

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00569 vom 4. Juli 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-07-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2017.00569](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00569)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00569 du 4 juillet 2018

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00569 del 4 luglio 2018

## Regeste

Bestätigung Ausschaffungshaft (G.-Nr. GI170162-L/U) | Ausschaffungshaft. SEM-Beschwerde. Erhebliche Gefährdung an Leib und Leben. Wiederholter Kokainhandel. Kleindealer. Wiederholter Kokainhandel mit Kleinstmengen mit Hinweisen, die auf längerfristig angelegte Delinquenz schliessen lassen, gilt als Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG. Diese Voraussetzungen waren vorliegend erfüllt, weshalb das Zwangsmassnahmengericht die Haft der Beschwerdegegnerin, die erstinstanzlich mit 15 Monaten Gefängnis bestraft worden war, zu Unrecht aufgehoben hat (E. 3.5 und 3.6). Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2017.00569 Urteil des Einzelrichters vom 4. Juli 2018 Mitwirkend: Verwaltungsrichter Lukas Widmer, Gerichtsschreiberin Daniela Kühne. In Sachen Staatssekretariat für Migration, Beschwerdeführerin, gegen A, Beschwerdegegnerin, und Migrationsamt des Kantons Zürich, Mitbeteiligte, betreffend Bestätigung Ausschaffungshaft (G.-Nr. GI170162-L/U), hat sich ergeben: I. Mit Entscheid vom 4. Juli 2017 ordnete das Migrationsamt des Kantons Zürich an, dass A, geboren 1976, von der Dominikanischen Republik, in Ausschaffungshaft im Sinn von Art. 76 Abs. 1 AuG genommen werde, und beantragte dem Bezirksgericht, Zwangsmassnahmengericht, gleichentags die gerichtliche Bestätigung der Haftanordnung bis zum 2. September 2017. II. Mit Entscheid vom 6. Juli 2017 wies das Bezirksgericht Zürich, Zwangsmassnahmengericht, den Antrag des Migrationsamts betreffend Ausschaffungshaft ab und ordnete die sofortige Freilassung aus der Haft an. III. Hiergegen erhob das Staatssekretariat für Migration (SEM) mit Eingabe vom 6. September 2017 Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragte unter Entschädigungsfolgen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids des Zwangsmassnahmengerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 6. Juli 2017. Mit Schreiben vom 13. September 2017 verzichtete das Bezirksgericht Zürich, Zwangsmassnahmengericht, auf eine Vernehmlassung. Mit Eingabe vom 22. September 2017 verzichtete das Migrationsamt auf eine ergänzende Stellungnahme und schloss sich vollumfänglich den Ausführungen des SEM an. Das Staatssekretariat für Migration liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen. Der Einzelrichter 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). Vorliegend besteht kein Anlass für eine

Überweisung.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Vorinstanz die Ausschaffungshaft der Beschwerdegegnerin zu Unrecht nicht bestätigt hat. Die Beschwerdegegnerin habe in der Schweiz wiederholten Kokain-Handel betrieben und sei deshalb strafrechtlich verfolgt worden. Damit liege klar ein Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG vor. Auch die übrigen Voraussetzungen der Ausschaffungshaft seien erfüllt gewesen.

### **E. 3.2**

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 und einer der in Art. 76 Abs. 1 lit. b. AuG genannten Haftgründe besteht. Nach Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 AuG kann eine Person in Haft genommen werden, wenn Gründe nach Art. 75 Abs. 1 lit. b, c, g oder h vorliegen. Beispielsweise kann eine Person gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG in Haft genommen werden, wenn sie 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 (Tarkan Göksu, in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, Art. 75 N. 22).

### **E. 3.3**

Zusätzlich zum Haftgrund muss die Ausschaffungshaft verhältnismässig erscheinen, die Ausschaffung selbst rechtlich und tatsächlich möglich sein (Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG) und müssen die für die Weg- oder Ausweisung notwendigen Vorkehren umgehend getroffen werden (Art. 76 Abs. 4 AuG).

### **E. 3.4**

Die Mitbeteiligte begründete ihren Antrag auf Bestätigung der Ausschaffungshaft mit dem Haftgrund der Verurteilung zu einem Verbrechen (Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 75 Abs. 1 lit. h AuG). Wie die Vorinstanz richtig festhält, ist hier allerdings eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens gefordert (was hier zum Zeitpunkt der Antragsstellung unbestrittenermassen nicht der Fall war), andernfalls ein anderer Haftgrund vorliegen muss (VGr, 18. Mai 2017, VB.2017.00260, E. 3.5). Näher geprüft wurden in der Folge einerseits der Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG (wo keine rechtskräftige Verurteilung gefordert ist) sowie andererseits der Haftgrund der Untertauchensgefahr im Sinn von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AuG.

### **E. 3.5**

Ein Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG liegt im konkreten Fall vor. Gefordert ist hier wie bereits erwähnt eine ernsthafte Bedrohung von Personen oder eine erhebliche Gefährdung an Leib und Leben. Darunter fallen gemäss ständiger Rechtsprechung Delikte gegen Leib und Leben gemäss Art. 111 ff.

StGB, gegen die Freiheit nach Art. 180 ff. StGB oder gegen die sexuelle Integrität gemäss Art. 187 ff. StGB. Die formelle Einordnung der Straftat ist jedoch alleine nicht entscheidend. Auch Tatbestände des Nebenstrafrechts können den Haftgrund erfüllen (Martin Businger, Ausländerrechtliche Haft, die Haft nach Art. 75 ff. AuG, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 180). Delikte gegen das Vermögen und Delikte gegen die Allgemeinheit scheiden gemäss Lehre und Rechtsprechung als Haftgrund regelmässig aus. Wiederholter Kokain- oder Heroinhandel mit Kleinstmengen (nicht aber einmaliger Betäubungsmittelhandel mit kleineren Menge oder Drogenkonsum) gelten als haftbegründend (Göksu, Art. 75 N. 22; Andreas Zünd in: Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli/Constantin Hruschka (Hrsg.), Kommentar Migrationsrecht, 4. A., Zürich 2015, Art. 75 N. 10 ). Kleindealer sollen bei wiederholter Vorgehensweise deshalb auch erfasst werden, weil sie mit der im Laufe der Zeit in Umlauf gesetzten Drogenmenge einem normalen Händler in nichts nachstehen (BGr, 18. April 2012, 2C\_293/2012, E. 4.3 ff.; vgl. auch Businger, S. 180). Diese Rechtsprechung wird verschiedentlich hinterfragt und eine Beschränkung auf schwere Betäubungsmitteldelikte gefordert (vgl. dazu Businger, S. 180, mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3.6**

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdegegnerin gemäss Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 16. Mai 2017 seit November 2016 wiederholten Kokain-Handel mit diversen Abnehmern begangen. Bei der Hausdurchsuchung konnten insgesamt ca. 53,3 Gramm Kokain sichergestellt werden, insgesamt 47,7 Gramm Reinsubstanz, welches für den Verkauf bestimmt war. Gemäss Bundesgerichtsurteil vom 18. April 2012 ist ein Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG und weitere erhebliche Gefährdung bei einer Menge von über 4,6 Gramm Kokain und Hinweisen, die auf längerfristig angelegte Delinquenz schliessen lassen, zu bejahen (BGr, 18. April 2012, 2C\_293/2012, E. 4.6). Der Urteilsvorschlag der Staatsanwaltschaft im konkreten Fall von einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten deckt sich mit dem anschliessend gefällten Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Juli 2017. Damit erfolgte gegen die Beschwerdegegnerin eine strafrechtliche Verfolgung aufgrund wiederholten Kokainhandels mit Kleinstmengen, einer sichergestellten erheblichen Menge an Kokain sowie Hinweisen, dass eine längerfristig angelegte Delinquenz geplant war, was insgesamt nach herrschender Rechtsprechung als Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 75 Abs. 1 lit. g AuG gilt. Daran vermag auch die vereinzelte Kritik an dieser Rechtsprechung nichts zu ändern. Die weiteren Voraussetzungen für eine Ausschaffungshaft waren ebenfalls erfüllt; insbesondere liegt ein erstinstanzlicher Wegweisungsentscheid vor, dessen Umsetzung (Rückführung nach Spanien) rechtlich und tatsächlich möglich war und lagen keine Anzeichen einer Unverhältnismässigkeit der Haft vor.

### **E. 4**

Insgesamt ergibt sich somit, dass die Nicht-Bestätigung der Ausschaffungshaft bundesrechtswidrig ist. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen.

### **E. 5**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin grundsätzlich kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Da die Gerichtskosten aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich uneinbringlich erscheinen,

sind sie wegen offensichtlicher Unerhältlichkeit abzuschreiben. Eine Parteienschädigung ist mangels erheblichen Aufwands vonseiten der Beschwerdeführerin nicht zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

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