



Fall-Nr.: B 2023/222
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 13.02.2024
Entscheiddatum: 07.12.2023

Entscheid Verwaltungsgericht, 07.12.2023

Ausschaffungshaft, Art. 76 AIG, unentgeltliche Rechtsverteidigung, Art. 99 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 117 und Art. 119 Abs. 2 ZPO. In Verfahren betreffend die Verlängerung der Ausschaffungshaft über drei Monate hinaus besteht auf Gesuch hin ein Anspruch des Häftlings auf unentgeltliche Rechtsverteidigung, da der Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen derart schwer wiegt, dass besondere Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur nicht erforderlich sind. Die mittellose Partei hat ein freies Wahlrecht bezüglich der Person des unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung hat sie in der überwiegenden Zahl der Fälle bereits einen vermutungsweise kompetenten Anwalt mandatiert. Die öffentlich-rechtliche Einsetzung als unentgeltlicher Rechtsbeistand ändert nichts an dessen Aufgabe als Parteivertreter und zieht grundsätzlich auch keine staatliche Kontrolle der Mandatsführung nach sich. Eine Teilnahme des unentgeltlichen Rechtsbeistands an der Haftprüfungsverhandlung ist nicht zwingend, da es sich bei der anwaltlichen Vertretung in den Verfahren betreffend Ausschaffungshaft nicht um eine zwingend notwendige Verteidigung wie im Strafverfahren (vgl. BGE 131 I 185 E. 3.2.3), sondern um einen Rechtsanspruch handelt, auf den ein Häftling auch verzichten kann, ohne dass dies missbräuchlich wäre. (Verwaltungsgericht B 2023/222)

Entscheid vom 7. Dezember 2023

Besetzung

Abteilungspräsident Brunner; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;
Gerichtsschreiberin Schmid Etter

Verfahrensbeteiligte

A. __,



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Cora Schmid, AsyLex, Gotthardstrasse 52,
8002 Zürich,

gegen

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

Vorinstanz,

Migrationsamt, Oberer Graben 38, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegner,

Gegenstand

Verlängerung der Ausschaffungshaft (Art. 76 AIG)

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

A.___ reiste gemäss eigenen Angaben am 1. August 2022 von Italien kommend illegal ohne Reisepass und Visum in die Schweiz ein. Mit Strafbefehl des Untersuchungsamtes St. Gallen vom 31. August 2022 wurde er wegen rechtswidrigen Aufenthalts zu einer bedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je CHF 30 und einer Busse von CHF 300 verurteilt. Gleichentags wurde er vom Migrationsamt des Kantons St. Gallen (nachfolgend: das Migrationsamt) aus der Schweiz und dem Schengenraum weggewiesen. Die Ausreisefrist wurde auf den 10. September 2022 angesetzt.

Am 13. September 2022 wurde A.___ von seiner damaligen Freundin mit einem Messer im Brustbereich verletzt. Das Migrationsamt stellte fest, dass A.___ noch nicht ausgereist war, und ordnete für ihn am 21. September 2022 eine Meldepflicht alle zwei Wochen an. Ferner wurde er aufgefordert, sich unverzüglich um die Beschaffung eines



Reisepapiers zu bemühen, ansonsten ihm Ausschaffungshaft drohe. Vorerst kam er der Meldepflicht nach, ab Dezember 2022 allerdings nicht mehr.

B.

Am 6. Juli 2023 wurde A.___ wegen des Verdachts auf Widerhandlung gegen das Ausländer- und Integrationsgesetz vorläufig festgenommen. Mit Strafbefehl vom 6. Juli 2023 wurde er von der Staatsanwaltschaft F.___ wegen rechtswidrigen Aufenthalts zu einer Geldstrafe von 110 Tagessätzen zu je CHF 30 verurteilt. Gestützt auf einen Haftbefehl des Migrationsamts wurde A.___ gleichentags in Ausschaffungshaft versetzt. Mit Eingabe vom 7. Juli 2023 ersuchte das Migrationsamt die Verwaltungsrekurskommission um richterliche Genehmigung der Ausschaffungshaft bis zur Ausschaffung beziehungsweise vorläufig längstens für drei Monate. Mit Entscheid vom 10. Juli 2023 bestätigte der zuständige Einzelrichter den Haftbefehl vom 7. Juli 2023 und genehmigte die Ausschaffungshaft längstens bis 5. Oktober 2023. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 31. August 2023 ab (Verfahren B 2023/144).

C.

Auf Ersuchen des Migrationsamts vom 27. September 2023 und nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung genehmigte der zuständige Einzelrichter der Verwaltungsrekurskommission die Verlängerung der Ausschaffungshaft mit Entscheid vom 5. Oktober 2023 um weitere drei Monate bis 5. Januar 2024 (Ziffer 1 des Dispositivs). Einer allfälligen Beschwerde entzog er die aufschiebende Wirkung (Ziffer 2). Auf die Erhebung amtlicher Kosten wurde verzichtet (Ziffer 3) und das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung abgewiesen (Ziffer 4).

D.

A.___ (Beschwerdeführer) erhob gegen den am 9. Oktober 2023 ausgehängten Entscheid der Verwaltungsrekurskommission (Vorinstanz) mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 23. Oktober 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, die Ziffern 1 und 4 des Urteilsdispositivs der Verwaltungsrekurskommission vom 5. Oktober 2023 seien aufzuheben und der Beschwerdeführer sei aus der Ausschaffungshaft zu entlassen; zudem sei die Widerrechtlichkeit der Haft festzustellen und eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Eventualiter sei Ziff. 4 des Urteilsdispositivs der Verwaltungsrekurskommission vom 5. Oktober 2023 aufzuheben, Rechtsanwältin MLaw Cora Schmid, Zürich, als unentgeltliche Rechtsbeiständin einzusetzen und angemessen zu entschädigen. Subeventualiter seien Ziff. 1 und 4 des Urteilsdispositivs der Verwaltungsrekurskommission vom 5. Oktober 2023 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In formeller



St.Galler Gerichte

Hinsicht ersuchte der Beschwerdeführer um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung in der Person von Rechtsanwältin MLaw Cora Schmid.

Mit Schreiben vom 26. Oktober 2023 liess sich die Vorinstanz vernehmen. Sie beantragte die Abweisung der Beschwerde. Das Migrationsamt (Beschwerdegegner) verzichtete am 9. November 2023 auf eine Vernehmlassung. Nachdem der Beschwerdeführer am 30. Oktober 2023 ein Asylgesuch eingereicht hatte, wurde er am 16. November 2023 aus der Ausschaffungshaft entlassen. Am 30. November 2023 reichte der Beschwerdeführer eine weitere Stellungnahme ein.

Auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und die Ausführungen des Beschwerdeführers und der Vorinstanz zur Begründung ihrer Rechtsbegehren 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 ist zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde gegen den am 9. Oktober 2023 ausgehändigten Entscheid wurde mit Eingabe vom 23. Oktober 2023 rechtzeitig erhoben (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 VRP). Die Eingabe 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.

In Bezug auf die Verlängerung der Ausschaffungshaft ist die Beschwerde mit der Entlassung des Beschwerdeführers aus der Ausschaffungshaft am 16. November 2023 gegenstandslos geworden. Insofern, als der Beschwerdeführer beantragt, trotz Haftentlassung die Widerrechtlichkeit der Haft festzustellen, ist festzuhalten, dass die Haft bis dahin offensichtlich nicht widerrechtlich war. In der Beschwerde wurde – zu Recht – weder das Vorliegen eines vollstreckbareren Wegweisungstitels noch eines Haftgrundes beanstandet. Daran hatte sich seit der Haftanordnung auch nichts geändert. Ebenso wurde keine Verletzung des Beschleunigungsgebots und der Verhältnismässigkeit der Haft gerügt. Auch die Haftbedingungen wurden nicht



beanstandet. Entgegen den Rügen des Beschwerdeführers erschien der Wegweisungsvollzug auch während der genehmigten Verlängerung bis zur Entlassung am 16. November 2023 mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innert absehbarer Zeit rechtlich und tatsächlich möglich. Der ursprünglich auf den 6. September 2023 angesetzte Vorführtermin auf der Botschaft war wegen der Erkrankung einer Mitarbeiterin dieser Botschaft verschoben worden. Das SEM teilte dem Beschwerdegegner am 2. Oktober 2023 mit, dass die Vorführung neu am 15. November 2023 stattfinden werde. Wäre der Beschwerdeführer bei jener Anhörung als kenianischer Staatsangehöriger anerkannt worden, wäre ihm ein Reisepapier ausgestellt worden, mit welchem die Wegweisung nach Kenia hätte vollzogen werden können. Da er jedoch zwischenzeitlich ein Asylgesuch eingereicht hatte, musste der Vorführtermin kurzfristig abgesagt werden und der Beschwerdeführer wurde umgehend aus der Haft entlassen. Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass sich der Beschwerdeführer in einem gegen seine Ex-Freundin geführten Strafverfahren als Privatkläger konstituiert hat; diesbezüglich kann vollumfänglich auf die ausführlichen Erwägungen des Verwaltungsgerichts im Urteil B 2023/144 vom 31. August 2023 verwiesen werden (a.a.O., E. 4.3.1 und 4.3.2), die auch nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass die Staatsanwaltschaft seit Ergehen des Urteils Anklage erhoben hat und damit demnächst die Durchführung der Hauptverhandlung zu erwarten ist.

3.

Zu befinden bleibt über die Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung durch MLaw Cora Schmid im vorinstanzlichen Verfahren (Ziff. 4 des Entscheiddispositivs).

3.1.

Die Vorinstanz führte diesbezüglich aus, die Rechtsvertreterin habe den Beschwerdeführer an der mündlichen Verhandlung vor Gericht nicht vertreten, sondern stattdessen am Vortag eine schriftliche Stellungnahme eingereicht. Von Gesetzes wegen sei eine mündliche Verhandlung im Haftüberprüfungsverfahren zwingend durchzuführen. Der Sachverhalt müsse mit den Parteien nach allen Seiten hin erörtert und Einwände gegen die Haft müssten vom Richter sofort durch Rückfragen geklärt werden können. Der Beschwerdegegner könne zudem auch neue Anträge vorbringen. Dem Unmittelbarkeitsprinzip komme daher eine zentrale Rolle zu. Ohne Beisein an der mündlichen Verhandlung könne eine Anwältin die Interessen des Gesuchsgegners nicht im Sinn von Art. 12 lit. a des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (SR 935.61, BGFA) wahren. Die Rechtsvertreterin habe im Wissen um die zwingende mündliche Verhandlung in St. Gallen das Mandat



angenommen. Durch ihr Ausbleiben habe sie sich nicht zu den neuesten Erkenntnissen und allfällig aktualisierten Anträgen der Gesuchstellerin äussern können. Der Beschwerdeführer habe während der Verhandlung faktisch ohne rechtliche Vertretung dagestanden. Ihre Bemühungen hätten seine prozessuale Situation weder unmittelbar noch substantziell verbessert. Überdies beinhalte eine sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung auch die Pflicht zu rechtzeitiger Information, sodass der Mandant gegebenenfalls einen anderen Anwalt beiziehen könne. Durch das unabgemeldete Ausbleiben an der Verhandlung habe es die Rechtsvertreterin ihrem Mandanten verunmöglicht, allenfalls einen anderen Anwalt beizuziehen. Allerdings hätte auch eine vorgängige Information wegen Kurzfristigkeit nichts daran geändert. Darüber hinaus habe die Rechtsvertreterin teilweise aktenwidrige Sachverhaltsausführungen gemacht, was sich mit einem unentgeltlichen Rechtsverteistandungsmandat ebenfalls nicht verträglich. Die Mandatsführung der Rechtsvertreterin genüge einer fachgerechten Rechtsverteistandung in keiner Weise. Dadurch verletze die Rechtsvertreterin ihre Pflicht zur sorgfältigen und sachgemässen Vertretung. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteistandung in der Person von Rechtsanwältin Cora Schmid sei daher abzuweisen.

3.2.

Die Bestellung des unentgeltlichen Rechtsbeistands setzt ein entsprechendes Gesuch voraus; der Staat ist ausserhalb der notwendigen Verteidigung nicht verpflichtet, dem Mittellosen von Amtes wegen einen unentgeltlichen Rechtsbeistand beizuordnen (St. Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, 2008, S. 195). Die unentgeltliche Rechtspflege wird gewährt, wenn der Gesuchsteller bedürftig und das von ihm angestrebte Verfahren nicht aussichtslos ist. Soweit es zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist, hat er ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 99 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 117 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO). Der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltliche anwaltliche Verbeistandung besteht jedoch nicht voraussetzungslos. Nebst Bedürftigkeit und Nichtaussichtslosigkeit ist die sachliche Gebotenheit (Notwendigkeit) der unentgeltlichen Rechtsverteistandung im konkreten Fall entscheidend. Falls ein besonders starker Eingriff in die Rechtsstellung des Bedürftigen droht, ist die Rechtsverteistandung grundsätzlich geboten, andernfalls bloss, wenn zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen ist (BGE 119 Ia 265 E. 3b mit weiteren Hinweisen). Das Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit ist bei einem Freiheitsentzug von einer gewissen Intensität bzw. Dauer im Hinblick hierauf jeweils sachgerecht zu relativieren und das Kriterium der



Erfolgsaussichten differenziert zu handhaben (BGE 134 I 92 E. 3.2.3). Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass dem Ausländer bei der Haftverlängerung nach drei Monaten bzw. einer Haftanordnung von über drei Monaten eine schwere Freiheitsbeschränkung droht. Die wirksame Geltendmachung seiner Rechte setzt deshalb spätestens in diesem Verfahrensabschnitt voraus, dass einem Antrag auf unentgeltliche Verbeiständung entsprochen wird (BGE 139 I 206 E. 3.3.1). Nach spätestens drei Monaten Haft ist daher einem mittellosen Ausländer im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren *auf Gesuch hin* in jedem Fall ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (M. Businger, *Ausländerrechtliche Haft*, 2015, S. 287 f.). Seine Schranke findet dieser Anspruch wie jeder andere auch im allgemein geltenden Rechtsmissbrauchsverbot. Für mutwillige und trölerische Prozessführung kann er ohne Verfassungsverletzung eingeschränkt bzw. verweigert werden (BGE 129 I 281 E. 4.5).

3.3.

Unentgeltliche Rechtsbeistände werden durch hoheitliche Verfügung bestellt, sie stehen demnach zum Staat in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis (BGE 132 V 200 E. 5.1.4). Im Monopolbereich dürfen nur zugelassene Rechtsanwälte als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt werden. Gestützt auf Art. 99 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 119 Abs. 2 ZPO, wonach im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der gewünschte Rechtsbeistand oder die gewünschte Rechtsbeiständin bezeichnet werden kann, hat die mittellose Partei ein freies Wahlrecht bezüglich der Person des unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung hat die mittellose Partei in der überwiegenden Zahl der Fälle bereits einen vermutungsweise kompetenten Anwalt mandatiert (Meichssner, a.a.O., S. 198). Der Ernennungsinstanz dürfte es kaum möglich sein, stichhaltige Gründe für die Ablehnung eines erwünschten Anwaltes vorzubringen (Rüegg/Rüegg, *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl. 2017, N 15 zu Art. 118 ZPO). Die öffentlich-rechtliche Einsetzung als unentgeltlicher Rechtsbeistand ändert nichts an dessen Aufgabe als Parteivertreter und zieht grundsätzlich auch keine staatliche Kontrolle der Mandatsführung nach sich. Was die eigentliche Tätigkeit betrifft, besteht somit letztlich kein Unterschied zwischen dem amtlich ernannten und privatrechtlich mandatierten Anwalt (Meichssner, a.a.O., S. 192).

Ein Begehren um Auswechslung des unentgeltlichen Vertreters ist zu bewilligen, wenn aus objektiven Gründen eine sachgemässe Vertretung der Interessen des Mandanten durch den bisherigen Rechtsanwalt nicht mehr gewährleistet ist (BGE 138 IV 161 E. 2.4). Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen dem unentgeltlichen Rechtsbeistand und der von ihm vertretenen Partei im



Verlaufe des Prozesses vollständig zerstört worden ist (Rüegg/Rüegg, a.a.O., Art. 118 N 15) oder eine schwerwiegende Pflichtvernachlässigung seitens des Rechtsbeistands vorliegt (Meichssner, a.a.O., S. 195). In Ausnahmefällen kann die einsetzende Instanz aufgrund der Fürsorgepflicht auch ohne Gesuch gehalten sein, eine Auswechslung vorzunehmen (BGE 131 I 350 E. 4.1).[\[BAV1\]](#)

3.4.

Die Vorinstanz führte zutreffend aus, dass in Verfahren betreffend die Verlängerung der Ausschaffungshaft über drei Monate hinaus ein Anspruch – jedoch kein zwingender – des Häftlings auf unentgeltliche Rechtsverteidigung besteht, da der Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen derart schwer wiegt, dass besondere Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur nicht erforderlich sind. Von mutwilliger oder trölerischer Prozessführung kann in solchen Verfahren nicht gesprochen werden. Ebenso ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer mittellos ist. Damit sind die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung erfüllt und der Beschwerdeführer hat Anrecht darauf, dass ihm im Haftverlängerungsverfahren eine unentgeltliche Rechtsvertretung zur Seite gestellt wird. Durch welchen Rechtsanwalt oder welche Rechtsanwältin er sich vertreten lassen möchte, bleibt ihm überlassen.

Der Beschwerdeführer mandatierte am 14. Juli 2023 Rechtsanwältin Lea Hungerbühler, substituiert durch Rechtsanwältin Cora Schmid, Zürich, mit seiner Vertretung (act. 3/2). Diese Vollmacht wurde bis heute nicht widerrufen. MLaw Cora Schmid, um deren Einsetzung als unentgeltliche Rechtsbeiständin der Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren mit Eingabe vom 3. Oktober 2023 ersuchte, hatte ihn bereits im Beschwerdeverfahren gegen die erstmalige Anordnung der Ausschaffungshaft (Verfahren B 2023/144) unentgeltlich vertreten sowie an zwei Befragungen des Beschwerdeführers in der Ausschaffungshaft am 9. August und 27. September 2023 teilgenommen (act. 6/2.13 ff. und 38 ff.). Zwischen der Rechtsvertreterin und dem Beschwerdeführer bestand somit bereits ein Auftrags- und mutmasslich auch ein Vertrauensverhältnis. Rechtsanwältin MLaw Cora Schmid ist im Anwaltsregister des Kantons Zürich eingetragen (vgl. gerichte-zh.ch). Als Angestellte bei der gemeinnützigen Organisation Asylex kann sie Mandate wie das vorliegende im Rahmen des von der Organisation verfolgten Zwecks führen (Art. 8 Abs. 2 BGFA).

3.5.

Der Beschwerdegegner ersuchte die Vorinstanz am 27. September 2023 um Verlängerung der Ausschaffungshaft um weitere drei Monate. Die Vorinstanz setzte den



Termin für die mündliche Haftprüfungsverhandlung in der Folge auf den 5. Oktober 2023, 11.30 Uhr, fest. Gemäss eigenen Angaben wurde die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers vom Beschwerdegegner per E-Mail über den vom Gericht festgesetzten Termin informiert. Daraus ist zu schliessen, dass der Verhandlungstermin mit ihr nicht vorgängig abgesprochen wurde, obschon das Gericht Kenntnis vom Vertretungsverhältnis hatte. Eine schriftliche Vorladung an die Rechtsvertreterin für die Verhandlung erging nicht, weshalb – unabhängig davon, ob eine Mitarbeiterin der Rechtsvertreterin die Vorinstanz vorgängig telefonisch über deren Nichtteilnahme informiert hatte, wofür jedoch mit dem Verbindungsnachweis vom 28. September 2023 einiges spricht (act. 12/8) – nicht von unentschuldigtem Ausbleiben gesprochen werden kann. Die Rechtsvertreterin RA Cora Schmid reichte in der Folge am 3. Oktober 2023 noch vor dem Haftprüfungstermin eine ausführlich begründete schriftliche Stellungnahme samt Kostennote ein mit den Anträgen, der Beschwerdeführer sei umgehend aus der Haft zu entlassen, es sei festzustellen, dass die Haftbedingungen im ZAA rechtswidrig seien und sie sei als amtliche Vertretung einzusetzen und für ihren Aufwand angemessen zu entschädigen (Eingang bei der Vorinstanz am 4. Oktober 2023; act. 6/4 und 6/5). Daraus konnte ebenfalls geschlossen werden, dass sie an der Verhandlung vom 5. Oktober 2023 nicht teilnehmen würde, was dann auch der Fall war. Eine solche Teilnahme war entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht zwingend, da es sich bei der anwaltlichen Vertretung in den Verfahren betreffend Ausschaffungshaft nicht um eine zwingend notwendige Verteidigung wie im Strafverfahren (vgl. BGE 131 I 185 E. 3.2.3), sondern um einen Rechtsanspruch handelt, auf den ein Häftling auch verzichten kann, ohne dass dies missbräuchlich wäre. Würde man der Rechtsauffassung der Vorinstanz folgen, wonach der Beschwerdeführer an der Verhandlung zwingend hätte vertreten sein müssen (vgl. Vernehmlassung der Vorinstanz, act. 5), hätte sie ihm zur Sicherstellung der ordentlichen Vertretung einen anderen unentgeltlichen Rechtsbeistand bestellen müssen.

Eine staatliche Kontrolle der Mandatsführung besteht auch bei Einsetzung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes nicht. Dem Beschwerdeführer war es daher freigestellt, sich – wie vorliegend – nur schriftlich vertreten zu lassen. Im Haftprüfungsverfahren stellen sich sodann hinsichtlich der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen hauptsächlich rechtliche Fragen, zu denen ohne Weiteres schriftlich Stellung genommen werden kann und zu denen nicht zwingend mündlich plädiert werden muss. An der Verhandlung selbst steht der persönliche Eindruck des Häftlings im Vordergrund, namentlich wie es ihm gesundheitlich geht und wie er mit den



Haftbedingungen zurechtkommt. Es hängt nicht von der Anwesenheit der Rechtsvertreterin ab, ob sich das Gericht diesen Eindruck verschaffen kann.

3.6.

Ein Verhandlungsprotokoll wurde von der Vorinstanz nicht erstellt. Gemäss dem angefochtenen Entscheid gab der Beschwerdeführer auf Befragung zu Protokoll, seine verstorbene Mutter stamme aus Kenia und sein verstorbener Vater aus dem Sudan. Er sei nicht bereit, nach Kenia zurückzukehren, da er dort niemanden habe. Es macht somit nicht den Anschein, dass der Sachverhalt mit den Parteien anlässlich der Verhandlung nach allen Seiten hin erörtert wurde. Mangels entsprechender Erwägungen im angefochtenen Entscheid ist sodann nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner aufgrund neuer Erkenntnisse neue Anträge gestellt hätte. Ebenso ist nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer um Einsetzung einer anderen Person als unentgeltlicher Rechtsbeistand ersucht hätte. Inwiefern die Anwesenheit der Rechtsvertreterin vor diesem Hintergrund im konkreten Fall zur unmittelbaren und substantiellen Verbesserung der prozessualen Situation des Beschwerdeführers hätte beitragen können und deshalb zwingend erforderlich gewesen wäre, erschliesst sich nicht, zumal das Gericht den massgebenden Sachverhalt ohnehin von Amtes wegen festzustellen und das Recht ebenfalls von Amtes wegen anzuwenden hat. Auch die von der Vorinstanz gerügten aktenwidrigen Sachverhaltsausführungen der Rechtsvertreterin stellen – soweit die Rüge überhaupt zutrifft – keine schwerwiegenden Pflichtvernachlässigungen dar und sind kein Grund für die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsverteiständung durch dieselbe. Eine offensichtliche Unfähigkeit von Rechtsanwältin Cora Schmid, welche eine Nichteinsetzung zu rechtfertigen vermocht hätte, lag daher nicht vor. Insgesamt war die Rechtsvertretung gemessen an durchschnittlichen Kriterien sorgfältig und gewissenhaft.

3.7.

Da die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtsverteiständung erfüllt waren (Bedürftigkeit und Notwendigkeit der Vertretung), hatte der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 99 Abs. 2 VPR in Verbindung mit Art. 117 ff. ZPO Anspruch darauf, dass ihm die Vertretung durch die von ihm ursprünglich mandatierte Rechtsvertreterin gewährt wird. Dem Beschwerdeführer wurde somit die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteiständung durch Rechtsanwältin Cora Schmid im Verfahren betreffend Verlängerung der Ausschaffungshaft vor der Vorinstanz zu Unrecht verweigert. Die Beschwerde ist diesbezüglich somit gutzuheissen und dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren Rechtsanwältin MLaw Cora Schmid, Zürich, als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.



4.

4.1.

Der Staat hat die Rechtsbeiständin des Beschwerdeführers für die ausseramtlichen Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu entschädigen. Wird vor Verwaltungsrekurskommission die unentgeltliche Rechtsbeiständung gewährt, gelangt die staatliche Honorarordnung für die Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens der Verwaltungsrechtspflege zur Anwendung (Art. 30 lit. b Ziff. 2 des Anwaltsgesetzes, sGS 963.70, AnwG). Bei unentgeltlicher Prozessführung wird das Honorar um einen Fünftel herabgesetzt (Art. 31 Abs. 3 AnwG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor dem Einzelrichter im Verwaltungsjustizverfahren pauschal CHF 1'000 bis CHF 7'500 (Art. 22 Abs. 1 lit. c der Honorarordnung, sGS 963.75, HonO). Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, bemessen (Art. 19 HonO).

4.2.

Die Rechtsvertreterin hat im vorinstanzlichen Verfahren eine Kostennote eingereicht, worin ausgehend von einem Aufwand von 5.2 Stunden à CHF 220 (Anwalt) und 0.5 Stunden à CHF 110 (Praktikant) ein Honorar von CHF 1'199 sowie Barauslagen von CHF 16.40 – (ohne Mehrwertsteuer) geltend gemacht wurde (act. 6/5). Diese in der Honorarnote aufgezählten Leistungen erfolgten im Zeitraum 8. September bis 4. Oktober 2023. Soweit es um die anwaltliche Vertretung während des Haftvollzugs samt Teilnahme an Befragungen geht, fällt diese nicht unter den im Haftprüfungsverfahren zu entschädigenden Aufwand. Zu entschädigen ist der Aufwand ab Erhalt des Antrags auf Haftverlängerung. Angemessen erscheint dafür ein zufolge unentgeltlicher Rechtspflege gekürztes Honorar von CHF 800 zuzüglich der geltend gemachten effektiven Barauslagen von CHF 16.40. Ein Antrag auf Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht gestellt (vgl. Art. 29 HonO). Die Rechtsvertreterin darf von ihrem Mandanten kein zusätzliches Honorar fordern (Art. 11^{bis} HonO). Der Beschwerdeführer ist zur Nachzahlung der Kosten aus unentgeltlicher Rechtspflege und Rechtsbeiständung an den Staat verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 99 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 123 Abs. 1 ZPO).

5.

Zusammenfassend ist die Beschwerde, soweit sie nicht zufolge gegenstandslos abzuschreiben ist, gutzuheissen und Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz vom 5. Oktober 2023 aufzuheben. Das Gesuch um unentgeltliche



St.Galler Gerichte

Rechtsverbeiständung im vor-instanzlichen Verfahren ist gutzuheissen und Rechtsanwältin MLaw Cora Schmid, Zürich, als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestimmen. Der Staat hat die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers aus unentgeltlicher Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren mit CHF 816.40 zu entschädigen.

6.

6.1.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens vom Staat zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Auf die Erhebung der Kosten ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

6.2.

Der obsiegende [BAV2] Beschwerdeführer hat Anspruch auf Entschädigung seiner ausseramtlichen Kosten im Beschwerdeverfahren. Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hat keine Kostennote eingereicht. Das Honorar bewegt sich im Rahmen der pauschalen Entschädigung, die einer Partei in einem vergleichbaren Verfahren bei Obsiegen zugesprochen würde. Angemessen erscheint vorliegend ein pauschales Honorar von CHF 1'250 (vgl. Art. 19, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b HonO). Hinzu kommen Barauslagen von CHF 50 (pauschal vier Prozent von CHF 1'250; vgl. Art. 28^{bis} HonO). Mangels Antrags ist die Mehrwertsteuer nicht hinzuzurechnen (Art. 29 HonO). Entschädigungspflichtig ist der Staat (Migrationsamt).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1.

Soweit die Beschwerde nicht zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben ist, wird sie gutgeheissen und Ziff. 4 des Entscheids der Vorinstanz vom 5. Oktober 2023 aufgehoben.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung im vorinstanzlichen Verfahren wird gutgeheissen und Rechtsanwältin MLaw Cora Schmid, Zürich, als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestimmt. Der Staat entschädigt die Rechtsvertreterin aus unentgeltlicher Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren mit CHF 816.30.

3.

Auf die Erhebung amtlicher Kosten wird verzichtet.



4.

Der Staat (Migrationsamt) entschädigt den Beschwerdeführer ausseramtlich mit CHF 1'300.