

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00260 vom 18. Mai 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-05-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00260

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00260 du 18 mai 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00260 del 18 maggio 2017

Regeste

Bestätigung Ausschaffungshaft (G.-Nr.: G1170100-L / U) | Ausschaffungshaft; erstinstanzliche Landesverweisung; nicht rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens. Der Beschwerdeführer wurde vom Bezirksgericht Zürich wegen eines Verbrechens verurteilt und im Sinne von Art. 66a StGB für 6 Jahre des Landes verwiesen. Dieser Entscheid ist nicht rechtskräftig (E. 2). Aus dem Wortlaut von Art. 76 Abs. 1 AuG ergibt sich, dass zwar seit dem 1. Oktober 2016 erstinstanzlich ausgesprochene Landesverweisungen ebenfalls eine mögliche Grundlage für die Anordnung der Ausschaffungshaft bilden, daneben muss aber weiterhin einer der in Art. 76 Abs. 1 lit. a und b AuG genannten Haftgründe gegeben sein. Sodann kann der Auffassung der Vorinstanz, wonach bei einer sich auf eine Landesverweisung abstützenden Ausschaffungshaft eine nicht rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens als Haftgrund ausreiche, nicht gefolgt werden. Die Haftanordnung gestützt auf eine Landesverweisung setzt damit eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens oder das Vorliegen eines anderen Haftgrundes voraus (E. 3.5). Vorliegend sind auch keine anderen Haftgründe gegeben (E. 4), weshalb der Beschwerdeführer unverzüglich aus der Haft zu entlassen ist. Gutheissung.

Erwägungen

E. 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). Insbesondere im Zusammenhang mit der ausgesprochenen Landesverweisung und dem Haftgrund der Verurteilung zu einem Verbrechen stellen sich Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, weshalb der Entscheid durch die Kammer zu fällen ist.

E. 2

Der Beschwerdeführer ist afghanischer Staatsangehöriger. Er reiste am 14. Oktober 2015 von Ungarn her illegal in die Schweiz ein und stellte gleichentags ein Asylgesuch. Dieses Asylgesuch wurde vom Staatssekretariat für Migration (SEM) am 21. Februar 2017 als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Bereits zuvor, nämlich am 1. Januar 2017, war der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit einem Sexualdelikt verhaftet und in Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft versetzt worden. In der Folge wurde der Beschwerdeführer am 12. April 2017 vom Einzelgericht in Strafsachen des Bezirksgerichts Zürich wegen Schändung im Sinne von Art. 191 StGB schuldig gesprochen und zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt, unter Anrechnung von 102 Tagen erstandener

Haft; der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und eine 2-jährige Probezeit festgesetzt. Zudem wurde der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 66a StGB für 6 Jahre des Landes verwiesen. Gegen dieses Urteil meldete der Beschwerdeführer sogleich Berufung an, weshalb dieses noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Ebenfalls am 12. April 2017 wurde der Beschwerdeführer aus der Sicherheitshaft entlassen und in Ausschaffungshaft genommen. Schliesslich ersuchte das Migrationsamt des Kantons Zürich mit einem an das SEM gerichteten Schreiben vom 21. April 2017 um Wiederaufnahme des Asylverfahrens durch das SEM bzw. die Migrationsbehörden des Kantons Aargau.

E. 3.1

Gemäss Art. 76 Abs. 1 AuG kann eine Person in Ausschaffungshaft genommen werden, wenn ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet oder eine erstinstanzliche Landesverweisung nach Art. 66a oder 66a bis StGB ausgesprochen wurde und einer der in Art. 76 Abs. 1 AuG genannten Haftgründe vorliegt.

E. 3.2

Gegen den Beschwerdeführer liegt eine erstinstanzliche (nicht rechtskräftige) Landesverweisung vor. Zwischen den Parteien ist umstritten, ob bereits damit ein Haftgrund gegeben ist.

E. 3.3

Die Vorinstanz stützte die Bestätigung der Ausschaffungshaft auf Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG ab. Gemäss diesen Bestimmungen kann eine Person in Haft genommen werden, wenn sie wegen eines Verbrechens verurteilt worden ist. Nach übereinstimmender Auffassung ist Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG nicht schon erfüllt, wenn eine Person strafrechtlich verfolgt wird, sondern erst, wenn eine rechtskräftige Verurteilung vorliegt (Andreas Zünd, in: Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli/Constantin Hruschka, Kommentar Migrationsrecht, 4. A., Zürich 2015, Art. 75 AuG N. 11; Thomas Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Ausländerrecht, Basel 2009, S. 459, § 10 Rz. 10.74; Martin Businger, Ausländerrechtliche Haft, Zürich et al. 2015, S. 182; vgl. dazu auch BGr, 4. Oktober 2012, 2C_981/2012, E. 2.2 und 5. August 2009, 2C_455/2009, E. 2.1).

E. 3.4

Die Vorinstanz führt hierzu aus, dass die Anordnung einer erstinstanzlichen Landesverweisung voraussetze, dass eine erstinstanzliche Verurteilung ausgesprochen worden sei; die Landesverweisung folge damit auf die Verurteilung. Wenn nach dem klaren Gesetzeswortlaut bereits eine erstinstanzliche Landesverweisung für die Anordnung einer Ausschaffungshaft genüge, müsse dies zwingend auch für den der Landesverweisung zu Grunde liegende Schuldspruch gelten. Demnach reiche ein erstinstanzliches Urteil, in dem eine Verurteilung wegen eines Verbrechens und eine gestützte darauf ausgesprochene Landesverweisung für die Anordnung von Ausschaffungshaft aus. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin kann beim Vorliegen einer erstinstanzlichen Landesverweisung sogar gänzlich auf das Erfordernis des Haftgrundes verzichtet werden.

E. 3.5

Diese Ausführungen überzeugen nicht. Zunächst ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 76 Abs. 1 AuG, dass zwar seit dem 1. Oktober 2016 erstinstanzlich ausgesprochene Landesverweisungen ebenfalls eine mögliche Grundlage für die Anordnung der

Ausschaffungshaft bilden, daneben aber weiterhin einer der in Art. 76 Abs. 1 lit. a und b AuG genannten Haftgründe gegeben sein muss. Auch aus der Botschaft des Bundesrates zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer vom 26. Juni 2013 lässt sich nichts Gegenteiliges ableiten (BBl 2013, 5975 ff., 6046 f.). Dies entspricht überdies der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur altrechtlichen Landesverweisung, wonach für die Anordnung der Ausschaffungshaft eine Landesverweisung und ein Haftgrund vorhanden sein mussten (BGE 128 II 103 E. 1.3 und 1.6). Ebenfalls nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Vorinstanz, wonach bei einer sich auf eine Landesverweisung abstützenden Ausschaffungshaft eine nicht rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens als Haftgrund ausreiche. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb bei einer Landesverweisung andere bzw. weniger strenge Anforderungen an die Haftgründe gestellt werden sollten, als wenn ein erstinstanzlicher Weg- und Ausweisungsentscheiden die Haftgrundlage bilden würde. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass bei einer gleichzeitigen Verurteilung wegen eines Verbrechens und einer gestützt darauf ausgesprochenen Landesverweisung stets Ausschaffungshaft angeordnet werden kann, hätte er dies im Ausländergesetz festlegen können und müssen. Er hat dies aber unstreitig nicht getan, sondern nur bestimmt, dass eine erstinstanzliche Landesverweisung die Grundlage für eine Ausschaffungshaft bilden kann (so auch der Wortlaut der bundesrätlichen Botschaft, BBl 2013 5975 ff., 6047). Somit setzt auch die Haftanordnung gestützt auf eine Landesverweisung eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens oder das Vorliegen eines anderen Haftgrundes voraus. Wie gesehen liegt eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens nicht vor, weshalb die Vorinstanz den Haftgrund gemäss Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG in rechtswidriger Weise bejaht hat.

E. 4

Andere Haftgründe sind nicht geltend gemacht, können aber auch von Amtes herangezogen werden. Näher zu prüfen ist bei der vorliegenden Konstellation einerseits der Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG sowie andererseits der Haftgrund der Untertauchensgefahr im Sinn von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG.

E. 4.1

Gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG kann in Haft genommen werden, wer Personen ernsthaft bedroht oder an Leib und Leben erheblich gefährdet und deshalb strafrechtlich verfolgt wird oder verurteilt worden ist. Dabei muss es sich – im Unterschied zu Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG – nicht um eine rechtskräftige Verurteilung handeln. Vorausgesetzt ist allerdings ein Delikt bzw. eine strafrechtliche Verfolgung im Zusammenhang mit einem Delikt gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit oder gegen die sexuelle Integrität (Hugi Yar, S. 458, § 10 Rz. 10.71, Tarkan Göksu, in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, S. 738, Art. 75 Rz. 22). Anknüpfungspunkt ist vorliegend die Strafuntersuchung bzw. die erstinstanzliche Verurteilung wegen Schändung (Art. 191 StGB), also wegen eines Delikts gegen die sexuelle Integrität. Der Strafrichter hat dem Beschwerdeführer den bedingten Strafvollzug gewährt und die Probezeit auf das gesetzliche Minimum von zwei Jahren festgelegt (Art. 44 Abs. 1 StGB). Die Prognose bei der Ausschaffungshaft erfolgt allerdings aus einem etwas anderen Blickwinkel als diejenige der Straf- und Strafvollzugsbehörden, weshalb nicht einfach deren Beurteilung des künftigen Verhaltens übernommen werden kann. Im Gegensatz zum Strafverfahren, wo

insbesondere der Resozialisierungsgedanke im Auge zu behalten ist, geht es vorliegend in erster Linie um den Schutz der Bevölkerung und handelt es sich zudem in der Regel um Ausländer, bei denen davon auszugehen ist, dass sie die Schweiz demnächst verlassen müssen, so dass die Wiedereingliederung in die hiesige Gesellschaft nicht in Frage steht (BGr, 26. August 2004, 2A.480/2003, E. 4; 1. Mai 2012, 2C_304/2012, E. 2.2.1). Aus der Gewährung des bedingten Strafvollzugs kann daher auch im vorliegenden Fall nicht einfach auf eine günstige Prognose geschlossen werden. Massgeblich fällt jedoch ins Gewicht, dass dem Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 44 Abs. 1 StGB darüber hinaus die minimale Probezeit von zwei Jahren angesetzt wurde. Damit kommt mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck, dass der Richter eine relevante Rückfallgefahr verneint hat. Es besteht kein Anlass, um von dieser Einschätzung durch das Strafgericht abzuweichen. Damit fehlt es am Erfordernis der erheblichen Gefährdung im Sinn des Gesetzes.

E. 4.2

Den Haftgrund der Untertauchensgefahr regelt Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG. Voraussetzung hierfür ist, dass konkrete Anzeichen befürchten lassen bzw. dass das bisherige Verhalten des Ausländers darauf schliessen lässt, er wolle sich der Ausschaffung entziehen bzw. behördlichen Anordnungen widersetzen. Der Beschwerdeführer hat sich bislang weder behördlichen Anordnungen widersetzt, noch ist er hier untergetaucht. Dass das Asylverfahren zufolge Nichtauffindbarkeit des Beschwerdeführers abgeschlossen wurde, ist offensichtlich darauf zurückzuführen, dass er sich seit Anfang des Jahres in Untersuchungshaft befunden hat. Der Beschwerdeführer äusserte sich zwar mehrfach dahingehend, nicht in seine Heimat zurückkehren zu wollen. Diese Aussagen stehen jedoch im Zusammenhang mit seinem Asylgesuch. Auch bei der polizeilichen Einvernahme vom 13. April 2017 war ihm offensichtlich noch nicht bewusst, dass das Asylverfahren abgeschlossen worden war. Zudem stellte das Migrationsamt angesichts der Umstände am 21. April 2017 beim SEM das Gesuch um Wiederaufnahme des Asylverfahrens. Es ist mit der überwiegenden Rechtsprechung und Lehre davon auszugehen, dass die Aussagen des Beschwerdeführers, nicht in die Heimat zurückkehren zu wollen, vor diesem Hintergrund nicht oder höchstens als ein schwaches Indiz für die Gefahr des Untertauchens gewürdigt werden können (vgl. Hugi Yar, S. 467, § 10 Rz. 10.92; Göksu, S. 749, Art. 76 Rz. 13; Businger, S. 122, mit Hinweisen). Auch zusammen mit der Verurteilung – unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs – genügt die geäusserte Absicht zum Verbleib in der Schweiz zur Bejahung einer Untertauchensgefahr nicht aus.

E. 5

Zusammengefasst ist nicht ersichtlich, dass ein Haftgrund erfüllt wäre. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 15. April 2017 ist dementsprechend aufzuheben. Der Beschwerdeführer ist umgehend aus der Ausschaffungshaft zu entlassen.

E. 6

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG), womit das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos wird. Sodann hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung zu entrichten (§ 17 Abs. 2 VRG). Da dem Beschwerdeführer in Anwendung von § 16 Abs. 1

und 2 VRG die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren ist, ist die Parteientschädigung seinem Rechtsvertreter zuzusprechen. Sie wird auf die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands angerechnet.

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