

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00017 vom 2. Februar 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-02-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00017)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00017 du 2 février 2015

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00017 del 2 febbraio 2015

## Regeste

Haftentlassung (G.-Nr. GI-140535-L/U) | Missachtung der in Art. 80 Abs. 5 AuG statuierten 8-Tagesfrist: Folgen für die Ausschaffungshaft Wird - wie vorliegend - die in Art. 80 Abs. 5 AuG festgesetzte 8-Tagesfrist verletzt, führt dies nicht zwingend zur Freilassung der inhaftierten ausländischen Person; vielmehr ist eine einzelfallbezogene Interessenabwägung vorzunehmen. Zu berücksichtigen ist dabei insbesondere, ob die Ausländerin oder der Ausländer eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (E. 2.3). Vorliegend ist das öffentliche Interesse an der Verhinderung künftiger Sexualdelikte höher zu gewichten als der Wunsch des Beschwerdeführers, mit der Kindsmutter und seinem Sohn zusammenzuleben (E. 3.6). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2015.00017 VB.2015.00035 Urteil des Einzelrichters vom 2. Februar 2015  
Mitwirkend: Verwaltungsrichter Martin Kayser, Gerichtsschreiber Martin Tanner. In Sachen A, zzt. im Flughafengefängnis Kloten, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegnerin, betreffend Haftentlassung (G.-Nr. GI140535-L/U) und Fortsetzung Ausschaffungshaft (G.-Nr. GI150021-L/U), hat sich ergeben: I. A. Am 8. Dezember 2014 beantragte A, geboren 1984, beim Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts C seine Entlassung aus der Ausschaffungshaft. Das Bezirksgericht wies dieses Gesuch am 15. Dezember 2014 ab. B. Auf Antrag des Migrationsamts verlängerte das Bezirksgericht die Haft bis zum 19. April 2014. II. A. Am 13. Januar 2015 liess A Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und folgende Anträge stellen: "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts C (Zwangsmassnahmengericht) vom 15. Dezember 2014 [...] sei aufzuheben und der Beschwerdeführer sei umgehend aus der Haft zu entlassen; eventualiter sei der Beschwerdeführer nach Haftentlassung einer wöchentlichen Meldepflicht zu unterstellen; 2. Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Prozessführung und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichnenden zu gewähren; evtl. seien die Verfahrenskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und diese zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung zzgl. MWSt. zu entrichten." Das Migrationsamt beantragte am 19. Januar 2015 die Abweisung der Beschwerde. Das Bezirksgericht C verzichtete am 15. Januar 2015 auf eine Vernehmlassung. B. Am 20. Januar 2015 führte A Beschwerde beim Verwaltungsgericht und stellte folgende Anträge: "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts C (Zwangsmassnahmengericht) vom 15. Januar 2015 [...] sei aufzuheben und der Beschwerdeführer sei umgehend aus der Haft zu entlassen; eventualiter sei der Beschwerdeführer nach Haftentlassung einer

wöchentlichen Meldepflicht zu unterstellen; 2. Das vorliegende Beschwerdeverfahren sei mit dem Verfahren Nr. VB.2015.00017 zu vereinigen.

### **E. 1.1**

Beschwerden betreffend Massnahmen nach Art. 73–78 AuG werden vom Einzelrichter behandelt, sofern sie nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Kammer zur Beurteilung überwiesen werden (§ 38b Abs. 1 lit. d Ziff. 4 in Verbindung mit § 43 Abs. 1 lit. b VRG sowie § 38b Abs. 2 VRG). Vorliegend besteht kein Anlass für eine Überweisung an die Kammer.

### **E. 1.2**

In prozessualer Hinsicht beantragt der Beschwerdeführer eine Vereinigung des vorliegenden Verfahrens VB.2015.00035 mit dem Verfahren VB.2015.00017. Da sich in beiden Prozessen dieselben Sachverhalts- und Rechtsfragen stellen, sind sie zu vereinigen.

2. 2.1 Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, er habe mit Schreiben vom 24. November 2014 die Beschwerdegegnerin um Entlassung aus der Ausschaffungshaft ersucht. Die Post habe diese Einschreibesendung am 26. November 2014 der Beschwerdegegnerin zugestellt. In der Folge sei dieses Gesuch unbeachtet bei der Beschwerdegegnerin liegen geblieben. Damit habe die Beschwerdegegnerin die in Art. 80 Abs. 5 AuG statuierte 8-Tages-Frist missachtet. Ein derartiger Fehler müsse ohne weitere Interessenabwägung zur Haftentlassung führen, andernfalls hätte die Fristversäumnis keinerlei Konsequenzen für die Behörde. Dies könne nicht im Sinne des Gesetzgebers sein.

2.2 Art. 80 Abs. 5 AuG lautet wie folgt: "Die inhaftierte Person kann einen Monat nach der Haftüberprüfung ein Haftentlassungsgesuch einreichen. Über das Gesuch hat die richterliche Behörde innert acht Arbeitstagen aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu entscheiden. Ein erneutes Gesuch um Haftentlassung kann bei der Haft nach Art. 75 AuG nach einem oder bei der Haft nach Art. 76 AuG nach zwei Monaten gestellt werden."

2.3 Das Migrationsamt des Kantons Zürich ersuchte am 21. Oktober 2014 das Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts C um Bestätigung der Ausschaffungshaft. Mit Verfügung vom 22. Oktober 2014 hiess das Zwangsmassnahmengericht dieses Begehren gut und bewilligte die Haft antragsgemäss bis zum 19. Januar 2015. Am 24. November 2014 und damit nach Ablauf der in Art. 80 Abs. 5 Satz 1 AuG statuierten einmonatigen Karenzfrist ersuchte der Beschwerdeführer um Haftentlassung. Dieses Gesuch ging am 25. November (sowie eine Kopie davon am 26. November 2014) bei der Beschwerdegegnerin ein. In der Folge blieb das Haftentlassungsgesuch anerkanntermassen während mehr als acht Arbeitstagen unbehandelt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich bei der in Art. 80 Abs. 5 Satz 2 AuG verankerten 8-Tages-Frist nicht um eine blosser Ordnungsfrist, sondern um eine zwingende Vorgabe (BGr, 7. Juli 2009, 2C\_356/2009, E. 5.4 auch zum Folgenden). Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass jede Verletzung dieser Bestimmung – im Sinn eines Automatismus – zwingend zur Freilassung der inhaftierten ausländischen Person führen muss. Vielmehr ist eine einzelfallbezogene Interessenabwägung vorzunehmen. Zu berücksichtigen ist dabei insbesondere, ob die Ausländerin oder der Ausländer eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (vgl. BGr, 20. November 2014, 2C\_992/2014, E. 5.1). Da die Frage nach der Verhältnismässigkeit ohnehin Teil des Haftprüfprogramms bildet, ist auf diesen Aspekt im genannten Zusammenhang einzugehen (hinten E. 3.4).

### **E. 3**

Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Prozessführung und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichnenden zu gewähren; evtl. seien die Verfahrenskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und diese zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung zzgl. MWSt. zu entrichten." Das Bezirksgericht C erklärte am 22. Januar 2015 Verzicht auf eine Vernehmlassung. Das Migrationsamt verzichtete stillschweigend auf eine Beschwerdeantwort. Der Einzelrichter erwägt: 1.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 76 Abs. 1 AuG kann eine Person in Ausschaffungshaft genommen werden, wenn ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt, dessen Vollzug noch nicht möglich, jedoch absehbar ist, einer der in Art. 76 Abs. 1 AuG genannten Haftgründe besteht, die Ausschaffungshaft verhältnismässig erscheint, die Ausschaffung rechtlich und tatsächlich möglich ist (Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG) und die für die Weg- oder Ausweisung notwendigen Vorkehren umgehend getroffen werden (Art. 76 Abs. 4 AuG). Gemäss Art. 79 Abs. 1 AuG darf die Haft höchstens sechs Monate dauern. Wenn die betroffene Person nicht mit der zuständigen Behörde kooperiert oder sich die Übermittlung der für die Ausreise erforderlichen Unterlagen durch einen Staat, der kein Schengen-Staat ist, verzögert, kann die Haft um höchstens zwölf Monate verlängert werden (Art. 79 Abs. 2 AuG).

### **E. 3.2**

Mit Verfügung vom 11. April 2011 widerrief die Beschwerdegegnerin die Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers; die vom Beschwerdeführer dagegen erhobenen Rechtsmittel blieben allesamt erfolglos. Am 22. Juni 2012 setzte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine Frist bis zum 31. Juli 2012, um die Schweiz zu verlassen. Seither hält sich dieser hierzulande illegal auf. Der Beschwerdeführer war vom 22. Juli 2014 bis zum 18. August 2014 in Ausschaffungshaft. Seit dem 20. Oktober 2014 befindet er sich erneut in Ausschaffungshaft. Damit wird die in Art. 79 Abs. 1 f. AuG festgesetzte Maximalhaftdauer noch nicht überschritten.

### **E. 3.3**

Zu prüfen ist weiter, ob einer der in Art. 76 Abs. 1 AuG umschriebenen Haftgründe gegeben ist.

#### **E. 3.3.1**

Gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG kann eine ausländische Person in Haft genommen bzw. belassen werden, wenn sie zuvor wegen eines Verbrechens verurteilt worden war. Als Verbrechen gelten Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (Art. 10 Abs. 2 StGB). Am 13. September 2010 verurteilte das Gericht D den Beschwerdeführer wegen Schändung und sexueller Nötigung zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten; der Vollzug dieser Freiheitsstrafe wurde bei einer Probezeit von fünf Jahren im Umfang von 15 Monaten aufgeschoben. Sowohl die sexuelle Nötigung (Art. 189 Abs. 1 StGB) wie auch die Schändung (Art. 191 StGB) sehen als Sanktion Freiheitsstrafen bis zu zehn Jahren vor. Es handelt sich mithin bei beiden Straftatbeständen um Verbrechen im Sinn von Art. 10 Abs. 2 StGB bzw. Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG.

#### **E. 3.3.2**

Abgesehen davon ist ernsthaft zu befürchten, dass sich der Beschwerdeführer einer Wegweisung entziehen könnte. Nachdem ihm der Beschwerdegegner am 22. Juni 2012 eine Frist bis zum 31. Juli 2012 gesetzt hatte, um die Schweiz zu verlassen, reiste der Beschwerdeführer nach E, Stadt im benachbarten Ausland aus und kehrte nach nur gerade vier Tagen heimlich wieder in die Schweiz zurück. Der Beschwerdeführer hat sich mithin bereits einmal über die Anordnungen der Beschwerdegegnerin hinweggesetzt. Damit erfüllt er zusätzlich den Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 f. AuG.

#### **E. 3.4**

Die Ausschaffungshaft muss – wie oben erwähnt – verhältnismässig sein. Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang geltend, er habe den am 8. März 2014 geborenen Knaben F als sein Kind anerkannt. Weiter wolle er die Kindsmutter G heiraten, welche im Besitz des Schweizer Bürgerrechts ist. Der geplante Eheschluss lasse sich indessen bloss dann realisieren, wenn er freigelassen werde.

#### **E. 3.5**

Entgegen der Beschwerde steht ein geplanter Eheschluss einer Ausschaffung – und damit auch der Anordnung von Ausschaffungshaft – nicht von vornherein entgegen. Dies ergibt sich indirekt aus Art. 17 AuG: Nach dieser Bestimmung haben Ausländerinnen und Ausländer den Bewilligungsentscheid grundsätzlich im Ausland abzuwarten (Abs. 1). Lediglich wenn die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt sind, kann die zuständige kantonale Behörde den Aufenthalt während des Verfahrens gestatten (Abs. 2). Vorliegend wurde der Beschwerdeführer zu einer überjährigen Freiheitsstrafe verurteilt, sodass der Widerrufsgrund von Art. 62 lit. b AuG gegeben ist. Unter diesen Umständen kann nicht von offensichtlich erfüllten Zulassungsvoraussetzungen im Sinn von Art. 17 Abs. 2 AuG gesprochen werden. Entsprechend hat der Beschwerdeführer seinen Zulassungsentscheid im Ausland abzuwarten.

#### **E. 3.6**

Wie dem Strafurteil vom 13. September 2010 des Gerichts D zu entnehmen ist, hat der Beschwerdeführer sein Opfer in verwerflicher Weise missbraucht; für die Einzelheiten kann auf die entsprechenden Erwägungen des Strafgerichts verwiesen werden (§ 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG), ebenso auf E. 4.4.2 des Urteils des Verwaltungsgerichts VB.2011.00750 vom 8. Februar 2014 (nicht auf [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Die sexuelle Integrität zählt zu den besonders schützenswerten Rechtsgütern. Entsprechend besteht ein grosses öffentliches Interesse an der Verhinderung weiterer solcher Straftaten (vgl. Marc Spescha in: ders. et al., Migrationsrecht, 3. A., Zürich 2012, Art. 63 AuG N. 3). Dieses Interesse gilt es auch im vorliegenden Fall zu berücksichtigen. Zwar lebt der Beschwerdeführer nunmehr in einer neuen Beziehung, was tendenziell stabilisierend wirkt. Andererseits lassen die Erwägungen des eingangs zitierten Strafurteils auf ein beträchtliches Rückfallrisiko schliessen, so insbesondere das Fehlen von Reue sowie die im Urteil aufgezeigten egoistischen Züge in der Persönlichkeit des Beschwerdeführers. Die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ist damit nach wie vor gegeben. Der Wunsch des Beschwerdeführers, mit der Kindsmutter und seinem Sohn zusammenzuleben, vermag diese Gefahr und das damit verbundene Sicherheitsinteresse nicht aufzuwiegen. Die Missachtung der 8-Tages-Frist gemäss Art. 80 Abs. 5 Satz 2 AuG tritt damit im hier zu beurteilenden Fall hinter das genannte Interesse zurück. Eine physische Trennung des Beschwerdeführers von der Kindsmutter und dem gemeinsamen Sohn mag zwar mit einer

gewissen Härte verbunden sein. Diese Härte wird indessen dadurch relativiert, dass sich das Haftregime der Ausschaffungshaft deutlich von demjenigen des ordentlichen Strafvollzugs unterscheidet: Es ist dem Haftzweck entsprechend freier ausgestaltet (Andreas Zünd in: Marc Spescha et al., a. a. O., Art. 81 AuG N. 3 auch zum Folgenden). So haben ausländerrechtlich inhaftierte Personen Anspruch auf freien Telefonverkehr auf eigene Kosten (BGE 122 II 299 E. 6b), auf unkontrollierten Briefverkehr (BGE 122 I 222 E. 6a) sowie auf unbeaufsichtigte Besuche ohne Trennscheibe (BGE 122 II 299 E. 6a). Dem Beschwerdeführer wird es mithin nicht verunmöglicht, mündlichen, telefonischen und schriftlichen Kontakt zu seinen Angehörigen pflegen. Der Beschwerdeführer anerkennt dies letztlich selbst, wenn er geltend macht, er werde in der Haftanstalt häufig von G und F besucht.

### **E. 3.7**

Die in der Beschwerde beantragte wöchentliche Meldepflicht stellt im vorliegenden Kontext keine taugliche mildere Ersatzmassnahme dar: Sie vermag weitere Sexualdelikte nicht zu verhindern. Zudem hat sich der Beschwerdeführer mit seiner illegalen Rückkehr in die Schweiz wenige Tage nach Erhalt der Ausreiseaufforderung bereits einmal über eine behördliche Anordnung hinweggesetzt. Es ist deshalb zu befürchten, dass er bei einer Haftentlassung erneut untertauchen würde.

### **E. 4**

Nach Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG ist die Ausschaffungshaft zu beenden, wenn der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist. Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, weshalb sich eine Ausschaffung als undurchführbar erweisen soll. Die Beschaffung der Reisepapiere dauert erfahrungsgemäss eine gewisse Zeit. Die Beschwerdegegnerin wird – soweit dies mittlerweile nicht ohnehin bereits geschehen ist – mit den zuständigen Behörden Kontakt aufnehmen und die Rückführung des Beschwerdeführers nach Tunesien in die Wege leiten. Dabei hat sie das Verfahren beförderlich zu behandeln.

### **E. 5**

Somit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hätte grundsätzlich der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens zu tragen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Da die Verfahrenskosten jedoch aufgrund seiner Bedürftigkeit und des absehbaren Wegweisungsvollzugs offensichtlich uneinbringlich wären, sind sie einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Entsprechend ist der prozessuale Antrag, dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. Eine Parteientschädigung bleibt dem Beschwerdeführer ausgangsgemäss verwehrt (§ 17 Abs. 2 VRG).

### **E. 6.1**

Damit bleibt das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands zu prüfen. Nach § 16 Abs. 1 VRG kann Privaten die Bezahlung von Verfahrenskosten auf entsprechendes Gesuch hin erlassen werden, sofern ihnen die nötigen Mittel fehlen und ihr Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint. Sie haben überdies Anspruch auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren (§ 16 Abs. 2 VRG).

### **E. 6.2**

Die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ist vorliegend unbestritten. Die Beschwerde kann nicht als offensichtlich aussichtslos bezeichnet werden und angesichts der sich stellenden Rechtsfragen ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nicht in der Lage wäre, seine Rechte im Verfahren selbst zu wahren. Es ist ihm daher für das Beschwerdeverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

### **E. 6.3**

Der Beschwerdeführer wird auf § 16 Abs. 4 VRG hingewiesen, wonach eine Partei, der die unentgeltliche Prozessführung und/oder Rechtsvertretung gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.