

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00444 vom 1. Dezember 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-12-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2016.00444](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00444)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00444 du 1 décembre 2016

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00444 del 1 dicembre 2016

## Regeste

Bestätigung Ausschaffungshaft | Ausschaffungshaft. Dublin-System. Zuständiger Staat. Selbständige Ausreise. Nach Art. 29 Abs. 1 der Dublin-Verordnung ist der Mitgliedstaat, in welchem das Asylgesuch aufgrund der Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaats abgewiesen wurde, verpflichtet, den Antragsteller an den zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen. Insofern enthält eine Wegweisung auf der Grundlage des Dublin-Systems gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur den Befehl, die Schweiz zu verlassen, sondern umfasst auch den Zielort. Indem der Beschwerdegegner nicht wie vorgesehen nach Italien, sondern eigenständig nach Deutschland ausgereist ist, hat er sich nicht an die vorgesehenen Ausreisemodalitäten gehalten (E. 3.5). Des Weiteren liegt ein Haftgrund gegen den Beschwerdegegner gemäss Art. 76a AuG vor, da durch sein Untertauchen konkrete Anzeichen dafür bestehen, dass sich der Beschwerdegegner der Wegweisung nach Italien entziehen möchte (E. 3.6). Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2016.00444 Urteil der 1. Kammer vom 1. Dezember 2016 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiberin Daniela Kühne. In Sachen Staatssekretariat für Migration, Beschwerdeführer, gegen A, ohne bekannten Wohnsitz, Beschwerdegegner, und Migrationsamt des Kantons Zürich, Mitbeteiligte, betreffend Bestätigung Ausschaffungshaft, hat sich ergeben: I. Mit Entscheid vom 7. April 2016 trat das Staatssekretariat für Migration (SEM) auf das Asylgesuch von A, ein 1981 geborener, marokkanischer Staatsangehöriger, nicht ein und wies ihn im Rahmen des Dublin-Verfahrens aus der Schweiz nach Italien weg. Am 30. Juni 2016 wurde A in Ausschaffungshaft genommen. II. Mit Verfügung vom 1. Juli 2016 bestätigte das Bezirksgericht Zürich, Zwangsmassnahmengericht, den Antrag des Migrationsamts betreffend Ausschaffungshaft nicht und ordnete die sofortige Freilassung aus der Haft an. III. Hiergegen erhob das Staatssekretariat für Migration (SEM) mit Eingabe vom 2. August 2016 Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragte unter Entschädigungsfolgen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids des Zwangsmassnahmengerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 1. Juli 2016. Das Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Zürich verzichtete mit Schreiben vom 9. August 2016 auf eine Vernehmlassung. Das Migrationsamt des Kantons Zürich beantragte mit verspätet eingegangenem Schreiben vom 23. August 2016 (Frist bis 22. August 2016) die Abweisung der Beschwerde. Das Staatssekretariat für Migration liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen. Die Einzelrichterin erwägt:

### **E. 1.1**

Gestützt auf § 41 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 f. VRG amtet das Verwaltungsgericht als letzte kantonale Instanz bei der Beurteilung von Beschwerden gegen sämtliche verwaltungsrechtliche Akte, unbeschrieben der Behörde, welche diese Akte erlassen hat (vgl. Regina Kiener in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 41 N. 13 ff.). Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen einen Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts des Bezirksgerichts Zürich auf dem Gebiet der ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen (vgl. § 33 Abs. 3 lit. a GOG in Verbindung mit Art. 76a AuG sowie Art. 80a Abs. 1 lit. b und Abs. 3 AuG). Dagegen ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig (vgl. § 43 Abs. 1 lit. b VRG; vgl. Martin Businger, Ausländerrechtliche Haft, Zürich etc. 2015, S. 140 f.).

### **E. 1.2**

Das SEM ist gemäss Art. 14 Abs. 2 OV-EJPD in Verbindung mit Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG in den Bereichen des Ausländerrechts – namentlich auch im Bereich der ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen – berechtigt, gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide beim Bundesgericht Beschwerde zu führen, falls es um die Klärung einer Rechtsfrage eines tatsächlich bestehenden Einzelfalls mit Auswirkungen auf künftig ähnlich gelagerte Sachverhalte geht (BGE 134 II 201 E. 1.1; 129 II 1 E. 1.1). Diese Voraussetzung ist vorliegend, wie in den nachfolgenden Erwägungen erläutert, erfüllt. Die Beschwerdelegitimation für das kantonale Verfahren vor Verwaltungsgericht ist mit Blick auf den Grundsatz der Einheit des Verfahrens ebenfalls gegeben (Art. 111 Abs. 1 BGG; vgl. Martin Bertschi in: Kommentar VRG, § 21 N. 3).

### **E. 1.3**

Gemäss § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 VRG ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Das geltend gemachte Interesse muss aktuell sein. Fällt das aktuelle Rechtsschutzinteresse während der Hängigkeit des Verfahrens dahin, so ist dieses als gegenstandslos abzuschreiben (Bertschi, § 21 N. 26; Alain Griffel in: Kommentar VRG, § 28 N. 25 und § 28a N. 11; Marco Donatsch in: Kommentar VRG, § 63 N. 6). Ein aktuelles praktisches Rechtsschutzinteresse fehlt insbesondere dann, wenn der geltend gemachte Nachteil auch bei der Gutheissung der Beschwerde nicht mehr behoben werden könnte. Mit der Haftentlassung des Beschwerdegegners ist das aktuelle Rechtsschutzinteresse dahingefallen. Vom Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses kann jedoch ausnahmsweise abgesehen und dementsprechend gleichwohl eine Anspruchsprüfung vorgenommen werden, wenn die mit der Beschwerde aufgeworfenen Fragen (kumulativ) sich jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung an ihrer Beantwortung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und wenn sie im Einzelfall kaum je rechtzeitig überprüft werden könnten (vgl. VGr, 7. Juli 2016, VB.2016.00234, E. 1.3; 24. Januar 2013, VB.2012.00769, E. 1.2.1, mit Hinweisen; RB 2007 Nr. 10 E. 1.3; BGE 138 II 42 E. 1.3; 131 II 670 E. 1.2). Diese Voraussetzungen sind, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, vorliegend erfüllt. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 2**

Beschwerden betreffend Massnahmen nach Art. 73–78 AuG werden von der Einzelrichterin oder dem 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). Da eine solche grundsätzliche Rechtsfrage vorliegt, ist im konkreten Fall die Kammer zuständig.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass A seiner Ausreiseverpflichtung im Sinn des Dublin-Systems nicht nachgekommen sei. Eine Ausreise in irgendein Land sei nicht genügend, sondern nur eine Ausreise in den zuständigen Dublin-Staat. Der Beschwerdegegner sei jedoch nicht unter behördlicher Aufsicht in den zuständigen Staat Italien, sondern nach Deutschland ausgereist. Die Verpflichtung des Nichteintretensentscheids, die Schweiz zu verlassen, sei damit nicht konsumiert und die Wegweisungsverfügung nach Italien weiterhin zu vollziehen. Wenn die Vorinstanz feststelle, dass A seiner Ausreiseverpflichtung nachgekommen sei, verletze sie somit Bundesrecht. Schliesslich lägen durch das Untertauchen des Beschwerdegegners konkrete Anzeichen nach Art. 76a Abs. 2 lit. b AuG vor, dass der Beschwerdegegner sich der Durchführung der Wegweisung entziehen wolle, wodurch auch ein Haftgrund zur Sicherstellung des Vollzugs im Sinn von Art. 76a AuG gegeben sei.

### **E. 3.2**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Wegweisungsentscheide auf zwei Arten vollzogen werden: Durch freiwillige (das heisst selbständige, unter behördlicher Aufsicht stattfindende) Ausreise oder durch behördliche Ausschaffung (BGE 140 II 74, E. 2.3; 125 II 377, E. 2.b). Grundsätzlich führt dabei die selbständige Ausreise zum Vollzug einer Wegweisungsverfügung (Konsumation). Diese Wegweisungsverfügung kann nach einer erneuten Einreise der betroffenen Person in die Schweiz grundsätzlich nicht mehr eine genügende Grundlage für die Anordnung einer Ausschaffungshaft darstellen (BGr, 18. Juli 2001, 2A\_305/2001, E. 3). Das Dublin-System beinhaltet die Zusammenarbeit der beteiligten europäischen Staaten mit dem Ziel, dass ein einziger Staat für die Durchführung des Asylverfahrens eines Drittstaatsangehörigen zuständig ist. Bei einer Überstellung im Rahmen des Dublin-Verfahrens ist der zu überstellende Staat verpflichtet, den Antragsteller an den zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen (Art. 29 Abs. 2 DVO; BGE 140 II 74, E. 2.3). Die Überstellung an den zuständigen Staat soll dabei schnellstmöglich erfolgen, und die Haft als Mittel zur Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs muss so kurz wie möglich ausfallen und darf auf jeden Fall nicht länger dauern, als zur Durchführung des Verfahrens unbedingt notwendig ist (vgl. Art. 28 Abs. 3 DVO; ferner Businger, S. 131 f.).

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 76a Abs. 1 AuG kann die zuständige Behörde die betroffene ausländische Person zur Sicherstellung der Wegweisung in den für das Asylverfahren zuständigen Dublin-Staat in Haft nehmen, wenn im Einzelfall konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die Person sich der Durchführung der Wegweisung entziehen will, die Haft verhältnismässig ist und sich weniger einschneidende Massnahmen nicht wirksam anwenden lassen. Der zweite Absatz der genannten Bestimmung konkretisiert sodann die Anzeichen, welche befürchten lassen, dass sich die betroffene Person der Durchführung der Wegweisung entziehen will. Laut Art. 76a Abs. 3 AuG kann die betroffene Person in Haft belassen oder in Haft genommen werden ab Haftanordnung für eine Dauer von höchstens:

sieben Wochen während der Vorbereitung des Entscheids über die Zuständigkeit für das Asylgesuch (lit. a), fünf Wochen während eines Verfahrens gemäss Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1560/2003 (lit. b) und sechs Wochen zur Sicherstellung des Vollzugs zwischen der Eröffnung des Weg- oder Ausweisungsentscheids beziehungsweise nach Beendigung der aufschiebenden Wirkung eines allfällig eingereichten Rechtsmittels gegen einen erstinstanzlich ergangenen Weg- oder Ausweisungsentscheid (lit. c).

#### **E. 3.4**

Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, dass der Beschwerdegegner nicht im Sinn der Dublin-Verordnung aus der Schweiz ausgereist ist. Nach Art. 29 Abs. 1 der Dublin-Verordnung ist der Mitgliedstaat, in welchem das Asylgesuch aufgrund der Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaats abgewiesen wurde, verpflichtet, den Antragsteller an den zuständigen Mitgliedstaat zu überstellen. Insofern enthält eine Wegweisung auf der Grundlage des Dublin-Systems gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur den Befehl, die Schweiz zu verlassen, sondern umfasst auch den Zielort (BGE 140 II 74, E. 2.3, mit weiteren Hinweisen). Die Ausreise des Betroffenen in diesen Staat kann dabei entweder freiwillig, unter behördlicher Aufsicht oder durch behördliche Ausschaffung erfolgen. Im vorliegenden Fall stellen sich gerade zwei Probleme: Zunächst ist der Beschwerdegegner nicht wie vorgesehen nach Italien, sondern nach Deutschland ausgereist und hat dort offenbar ein Asylgesuch gestellt. Die Ausreise ist somit nicht in den zuständigen Staat Italien, sondern nach Deutschland erfolgt. Es ist aber, wie oben aufgezeigt, gerade nicht im Sinn der Dublin-Verordnung, dass eine Ausreise in einen beliebigen, vom Betroffenen selbst gewählten Staat geschieht.

#### **E. 3.5**

Des Weiteren hat der Beschwerdegegner die Ausreise selbständig, aber ohne behördliche Aufsicht vorgenommen. Behördliche Aufsicht im Sinn der Rechtsprechung ist so zu verstehen, dass der Betroffene zwar selbständig ausreist, dabei aber mit den zuständigen Vollzugsbehörden kooperiert, indem er in Zusammenarbeit mit diesen die Überstellung festlegt und bereit ist, in den zuständigen Staat zu reisen. Eine Überstellung in den Dublin-Staat erfolgt nur rechtskonform, wenn die Modalitäten der Dublin-Verordnung eingehalten werden. Erst, wenn die Ausreise unter Berücksichtigung dieser Modalitäten in den zuständigen Staat erfolgt ist, ist keine Grundlage mehr für eine Ausschaffungshaft gegeben, da der zugrunde liegende Wegweisungsentscheid konsumiert ist (BGE 140 II 74, E. 2.3). Konkret hätte der Beschwerdegegner gemäss des Nichteintretensentscheids vom 7. April 2016 innerhalb von sechs Monaten nach Zustimmung, das heisst bis 4. Oktober 2016 nach Italien ausreisen sollen. Aufgrund des Untertauchens des Beschwerdegegners hat das SEM am 3. Mai 2016 die italienischen Behörden gestützt auf Art. 29 Abs. 2 DVO um Verlängerung der Überstellungsfrist auf 18 Monate ersucht. Der Beschwerdegegner hat jedoch wenige Tage nach Erhalt des Nichteintretensentscheids ohne Kooperation mit den zuständigen Behörden die Schweiz verlassen und gemäss Meldung der zuständigen deutschen Behörden am 22. April 2016 in Deutschland ein Asylgesuch gestellt. Somit hat sich der Beschwerdegegner nicht an die vorgesehenen Ausreisemodalitäten gehalten.

#### **E. 3.6**

Aus den gesamten Umständen geht des Weiteren hervor, dass ein Haftgrund gegen den Beschwerdegegner gemäss Art. 76a AuG vorliegt. Mit dem unabgesprochenen Ausreisen des Beschwerdegegners nach Deutschland bzw. seinem Untertauchen seit dem 15. April

2016 bestehen konkrete Anzeichen dafür, dass der Beschwerdegegner sich der Wegweisung nach Italien entziehen möchte. Zum Zeitpunkt, als der Beschwerdegegner ein Asylgesuch in Deutschland gestellt hat, wusste er bereits, dass Italien gestützt auf die Dublin-Bestimmungen für die Prüfung seines Asylverfahrens zuständig ist; sein Untertauchen ist somit in direktem Zusammenhang mit dem Überstellungsverfahren nach Italien zu sehen. Auch in Deutschland hat sich der Beschwerdegegner offenbar nicht an die ihm auferlegte Rayonaufgabe des Gebiets der Stadt B gehalten. Das Verhalten des Beschwerdegegners zeigt, dass weniger einschneidende Massnahmen im Sinn von Art. 76a Abs. 1 AuG nicht ausreichend sind. Zudem sprechen keine Gründe gegen die Verhältnismässigkeit einer Haft zwecks Sicherstellung des Vollzugs. Der Vollzug nach Italien ist technisch möglich, praktisch durchführbar und somit in absehbarer Zeit möglich. Insgesamt ergibt sich somit, dass die Nicht-Bestätigung der Ausschaffungshaft mit der Ausreise nach Deutschland bundesrechtswidrig ist. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen.

#### **E. 4**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdegegner grundsätzlich kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Eine Parteientschädigung ist mangels erheblichen Aufwands auf Seiten der Beschwerdeführerin nicht zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG). Da die Gerichtskosten aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich uneinbringlich erscheinen, sind sie wegen offensichtlicher Unerhältlichkeit abzuschreiben.

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