

MEICHSSNER

RECHTSANWÄLTE

Dr. iur. Stefan Meichssner
Rechtsanwalt · Fachanwalt SAV Strafrecht

lic. iur. Alexandra Meichssner
Rechtsanwältin · Mediatorin SAV

Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Aargau

Mitglieder des Aargauischen und
Schweizerischen Anwaltsverbandes

MR · Postfach 74 · CH-5070 Frick

Einschreiben

Schweizerisches Bundesgericht
Av. du Tribunal fédéral 29
1000 Lausanne 14

27.04.2020 S/v

(WPR.2020.29)

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

für

A., geb. xx. xxxxxxxx xxxx, sri-lankischer Staatsangehöriger,
z. Zt. Ausschaffungszentrum, 5000 Aarau,
vertreten durch Dr. iur. Stefan Meichssner, Rechtsanwalt,
Meichssner Rechtsanwälte, Hauptstrasse 53, Postfach 74, 5070 Frick,

Beschwerdeführer

gegen

Amt für Migration und Integration (MIKA),
Sektion Asyl, Bahnhofstrasse 88, 5001 Aarau,

Beschwerdegegnerin

betreffend

**Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau, 2. Kammer,
vom 15. April 2020 (WPR.2020.29); Verlängerung der Ausschaffungshaft**

Meichssner Rechtsanwälte
Hauptstrasse 53
Postfach 74
5070 Frick

anwalt@meichssner.ch
anwaeltin@meichssner.ch
www.meichssner.ch
T +41 (0)62 871 88 80

Geschäftskonto CH62 0900 0000 6045 0390 3
Treuhandkonto CH86 0900 0000 4039 0349 4
UID: CHE-114.533.220 MwSt
F +41 (0)62 871 88 81

RECHTSBEGEHREN

1. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, 2. Kammer, vom 15. April 2020 sei aufzuheben.
2. Der Beschwerdeführer sei unverzüglich aus der Ausschaffungshaft zu entlassen.
3. Eventualiter sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, den Beschwerdeführer unter Anordnung einer Meldepflicht oder anderer milderer Massnahmen innerhalb von 96 Stunden ab Eröffnung des Urteils aus der Ausschaffungshaft zu entlassen.
4. Dem Beschwerdeführer sei für das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihm der unterzeichnende Rechtsanwalt zu seinem unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MwSt).

BEGRÜNDUNG

I. Formelles

- 1 Der Rechtsvertreter wurde mit Verfügung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2019 zum amtlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers im kantonalen Verfahren betreffend Ausschaffungshaft bestellt. Für die Interessenwahrung im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren beauftragte der Beschwerdeführer den Rechtsanwalt speziell mit Vollmacht vom 21. April 2020. Der Rechtsvertreter ist als im Kanton Aargau eingetragener Rechtsanwalt zur berufsmässigen Parteivertretung zugelassen.¹

Beweis: - Verfügung des Verwaltungsgerichts im Verfahren
WPR.2019.96 vom 23.08.2019
- Anwaltsvollmacht vom 21.04.2020

Vorakten

Beilage 1

¹ Art. 40 BGG, Art. 4 BGFA.

2 Beim angefochtenen Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau, 2. Kammer, vom 15. April 2020 betreffend Verlängerung der Ausschaffungshaft handelt es sich um einen Endentscheid in einer öffentlich-rechtlichen Angelegenheit. Gegen Haftentscheide im Ausländerrecht steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 Bst. a BGG offen; ein Ausschluss der Beschwerdemöglichkeit gemäss Negativkatalog von Art. 83 Bst. c BGG liegt nicht vor.²

Beweis: - Urteil des Verwaltungsgerichts vom 15.04.2020 **Beilage 2**

3 Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau ist einzige und letzte kantonale Instanz in Ausschaffungshaftssachen.³ Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau ist damit zulässige Vorinstanz für das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren.⁴

4 Der Beschwerdeführer ist Adressat der Haftverlängerung des Beschwerdegegners und des angefochtenen Urteils. Der Beschwerdeführer hat mithin am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen.⁵

5 Der Beschwerdeführer befindet sich aktuell in Ausschaffungshaft in Aarau. Er ist durch das angefochtene Urteil besonders berührt und hat an der Aufhebung bzw. Nicht-Verlängerung der Ausschaffungshaft ein aktuelles schutzwürdiges Interesse.⁶

6 Die Beschwerde ist innerhalb von 30 Tagen seit Eröffnung des vollständig begründeten Urteils einzureichen.⁷ Das angefochtene Urteil wurde dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers in begründeter Form am 17. April 2020 eröffnet. Die Beschwerdefrist ist mit heutiger Eingabe unter Berücksichtigung des gesetzlichen Fristenstillstands gewahrt.⁸

Beweis: - Sendungsverfolgung betr. angefochtenes Urteil **Vorakten**
98.37.103070.00395713
- Sendungsverfolgung betr. vorliegende **von Amtes wegen**
Beschwerde

² BGE 143 II 113 ff.; BGer 2C_791/2016 E. 1.1; BUSINGER, Ausländerrechtliche Haft, Die Haft nach Art. 75 ff. AuG, Diss. Zürich 2015, S. 262

³ §§ 11 ff. EGAR/AG.

⁴ Art. 86 Abs. 1 Bst. d BGG.

⁵ Art. 81 Abs. 1 Bst. a BGG.

⁶ Art. 89 Abs. 1 BGG; BGE 139 I 206, 208 E. 1.1.

⁷ Art. 100 Abs. 1 BGG.

⁸ Art. 44 ff. BGG. Es gilt, anders als bei Haftsachen, der Fristenstillstand nach Art. 46 Abs. 1 Bst. b BGG: BGE 133 I 270, 274 E. 1.2.2. Vgl. auch Art. 1 Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus vom 20. März 2020.

7 Der Beschwerdeführer stellt sich zur Hauptsache auf den Standpunkt, die Vorinstanz hätte am 15. April 2020 mit der Skype-Videokonferenz keine mündliche Verhandlung zwecks Haftprüfung im Sinne von Art. 80 Abs. 2 AIG durchgeführt und damit Bundesrecht und mehrere Verfahrensgrundrechte verletzt (nachfolgend II.B.). Weiter rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz hätte fälschlicherweise die Durchführbarkeit der Ausschaffung im Sinne von Art. 80 Abs. 6 Bst. a AIG angenommen und damit die Haft auf bundesrechtswidrige Weise verlängert (nachfolgend II.C.). Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, die Haft greife nach Geburt seines Kindes auf unverhältnismässige Weise in seine persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV und in sein Recht auf Familie gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK ein (nachfolgend II.D.). Der Beschwerdeführer erhebt damit zulässige Rügen.⁹

8 Das Gericht wird von der Vorinstanz die kantonalen Vorakten einfordern, welche die angerufenen Beweismittel enthalten.¹⁰

Beweis: - Akten des kantonalen Verfahrens WPG.2020.29

Vorakten

II. Materielles

A. Sachverhalt

9 Der Beschwerdeführer befindet sich seit 19. August 2019, mithin seit mehr als acht Monaten, in ausländerrechtlicher Haft. Zunächst war eine sog. kleine Ausschaffungshaft nach Art. 77 AIG für 60 Tage angeordnet worden, die das Verwaltungsgericht im schriftlichen Verfahren mit Urteil vom 23. August 2019 bis 17. Oktober 2019 bestätigte.

Beweis: - Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23.08.2019
im Verfahren WPR.2019.96

Vorakten

10 Auf Antrag der Beschwerdegegnerin hin verlängerte das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 09. Oktober 2020 die Ausschaffungshaft nach Art. 76 AIG um sechs Monate bis 16. April 2020. Die

⁹ Art. 95 Bst. a und Art. 106 Abs. 2 BGG.

¹⁰ Art. 102 Abs. 2 BGG.

Haftprüfung erfolgte im Rahmen des mündlichen Verfahrens und aufgrund einer mündlichen Gerichtsverhandlung vom 09. Oktober 2019.

Beweis: - Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23.08.2019 **Vorakten**
im Verfahren WPR.2019.116

- 11 Eine auf den 26. März 2020 gebuchte begleitete Ausschaffung des Beschwerdeführers wurde abgesagt, noch bevor der Beschwerdeführer abgeholt werden konnte; der Grund lag nicht im renitenten Verhalten des Beschwerdeführers, sondern in den Einreisebeschränkungen der sri-lankischen Behörden aufgrund der Corona-Situation.¹¹ Die daraufhin von der Beschwerdegegnerin beantragte Haftverlängerung um weitere sechs Monate bewilligte das Verwaltungsgericht im angefochtenen Urteil vom 15. April 2020 um drei Monate bis 16. Juli 2020.

Beweis: - Urteil des Verwaltungsgerichts vom 15.04.2020 **Beilage 2**

- 12 Der Beschwerdeführer hatte im Rahmen des rechtlichen Gehörs vom 06. April 2020 gegenüber der Beschwerdegegnerin ausdrücklich eine mündliche Haftüberprüfung durch das Verwaltungsgericht gefordert:¹² *«Nein, ich möchte den Richter direkt sehen und mit ihm reden. Ich möchte das nicht via Skype machen, sondern den Richter direkt sehen.»* Der amtliche Rechtsvertreter protestierte ebenfalls gegen die Verweigerung einer ordentlichen mündlichen, öffentlichen Gerichtsverhandlung. Bereits in den Vorfragen anlässlich der Skype-Konferenz vom 15. April 2020 stellte er den Antrag, es sei eine mündliche Verhandlung durchzuführen, eventualiter sei der Beschwerdeführer unverzüglich in die Freiheit zu entlassen. Den Antrag der Entlassung aus der Administrativhaft wiederholte er im weiteren Verlauf. Der Beschwerdeführer bestritt im Weiteren die Durchführbarkeit der Ausschaffung und stellte sich auf den Standpunkt, die Haft sei aufgrund seiner neuen familiären Situation unverhältnismässig. In der Sache führte der Beschwerdeführer aus, er sei zwar nicht bereit, nach Sri Lanka zurückzukehren, doch möchte er mit seiner Freundin und seinem am xx. xxxxxx 2020 geborenen Sohn in der Schweiz zusammenleben. Er erklärte sich auch bereit, sich täglich bei der Polizei zu melden, würde er in die Freiheit entlassen.

Beweis: - Protokoll Verhandlung vom 15.04.2020 **Beilage 3**
- Aufzeichnung Skype vom 15.04.2020 **bei den Vorakten**

¹¹ MIKA act. 368.

¹² MIKA act. 372.

13 Anlässlich der Haftprüfung vom 15. April 2020 konnte der Beschwerdeführer die Geburtsurkunde betreffend Sohn B., geb. xx. xxxxxxx 2020, erwähnen, jedoch erst nach Verhandlungsende per Incamail mit weiteren Dokumenten an das Gericht und die Beschwerdegegnerin mailen. Immerhin blieb unbestritten, dass der Beschwerdeführer Vater des Kindes B. ist. Weiter teilte der Rechtsvertreter dem Gericht und der Beschwerdegegnerin mit, dass das Kind unter Vormundschaft der KESB xxxxxxxxxxxx steht, welche sich derzeit um die Vaterschaftsanerkennung kümmert. Die Behauptungen blieben unbestritten.

Beweis:	- Protokoll Verhandlung vom 15.04.2020	Beilage 3
	- Aufzeichnung Skype vom 15.04.2020	bei den Vorakten
	- Geburtsurkunde B. vom xx.xx.2020	bei den Vorakten
	- Beschluss KESB xxxxxxxxxxxx vom xx.xx.2020	bei den Vorakten

B. *Fehlende öffentliche mündliche Verhandlung*

14 Die Vorinstanz vertritt in Erwägung I.3 die Auffassung, eine mündliche Verhandlung setze nicht voraus, dass sich die Beteiligten physisch in einem Raum aufhalten. Eine mündliche Verhandlung bezwecke, der betroffenen Person die Äusserung und dem Richter den persönlichen Eindruck der betroffenen Person zu ermöglichen, was auch mit einer Skype-Verhandlung erreicht werden könne. Die Vorinstanz begründet die Durchführung der Haftprüfung vom 15. April 2020 über Skype mit der *«momentan herrschenden Corona-Pandemie und der Gefahr einer Ansteckung der Inhaftierten durch Verhandlungsteilnehmer»*.

15 Nach Art. 80 Abs. 2 AIG sind richterliche Prüfungen der Ausschaffungshaft nach Art. 76 AIG in einem mündlichen Verfahren durchzuführen. Verlangt das Gesetz schon für die erstmalige Haftprüfung eine mündliche Verhandlung, muss dies erst recht für spätere Haftverlängerungen gelten, wo die Haftvoraussetzungen aufgrund fortschreitender Haft umso sorgfältiger zu prüfen sind.¹³ Das kantonale Recht sieht in § 14 Abs. 1 EGAR ebenfalls eine mündliche Gerichtsverhandlung mit obligatorischer Teilnahme des Betroffenen und einer Vertreterin des Amtes für Migration und Integration vor. Grundsätzlich kann der Betroffene somit auf eine mündliche Verhandlung nicht verzichten; die Praxis lässt indes den Verzicht zu, wenn dieser schriftlich und mit anwaltlicher Verbeiständung

¹³ BUSINGER, Fn. 2, S. 244 f.

erfolgt.¹⁴ Vorliegend hat der Beschwerdeführer jedoch gerade nicht auf eine mündliche Verhandlung verzichtet, sondern im Gegenteil ausdrücklich eine Haftprüfung mit unmittelbarem Kontakt zum Richter verlangt.

- 16 Eine erste Verfassungsverletzung begeht die Vorinstanz, indem sie die «*Abnahme weiterer Beweise*» gemäss § 14 Abs. 2 EGAR/AG verweigert: Die Vorinstanz akzeptierte zwar die offerierten vier Dokumente zu Beginn der Verhandlung als Beweise, wollte sie insofern abnehmen, konnte sie aber erst *nach* Urteilsverkündung aufgrund der elektronischen Übermittlung durch den Rechtsvertreter zur Kenntnis nehmen.¹⁵ Die Vorinstanz verletzt damit ein erstes Mal den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss **Art. 29 Abs. 2 BV** und wendet kantonales Verfahrensrecht willkürlich im Sinne von **Art. 9 BV** an. Ein Urteil kann vernünftigerweise erst gesprochen werden, nachdem das Gericht die relevanten Beweise zur Kenntnis genommen hat; der Beschwerdeführer kann seinen Standpunkt nicht klar zum Ausdruck bringen, wenn er und seine Beweise während der entscheidenden Verhandlung vom Gericht gar nicht wahrgenommen werden können.¹⁶
- 17 Eine weitere Verfassungsverletzung liegt im mangelhaften Protokoll der Hauptverhandlung vom 15. April 2020. Das Protokoll vom 15. April 2020 genügt den Anforderungen und allgemeinen Verfahrensregeln nicht, die gemäss Bundesrat auch bei einer Skype-Verhandlung zu beachten sind.¹⁷ Auch Videokonferenzen sind zu protokollieren; die Aufzeichnung ersetzt das Protokoll nicht.¹⁸ Die Äusserungen und Eingaben der Parteien müssen als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör grundsätzlich, zumindest in ihrem wesentlichen Gehalt, protokolliert werden.¹⁹ Vorliegend fehlt eine Protokollierung z.B. der Ausführungen des Beschwerdeführers zur unmenschlichen Situation im Ausschaffungsgefängnis mit dem Verbot jeglicher Besuche und dass er sein eigenes Kind erst zehn Minuten gesehen habe; auch wurden die Ausführungen des Rechtsvertreters nicht protokollarisch festgehalten. Damit verletzt die Vorinstanz **Art. 29 Abs. 2 BV**. Ausserdem verunmöglicht sie dem Bundesgericht eine Überprüfung der Haftprüfung vom 15. April 2020.

¹⁴ BGE 122 II 154 ff.; OFK/Migrationsrecht-ZÜND, Art. 80 N 6; BUSINGER, Fn. 2, S. 245; AGVE 2009 Nr. 77. Das kantonale Recht lässt zwar die Überprüfung von Haftverlängerungen in § 14 Abs. 3 EGAR/AG in einem schriftlichen Verfahren zu. Dies ist jedoch bundesrechtswidrig. Ohnehin geht die Vorinstanz davon aus, dass ihre Videokonferenz über Skype vom 15. April 2020 eine korrekte mündliche Verhandlung i.S.v. Art. 80 Abs. 2 AIG darstellt.

¹⁵ Vgl. angefochtenes Urteil, C.

¹⁶ Vgl. BGE 143 V 71, 72 E. 4.1.

¹⁷ Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht, S. 6.

¹⁸ Vgl. zur strengen Protokollierungspflicht im Strafprozess nach Art. 76 ff. StPO: BGE 143 IV 408, 420 ff. E. 8; Urteil OG ZH vom 23. April 2019 im Verfahren SB180318, in: FP 2020/1, S. 22 ff.

¹⁹ BGE 130 II 473, 478 f. E. 4.3; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 54.

- 18 Weiter wiederholt der Beschwerdeführer seine generellen Einwände gegen die Skype-Verhandlung vom 15. April 2020, welche die garantierten Verfahrensgrundrechte mehrfach verletzen. Eine solche Videokonferenz stellt keine mündliche Verhandlung im Sinne von Art. 80 Abs. 2 AIG dar. Eine Videokonferenz ist keine «Verhandlung», an der die Parteien «auftreten». Skype ersetzt mithin eine mündliche Verhandlung im Sinne von Art. 80 Abs. 2 BV nicht. Die Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung wird vorliegend von **Art. 80 Abs. 2 AIG** ausdrücklich verlangt; der Verzicht darauf ist willkürlich im Sinne von **Art. 9 BV**, weil er klarem Gesetzesrecht widerspricht.²⁰
- 19 Ein Anspruch auf eine korrekte mündliche Verhandlung mit physischer Anwesenheit der Parteien und des Gerichts ergibt sich sodann aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach **Art. 29 Abs. 2 BV**²¹ und der Verfahrensfairness nach **Art. 6 Ziff. 1 EMRK**.²² Gibt es, wie hier, nur eine Instanz mit voller Kognition, muss zwingend eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden. Entscheidend sind vorliegend die Tatfragen wie z.B. Haftbedingungen, persönliche Situation, Durchführbarkeit der Ausschaffungsflüge etc. Nur zum Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung oder im Interesse der Moral wären Ausnahmen zulässig.²³ Der generelle Hinweis der Vorinstanz in Erwägung I.3 auf die «*Gefahr der Ansteckung der Inhaftierten durch Verhandlungsteilnehmer*» wegen Corona rechtfertigt nicht, auf mündliche Verhandlungen gänzlich zu verzichten. Auf jeden Fall gäbe es mildere Massnahmen, um das Risiko einer Ansteckung zu minimieren.²⁴ So könnte dieser Gefahr mit Einhaltung der Distanzregeln und Hygienemassnahmen begegnet werden. Abgesehen davon ist eine Infektion per se auch bei Corona für die überwältigende Mehrheit der Menschen ungefährlich, was im Zeitpunkt der Haftprüfung allgemein bekannt gewesen ist.²⁵ Dass irgendjemand von den Beteiligten einer Risikogruppe angehören würde, wurde nicht behauptet. Über eine Infektion sowohl des Beschwerdeführers als auch seines Vertreters ist nichts bekannt. Ausserdem ist der Beschwerdeführer im Ausschaffungszentrum isoliert und hat derzeit gar keinen direkten Kontakt zu anderen Menschen. Zusammenfassend mangelt es an einem überwiegenden

²⁰ Vgl. BGE 137 I 1, 5 E. 2.4; vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl. Bern 2018, § 33 N 16 ff.

²¹ Umstritten: vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Fn. 20, § 41 N 38 ff. m.w.H.

²² EGMR *Göç vs. Türkei* Nr. 36590/97 Ziff. 47.

²³ MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER (Hrsg.), EMRK-Handkommentar, 4. Aufl. Baden-Baden 2017, Art. 6 N 170 ff.

²⁴ Kommt hinzu, dass Verfahrensgrundrechte als Minimalgarantien ohnehin grundsätzlich nicht eingeschränkt werden dürfen. Es fehlt im Übrigen schon an der gesetzlichen Grundlage, vgl. nachfolgend Rz. 21 ff.

²⁵ Der Rechtsvertreter ist nicht Epidemiologe, aber verfügt durchaus über die Fähigkeit zu rationalen Gedankengängen. Auch wenn verschiedene der Notmassnahmen durchaus nachvollziehbar und zu Beginn wohl auch wichtig waren: Am 15. April 2020 waren in der Schweiz offiziell ca. 27.000 Menschen infiziert, also ca. 0,003% der ständigen Wohnbevölkerung von 8,54 Mio. Davon waren aber ca. 20.000 wieder genesen, obwohl diese erstaunlicherweise offiziell nicht erfasst werden. Am Tag der Haftprüfung 15. April 2020 infizierten sich 513 Menschen neu, während gleichzeitig 1.590 genesen. Zum 23. April 2020 gab es offiziell 1.549 Todesfälle im Zusammenhang mit Corona in der Schweiz. Der Altersmedian der Verstorbenen lag bei 84 Jahren; 97% hatten eine Vorerkrankung. Das Gesundheitssystem stiess zu keinem Zeitpunkt auch nur annähernd an die befürchtete Kapazitätsgrenze (Quellen: SRF, BAG).

öffentlichen Interesse für die von der Vorinstanz verweigerte, korrekte mündliche und öffentliche Gerichtsverhandlung.

20 Mit ihrem Verzicht auf eine korrekte mündliche Verhandlung verletzt das vorinstanzliche Gericht sodann die spezifischen Garantien für gerichtliche Verfahren in **Art. 30 Abs. 3 BV** in Verbindung mit **Art. 6 Ziff. 1 EMRK**. Demnach besteht ein Anspruch auf eine öffentliche Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung. Diese Garantie der Justizöffentlichkeit ist von zentraler rechtsstaatlicher und demokratischer Bedeutung. Mit der Öffentlichkeit ist untrennbar auch die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit verbunden.²⁶ Verfassungsrechtlich besteht der Anspruch auf eine mündliche, öffentliche Verhandlung jedenfalls dann, wenn, wie hier, das einschlägige Verfahrensrecht in **Art. 80 Abs. 2 AIG** und **§ 14 Abs. 1 EGAR/AG** und **§ 72 Abs. 2 KV/AG** eine solche verlangt.²⁷ Die Vorinstanz hat die Öffentlichkeit von der Verhandlung vom 15. April 2020 zwar formell gar nicht ausgeschlossen,²⁸ faktisch war die Öffentlichkeit jedoch ausgeschlossen, was eine Verletzung von **Art. 30 Abs. 3 BV** bedeutet. Auf jeden Fall aber besteht vorliegend, wo es um Ausschaffungshaft geht, ein Anspruch auf eine mündliche, öffentliche Gerichtsverhandlung nach **Art. 6 Ziff. 1 EMRK**. Die Vorinstanz ist einzige richterliche Instanz mit voller Kognition und hat die Garantie auf jeden Fall zu gewähren.²⁹ Indem sie vorliegend auf einen Zwitter zwischen schriftlichem und mündlichem Verfahren ausgewichen ist, hat sie dem Beschwerdeführer die ausdrücklich beantragte justiz-öffentliche Verhandlung verweigert.

21 Die bundesrätlichen Massnahmen wegen der Corona-Pandemie namentlich in der Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht) vom 16. April 2020 sind erst fünf Tage nach der Haftprüfung vom 15. April 2020 in Kraft gesetzt worden. Abgesehen davon enthalten sie just fürs Verwaltungsbeschwerdeverfahren des Bundes und erst recht der Kantone keine Anordnung betreffend Videokonferenz; statt dessen bekräftigen sie in Art. 1 indirekt, dass Verhandlungen mit Teilnahme von Parteien etc. weiterhin grundsätzlich gemäss der einschlägigen Verfahrensordnung durchzuführen sind. Nur die *«angesichts der Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit angezeigten Massnahmen betreffend Hygiene und soziale Distanz [sind] einzuhalten.»* In den Erläuterungen zur Notverordnung vom 16. April 2020 betont der Bundesrat die Wichtigkeit einer funktionsfähigen Justiz und weist darauf hin, in der Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechtspflege

²⁶ BGE 143 I 194, 198 E. 3.1; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Fn. 20, § 43 N 37 ff.

²⁷ Art. 80 Abs. 2 AIG i.V.m. § 14 Abs. 1 EGAR/AG; vgl. oben Rz. 15.

²⁸ Was sie u.U. bei einem überwiegenden öffentlichen Interesse hätte tun dürfen, wobei die Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt sind; vgl. § 72 Abs. 3 KV/AG i.V.m. § 57 Abs. 2 VRPG/AG.

²⁹ BGE 117 Ia 387, 389 E. 3; EGMR *Schlumpf vs. Schweiz* Nr. 29002/06 Ziff. 65; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Fn. 20, § 43 N 47; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER, Fn. 23, Art. 6 N 170 ff.

«laufende Verfahren nach Massgabe des anwendbaren Verfahrensrechts weitergeführt und daher insbesondere auch Verhandlungen und Einvernahmen durchgeführt werden sollen.» Auf spezifische Massnahmen fürs Verwaltungsverfahren verzichtet die Landesregierung. Fürs kantonale Verfahren sind die Kantone zuständig. Der Bundesrat weist ausdrücklich darauf hin: «Entsprechend sind Gerichte und andere Behörden gehalten, Einvernahmen und Verhandlungen gemäss dem anwendbaren Verfahrensrecht durchzuführen. (...) Zu einem funktionierenden Justizbetrieb gehört auch ein funktionierender Verhandlungsbetrieb, soweit behördliche und gerichtliche Verhandlungen vorgesehen sind. (...) Die BAG-Empfehlungen sind insbesondere bei der Organisation von Verhandlungen und Einvernahmen und insbesondere der Auswahl der Räumlichkeiten zu beachten.»³⁰

- 22 Im Kanton Aargau befand es der Regierungsrat für wichtig, per Notrecht in zwei Sammelsurien, Sonderverordnung 1 vom 01. April 2020 (!) und Sonderverordnung 2 vom 15. April 2020 genannt, sozusagen über Nacht eine flächendeckende Videoüberwachung des öffentlichen Raums sowie verschiedenste Anordnungen und Geldausschüttungen für alle möglichen Bereiche anzuordnen; die Einführung von Videokonferenzen im Verwaltungsverfahren schien der Kantonsregierung hingegen nicht so wichtig. Es gibt somit weder eine bundesrechtliche noch eine kantonalrechtliche Grundlage, abweichend von **Art. 80 Abs. 2 AIG** und im Einklang mit **Art. 30 Abs. 3 BV** und **Art. 6 Ziff. 1 EMRK** auf eine mündliche und justizöffentliche Haftprüfung zu verzichten. Die Vorinstanz führte mithin keine rechtmässige Haftprüfung innerhalb der bewilligten Haft bis 16. April 2020 durch, was als schwerer Verfahrensmangel zu bewerten ist und zur Freilassung des Beschwerdeführers führen muss.³¹
- 23 Die BAG-*«Empfehlungen»* hätten vorliegend problemlos eingehalten werden können. Dazu waren der Beschwerdeführer und der Rechtsvertreter ausdrücklich bereit. Wenn andere Verfahrensbeteiligte Angst haben, hätten zusätzlich Mundschutzmasken verteilt werden können. Der Gerichtssaal im Dachgeschoss des Ausschaffungszentrums in Aarau ist sehr grosszügig bemessen und erlaubt ohne weiteres bei richtiger Bestuhlung die Durchführung einer ordentlichen mündlichen Gerichtsverhandlung mit ein, zwei Zuschauern unter Einhaltung der BAG-*«Empfehlungen»*. Damit kommt vorliegend die bundesrätlich angesprochene, hier im Hinblick auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK bestrittene Ausnahme von vornherein nicht zum Zuge, Videokonferenzen im Verwaltungsverfahren seien grundsätzlich zulässig, wenn die BAG-Empfehlungen im Einzelfall nicht eingehalten werden könnten.³²

³⁰ Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht, S. 2 ff.

³¹ BGE 122 II 154, 158 E. 3a; BUSINGER, Fn. 2, S. 242; OFK/Migrationsrecht-ZÜND, Art. 80 N 6.

³² Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht, S. 4.

- 24 Im Strafprozess ist übrigens die Einvernahme mittels Videokonferenz nach Art. 144 StPO nur ausnahmsweise zulässig, «wenn das persönliche Erscheinen der einzuvernehmenden Person nicht oder nur mit grossem Aufwand möglich ist.» Auf vorliegenden Fall angewendet wäre eine Videokonferenz eindeutig nicht zulässig, da das persönliche Erscheinen ausgesprochen einfach wäre: die Verhandlungen des Verwaltungsgerichts finden im Ausschaffungsgefängnis statt; die Betroffenen werden aus der Zelle in den Gerichtssaal gebracht.³³
- 25 Der Rechtsvertreter hält den Bürobetrieb auch in Grippezeiten, während Rezessionen, bei seismischen und politischen Erdbeben, in der Euro-Krise, beim Franken-Schock, während der Finanz-, Flüchtlings- und anderen Krisen aufrecht, so auch während der gegenwärtigen Corona-Krise. Ein jederzeit einwandfreies Funktionieren des Betriebs darf der Beschwerdeführer und dürfen alle anderen Kundinnen erwarten.³⁴ Ebenso dürfen die Bürger und die Verfahrensparteien jederzeit erwarten, dass die Justiz funktioniert und sie vor unzulässigen Eingriffen schützt. Es ist schon schlimm genug, wenn sich das Parlament ängstlich ins Homeoffice verabschiedet und dem derzeitigen Treiben der Regierung tatenlos zusieht. Wenn nun aber auch noch die Justiz den direkten Kontakt mit den «Rechtsunterworfenen» scheut und sich zurückzieht, wird es gefährlich. Keine der vorliegenden Beteiligten gehört zu einer der sog. Risikogruppe. Die allgemeinen Hinweise der Vorinstanz in Erwägung I.3 genügen nicht, um im Sinne von **Art. 6 Ziff. 1 Satz 3 EMRK** eine seltene Ausnahme von der Justizöffentlichkeit zu begründen.³⁵ Die Haftprüfung vom 15. April 2020 hätte öffentlich und mündlich vor Ort im Ausschaffungsgefängnis oder allenfalls im offiziellen Gerichtssaal des Verwaltungsgerichts unter gewissen Zusatzmassnahmen problemlos durchgeführt werden können.
- 26 Die Vorinstanz verletzt mit der Skype-Verhandlung vom 15. April 2020 schliesslich die spezifischen Garantien bei Freiheitsentzug nach **Art. 31 Abs. 2 und Abs. 4 BV** und **Art. 5 Ziff. 4 EMRK**. So war dem Beschwerdeführer verwehrt, eine Instruktion in einem unmittelbaren, persönlichen Gespräch mit dem Rechtsvertreter durchzuführen. Statt dessen wurde vor Verhandlungsbeginn von der Vorinstanz eine Skype-Konferenz ins Ausschaffungsgefängnis hergestellt. Es ist unklar, ob das fermündliche Gespräch mit Zuschaltung des Dolmetschers von rund einer halben Stunde Dauer überhaupt geheim und vertraulich war. Skype gehört zum Microsoft-Konzern, so dass ein Abgreifen der Daten durch US-amerikanische Behörden und erst recht ein Belauschen durch den Konzern

³³ Einvernahmen via Videokonferenz kommen im Strafverfahren nur in Frage, wenn sich die Teilnehmer an verschiedenen Orten in Haft oder im Ausland befinden: vgl. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2018, Art. 144 N 4.

³⁴ Vgl. dazu aktuell Anwaltsrevue 4/2020, S. 147: «Im Fokus des Vorstands SAV».

³⁵ MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER, Fn. 23, Art. 6 N 171.

selbst möglich ist.³⁶ Jedenfalls bietet Skype niemals dieselbe Sicherheit wie ein persönliches Gespräch in einem geschlossenen Raum. Beschwerdeführer und Rechtsvertreter waren nicht einverstanden mit einer Verhandlung über Skype. Die Vorinstanz griff sodann mit ihrem Vorgehen auf unzulässige Weise ins Anwalt-Klienten-Verhältnis ein. Damit konnte der Beschwerdeführer vor der Haftprüfung seine Rechte nicht richtig geltend machen und kein vertrauliches Gespräch mit dem Anwalt führen. Der Beizug eines Anwalts bzw. hier die vertrauliche Kommunikation mit dem amtlichen Rechtsvertreter war so nicht möglich.³⁷ Nach der mangelhaften Instruktion war es dem Beschwerdeführer sodann verwehrt, ein Gericht im Sinne der Verfahrensgarantie «anzurufen», weil das Gericht physisch nicht anwesend war, und dieses nicht korrekt über die *«Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs»* entscheiden konnte. Insgesamt befindet sich der Beschwerdeführer damit aufgrund eines unfairen Verfahrens nach **Art. 6 Ziff. 1 EMRK** nicht mehr rechtmässig im Sinne von **Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK** in Haft und er ist in Gutheissung der Beschwerde freizulassen.

C. Undurchführbarkeit der Ausschaffung

- 27 Ist eine Ausschaffung aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht durchführbar, ist der Betroffene nach **Art. 80 Abs. 6 Bst. a AIG** aus der Haft zu entlassen. Nichts anderes ergibt sich aus **Art. 31 Abs. 1 BV** und **Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK**, da ein Freiheitsentzug ohne bestimmten Zweck und ohne absehbaren Vollzug der beabsichtigten Abschiebung per se verfassungs- und menschenrechtswidrig ist. Mit Bezug auf die ausländerrechtliche Administrativhaft gilt eine Ausschaffung als undurchführbar, wenn Flüge zur Rückführung innert vernünftiger Zeit voraussichtlich nicht durchgeführt werden können.³⁸ Dabei ist nicht auf die maximale Haftdauer, sondern auf einen den gesamten Umständen des Einzelfalls angemessenen Zeitraum abzustellen.³⁹
- 28 Die Beschwerdegegnerin gab anlässlich der Haftprüfung zu, dass die Ausschaffung derzeit nicht durchgeführt werden könne und dass Ausschaffungen auf zeitlich unbestimmte Dauer ausgesetzt seien. Die Vorinstanz geht in Erwägung 2.3.3 zwar auch davon aus, dass die Durchführung derzeit nicht möglich ist. Sie hält aber weiter fest, *«dass eine zwangsweise Rückführung nach Sri Lanka wieder möglich sein wird, sobald der Flugbetrieb wieder aufgenommen wird.»* Das mag sein, doch

³⁶ Patriot Act bzw. Cloud Act.

³⁷ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Fn. 20, § 44 N 28 ff. u. § 45 N 20. Vgl. für das Strafverfahren Art. 6 Ziff. 3 EMRK und SCHMID/JOSITSCH, Fn. 33, Art. 128 N 3.

³⁸ BGE 130 II 56, 61 E. 4.1.3; BGer 2C_490/2019 vom 18. Juni 2019, E. 5.1; BGer 2C_979/2010 vom 13. Januar 2011, E. 2.2; vgl. BUSINGER, Fn. 2, S. 61 f.; OFK/Migrationsrecht-ZÜND, Art. 80 N 9; BUSINGER, Fn. 2, S. 102 f.

³⁹ HUGI YAR, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl. Basel 2009, N 10.111 f.

entscheidend ist, dass die Wiederaufnahme des Flugbetriebs völlig ungewiss ist und damit eine tatsächliche Undurchführbarkeit vorliegt. Weder die Vorinstanz noch sonst jemand kennt den Zeitplan. Die Vorinstanz begründet somit ihre Annahme der Durchführbarkeit in Verletzung von **Art. 29 Abs. 2 BV** nicht. In der mündlichen Begründung ging sie davon aus, dass spätestens bis Ende 2020 mit einer Durchführung gerechnet werden könne.⁴⁰ Das sind ab Urteilsdatum achteinhalb Monate. Somit rechnet sie selbst damit, dass auf Monate hinaus kein normaler Flugbetrieb möglich sein wird. In der derzeitigen weltweiten Panik kann gar nicht gesagt werden, ob jemals wieder Normalität und Vernunft Einzug halten werden, erst recht nicht, ob mit Sri Lanka oder anderen Drittweltländern bis Ende Jahr normale Flugverbindungen und Sonderflüge möglich sein werden.⁴¹

- 29 Die Ausschaffung des Beschwerdeführers ist damit nicht absehbar und in tatsächlicher Hinsicht in absehbarer Zeit entgegen der Vorinstanz nicht durchführbar. Die Vorinstanz wendet mit ihrer Annahme der Durchführbarkeit **Art. 80 Abs. 6 Bst. a AIG** falsch an.

D. Unverhältnismässigkeit der Haftverlängerung

- 30 Scheitert die Verlängerung der Ausschaffungshaft nicht schon wegen fehlender fristgerechter, mündlicher und öffentlicher Gerichtsverhandlung oder wegen tatsächlicher Undurchführbarkeit, wäre sie auf jeden Fall unverhältnismässig im Sinne von **Art. 10 Abs. 2** in Verbindung mit **Art. 36 Abs. 3 BV**; es fehlt an der Eignung als Teilvoraussetzung der Verhältnismässigkeit.⁴² Insbesondere mit Blick auf die EU-Rückführungsrichtlinie⁴³ ist festzuhalten, dass derzeit infolge des Unterbruchs des Flugbetriebs gar kein laufendes Abschiebungsverfahren läuft und schon deshalb die Ausschaffungshaft unzulässig ist.⁴⁴ Gemäss Mitteilung des SEM vom 06. April 2020 sind seit 05. April 2020 sämtliche sri-lankischen Flughäfen für ankommende Flüge bis auf weiteres geschlossen und ist eine Änderung bzw. Wiederöffnung nicht absehbar.⁴⁵
- 31 Zwei weitere Punkte kommen hinzu, welche die Ausschaffungshaft unverhältnismässig erscheinen lassen. Zum einen wurde der Beschwerdeführer unbestrittenermassen am xx. Januar 2020 Vater

⁴⁰ Video-Aufzeichnung 15. April 2020 00:52:30.

⁴¹ Selbst für Europa rechnet niemand damit, dass heuer in den am stärksten betroffenen bzw. überforderten Ländern überhaupt noch so was wie Normalität und Tourismus stattfinden wird.

⁴² BGer 2C_490/2019 vom 18. Juni 2019, E. 5.

⁴³ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008; vgl. dazu BGer 6B_1365/2019 vom 11. März 2020, E. 2.3.1.

⁴⁴ Art. 15 Abs. 1 EU-Rückführungsrichtlinie; vgl. OFK/Migrationsrecht-ZÜND, Art. 80 N 9.

⁴⁵ MIKA act. 368.

eines Jungen.⁴⁶ Der Beschwerdeführer strebt an, mit Kind und Mutter zusammenleben zu wollen; beide verfügen über das Schweizer Bürgerrecht und somit über ein Anwesenheitsrecht in der Schweiz.⁴⁷ Aufgrund der Bemühungen der KESB ist davon auszugehen, dass bald eine offizielle Vaterschaftsanerkennung durch den Beschwerdeführer bezüglich Sohn B. erfolgen wird. Zum anderen sind dem Beschwerdeführer derzeit und gemäss vorinstanzlicher Feststellung in Erwägung II.3 im Urteilszeitpunkt jegliche Besuche im Ausschaffungsgefängnis untersagt. So kann er nicht einmal seine Familie sehen. Dies führt dazu, dass die Haftverlängerung unter den konkreten Umständen unzumutbar und damit unverhältnismässig wird und insbesondere **Art. 8 Ziff. 1 EMRK**⁴⁸ verletzt. Der Beschwerdeführer hat einen Sohn in der Schweiz und fällt somit unter den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK; er ist im Begriff, ein effektives Familienleben und eine Beziehung zum leiblichen Sohn und zur Verlobten in der Schweiz aufzunehmen, ist daran aber faktisch wegen der Administrativhaft gehindert.⁴⁹

- 32 Im Übrigen verletzt die Vorinstanz gleich auch noch die Begründungspflicht gemäss **Art. 29 Abs. 2 BV**, indem sie Erwägung II.6 lapidar festhält, aus den familiären Verhältnissen würden sich *«keine Anhaltspunkte [ergeben], welche gegen eine Haftverlängerung sprechen würden.»* Die Vorinstanz hat die familiären Verhältnisse des Beschwerdeführers entgegen **Art. 80 Abs. 4 AIG** nicht berücksichtigt und nicht dargetan, weshalb die unbestritten gebliebene neue Situation irrelevant sein soll.
- 33 Der Zweck der Ausschaffungshaft könnte schliesslich mit dem sachlich milderen Mittel einer Meldepflicht im Sinne von Art. 64e Bst. a AIG erreicht werden. Die Vorinstanz hält dazu in Erwägung II.6 lapidar fest, dass eine Meldepflicht nicht zielführend *«erscheint»*. Damit verletzt die Vorinstanz einmal mehr ihre Begründungspflicht und damit den verfassungsmässigen Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör nach **Art. 29 Abs. 2 BV**.⁵⁰ Der Beschwerdeführer hat sich ausdrücklich mit einer Meldepflicht einverstanden erklärt. Alternativ könnte auch eine Eingrenzung bzw. eine Anpassung der bestehenden Eingrenzung⁵¹ aufgrund der neuen familiären Verhältnisse geprüft werden, z.B. neu auf die Kantone Aargau und Zürich.

⁴⁶ Geburtsurkunde B. vom xx. xxxxxxxx 2020; vgl. oben Rz. 13.

⁴⁷ Eine Heirat ist wegen Minderjährigkeit derzeit nicht möglich. Eine baldige Vaterschaftsanerkennung und eine bevorstehende Heirat dürften aber gleich zu behandeln sein; vgl. BGer 2C_481/2017 E. 2.3.

⁴⁸ BGer 2C_490/2019 vom 18. Juni 2019, E. 5.3; vgl. auch Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 BV.

⁴⁹ EGMR *Hülsmann vs. Deutschland* Nr. 33375/03; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER, Fn. 23, Art. 8 N 58 ff.

⁵⁰ BGer 2C_466/2018 vom 21. Juni 2018, E. 5.2.

⁵¹ MIKA act. 76.

E. Kosten und unentgeltliche Rechtspflege

- 34 Bei Gutheissung der Beschwerde trägt der Beschwerdeführer keine Gerichtskosten.⁵² Ausserdem hat er Anspruch auf die tarifgemässe Parteientschädigung zulasten des Kantons Aargau.⁵³
- 35 Der Beschwerdeführer verfügt über keinerlei eigene finanzielle Mittel. Ausserdem ist seine Beschwerde *ex ante* betrachtet nicht aussichtslos, da namentlich die Frage, ob eine Skype-Video-Konferenz eine mündliche Verhandlung darstellt, bislang nicht beantwortet worden ist. Auch die Frage, ob bei auf unbestimmte Zeit ausgesetzter Flugtätigkeit immer noch Durchführbarkeit der Ausschaffung angenommen werden kann, ist schwierig zu beantworten. Die entsprechende vorliegende Beschwerde gegen das Urteil vom 15. April 2020 kann somit nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Schliesslich ist der ausländische Beschwerdeführer als Laie, ohne Bildung und ohne Sprachkenntnisse nicht ansatzweise in der Lage, seine rechtlichen Interessen in dem schwierigen und für ihn bedeutungsvollen Fall selbst wahrzunehmen. Die Mandatierung eines Rechtsanwalts für das vorliegende Beschwerdeverfahren war notwendig.⁵⁴ Damit hat der Beschwerdeführer im Falle des Unterliegens antragsgemäss Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung im Sinne von Art. 64 Abs. 1 BGG und unentgeltliche Rechtsverteidigung gemäss Art. 64 Abs. 2 BGG.

Freundliche Grüsse

Dr. S. Meichssner,
Rechtsanwalt

3-fach

Beilagen: - vgl. separates Beweismittelverzeichnis
Kopie an: - Mandantschaft (PDF)

⁵² Art. 66 BGG.

⁵³ Art. 68 BGG; Art. 6 des Reglements über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht vom 31. März 2006.

⁵⁴ SGK BV-STEINMANN, Art. 29 N 67 ff.