Behörden - wie aus dem angefochtenen Urteil hervorgeht - ernsthaft und in Beachtung des Beschleunigungsgebots (Art. 76 Abs. 4 AuG) bemüht, die Rückreise zu organisieren. Dass der Beschwerdegegner früher bereits in Ausschaffungshaft gewesen war und daraus entlassen wurde, nachdem die Rückführungen nicht erfolgt waren, steht einer erneuten Haft nicht entgegen, wenn neue Umstände eintreten (BGE 140 II 1 E. 5.2 S. 3), so z.B. die erneute Möglichkeit einer Rückschaffung (Urteil 2C 700/2015 vom 8. Dezember 2015 E. 4.1 und E. 4.2.1). Aus den Akten geht hervor (Art. 105 Abs. 2 BGG), dass eine weitere Rückreise geplant gewesen wäre für den 16. Oktober 2017 und die algerischen Behörden bereit gewesen wären, dafür einen laissez-passer auszustellen (Schreiben SEM an algerisches Konsulat vom 9.8.2017). Dieser Rückflug hätte mit der beantragten Haft sichergestellt werden sollen. Die Vorinstanz erwähnt keinerlei konkrete Gründe, dass und inwiefern dieser Rückflug scheitern werde; sie durfte daher nicht davon ausgehen, der Vollzug der Wegweisung sei im Sinne von Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG undurchführbar (vgl. Urteil 2C 700/2015 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3.3).

5.

Die Beschwerde erweist sich damit als begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Haft antragsgemäss (vgl. E. 1) für drei Monate zu bestätigen. Umstände halber sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Einzelrichters für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht des Kantons Basel-Landschaft vom 15. September 2017 wird aufgehoben. Die Ausschaffungshaft für den Beschwerdegegner wird für drei Monate bestätigt.

2.

Es werden keine Kosten erhoben.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 2. Februar 2018

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Klopfenstein