

hen. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen und durch den Gesuchsteller inskünftig darzulegen, dass im konkreten Fall der Vollzug der Wegweisung möglich ist.

Sollte sich nach der Bestätigung der Haft erweisen, dass eine Ausschaffung bis zum Ablauf der maximal 30-tägigen Haft nicht mehr möglich ist, wäre der Gesuchsgegner in Anwendung von Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG entweder aus der Haft zu entlassen oder es müsste unverzüglich eine Haft angeordnet werden, die eine längere maximale Haftdauer zulässt.

[...]

**82 Ausschaffungshaft; Dublin-Verfahren; Eröffnung Wegweisungsentscheid; Verhältnismässigkeit**

- Offen gelassen, ob die Zustellfiktion greift, wenn der Adressat keinen direkten Zugriff auf das Postfach hat, unter dem er zu erreichen ist und ihm die Abholungseinladung durch den Betreuer nicht unverzüglich überreicht wurde (E. II./2.2.).
- Eine Ausschaffungshaft gestützt auf Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 6 AuG ist nicht unbesehen zu bestätigen, wenn der Haftgrund erfüllt ist. Mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, muss der Wegweisungsvollzug aufgrund einer Einzelfallbeurteilung durch das Verhalten der betroffenen Person minimal gefährdet erscheinen, damit eine Ausschaffungshaft bestätigt werden kann. Bekundet ein Betroffener im Bewusstsein um seine Ausreiseverpflichtung glaubhaft seine Bereitschaft zur kontrollierten und selbständigen Rückkehr in den Dublin-Zielstaat und indizieren keine anderen Umstände eine Ausschaffungshaft, erweist sich seine Inhaftierung als unverhältnismässig. Dies insbesondere dann, wenn die Bereitschaft noch während der bezüglich des Wegweisungsentscheids laufenden Beschwerdefrist, d.h. noch während der Ausreisefrist, bekundet wird. Nimmt ein Betroffener den Wegweisungsentscheid nicht in Empfang, erscheint jedoch innert Beschwerdefrist bei der zuständigen Behörde, so ist ihm die Gelegenheit zu geben, sich im Bewusstsein um seine Ausreiseverpflichtung zur Ausreisebereitschaft zu äussern (E. II./6.1.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 27. September 2011 in Sachen Amt für Migration und Integration Kanton Aargau gegen M.R. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2011.192).

### *Aus den Erwägungen*

#### II.

##### 2. [...]

##### 2.2. [...]

Zur Frage, ob der Wegweisungsentscheid rechtsgenügend eröffnet wurde, ist Folgendes anzumerken: Der Wegweisungsentscheid des BFM wurde durch das MIKA mit eingeschriebener Sendung vom 8. September 2011 an die letzte bekannte Adresse des Gesuchsgegners adressiert. Dies ist das Postfach der Asylbewerberunterkunft, in welche der Gesuchsgegner zugewiesen wurde. Bezüglich der eingeschriebenen Sendungen hat die Post eine Abholungseinladung ins Postfach der Asylbewerberunterkunft gelegt ("Avisiert ins Postfach"). Auf das besagte Postfach hat der Gesuchsgegner verständlicherweise keinen Zugriff. Vielmehr wurde die Abholungseinladung durch den zuständigen Betreuer in Empfang genommen und dem Gesuchsgegner am 14. September 2011 übergeben. Dies verbunden mit der Aufforderung, die Postsendung auf der Poststelle abzuholen. Nachdem der Gesuchsgegner die eingeschriebene Sendung des MIKA nicht abgeholt hatte, wurde diese am 19. September 2011 an das MIKA retourniert und traf dort am 21. September 2011 ein.

Anlässlich der persönlichen Vorsprache des Gesuchsgegners vor dem MIKA am 22. September 2011 wurde ihm der Wegweisungsentscheid nicht ausgehändigt. Dies obschon das MIKA Kenntnis davon hatte, dass der Gesuchsgegner nicht im Besitze des Wegweisungsentscheids war.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 AsylG gilt eine Zustellung nach Ablauf einer siebentägigen Abholfrist als rechtsgenügend erfolgt. Diese so genannte Zustellfiktion geht davon aus, dass eine Sendung (Brief, Verfügung, Entscheid etc.) auch dann als zugestellt und damit eröffnet gilt, wenn der Adressat keine effektive Kenntnis vom Inhalt der

Sendung erhalten hat. Massgebend ist, dass der Betroffene mit der Zustellung der Sendung rechnen musste, diese korrekt adressiert war und der Betroffene Gelegenheit hatte, die Sendung in Empfang zu nehmen, wobei die Rechtsprechungspraxis eine siebentägige Abholfrist als ausreichend erachtet.

Der Gesuchsgegner hat die Abholungseinladung, die am 9. September 2011 ins Postfach gelegt wurde, erst am 14. September 2011 erhalten und hatte damit nicht mehr sieben, sondern nur noch 3 Tage Zeit, die Sendung abzuholen. Ob unter diesen Umständen eine gestützt auf die Zustellfiktion rechtsgenügende Zustellung erfolgt ist und ob aufgrund des speziellen Zustellverfahrens die Zustellfiktion überhaupt greift, bzw. ob im konkreten Fall von einem rechtsgenügend eröffneten Wegweisungsentscheid ausgegangen werden kann, ist unklar. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, kann diese Frage jedoch offen gelassen werden, da die Haftanordnung ohnehin nicht zu bestätigen ist.

[...]

6. [...]

6.1.

Wie bereits mit Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts 1-HA.2011.174 vom 9. September 2011, E. II/3. und 6. ausgeführt, stellt Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 6 AuG zwar einen selbständigen Haftgrund dar, der keiner weiteren Voraussetzungen bedarf. Dies bedeutet jedoch mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht, dass eine Haft unbesehen zu bestätigen ist, wenn der Haftgrund erfüllt ist. Insbesondere trifft es nicht zu, dass der Gesetzgeber die Frage der Verhältnismässigkeit bereits abschliessend geklärt hat. Wie bei anderen "objektivierten" Haftgründen (vgl. Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 AuG oder Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. b, c, oder h AuG) muss der Wegweisungsvollzug aufgrund einer Einzelfallbeurteilung durch das Verhalten der betroffenen Person minimal gefährdet erscheinen, damit eine Ausschaffungshaft angeordnet werden darf. Liegt keine Gefahr in Bezug auf den Vollzug der Wegweisung vor, ist die Inhaftierung auch nicht notwendig und wäre damit unverhältnismässig (vgl. dazu Urteil des EuGH in Sachen El Dridi vom 28. April 2011, C-61/11, N 39; siehe zur Voraussetzung

der Verhältnismässigkeit bei objektivierten Haftgründen auch BVGE D-2039/2011 vom 6. April 2011 und die Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 4. September 2001, BBl 2002/6908 betreffend Einführung einer Empfangsstellenhaft gemäss Art. 13b Abs. 1 lit. d ANAG; heute Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 AuG: "Geprüft wurde im Rahmen der Gesetzesrevision auch, ob die Sicherung des Vollzugs der Wegweisungen mit milderer Massnahmen als mit Haft erfolgen kann. Solche Massnahmen, wie beispielsweise die Zuweisung der asylsuchenden Person an einen Kanton, verbunden mit der Auflage, sich täglich bei der Polizei zu melden, sind jedoch wenig wirksam. Dennoch wird die zuständige Behörde in jedem Einzelfall zu prüfen haben, ob die Anordnung der Haft erforderlich und damit verhältnismässig ist.").

Es sind somit Situationen denkbar, bei denen der Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 6 AuG zwar erfüllt ist, die Inhaftierung zwecks Ausschaffung sich jedoch aufgrund der Umstände im Einzelfall als nicht notwendig und damit unverhältnismässig erweist.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu beachten, dass das Dublin-Verfahren explizit eine auf Eigeninitiative beruhende Ausreise eines Betroffenen in den Dublin-Zielstaat vorsieht (vgl. zur freiwilligen Ausreise Art. 19 Abs. 2 der Dublin II-Verordnung sowie Art. 7 Abs. 1 lit. a der Dublin II-Durchführungsverordnung). Zudem steht die Ermöglichung einer auf Eigeninitiative beruhenden Ausreise mit dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz im Einklang, wonach bei einem Eingriff in die Freiheitsrechte eines Betroffenen immer zuerst das mildest mögliche Mittel zur Durchsetzung einer Zwangsmassnahme (hier die Ausreise in einen anderen Dublin-Staat) zu wählen ist. Die freiwillige Rückkehr ist der erzwungenen somit grundsätzlich vorzuziehen.

Mit Blick auf den Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 6 AuG ist Folgendes entscheidend: Bekundet ein Betroffener im Bewusstsein um seine Ausreiseverpflichtung gegenüber dem MIKA glaubhaft seine Bereitschaft zur kontrollierten und selbständigen Rückkehr in den Dublin-Zielstaat und indizieren keine anderen Umstände eine Ausschaffungshaft, erweist sich seine Inhaftierung als unverhältnismässig. Dies insbesondere dann, wenn die Bereitschaft

noch während der bezüglich des Wegweisungsentscheids laufenden Beschwerdefrist, d.h. noch während der Ausreisefrist, bekundet wird.

Zur Ausreisefrist ist den Nichteintretens- und Wegweisungsentscheiden des BFM regelmässig zu entnehmen, dass der Verfügungsadressat die Schweiz spätestens am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist verlassen muss. Diese beträgt fünf Arbeitstage ab rechtsgültiger Eröffnung der Beschwerde.

Nimmt ein Betroffener den Wegweisungsentscheid nicht in Empfang, erscheint jedoch innert Beschwerdefrist beim MIKA, so ist ihm die Gelegenheit zu geben, sich im Bewusstsein um seine Ausreiseverpflichtung zur Ausreisebereitschaft zu äussern. Das MIKA ist in solchen Fällen verpflichtet, dem Betroffenen den Wegweisungsentscheid in Kopie auszuhändigen und ihn nach seiner Bereitschaft zur Ausreise in den Dublin-Zielstaat zu fragen. Ohne Kenntnis bezüglich der Ausreisebereitschaft eines Betroffenen kann über die Notwendigkeit der Inhaftierung nicht entschieden werden.

### **83    Ausschaffungshaft; Haftbedingungen**

**Kann in einem Ausschaffungsgefängnis nicht sichergestellt werden, dass Nichtraucher getrennt von Rauchern untergebracht sind, ist der betroffene Nichtraucher auf Wunsch in ein anderes Ausschaffungsgefängnis zu verlegen oder aus der Haft zu entlassen (E. II./4.).**

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 3. Mai 2011 in Sachen Amt für Migration und Integration Kanton Aargau gegen S.B.K. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2011.75).