

Da der Gesuchsgegner gegen den Wegweisungsentscheid des BFM Beschwerde erhob und ihm in der Folge vom Bundesverwaltungsgericht gestattet wurde, den Fortgang des Verfahrens in der Schweiz abzuwarten, wurde die ursprüngliche Überstellungsfrist unterbrochen (vgl. Art. 19 Abs. 3 der Dublin II-Verordnung). Die sechsmonatige Überstellungsfrist begann daher am Tag nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, mithin am 4. Mai 2010, neu zu laufen. Die Überstellungsfrist wird in einer solchen Konstellation nicht erst mit der Anzeige an den Zielstaat, sondern ex lege unterbrochen (vgl. Christian Filzwieser/Andrea Sprung, Kommentar Dublin II-Verordnung, 3. Auflage, Wien/Graz 2010, S. 167). Es spielt daher keine Rolle, dass das BFM die tschechischen Behörden erst nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens über das Einlegen des Rechtsbehelfs informierte. Da der Gesuchsgegner schliesslich vor seiner polizeilichen Anhaltung am 15. September 2010 unbekannten Aufenthalts war und das BFM der Tschechischen Republik am 22. Juni 2010 das Untertauchen des Gesuchsgegners anzeigte sowie um Erstreckung der Überstellungsfrist auf 18 Monate ersuchte, ist die Überstellung des Gesuchsgegners in die Tschechische Republik bis zum 4. November 2011 möglich (vgl. Art. 19 Abs. 4 der Dublin II-Verordnung).

**69    Ausschaffungshaft; Wegweisungsentscheid; Untertauchensgefahr.**

Unter der Voraussetzung, dass ein erstinstanzlicher Wegweisungsentscheid rechtsgültig eröffnet wurde und noch Bestand hat, stellt er auch dann eine rechtsgenügende Grundlage für die Anordnung einer Ausschaffungshaft dar, wenn er noch nicht in Rechtskraft erwachsen und aufgrund eines hängigen Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht vorerst nicht vollziehbar ist (E. II./2.2.).

Solange aufgrund eines laufenden Beschwerdeverfahrens der Vollzug der Wegweisung vorsorglich ausgesetzt wurde, ist die Weigerung eines Betroffenen, in einen Staat zurückzukehren, der nach Massgabe der Dublin II-Verordnung zu seiner Rückübernahme verpflichtet ist, nicht als Anzeichen für das Bestehen einer Untertauchensgefahr zu werten (E. II./3.4. -3.5.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 29. April 2010 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen B.G. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2010.49).

### *Aus den Erwägungen*

II. 2.2. Der Haftrichter hat sich im Rahmen der Prüfung, ob die Ausschaffungshaft rechtmässig ist, Gewissheit darüber zu verschaffen, ob ein Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt (vgl. BGE 128 II 193, E. 2.2.2, S. 198).

Mit Entscheid vom 9. April 2010 trat das [Bundesamt für Migration (BFM)] auf das Asylgesuch des Gesuchsgegners nicht ein und verfügte seine sofortige Wegweisung nach Spanien. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsgegner am 15. April 2010 eine Beschwerde, die am 19. April 2010 beim BFM einging. Am 28. April 2010 leitete das BFM die Beschwerde wegen Unzuständigkeit dem Bundesverwaltungsgericht weiter. Dieses setzte noch gleichentags den Vollzug der Wegweisung bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde aus.

Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners stellt ein Wegweisungsentscheid auch dann eine rechtsgenügende Grundlage für die Anordnung einer Ausschaffungshaft dar, wenn er noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. Thomas Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, Ausländerrecht, Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser [Hrsg.], 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 10.79). Vorausgesetzt ist einzig, dass der erstinstanzliche Wegweisungsentscheid dem Gesuchsgegner rechtsgültig eröffnet wurde und noch Bestand hat. Mit Zustellung des Nichteintretensentscheids am 13. April 2010 wurde dem Gesuchsgegner die vom BFM verfügte Wegweisung nach Spanien korrekt eröffnet. Mit der verfahrensleitenden Anordnung des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. April 2010 wurde der Nichteintretensentscheid vom 9. April 2010 nicht aufgehoben, sondern lediglich dessen Vollziehbarkeit gehemmt.

Damit liegt ein rechtsgenügender Wegweisungsentscheid vor.

[...]

3.4. Der Gesuchsgegner gab sowohl im Rahmen des rechtlichen Gehörs betreffend die Anordnung einer Ausschaffungshaft als auch anlässlich der heutigen Verhandlung wiederholt zu Protokoll, er sei nicht bereit, nach Spanien zurückzukehren. Nachfolgend ist zu klären, ob diese Weigerung ein konkretes Anzeichen für das Vorliegen einer Untertauchungsgefahr darstellt.

Der Gesuchsgegner wehrt sich gegen eine Rückführung nach Spanien und hat den entsprechenden Wegweisungsentscheid des BFM beim Bundesverwaltungsgericht angefochten, womit dieser noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Er befindet sich mithin in einer ähnlichen Situation, wie ein erstinstanzlich abgewiesener Asylbewerber, der in sein Heimatland ausreisen muss, jedoch den Entscheid anfechtet. Diesem wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zugestanden, dass er sich bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens weigern darf, in seinen Heimatstaat zurückzukehren, ohne dass ihm dies als Anzeichen für das Bestehen einer Untertauchungsgefahr ausgelegt werden könnte. Hintergrund dieser Rechtsprechung ist, dass ein Betroffener nicht dazu gezwungen werden darf, seine Position durch widersprüchliche Aussagen zu kompromittieren (Thomas Hugi Yar, a.a.o., Rz. 10.92).

Fraglich ist, ob diese Rechtsprechung unbesehen auf den vorliegenden Fall übertragen werden kann. Immerhin liegt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch der Gedanke zu Grunde, dass ein Betroffener mit hängigem Asylverfahren einen Anspruch auf Aufenthalt hat. Dagegen ist ein Betroffener, der gestützt auf das Dublin-Abkommen in einen Dublin-Staat ausreisen muss, grundsätzlich verpflichtet, das Rechtsmittelverfahren im Ausland abzuwarten, da einer Beschwerde gegen den Dublin-Wegweisungsentscheid gemäss Art. 19 Abs. 2 bzw. Art. 20 Abs. 1 lit. e der [Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 (Dublin II-Verordnung; ABl. L 50 vom 25. Februar 2003, S. 1 ff.)] von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Er darf sich damit trotz Einreichung einer Beschwerde grundsätzlich nicht weigern, in den Dublin-Staat auszureisen. Tut er dies trotzdem, liegt ein konkretes Anzeichen für eine Untertauchungsgefahr vor.

Anders liegt der Fall jedoch, wenn das Bundesverwaltungsgericht den Vollzug der Wegweisung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens aussetzt oder der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkennt. In einer solchen Konstellation kann dem Betroffenen mit Blick auf eine allfällige Untertauchensgefahr nicht vorgeworfen werden, er weigere sich auszureisen, da bis zu einem anderslautenden Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts gar keine Verpflichtung zur Ausreise besteht.

3.5. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht den Vollzug der Wegweisung vorsorglich ausgesetzt. Dem Gesuchsgegner kann unter diesen Umständen nicht vorgehalten werden, es bestehe Untertauchensgefahr, weil er sich weigere, auszureisen.

Nachdem die Vorinstanz einzig aufgrund der Weigerung des Gesuchsgegners auszureisen auf das Bestehen einer Untertauchensgefahr schliesst und den Akten auch nichts anderes zu entnehmen ist, was auf eine Untertauchensgefahr hindeuten würde, ist der Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 [des Bundesgesetzes über Ausländerinnen und Ausländer (AuG) vom 16. Dezember 2005] nicht erfüllt.

**70    Ausschaffungshaft; Verhältnismässigkeit.**

**Die Anordnung einer Ausschaffungshaft setzt das Bestehen konkreter Vollzugsperspektiven voraus und ist nur als letztes mögliches Mittel zur Durchsetzung der Ausschaffung zulässig. Unter den gegebenen Umständen ist eine Inhaftierung auf unbestimmte Zeit nicht verhältnismässig (die Durchführung von Sonderflügen wurde für unbestimmte Dauer ausgesetzt; E. II./4.).**

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 1. April 2010 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen S.S. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2010.40).

Gegen den Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht hat das Bundesamt für Migration Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht (2C\_402/2010) erhoben. Dieses ist auf die Beschwerde mit Urteil vom 16. Juni 2010 nicht eingetreten.