

## I. Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

### 77 **Ausschaffungshaft; Haftverlängerung; Durchführung einer mündlichen Verhandlung**

**Die Überprüfung der Verlängerung einer Ausschaffungshaft kann gleich wie bei der Überprüfung der Verlängerung einer Durchsetzungshaft aufgrund der Akten erfolgen, weshalb nicht zwingend eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden muss (E. I./4.4.3.).**

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 8. Mai 2009 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen A.B. betreffend Haftverlängerung (1-HA.2009.52).

### *Aus den Erwägungen*

I. 3. Bis zum Inkrafttreten des (neuen) EGAR war der Präsident des Rekursgerichts im Ausländerrecht aufgrund kantonalen Rechts verpflichtet, sowohl bei erstmaliger Anordnung einer Ausschaffungshaft als auch bei deren Verlängerung eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Die erstmalige Überprüfung hatte innert 96 Stunden seit der ausländerrechtlich motivierten Anhaltung, die Überprüfung der Haftverlängerung vor Ablauf der bereits bewilligten Haft zu erfolgen (§ 17 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Ausländerrecht [aEGAR] vom 14. März 2007).

Eine gleich lautende Norm ist im (neuen) EGAR nicht mehr enthalten (§ 14 Abs. 1 EGAR). Vielmehr sind nun einzig die Bestimmungen des AuG massgebend, womit Klärungsbedarf hinsichtlich der Frage besteht, ob eine Überprüfung der Verlängerung der Ausschaffungshaft in jedem Fall aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu erfolgen hat.

(...)

4.3. Die Vorschriften über die richterliche Haftüberprüfung bezüglich Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft finden sich in Art. 80 AuG.

Bezüglich der erstmaligen Haftanordnung ist in Art. 80 Abs. 2 AuG festgelegt, dass eine richterliche Haftüberprüfung innert 96 Stunden aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu erfolgen hat. Von einer mündlichen Verhandlung kann nur dann abgesehen werden, wenn die Ausschaffungshaft gestützt auf Art. 77 AuG für maximal 60 Tage angeordnet und das Verfahren deshalb schriftlich durchgeführt wird (Art. 80 Abs. 2 Satz 2 AuG) sowie, wenn die Ausschaffung voraussichtlich innerhalb von acht Tagen nach der Haftanordnung erfolgen wird und die betroffene Person schriftlich ihr Einverständnis bekundet (Art. 80 Abs. 3 AuG).

Nicht explizit normiert ist die Form der richterlichen Haftüberprüfung bei Verlängerung der Ausschaffungshaft. An einer ausdrücklichen Regelung fehlt es auch bei Verlängerung der Vorbereitungs- haft, da diese von Beginn an für ihre Maximaldauer von sechs Monaten angeordnet werden kann (Art. 75 Abs. 1 AuG). Selbstredend ist es aber mit Blick auf die Verhältnismässigkeit zulässig bzw. geradezu geboten, zunächst eine kürzere Vorbereitungs- haft anzuordnen und diese bei Bedarf zu verlängern (Thomas Hugi Yar, a.a.O., Rz. 10.34, S. 439).

Gleich wie bei der Durchsetzungshaft ist das Migrationsamt im Falle einer Haftverlängerung gemäss § 13 Abs. 5 EGAR verpflichtet, den Antrag auf [recte: die Anordnung der] Haftverlängerung zusammen mit den Akten mindestens fünf Arbeitstage vor Ablauf der be- willigten Haft einzureichen.

(...)

4.4.3. (...)

Wie bereits ausgeführt, ist die Form der Verlängerung einer Ausschaffungshaft nicht explizit geregelt. Sowohl Art. 80 Abs. 2 als auch Abs. 3 AuG, die sich über die Pflicht zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung äussern, beziehen sich klarerweise auf die erstmalige Überprüfung einer Ausschaffungshaft. Art. 80 Abs. 4 AuG besagt sodann lediglich, welche Umstände bei der Überprüfung des Entscheides über Anordnung, Fortsetzung und Aufhebung der Haft

zu berücksichtigen sind, nicht aber in welcher Form diese zu erfolgen hat. Ebenso wenig ist aus dem Wortlaut von Art. 76 Abs. 3 AuG im Hinblick auf die Pflicht zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung abzuleiten. Hier wird lediglich festgelegt, wie lange ein Betroffener inhaftiert werden darf. Insgesamt ergibt sich aus dem Wortlaut der einschlägigen Normen kein Hinweis darauf, dass eine richterliche Überprüfung der Verlängerung einer Ausschaffungshaft zwingend im Rahmen einer mündlichen Verhandlung erfolgen muss.

Gegen das Bestehen einer gesetzlichen Verpflichtung, bei jeder Verlängerung der Ausschaffungshaft eine mündliche Verhandlung durchzuführen, spricht auch eine systematische Auslegung der einschlägigen Verfahrensbestimmungen unter neuem Recht. So wurden mit Art. 80 Abs. 2 und 3 AuG Ausnahmen geschaffen, die eine erstmalige Haftüberprüfung ohne mündliche Verhandlung erlauben und dies im Falle von Art. 77 AuG sogar für eine Haftdauer von bis zu 60 Tagen. Zudem hat der Gesetzgeber mit der Durchsetzungshaft in der Zwischenzeit ein Verfahren normiert, bei welchem es der betroffenen Person frei steht, auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten. Dies obschon es gerade bei der Durchsetzungshaft explizit auf das Verhalten der betroffenen Person ankommt und eigentlich zu erwarten wäre, dass sich der Richter persönlich von der weiter bestehenden Weigerung der betroffenen Person, ihr Verhalten zu ändern, zu überzeugen hat. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb es bei der Verlängerung der Durchsetzungshaft zulässig ist, auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten, wogegen dies bei der Vorbereitungs- bzw. Ausschaffungshaft untersagt sein soll.

Auch eine Auslegung der Normen nach Sinn und Zweck führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Zweifellos soll die mündliche Verhandlung sicher stellen, dass der Inhaftierte seinen Standpunkt darlegen kann und dieser durch den Richter auch gehört und gebührend berücksichtigt wird. Daraus den Schluss zu ziehen, es müsse bei Überprüfung der Verlängerung einer Ausschaffungshaft in jedem Falle zwingend eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden und der Betroffene könne nicht rechtsgültig darauf verzichten, geht jedoch zu weit. Einerseits bestehen oftmals im Zeitpunkt der Haftverlängerung vollkommen unveränderte Umstände, welche eine

mündliche Verhandlung obsolet erscheinen lassen. Andererseits ist bei der Haftverlängerung in vielen Fällen einzig über Rechtsfragen zu entscheiden, die keiner Anhörung des Betroffenen bedürfen.

Verzichtet ein Betroffener im Rahmen des rechtlichen Gehörs betreffend Verlängerung der Haft gegenüber dem Migrationsamt auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, obliegt es dem Richter, im Rahmen der Verhandlungsvorbereitung zu prüfen, ob aus seiner Sicht eine mündliche Verhandlung notwendig erscheint. Ist der Betroffene anwaltlich vertreten und kommt der Richter zum Schluss, dass es keiner mündlichen Verhandlung bedarf, hat er dies dem Rechtsvertreter anzuzeigen. Verzichtet auch der Rechtsvertreter auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, ist nicht ersichtlich, welche weiteren Erkenntnisse eine solche bringen würde. Selbstredend steht es dem Betroffenen bzw. dessen Rechtsvertreter frei, schriftlich zur Haftverlängerung Stellung zu nehmen.

Anzumerken bleibt, dass im Kanton Aargau alle für mehr als 20 Tage Inhaftierten zwingend ab der ersten Haftüberprüfungsverhandlung einen amtlichen Vertreter erhalten (§ 27 Abs. 2 EGAR). Auf diese Weise können die Argumente eines Betroffenen sehr wohl auch ohne zwingende mündliche Verhandlung vorgebracht und berücksichtigt werden.

(...)

4.5. Nach dem Gesagten ist das Migrationsamt, analog der Durchsetzungshaft, anzuweisen, jedem Betroffenen im Rahmen des rechtlichen Gehörs betreffend Verlängerung der Haft die Frage zu unterbreiten, ob er die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wünsche. Verneint er dies und kommt der Richter zum Schluss, eine mündliche Verhandlung dränge sich nicht auf, ist dem Rechtsvertreter des Betroffenen Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu geben. Besteht auch dieser nicht auf der Durchführung einer mündlichen Verhandlung, ist über die Verlängerung der Haft aufgrund der Akten zu entscheiden.

**78 Ausschaffungshaft; Änderung der Dauer einer angeordneten Ausschaffungshaft; Dublin-Verfahren**

**Stellt sich zwischen der Anordnung einer Ausschaffungshaft und der richterlichen Haftüberprüfung heraus, dass die ursprünglich angeordnete Haftdauer zu kurz bemessen wurde, kann unter Berücksichtigung von § 27 Abs. 2 EGAR eine längere Haftdauer angeordnet werden (E. II./1.2.). Die Nichtbeachtung des Merkblatts des BFM (Stand 5. Mai 2009) bezüglich Wegweisungsvollzug in Dublin-Verfahren ist unerheblich (E. II./7.).**

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 29. Mai 2009 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen R.F. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2009.62).

*Aus den Erwägungen*

II. 1.2. Der Vertreter des Gesuchsgegners brachte anlässlich der heutigen Verhandlung vor, es sei fraglich, welche Auswirkungen die Nicht-Gewährung des rechtlichen Gehörs betreffend die Verlängerung der Ausschaffungshaft auf drei Monate habe.

Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Bei genauer Betrachtung handelt es sich bei der neu für drei Monate angeordneten Ausschaffungshaft gar nicht um eine Haftverlängerung, sondern um eine noch innerhalb der Frist zur erstmaligen richterlichen Überprüfung der Haft vorgenommenen Änderung der ursprünglich für 20 Tage angeordneten Ausschaffungshaft auf drei Monate. Dies auch wenn das Migrationsamt die neue Verfügung als "Haftverlängerung" bezeichnete. Nachdem dem Gesuchsgegner das rechtliche Gehör für die Anordnung einer Ausschaffungshaft unabhängig von der beabsichtigten Haftdauer gewährt wurde und der Entscheid über die Inhaftierung im Sinne von § 13 Abs. 1 EGAR korrekt mündlich eröffnet wurde, stellt sich vorab die Frage, ob die Änderung der Haftdauer zulässig war.

Gemäss § 37 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 4. Dezember 2007 können Entscheide, die der Rechtslage oder den sachlichen Erfordernissen nicht (mehr) entsprechen, durch die erlassende Behörde geändert werden, wenn das