



**Fall-Nr.:** VI-2016/42  
**Stelle:** Verwaltungsrekurskommission  
**Rubrik:** Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht  
**Publikationsdatum:** 27.02.2020  
**Entscheiddatum:** 30.08.2016

### **Entscheid Verwaltungsrekurskommission, 30.08.2016**

**Feststellungsverfügung. Anspruch auf Erlass einer richterlichen Feststellungsverfügung über die Rechtmässigkeit eines Freiheitsentzugs bejaht bei Person, die in Ausschaffungshaft genommen, aber aufgrund deren kurzen Dauer von weniger als 96 Stunden nicht gemäss Art. 80 Abs. 2 AuG von Amtes wegen einem Richter vorgeführt wurde (Verwaltungsrekurskommission, Entscheid des Einzelrichters vom 30. August 2016, VRKE VI-2016/42 P).**

X, Gesuchstellerin,

p. adr. A,

gegen

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

betreffend

Feststellung der Rechtswidrigkeit der ausländerrechtlichen Haft

#### **Sachverhalt:**

A.- X (geb. 1986) ist Staatsangehörige von A und verfügte bis 2014 über eine italienische Aufenthaltsbewilligung. Eigenen Angaben gemäss reiste sie am 1. November 2011 in die Schweiz ein. Am 14. November 2013 ersuchte sie um Asyl. Am 2. April 2014 erfolgte die Zusicherung der Rückübernahme von X durch die italienischen Behörden. Das Bundesamt für Migration (heute: Staatssekretariat für Migration, abgekürzt: SEM) trat am 25. Juni 2014 auf das Asylgesuch nicht ein und



## St.Galler Gerichte

wies X unter gleichzeitiger Anordnung des Vollzugs nach Italien weg. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht am 17. Juli 2014 ab. Am 24. Juli 2014 erliess das Migrationsamt gegen X einen Haftbefehl für Ausschaffungshaft gemäss Art. 76 des Ausländergesetzes (SR 142.20, abgekürzt: AuG) für die Zeit vom 12. August 2014 bis 13. August 2014. Der Haftbefehl wurde ihr am 12. August 2014, 10.25 Uhr, eröffnet und ihr das rechtliche Gehör gewährt. X äusserte, es sei schwer, auf diese Weise gehen zu müssen. Sie möchte mit ihrem Mann S zusammen hier leben. Sie möchte nicht gehen. Am 13. August 2014, 07.00 Uhr, wurde sie von der Polizei nach Chiasso gefahren, wo sie um 09.50 Uhr eintraf. Um 10.30 Uhr wurde sie beim Grenzübergang Ponte Chiasso den italienischen Behörden übergeben. Der Transport und die Übergabe erfolgten ohne Zwischenfälle.

Mit der Begründung, sie habe am 24. Juli 2014 beim Migrationsamt des Kantons St. Gallen ein Begehren um Familiennachzug und Erlaubnis des Aufenthalts für die Dauer des Verfahrens eingereicht, ersuchte X mit Schreiben vom 6. und 12. August 2014 beim SEM um Wiedererwägung. Dieses wies das Wiedererwägungsgesuch am 18. August 2014 ab.

B.- Der Vertreter von X ersuchte mit Eingabe vom 26. August 2014 die Verwaltungsrekurskommission, unter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, es sei die Rechtswidrigkeit der Ausschaffungshaft, des Wegweisungsvollzugs nach Italien und der Verzögerung des Entscheides über das Aufenthaltsrecht für die Dauer des Verfahrens zur Familienvereinigung festzustellen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege lehnte der Einzelrichter der Verwaltungsrekurskommission wegen Aussichtslosigkeit des Begehrens am 28. August 2014 ab. Dagegen erhob X mit Eingabe ihres Vertreters vom 9. September 2014 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2014 beschränkte ihr Vertreter das Verfahren vor der Verwaltungsrekurskommission auf die Frage der Rechtswidrigkeit der Ausschaffungshaft. Nachdem der Präsident des Verwaltungsgerichts die Beschwerde mit Urteil vom 4. Dezember 2014 abgewiesen hatte, erhob der Vertreter von X am 19. Januar 2015 Beschwerde beim Bundesgericht. Dieses hiess die Beschwerde am 19. August 2015 gut, hob den Entscheid des Verwaltungsgerichtspräsidenten auf und wies die Sache zum Entscheid an die Vorinstanz zurück. Es erwog, dass sich Art. 80 Abs. 2 AuG auf die Haftprüfung von Amtes wegen beziehe. Hingegen hätten Art. 31



## St.Galler Gerichte

Abs. 4 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt: BV) und Art. 5 Abs. 4 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, abgekürzt: EMRK) die Haftprüfung, welche die betroffene Person selbst auszulösen vermöge, zum Gegenstand. Die betroffene Person könne sofort nach dem Freiheitsentzug an die richterliche Behörde gelangen und dadurch die amtliche Überweisung der Sache an den Richter gemäss Ausländergesetz zeitlich überholen. Bei dieser Sachlage könne das von der Beschwerdeführerin erhobene Rechtsmittel nicht bereits als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden.

C.- Der Präsident des Verwaltungsgerichts sistierte das Beschwerdeverfahren nach dem Eingang des Urteils des Bundesgerichts, weil der Aufenthaltsort der nach Italien ausgeschafften X unbekannt war. Nachdem diese am 11. März 2016 mit einer Adresse in der Schweiz um einen umgehenden Entscheid ersucht hatte, wurde das Verfahren am 22. März 2016 wiederaufgenommen. Mit Entscheid vom 11. April 2016 gewährte ihr der Präsident des Verwaltungsgerichts die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren vor der Verwaltungsrekurskommission.

Der Einzelrichter der Verwaltungsrekurskommission lud das Migrationsamt am 8. Juni 2016 ein, zum Begehren von X Stellung zu nehmen. Das Migrationsamt verzichtete mit Eingabe vom 8. Juli 2016 auf eine Vernehmlassung und überwies die Akten dem Einzelrichter. Dieser gab X Gelegenheit zur Akteneinsicht und zur Einreichung einer Stellungnahme bis 23. August 2016. Innert der angesetzten Frist, aber auch später, liess sich die Gesuchstellerin nicht vernehmen.

### **Erwägungen:**

1.- Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen. Gemäss Art. 80 Abs. 2 AuG sowie Art. 93<sup>bis</sup> Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, abgekürzt: VRP) ist ein hauptamtlicher Richter der Verwaltungsrekurskommission als richterliche Behörde für Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht zur Überprüfung von Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Ausschaffungshaft zuständig.



2.- Die Gesuchstellerin hat mit Eingabe vom 26. August 2014 beantragt, es sei festzustellen, dass die am 24. Juli 2014 angeordnete und am 12./13. August 2014 durchgeführte Ausschaffungshaft unverhältnismässig und demnach rechtswidrig gewesen sei; dass der Vollzug der Wegweisungsverfügung nach Italien unzulässig gewesen sei und dass das kantonale Migrationsamt rechtswidrigerweise den Entscheid über den Antrag auf ein prozedurales Aufenthaltsrecht für die Zeit des Verfahrens betreffend Familienvereinigung bis nach Vollzug der Ausschaffung verzögert habe. Schliesslich sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und Notfrist für die Einreichung einer Rechtsmittelbegründung von vier Wochen anzusetzen. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2014 an das Verwaltungsgericht stellte der Vertreter der Gesuchstellerin klar, dass nur die Ausschaffungshaft Gegenstand des Verfahrens sei und das Begehren wegen Rechtsverzögerung zurückgezogen werde. Die unentgeltliche Rechtspflege wurde der Gesuchstellerin gewährt, ebenso wurde ihr Gelegenheit zur Einsicht in die Akten und Einreichung einer Stellungnahme gegeben. Die angesetzte Frist liess sie stillschweigend verstreichen. Aufgrund der ausdrücklichen Beschränkung des Begehrens auf die Ausschaffungshaft ist auf die übrigen Begehren nicht weiter einzugehen.

a) Die in der Sache zuständige Behörde kann gemäss Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021, abgekürzt: VwVG) über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen. Die Feststellungsverfügung muss konkrete Rechtsverhältnisse oder die Klarstellung von Rechtslagen zum Gegenstand haben. Nicht feststellungsfähig sind theoretische oder abstrakte Rechtsfragen und blosser Tatsachen (Rhinow et al., Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen der Bundesrechtspflege, 3. Aufl. 2014, Rz. 1281). Im Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons St. Gallen ist der Begriff der Verfügung nicht definiert und insbesondere die Feststellungsverfügung nicht vorgesehen. Trotzdem ist die Feststellungsverfügung in der St. Galler Praxis unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt (A. Kley, Die Feststellungsverfügung, in: Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 232 Fn. 19; Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 559).



b) Dem Feststellungsbegehren ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Schutzwürdig ist das Interesse dann, wenn der Private bei einer Verweigerung der nachgesuchten Feststellung Vorkehrungen treffen oder unterlassen würde und ihm dadurch Nachteile entstünden (Rhinow et al., a.a.O., Rz. 1279). Im Weiteren muss das Interesse an der Feststellung aktuell sein (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 560). Das ist der Fall, wenn die rechtliche oder tatsächliche Situation des Gesuchstellers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst wird. Fällt das Interesse im Verlauf des Verfahrens dahin, so wird die Streitsache grundsätzlich gegenstandslos, es sei denn, dass wegen der Dauer des Verfahrens sonst nie rechtzeitig ein endgültiger Entscheid in Grundsatzfragen herbeizuführen wäre oder dass die Entscheidung in der Sache aus anderen Gründen als angebracht erscheint (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 400 mit weiteren Hinweisen). Die Praxis betont sodann stets die subsidiäre Natur des Feststellungsanspruchs. Das schutzwürdige Interesse darf nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden können (BGE 126 II 300 E. 2c).

c) Fraglich ist, inwiefern die Gesuchstellerin ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Haft nachzuweisen vermag. Im Zeitpunkt der Eingabe vom 26. August 2014 befand sie sich nicht mehr in Ausschaffungshaft. Somit würde eine Feststellungsverfügung weder an ihrer rechtlichen noch an ihrer tatsächlichen Situation etwas ändern. Die Gesuchstellerin hat zudem die Möglichkeit, ein Staatshaftungsverfahren beim Zivilrichter einzuleiten. Dieser ist gemäss Art. 72 lit. a VRP zuständig, öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche gegenüber Staat, öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Anstalten zu beurteilen. Damit hat die Gesuchstellerin die Möglichkeit, im ordentlichen Verfahren die Rechtswidrigkeit des staatlichen Handelns geltend zu machen, Schadenersatz zu verlangen und damit ein Leistungsurteil zu erwirken. Aufgrund der Subsidiarität des Begehrens um einen Feststellungsentscheid stellt sich die Frage, ob die Gesuchstellerin mit ihrem Begehren an den Zivilrichter zu verweisen ist. Wie es sich damit genau verhält, kann indessen offen bleiben, da die Gesuchstellerin kein Schadenersatzbegehren stellte und wohl auch der Zivilrichter zu prüfen hätte, ob ein Feststellungsurteil zu ergehen hat. Trotz des Fehlens eines aktuellen schutzwürdigen Interesses ist aufgrund des Vorliegens einer Frage von grundsätzlicher Bedeutung auf das Feststellungsbegehren einzutreten.



Der Vertreter der Gesuchstellerin hatte nach der Eröffnung des Haftbefehls ein am 13. August 2014 datiertes, per Fax dem Migrationsamt übermitteltes Gesuch um „wiedererwägungsweisen Widerruf des Haftbefehls“ eingereicht und darin Gründe vorgebracht, die nach seiner Darstellung dem Migrationsamt nicht bekannt waren. Dieses hielt daraufhin fest, es sei nicht bereit, seinen Haftbefehl zu widerrufen, und im Übrigen werde die Angelegenheit als erledigt betrachtet, nachdem X am Morgen den italienischen Behörden übergeben und die Ausschaffungshaft somit beendet worden sei. Es fragt sich, ob diese Eingabe nicht als Haftbeschwerde zu qualifizieren ist. Sie war zwar als Wiedererwägungsgesuch bezeichnet, aber eine falsche Bezeichnung schadet grundsätzlich nicht, und es ist aufgrund der Akten unklar, ob sie noch während der Haft eingereicht wurde.

Aufgrund dieser Umstände ist das Begehren der Gesuchstellerin, es sei die Rechtswidrigkeit der Ausschaffungshaft festzustellen, im Rahmen eines Feststellungsentscheids zu prüfen. Nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist hingegen die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs; dieser ist im Rahmen der Haftprüfung allenfalls vorfrageweise zu untersuchen. Vorliegend ist der Wegweisungsvollzug offensichtlich rechtmässig (vgl. unten E. 4 a). Es besteht kein Anlass, die Rechtmässigkeit und Zumutbarkeit der Wegweisung anders zu beurteilen als dies das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 17. Juli 2014 tat.

3.- Die zuständige Behörde kann einen Ausländer in Ausschaffungshaft nehmen, soweit die Voraussetzungen von Art. 76 AuG erfüllt sind. Danach ist erforderlich, dass ein erstinstanzlicher, nicht notwendigerweise auch rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt. Zudem muss einer der in Art. 76 Abs. 1 AuG genannten Haftgründe bestehen. Weiter muss die Haft verhältnismässig und die Ausschaffung rechtlich und tatsächlich möglich sein (Art. 80 Abs. 4 und 6 lit. a AuG). Nach Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG kann eine Person zur Sicherstellung des Wegweisungsvollzuges in Haft genommen werden, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sie sich der Ausschaffung entziehen will, insbesondere weil sie der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AuG sowie Art. 8 Abs. 1 lit. a oder Abs. 4 AsylG nicht nachkommt (Ziff. 3), oder ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt (Ziff. 4). Beide Haftgründe umschreiben Verhaltensweisen, welche auf Untertauchensgefahr schliessen lassen können



(Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka, Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, N 6 zu Art. 76 AuG). Nach der Rechtsprechung wird Untertauchensgefahr regelmässig dann angenommen, wenn die betroffene Person bereits einmal untergetaucht bzw. hier straffällig geworden ist, durch erkennbar unglaubwürdige und widersprüchliche Angaben die Vollzugsbemühungen zu erschweren versucht oder sonst klar zu erkennen gibt, dass sie nicht bereit ist, auszureisen (vgl. BGE 130 II 377 E. 3.3.3; 128 II 241 E. 2.1; 125 II 369 E. 3b/aa).

a) Die Wegweisung wurde in Ziff. 2 der Verfügung des Bundesamts für Migration vom 25. Juni 2014 angeordnet. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil vom 17. Juli 2014 ausdrücklich festgehalten, dass der Vollzug der Wegweisung nach Italien offensichtlich zumutbar und auch möglich ist und qualifizierte die Beschwerde der Gesuchstellerin als offensichtlich unbegründet. Die Gesuchstellerin versuchte offenbar, obwohl ihr in Italien förmlich Schutz gewährt wurde, einen Aufenthalt in der Schweiz zu erwirken. Ihr Ansinnen begründete sie mit einer engen Beziehung zu einem Mann, der seinerseits nie eine Beziehung zu ihr erwähnte. Auch die Verwendung dreier verschiedener Geburtsdaten im Asylverfahren deutet darauf hin, dass die Gesuchstellerin die Behörden täuschen wollte. Dasselbe gilt für ihre Behauptungen zum Zivilstand, indem sie einerseits geltend machte, sie sei mit einem Mann aus B kirchlich verheiratet, und andererseits im Hinblick auf die angestrebte Heirat in der Schweiz eine Ledigkeitsbescheinigung beibrachte. Die behördlichen Aufforderungen zum Verlassen der Schweiz befolgte sie nicht, obwohl sie in Italien aufenthaltsberechtigt war und gemäss dem Bundesverwaltungsgericht anerkannte, dort nie einer Gefährdungssituation ausgesetzt gewesen zu sein. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass das Verhalten der Gesuchstellerin darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt. Im Übrigen war der Wegweisungsentscheid eröffnet und zudem gerichtlich überprüft. Sodann änderte ein Gesuch um Erteilung einer irgendwie gearteten Bewilligung zum Verbleib in der Schweiz an der Vollstreckbarkeit der Wegweisung nichts. Folglich war ein Haftgrund nach Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG gegeben.

b) Die Gesuchstellerin reiste trotz des negativen Asylentscheids nicht freiwillig aus. Sie hätte die Schweiz am Tag nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Juli 2014 verlassen müssen. Dieser Anordnung



## St.Galler Gerichte

hat sie jedoch nicht Folge geleistet. Am 12. August 2014, rund dreieinhalb Wochen, nachdem die Wegweisungsverfügung in Rechtskraft erwachsen ist, wurde der Gesuchstellerin um 10.25 Uhr der Haftbefehl eröffnet, und sie wurde anschliessend im Zentrum Landegg zur unmittelbaren Vorbereitung der Ausschaffung nach Italien in Haft genommen. Am 13. August 2014 um 07.00 Uhr wurde sie per Auto von einem Polizeibeamten und einem Verwaltungsangestellten nach Chiasso gefahren und um 10.30 Uhr den italienischen Behörden übergeben. Die Haft dauerte somit nicht länger als einen Tag und bestand im Wesentlichen aus dem Polizeigewahrsam ab Mittag 12. August 2014 und der polizeilich begleiteten Fahrt nach Chiasso, wo sie ziemlich genau 24 Stunden nach der Festnahme den italienischen Behörden übergeben wurde. Um die Wegweisung nach Italien zu vollziehen, war es aufgrund der dargelegten Umstände unumgänglich, X für diese kurze Zeit in Polizeigewahrsam zu nehmen. Eine mildere Massnahme ist angesichts des kurzen Zeitrahmens, während dem sich die Beschwerdeführerin in polizeilichem Gewahrsam befunden hat, ebenfalls nicht ersichtlich. Aufgrund ihres Verhaltens durfte das Migrationsamt jedenfalls nicht annehmen, die Gesuchstellerin werde freiwillig und unbegleitet nach Chiasso reisen und sich dort den italienischen Behörden stellen. Die Verhältnismässigkeit der Haft ist folglich ausgewiesen.

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass das Begehren der Gesuchstellerin abzuweisen ist. Es ist festzustellen, dass die Ausschaffungshaft vom 12. bis 13. August 2014 rechtmässig und verhältnismässig war.

4.- Auf die Erhebung amtlicher Kosten ist zu verzichten (Art. 97 VRP). Damit wird dem Begehren um unentgeltliche Prozessführung entsprochen. Eine unentgeltliche Rechtsverteidigung ist nicht anzuordnen, da der Vertreter der Gesuchstellerin nur unentgeltlich tätig sein konnte (Art. 10 des Anwaltsgesetzes, sGS 963.70).

### **Entscheid:**

1. Das Begehren der Gesuchstellerin wird abgewiesen.
2. Es wird festgestellt, dass die Ausschaffungshaft vom 12. bis 13. August 2014 rechtmässig und verhältnismässig war.



3. Amtliche Kosten werden keine erhoben.