

hungen unternommen hat, die Identität des Gesuchsgegners abzuklären, obschon neue Identitätsangaben vorlagen.

Unter diesen Umständen wurde das Beschleunigungsgebot verletzt und der Gesuchsgegner ist unverzüglich aus der Haft zu entlassen. Die Prüfung der weiteren Haftvoraussetzungen – auch bezüglich einer Durchsetzungshaft – erübrigt sich damit.

**20 Ausschaffungshaft; unbekannter Aufenthalt; Verhältnismässigkeit**

- **Der Aufenthalt einer ausländischen Person ohne festen Wohnsitz gilt nicht als unbekannt, wenn sich diese regelmässig bei den Behörden meldet und zumindest telefonisch kontaktiert werden kann.**
- **Unverhältnismässigkeit der Ausschaffungshaft, wenn Behörden trotz Ausreiseverpflichtung mit Blick auf die Papierbeschaffung jahrelang untätig sind**

Aus dem Entscheid des Einzelrichters des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 24. Mai 2017, i.S. Amt für Migration und Integration gegen A. (WPR.2017.88)

*Aus den Erwägungen*

3.2.

Der Gesuchsgegner erklärte sich anlässlich des rechtlichen Gehörs vom 23. Mai 2017 sowie an der heutigen Verhandlung zwar bereit, nach Serbien auszureisen, kündigte aber an, sofort wieder in die Schweiz zurückzukehren. Im Wesentlichen gab er anlässlich der Verhandlung zu Protokoll, er sei in den vergangenen Jahren zwar ohne festen Wohnsitz gewesen, habe sich jedoch stets bei der Gemeinde gemeldet und sei telefonisch jederzeit erreichbar gewesen. Er sei somit nicht untergetaucht oder habe sich der Wegweisung aus der Schweiz entziehen wollen, vielmehr sei er sich nicht darüber im Klaren gewesen, dass er von der Polizei wegen illegalen Aufenthaltes

festgenommen werden könnte. Er habe zwar Kenntnis vom Vorliegen des Wegweisungsentscheides, jedoch sei ihm die Konsequenz – nämlich seine Ausreisepflicht aus der Schweiz – nicht bewusst gewesen.

Der Gesuchsteller bringt vor, dass sich der Gesuchsgegner während Jahren beharrlich geweigert habe, seiner Mitwirkungspflicht bei der Papierbeschaffung nachzukommen. Gemäss eigenen Angaben habe er sich erfolglos beim serbischen Konsulat um Papiere bemüht, dies habe er jedoch nie belegen können. Mit dieser fehlenden Kooperation sowie mit den Versäumnissen betreffend Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung und Regelung seiner Meldeverhältnisse habe der Gesuchsgegner gezeigt, dass er sich behördlichen Anforderungen widersetze. Zudem habe der Gesuchsgegner ab Ende Oktober 2014 als unbekannten Aufenthalts gegolten, was gemäss MIKA als Untertauchen zu werten sei.

Dieser Auffassung kann nicht vollumfänglich gefolgt werden. Dem Gesuchsgegner fällt es offensichtlich schwer, sich konform in die hiesigen gesellschaftlichen Strukturen einzufügen, insbesondere der Umgang mit Behörden scheint ihm Mühe zu bereiten. Dies ist wohl auf seine Persönlichkeitsstruktur und seinen bisherigen Lebenslauf sowie auf den Umstand zurückzuführen, dass er seit dem Getrenntleben von seiner Mutter und dem damit verbundenen Verlust einer Tagesstruktur und von finanzieller Autonomie jeglichen Halt verloren hat. Nach dem Gesagten erscheint fraglich, inwieweit ihm seine fehlende Mitwirkung bei der Papierbeschaffung vorgeworfen werden kann. Dies gilt umso mehr, als offensichtlich ist, dass der Gesuchsgegner einzig mit finanzieller Unterstützung nicht von sozialer Verwahrlosung bewahrt werden konnte. Anlässlich der Verhandlung vermochte der Gesuchsgegner glaubhaft darzulegen, dass bei ihm nicht von einem klassischen Untertauchen gesprochen werden kann und sich der Gesuchsgegner auch nicht bewusst einer Wegweisung entzogen hat. Zudem zeigte er sich bereit, sich dem MIKA zur Verfügung zu halten, Termine wahrzunehmen und sicherzustellen, dass allfällige Schreiben – trotz fehlenden festen Wohnsitzes – zu ihm gelangen würden. So gab er die Adresse eines Freundes an, an welchen für ihn bestimmte Schreiben gerichtet werden können. In Anbetracht der Tatsache, dass der von ihm erwähnte Freund – B.F. – bei der An-

haltung des Gesuchsgegners anwesend war, polizeilich zu Protokoll gab mit diesem befreundet zu sein und dass dieser ab und an bei ihm in der Wohnung schlafen würde und die beiden somit Kontakt zueinander haben, erscheint diese Aussage plausibel. Sodann gab er an, für das MIKA über sein Mobiltelefon, welches er seit Jahren besitze, telefonisch erreichbar zu sein.

Dennoch ist nicht völlig abwegig, wenn der Gesuchsteller davon ausging, der Gesuchsgegner biete keine Gewähr, dass er ordnungsgemäss aus der Schweiz ausreisen werde. Sowohl anlässlich des rechtlichen Gehörs vom 23. Mai 2017 als auch während der heutigen Verhandlung gab dieser seine Rückreisebereitschaft zwar zu Protokoll, fügte jedoch hinzu, sogleich wieder in die Schweiz zurückzukehren. Aufgrund dieser Aussage durfte der Gesuchsteller davon ausgehen, dass der Gesuchsgegner einen für ihn gebuchten Rückflug effektiv nicht freiwillig antreten werde. Unter diesen Umständen ist die Untertauchungsgefahr zu bejahen, womit der Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG erfüllt ist.

4.

4.1.

Es stellt sich die Frage, ob die Haftanordnung deshalb nicht zu bestätigen sei, weil sie im konkreten Fall gegen das Prinzip der Verhältnismässigkeit verstossen würde.

4.2.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Anordnung einer Ausschaffungshaft einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit der betroffenen Person und damit einen Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit beinhaltet (Art. 10 Abs. 2 BV). Wie jeder Eingriff in ein Freiheitsrecht bedarf gemäss Art. 36 BV auch die Anordnung einer Ausschaffungshaft einer gesetzlichen Grundlage. Zudem muss die Einschränkung durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und im konkreten Fall verhältnismässig sein.

4.3.

Dass mit Art. 76 AuG eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Bewegungsfreiheit vorliegt, ist offensichtlich und bedarf keiner weiteren Ausführungen. Gleiches gilt für das grundsätz-

liche Bestehen eines öffentlichen Interesses an der Inhaftierung zur Sicherstellung des Vollzugs der Ausschaffung aus der Schweiz.

#### 4.4.

##### 4.4.1.

Weiter ist zu prüfen, ob die angeordnete Massnahme geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen; ob sie sodann notwendig ist oder ob zur Erreichung des Zwecks auch eine mildere Massnahme genügen würde, und schliesslich, ob die Massnahme verhältnismässig im engeren Sinne ist, d.h. ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Massnahme besteht.

Die genannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Ist dies nicht der Fall, ist die Inhaftierung nicht rechtmässig und nicht zu bestätigen.

##### 4.4.2.

Dass die Inhaftierung eines Betroffenen grundsätzlich geeignet ist, den Vollzug der Wegweisung sicherzustellen, liegt auf der Hand.

##### 4.4.3.

Mit Blick auf die Notwendigkeit der Inhaftierung ist festzuhalten, dass der Gesuchsgegner anlässlich der Verhandlung zu Protokoll gab, er werde sich trotz fehlenden festen Wohnsitzes dem MIKA stets zur Verfügung halten. Zudem ergibt sich aus den Akten, dass der Gesuchsgegner trotz Obdachlosigkeit immer wieder in Kontakt mit den Gemeindebehörden stand.

Es ist somit zumindest fraglich, ob sich die Anordnung einer Ausschaffungshaft für die Sicherstellung des Wegweisungsvollzuges als notwendig erweist. Dies kann jedoch mit Blick auf die nachstehenden Ausführungen offen gelassen werden.

##### 4.4.4.

Wie jede Massnahme ist auch die Anordnung einer Ausschaffungshaft nur dann verhältnismässig im engeren Sinne, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht.

Zweifellos besteht seitens des MIKA ein gewichtiges öffentliches Interesse daran, den Vollzug von rechtskräftigen Wegweisungen durchsetzen zu können. Andererseits scheint das MIKA der Durchsetzung der Ausreiseverpflichtung bislang keine allzu grosse Priorität gegeben zu haben. Immerhin ist dem MIKA seit Jahren be-

kennt, dass der Gesuchsgegner ohne gültige heimatliche Ausweispapiere in der Schweiz lebt und eine legale Ausreise unter den gegebenen Umständen gar nicht möglich war und ist. Trotzdem hat es das MIKA unterlassen, im Nachgang zur Wegweisungsverfügung vom 10. November 2015 irgendwelche Schritte in Bezug auf die Beschaffung von Ersatzreisepapieren zu unternehmen. Mit andern Worten wurde die Ausschaffungshaft angeordnet, obwohl unklar ist, ob der Gesuchsgegner überhaupt noch in einem serbischen Register verzeichnet ist und wie lange die Papierbeschaffung dauern wird. Anlässlich der mündlichen Verhandlung gab der Vertreter des MIKA sodann zu Protokoll, aufgrund der unklaren Situation im Heimatland könne es Monate dauern, bis ein Ersatzreisepapier beschafft werden könne.

Bei dieser Sachlage wäre es offensichtlich unverhältnismässig, einen hier geborenen und seit über 30 Jahren in der Schweiz lebenden Ausländer während Monaten in Ausschaffungshaft zu nehmen. Dies umso mehr, als nicht erstellt ist, dass sich der Gesuchsgegner nicht an konkrete Anweisungen des MIKA halten wird. Vielmehr ist einzig notorisch, dass der Gesuchsgegner aufgrund seiner Lebenssituation grösste Mühe bekundet, seinen Verpflichtungen ohne fremde Hilfe rechtskonform nachzukommen und er wohl längst einer konkreten faktischen Unterstützung bedurft hätte.

#### 4.5.

Aus den genannten Gründen erweist sich die angeordnete Ausschaffungshaft als nicht verhältnismässig im engeren Sinne und ist somit nicht zu bestätigen.

Selbstverständlich steht es dem MIKA frei, dem Gesuchsgegner eine Meldepflicht aufzuerlegen. Sollte sich zu einem späteren Zeitpunkt herausstellen, dass sich der Gesuchsgegner nicht daran oder an andere Weisungen des MIKA hält, steht es dem MIKA frei, erneut die Anordnung einer Ausschaffungshaft zu prüfen.