



Fall-Nr.: B 2022/224
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 01.05.2023
Entscheiddatum: 20.03.2023

Entscheid Verwaltungsgericht, 20.03.2023

Ausländerrechtliche Administrativhaft, Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 78 Abs. 1 AIG. Indem es das Migrationsamt unterlassen hat, die Vorinstanz über die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers zu informieren, und der Beschwerdeführer auch keine Möglichkeit hatte, sich am Gespräch mit dem Migrationsamt über eine mögliche Verlängerung der Durchsetzungshaft vom Rechtsbeistand begleiten zu lassen, wurde der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt. Die Verletzung des Verfahrensrechts führt nicht zur Entlassung aus der Haft, da diese sich mittlerweile auf eine neue richterliche Zustimmung stützt. In der Sache erweist sich die – mittlerweile abgelaufene –Verlängerung der Durchsetzungshaft als recht- und verhältnismässig (Verwaltungsgericht, B 2022/224).

Entscheid vom 20. März 2023

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

X.__, Zentrum für ausländerrechtliche Administrativhaft, Postfach, 8058 Zürich,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG Lea Hungerbühler, AsyLex,
Gotthardstrasse 52, 8002 Zürich,



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

Verlängerung der Durchsetzungshaft (Art. 78 AIG)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

X.___ verliess nach seinen eigenen Angaben Algerien im Winter 2018 und gelangte über Spanien nach Frankreich, wo er sich in der Folge mehrheitlich aufhielt. Im Jahr 2020 wurde er in der Schweiz in Basel kontrolliert und nach Frankreich zurückgeschickt. Am 10. September 2021 reiste er ohne Reisepass und Visum in die Schweiz ein. Er gab an, am 11. August 2004 geboren zu sein und aus Marokko zu stammen, und ersuchte um Asyl. In der Befragung vom 5. Oktober 2021 erklärte er, aus Algerien zu stammen. Das Staatssekretariat für Migration ging davon aus, X.___ sei nicht mehr minderjährig und legte als Geburtsdatum den 1. Januar 2003 fest. Es lehnte sein Asylgesuch am 15. Dezember 2021 ab und wies ihn aus der Schweiz weg. Der Kanton St. Gallen wurde beauftragt, die Wegweisung zu vollziehen. Die Verfügung wurde unangefochten rechtskräftig.

Im Ausreisegespräch vom 18. Januar 2022 im Bundesasylzentrum Altstätten erklärte X.___, er wolle weder in eine kantonale Unterkunft verlegt werden noch – selbst mit finanzieller Unterstützung nicht – nach Algerien zurückkehren, sondern die Schweiz



St.Galler Gerichte

selbständig verlassen. Am 8. Februar 2022 trat er ins kantonale Ausreise- und Nothilfezentrum "Sonnenberg" in Vilters ein. Das Staatssekretariat für Migration unterbreitete dem algerischen Generalkonsulat am 18. Februar 2022 die Angaben zur Person (X.__, geboren 1. Januar 2003 in Z.__ mit Wohnort in Z.__, Eltern A.__ und B.__) zwecks Bestätigung der Identität (act. 9/2, Seite 178 und 179/268). Das Staatssekretariat, das am 24. Mai 2022 die algerischen Behörden an das hängige Identifikationsverfahren erinnert hatte (act. 9/2, Seite 187/268), teilte am 4. Juli 2022 mit, das Generalkonsulat habe X.__ nicht identifiziert (act. 9/2, Seite 225/268). Am 18. Juli 2022 veranlasste das Migrationsamt bei der Kantonspolizei St. Gallen ein ID-Feststellungsverfahren via Interpol für die Länder Spanien, Algerien, Marokko und Tunesien (act. 9/2, Seite 228/268).

B.

Am 17. September 2022 wurde X.__ in K.__/TG kontrolliert, von der Thurgauer Kantonspolizei ausländerrechtlich kurzfristig festgehalten und am 19. September 2022 dem Kanton St. Gallen zugeführt. Das Migrationsamt setzte ihn gleichentags in Durchsetzungshaft. Der zuständige Einzelrichter genehmigte nach mündlicher Verhandlung am 21. September 2022 die Haft bis 16. Oktober 2022.

Anlässlich einer Befragung durch das Migrationsamt bekräftigte X.__ am 7. Oktober 2022, er sei auch unter dem Druck der Durchsetzungshaft nicht bereit, die Behörden bei der Feststellung seiner Identität zu unterstützen und in sein Heimatland zurückzukehren. Zum Geburtsdatum hielt er fest, er sei – wie er in Altstätten angegeben habe – am 11. August 2004 geboren worden. Er könne keine Papiere beschaffen, sein Bruder habe das Familienbüchlein in Algerien nicht gefunden. Auf ihm vorgelegten Fotografien erkannte er Z.__, die Stadt in Algerien, in welcher er angeblich geboren wurde und bis zu seiner Ausreise im Jahr 2018 lebte, nicht. Hätte er gewusst, dass er die Schweiz verlassen müsse, hätte er dies getan. Eine Rückkehrhilfe von CHF 6'000 bezeichnete er als zu wenig, um bei der Klärung der Identität mitzuwirken. In der Folge stimmte die zuständige Einzelrichterin der Verwaltungsrekurskommission am 11. Oktober 2022 dem Ersuchen des Migrationsamtes, die Durchsetzungshaft um zwei Monate bis 16. Dezember 2022 zu verlängern, im schriftlichen Verfahren zu.

In der Befragung durch das Migrationsamt vom 4. November 2022 gab X.__ an, er habe Stress im Gefängnis. Er habe Halsschmerzen und bekomme keinen Arzt. Auch der Sozialdienst komme nicht. Mit der Familie könne er keinen Kontakt aufnehmen. Er sei Teenager und wolle hier sein Leben aufbauen. In einer weiteren Befragung vom 9. Dezember 2022 gab er an, es gehe ihm gut. Werde er entlassen, werde er die Schweiz verlassen. Mit seiner Familie habe er nicht gesprochen. Den PIN seines



Telefons habe er vergessen und Facebook funktioniere nicht. Am 12. Dezember 2022 entsprach die zuständige Einzelrichterin der Verwaltungsrekurskommission wiederum im schriftlichen Verfahren dem Ersuchen des Migrationsamtes, die Durchsetzungshaft um weitere zwei Monate bis 16. Februar 2023 zu verlängern (Ziffer 1 des Dispositivs), gab X.__ die Gelegenheit, innert fünf Tagen die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und damit einen neuen Entscheid zu verlangen (Ziffer 2 des Dispositivs) und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Ziffer 3 des Dispositivs). Es wurden keine amtlichen Kosten erhoben (Ziffer 4 des Dispositivs).

C.

X.__ (Beschwerdeführer) erhob gegen den Entscheid der Einzelrichterin der Verwaltungsrekurskommission (Vorinstanz) vom 12. Dezember 2022 mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 27. Dezember 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Er beantragt, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, eventuell unter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und -verbeiständung, sei Ziffer 1 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und er sei unverzüglich aus der Haft zu entlassen. Zudem sei festzustellen, dass sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei.

Der verfahrensleitende Abteilungspräsident entsprach mit verfahrensleitender Verfügung vom 29. Dezember 2022 dem Begehren des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und -verbeiständung. Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 9. Januar 2023 die Abweisung der Beschwerde. Das Migrationsamt (Beschwerdegegner) beantragte seinerseits mit Vernehmlassung vom 2. Februar 2023, die Beschwerde sei abzuweisen.

Der Beschwerdeführer nahm zu den Vernehmlassungen am 13. Februar 2023 Stellung und hielt an seinen Anträgen und Ausführungen in der Beschwerde fest. Seine Rechtsvertreterin reichte zudem eine Kostennote zu den Akten. Die Vorinstanz verzichtete am 14. Februar 2023 auf eine weitere Äusserung. Eine telefonische Abklärung des Gerichts beim Beschwerdegegner ergab am 20. Februar 2023, dass die Vorinstanz mittlerweile einer Verlängerung der Durchsetzungshaft bis 18. April 2023 zugestimmt hat. Der Beschwerdegegner verzichtete stillschweigend auf eine weitere Äusserung.

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge sowie die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.



Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1.

Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 59 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP).

Der Beschwerdeführer befindet sich zwar nicht mehr gestützt auf den hier angefochtenen Entscheid in Haft, mit welchem die Vorinstanz einer Verlängerung bis 16. Februar 2023 zugestimmt hat. Das Bundesgericht tritt – trotz Haftentlassung oder eines Verlängerungsentscheids, welcher den ursprünglich angefochtenen Haftentscheid ablöst – auf Beschwerden gegen die Genehmigung der ausländerrechtlichen Festhaltung durch den Haftrichter beziehungsweise den entsprechenden kantonalen Rechtsmittelentscheid ein, wenn der Betroffene rechtsgenügend und in vertretbarer Weise die Verletzung einer Garantie der Konvention über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, EMRK) rügt (vgl. BGer 2C_368/2020 vom 4. Juni 2020 E. 1.2; vgl. BGer 2C_447/2019 vom 31. März 2020 E. 1.2.2 mit Hinweisen). In Fällen, in denen – wie vorliegend – durch die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, EMRK) geschützte Ansprüche in Frage stehen, ist der Betroffene deshalb auch zur Erhebung der Beschwerde an das Verwaltungsgericht berechtigt (Art. 111 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110, BGG). Hinzu kommt, dass die Haft des Beschwerdeführers mit Zustimmung der Vorinstanz mittlerweile bis 18. April 2023 verlängert wurde und – da Art. 78 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz; SR 142.20, AIG) die Verlängerung der Durchsetzungshaft auf jeweils zwei Monate beschränkt – eine rechtzeitige beschwerdeweise Überprüfung der Verlängerung der Durchsetzungshaft im Einzelfall kaum je möglich wäre (vgl. dazu BGer 2C_549/2021 vom 3. September 2021 E. 1.1 und 1.2; 2C_1/2016 vom 27. Januar 2016 E. 1; BGE 139 I 206 E. 1.2). Der Beschwerdeführer ist deshalb zur Erhebung der Beschwerde berechtigt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP).

Die Beschwerde gegen den Entscheid vom 12. Dezember 2022 wurde mit Eingabe vom 27. Dezember 2022 rechtzeitig erhoben und erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf Gewährung des



St.Galler Gerichte

rechtlichen Gehörs, weil der Beschwerdegegner es unterlassen hat, die Vorinstanz darüber zu informieren, dass er sich im Haftverfahren durch Rechtsanwältin Lea Hungerbühler vertreten liess und das vorinstanzliche Verfahren durchgeführt wurde, ohne dass sie Gelegenheit zur Äusserung erhielt. – Die Rüge erweist sich als begründet.

Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) steht den Parteien das rechtliche Gehör zu. Dieser Anspruch ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und – grundsätzlich – zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen kann (vgl. BGer 2C_549/2021 vom 3. September 2021 E. 3.3.1 mit Hinweisen). Gemäss Art. 31 Abs. 2 BV hat jede Person, der die Freiheit entzogen wird, unter anderem Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzuges und über ihre Rechte unterrichtet zu werden. Die Bestimmung gilt für alle Arten des Freiheitsentzuges. Für die ausländerrechtliche Haft bedeutet dies, dass der Ausländer beziehungsweise sein Rechtsvertreter sowie das zuständige Haftgericht anlässlich der gerichtlichen Haftprüfung in der Lage sein müssen, sich mit den Argumenten der haftanordnenden Behörde auseinanderzusetzen (vgl. BGer 2C_549/2021 vom 3. September 2021 E. 3.3.4 mit Hinweisen).

Der Beschwerdegegner anerkennt, dass er es versehentlich unterlassen hat, die Vorinstanz über die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers zu informieren. Die Vorinstanz hat zudem auch dem Beschwerdeführer selbst keine Gelegenheit gegeben, sich zum Gesuch des Beschwerdegegners um Zustimmung zu einer weiteren Verlängerung der Haft vernehmen zu lassen. Ob es genügt, dass der Beschwerdeführer sich im Rahmen der Befragung vom 9. Dezember 2022 durch den Beschwerdegegner zu dessen Absicht, die Durchsetzungshaft um weitere zwei Monate verlängern zu können, ausreicht, kann offenbleiben. Auch über die Durchführung dieses Gespräch war die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers nicht informiert und er hatte dementsprechend keine Möglichkeit, sich vom Rechtsbeistand begleiten zu lassen.

Mit dem angefochtenen Entscheid stimmte die Vorinstanz einer Verlängerung der Durchsetzungshaft bis 16. Februar 2022 zu. Diese Haftdauer ist mittlerweile abgelaufen. Soweit sich der Beschwerdeführer weiterhin in Haft befindet, beruht diese auf einer neuen unangefochten gebliebenen richterlichen Zustimmung zu einer Verlängerung der Haft bis 18. April 2023. Damit kann offenbleiben, ob die Verletzung des rechtlichen Gehörs bei der gebotenen einzelfallbezogenen Abwägung des



öffentlichen Interesses am Vollzug der Wegweisung und damit der weiteren Inhaftierung einerseits und der Bedeutung der verletzten Vorschrift für die Wahrung der Rechte des Betroffenen (vgl. BGE 122 II 154 E. 3; BGer 2C_846/2021 vom 19. November 2021 E. 4; 2C_1089/2012 vom 22. November 2012 E. 4) zu einer Entlassung aus der Haft des Beschwerdeführers hätte führen müssen oder aber hätte geheilt werden können. In Gutheissung der Beschwerde in diesem Punkt bleibt aber festzustellen, dass die Haft aufgrund der Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV unrechtmässig war (vgl. so BGer 2C_549/2021 vom 3. September 2021 E. 3.5).

3.

3.1.

Hat eine Person ihre Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz innerhalb der ihr angesetzten Frist nicht erfüllt und kann die rechtskräftige Wegweisung aufgrund ihres persönlichen Verhaltens nicht vollzogen werden, so kann sie, um der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen, gestützt auf Art. 78 Abs. 1 AIG in Durchsetzungshaft genommen werden, sofern die Anordnung der Ausschaffungshaft nicht zulässig ist und eine andere, mildere Massnahme nicht zum Ziel führt. Die Durchsetzungshaft wird gemäss Art. 78 Abs. 6 Ingress und lit. a AIG beendet, wenn "eine selbständige und pflichtgemässe Ausreise" nicht möglich ist, obwohl die betroffene Person den behördlich vorgegebenen Mitwirkungspflichten nachkommt. Weigert sich die betroffene Person, ihr renitentes Verhalten aufzugeben und nimmt sie vielmehr eine weitere Verlängerung der Durchsetzungshaft in Kauf, kann daraus nicht geschlossen werden, die Zwangsmassnahme könne ihr Ziel (überhaupt) nicht mehr erreichen (vgl. BGer 2C_253/2008 vom 7. Juli 2008 E. 2.2.3). Dass sich der Betroffene (immer noch) unkooperativ zeigt, ist Voraussetzung, um die Festhaltung überhaupt verlängern zu können, und insoweit sachimmanent, als der Durchsetzungshaft (auch) die Funktion der Beugehaft zukommt (vgl. BGer 2C_253/2008 vom 7. Juli 2008 E. 2.2.4).

3.2.

In der Sache bringt der Beschwerdeführer vor, die Durchsetzungshaft setze voraus, dass die Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AIG verletzt werde. Beim Beschwerdeführer handle es sich um einen Asylsuchenden, der lediglich der asylrechtlichen Mitwirkungspflicht unterliege. – Nach abschlägigem Entscheid über das Asylgesuch beurteilt zwar die zuständige Asylbehörde die Frage der Wegweisung (vgl. Art. 6a Abs. 1 und Art. 44 des Asylgesetzes; SR 142.31, AsylG). Die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere nach Vorliegen eines vollziehbaren Wegweisungsentscheides richtet sich nach Art. 8 Abs. 4 AsylG. Diese asylrechtliche Mitwirkungspflicht geht der ausländerrechtlichen gemäss Art. 90 Ingress



und lit. c AIG vor und ist nicht strafbewehrt (vgl. Art. 115 ff. AsylG; BGE 148 IV 281 E. 1.4). Das ändert allerdings nichts daran, dass auch deren Verletzung – und nicht nur die Verletzung der allgemeinen Mitwirkungspflicht im Ausländerrecht gemäss Art. 90 AIG – als persönliches Verhalten im Sinn von Art. 78 Abs. 1 AIG, aufgrund dessen die asylrechtliche Wegweisung nicht vollzogen werden kann, die Anordnung der Durchsetzungshaft nach sich ziehen kann. Insbesondere besteht kein Anlass, die Mitwirkungspflicht gemäss Art. 8 Abs. 4 AsylG anders zu beurteilen als jene nach Art. 90 Ingress und lit. c AIG (vgl. BGer 2C_549/2021 vom 3. September 2021 E. 4.2.1).

3.3.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Durchsetzungshaft dürfe nicht angeordnet werden, wenn der Vollzug der Aus- oder Wegweisung wegen Umständen nicht durchführbar sei, auf welche die ausländische Person keinen Einfluss habe. Dies sei auch anzunehmen, wenn "das Hindernis durch die ausländische Person selbst zu verschulden ist". In casu gehe es um die fehlende Möglichkeit des Beschwerdeführers, Kontakt mit seiner Familie in Z.__ (Algerien) herzustellen sowie die entsprechenden Beweisdokumente einzureichen. Er habe im Rahmen seiner Möglichkeiten bei der Beschaffung von Identitätspapieren mitgewirkt. Er sei nicht in der Lage, an der Situation etwas zu ändern. Er habe es nicht in der Hand, die algerische Botschaft umzustimmen beziehungsweise Dokumente zu beschaffen, welche sich bei seiner Familie befänden, zu der er den Kontakt nicht aufbauen könne.

Art. 8 Abs. 4 AsylG statuiert die Pflicht, nach Vorliegen eines vollziehbaren Wegweisungsentscheids, bei Beschaffung gültiger Reisepapiere mitzuwirken. In Zusammenhang mit Art. 90 Ingress und lit. c AIG betreffend Mitwirkungspflichten bei der Beschaffung von Ausweispapieren hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Bestimmung ohne Verletzung von Bundesrecht so zu verstehen ist, dass die Mitwirkungspflicht alle Vorkehrungen umfasst, die der Heimatstaat für die Einreise voraussetzt. Der Beschwerdeführer muss – soweit dies von ihm abhängt – dazu beitragen, die Einreisebedingungen des Heimatstaats zu erfüllen (vgl. BGer 2C_549/2021 vom 3. September 2021 E. 4.2.1). Jeder Ausländer hat nach Völkerrecht das Recht, sich in der Schweiz zur konsularischen Vertretung seines Heimatstaates zu begeben (Art. 36 Ziff. 1 lit. a des Wiener Übereinkommens vom 24. April 1963 über konsularische Beziehungen; SR 0.191.02, WÜK), welches die Aufgabe hat, den eigenen Staatsangehörigen Pässe und Reiseausweise auszustellen (Art. 5 lit. d WÜK). Nach Treu und Glauben ist im zwischenstaatlichen Verkehr zu vermuten, dass sich die Staaten völkerrechtskonform verhalten, solange nicht konkrete Anzeichen dafür bestehen, dass dies nicht der Fall ist. Beruft sich ein Ausländer darauf, eine Ausreise



sei nicht möglich, weil er keine Reisepapiere habe und sein Heimatstaat ihm die Rückkehr oder die Ausstellung von Papieren verweigere, so ist er aufgrund seiner Mitwirkungspflicht verpflichtet, dies zu belegen und zumindest darzulegen, dass er sich bei der zuständigen Vertretung darum bemüht hat. Solange die betroffene Person freiwillig ausreisen kann, liegt keine Unmöglichkeit vor, auch wenn eine zwangsweise Ausschaffung nicht möglich ist. Zudem muss die Unmöglichkeit der freiwilligen Ausreise oder zwangsweisen Ausschaffung durch Umstände bedingt sein, die ausserhalb der Einflussmöglichkeit der zur Mitwirkung verpflichteten weggewiesenen Person liegen (vgl. BGer 2C_701/2019 vom 17. Januar 2020 E. 4.1 mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Schrifttum; 2C_541/2017 vom 19. Januar 2018 E. 4.2).

Dem Beschwerdeführer war es in früheren Verfahrensstadien, insbesondere im Asylverfahren, sowohl seinen Schilderungen zufolge als auch tatsächlich durchaus möglich, mit Familienangehörigen im Heimatland Kontakt aufzunehmen (act. 9/2, Seiten 125/268, 126/268 und 139/268). Er wäre, wiederum seinen Schilderungen zufolge, in der Lage gewesen, zur Bestätigung seiner Identität eine Geburtsurkunde beschaffen zu lassen (act. 9/2, Seiten 128/268, 129/268 und 139/268). Das Dokument sei ihm auch elektronisch übermittelt worden (act. 9/2, Seite 139/268). Dass ihm die Möglichkeiten, mit Familienangehörigen in Kontakt zu treten und gegebenenfalls Dokumente zur Bestätigung seiner Identität zu beschaffen, jetzt nicht mehr offenstehen sollen, weil er den PIN seines Telefons vergessen habe oder weil Facebook nicht funktioniere, erscheint unglaubwürdig. Die Kontaktaufnahme mit seiner Familie ist sodann nur eine Möglichkeit, allenfalls zu einem Identitätspapier zu kommen, welches ihm die freiwillige Rückkehr in sein Heimatland ermöglicht. Wenn das Generalkonsulat seine Identität als X.__, geboren 1. Januar 2003, nicht bestätigte, kann dies Gründe haben, welche der Beschwerdeführer aus dem Weg räumen kann. Insbesondere ist denkbar, dass das Geburtsdatum – es wurde von den Asylbehörden festgelegt, weil sie davon ausging, der Beschwerdeführer sei im Zeitpunkt der Einreichung des Asylgesuchs nicht mehr minderjährig gewesen – der Identifikation entgegenstand. Möglich ist auch, dass der Beschwerdeführer nicht – wie er angibt – in Z.__, sondern an einem anderen Ort in Algerien geboren wurde. Der Beschwerdeführer hat zudem den Eindruck hinterlassen, die freiwillige Rückkehr sei eine Frage des Preises, wenn er äusserte, die ihm als Rückkehrhilfe angebotenen CHF 6'000 seien "zu wenig". Vor dem Hintergrund, dass eine LINGUA-Analyse offenbar nicht zu einem eindeutigen Ergebnis geführt hat (nicht in den Akten; vgl. Rz. 18 der Beschwerde vom 27. Dezember 2022), ist im Übrigen nicht auszuschliessen, dass der Beschwerdeführer tatsächlich nicht aus Algerien stammt. Auch für die Klärung der Frage der tatsächlichen Herkunft sind die



zuständigen Behörden in erster Linie auf die pflichtgemässe Mitwirkung des Beschwerdeführers angewiesen.

3.4.

Angesichts dieser Umstände ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, die Wegweisung könne im Sinn von Art. 78 Abs. 1 AIG aufgrund des persönlichen Verhaltens des Beschwerdeführers nicht vollzogen werden. Damit steht auch eine Entlassung des – im Übrigen mehrfach strafrechtlich auffällig gewordenen (vgl. Sachverhalt des angefochtenen Entscheides) – Beschwerdeführers gestützt auf Art. 78 Abs. 6 Ingress und lit. a AIG mit der Begründung, eine selbständige und pflichtgemässe Ausreise sei nicht möglich, obwohl die betroffene Person ihren behördlich auferlegten Mitwirkungspflichten nachgekommen ist, nicht in Frage.

4.

4.1.

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, der Beschwerdegegner habe das Beschleunigungsgebot verletzt. Die Behörde habe seit Verlängerung der Durchsetzungshaft die Zeit für eine Rückführung des Beschwerdeführers ungenutzt verstreichen lassen. Auch bei der Durchsetzungshaft könne sich die Behörde nicht damit begnügen, tatenlos zuzuwarten, bis die betroffene Person ihr Verhalten ändere. Die Behörde habe, ausser einer Befragung und einer Lingua-Analyse keine konkreten Schritte unternommen. Inwiefern eine erneute Befragung einer Person zu einer Beschleunigung des Verfahrens beitragen solle, sei nicht ersichtlich. Die Lingua-Analyse sei vorliegend unbeachtlich, weil sie zu einem eindeutigen Ergebnis geführt beziehungsweise die Aussagen des Beschwerdeführers bestätigt habe und in Anbetracht der Umstände nicht geeignet sei, eine Beschleunigung des Verfahrens zu bewirken. Es könne nicht angehen, dass die Behörde alibimässig Verfahrenshandlungen vornehme, um dem Vorwurf der Verletzung des Beschleunigungsgebots zu entgehen, ohne dass diese Verfahrenshandlungen tatsächlich etwas zur Beschleunigung des Verfahrens beitragen würden. Genau dies sei hier aber der Fall.

4.2.

Von einer Verletzung des Beschleunigungsgebots im Verfahren des Vollzugs einer ausländerrechtlichen Wegweisung ist in der Regel auszugehen, wenn während mehr als zweier Monate keinerlei Vorkehren mehr im Hinblick auf die Ausschaffung getroffen wurden, ohne dass diese Verzögerung in erster Linie auf das Verhalten ausländischer Behörden oder des Betroffenen selber zurückgeht. Entscheidend sind jedoch die



Umstände des Einzelfalls, wobei ein widersprüchliches Verhalten des Betroffenen mitberücksichtigt werden kann (vgl. BGer 2C_813/2009 vom 11. Januar 2010 E. 4 mit Hinweis auf BGE 124 II 49 E. 3a). Die Durchsetzungshaft unterliegt in dem Sinn dem Beschleunigungsgebot, dass die Behörden regelmässig von Amtes wegen zu prüfen haben, ob die Ausschaffung tatsächlich vollzogen werden könnte, falls der Betroffene bereit wäre, zu kooperieren; überdies müssen sie ihn bei seinen Bemühungen, die erforderlichen Papiere zu beschaffen, jeweils aktiv unterstützen (BGE 134 II 201 E. 2.2.5 mit Hinweis auf BGE 134 I 92 E. 2.3.1). Die Behörden verletzen das Beschleunigungsgebot nicht, wenn sie ihrerseits nichts mehr vorkehren können, um die Ausschaffung weiter voranzutreiben (vgl. BGE 135 II 105 E. 2.3.1). Bei der Durchsetzungshaft gilt das Beschleunigungsgebot nur relativiert, da die Wegweisung nicht vollzogen werden kann, weil der Betroffene – wie hier – die Rückkehr in seine Heimat hintertreibt (BGer 2C_368/2020 vom 4. Juni 2020 E. 4.2).

4.3.

Der Beschwerdegegner kann die Identifikationsabklärung bei dem algerischen Generalkonsulat nur wieder aufnehmen, wenn neue Elemente vorliegen (act. 9/2, Seite 225/268). Abgesehen davon, dass das vom Beschwerdeführer angegebene Geburtsdatum vom 11. August 2004 möglicherweise als ein solches Element eine erneute Abklärung rechtfertigen könnte, sind die schweizerischen Behörden damit in erster Linie auf zusätzliche und den Tatsachen entsprechende Angaben des Beschwerdeführers angewiesen. Im Übrigen haben sie auch eigene Schritte unternommen, indem sie eine LINGUA-Analyse durchgeführt und ein Verfahren zur Feststellung der Identität über Interpol in verschiedenen Ländern, zu denen der Beschwerdeführer eine Verbindung, sei es aufgrund seiner tatsächlichen Herkunft, sei es aufgrund eines vorübergehenden Aufenthalts haben könnte, in die Wege geleitet haben. Die Rüge, das Beschleunigungsgebot sei verletzt, erweist sich als unbegründet.

5.

5.1.

Der Beschwerdeführer beanstandet die fehlende Überprüfung der Verhältnismässigkeit der Durchsetzungshaft durch den Beschwerdegegner und die Vorinstanz. Letztere halte lediglich in einem Satz fest, die Haft sei verhältnismässig ohne dies zu begründen. Insbesondere habe sie weder Feststellungen zur Gesundheit des Beschwerdeführers getroffen noch diese in der Interessenabwägung berücksichtigt. Er habe angegeben, durch die Haft einer enormen psychologischen Belastung ausgesetzt zu sein. Durch die Haftbedingungen sei er von der Aussenwelt isoliert. Wiederholt sei ihm der Zugang zu einem Arzt verwehrt worden. Dass überhaupt nicht absehbar sei, wann die



Wegweisung vollzogen werden könne, stelle eine ungemeine Belastung gerade für den Beschwerdeführer dar, der aufgrund von Fluchterfahrungen und weiteren Traumata psychisch bereits enorm vorbelastet sei. In der Hoffnung, seinen Kooperationswillen zu erzwingen, werde er durch die Haft einer erheblichen psychischen Belastung ausgesetzt, ohne dass er in der Lage wäre, etwas an der Situation zu ändern. Es gehe dem Beschwerdeführer gesundheitlich schlecht. Das Aufsetzen von Druck durch die Beugehaft, ohne dass der Beschwerdeführer faktisch etwas an der Situation ändern könne, sei nicht zulässig. Die Haft dürfe stets nur als ultima ratio eingesetzt werden, um eine Ausschaffung realisieren zu können.

5.2.

Der Beschwerdeführer ist auch gemäss seiner eigenen Darstellung – er macht geltend, am 11. August 2004 geboren zu sein – mittlerweile volljährig. In der Beschwerde werden die Haftbedingungen im Zentrum für ausländerrechtliche Administrativhaft am Flughafen Zürich, in welchem der Beschwerdeführer untergebracht ist, nicht generell beanstandet. Gemäss § 54 Abs. 1 Satz 1 der Hausordnung steht ein Gesundheitsdienst zur Verfügung, dessen medizinische Fachpersonen während sieben Tagen pro Woche bereitstehen (vgl. Zentrum für ausländerrechtliche Administrativhaft | Kanton Zürich [zh.ch]). Die Person, an welche sich der Inhaftierte bei Krankheit wendet, leitet die notwendige Behandlung ein und veranlasst bei Bedarf die Überweisung zur Visite an die Gefängnisärztin oder den Gefängnisarzt (§ 54 Abs. 4 Satz 2 der Hausordnung). Wenn die angesprochene Person im konkreten Einzelfall das Ermessen nicht so ausgeübt hat, wie es der Beschwerdeführer erwartete, und keine Visite beim Gefängnisarzt veranlasst hat, führt dies nicht dazu, dass die Haftbedingungen den Anforderungen von Art. 81 AIG nicht entsprechen.

Dafür, dass der Beschwerdeführer mit Blick auf die Bedingungen im Zentrum für ausländerrechtliche Administrativhaft nicht hafterstehungsfähig wäre, bestehen keine ausreichenden konkreten Anhaltspunkte. Gemäss § 55 der Hausordnung werden die eintretenden Personen untersucht. Die weitere Behandlung und Betreuung, wie sie die Hausordnung vorsieht, ist geeignet, eine kontinuierliche Beurteilung der Hafterstehungsfähigkeit zu gewährleisten. Im Dezember 2021 wurde beim Beschwerdeführer eine psychische und Verhaltensstörungen aufgrund schädlichen Gebrauchs von Sedativa oder Hypnotika diagnostiziert (act. 9/2, Seite 156/268). Allerdings wurde auch festgehalten, dass die in der Sprechstunde durchgeführte Urinkontrolle hinsichtlich des Nachweises von Benzodiazepinen negativ verlief, keine akute Entzugssymptomatik erkennbar war, dem Beschwerdeführer aus suchtmedizinischer Sicht keine entsprechenden Medikamente verschrieben wurden



und er eine alternative Therapie ablehnte (act. 9/2, Seite 142/268). Anlässlich einer Anhaltung trug der Beschwerdeführer Pregabalin 150 mg – eine Antiepileptikum – und Rivotril 2 mg – aus den Wirkstoffklassen der Benzodiazepine und der Antiepileptika – auf sich (act. 9/2, Seite 220/268). Die Asylbehörde hat die medizinischen Vorbringen generell als nachgeschoben beurteilt (act. 9/2, Seite 124/268). Über die aktuelle medikamentöse Versorgung des Beschwerdeführers lässt sich den Akten nichts entnehmen. Am 4. November 2022 beklagte sich der Beschwerdeführer zwar in der Befragung durch den Beschwerdegegner über Stress in der Haft (act. 7/2, Seite 3/14). Gemäss der letzten aktenkundig protokollierten Aussage des Beschwerdeführers ging es ihm allerdings am 9. Dezember 2022 gut (act. 7/2, Seite 6/14). Im Lauf des Beschwerdeverfahrens hat der Beschwerdeführer keine aktuellen Angaben zu seiner Befindlichkeit gemacht. Die konkreten Hinweise in den Akten zum Gesundheitszustand des Beschwerdeführers lassen den Vollzug der Haft im Zentrum für ausländerrechtliche Administrativhaft nicht als aus gesundheitlichen Gründen unverhältnismässig erscheinen.

Der Beschwerdeführer ist seit 19. September 2022 in ausländerrechtlicher Haft. In Frage stehen die Recht- und Verhältnismässigkeit ihrer Verlängerung bis 18. Februar 2023. Die Haftdauer bewegt sich damit noch im Rahmen der maximalen Haftdauer von sechs Monaten, die jedoch überschritten werden darf, wenn die betroffene Person nicht mit der zuständigen Behörde kooperiert (Art. 79 Abs. 1 und Abs. 2 Ingress und lit. a AIG). Zwar kann sich die Durchsetzungshaft mit Blick auf deren Dauer auch dann als unverhältnismässig erweisen, wenn der Vollzug der Wegweisung einzig am Verhalten der betroffenen Person scheitert (vgl. BGer 2C_640 und 643/2008 vom 29. Januar 2009 E. 2.3.1, wonach die Entlassung aus der insgesamt seit zwanzig Monaten anhaltenden ausländerrechtlichen Haft im Rahmen des dem Haftrichter zustehenden Ermessens liegt). Demgegenüber kann bei einer "erst" seit dreizehn Monaten andauernden Haft nicht ausgeschlossen werden, dass die betroffene Person ihre Haltung während der verbleibenden Maximaldauer doch noch ändern und sich bereit erklären würde, das Land zu verlassen (BGE 134 II 201 ff.). Der Beschwerdeführer hat sich – trotz seiner ausländerrechtlichen Festhaltung – geweigert, mit den Behörden bei der Papierbeschaffung sinnvoll zusammenzuarbeiten und das Land freiwillig zu verlassen. Seine Identität ist nach wie vor nicht erstellt. Er kann nicht gegen seinen Willen – und damit zwangsweise – nach Algerien verbracht werden; die Behörden können nichts mehr vorkehren, um seine Ausschaffung weiter voranzutreiben und dem konventionsrechtlichen Beschleunigungsgebot von Art. 5 Ziffer 1 lit. f EMRK nachzukommen. Die Dauer der Inhaftierung des Beschwerdeführers lässt die



vorliegend umstrittene Verlängerung der Durchsetzungshaft auf sechs Monate nicht als unverhältnismässig erscheinen.

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass Beschwerdegegner und Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf das rechtliche Gehör im Verfahren der Verlängerung der Durchsetzungshaft bis 18. Februar 2023 verletzt haben. Die Beschwerde erweist sich bezüglich dieser Rüge als begründet, und – da der in Frage stehende Haftzeitraum bereits abgelaufen ist – ist die Verletzung im Dispositiv festzustellen. In der Sache erweist sich die Verlängerung der Durchsetzungshaft bis 16. Februar 2023 indes als recht- und verhältnismässig. Die Beschwerde erweist sich bezüglich dieser Rügen als unbegründet.

7.

Der Beschwerdeführer unterliegt zwar in der Sache, jedoch haben Beschwerdegegner und Vorinstanz seinen Anspruch auf rechtliches Gehör und damit eine wesentliche Verfahrensvorschrift verletzt. Für das Beschwerdeverfahren sind deshalb keine amtlichen Kosten zu erheben (Art. 95 VRP).

Bei dieser Verlegung der amtlichen Kosten hat der Beschwerdeführer Anspruch auf die Entschädigung seiner ausseramtlichen Kosten. Die Rechtsvertreterin hat eine Kostennote mit einem Honorar von CHF 1'914 (Rechtsanwältin 6.2 Stunden zu CHF 220; Praktikantin 5 Stunden zu CHF 110) zuzüglich CHF 32.60 Barauslagen eingereicht. In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Verwaltungsgericht pauschal CHF 1'500 bis CHF 15'000 (Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b der Honorarordnung; sGS 963.75, HonO). Innerhalb dieses Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der notwendigen Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, bemessen (Art. 19 HonO). Mit Blick auf die Grössenordnung der pauschalen Entschädigungen in vergleichbaren Verfahren (vgl. beispielsweise VerwGE B 2022/124 vom 25. Juli 2022 E. 6, VerwGE B 2022/122 vom 8. August 2022 E. 7, VerwGE B 2022/148 vom 12. September 2022 E. 8) erscheint das nach Aufwand geltend gemachte Honorar von CHF 1'900 zulasten des Beschwerdegegners als angemessen. Hinzu kommen die geltend gemachten Barauslagen von CHF 32.60. Mangels Antrags ist die Mehrwertsteuer nicht hinzuzurechnen (Art. 29 HonO).



Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

2.

Es wird festgestellt, dass der Beschwerdegegner und die Vorinstanz im Verfahren der Verlängerung der Durchsetzungshaft des Beschwerdeführers vom 18. Dezember 2022 bis 16. Februar 2023 den Anspruch des Beschwerdeführers auf das rechtliche Gehör verletzt haben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

3.

Es werden keine amtlichen Kosten erhoben.

4.

Der Staat (Beschwerdegegner) entschädigt den Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren mit CHF 1'932.60 (ohne Mehrwertsteuer).