

Zeitpunkt im vorliegenden Fall die Haft angeordnet bzw. bestätigt werden dürfte.

**81    Ausschaffungshaft; Verhältnismässigkeit; Dublin-Verfahren**

Die Ausschaffung eines Betroffenen setzt voraus, dass dieser nicht selbständig ausreist. Will ein Betroffener mit einem selbst bezahlten Flugticket vor der geplanten Ausschaffung (i.c. in einen Dublinstaat) in sein Heimatland ausreisen, ist eine Ausschaffung gestützt auf Art. 69 Abs. 2 AuG nicht mehr zulässig (E. II./5.2.2.).

Ist die Ausschaffung unverhältnismässig, gilt dies umso mehr auch für die Anordnung einer Ausschaffungshaft, da diese einzig bezweckt, die Ausschaffung sicherzustellen (E. II./5.3.).

Bei Ausschaffungen in einen Dublin-Staat ist die Anordnung einer Ausschaffungshaft auf jeden Fall nur bis zum Zeitpunkt des möglichen Rückfluges in den Heimatstaat eines Betroffenen zulässig, wenn dieser ein entsprechendes Flugticket vorlegt (E. II./6.2.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 24. Juni 2009 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen I.S. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2009.77).

### *Sachverhalt*

Der Gesuchsgegner war bereits am 19. Juni 2009 am Wohnort seiner Eltern angehalten und dem Migrationsamt zugeführt worden. Im Rahmen der Befragung durch das Migrationsamt wurde dem Gesuchsgegner der Nichteintretens- bzw. Wegweisungsentscheid des BFM vom 9. Juni 2009 eröffnet und das rechtliche Gehör betreffend die Anordnung einer Ausschaffungshaft gewährt. Der Gesuchsgegner weigerte sich, nach Ungarn auszureisen, erklärte sich jedoch bereit, in sein Heimatland zu fliegen. Hierauf ordnete das Migrationsamt eine Ausschaffungshaft für die Dauer von 20 Tagen an. Anlässlich der am selben Tag durchgeführten Haftüberprüfungsverhandlung wurde entschieden, dass dem Gesuchsgegner nicht verweigert werden dürfe, auf eigene Kosten in sein Heimatland auszureisen. Lege er

ein auf seinen Namen lautendes Flugticket vor, sei davon auszugehen, dass er selbständig ausreisen werde. Eine Ausschaffung sei unter diesen Umständen nicht mehr notwendig und die Aufrechterhaltung der Ausschaffungshaft unverhältnismässig. Nachdem der Bruder des Gesuchsgegners am Nachmittag des 19. Juni 2009 ein auf den Gesuchsgegner lautendes Flugticket für den 25. Juni 2009 vorgelegt hatte, annullierte das Migrationsamt den Rückflug nach Ungarn, entliess den Gesuchsgegner aus der Ausschaffungshaft (1-HA.2009.75) und beantragte beim BFM die Zustellung des Passes, der sich bei den Akten des BFM befand. Darauf teilte ein Sachbearbeiter Dublin im Auftrag des Leiters Dublin Office Schweiz dem Migrationsamt mit Fax vom 22. Juni 2009 zum Thema "Zustellung der Heimatlichen Urkunde" mit, die Geschäftsleitung des BFM habe aus strategischen Gründen entschieden, dass Dublin-Zustimmungen einzuhalten seien. Dies insbesondere, um die Beziehungen zu den Partnerstaaten nicht zu belasten und Ressourcen nicht unnötig einzusetzen. Die Ausschaffung nach Ungarn sei demzufolge zu vollziehen. Im Einzelfall könne der Dublin Prozess unterbrochen werden. Diese Möglichkeit bestehe jedoch nur bevor die Zustimmung des angefragten Mitgliedstaates eintreffe und mit vorgängiger Anfrage beim Dublin Office. Der Vollzug nach Ungarn sei demzufolge sicherzustellen. Als der Gesuchsgegner gemäss Aufforderung am 24. Juni 2009 beim Migrationsamt vorsprach, wurde ihm erneut das rechtliche Gehör betreffend die Anordnung einer Ausschaffungshaft gewährt. Dabei erklärte er sich wiederum nicht bereit, nach Ungarn auszureisen, da er am 25. Juni 2009 in sein Heimatland fliegen werde.

#### *Aus den Erwägungen*

II. 5.2.2. Die Ausschaffung eines Betroffenen unter vorgängiger Anordnung einer Ausschaffungshaft stellt das letzte Mittel einer Reihe von Zwangsmassnahmen dar, um eine Wegweisung aus der Schweiz durchzusetzen. Stellt sich heraus, dass ein Betroffener selbständig ausreist, ist die Anordnung einer Ausschaffungshaft nicht

notwendig und damit unverhältnismässig. Zu prüfen ist, wie es sich verhält, wenn ein Betroffener in einen Dublin-Staat weggewiesen wird, jedoch einzig bereit ist, in seinen Heimatstaat auszureisen.

Wird ein Betroffener aus der Schweiz weggewiesen, ist es grundsätzlich seine Sache zu bestimmen, wie und wohin er ausreist (Priorität der freiwilligen Ausreise). Die Ausschaffung, also der zwangsweise Vollzug kommt erst subsidiär in Betracht, wenn der Ausländer die ihm angesetzte Ausreisefrist im Sinne von Art. 66 Abs. 2 und Art. 68 Abs. 2 AuG ungenutzt hat verstreichen lassen (Art. 69 Abs. 1 lit. a AuG) (Andreas Zünd/Ladina Arquint Hill, § 8 Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl., 2009, Rz. 8.95). Zwar sieht das Gesetz zwei Ausnahmen vom Grundsatz der Subsidiarität vor. Art. 69 Abs. 1 lit. b und c AuG verpflichtet die zuständige kantonale Behörde, Ausländerinnen und Ausländer auszuschieffen, wenn deren Wegweisung sofort vollzogen werden kann, oder wenn sich diese in Haft nach Art. 76 und 77 AuG befinden und ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vorliegt. Auch in diesen Fällen darf ein zwangsweiser Vollzug der Wegweisung aber nur erfolgen, wenn er verhältnismässig ist. Erklärt sich ein Betroffener glaubhaft bereit, vor der beabsichtigten Ausschaffung selbständig und legal auszureisen, erweist sich die Ausschaffung als unnötig und damit unverhältnismässig.

Das Migrationsamt geht davon aus, die Ausschaffung nach Ungarn lasse sich auf Art. 69 Abs. 2 AuG stützen und es obliege dem Migrationsamt, den Zielstaat der Ausschaffung zu bestimmen. Art. 69 Abs. 2 AuG lautet wie folgt: "Haben Ausländerinnen oder Ausländer die Möglichkeit, rechtmässig in mehrere Staaten auszureisen, so kann die zuständige Behörde sie in das Land ihrer Wahl ausschaffen." Das Migrationsamt übersieht, dass Art. 69 Abs. 2 AuG nur dann zur Anwendung gelangt, wenn der Betroffene effektiv ausgeschafft werden muss. Reist dieser jedoch selbständig aus, stellt sich die Frage gar nicht, in welchen Zielstaat er ausgeschafft werden soll. Zudem ist Folgendes festzuhalten: Selbst wenn das Migrationsamt eine Ausschaffung vornehmen muss, räumt Art. 69 Abs. 2 AuG der zuständigen Behörde kein Recht ein, den Zielstaat frei zu bestimmen.

Zwar besagt die angerufene Norm, dass das Migrationsamt - im Gegensatz zur früheren Regelung (vgl. Art. 14 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) vom 26. März 1931) - nicht mehr absolut verpflichtet ist, einen Ausländer in das Land seiner Wahl auszuschieffen, wenn dieser rechtmässig in mehrere Staaten ausreisen kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Migrationsamt den Zielstaat unabhängig vom Willen des Betroffenen festlegen darf. Vielmehr soll der Betroffene diesen nach wie vor selber wählen können. Mit der "Kann-Bestimmung" sollte lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass der Betroffene nicht mehr einen absoluten Anspruch auf Bestimmung des Zielstaates hat (Andreas Zünd/Ladina Arquint Hill, § 8 Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl., 2009, Rz. 8.97, Botschaft zum AuG, BBl 2002 3709 ff., 3814). Nicht zu beanstanden wäre wohl die Verweigerung einer Ausschaffung in einen gewünschten Zielstaat, wenn die Ausschaffung erhebliche Mehrkosten verursachen oder sich die Organisation der Rückführung als besonders aufwändig erweisen würde. Kann ein Betroffener jedoch rechtmässig in sein Heimatland zurückkehren, verlangt er eine Ausschaffung in sein Heimatland und kann diese vor einer geplanten Ausschaffung in einen Drittstaat erfolgen, lässt sich eine Ausschaffung in einen Drittstaat wohl kaum rechtfertigen. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass Art. 69 Abs. 2 AuG keine Rechtsgrundlage für eine zwangsweise Ausschaffung nach Ungarn darstellt, wenn der Gesuchsgegner glaubhaft bereit ist, selbständig und vor der geplanten Ausschaffung nach Ungarn in den Kosovo zurückzukehren.

Daran ändert auch nichts, dass gemäss Entscheid des BFM die Wegweisung nach Ungarn erfolgt. Die konkrete Nennung eines Zielstaates im Wegweisungsentscheid hat nur insofern Bedeutung, als eine Ausschaffung effektiv vollzogen werden muss. In diesem Falle darf das Migrationsamt den Betroffenen nur in den genannten Zielstaat ausschaffen, es sei denn, der Betroffene sei mit der Ausschaffung in einen anderen Staat einverstanden.

5.2.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Ausschaffung nur dann verhältnismässig ist, wenn ein Betroffener nicht selbständig ausreist.

5.3. Ist die Ausschaffung unverhältnismässig, gilt dies umso mehr auch für die Anordnung einer Ausschaffungshaft, da diese einzig bezweckt, die Ausschaffung sicherzustellen.

Zu prüfen ist deshalb, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen davon ausgegangen werden kann, dass der Gesuchsgegner selbständig in den Kosovo zurückkehrt. Er brachte diesbezüglich mehrfach vor, er sei jederzeit bereit, auf dem Luftweg in den Kosovo auszureisen, werde sogar das Flugticket selbst bezahlen und habe auch nichts dagegen, wenn man ihn zum Flughafen bringen wolle. Zur Begleichung der Reisekosten führte er am 19. Juni 2009 aus (Protokoll der Verhandlung vom 19. Juni 2009 S. 6): "Ja, ich werde meine Reisekosten selber übernehmen. Meine ganze Familie lebt hier in der Schweiz. Sie können mir finanziell unter die Arme greifen. Ich habe hier nichts verbochen, ich bin nicht straffällig geworden. Ich finde es schlecht, dass ich keine schriftliche Einladung vom Migrationsamt bekommen habe. Ich bin heute morgen einfach so festgenommen worden. Man hätte mir auch sagen können, dass ich vorbeikommen muss." Weiter ist den Akten zu entnehmen, dass der Gesuchsgegner seine Voraufenthalte in Ungarn und Österreich nicht verschwiegen hat. Nachdem der Gesuchsgegner problemlos bei seinen Eltern angetroffen werden konnte und dem Migrationsamt offenbar auch bekannt war, dass er sich dort aufhielt, kann ihm auch nicht vorgeworfen werden, er sei untergetaucht. Dies umso weniger, als das Migrationsamt nicht einmal versucht hat, ihn über die ihm zugewiesene Unterkunft vorzuladen. Aufgrund der glaubhaften Aussage des Gesuchsgegners und nachdem keinerlei sonstige Anzeichen vorhanden sind, dass der Gesuchsgegner nicht selbständig ausreisen wird, wurde ihm mit Urteil vom 19. Juni 2009 Gelegenheit gegeben, seinen Ausreisewillen durch Vorlegen eines auf ihn lautenden Flugtickets, mit welchem er bis spätestens 27. Juni 2009 in den Kosovo zurückkehren kann weiter zu untermauern. Festgehalten wurde, dass wenn er ein entsprechendes Flugticket vorlege, von einer selbständigen Ausreise in den Kosovo vor der geplanten Ausschaffung nach Ungarn auszu-

gehen sei. Eine Fortsetzung der Haft wäre unter diesen Umständen nicht mehr gerechtfertigt und somit unverhältnismässig, weshalb er nach Vorliegen des Flugtickets aus der Haft zu entlassen sei.

Daran hat sich in der Zwischenzeit nichts geändert. Es liegen keine neuen Umstände vor, die eine erneute Inhaftierung rechtfertigen könnten. Im Gegenteil, hat doch der Bruder des Gesuchsgegners inzwischen dem Migrationsamt ein entsprechendes Flugticket vorgelegt. Hinzu kommt, dass der Gesuchsgegner problemlos telefonisch kontaktiert werden konnte und pünktlich der telefonischen Vorladung Folge geleistet hat. Es ist unter diesen Umständen - mehr noch als anlässlich der Verhandlung vom 19. Juni 2009 - davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner am 25. Juni 2009 ausreisen wird, sofern er dies mit seiner Identitätskarte kann. Der Vertreter des Migrationsamts gab diesbezüglich anlässlich der heutigen Verhandlung zu Protokoll, der Pass des Gesuchsgegners sei bislang vom BFM nicht zugestellt worden. Dass der Gesuchsgegner mit seiner Identitätskarte ausreisen könne, sei anzunehmen, jedoch nicht sicher. Sollte der Gesuchsgegner wegen des fehlenden Passes nicht ausreisen können, kann ihm dies jedenfalls nicht angelastet werden.

(...)

6.2. Anzumerken bleibt, dass bei Rückführungen in einen Dublin-Staat die Anordnung einer Ausschaffungshaft selbst bei vorbehaltlos bewilligter Haft nur bis zum Zeitpunkt des möglichen Rückfluges in den Heimatstaat eines Betroffenen zulässig wäre, wenn dieser ein entsprechendes Flugticket vorlegen würde. Einem Betroffenen darf in diesem Fall die rechtmässige Ausreise in sein Heimatland nicht verweigert werden.

## **82 Ausschaffungshaft; Untertauchungsgefahr; Dublin-Verfahren**

**Kann dem Wegweisungsentscheid des BFM nicht entnommen werden, wann und wo sich eine betroffene Person hätte melden müssen, wenn sie die Schweiz selbständig hätte verlassen wollen, darf ihr nicht vorgeworfen werden, sie habe die Schweiz auf offensichtlich unzulässige Weise zu verlassen versucht, wenn ihr die Ausreise mit dem Zug nicht gelingt (E. II./3.3.).**