

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00814 vom 15. Januar 2019**

ZH Verwaltungsgericht, 2019-01-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2018.00814](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00814)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00814 du 15 janvier 2019

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00814 del 15 gennaio 2019

## **Regeste**

Bestätigung Ausschaffungshaft (GI 180300-L) | Ausschaffungshaft für algerischen Staatsangehörigen; Haftanhörung ohne Rechtsvertretung. Der Haftgrund gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AIG wurde zu Recht bejaht (E. 3.3). Der Beschwerdeführer ist von den algerischen Behörden anerkannt. Seine zwangsweise Rückführung mittels Linienflug ist gestützt auf das zwischenstaatliche Abkommen nicht unmöglich. Die heutige Undurchführbarkeit der Rückführung lässt sich überdies nicht mit Ereignissen belegen, welche sich vor Inkrafttreten des zwischenstaatlichen Abkommens im Jahr 2007 zutragen (E. 4.2). Der Haftrichter versuchte im Vorfeld der Haftanhörung mehrmals an zwei aufeinanderfolgenden Tagen, aber letztlich erfolglos, die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers zu erreichen. Da Anwälte die Erreichbarkeit namentlich für das Gericht zu gewährleisten haben, ist dieser Umstand nicht dem Haftrichter anzulasten. Eine Verletzung von Art. 29 BV ist zu verneinen (E. 5.3). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Beschwerden betreffend Massnahmen nach Art. 73–78 AIG werden vom Einzelrichter oder der Einzelrichterin 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. 2**

Der Beschwerdeführer verliess anfangs Januar 2003 sein Heimatland Algerien und reiste am 20. Januar 2003 in die Schweiz ein. Auf sein Asylgesuch trat das damalige Bundesamt für Flüchtlinge mit Entscheid vom 6. August 2003 nicht ein und wies den Beschwerdeführer aus der Schweiz weg. Am 19. März 2004 wurde der Beschwerdeführer mit einer Einreisesperre (heute Einreiseverbot) vom 9. April 2004 bis zum 8. April 2014 belegt und sodann mit Verfügung vom 10. November 2005 aus dem gesamten zürcherischen Stadtgebiet ausgegrenzt. In der Folge wurde der Beschwerdeführer in der Schweiz wiederholt straffällig, unter anderem mehrfach wegen (teilweise versuchten) Diebstahls im Sinn von Art. 139 Ziff. 1 StGB (vgl. Strafregisterauszug vom 8. September 2015). Wegen seines rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz ist er mit der gesetzlichen Maximalstrafe von insgesamt einem Jahr Freiheitsstrafe belegt worden. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2018 ersuchte der Beschwerdeführer um eine Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 14 Abs. 2 AsylG ("Härtefallgesuch").

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 76 Abs. 1 AIG 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 AIG genannten Haftgründe besteht, die Ausschaffungshaft verhältnismässig erscheint, die Ausschaffung rechtlich und tatsächlich möglich ist (Art. 80 Abs. 6 lit. a AIG) und die für die Weg- oder Ausweisung notwendigen Vorkehren umgehend getroffen werden (Art. 76 Abs. 4 AIG).

### **E. 3.2**

Gegen den Beschwerdeführer liegt ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vor (Entscheid des damaligen Bundesamts für Flüchtlinge vom 6. August 2003).

### **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. b sowie Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AIG. Gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AIG kann die betroffene Person zur Sicherstellung des Vollzugs des Wegweisungsentscheids in Haft genommen werden, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sie sich der Ausschaffung entziehen will oder ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt. Dies ist regelmässig dann anzunehmen, wenn der Ausländer bereits einmal untergetaucht ist, durch erkennbar unglaubwürdige und widersprüchliche Angaben die Vollzugsbemühungen zu erschweren versucht oder sonst klar zu erkennen gibt, dass er nicht bereit ist, in seine Heimat zurückzukehren (BGE 130 II 56 E. 3.1; 128 II 241 E. 2.1). In der Vergangenheit war der Beschwerdeführer – auch gemäss eigenen Angaben – mehrfach als verschwunden gemeldet (vgl. auch das Stammdatenblatt Asyl vom 18. Dezember 2018), weshalb die Vorinstanz das Vorliegen des Haftgrunds nach Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AIG zu Recht bejaht hat. Nachdem der Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AIG vorliegend erfüllt ist, kann offenbleiben, ob weitere Haftgründe ebenfalls erfüllt wären.

### **E. 4**

Nach Ansicht des Beschwerdeführers ist der Wegweisungsvollzug nach Algerien nicht möglich, da er sich einer zwangsweisen Rückführung entgegenstellen würde.

#### **E. 4.1**

Ist der Vollzug der Wegweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar (Art. 80 Abs. 6 lit. a AIG), lässt sich die Ausschaffungshaft nicht mehr mit einem hängigen Wegweisungsverfahren rechtfertigen. Wie es sich mit der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Einzelnen verhält, bildet Gegenstand einer nach pflichtgemässen Ermessen vorzunehmenden Prognose. Massgebend ist, ob die Ausschaffung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innert absehbarer Zeit möglich erscheint oder nicht. Die Haft verstösst gegen Art. 80 Abs. 6 lit. a AIG und ist zugleich unverhältnismässig, wenn triftige Gründe dafürsprechen, dass die Wegweisung innert vernünftiger Frist nicht vollzogen werden kann (BGr, 11. April 2018, 2C\_268/2018, E. 2.3.1, mit weiteren Hinweisen; VGr, 15. Februar 2013, VB.2013.00073, E. 4.1.1). Dies ist in der Regel bloss der Fall, wenn die Ausschaffung auch bei gesicherter Kenntnis der Identität oder der Nationalität des Betroffenen bzw. trotz seines Mitwirkens bei der Papierbeschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit als ausgeschlossen erscheint. Nur falls keine oder bloss eine höchst unwahrscheinliche, rein theoretische Möglichkeit besteht, die Wegweisung zu vollziehen, ist die Haft aufzuheben, nicht indessen bei einer ernsthaften,

wenn auch allenfalls (noch) geringen Aussicht hierauf (BGE 130 II 56 E. 4.1.3).

#### **E. 4.2**

Vorliegend ist die Identität des Beschwerdeführers geklärt und dieser von den algerischen Behörden anerkannt. Auf dieser Grundlage war die Ausstellung eines für den 19. Juni 2004 gültigen Laissez-passer erfolgreich. Der für dieses Datum gebuchte Flug nach Algerien wurde indes zwecks Strafvollzug des Beschwerdeführers annulliert. Auch der für den 30. August 2004 gebuchte Rückflug scheiterte. Der Beschwerdeführer reicht in diesem Zusammenhang ein von der Beschwerdegegnerin am 14. November 2007 versandtes E-Mail zu den Akten, wonach eine neuerliche Flugbuchung keinen Sinn mache, da der Beschwerdeführer bereits eine Rückführung per Flugzeug vereitelt habe und er nicht ausreisewillig sei. Dieses Schreiben vermag indes nicht darzulegen, dass auch zum heutigen Zeitpunkt der Wegweisungsvollzug des Beschwerdeführers nach Algerien undurchführbar sein soll. Zwar ist der Beschwerdeführer nach wie vor nicht bereit, freiwillig die Schweiz zu verlassen. Indes ist die zwangsweise Rückführung nach Algerien mittels Linienflug nicht unmöglich (vgl. Art. 4 Abs. 3 des Abkommens zwischen dem Bundesrat der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Regierung der Demokratischen Volksrepublik Algerien über den Personenverkehr vom 3. Juni 2006). Somit ist lediglich die zwangsweise Rückführung nach Algerien gemäss Vollzugsstufe 4 (Level 4) nicht möglich, aber nicht die zwangsweise Rückführung gemäss Vollzugsstufen 2 und 3, die in Linienflügen stattfinden (vgl. zu den Vollzugsstufen 1 bis 4 Art. 28 der Verordnung vom 12. November 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes [Zwanganwendungsverordnung, ZAV]). Das erwähnte Abkommen zwischen der Schweiz und Algerien trat am 26. November 2007 in Kraft und somit nach den beschwerdeführerisch herangezogenen (erfolglosen) Rückführungen per Flugzeug. Insofern darf unter Bezugnahme auf diese Sachverhaltselemente nicht auf die heutige – differierende – Sach- und Rechtslage geschlossen werden, wie dies der Beschwerdeführer macht. Unklar bleibt, was der Beschwerdeführer mit der eingereichten Stellungnahme des damaligen Bundesamts für Flüchtlinge auf eine Anfrage vom 16. Oktober 2013 betreffend Zwangsrückführungen nach Algerien darlegen möchte. Diese wiederholt einzig den oben erwähnten rechtlichen Rahmen für Rückführungen nach Algerien, weshalb der Beschwerdeführer daraus nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag. Somit stehen der Durchführbarkeit der Ausschaffung des Beschwerdeführers nach Algerien keine rechtlichen oder tatsächlichen Hindernisse im Weg.

#### **E. 4.3**

Sodann erachtet der Beschwerdeführer die Ausschaffungshaft als unverhältnismässig, da mildere Mittel zur Verfügung stehen würden. Mit Blick auf den Umstand, dass der Beschwerdeführer mehrfach als verschwunden gemeldet war (oben E. 3.3) sind mildere Mittel als die Ausschaffungshaft zur Sicherung des Wegweisungsvollzugs nicht ersichtlich.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer sieht Art. 29 BV verletzt, da ihm anlässlich der Haftanhörung der Beizug eines unentgeltlichen Rechtsbeistands verweigert worden sei.

#### **E. 5.1**

Die bedürftige Partei hat gestützt auf Art. 29 Abs. 3 Satz 2 BV einen Anspruch darauf, dass ihr auf Gesuch hin ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt wird, falls dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheint; nach Art. 31 Abs. 2 Satz 2 BV muss jede Person, welcher

die Freiheit entzogen wird, die Möglichkeit haben, ihre Rechte – in einer den Umständen angemessenen, wirksamen Weise – geltend zu machen. Das Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit ist bei einem Freiheitsentzug von einer gewissen Intensität bzw. Dauer im Hinblick hierauf jeweils sachgerecht zu relativieren und das Kriterium der Erfolgsaussichten differenziert zu handhaben. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass dem Ausländer bei der Haftverlängerung nach drei Monaten bzw. einer Haftanordnung von über drei Monaten eine schwere Freiheitsbeschränkung droht, die für ihn mit rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden ist, denen er – auf sich selber gestellt – mangels Kenntnis der Sprache und der hiesigen Verhältnisse nicht gewachsen erscheint. Es ist ihm in dieser Situation selbst in "einfachen" Fällen kaum möglich, das administrative Haftverlängerungsverfahren ohne anwaltliche Hilfe zu verstehen. Die wirksame Geltendmachung seiner Rechte setzt deshalb spätestens in diesem Verfahrensabschnitt voraus, dass einem Antrag auf unentgeltliche Verbeiständung entsprochen wird (BGE 139 I 206 E. 3.3.1).

## **E. 5.2**

Gemäss Art. 81 Abs. 1 AIG sorgen die Kantone dafür, dass eine von der inhaftierten Person bezeichnete Person in der Schweiz benachrichtigt wird und sie mit ihrem Rechtsvertreter schriftlich und mündlich verkehren kann. Gestützt darauf sieht die Verordnung über den Vollzug der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht vom 4. Dezember 1996 in §§ 5 und 6 Abs. 1 und 4 vor, dass eine bezeichnete Drittperson über die Festnahme orientiert wird und dass Anordnungen der vertretungsberechtigten Person zu eröffnen sind. Dies beachtend wollte die Beschwerdegegnerin am 16. November 2018, 14.20 Uhr, der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers (die Anwaltsvollmacht datiert vom 3. August 2018) eine Kopie des Antrags betreffend Ausschaffungshaft per Fax zustellen. Die Zustellung scheiterte indes, da die Übermittlung des Antrags per Fax nicht an die Geschäftsadresse der Rechtsvertreterin erfolgte, sondern an eine unbekannte Nummer. Nach Eingang des Antrags auf Bestätigung der Ausschaffungshaft beim Zwangsmassnahmengericht am 16. November 2018, 14.30 Uhr, versuchte dieses gleichentags und am Tag darauf mehrmals, die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers telefonisch zu erreichen (Telefonnotiz vom 17. November 2018, Haftprotokoll). Da dies nicht gelang, fand die auf den 17. November 2018, 9.30 Uhr, angesetzte Haftanhörung des Beschwerdeführers in Abwesenheit seiner Rechtsvertreterin statt.

## **E. 5.3**

Das Vorgehen des Zwangsmassnahmengerichts ist vorliegend nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer wurde am 14. November 2018, 19.35 Uhr, aus ausländerrechtlichen Motiven festgenommen. Mit Blick auf Art. 80 Abs. 2 AIG und die dort statuierte 96 Stunden-Frist zur Haftüberprüfung hatte das Zwangsmassnahmengericht die Rechtmässigkeit der Haftanordnung mithin bis Sonntag, 18. November 2018, 19.35 Uhr, zu kontrollieren. Angesichts dieser (zeitlichen) Umstände ist die Ansetzung der Haftanhörung auf den 17. November 2018, 9.30 Uhr, gut begründet (worauf die erwähnte Telefonnotiz zu Recht hinweist). Die ausgebliebene Benachrichtigung der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers ist einerseits in einem Versehen der Beschwerdegegnerin (in Form der fehlerhaften Eingabe einer Faxnummer) zu erblicken. Dies hat indes keineswegs zwangsläufig die beschwerdeführerisch geforderte Haftentlassung zur Folge. Es ist im Verfahren der Haftprüfung Aufgabe des Haftrichters, sicherzustellen, dass die Rechte des Inhaftierten gewahrt bleiben (BGE 139 I 206 E. 3.2). Dieser Pflicht ist der Haftrichter

vorliegend nachgekommen, indem er in der Zeitspanne zwischen Eingang des Antrags (16. November 2018, 14.30 Uhr) und angesetzter Haftanhörung (17. November 2018, 9.30 Uhr) mehrmals und an beiden Tagen telefonisch die Rechtsvertreterin zu erreichen versuchte. In Betracht fällt hierbei, dass Anwälte die Erreichbarkeit für Klientschaft, Gericht und Behörden zu gewährleisten haben. Bei Abwesenheit haben sie für eine Stellvertretung besorgt zu sein oder der Klientschaft und den Behörden eine vorübergehende Praxisschliessung mitzuteilen (vgl. Walter Fellmann, Anwaltsrecht, 2. A., Bern 2017, N. 220). Der Umstand, dass die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers über einen (wie aufgezeigt) nicht zu knapp bemessenen Zeitraum telefonisch nicht erreichbar war (was diese bestätigte) und insbesondere auch die Möglichkeit zum Rückruf von ihr nicht wahrgenommen wurde, ist nicht dem Haftrichter anzulasten. Es liegt somit nicht die Konstellation vor, dass die Behörden nichts (bzw. zu wenig) unternommen hätten, um die Rechtsvertreterin über den Hafttermin zu informieren (vgl. BGE 139 I 206 E. 3.1). Da vorliegend über die (erstmalige) Anordnung von Ausschaffungshaft zu entscheiden war und angesichts der konkreten Umstände kein Anspruch auf Beigabe eines Rechtsvertreters von Amtes wegen bestand (oben E. 5.1), ist die gerügte Verletzung von Art. 29 BV unbegründet.

#### **E. 6.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Da die Verfahrenskosten jedoch aufgrund seiner Bedürftigkeit offensichtlich uneinbringlich wären, sind sie abzuschreiben, womit sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos wird. Entsprechend seinem Unterliegen ist dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **E. 6.2**

Zu prüfen bleibt das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin. Gemäss § 16 Abs. 1 VRG haben Private, denen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht aussichtslos erscheinen, auf Ersuchen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung besteht, wenn die Gesuchsteller zusätzlich nicht in der Lage sind, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren (§ 16 Abs. 2 VRG). Der Beschwerdeführer erscheint als mittellos im Sinn des Gesetzes. Sodann war die Beschwerde nicht von vornherein offensichtlich aussichtslos. In Anbetracht der nicht einfachen Fragestellungen war der Beschwerdeführer zur Geltendmachung seiner Ansprüche auf eine Rechtsvertretung angewiesen (vgl. Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014, § 16 N. 80 f.). Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtsbeiständin ist daher zu entsprechen und dem Beschwerdeführer antragsgemäss Rechtsanwältin B als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen. Der Rechtsvertreterin ist Frist zur Einreichung der Honorarnote anzusetzen. Der Beschwerdeführer wird auf § 16 Abs. 4 VRG hingewiesen, wonach eine Partei, der die unentgeltliche Rechtsbeiständin gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens.