

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C_706/2007/ble

Urteil vom 24. Januar 2008
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

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

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Advokat David Schnyder,

gegen

Amt für Migration Basel-Landschaft.

Gegenstand
Unentgeltliche Rechtsvertretung (Durchsetzungshaft),

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, vom 7. November 2007.

Sachverhalt:

A.
X._____ (geb. 1966) stammt aus Marokko. Er heiratete am 12. September 2002 eine Schweizer Bürgerin marokkanischer Abstammung. Am 29. April 2004 wurde den Eheleuten das Getrenntleben gestattet, nachdem sie bereits zuvor den gemeinsamen Haushalt aufgehoben hatten (häusliche Gewalt). Am 30. Juni 2004 kam der 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 (Urteil 2A.240/2006).

B.
Zur Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs befand sich X._____ ab dem 8. November 2006 in Ausschaffungs- und ab dem 7. August 2007 in Durchsetzungshaft. Der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht am Kantonsgericht Basel-Landschaft verlängerte diese am 7. November 2007 bis zum 7. Januar 2008; das Gesuch von X._____ um unentgeltliche Verbeiständung wies er ab, da dieser nicht ernsthaft mit einer Gutheissung seines Antrags habe rechnen können, die Haft nicht zu verlängern.

C.
X._____ ist am 10. Dezember 2007 mit dem Antrag an das Bundesgericht gelangt, den Entscheid des Einzelrichters für Zwangsmassnahmen insofern aufzuheben, als ihm die unentgeltliche Rechtsvertretung verweigert worden ist. Der Entscheid verletze Art. 29 Abs. 3 BV und widerspreche der bundesgerichtlichen Praxis (BGE 122 I 49 E. 2c S. 51 ff.). Der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen und das Amt für Migration Basel-Landschaft haben auf eine Vernehmlassung verzichtet. Das Bundesamt für Migration und X._____ haben sich ihrerseits nicht mehr geäussert.

Erwägungen:

1.
1.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestimmt sich der Umfang des Anspruchs auf unentgeltliche Verbeiständung zunächst nach den Vorschriften des kantonalen Rechts. Erst wo sich der entsprechende Rechtsschutz als ungenügend erweist, greifen die grundrechtlichen

Minimalgarantien Platz (BGE 131 I 185 E. 2.1 S. 188; 122 I 49 E. 2a). Nach § 22 des Gesetzes vom 16. Dezember 1993 über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung des Kantons Basel-Landschaft (VPO) wird einer bedürftigen Partei, deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos sind, auf Gesuch hin der "kostenlose Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin gewährt, sofern dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheint". § 11 Abs. 1 des basel-landschaftlichen Gesetzes vom 20. Mai 1996 über die Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht (Zwangsmassnahmengesetz) sieht seinerseits vor, dass das Präsidium der Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Kantonsgerichts einen Rechtsbeistand "von Amtes wegen" anordnet, "soweit dies zur Wahrung der Rechte der betroffenen Person erforderlich ist"; fehlen dieser die nötigen Mittel, ist der Rechtsbeistand für sie unentgeltlich (§ 11 Abs. 2 Zwangsmassnahmengesetz).

1.2 Der Haftrichter hat seine Entscheide auf § 22 Abs. 2 VPO gestützt und das Gesuch um Verbeiständung abgewiesen, da die Begehren des Beschwerdeführers, von einer Haftverlängerung abzusehen, aussichtslos gewesen seien. Ob § 22 Abs. 2 VPO sich inhaltlich mit § 11 des Zwangsmassnahmengesetzes deckt bzw. dieser § 22 Abs. 2 VPO vorzugehen hätte (vgl. das Urteil 2A.211/2003 vom 5. Juni 2003, E. 1.4), ist hier nicht weiter zu prüfen. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, das einschlägige kantonale Recht sei verfassungswidrig angewendet worden (vgl. Art. 95 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG); er rügt ausschliesslich eine Verletzung seines bundesverfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruchs auf Verbeiständung (Art. 29 BV). Es ist mit freier Kognition zu prüfen, ob die entsprechenden Grundsätze missachtet wurden (BGE 131 I 185 E. 2.1 mit Hinweis).

2.

2.1 Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat die bedürftige Partei einen Anspruch darauf, dass ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt wird, soweit das zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Unter diesen Voraussetzungen gibt das Verfassungsrecht dem Rechtsuchenden einen Anspruch auf amtliche Vertretung. Indessen lässt sich daraus kein Recht auf eine obligatorische (notwendige) Verbeiständung ableiten; eine solche kann sich allenfalls aus anderen Verfassungsbestimmungen ergeben (BGE 131 I 350 E. 3.1 und E. 4). Im Unterschied zur amtlichen Verbeiständung, auf die ein verfassungsrechtlicher Anspruch nur besteht, wenn das gestellte Begehren nicht aussichtslos erscheint, darf die Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsvertreters im Bereich der notwendigen Vertretung nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Erfolgsaussichten die Verlustgefahren überwiegen. Dieser Anspruch findet seine Schranke allein im Rechtsmissbrauchsverbot; nur bei mutwilliger und trölerischer Prozessführung kann die Verbeiständung in diesem Fall ohne Verfassungsverletzung verweigert werden (BGE 129 I 281 E. 4.5).

2.2 Im Bereich der ausländerrechtlichen Administrativhaft hat das Bundesgericht in Anlehnung an die damalige Rechtsprechung zur notwendigen Verteidigung im Strafverfahren - wonach dem Betroffenen "ohne besondere Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur in der Regel ein unentgeltlicher Rechtsanwalt beizugeben ist, wenn ein tatsächlicher Freiheitsentzug von mehr als 'einigen' Wochen oder Monaten zu erwarten ist (BGE 120 Ia 43 E. 2b S. 46)" - erkannt, dass im Haftverlängerungsverfahren nach drei Monaten einem bedürftigen Häftling auf dessen Gesuch hin - unabhängig von den Erfolgsaussichten seiner Begehren - der unentgeltliche Rechtsbeistand grundsätzlich nicht verweigert werden darf (BGE 122 I 49 E. 2c/cc). Bei der erstmaligen Haftprüfung ist eine unentgeltliche Verbeiständung von Verfassungs wegen demgegenüber nicht vorbehaltlos geboten, sondern nur, wenn besondere Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur bestehen, was jeweils aufgrund der Umstände im Einzelfall zu beurteilen ist (BGE 122 I 275 E. 3b).

2.3 An dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht in einem jüngsten Entscheid zur Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft im Grundsatz festgehalten (Urteil 2C_700/2007 vom 21. Januar 2008, E. 3): Gestützt auf Art. 29 BV besteht ein Anspruch des Betroffenen auf unentgeltliche amtliche Verbeiständung - unabhängig von den konkreten Erfolgsaussichten seiner Begehren - spätestens im Haftverlängerungsverfahren nach drei Monaten; vorher und nachher besteht der Anspruch nur, wenn der betroffene Ausländer bedürftig ist, sich die Vertretung als notwendig erweist und die Begehren nicht zum Vornherein aussichtslos erscheinen bzw. sich besondere Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur stellen.

2.4

2.4.1 In Bezug auf die Durchsetzungshaft hat es dies wegen deren besonderen Charakters jedoch relativiert: Die Durchsetzungshaft stellt das letzte Mittel dar, wenn und soweit keine andere Zwangsmassnahme zum Ziel führt, den illegal anwesenden Ausländer - auch gegen seinen Willen - in die Heimat verbringen zu können (BGE 133 II 79 ff.); ihr geht deshalb regelmässig ein Haftverfahren

voraus, in dem der Betroffene bereits verbeiständet worden ist. Als heikel erweist sich die Anordnung der Durchsetzungshaft als solcher, da es dabei entscheidend darauf ankommt, ob die Ausschaffungshaft tatsächlich nicht mehr möglich ist ("kein zwangsweiser Vollzug in absehbarer Zeit trotz Ausschöpfung der den Behörden zumutbaren Abklärungen und Mittel") und kein milderes legales Mittel geeignet erscheint, den Betroffenen doch noch dazu zu bewegen, seinen Mitwirkungs- und Ausreisepflichten nachzukommen; es kann sich deshalb rechtfertigen, bereits in diesem Verfahrensstadium mit Blick auf die Auswirkungen für den Betroffenen bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten grosszügig zu sein und einem Verbeiständungsbegehren ohne allzu hohe Anforderungen zu entsprechen (vgl. Helen Keller, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und

Europa, Band VII/2, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg 2007, § 225 Rz. 51, S. 659 f.). Die Durchsetzungshaft wird zwar erstmals (nur) für einen Monat angeordnet, anschliessend erfolgt ihre Verlängerung jedoch von Gesetzes wegen regelmässig jeweils um zwei Monate, solange der Betroffene sein Verhalten nicht ändert; der Gesetzgeber hat das Haftprüfungsverfahren dementsprechend denn auch insofern erleichtert, als der Verlängerungsentscheid nur dann (noch) innert acht Arbeitstagen im Rahmen einer mündlichen Verhandlung zu prüfen ist, falls der Inhaftierte hierum ersucht (Art.13g Abs. 4 ANAG bzw. Art. 78 Abs. 4 AuG). Die Konsequenzen für den Betroffenen sind mit Blick auf diese Begleitumstände deshalb nicht zu unterschätzen.

2.5 Wenn der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen vorliegend das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Verbeiständung abgewiesen hat, ist dies nicht zu beanstanden:

2.5.1 Der Beschwerdeführer ist rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesen worden. Er hat sich indessen standhaft geweigert, ohne seinen Sohn nach Marokko zurückzukehren, und dies dadurch unterstrichen, dass er den für ihn am 17. Mai 2007 gebuchten Flug nach Casablanca nicht angetreten hat. Nachdem die marokkanische Botschaft ursprünglich erklärt hatte, bereit zu sein, einen Laissez-passer für ihn auszustellen, haben sein Anwalt und er darauf hingewirkt, dass (zumindest vorerst) hiervon abgesehen wird. Ein Sonderflug nach Marokko steht nicht mehr zur Diskussion (vgl. hierzu das bundesgerichtliche Urteil 2C_274/2007 vom 21. Juni 2007, E. 4.2). Der Beschwerdeführer kann heute deshalb realistischerweise nur noch in sein Heimatland verbracht werden, wenn er hierbei mitwirkt.

2.5.2 Zur Diskussion stand vorliegend nicht die erstmalige Haftanordnung, sondern deren zweite Verlängerung: Der Einzelrichter für Zwangsmassnahmen hat den Beschwerdeführer bereits in den vorherigen Verfahren darauf hingewiesen, dass er trotz seines Kindes in der Schweiz kein Anwesenheitsrecht hat und es an ihm liegt, ob und wann seine Rückreise nach Marokko vollzogen werden kann. X._____ hat dennoch daran festgehalten, weiterhin nicht bereit zu sein, die Schweiz zu verlassen und hierfür mit den Behörden zu kooperieren. Ihm war bereits bei der Verlängerung der Ausschaffungshaft am 7. Februar sowie am 7. Mai 2007 die unentgeltliche Verbeiständung gewährt worden; das Bundesgericht bestätigte seinerseits am 21. Juni 2007 die Verlängerung der Ausschaffungshaft auf Beschwerde hin im vereinfachten Verfahren nach Art. 109 BGG. Sein Rechtsvertreter stellte am 7. November 2007 erneut ausschliesslich die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung in Frage, welche - wie das Bundesgericht bereits am 21. Juni 2007 entschieden hatte - nicht Gegenstand der Haftprüfung bildet. Damit stellten sich im umstrittenen Verfahren jedoch keinerlei Fragen, welche den Beizug eines Rechtsvertreters gerechtfertigt hätten; auch waren keine zusätzlichen (neuen)

Sachverhaltselemente zu berücksichtigen, die zur Sicherstellung der Fairness des Verfahrens die beantragte Verbeiständung verfassungsmässig geboten hätten. Die Verhältnismässigkeit der Haftdauer war ihrerseits (noch) unproblematisch, da diese (inklusive Ausschaffungshaft) die maximal möglichen 24 Monate bei Weitem noch nicht erreichte (vgl. Art. 79 AuG). Die Rechtsbegehren des Beschwerdeführers durften deshalb ohne Verletzung von Art. 29 BV als aussichtslos bezeichnet werden. Die Beschwerde ist somit unbegründet.

3.

Der Beschwerdeführer ersucht für diesen Fall, ihm vor Bundesgericht die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren; diesem Gesuch kann entsprochen werden (vgl. Art. 64 BGG): Er ist bedürftig und seine Eingabe konnte nicht als aussichtslos gelten, nachdem bei Einreichung der Beschwerde noch nicht klar war, ob und wie das Bundesgericht die zur Ausschaffungshaft entwickelte Praxis hinsichtlich der unentgeltlichen Verbeiständung auf die Durchsetzungshaft übertragen würde.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird gutgeheissen:

2.1 Es werden keine Kosten erhoben.

2.2 Dem Beschwerdeführer wird Advokat David Schnyder als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben; dieser wird für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 800.-- aus der Bundesgerichtskasse entschädigt.

3.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Amt für Migration Basel-Landschaft, dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Einzelrichter für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, und dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. Januar 2008

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Merkli Hugi Yar