

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

Dr. ANDREAS ZÜND, Aarburg

Der Vollzug von Weg- und Ausweisung im Ausländerrecht obliegt der kantonalen Behörde, d.h. der kantonalen Fremdenpolizei. Dabei steht ihr das Instrumentarium der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht¹ zur Verfügung. Es ist klar, dass das Interesse an einem möglichst lückenlosen Vollzug am besten gewahrt wäre, wenn die Vollzugsbehörde bei der Anwendung der Zwangsmassnahmen freie Hand hätte. Das ist aber nicht und kann nicht der Standpunkt des Gesetzes sein. Dieses ermöglicht die Zwangsmassnahmen zwar, setzt ihrer Anwendung aber zugleich Grenzen – im Interesse der Freiheitsrechte der Betroffenen. Für die Einhaltung dieser Grenzen hat in erster Linie der Haftrichter besorgt zu sein, im Beschwerdefall auch das Bundesgericht. Funktion des Bundesgerichts ist es überdies, die einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten.

Die unterschiedliche Aufgabenverteilung hat eine unterschiedliche Sicht der Probleme zur Folge. Erste Sorge der Vollzugsbehörde ist effizientes Verwaltungshandeln, erste Sorge des Richters die Freiheit des Betroffenen, deren Einschränkung er nur zustimmen darf, wenn er die feste Überzeugung gewonnen hat, dass das Gesetz, verfassungs- und konventionskonform ausgelegt, sie gestattet und unter den Umständen des Falles auch erforderlich macht. Das Bundesgericht seinerseits erfüllt seine Aufgabe dann – nur dann –, wenn seine Rechtsprechung hinreichend klar ist, so dass für die Vollzugsbehörden die rechtlichen Grenzen des Verwaltungshandelns erkennbar sind und sie sich danach richten können. Diese Grenzen anhand der bisher ergangenen Rechtsprechung darzulegen, sollen die folgenden Ausführungen dienen². Vorerst komme

¹ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, angenommen in der Volksabstimmung vom 4. Dezember 1994, in Kraft seit 1. Februar 1995 (AS 1995, 146), mit welchem das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20) und das Asylgesetz vom 5. Oktober 1979 (SR 142.31) geändert wurden.

² Systematisch ist das neue Recht dargestellt bei WALTER KÄLIN, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht: Materielles Recht, AJP 1995, 835 ff., sowie ANDREAS ZÜND, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht: Verfahrensfragen und Rechtsschutz, AJP 1995, 854 ff. Als juristische Grundlage für die neue Gesetzgebung diente die Arbeit von STEFAN TRECHSEL, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, AJP 1994, 43 ff.

ich in einem ersten Teil auf verfahrensrechtliche Aspekte zu sprechen, alsdann in einem zweiten Teil auf solche des materiellen Rechts.

1 Verfahren

1 Richterliche Behörde

Das Bundesgericht hat in seinem ersten Urteil³ zu den Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht entschieden, dass ein Untersuchungsrichter in Strafsachen den Anforderungen an eine «richterliche Behörde» im Sinne von Art. 13 c Abs. 2 ANAG und an ein Gericht im Sinne von Art. 5 Ziff. 4 EMRK nicht genügt. Dabei ging es darum, die ausländerrechtliche Haft strikte von der Strafverfolgungsfunktion des Untersuchungsrichters zu trennen, um Vermischungen der verschiedenen Aufgaben vorzubeugen. Ungenügend sind auch kantonale Regelungen, welche vorsehen, dass der Entscheid eines Untersuchungsrichters mit Beschwerde bei einem kantonalen Gericht angefochten werden kann. Bereits der Entscheid des erstinstanzlichen Haftrichters muss von einem Richter getroffen werden, welcher den Anforderungen von Gesetz und Konvention genügt⁴.

2 Rechtsvertreter

Es ist klar, dass die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung bei Bedürftigkeit vom Haftrichter regelmässig bewilligt werden muss, wenn ein entsprechendes Gesuch gestellt wird. Das hängt einerseits mit der Haftsituation zusammen, die es Inhaftierten erschwert, ihre Rechte wahrzunehmen, andererseits damit, dass die betroffenen Ausländer mit unserem Kultur- und Rechtssystem wenig vertraut sind. Jedenfalls dann, wenn die Haft nicht zum vorneherein zeitlich eng (vielleicht auf zwei Wochen) beschränkt ist, kann

Weitere Literatur: PETER UEBERSAX, Menschenrechtlicher Schutz bei fremdenpolizeilichen Einsperrungen, recht 1995, 53 ff.; NICCOLÒ RASELLI, Die neuen Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht im Lichte von Verfassung und Menschenrechten, Asyl 1994, 79 ff.; ANDREAS AUER, La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers, AJP 1994, 749 ff.

³ Urteil Diallo vom 28. März 1995, BGE 121 II 53.

⁴ Urteil C. vom 6. Juni 1995 (2A.208/1995).

ein Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung im erstinstanzlichen Verfahren kaum abgelehnt werden⁵. Eine andere Frage ist, ob auch ohne Gesuch, d.h. von Amtes wegen, ein Rechtsbeistand bestellt werden soll. Hier eine klare Regelung zu treffen, scheint mir eine vordringliche Aufgabe im Rahmen der kantonalen Einführungsersasse zu sein. Der Kanton Zug sieht beispielsweise vor, dass bei einem Haftentlassungsgesuch von Amtes wegen ein Rechtsbeistand zu bestellen ist. Diese Lösung halte ich für ungenügend, vor allem auch aus der Sicht der staatlichen Behörden. Die Bestellung eines Rechtsbeistands erst bei einem Haftentlassungsgesuch kommt zu spät. Hauptgegenstand des ersten Entscheids des Haftrichters ist die Frage, ob ein Haftgrund gegeben ist; die anderen Haftvoraussetzungen (z.B. Beschleunigungsgebot) haben hier noch kaum Bedeutung. Die Frage des Haftgrundes, welche Grundlage der Zwangsmassnahmen bildet, sollte wenn immer möglich von allem Anfang an richtig entschieden werden. Das kann sie nur, wenn die Sichtweise des Inhaftierten eingebracht wird. Wird erst zu einem späteren Zeitpunkt ein Anwalt beigezogen, kann es passieren, dass nach Monaten die Haftentlassung angeordnet werden muss, weil von allem Anfang an kein Haftgrund gegeben war⁶. Unnütze Vollzugskosten sind die Folge. Der zu Unrecht Inhaftierte ist überdies zu entschädigen. Die Höhe der Entschädigung kann Gegenstand eines zweiten Prozesses sein, welcher seinerseits staatliche Ressourcen (bei Gericht und Verwaltung) bindet. Solches kann vermieden werden, wenn der inhaftierte Ausländer von allem Anfang an rechtskundig vertreten ist.

Es liesse sich freilich einwenden, dass die meisten Ausländer, die in Ausschaffungshaft genommen werden, innert kurzer Zeit ausgeschafft werden können und deshalb das dargestellte Problem nicht häufig auftreten wird. Der Einwand ist richtig. Richtig ist auch, dass eine kurze Haftdauer die Bestellung eines Anwaltes von Amtes wegen nicht notwendig macht. Die Lösung liegt darin, dass die Fremdenpolizei in den zahlreichen Fällen, die nur eine kurze Haftdauer erforderlich machen, von Anfang an die Haft nur für

⁵ Das lässt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Verbeiständung im Strafverfahren sowie insbesondere zum Haftprüfungsverfahren bei Untersuchungshaft und Auslieferungshaft herleiten, vgl. dazu ZÜND (Fn.2), 856f.

⁶ Mit dem Urteil M. vom 14. Juli 1995 (2A.271/1995) hat das Bundesgericht die Haftentlassung wegen Fehlens eines Haftgrundes bei einem Ausländer angeordnet, der am 27. Februar 1995 in Ausschaffungshaft genommen worden war.

zwei Wochen anordnet. In diesen Fällen würde dann kein amtlicher Rechtsbeistand bestellt, in den Fällen mit unbestimmter Haftdauer aber von allem Anfang an. Auf diese Weise entfielen für den Staat Anwaltshonorare, die angesichts der kurzen Haftdauer nicht gerechtfertigt wären. Bei mutmasslich längerer Haftdauer könnten die Weichen aber von Beginn weg richtig gestellt werden, und es käme nicht zu unliebsamen Überraschungen nach mehreren Monaten, mit erheblichen finanziellen Konsequenzen für das Gemeinwesen.

3 Verhandlung

Nach Art. 13c Abs.2 ANAG ist die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Haft spätestens nach 96 Stunden durch eine richterliche Behörde aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu überprüfen. Eine mündliche Verhandlung ist auch für die Zustimmung zur Verlängerung der Ausschaffungshaft, obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, erforderlich⁷. Die Frist von 96 Stunden wirft in der Praxis einige Probleme auf. Ihre Nichteinhaltung hat regelmässig die Haftentlassung zur Folge; sie ist nicht bloss Ordnungsrückmeldung⁸. Die Berechnungsweise ist daher von entscheidender Bedeutung. Wann beginnt die Frist zu laufen? Wenn die Fremdenpolizei die Haft formell anordnet, oder wenn der Ausländer polizeilich angehalten wird? Wie verhält es sich, wenn vorerst der Verdacht auf ein strafbares Verhalten besteht und der Ausländer erst später der Fremdenpolizei zugeführt wird? Im einzelnen hat sich das Bundesgericht zu diesen Fragen bisher nicht äussern müssen. Immerhin hat es bei der Berechnung der höchstzulässigen Haftdauer von neun Monaten für den Beginn der Frist auf die Anhaltung durch die Polizei abgestellt und nicht auf die erst später erfolgte formelle Anordnung der Ausschaffungshaft durch die Fremdenpolizei⁹. Das Bundesgericht geht damit davon aus, dass sich der Ausländer mit der polizeilichen Anhaltung in ausländerrechtlicher Haft befindet. Die Frist von 96 Stunden bis zur richterlichen Überprüfung und Entscheidung beginnt demnach ab dem Zeitpunkt, in dem

⁷ Urteil Miri vom 12. Juli 1995, BGE 121 II 110.

⁸ Urteil Fehmi vom 9. Mai 1995, BGE 121 II 105; Urteil Miri vom 12. Juli 1995, BGE 121 II 110.

⁹ Urteil Barhoumi vom 31. Oktober 1995 (2A.456/1995).

der Ausländer die Bewegungsfreiheit verliert, zu laufen, und nicht erst, wenn zu einem späteren Zeitpunkt die formelle Haftanordnung durch die Fremdenpolizei erfolgt. Nicht ganz gleich liegen die Dinge, wenn zuerst unklar bleibt, ob die polizeiliche Anhaltung zu strafprozessualen oder zu ausländerrechtlichen Zwecken erfolgt. Für die Lösung des Problems muss man sich vor Augen halten, dass Haft immer eine Grundlage haben muss, nämlich die strafprozessuale oder die ausländerrechtliche. Wird nach der polizeilichen Anhaltung Untersuchungshaft angeordnet, müssen – zurückblickend – die diesbezüglichen Fristen eingehalten sein. Nimmt die Sache den ausländerrechtlichen Weg, dann muss – gerechnet ab der Anhaltung – die Frist von Art. 13 c Abs. 2 ANAG eingehalten sein. Nach einer allfälligen Untersuchungshaft beginnt die Frist von 96 Stunden mit der Entlassung aus der Untersuchungshaft zu laufen. Massgebend ist der Entscheid des Untersuchungsrichters, nicht erst die Zuführung an die Fremdenpolizei, denn vom Moment der Entlassung aus der Untersuchungshaft an kann der Entzug der Bewegungsfreiheit nur noch eine ausländerrechtliche Grundlage haben.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes entscheidet der Richter aufgrund einer mündlichen Verhandlung. Das impliziert, dass sowohl der inhaftierte Ausländer wie auch ein Vertreter der Fremdenpolizei zugegen sind. Tatsächlich nehmen aber die Behörden der Fremdenpolizei nicht in allen Kantonen an diesen Verhandlungen teil. Welche Folgen hat der Verzicht auf die Teilnahme? Der Haftrichter muss aufgrund der mündlichen Verhandlung entscheiden. Für die Haftvoraussetzungen trägt die Fremdenpolizei die Beweislast. Nimmt sie an der Verhandlung nicht teil, muss auf die Behauptungen des inhaftierten Ausländers abgestellt werden, soweit sich nicht aus den Akten oder der Befragung schlüssig etwas anderes ergibt¹⁰.

4 Übergang von Vorbereitungs- zu Ausschaffungshaft

Das Gesetz kennt zwei Arten ausländerrechtlich begründeter Haft, nämlich die Vorbereitungshaft und die Ausschaffungshaft. Die Vorbereitungshaft kann während der Vorbereitung des Entscheides über die Aufenthaltsberechtigung angeordnet werden, die Ausschaffungshaft nach Eröffnung des erstinstanzlichen Weg- oder

¹⁰ Urteil des Haftrichters des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juni 1995, E. 2, veröffentlicht in SJZ 91 (1995), 313 ff. (314).

Ausweisungsentscheids. Die Haftgründe decken sich nicht. Insbesondere kommt der allgemeine Haftgrund der Untertauchensgefahr erst im Rahmen der Ausschaffungshaft zur Anwendung. Das Bundesgericht hat sich mit der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des Übergangs von Vorbereitungs- zu Ausschaffungshaft befassen müssen. Es hat entschieden, dass mit der Eröffnung des erstinstanzlichen Wegweisungsentscheids die Vorbereitungshaft dahinfällt und die Haft nur noch aufrechterhalten werden kann, wenn die Ausschaffungshaft neu angeordnet wird und innert der gesetzlichen Frist von 96 Stunden, gerechnet ab Eröffnung des Wegweisungsentscheids, die haftrichterliche Überprüfung aufgrund einer mündlichen Verhandlung stattfindet. Die Frage, wann der Wegweisungsentscheid als eröffnet zu gelten habe, hat das Bundesgericht dabei nicht beantwortet. Es ist zwar klar, dass ein Entscheid erst eröffnet ist, wenn er dem betroffenen Ausländer zugeht. Soweit aber Entscheide des Bundesamtes für Flüchtlinge bei inhaftierten Ausländern über die kantonale Fremdenpolizei eröffnet werden, muss seitens dieser Behörden sichergestellt werden, dass die Eröffnung ohne Verzug erfolgt. Verzögerungen, die sich nicht mit der für die Übermittlung erforderlichen Zeit begründen lassen, sind nicht gerechtfertigt.

5 Auswirkungen eines Asylgesuchs auf die Haft

Hat der Ausländer ein Asylgesuch gestellt, so kann er bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz bleiben. Eine formlose Wegweisung ist deshalb nicht mehr möglich. Das Bundesgericht hat die Ausschaffungshaft in einem Fall aufgehoben, in welchem der Ausländer bei der Empfangsstelle vorgesprochen hatte, dort aber abgewiesen wurde, weil er über keine Papiere verfügte¹¹. Anders liegen die Dinge, wenn sich der Ausländer aufgrund einer formlosen Wegweisung bereits in Ausschaffungshaft befindet und er sich alsdann entschliesst, ein Asylgesuch einzureichen¹². In einem solchen Fall lässt das Asylgesuch die bereits angeordnete Wegweisung nicht einfach dahinfallen, weshalb diese Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der Ausschaffungshaft fortbesteht. Die Ausschaffungs-

¹¹ Urteil Budovic vom 26. April 1995, BGE 121 II 59.

¹² Zu dieser Konstellation im Sinne der folgenden Ausführungen die Urteile Barhoumi vom 31. Oktober 1995 (2A.456/1995) und K. vom 10. Oktober 1995 (2A.413/1995).

haft kann aufrechterhalten werden, das Asylgesuch bewirkt nur, dass die Ausschaffung vorläufig nicht vollzogen werden darf.

Möglich ist allerdings, dass aufgrund der Einreichung des Asylgesuchs der bisherige Haftgrund, beispielsweise die Untertauchensgefahr, entfällt, weil unter den konkreten Umständen des Falles anzunehmen ist, dass sich der Ausländer den Behörden, gerade weil ein Asylverfahren hängig ist, zur Verfügung hält. Diesfalls müsste die Haft aufgehoben werden. In Betracht fällt sodann auch, anstelle der bisherigen Ausschaffungshaft eine Vorbereitungshaft anzuordnen. Das setzt allerdings voraus, dass einer der in Art. 13 a ANAG genannten Vorbereitungshaftgründe, welche nicht identisch sind mit den Haftgründen bei Ausschaffungshaft, gegeben ist. Überdies sind die verfahrensrechtlichen Anforderungen einzuhalten: Die neu angeordnete Vorbereitungshaft ist innert 96 Stunden aufgrund einer mündlichen Verhandlung durch die richterliche Behörde zu überprüfen (Art. 13 c Abs. 2 ANAG); nach Eröffnung eines allfälligen erstinstanzlichen Wegweisungsentscheids im Asylverfahren hat erneut, innert der genannten Frist, eine mündliche Verhandlung stattzufinden, da die Vorbereitungshaft in diesem Zeitpunkt wieder in die Ausschaffungshaft übergeht¹³.

Der Fremdenpolizei stehen damit verschiedene Möglichkeiten offen, wenn während der Ausschaffungshaft ein Asylgesuch gestellt wird. Welches die zweckmässige Lösung ist, dürfte dabei wesentlich davon abhängen, ob damit gerechnet werden kann, dass kurzfristig über das Asylgesuch entschieden wird.

6 Formelle Probleme der Verwaltungsgerichtsbeschwerde

Da als Vorinstanz im Bereiche der Zwangsmassnahmen immer eine richterliche Behörde entscheidet, ist das Bundesgericht gemäss Art. 105 Abs. 2 OG an die Feststellung des Sachverhalts gebunden, soweit dieser nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften ermittelt worden ist. Diese Bindung an die Sachverhaltsfeststellung hat überdies zur Folge, dass neue tatsächliche Vorbringen (Noven) im bundesgerichtlichen Verfahren weitgehend ausgeschlossen sind. Insbesondere können nachträgliche Veränderungen des Sachverhalts grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, da sich einer Behörde

¹³ Urteil Fehmi vom 9. Mai 1995, BGE 121 II 105.

nicht vorwerfen lässt, sie habe den Sachverhalt im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG fehlerhaft festgestellt, wenn sich dieser nach ihrem Entscheid verändert hat. Das Bundesgericht stellt auf die Sachlage ab, wie sie dem hafterrichterlichen Entscheid zugrunde lag¹⁴. Neue tatsächliche Entwicklungen, beispielsweise bezüglich der Durchführbarkeit der Ausschaffung oder der Beachtung des Beschleunigungsgebots, wären daher mit einem Haftentlassungsgesuch beim Haftrichter und nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerden an das Bundesgericht geltend zu machen.

Das Bundesgericht tritt auf Beschwerden von Ausländern nicht ein, die erst nach der Haftentlassung oder nach erfolgter Ausschaffung erhoben werden. Diesfalls fehlt es an einem aktuellen praktischen Interesse (Art. 103 lit. a OG) an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Erfolgt die Ausschaffung oder die Haftentlassung während des hängigen Beschwerdeverfahrens, wird dieses als erledigt erklärt; ein materieller Entscheid ergeht nicht mehr. Von der Möglichkeit, auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses zu verzichten, wenn sich grundsätzliche Fragen stellen, hat das Bundesgericht bisher nicht Gebrauch gemacht, da dies – wie die zahlreichen materiellen Entscheide des Bundesgerichts zeigen – nicht als erforderlich erscheint, um höchstrichterlich die Grundsatzfragen zu klären, welche sich bei Anwendung der Zwangsmassnahmen stellen¹⁵.

7 Rechtsfolgen von Verfahrensverletzungen

Der kurze Abriss über Fragen des Verfahrens wäre nicht vollständig ohne einen Hinweis auf die Rechtsfolgen, welche die Verletzung von Verfahrensvorschriften nach sich zieht. Im allgemeinen haben Verfahrensfehler nur zur Folge, dass sie nachträglich korrigiert werden müssen, und alsdann neu zu entscheiden ist, möglicherweise mit dem gleichen Ergebnis. Für die ausländerrechtliche Haft hat das Bundesgericht eine andere Lösung getroffen. Wesentliche Verfahrensfehler führen zur Haftentlassung. In diesem Sinn hat das Bundesgericht für den Fall entschieden, dass ein Richter, welcher den Anforderungen von Gesetz und Konvention nicht genügt, die

¹⁴ Zuletzt mit ausführlicher Begründung Urteil G. vom 29. September 1995 (2A.387/1995); siehe auch Urteil Miri vom 12. Juli 1995, BGE 121 II 110 E. 2c.

¹⁵ Beispiel für Wegfall des aktuellen Interesses: Beschluss M. vom 6. Juli 1995 (2A.213/1995); Beispiel für Nichteintreten: Urteil T. vom 7. Juli 1995 (2A.242/1995).

Haft bestätigt hat. Die Haftentlassung hat es auch angeordnet, wenn innert der gesetzlichen Frist von 96 Stunden keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat¹⁶. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich aus verschiedenen Gründen. Einmal ist zu beachten, dass der Betroffene sich während der Dauer des Verfahrens bereits in Haft befindet; verfahrensrechtliche Korrekturen, die eigentlich zu seinen Gunsten erfolgen sollten, aber Zeit beanspruchen, gingen deshalb notwendig zu seinen Lasten, was nicht hingenommen werden kann. Sodann sind die Verfahrensrechte das zentrale Element, welches vor willkürlicher Inhaftierung schützen soll. Ihre Nichteinhaltung ruft einer wirksamen Sanktion. Diese kann nur in der Haftentlassung liegen.

Es stellt sich freilich die Frage, ob und unter welchen Umständen der aus verfahrensrechtlichen Gründen aus der Haft entlassene Ausländer später wieder inhaftiert werden kann. Die Antwort ergibt sich aus den verwaltungsrechtlichen Grundsätzen über die Rechtsbeständigkeit von Verfügungen. Mit dem Entscheid über die Haftentlassung ist ein bestimmter Lebenssachverhalt, nämlich das Verhalten, das die Fremdenpolizei zum Anlass für die Anordnung der Haft genommen hat, rechtskräftig und abschliessend geregelt worden. Eine neue Haftanordnung kommt damit erst dann wieder in Frage, wenn ein neuer Sachverhalt zu beurteilen ist, der Haft zu rechtfertigen vermag¹⁷. Beispiel: Untertauchungsgefahr darf nicht mehr mit dem Verhalten begründet werden, das Anlass für die (aus formellen Gründen) aufgehobene Inhaftierung war. Es bedarf neuer Indizien, die erst nach der ersten Inhaftierung eingetreten sind. Daran ändert nichts, dass formelle und nicht materielle Gründe den Ausschlag für die Haftentlassung gegeben haben.

II Materielles

1 Die Haftgründe

Mit der Konzeption von im Gesetz genannten Haftgründen soll die Zulässigkeit von Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft auf die sogenannten Missbrauchsfälle reduziert werden. Die meisten Haftgründe verursachen keine besonderen Auslegungsschwierig-

¹⁶ Urteil Fehmi vom 9. Mai 1995, BGE 121 II 105.

¹⁷ Urteil Fehmi vom 9. Mai 1995, BGE 121 II 105 E. 2c.; Urteil Miri vom 12. Juli 1995, BGE 121 II 110 E. 2d.

keiten; mit zwei Ausnahmen sind sie relativ präzise abgefasst und haben deshalb in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch kaum Probleme aufgeworfen. Auf die beiden Ausnahmen komme ich im folgenden zu sprechen.

a) Nach Art. 13a lit. e ANAG kann Vorbereitungshaft angeordnet werden, wenn der Ausländer Personen ernsthaft bedroht oder an Leib und Leben erheblich gefährdet und deshalb strafrechtlich verfolgt wird oder verurteilt worden ist. Es müssen zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: Der Ausländer muss einerseits «Personen ernsthaft bedroht oder an Leib und Leben erheblich gefährdet» haben, und andererseits muss er hierfür strafrechtlich verfolgt werden oder bereits verurteilt worden sein. Zuerst zu dieser zweiten, formellen, Voraussetzung: Bei der Verurteilung genügt ein erstinstanzlicher Entscheid, welcher noch nicht rechtskräftig ist; bereits die Verfolgung, was weniger als eine nicht rechtskräftige erstinstanzliche Verurteilung ist, würde schon genügen. Was aber bedeutet «strafrechtliche Verfolgung»? Ein blosser Tatverdacht oder eine Anzeige ist zu wenig. Aber auch polizeiliche Ermittlungen reichen nicht aus, vielmehr ist erforderlich, dass wenigstens das Untersuchungsverfahren eingeleitet, die Sache also von einem Untersuchungsrichter an die Hand genommen ist. Wird das Verfahren wieder eingestellt, so entfällt auch der Haftgrund; es liegt dann keine Verfolgung mehr vor.

Was nun die erste Voraussetzung betrifft, so wollte der Gesetzgeber damit den Haftgrund auf besonders hochrangige Rechtsgüter begrenzen¹⁸. Mit den Begriffsmerkmalen der Bedrohung von Personen und der Gefährdung von Leib und Leben verweist der Gesetzgeber auf bestimmte Deliktskategorien des Strafgesetzbuchs, nämlich auf die strafbaren Handlungen gegen Leib und Leben (Art. 111 ff. StGB) sowie auf diejenigen gegen die Freiheit (Art. 180 ff. StGB); teilweise sind auch strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität gemeint, soweit von einer Bedrohung von Personen gesprochen werden kann, wie dies jedenfalls bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung (Art. 189 und Art. 190 StGB) der Fall ist. Die Zugehörigkeit des Delikts zu diesen Deliktskategorien reicht sodann nicht aus, zusätzlich darf das Delikt im konkreten Fall nicht blossen Bagatelldeliktcharakter haben, sondern muss eine gewisse Schwere erreichen, was vom Gesetz durch das Erfordernis der Ernsthaftigkeit der Be-

¹⁸ KÄLIN (Fn. 2), 846.

drohung bzw. der erheblichen Gefährdung von Leib und Leben ausgedrückt wird.

Das Bundesgericht hatte sich zur Frage auszusprechen, ob auch Betäubungsmitteldelikte von diesem Haftgrund erfasst werden. Es hat dies ohne Umschweife bejaht und überdies festgehalten, dass die Erheblichkeit der Gefährdung von Leib und Leben auch bei den sogenannten «Ameisendealern» gegeben ist, denen der Handel mit nur unbedeutenden Mengen an Betäubungsmitteln nachgewiesen werden kann¹⁹. Nicht vom Haftgrund erfasst werden allerdings auch nach diesem Entscheid reine Betäubungsmittelkonsumenten. Das weite Verständnis des Haftgrunds ist nicht selbstverständlich. Der Wortlaut der Bestimmung erwähnt die Betäubungsmitteldelikte nicht, ein entsprechender Antrag ist im Nationalrat gar ausdrücklich verworfen worden²⁰. Die Betäubungsmitteldelikte beziehen sich sodann nicht direkt auf das Rechtsgut von Leib und Leben. Der unbefugte Umgang mit Betäubungsmitteln steht unter Strafe, weil deren Genuss für die Gesundheit der Menschen als schädlich betrachtet wird. Dieser Gefahr für die menschliche Gesundheit will der Betäubungsmittelgesetzgeber dadurch begegnen, dass er Handlungen mit Strafe bedroht, welche Betäubungsmittel für die potentiellen Konsumenten zugänglich machen. Eine Gefährdung der Gesundheit tritt aber erst ein, wenn der selbstverantwortete Entscheid des Konsumenten dazukommt. Die Betäubungsmitteldelikte sind insofern weit im Vorfeld der Verletzung des Rechtsguts Leib und Leben angesiedelt²¹. Auch wenn das Bundesgericht die Anordnung der Ausschaffungshaft bei Kleindealern gestützt auf den Haftgrund von Art. 13a lit. e ANAG als zulässig erachtet, ist dennoch im konkreten Fall unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit zu prüfen, ob Haft tatsächlich erforderlich ist. Das Gesetz selbst sieht als milderes Mittel zur Bekämpfung des Betäubungsmittelhandels die Ein- und Ausgrenzung vor (Art. 13e ANAG). Es kann zwar sein, dass der Kleindealer sich nicht daran hält. Dann aber ist ohne weiteres der Haftgrund von Art. 13a lit. b

19 Urteil O. vom 3. November 1995 (2A.450/1995).

20 Antrag der Minderheit II zu Art. 13a Abs. 1 lit. e, Amtl. Bull. NR 1994, 98, dazu die befürwortenden Voten Borer und Steinemann (110f.) und die ablehnende Haltung der Kommissionsberichterstatlerin Heberlein (112), welche darauf hinwies, dass durch die Aufnahme des Drogenhandels in diese Bestimmung eine Parallelität zur Massnahme der Ein- und Ausgrenzung geschaffen würde.

21 Vgl. PETER ALBRECHT, Kommentar Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht, Bern 1995, Einleitung Rz. 29ff., Art. 19 Rz. 18ff.

ANAG (Verstoss gegen die Auflage nach Art. 13e ANAG) erfüllt, ohne dass ihm eine weitere Beteiligung am Betäubungsmittelhandel nachgewiesen werden müsste. Meines Erachtens verlangt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, von den staatlichen Zwangsmitteln zurückhaltend Gebrauch zu machen und die Stufenordnung des Gesetzes zur Anwendung zu bringen: Zuerst die Massnahme der Ein- und Ausgrenzung, und Haft erst dann, wenn jene nicht wirkt.

b) Gefahr des Untertauchens: Der wohl wichtigste Haftgrund, der nur bei der Ausschaffungshaft, nicht aber bei der Vorbereitungshaft zum Tragen kommt, ist die Gefahr des Untertauchens. Das Gesetz (Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG) drückt sich so aus: Der Ausländer, gegen den ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet ist, kann in Haft genommen werden, «wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass er sich der Ausschaffung entziehen will, insbesondere weil sein bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass er sich behördlichen Anordnungen widersetzt». Die Formulierung des Gesetzes geht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur altrechtlichen Ausschaffungshaft zurück²². Es bedarf «konkreter Anzeichen», nicht einer abstrakten Gefährdungslage, und die «konkreten Anzeichen» sind aus dem Verhalten des Ausländers zu gewinnen. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts erlaubt es, den Haftgrund von Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG zu konkretisieren und Fallgruppen zu bilden:

- Beim Ausländer, der bereits untergetaucht ist, besteht selbstverständlich, wenn er von der Polizei wieder aufgegriffen wird, Untertauchensgefahr²³.
- Der Haftgrund der Untertauchensgefahr ist gegeben bei eigentlichen Täuschungsmanövern zwecks Vereitelung der Ausschaffung: Auftreten unter verschiedenen Namen, Verwendung gefälschter Papiere, erwiesene Falschdarstellung hinsichtlich der eigenen Herkunft und dem Verbleib von Reisepapieren²⁴.

22 BGE 119 1b 198.

23 Urteile I. vom 28. September 1995 (2A.388/1995), M. vom 14. Juli 1995 (2A.271/1995), M. vom 20. Juni 1995 (2A.222/1995), N. vom 1. Juni 1995 (2A.198/1995); vgl. zum früheren Recht schon Urteile N. vom 13. Februar 1991 (2A.57/1991) und K. vom 10. August 1990 (2A.286/1990).

24 Urteile I. vom 28. September 1995 (2A.388/1995) und Bahri vom 4. Oktober 1995 (2A.396/1995).

- Untertauchungsgefahr besteht auch dann, wenn sich der Ausländer bei einem Ausschaffungsversuch weigert, das Flugzeug zu besteigen²⁵.
- Das Bundesgericht hat den Haftgrund auch bejaht, wenn der Ausländer erklärt, unter keinen Umständen die Schweiz verlassen zu wollen²⁶; das gilt allerdings nur für Erklärungen, welche nach rechtskräftiger Wegweisung gemacht werden²⁷.

Was reicht demgegenüber nicht aus?

- Es reicht nicht, wenn der Asylbewerber die ihm angesetzte Ausreisefrist verstreichen lässt, ohne auszureisen. Dann sind die Voraussetzungen für die Ausschaffung gegeben, noch nicht aber für die Ausschaffungshaft²⁸.
- Fehlende Mitwirkung bei der Papierbeschaffung, passives Verhalten im Unterschied zu eigentlichen Täuschungsmanövern, begründet für sich keine Untertauchungsgefahr²⁹.
- Anhaltspunkte können das Fehlen eines festen Wohnsitzes oder fester Beziehungen und Mittellosigkeit sein, für sich allein genügen sie aber nicht³⁰; hält sich der Ausländer der Be-

25 Urteil R. vom 19. Oktober 1995 (2A.440/1995). Im konkreten Fall zeigte das Bundesgericht ein gewisses Verständnis für das Verhalten des Ausländers, weil die Ausschaffung – möglicherweise versehentlich – nicht in den Heimatstaat des Ausländers, sondern in einen Drittstaat hätte erfolgen sollen; aufgrund weiterer Indizien bejahte es die Untertauchungsgefahr dennoch.

26 Urteil D. vom 17. November 1995 (2A.488/1995). Meines Erachtens sollte danach unterschieden werden, ob die Erklärung im Gesamtzusammenhang auf eigentliche Renitenz behördlichen Anordnungen gegenüber schliessen lässt oder ob sie lediglich Angst vor einer Heimkehr zum Ausdruck bringt.

27 Die Aussage, nicht in den Heimatstaat zurückkehren zu können, gehört zum Fundament eines Asylbegehrens. Solange der Ausländer noch mit einem Rechtsmittel für ein Bleiberecht streitet, darf wegen solcher Erklärungen nicht auf Untertauchungsgefahr geschlossen werden, was selbst dann gelten muss, wenn dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung entzogen wurde. Der Haftgrund der Untertauchungsgefahr allein wegen der Aussage, nicht in den Heimatstaat zurückkehren zu wollen, darf auch dann nicht angenommen werden, wenn der Ausländer sich bereit erklärt, in einen Drittstaat auszureisen oder sich in einen Drittstaat ausschaffen zu lassen, jedenfalls soweit dies auf legalem Weg möglich ist.

28 BGE 119 Ib 193 E.4b S.201 sowie Urteile J. vom 5. Oktober 1995 (2A.412/1995), Bahri vom 4. Oktober 1995 (2A.396/1995) und K. vom 14. August 1995 (2A.319/1995).

29 Urteile J. vom 5. Oktober 1995 (2A.412/1995), Bahri vom 4. Oktober 1995 (2A.396/1995), I. vom 28. September 1995 (2A.388/1995), M. vom 14. Juli 1995 (2A.271/1995) und M. vom 20. Juni 1995 (2A.222/1995).

30 Urteil M. vom 14. Juli 1995 (2A.271/1995).

- hörde dauernd zur Verfügung, ist dies ein gewichtiges Indiz gegen die Untertauchungsgefahr³¹.
- Für sich allein ungenügend sind auch strafrechtlich relevante Delikte³²; sie werden es erst zusammen mit weiteren Gesichtspunkten, z. B. zusammen mit einem der eben erwähnten Indizien des fehlenden Wohnsitzes und der Mittellosigkeit.

Auch wenn sich der Einzelfall regelmässig nur aufgrund einer umfassenden Würdigung der jeweiligen konkreten Umstände entscheiden lässt, können die genannten Gesichtspunkte immerhin den Rahmen einer rechtlich haltbaren Argumentation abstecken. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG ist in zahlreichen unveröffentlichten Urteilen entwickelt worden, wobei zumeist nur die fallentscheidenden Umstände angesprochen wurden. In einem jüngst ergangenen Entscheid³³ hat das Bundesgericht seine Praxis zusammengefasst. Die massgebende Erwägung lautet im Originaltext:

«Le motif de détention de l'art. 13b al. 1 lettre c LSEE s'inspire de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral sous l'empire des dispositions antérieures.

Selon celle-ci, la détention ne peut être ordonnée que s'il existe des indices importants permettant d'admettre que l'étranger veut se soustraire au renvoi. La simple supposition qu'il pourrait s'y soustraire ne suffit pas; l'exécution doit apparaître comme très sérieusement compromise. Il convient de se fonder sur la conduite que l'étranger a eue jusque-là. S'il s'est déjà opposé à des ordres de l'autorité, on peut plutôt admettre qu'il entend faire échec au renvoi (ATF 119 Ib 193 consid. 2b p. 198). En particulier, le Tribunal fédéral a considéré qu'il y avait suffisamment d'indices qu'un étranger ait l'intention de se soustraire au renvoi en disparaissant, partant, que la détention en vue de refoulement était justifiée, dans le cas d'un requérant d'asile dont la requête avait été rejetée, qui avait été condamné une fois pour un délit mineur, qui ne prenait pas connaissance des décisions de l'autorité, qui avait fait de fausses déclarations sur les circonstances relatives à son départ (papiers d'identité) et qui avait déclaré ne vouloir retourner dans son pays qu'une fois qu'il n'y aurait plus de guerre (ATF 119 Ib 193 consid. 4b p. 201/202). La détention d'un étranger qui, déjà auparavant, s'était soustrait à l'intervention de l'autorité en disparaissant a également été admise

31 Urteile J. vom 5. Oktober 1995 (2A.412/1995), I. vom 28. September 1995 (2A.388/1995) und K. vom 14. August 1995 (2A.319/1995).

32 BGE 119 Ib 201.

33 Urteil I. vom 28. September 1995 (2A.388/1995).

(arrêts non publiés en la cause N. c. Zürich du 13 février 1991 consid. 4 a et K. c. Zürich du 10 août 1990 consid. 3 d/e). Les indices de danger de fuite peuvent être l'absence de domicile fixe, de relations établies ou de moyens de subsistance, mais ces circonstances ne justifient pas à elles seules la détention. Il en va de même de la passivité de l'étranger, telle que l'absence de collaboration à l'obtention des papiers nécessaires au départ (arrêts non publiés en la cause G. c. Bâle-Ville du 5 septembre 1994 consid. 4 b et K. c. Zürich du 10 août 1990 consid. 3 d/e).

Saisi de recours concernant le nouveau droit, le Tribunal fédéral a confirmé que la détention fondée simplement sur le fait que l'étranger n'a pas de papiers et qu'il participe insuffisamment à la recherche de ceux-ci n'est pas justifiée. Certes, le Message du Conseil fédéral à l'appui du nouveau droit pourrait laisser croire que la détention se justifie déjà lorsque l'étranger ne collabore pas de son mieux à l'obtention des documents de voyage (FF 1994 I p. 321); toutefois, lors des débats aux Chambres, l'art. 13 b al. 1 lettre c LSEE a été précisé dans un sens plus restrictif (Bull. stén. CE 1994 p. 128) qui ne permet pas de considérer que la seule passivité remplisse en pareil cas les conditions fixées par cette disposition (arrêt non publié en la cause M. c. Berne du 20 juin 1995 consid. 4 a). Il n'est en effet pas exclu qu'un étranger, même peu coopératif quant à la recherche de ses papiers, se tienne à disposition des autorités pour un éventuel renvoi et leur communique son lieu de résidence (arrêt non publié en la cause M. c. Zürich du 14 juillet 1995 consid. 2 c). En revanche, si l'étranger se livre à de véritables manœuvres frauduleuses (par exemple en utilisant de faux papiers ou en se servant de plusieurs noms), il faut normalement conclure à un danger effectif de soustraction à la décision de renvoi. D'un autre côté, le fait qu'un étranger se tienne constamment à disposition des autorités plaide contre un risque de fuite, surtout lorsque l'étranger est conscient qu'il peut à tout moment être renvoyé ou mis en détention (arrêt non publié en la cause K. c. Berne du 14 août 1995 consid. 2 c).

Ainsi, le comportement purement passif d'un étranger, par exemple le défaut de coopération à la recherche de papiers, ne constitue pas un motif suffisant de détention. Cependant, il faut considérer que, plus le comportement passif de l'étranger se prolonge, plus cette inertie constitue un indice important pouvant conduire – en tenant compte des autres circonstances – à admettre l'existence d'un motif de détention au sens de l'art. 13 b al. 1 lettre c LSEE. Par ailleurs, l'étranger qui donne des renseignements manifestement invraisemblables ou contradictoires sur son origine, les circonstances de son entrée en Suisse, son lieu de séjour, l'endroit où sont déposés ses papiers, etc., ne se comporte pas de manière purement passive. Celui qui, de cette façon, rend plus difficile la tâche des autorités est en principe présumé vouloir se soustraire à son refoulement. Il en va de même a fortiori de l'étranger qui se livre à de véritables manigances destinées à tromper l'autorité.»

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Untertauchensgefahr ist seitens der Vollzugsbehörden auf Widerspruch gestossen. Dabei wurde insbesondere darauf hingewiesen, dass jeweils rund zwei Drittel der Ausländer, die ausreisen müssten, untertauchen; die Anforderungen, welche das Bundesgericht stelle, würden den Vollzug in vielen Fällen verunmöglichen³⁴. Es mag zutreffen, dass bei einem grossen Teil der Ausländer, welche das Land verlassen müssen, keine kontrollierte Ausreise stattfindet³⁵. Das nimmt aber das Gesetz über die Zwangsmassnahmen in Kauf. Es will nicht sicherstellen, dass alle Ausländer, welche weggewiesen sind, das Land *kontrolliert* verlassen. (Diese Vollzugskapazitäten hätten wir wohl nicht.) Das Gesetz ist ein Mittel, um Missbrauch oder Vollzugsmissstände zu beheben. Es will nicht präventiv die kontrollierte Ausreise jedes Ausländers sicherstellen. Es muss demnach dann greifen, wenn der Ausländer weder selber ausreist, ob kontrolliert oder unkontrolliert, noch sich den Behörden für die Ausschaffung zur Verfügung hält. In Ausschaffungshaft soll er genommen werden, wenn er untergetaucht ist und später von der Polizei aufgegriffen wird. Das sollte der Regelfall der Anwendung dieses Haftgrundes sein. Die Anwendung staatlichen Zwangs in einem Rechtsstaat rechtfertigt sich regelmässig immer erst als letztes Mittel, nicht schon präventiv. Bei Vorliegen hinreichender entsprechender Indizien allerdings braucht nicht abgewartet zu werden, ob der Ausländer nicht doch noch – wider jedes Erwarten – ausreist. Dass aber an diese Indizien gewisse Anforderungen gestellt werden dürfen, Anforderungen, die sich auch dann nicht als zu hoch erweisen, wenn der Ausländer dann doch untertaucht, ergibt sich aus der Konzeption des Gesetzes, nicht lückenlos die kontrollierte Ausreise sicherstellen zu wollen. Das Bundesgericht verkennt nicht, dass auch in den Fällen, in denen es die Entlassung angeordnet hat, der Ausländer untertauchen könnte, möglicherweise gar erst, wenn die Ausrei-

³⁴ Vgl. Der Bund, 24. August 1995, im Anschluss an das Urteil K. vom 14. August 1995 (2A.319/1995).

³⁵ Nach dem Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates «Inspektion Vollzugskonzept im Flüchtlingsbereich» vom 5. Mai 1994 (BBl 1994 V 477 ff.) kann für einen Drittel der abgewiesenen Asylsuchenden amtlich bestätigt werden, dass sie die Schweiz verlassen haben. Die übrigen zwei Drittel seien entweder ohne Abgabe der entsprechenden Formularkarte abgereist oder in der Schweiz untergetaucht (S. 502).

sevoraussetzungen einmal geschaffen sind³⁶. Diese abstrakte Gefahr genügt aber nicht; das Gesetz verlangt konkrete Indizien. Der Haftgrund will nur jene erfassen, die bereits untergetaucht sind und jene, die hinreichend manifestiert haben, dass sie es tun werden. Bei den anderen soll man es vorerst – bewusst – «darauf ankommen» lassen.

2 Exkurs: Wann liegt ein Freiheitsentzug vor? – Hinweis auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Genf³⁷

Ob ein Freiheitsentzug gegeben ist, liegt nicht immer auf der Hand. Das Verwaltungsgericht des Kantons Genf wurde von einer Asylgesuchstellerin angerufen, welche sich während fünfzehn Tagen im Transitbereich des Flughafens Genf-Cointrin aufzuhalten hatte. Das Verwaltungsgericht wertete dies aufgrund der Dauer und der konkreten Umstände (tägliche Durchsuchung, Einschliessung in der Nacht) als Freiheitsentzug, da für die Ausländerin die einzige Möglichkeit, den Transitbereich zu verlassen, darin bestand, in ihren Heimatstaat zurückzukehren, in welchem sie sich verfolgt fühlte³⁸. Mangels eines Haftgrundes ordnete das Verwaltungsgericht die Freilassung an³⁹.

36 Im Urteil J. vom 5. Oktober 1995 (2A.412/1995) kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass weder in der Nichtausreise innert der angesetzten Ausreisefrist noch im Umstand, dass sich der Ausländer nicht selber um die Beschaffung von Reisepapieren bemüht hat, hinreichend konkrete Anhaltspunkte für die Gefahr des Untertauchens liegen. Es fährt fort: «Wie bei allen Ausländern, denen Ausschaffung droht, mag zwar gleichwohl die abstrakte Gefahr bestehen, dass der Beschwerdeführer, sobald die Ausreisevoraussetzungen geschaffen sind, untertauchen würde. Das Gesetz verlangt aber konkrete Anhaltspunkte. Diese sind nicht gegeben.»

37 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Genf vom 18. August 1995 (A/1021/1995).

38 In einem vergleichbaren Fall verneinte die Europäische Kommission für Menschenrechte mehrheitlich einen Freiheitsentzug, da die betroffenen Ausländer (im Unterschied zum Genfer Fall) die Möglichkeit hatten, in einen Drittstaat auszureisen; eine Minderheit hätte einen Freiheitsentzug ungeachtet der Möglichkeit der Ausreise in einen Drittstaat für gegeben erachtet (Bericht der Kommission vom 10. Januar 1995 i.S. Amuur c. Frankreich).

39 Dieser Entscheid könnte das Verfahren bei Asylgesuchen an Flughäfen (dazu ALBERTO ACHERMANN/CHRISTINA HAUSAMMANN, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern und Stuttgart 1991, 245 ff.) in der heutigen Form in Frage stellen, da der Entscheid über die Einreisebewilligung immer eine gewisse Zeit beansprucht und keine spezielle gesetzliche Grundlage für einen Freiheitsentzug besteht (die Haftvoraussetzungen nach dem Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht dürften nur ausnahmsweise gegeben sein).

3 Beschleunigungsgebot

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich bereits im Rahmen der altrechtlichen Internierung mit dem Beschleunigungsgebot befasst, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit der Internierung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention⁴⁰. Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK lässt die Inhaftierung im Rahmen eines «schwebenden Ausweisungsverfahrens» zu. Von einem solchen kann nur gesprochen werden, wenn die Behörden mit der nötigen Diligenz das Verfahren vorantreiben und auf die Ausschaffung hinarbeiten. Wo dies nicht mehr gewährleistet ist, fehlt es an einem schwebenden Ausweisungsverfahren im Sinne der Konvention. Die weitere Inhaftierung wäre nicht mehr zulässig.

Das neue schweizerische Recht hat das Beschleunigungsgebot umgesetzt: Es verlangt, dass über die Aufenthaltsberechtigung des inhaftierten Ausländers ohne Verzug entschieden wird (Art. 13c Abs. 6 ANAG), und weiter, dass die für den Vollzug der Weg- oder Ausweisung notwendigen Vorkehren umgehend getroffen werden (Art. 13b Abs. 3 ANAG). Verzögerungen können auf mannigfachen Ursachen beruhen, namentlich auf Problemen in der Zusammenarbeit mit dem Heimatstaat, aber auch – und vor allem – auf mangelnder Mitwirkung des inhaftierten Ausländers bei der Beschaffung der Papiere. Mangelnde Kooperationsbereitschaft rechtfertigt es regelmässig, die Haft nach Massgabe von Art. 13b Abs. 2 ANAG über drei Monate hinaus zu verlängern. Die Vollzugsbehörden ihrerseits dürfen aber nicht untätig bleiben. Sie müssen versuchen, die Identität des Ausländers festzustellen und die Papiere mit oder ohne seine Mitwirkung zu beschaffen, wie schwierig sich diese Arbeit im Einzelfall auch gestalten mag. Fehlt es daran, lässt sich die Haft nicht aufrechterhalten. In diesem Sinne hat das Bundesgericht in einem Fall entschieden, in dem erst zwei Monate nach der Inhaftierung erste Untersuchungshandlungen eingeleitet wurden⁴¹.

4 Undurchführbarkeit der Ausschaffung

Nach Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG wird die Haft beendet, wenn sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist.

40 BGE 119 Ib 202 E. 3; 119 Ib 423.

41 Urteil Khalife vom 26. Juli 1995 (2A.297/1995).

Wie es sich im konkreten Fall damit verhält, ist Gegenstand einer Prognose. Es geht um eine Prognose darüber, ob sich das Ziel der Ausschaffung überhaupt – und zwar innerhalb der vom Gesetz vorgegebenen zeitlichen Schranken – erreichen lässt. Ist dies nicht der Fall, so wäre die Haft, ähnlich wie bei der Verletzung des Beschleunigungsgebots, nicht mehr zweckbezogen auf die Ausschaffung ausgerichtet, weshalb sie aufzuheben wäre. Allerdings bedarf es für die Entlassung aus der Haft triftiger entsprechender Anhaltspunkte. In der Praxis wird sich vorab die Frage stellen, ob faktisch die Ausschaffung möglich sei oder nicht. Das Bundesgericht hat diesbezüglich bisher entschieden, dass z.Zt. die Ausschaffung von abgewiesenen Asylbewerbern nach Kosovo generell undurchführbar sei⁴². Hingegen hat es festgehalten, dass dasselbe nicht zutreffen würde für straffällige Kosovo-Albaner, weil die jugoslawischen Behörden erklärt hätten, sie seien grundsätzlich bereit, solche Staatsangehörige zurückzunehmen⁴³. Hier handelt es sich freilich immer um eine Momentaufnahme; eine Änderung der Lage (in der einen oder anderen Richtung) ist jederzeit möglich. Illustrativ sodann das Beispiel eines Afghanen, dessen Rückschiebung nach Afghanistan von der Asylrekurskommission als unzumutbar erachtet wurde. Der Afghane verfügte aber über eine immer wieder verlängerte Aufenthaltsbewilligung für Pakistan. Der eingeleiteten Ausschaffung entzog er sich durch Untertauchen. Als er dann wieder aufgegriffen werden konnte, war die Bewilligung abgelaufen. Das Bundesgericht erachtete es nicht zum vornherein als unmöglich, dass eine Verlängerung der Bewilligung für Pakistan erhältlich wäre. Hingegen handelt es sich hier um einen Fall, bei dem sich – zusammen mit dem zu beachtenden Beschleunigungsgebot – relativ rasch herausstellen dürfte, ob die Ausschaffung möglich ist oder nicht⁴⁴.

5 Haftbedingungen

Gemäss Art. 13c Abs. 3 ANAG berücksichtigt die richterliche Behörde bei der Überprüfung des Entscheides über Anordnung, Fortsetzung und Aufhebung der Haft neben den Haftgründen insbesondere die familiären Verhältnisse der inhaftierten Per-

son und die Umstände des Haftvollzugs. Die bundesrechtlichen Anforderungen an den Haftvollzug sind in Art. 13d Abs. 2 ANAG umschrieben. Danach ist die Haft in geeigneten Räumlichkeiten zu vollziehen. Die Zusammenlegung mit Personen in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug ist zu vermeiden. Den Inhaftierten ist soweit möglich geeignete Beschäftigung anzubieten. Mit dieser gesetzlichen Regelung des Haftvollzugs hat sich das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung mehrfach befassen müssen. In zwei Fällen hat es die Sache an die Vorinstanz zur näheren Abklärung zurückgewiesen. Zur Frage der Trennung von ausländerrechtlicher Haft von Untersuchungshaft und Strafvollzug hat es sich dahin geäußert, dass nicht notwendigerweise eigene Gebäulichkeiten erforderlich sind, sondern dem gesetzlichen Erfordernis auch getrennte Abteilungen derselben Anstalt genügen könnten⁴⁵. Mit Recht hat diesbezüglich das Verwaltungsgericht des Kantons Genf darauf hingewiesen, dass die Durchführung der Trennung erst auf der Ebene der Zellen den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt, erforderlich ist zumindest eine eigene Abteilung⁴⁶. Was die Beschäftigungsmöglichkeiten betrifft, ist vorerst auf den Gesetzestext zu verweisen, wonach geeignete Beschäftigung «soweit möglich» anzubieten ist. Das Bundesgericht hat daraus geschlossen, dass bei kurzer Haftdauer davon abgesehen werden kann. Bei längerer Haftdauer verhält es sich aber anders. Das Bundesgericht verweist diesbezüglich darauf, dass es die psychische Verfassung des Inhaftierten in Mitleidenschaft ziehen könnte, wenn er über längere Zeit untätig bleiben müsste. Deshalb müssen Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen⁴⁷.

Die Haftbedingungen erschöpfen sich allerdings nicht in den ausdrücklichen Regelungen des Gesetzes. Weitere Mindestanforderungen ergeben sich aus den Grundrechten, insbesondere aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit. Unter diesem Gesichtspunkt hatte sich das Bundesgericht mit der Spaziergangsregelung in einem

45 Urteil Dali vom 1. November 1995 (2A.463/1995); so auch schon die Botschaft des Bundesrates, BBl 1994 I 326.

46 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Genf vom 8. Juni 1995 (A/636/1995). Nach Abschluss des Manuskripts hat nun auch das Bundesgericht die zellenweise Trennung als ungenügend bezeichnet; zudem hat es festgehalten, Spaziergang und Arbeit dürften nicht gemeinsam mit den anderen Häftlingskategorien erfolgen (Urteil M. vom 11. Dezember 1995, 2A.500/1995).

47 Urteile Dali vom 1. November 1995 (2A.463/1995) und K. vom 6. September 1995 (2A.341/1995).

42 Urteil T. vom 24. Mai 1995 (2A.184/1995).

43 Urteile B. vom 22. Juni 1995 (2A.227/1995) und G. vom 29. September 1995 (2A.387/1995).

44 Urteil N. vom 1. Juni 1995 (2A.198/1995).

Ausschaffungsgefängnis zu befassen⁴⁸. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zur Untersuchungshaft hielt es fest, dass ein mindestens einstündiger Aufenthalt im Freien gewährt werden muss. Hinsichtlich der Ausgestaltung erachtete es die Verwendung von Handschellen als unzulässig, weil auf diese Weise der Zweck des Spaziergangs verfehlt würde: Der Spaziergang soll der geistigen und körperlichen Gesundheit dienen; eine freie körperliche Bewegung aber wäre nicht möglich, wenn die Bewegung der Arme durch Handschellen eingeschränkt wäre; in geistiger Hinsicht ginge die «befreiende» Wirkung des Spaziergangs, das Gefühl von Freiheit, das einem Inhaftierten für kurze Zeit vermittelt werden soll, verloren.

Zu den weiteren Voraussetzungen einer gesetzes- und verfassungskonform ausgestalteten ausländerrechtlichen Haft hat sich das Bundesgericht bisher nicht in den Details geäußert. Immerhin hat es im zitierten Urteil, das sich mit der Frage des Spaziergangs befasste, folgendes ausgeführt:

«Die Beschränkung der Freiheitsrechte von Gefangenen (darf) nicht über das hinausgehen, was zur Gewährleistung des Haftzweckes und zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemässen Anstaltsbetriebs erforderlich ist (BGE 118 Ia 64 S. 73; 113 Ia 325 S. 328, mit Hinweisen). Der Zweck der ausländerrechtlichen Haft besteht ausschliesslich darin, den Ausländer bis zum Verlassen des Landes festzuhalten. Anders als bei Untersuchungshaftlingen ergeben sich daher aus dem Haftzweck selber keine besonderen Beschränkungen hinsichtlich des Kontaktes mit der Aussenwelt oder mit anderen Personen, die sich in Vorbereitungs- oder Ausschaffungshaft befinden. Beschränkungen können sich allerdings aus den Erfordernissen des Anstaltsbetriebs oder aus Sicherheitsgründen ergeben, wobei die baulichen, organisatorischen und personellen Voraussetzungen nicht als unabänderbar unterstellt werden dürfen; sie müssen jedenfalls insoweit geschaffen werden, als es die verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen an den Haftvollzug verlangen (vgl. BGE 118 Ia 64 E. 3k S. 82; 102 Ia 279 E. 7a S. 290 und E. 7c S. 292).»

Wesentlich erscheinen drei Punkte: 1. Das Haftregime ist liberaler auszugestalten als bei Untersuchungshaft. 2. Es gibt bei ausländerrechtlicher Haft im Unterschied zu Untersuchungshaft keinen Isolierungsbedarf, d. h. im Klartext, dass der Briefverkehr (eigentliche Missbräuche vorbehalten) nicht beschränkt werden darf, telefonische Kontakte und Besuche höchstens aus betrieblichen Gründen

48 Urteil Messaoudi vom 23. August 1995 (2A.290/1995).

gewissen Einschränkungen unterworfen werden dürfen, und, was den Kontakt zu den Mitgefangenen betrifft, Gemeinschaftsräumlichkeiten erforderlich sind. 3. Mit baulichen, organisatorischen und personellen Gegebenheiten können Haftbedingungen nicht gerechtfertigt werden, die den verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen nicht entsprechen.

Welches die Minimalanforderungen im einzelnen sind, kann hier nicht dargestellt werden, zumal Gegenstand des Aufsatzes die bisher ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Zwangsmassnahmen ist. Immerhin ist darauf zu verweisen, dass diesbezüglich die Mindestgrundsätze für die Behandlung von Gefangenen, wie sie in den entsprechenden Resolutionen des Europarates⁴⁹ und des Wirtschafts- und Sozialrates der Vereinten Nationen⁵⁰ zum Ausdruck kommen, wegleitend sind. Das Bundesgericht hat stets festgehalten, dass diesen Grundsätzen zwar nicht völkerrechtlich verbindlicher Charakter zukommt, sie aber die gemeinsame Rechtsüberzeugung der Europaratsstaaten zum Ausdruck brächten und deshalb bei der Auslegung der Grundrechtsgewährleistungen der Verfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention zu berücksichtigen seien⁵¹. Beizufügen wäre, dass Art. 10 Abs. 1 des Internationalen Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte⁵², der für die Schweiz am 18. September 1992 in Kraft getreten ist, menschenwürdige Haftbedingungen verlangt⁵³. Im Lichte ihrer Entstehungsgeschichte kommt für die Konkretisierung

49 Resolution (73) 5 des Ministerkomitees des Europarates vom 19. Januar 1973 betreffend Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen sowie die mit Empfehlung (87) 3 vom 12. Februar 1987 überarbeitete Fassung dieser Grundsätze.

50 Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, angenommen durch Resolution 663 C (XXIV) vom 31. Juli 1957, ergänzt mit Resolution 2076 (LXII) vom 13. Mai 1977.

51 BGE 118 Ia 64 E. 2a S. 70 mit Hinweisen; für die ausländerrechtliche Haft bestätigt im zitierten Urteil Messaoudi vom 23. August 1995 (2A.290/1995).

52 SR 0.103.2.

53 Art. 10 Abs. 1 des Paktes stellt an die Haftbedingungen höhere Anforderungen, als sie aus dem Verbot von Folter oder unmenschlicher Behandlung nach Art. 3 EMRK und Art. 7 des Paktes abgeleitet werden. Während das Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung primär als Abwehrrecht gegen konkrete, meist tätliche Übergriffe verstanden wird, bezieht sich Art. 10 Abs. 1 insbesondere auch auf den generellen Zustand einer Haftanstalt und verlangt vom Staat, ein Minimum menschenwürdiger Haftbedingungen ungeachtet praktischer Schwierigkeiten herzustellen und zu gewährleisten (MANFRED NOWAK, CCPR-Kommentar, Kehl/Strassburg/Arlington 1989, Rz. 11 zu Art. 7, Rz. 1–14 zu Art. 10).

dieser völkerrechtlich verbindlichen und unmittelbar anwendbaren Bestimmung des Paktes den genannten Mindestgrundsätzen für die Behandlung von Gefangenen massgebende Bedeutung zu⁵⁴. Vermögen die Haftbedingungen den Anforderungen nicht zu genügen⁵⁵, ist die Haftentlassung die Folge⁵⁶, sofern nicht kurzfristig Abhilfe geschaffen werden kann⁵⁷.

6 Eingrenzung und Ausgrenzung

Gemäss Art. 13e ANAG kann die zuständige kantonale Behörde einem Ausländer, der keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt und der die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet, insbesondere zur Bekämpfung des widerrechtlichen Betäubungsmittelhandels, die Auflage machen, ein ihm zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten. Den Anwendungsbereich dieser als Ein- und Ausgrenzung bezeichneten Massnahme zieht das Bundesgericht weit. In der Botschaft des Bundesrates ist bereits festgehalten, dass nicht nur deliktisches Verhalten, wie etwa Drohungen gegen Heimleiter oder andere Asylbewerber darunter fallen, sondern dass bereits konkrete Anhaltspunkte für den Verdacht der Begehung von Straftaten – etwa im Drogenmilieu – oder auch Kontakte zu extremistischen Kreisen genügen würden⁵⁸. Das Bundesgericht seinerseits hat entschieden, dass auch die Missachtung fremdenpolizeilicher Anordnungen als Verstoss gegen die öffentliche Ordnung der Schweiz qualifiziert werden könne⁵⁹. Einschränkend hat es allerdings erklärt, dass einzelne Verstösse in diesem Bereich die Ein- oder Ausgrenzung noch nicht zu rechtfertigen vermöchten. Im konkreten

54 NOWAK (Fn. 53), Rz. 1 und 6 zu Art. 10.

55 Vgl. dazu den Entscheid des Haftrichters des Bezirksgerichts Zürich vom 29. August 1995 (veröffentlicht in AJP 1995, 1347 ff.), wonach die Bedingungen im Provisorischen Polizeigefängnis in Zürich (PROPOG) mit den Mindestgrundsätzen nicht vereinbar sind.

56 Vgl. ZÜND (Fn. 2), 860.

57 So das Urteil Messaoudi vom 23. August 1995 (2A.290/1995).

58 BBI 1994 I 327.

59 Urteil K. vom 13. Juli 1995 (2A.193/1995). Die Entstehungsgeschichte hätte eine eher einschränkendere Auslegung der Norm erwarten lassen. Als Beispiel der Gefährdung von Sicherheit und Ordnung erwähnt Art. 13e ANAG den Betäubungsmittelhandel. Auch wenn dies nicht abschliessend zu verstehen ist, wird damit doch der Massstab der Gefährdung umschrieben, der für die Anordnung der Ein- und Ausgrenzung erforderlich ist.

Fall erachtete es die verfügte Eingrenzung nur deshalb als zulässig, weil sich der Ausländer wiederholt und beharrlich den behördlichen Anordnungen widersetzt hatte. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit war sodann ausschlaggebend, dass es sich beim verfügten Rayon – der ganze Kanton Graubünden – um ein flächenmässig grosses Gebiet mit städtischem Zentrum handelte, welches dem Ausländer weiterhin mannigfache soziale Kontakte erlaubte.

III Schluss

Politik und Gesetzgebung im sensiblen Bereich des Ausländer- und Asylrechts sind vielfach kontrovers. Bei Fragen der Rechtsanwendung kann es nicht anders sein. Gesetzesauslegung ist kein mechanischer Vorgang, bei dem sich unausweichlich dem vorgegebenen Gesetz das Resultat entnehmen liesse. Die argumentative Auseinandersetzung, wie sie für das Gesetzgebungsverfahren bestimmend war, effizienter Vollzug hier, Freiheitsrechte da, hat zwar im Gesetzestext ihren (vorläufigen) Abschluss gefunden. Dieses Spannungsfeld wird bei der Auslegung des Gesetzes aber unvermeidlich – in der Konfrontation der konkreten Umstände des Falles mit dem Gesetzestext – wieder aufgerissen. Einige der Rechtsfragen, die das Gesetz aufwirft, sind durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung einer Klärung zugeführt worden. Im Einzelfall ist es aber die Aufgabe der kantonalen Haftrichter, dafür zu sorgen, dass die rechtlichen Grenzen bei der Anwendung der Zwangsmassnahmen eingehalten werden. Die Arbeit der Vollzugsbehörden ihrerseits sollte von Augenmass geprägt und von der Einsicht geleitet sein, dass die Zwangsmassnahmen ein Instrumentarium sind, das nötigenfalls und in ernststen Missbrauchsfällen zur Verfügung steht, wenn anders die Weg- oder Ausweisung nicht durchgesetzt werden kann⁶⁰. Es zuerst mit weniger tief in die Freiheitsrechte der Betroffenen eingreifenden Vorkehren zu versuchen⁶¹, kann sich auch unter dem Gesichtspunkt des haushälterischen Umgangs mit staatlichen Ressourcen als zweckmässig erweisen.

60 Davon geht im übrigen auch die Botschaft des Bundesrates aus, BBI 1994 I 320.

61 Ausschaffungsvorbereitungen (Befragung zu Herkunft und Identität, Beschaffung von Reisepapieren) können auch ohne Inhaftierung getroffen werden.