

AR GVP 36/2024, Nr. 3872

Staatshaftungsrecht. Verletzung des Beschleunigungsgebots bei der Ausschaffungshaft während der Corona-Pandemie (E. 2). Für die Festlegung der Genugtuung wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur strafprozessualen übermässigen Inhaftierung herangezogen (E. 3). Wenn der im Ausland wohnhafte Kläger aufgrund der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse an seinem Wohnort übermässig begünstigt würde, sind die Lebenshaltungskosten am Wohnort zu berücksichtigen und die Entschädigung nach unten anzupassen. Kürzung des Tagesansatzes im vorliegenden Fall (E. 4).

Urteil des Obergerichts, 4. Abteilung, 23.05.2024, O4V 23 29

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Mit Urteil 2C_994/2021 vom 14. November 2023 hiess das Bundesgericht die Beschwerde des Klägers gegen das Urteil des Obergerichts im Verfahren O4V 20 33 vom 28. Oktober 2021 teilweise gut. Es hob das Urteil auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurück. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen. Das Bundesgericht kam dabei in E. 8 zum Schluss, dass sich die Ausschaffungshaft des Klägers zufolge Verletzung des Beschleunigungsgebots als teilweise widerrechtlich erweise, womit das Gemeinwesen gestützt auf Art. 5 Ziff. 5 EMRK grundsätzlich eine Entschädigungspflicht treffe. Begründet wird diese Schlussfolgerung in E. 5.5 und 6 des Urteils: Gemäss den verbindlichen Feststellungen des Obergerichts hätten die kantonalen Behörden betreffend die Papierbeschaffung bzw. Identifikation des Klägers am 4. März 2020 beim SEM nachgefragt, ob bzw. wann im Jahr 2020 eine Befragung mit einer ivorischen Delegation in Planung sei. Das SEM habe darauf zur Antwort gegeben, dass eine zentrale Befragung im Juni oder Juli 2020 geplant sei. Zwar habe die Elfenbeinküste danach Ende März 2020 ihre Grenzen geschlossen, doch sei zu diesem Zeitpunkt noch völlig unklar gewesen, wie sich die Corona-Pandemie entwickeln würde; der internationale Luftverkehr habe auch ab dem 1. Juli 2020 wieder aufgenommen werden können. Unter Würdigung dieser Umstände habe im Zeitpunkt der Haftverlängerung vom 22. April 2020 jedenfalls (noch) davon ausgegangen werden dürfen, dass die geplanten zentralen Befragungen mit den ivorischen Behörden weiterhin in Aussicht standen und dass bis nach deren Durchführung auch ein Wegweisungsvollzug – trotz der (vorübergehenden) coronabedingten Einschränkungen – (wieder) möglich sein würde. Der Kläger bringe allerdings zurecht vor, dass die Behörden in der Folge untätig geblieben seien und das Beschleunigungsgebot verletzt hätten. Das Obergericht sei davon ausgegangen, dass die ivorischen Behörden, das SEM und der Kläger für die Verzögerungen ab dem 5. März 2020 verantwortlich gewesen seien. Für die Frage, ob die Aufrechterhaltung der Haft Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK verletzt sei, sei es aber unerheblich, welche schweizerische Behörde (Bund, Kanton) die Verzögerung zu verantworten habe (BGE 139 I 206 E. 2.3). Auch könne es in diesem Zusammenhang keine Rolle spielen, dass der Kläger nicht früher ein Haftentlassungsgesuch gestellt habe. Aufgrund der Untätigkeit der Behörden sei folglich von einer Verletzung des Beschleunigungsgebots auszugehen; entsprechend habe die Aufrechterhaltung der Ausschaffungshaft gegen Art. 5 Ziff. 1 lit. f. EMRK verstossen, womit der Haftungsanspruch nach Art. 5 Ziff. 5 EMRK offen stehe und das Gemeinwesen grundsätzlich ersatzpflichtig werde. Die Sache sei deshalb in dieser Hinsicht an das Obergericht zurückzuweisen; diese werde unter Bestimmung der Dauer der unrechtmässigen Ausschaffungshaft die Höhe der Entschädigung festzulegen haben.

2.2 Der Kläger bringt diesbezüglich vor, dass unbestritten sein dürfte, dass das Bundesgericht die Haft ab dem 22. April 2020 als rechtswidrig eingestuft habe und somit ab diesem Tag eine Entschädigung geschuldet werde. Der Beklagte hält dagegen, dass das Bundesgericht den Beginn der Rechtswidrigkeit nicht auf den 22. April 2020 festgelegt habe. Es könne davon ausgegangen werden, dass ohne das Verhalten des Klägers eine Befragung mit der (möglicherweise) tatsächlich für den Kläger zuständigen ivorischen Delegation ein halbes Jahr früher hätte stattfinden können. In der gegebenen Situation habe das Migrationsamt, das nicht auf die Mitwirkung des Klägers habe bauen können, einzig den Ausgang der zentralen Befragung abwarten können, auf deren Vereinbarung und Verlauf habe es keinen Einfluss gehabt. Zum Vorwurf gereichen könne ihm höchstens, dass es nach Verstreichen des angegebenen Zeitraums, in dem die Befragung hätte stattfinden sollen (Juni/Juli 2020), nicht unter Verweis auf die durch Zeitverlauf entstandene Dringlichkeit nachgehakt habe. Ein Entschädigungsanspruch könne damit frühestens ab dem 1. August 2020 bejaht werden.

2.3 Es ist mit dem Beklagten darin übereinzugehen, dass das Bundesgericht den Beginn der Rechtswidrigkeit nicht auf den 22. April 2020 festgelegt hat, würde doch ansonsten E. 6.3 letzter Satz des Urteils vom 14. November 2023 keinen Sinn ergeben, wonach die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei und diese *unter Bestimmung der Dauer der unrechtmässigen Ausschaffungshaft* die Höhe der Entschädigung festzulegen habe. Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass im Zeitpunkt der Haftverlängerung vom 22. April 2020 jedenfalls (noch) davon ausgegangen werden können, *dass die geplanten zentralen Befragungen mit den ivorischen Behörden weiterhin in Aussicht standen und dass bis nach deren Durchführung auch ein Wegweisungsvollzug – trotz der (vorübergehenden) coronabedingten Einschränkungen – (wieder) möglich sein würde.*

Nach der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche in E. 6.1 des Urteils 2C_994/2021 vom 14. November 2023 bestätigt wurde, gilt das Beschleunigungsgebot nur als verletzt, wenn während mehr als zwei Monaten keinerlei Vorkehren mehr im Hinblick auf den Vollzug der Wegweisung getroffen wurden (Untätigkeit der Behörden), ohne dass die Verzögerung *in erster Linie auf das Verhalten ausländischer Behörden oder des Betroffenen* selbst zurückgeht (BGE 139 I 206 E. 2.1; 124 II 49 E. 3a; Urteile 2C_575/2016 vom 12. Juli 2016 E. 4.3; 2C_268/2018 vom 11. April 2018 E. 2.3.2). Die mit der COVID-Pandemie verbundene Verzögerung bei der Zusammenarbeit mit der ivorischen Behörde kann nicht den schweizerischen Behörden angelastet werden (Urteil des Bundesgerichts 2C_368/2020 vom 4. Juni 2020 E. 4.2). Im vorliegenden Fall ist offenkundig, dass das Migrationsamt den Ausgang der Befragung durch die ivorische Behörde abwarten musste, um weitere Vorkehren für den Vollzug der Wegweisung zu treffen, zumal der Beklagte die Mitwirkung konsequent verweigerte. Ebenfalls unbestritten ist, dass das SEM bis zum Befragungstermin nur beschränkt Einfluss auf das Verfahren hatte und auf das Mitwirken der ausländischen Behörde angewiesen war. Solange der internationale Flugverkehr gesperrt war, ist demzufolge nicht erkennbar, welche Vorkehrungen das Migrationsamt hätte vornehmen sollen, um die Wegweisung zu beschleunigen. Die Verzögerung vom 22. April 2020 bis zum 30. Juni 2020 geht damit in erster Linie auf den nicht mitwirkenden Kläger und die pandemiebedingte Situation zurück, welche bis zum 30. Juni 2020 sowohl eine Einreise der ivorischen Behörde als auch die Vollstreckung der Ausschaffung verhinderten. Demzufolge kommt das Obergericht zum Schluss, dass die Ausschaffungshaft des Klägers bis zum 30. Juni 2020 (Ende der Sperrung des internationalen Flugverkehrs) nicht als rechtswidrig einzustufen ist, womit bis zu diesem Zeitpunkt ein Entschädigungsanspruch des Klägers zu verneinen ist.

2.4 Anders sieht die Situation jedoch ab dem 1. Juli 2020 aus, als die Einreise der ivorischen Behörde und der Vollzug der Wegweisung aufgrund der Wiederaufnahme des internationalen Flugverkehrs faktisch wieder möglich war. Ab diesem Zeitpunkt kann nicht mehr gesagt werden, dass ein Nachfragen des Migrationsamts beim SEM betreffend Verfahrensstand nichts gebracht hätte, und insbesondere wäre es am SEM gewesen, die ivorische Behörde umgehend zu kontaktieren und einen Befragungstermin zu vereinbaren bzw. einen solchen veranlassen. Die weitere Verzögerung ab dem 1. Juli 2020 war damit weder offenkundig pandemiebedingt noch in

erster Linie auf das Verhalten der ivorischen Behörde und des Klägers zurückzuführen. Vielmehr wäre es (auch) an den zuständigen schweizerischen Behörden gewesen, umgehend Vorkehren zum Vollzug der Wegweisung zu treffen und die Weiterführung des Verfahrens zu beschleunigen. Ab dem 1. Juli 2020 wären zielführende Vorkehrungen der schweizerischen Behörden möglich gewesen, womit die Aufrechterhaltung der Ausschaffungshaft ab diesem Zeitpunkt als unrechtmässig einzustufen ist. Daraus ergibt sich grundsätzlich ein Entschädigungsanspruch des Klägers für den Zeitraum vom 1. Juli 2020 bis zur Entlassung am 24. August 2020. Im Folgenden gilt es, die Höhe der Entschädigung festzulegen.

3.

3.1 Der Kläger macht geltend, es sei gerechtfertigt, die Höhe der Entschädigung auf Fr. 250.-- pro Tag anzupassen, weil sich nachträglich herausgestellt habe, dass die Haft neben der Verletzung des Beschleunigungsgebots auch aufgrund von bundesrechtswidrigen Haftbedingungen rechtswidrig gewesen sei. Diesbezüglich verweist er auf die Urteile ERV 22 51 und ERV 22 53 vom 5. September 2022. Demnach stehe für die Tage vom 22. April 2020 bis zum 24. August 2020 (125 Tage) eine tägliche Genugtuung von je Fr. 250.--, mithin Fr. 31'250.--, zuzüglich Zins von 5% seit dem 21. Juni 2020 zu. Der Beklagte bringt dagegen vor, dass der Kläger als illegal Anwesender grundsätzlich nur Anspruch auf Nothilfe hätte. Zudem sei zu berücksichtigen, dass er den Umstand und die Dauer der Ausschaffungshaft durch sein Verhalten wesentlich selbst verursacht habe.

3.2 Bei der Bemessung des Entschädigungsanspruchs im Rahmen des Staatshaftungsrechts wird die Praxis zur deliktsähnlichen Genugtuung herangezogen. Besteht eine öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht im Zusammenhang mit prozessualen Massnahmen, ist die Genugtuung nach den zu Art. 49 Abs. 1 OR entwickelten Grundsätzen festzulegen (HARDY LANDOLT, Genugtuungsrecht, 2. Aufl. 2021, Rz. 65). Im Weiteren verweist auch Art. 265 Abs. 3 EG zum ZGB auf die Bestimmungen des OR. Im Rahmen der strafprozessualen Bestimmungen nach Art. 429 Abs. 1 lit. c und Art. 431 Abs. 1 StPO, welche aus Art. 5 Abs. 5 EMRK abgeleitet ist, beurteilt sich der Genugtuungsanspruch ebenfalls nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen gemäss Art. 49 OR (Urteil des Bundesgerichts 1B_351/2012 E. 2.3.2; BGE 146 IV 231 E. 2.3.1). Das Obergericht hatte sich bisher nicht mit der Festlegung von Entschädigungen im Zusammenhang mit ausländerrechtlicher Haft zu befassen und es existiert - soweit ersichtlich - keine neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Haftentschädigung im Rahmen der Staatshaftung. Daher erscheint es gerechtfertigt, im vorliegenden Fall für die Festlegung der Genugtuung die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung zur strafprozessualen übermässigen Inhaftierung heranzuziehen, zumal der Kläger für den ursprünglich eingeklagten Anspruch von Fr. 200.- pro Tag selbst auf die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 429 und 431 StPO verweist.

4.

4.1 Die Festlegung der Genugtuungssumme beruht auf der Würdigung sämtlicher Umstände und richterlichem Ermessen. Bemessungskriterien sind vor allem die Art und Schwere der Verletzung, die Intensität und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Betroffenen, der Grad des Verschuldens des Haftpflichtigen, ein allfälliges Selbstverschulden des Geschädigten sowie die Aussicht auf Linderung des Schmerzes durch die Zahlung eines Geldbetrags. Abzustellen ist auf einen Durchschnittsmassstab (BGE 146 IV 231 E. 2.3.1; ROLAND BREHM, in: Berner Kommentar Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, 5. Aufl. 2021, N. 7 zu Art. 49). Im Fall einer ungerechtfertigten Inhaftierung erachtet das Bundesgericht grundsätzlich einen Betrag von Fr. 200.-- pro Tag als angemessen, sofern keine besonderen Umstände vorliegen, welche die Zahlung eines tieferen oder höheren Betrags rechtfertigen könnten (BGE 149 IV 289 E. 2.1.2 = Pra 113 (2024) Nr. 29; 146 IV 231 E. 2.3.2). Der Tagessatz ist nur ein Kriterium, das es erlaubt, eine Grössenordnung für den immateriellen Schaden zu bestimmen. Dieser Betrag muss dann unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Falles korrigiert werden (Dauer der Haft, Auswirkungen des Verfahrens auf das Umfeld der freigesprochenen Person, Schwere der vorgeworfenen Taten usw.). Wenn sich die rechtswidrige Haft über einen längeren Zeitraum erstreckt, ist eine lineare Erhöhung des Betrags, der bei kürzeren Inhaftierungen gewährt wird, nicht angemessen, da die Tatsache der Verhaftung und

Inhaftierung bei der Beurteilung des von der inhaftierten Person erlittenen Schadens in jedem Fall genau so ins Gewicht fällt wie das Element der Dauer, um die erlittene Schädigung einzuschätzen. Bei einer Haftdauer von mehreren Monaten ist es daher angebracht, den Tagessatz der Entschädigung zu kürzen (BGE 149 IV 289 E. 2.1.2; 143 IV 339 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_1374/2021 vom 18. Januar 2023 E. 3.1). Bei der Bestimmung des Umfangs der Genugtuung kann das Gericht die Auswirkungen der Haft auf das private, soziale und berufliche Leben der betroffenen Person berücksichtigen. Auch die Gefängnisvergangenheit der betroffenen Person kann ein relevantes Kriterium sein (BGE 149 IV 289 E. 2.1.4).

4.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei der Festsetzung der Genugtuung die Lebenshaltungskosten am Wohnort des Berechtigten nur ausnahmsweise - bei besonders grossen Unterschieden zu den hiesigen Verhältnissen - zu berücksichtigen (BGE 125 II 554 E. 4a). Sofern der im Ausland wohnhafte Begünstigte aufgrund der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse an seinem Wohnort übermässig begünstigt würde, ist die Entschädigung nach unten anzupassen (BGE 125 II 554 E. 2b und 4a; 123 III 10 E. 4). Wenn bei der Berechnung einer Entschädigung für immaterielle Schäden ausnahmsweise niedrigere Lebenshaltungskosten berücksichtigt werden müssen, darf jedoch nicht schematisch nach dem Verhältnis der Lebenshaltungskosten am Wohnsitz des Antragsstellers zu denjenigen in der Schweiz oder annähernd nach diesem Verhältnis vorgegangen werden. Andernfalls würde die Ausnahme zur Regel (BGE 149 IV 289 E. 2.1.5; BGE 125 II 554 E. 4a). Gestützt auf diese Grundsätze liess das Bundesgericht bspw. eine Reduktion der Genugtuungssumme um 80% zu, die aufgrund der übermässigen Inhaftierung eines in Georgien wohnhaften Häftlings gewährt wurde (Urteil 6B_974/2020 vom 31. März 2021 E. 2.2, 2.5 und 2.6, wobei der Referenzbetrag auf Fr. 100.-- festgesetzt und danach unter Berücksichtigung der Lebenshaltungskosten und des Durchschnittslohns in Georgien auf Fr. 20.-- reduziert wurde). In einem Urteil zur Entschädigung für Überhaft eines algerischen Staatsangehörigen ohne festen Wohnsitz, der von einer Landesverweisung in sein Herkunftsland betroffen war, hat das Bundesgericht festgehalten, dass insbesondere die erheblich geringeren Lebenshaltungskosten in Algerien als in der Schweiz berücksichtigt werden dürfen (BIP pro Einwohner ungefähr 20-mal tiefer) und der Betrag von Fr. 70.-- pro Tag angemessen sei (Urteil 6B_242/2019 vom 18. März 2019 E. 2.2 und 2.3). Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht im Leiturteil BGE 149 IV 289 wiederum im Fall eines algerischen Staatsangehörigen bestätigt, wo es zudem zuliess, dass der Referenzbetrag von Fr. 70.00 mangels nachhaltiger Auswirkungen der Haft auf das private, soziale und berufliche Leben des Inhaftierten um die Hälfte auf Fr. 35.-- gekürzt wurde.

4.3 Im vorliegenden Fall gibt der Kläger an, ivorischer Staatsangehöriger zu sein. Gegen ihn liegen ein rechtskräftiger Nichteintretensentscheid auf sein Asylgesuch und eine Wegweisungsverfügung vor. Folglich ist er verpflichtet, die Schweiz zu verlassen und in sein Heimatland zurückzukehren. Abgesehen von seiner fehlenden Kooperation sind gegenwärtig keine Umstände ersichtlich, die einer Ausreise in die Elfenbeinküste entgegenstehen könnten. Im Lichte der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung erscheint es daher berechtigt, bei der Festlegung der Entschädigung die Lebenshaltungskosten im Heimatland des Klägers zu berücksichtigen. Aktuell ist das BIP in der Elfenbeinküste pro Einwohner ungefähr 36-mal tiefer als in der Schweiz (Elfenbeinküste - BIP pro Kopf bis 2028 | Statista und Schweiz - Bruttoinlandsprodukt (BIP) pro Kopf 2022 | Statista; abgerufen am 17. Mai 2024). Insofern erscheint es angemessen, den Referenzbetrag für den Kläger auf Fr. 50.-- pro Tag festzusetzen. Im Weiteren ist zu beachten, dass der Kläger wegen Missachtung eines rechtskräftigen Einreiseverbots und rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz festgenommen wurde. Mitunter musste er mit einer Inhaftierung und Ausschaffung rechnen, womit kein Haftshock ersichtlich ist, welcher allenfalls durch eine Entschädigung auszugleichen wäre. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich der Kläger seit seiner Ankunft in der Schweiz in einer illegalen Situation befindet. Daher veränderten sich die Lebensumstände des Beschwerdeführers durch die Inhaftierung nicht in gleicher Weise, wie dies bei einer in der Schweiz wohnhaften Person der Fall gewesen wäre, der erstmals die Freiheit entzogen wurde. Der Kläger verfügt ausserdem in der Schweiz weder über eine Arbeitsstelle noch eine eigene Familie oder engere lokale Kontakte,

womit davon auszugehen ist, dass sich seine Lebensumstände durch die übermässige Inhaftierung in beruflicher und sozialer Hinsicht nicht wesentlich verändert haben (Urteil des Bundesgerichts 6B_909/2015 vom 22. Juni 2016 E. 2.2.2). Im Weiteren substantiiert der Kläger nicht, dass er durch die Inhaftierung besonders schlechte Erfahrungen gemacht hat und ihm dadurch besonderes Leid zugefügt worden wäre (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 2C_994/2021, a.a.O., E. 7). In Anbetracht dieser Umstände erscheint es gerechtfertigt, den Referenzbetrag von Fr. 50.-- pro Tag um die Hälfte auf Fr. 25.-- zu kürzen.

4.4 Daran vermögen auch die neuen Vorbringen des Klägers nichts zu ändern, wonach der Tagesansatz aufgrund bundesrechtswidriger Haftbedingungen um Fr. 50.-- pro Tag zu erhöhen sei. Der massgebende Art. 81 Abs. 2 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG, SR 142.20) ist bereits seit dem 1. Juni 2019 in Kraft und der Leitentscheid des Bundesgerichts BGE 146 II 201 datiert vom 31. März 2020, womit es sich bei dieser Rüge um ein unechtes und damit unzulässiges Novum handelt. Pandemiebedingte Einschränkungen wären im Übrigen auch bei einer besonderen Hafteinrichtung im Sinne von Art. 81 Abs. 2 AIG erforderlich gewesen und lagen nicht in der Verantwortung der kantonalen Ausschaffungsbehörde. Der Kläger unterlässt es denn auch, allfällige durch die Haftbedingungen entstandene immaterielle Nachteile, welche nicht auf die Pandemie zurückzuführen waren, substantiiert zu behaupten und nachzuweisen (LANDOLT, a.a.O., Rz. 666).