



**Fall-Nr.:** B 2017/204  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 07.08.2018  
**Entscheiddatum:** 07.08.2018

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 07.08.2018**

**Ausländerrecht, Haft für die Sicherstellung des Vollzugs, Art. 76a AuG.** Gestützt auf die Empfehlung der GPK des Nationalrats sollten für Kinder im Familienbund wenn möglich keine Haftanordnungen ausgesprochen werden, sondern es sind für den Vollzug der Wegweisung von Familien vielmehr alternative Möglichkeiten vorzuziehen. Im vorliegenden Fall erwies sich die angeordnete Haft aufgrund der konkreten Umstände jedoch als noch verhältnismässig. Insbesondere sollte die Haft lediglich für einen Tag dauern: Die eritreische Staatsangehörige wurde zusammen mit ihrem Sohn (geb. 2016) am 4. September 2017 um 11 Uhr festgenommen und der Abflug war bereits tags darauf für 6.30 Uhr vorgesehen (Verwaltungsgericht, B 2017/204).

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;  
Gerichtsschreiberin Blanc Gähwiler

Verfahrensbeteiligte

1. X.\_\_,

2. K.\_\_,

3. R.\_\_,

**Beschwerdeführer,**



St.Galler Gerichte

gegen

**Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen**, Unterstrasse 28, 9001 St. Gallen,

**Vorinstanz**,

und

**Migrationsamt**, Oberer Graben 38, 9001 St. Gallen,

**Beschwerdegegner**,

Gegenstand

**Haft für die Sicherstellung des Vollzugs gemäss Art. 76a AuG**

**Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

A. X.\_\_ (geb. 1988) ist eritreische Staatsangehörige. Sie reiste nach eigenen Angaben am 7. Juni 2016 illegal in die Schweiz ein und stellte gleichentags ein Asylgesuch. Am 25. Oktober 2016 wurde ihr Sohn R.\_\_ geboren. Das Staatssekretariat für Migration (SEM) trat am 1. November 2016 auf das Asylgesuch von X.\_\_ nicht ein, weil aufgrund des Dublinabkommens Italien für das Asylverfahren zuständig war, und wies X.\_\_ aus der Schweiz nach Italien weg. Eine dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Bundesverwaltungsgericht am 21. Dezember 2016 als gegenstandslos abgeschrieben, nachdem X.\_\_ zusammen mit ihrem Sohn Mitte November 2016 untergetaucht war. Eigenen Angaben zufolge reiste sie damals nach Deutschland und kehrte erst im Mai



## St.Galler Gerichte

2017 illegal wieder in die Schweiz zurück. Ein erneutes Asylgesuch vom 26. Juli 2017 nahm das SEM als Wiedererwägungsgesuch entgegen. Am 16. August 2017 anerkannte K.\_\_ R.\_\_ als seinen Sohn an. Am 4. September 2017 trat das SEM auf das Wiedererwägungsgesuch nicht ein, nachdem der Kostenvorschuss nicht geleistet worden war. Das SEM hielt fest, X.\_\_ könne ein allfälliges Familiennachzugsgesuch des Kindsvaters in Italien abwarten. Eine dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 27. September 2017 gut und wies die Angelegenheit zur Neuurteilung ans SEM zurück, nachdem es am 6. September 2017 bereits einen Vollzugsstopp angeordnet und den Vollzug der Wegweisung einstweilen ausgesetzt hatte.

**B.** Bereits am 25. August 2017 hatte das kantonale Migrationsamt gegen X.\_\_ Haft zur Sicherstellung der Rückübernahme durch Italien im Rahmen des Dublin-Verfahrens angeordnet. Der Haftbefehl wurde am 4. September 2017 um 11 Uhr in der Wohnung von K.\_\_ vollzogen. Auf der Fahrt zur Polizeistation A.\_\_ wurde X.\_\_ ohnmächtig, worauf sämtliche Ausschaffungsvorkehrungen abgebrochen, sie ins Kantonsspital verbracht und R.\_\_ in die Obhut des Vaters gegeben wurde. Mit Eingabe vom 4. September 2017 ersuchten X.\_\_ und K.\_\_ um Aufhebung des Haftbefehls und Feststellung der Widerrechtlichkeit der Ausschaffungshaft, unter Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 2. Oktober 2017 schrieb der Abteilungspräsident der Verwaltungsrekurskommission das Begehren um Haftentlassung und um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos ab (Ziffer 1 und 2) und stellte fest, dass die Haft am 4. September 2017 rechtmässig und verhältnismässig gewesen sei (Ziffer 3).

**C.** X.\_\_ erhob zusammen mit K.\_\_ für sich und für den gemeinsamen Sohn R.\_\_ (Beschwerdeführer 1-3) gegen den Entscheid der Verwaltungsrekurskommission (Vorinstanz) mit Eingabe vom 10. Oktober 2017 (Datum Postaufgabe) Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie beantragten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen sei auf die Beschwerde einzutreten; Ziffer 3 des angefochtenen Entscheids sei aufzuheben und die Rechtswidrigkeit des Haftbefehls des Migrationsamtes (Beschwerdegegner) festzustellen; ausserdem sei ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und eine unentgeltliche Rechtsverteidigung anzuordnen.



Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 13. Oktober 2017 die Abweisung der Beschwerde und verwies zur Begründung auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid. Der Beschwerdegegner verzichtete stillschweigend auf eine Vernehmlassung.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

### **Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:**

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP). Die Beschwerdeführer 1 und 2 haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind mit ihrem Antrag auf Feststellung der Widerrechtlichkeit der Haft unterlegen. Sie sind durch die angefochtene Verfügung formell beschwert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, lässt die erfolgte Haftentlassung der Kindsmutter die Beschwerde und das von ihnen geltend gemachte Feststellungsinteresse an einer allfälligen Widerrechtlichkeit des Haftbefehls nicht gegenstandslos werden, weil bei Konstellationen wie der vorliegenden rechtsprechungsgemäss die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Erfordernis des aktuellen und praktischen Interesses an der Beschwerdeführung bejaht werden (vgl. BGE 143 I 437 nicht publizierte E. 1.3 mit zahlreichen Hinweisen). Hingegen erscheint ein (eigenständiges) Feststellungsinteresse des Kindes bereits daher als zweifelhaft, weil die Haft vom 25. August 2017 lediglich gegenüber der Mutter angeordnet wurde. Wie es sich damit verhält, kann offen gelassen werden, weil bereits die Beschwerdeführer 1 und 2 ihrerseits beschwerdeberechtigt sind. Die Eingabe vom 10. Oktober 2017 wurde rechtzeitig eingereicht und erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Zu beurteilen ist einzig, ob die Haft zur Sicherstellung des Vollzugs gemäss Art. 76a des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, SR



142.20, AuG) im Zeitpunkt der Anordnung am 25. August 2017 rechtmässig und verhältnismässig war. Ob Gründe gegen die Wegweisung sprechen, ist nicht Prüfungsgegenstand. Einwendungen gegen die Wegweisung sind im dafür vorgesehenen Verfahren vorzutragen, nötigenfalls mit einem Wiedererwägungsgesuch an die Wegweisungsbehörde, wobei im entsprechenden Verfahren gegebenenfalls vorsorglich der prozedurale Aufenthalt erwirkt werden kann (BGer 2C\_554/2016 vom 20. Juni 2016 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen). Mit Rügen zur Wegweisung – dazu gehören auch die Ausführungen, ob eine gültige Zustimmung seitens Italien vorliegt – im Haftprüfungsverfahren sind die Beschwerdeführer daher nicht zu hören; daran ändert auch das am 26. Juli 2017 beim SEM gestellte Gesuch um Wiedererwägung des ablehnenden Asylentscheids nichts (vgl. nachfolgend E. 3.2).

### 3.

**3.1.** Das Dublin-System beinhaltet die Zusammenarbeit der beteiligten europäischen Staaten mit dem Ziel, dass ein einziger Staat für die Durchführung des Asylverfahrens eines Drittstaatsangehörigen zuständig ist. Die Überstellung an den zuständigen Staat soll dabei schnellstmöglich erfolgen, und die Haft als Mittel zur Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs muss so kurz wie möglich ausfallen und darf auf jeden Fall nicht länger dauern, als zur Durchführung des Verfahrens unbedingt nötig. In Anlehnung an die Ausschaffungshaft nach Art. 76 AuG ist auch bei einer Haftanordnung gestützt auf Art. 76a AuG weder die Rechtskraft noch die Vollstreckbarkeit des Wegweisungsentscheids unabdingbare Voraussetzung für die Zulässigkeit der Haftanordnung. Vielmehr genügt es, dass mit der Haft der Vollzug sichergestellt werden kann, sobald die Wegweisung in Rechtskraft erwachsen wird (vgl. ausführlich dazu Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2016.00234 vom 7. Juli 2016 E. 4.1, insb. E. 4.1.4; Achermann et al. [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017, Bern 2017, S. 342 ff.).

Vorliegend stützte sich die Anordnung der Haft zur Sicherstellung des Vollzugs vom 25. August 2017 auf den Entscheid des SEM vom 1. November 2016, mit welchem auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin vom 7. Juni 2016 nicht eingetreten und sie – unter Berücksichtigung der Geburt des Sohnes am 25. Oktober 2016 – aus der Schweiz in den für sie zuständigen Dublin-Mitgliedstaat Italien weggewiesen wurde



(act. 6/6 S. 3 ff. und S. 32 ff.). Dieser Entscheid wurde erst am 19. Dezember 2017 bzw. aufgrund des Rückweisungsentscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. September 2017 – und damit nach der vorliegend streitigen Haftanordnung durch den Beschwerdegegner am 25. August 2017 – aufgehoben (vgl. act. 10/1). Im Zeitpunkt der Haftanordnung lag damit ein gültiger Wegweisungsentscheid vor. Anhaltspunkte, dass die Wegweisung bzw. deren Vollzug offensichtlich unzulässig waren, bestanden im Zeitpunkt der Haftanordnung nicht. Soweit die Beschwerdeführer aus ihrem Einwand, ihr Sohn habe nie ein Asylgesuch gestellt, den gegenteiligen Schluss zu ziehen scheinen, kann ihnen nicht gefolgt werden. Zum Zeitpunkt ihrer illegalen Einreise in die Schweiz (Juni 2016) war die Beschwerdeführerin hochschwanger, weshalb es auf der Hand liegt, dass das von ihr als gesetzliche Vertreterin für das damals noch ungeborene Kind gestellte Asylgesuch letztlich auch dieses mitbeinhalten sollte. Zum Zeitpunkt der Haftanordnung zur Sicherstellung des Vollzugs nach sich ziehenden Nichteintretensentscheides des SEM vom 1. November 2016 stand ihr im Übrigen die elterliche Sorge – und damit das Aufenthaltsbestimmungsrecht – noch alleine zu; die gemeinsame elterliche Sorge erheischte erst ab 16. August 2017, als der Vater das Kind anerkannt hatte, für beide Eltern Geltung.

### 3.2.

**3.2.1.** Die zuständige Behörde kann die betroffene Person in Haft nehmen, wenn im Einzelfall konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sich die Person der Durchführung der Wegweisung entziehen will (Art. 76a Abs. 1 lit. a AuG). Die konkreten Anzeichen, welche befürchten lassen, dass sich die betroffene Person der Durchführung der Wegweisung entziehen will, sind in Art. 76a Abs. 2 AuG abschliessend aufgeführt. Art. 76a Abs. 2 AuG setzt insoweit Art. 2 lit. n Dublin-III-Verordnung im nationalen Recht um (vgl. Botschaft Dublin III, BBl 2014 2675, S. 2702). Gleichzeitig verwirklicht Art. 76a Abs. 2 AuG das verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101, BV), wonach eine schwerwiegende Einschränkung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), wie sie die Administrativhaft darstellt, hinreichend bestimmt im Gesetz selbst vorgesehen sein muss. Für sich allein kein zulässiger Grund zur Inhaftierung einer Person ist gemäss Art. 28 Abs. 1 Dublin-III-Verordnung der Umstand, dass sie sich in einem Dublin-



Verfahren befindet (vgl. auch Botschaft Dublin III, BBl 2014 2675, S. 2689). Dies ist im Rahmen einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 76a Abs. 2 AuG zu berücksichtigen. Weiter muss die Haft im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 2 und Abs. 3 BV; Art. 76a Abs. 1 lit. b und lit. c AuG), das heisst aufgrund sämtlicher Umstände geeignet und erforderlich erscheinen, um die Überstellung an den zuständigen Dublin-Staat zu gewährleisten. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu beachten ist auch das Übermassverbot; die Ausschaffungshaft muss in einem sachgerechten und zumutbaren Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen (BGE 142 I 135 E. 4.1 mit Hinweisen).

**3.2.2.** Die Beschwerdeführerin war zusammen mit ihrem am 25. Oktober 2016 geborenen Sohn nach dem Nichteintretensentscheid vom 1. November 2016 seit 14. November 2016 unbekanntem Aufenthalts, obwohl sie gegen den Entscheid des SEM Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht hatte. Eigenen Angaben zufolge floh sie in Panik und trotz der Schwächung aufgrund der Geburt nach Deutschland. Ihr Untertauchen ist somit in direktem Zusammenhang mit dem anstehenden Überstellungsverfahren nach Italien zu sehen. Damit waren konkrete Anzeichen für eine erneute Vereitelung des neuerlichen Wegweisungsvollzugs im Sinn von Art. 76a Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Abs. 2 AuG offensichtlich vorhanden. Das damalige Verhalten der Beschwerdeführerin zeigt zudem, dass weniger einschneidende Massnahmen im Sinn von Art. 76a Abs. 1 AuG nicht ausreichend sein konnten. Weiter sprechen keine Gründe gegen die Verhältnismässigkeit einer Haft zwecks Sicherstellung des Vollzugs. Die Festnahme erfolgte am 4. September 2017 um 11 Uhr, und der Abflug war bereits tags darauf für 6.30 Uhr vorgesehen. Die Haft wurde somit für die kürzest mögliche Zeit angeordnet. Sie beschränkte sich im Wesentlichen auf die Überführung zum Flughafen, um den Abflug am nächsten Tag in den frühen Morgenstunden zu gewährleisten. Soweit sich die Beschwerdeführer auf Art. 51 des Asylgesetzes (SR 142.31) berufen, ist ihnen entgegenzuhalten, dass gemäss Art. 2 lit. g der Dublin-III-Verordnung der Ausdruck „Familienangehörige“ lediglich Mitglieder der Familie bezeichnet, die sich im Hoheitsgebiet der Mitgliederstaaten aufhalten, sofern die Familie bereits im Herkunftsland bestanden hat. Hinweise, dass eine Familiengemeinschaft bereits vor der Einreise der Schweiz bestand, sind nicht ersichtlich. Insbesondere anerkannte der Vater seinen Sohn erst am 16. August 2017,



mithin während des laufenden Verfahrens um Wiedererwägung des ablehnenden Asylentscheids. Schliesslich liegt kein Verstoss gegen Art. 80a Abs. 5 AuG vor. Minderjährige haben grundsätzlich dem Inhaber der gemeinsamen elterlichen Sorge oder – wie vorliegend – der faktischen Obhut zu folgen. Sie teilen regelmässig das ausländerrechtliche Schicksal des sorge- bzw. betreuungsberechtigten Elternteils und haben daher die Schweiz mit diesem zu verlassen (vgl. BGer 2C\_515/2016 vom 22. August 2017 E. 3.2). Zwar scheint die Inhaftierung minderjähriger Personen im Familienverbund problematisch: Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (SR 0.107, Kinderrechtskonvention, KRK) sieht in Art. 37 explizit vor, dass ein Freiheitsentzug bei einem Kind nur als letztes Mittel angewandt werden darf. Zudem darf ein Freiheitsentzug nur für die kürzeste angemessene Zeit angeordnet werden (Art. 37 lit. b KRK). Bei der Inhaftierung von Minderjährigen in Begleitung von Erwachsenen sind daher strengere Voraussetzungen an die Verhältnismässigkeit der Inhaftierung zu stellen, was sowohl für Minderjährige als auch für die Begleitpersonen gelten muss. Dementsprechend ist eine Haft für diese Gruppe von Personen nur als letztes Mittel in Betracht zu ziehen. Die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats empfiehlt in ihrem Bericht zur Administrativhaft im Asylbereich vom 26. Juni 2018 daher, für den Vollzug der Wegweisung von Familien alternative Möglichkeiten zu prüfen und zu fördern (vgl. S. 15 des Berichts, abrufbar unter: [www.parlament.ch/de/organe/kommissionen/aufsichtskommissionen/geschaeftspruefungskommissionen-gpk](http://www.parlament.ch/de/organe/kommissionen/aufsichtskommissionen/geschaeftspruefungskommissionen-gpk)). Vorliegend sollte die Haft lediglich für einen Tag dauern, um – wie dargelegt – den Flug frühmorgens um 6.30 Uhr vollziehen zu können, weshalb kein Verstoss gegen Art. 37 lit. b KRK auszumachen ist. Die angeordnete Haft erweist sich unter diesen Umständen als noch verhältnismässig. Gestützt auf die Empfehlung der GPK des Nationalrats ist das Migrationsamt jedoch darauf hinzuweisen, dass es für Kinder im Familienbund wenn möglich keine Haftanordnungen aussprechen sollte, sondern für den Vollzug der Wegweisung von Familien vielmehr alternative Möglichkeiten vorzuziehen sind.

**3.3.** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht die Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit der streitigen Haftanordnung vom 4. September 2017 festgestellt hat. Die Beschwerde gegen die angefochtene Verfügung vom 2. Oktober 2017 ist demnach abzuweisen.



4. Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens den Beschwerdeführern aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidegebühr von CHF 1'500 ist angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, war das Beschwerdeverfahren nicht nur aussichtslos, weil die Gewinnaussichten beträchtlich geringer als die Verlustgefahren waren, sondern es konnte in guten Treuen auch nicht mehr als erfolgsversprechend bezeichnet werden. Auf die Erhebung der Kosten bei den Beschwerdeführern ist indes gestützt auf Art. 97 VRP zu verzichten. Nachdem die Eingabe der Beschwerdeführer den Anschein erweckt, von einer rechtskundigen Person verfasst worden zu sein, bestand so oder anders kein Anlass auf gerichtliche Anordnung eines Rechtsbeistandes. Für den Beizug eines solchen hätten sie im Übrigen selbst besorgt sein können und müssen. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (inkl. unentgeltliche Rechtsverbeiständung) kann daher als gegenstandslos abgeschrieben werden.

Soweit sie mit ihrem Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung sinngemäss um Ausrichtung einer ausseramtlichen Entschädigung für die ihnen mutmasslich auch im Beschwerdeverfahren beistehende rechtskundige Person ersuchen, kann es mit dem Hinweis sein Bewenden haben, dass eine berufsmässige Vertretung, ohne Inhaber eines Anwaltspatents und ohne im Anwaltsregister eingetragen zu sein, im anwaltlichen Monopolbereich untersagt ist (vgl. VerwGE B 2015/306 vom 26. April 2017, [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Ausseramtliche Kosten sind bei vorliegender Konstellation keine zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 98<sup>bis</sup> VRP).

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die amtlichen Kosten von CHF 1'500 werden den Beschwerdeführern auferlegt; auf die Erhebung der Kosten wird verzichtet.
4. Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

# Publikationsplattform

St.Galler Gerichte



Der Abteilungspräsident

Die Gerichtsschreiberin

Zürn

Blanc Gähwiler