

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00212 vom 4. Mai 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-05-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00212](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00212)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00212 du 4 mai 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00212 del 4 maggio 2020

## Regeste

Haftentlassungsgesuch Vorbereitungshaft (GI200083-L) | Vorbereitungshaft; Haftentlassungsgesuch innerhalb Sperrfrist. Haftentlassungsgesuche können frühestens einen Monat nach der Haftüberprüfung eingereicht werden. Auf ein innerhalb dieser Sperrfrist gestelltes Haftentlassungsgesuch ist indes einzutreten, sofern erheblich veränderte Umstände vorliegen (E. 3.2). Dies ist vorliegend hinsichtlich des Wegweisungsvollzugs zu bejahen (E. 3.3). Gegen den Beschwerdeführer liegt ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vor. Dennoch ist vorliegend die Vorbereitungshaft zulässig, da der Beschwerdeführer ein Asylgesuch stellte, was zusätzlich ein neues Wegweisungsverfahren zur Folge hat. Da er mit dem Einreichen des Asylgesuchs zuwartete, ist zu vermuten, dass er damit den Vollzug der Wegweisung vermeiden wollte, womit er den Haftgrund nach Art. 75 Abs. 1 lit. f AIG erfüllt (E. 4). Der Beschwerdeführer wurde bisher einzig wegen Verstössen gegen ausländerrechtliche Bestimmungen verurteilt und stellt somit keine relevante Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Unter Berücksichtigung des im Zusammenhang mit dem Coronavirus/COVID-19 verschärften Haftregimes und sowie dem nur schwerlich prognostizierbaren Wegweisungsvollzug erweist sich die Vorbereitungshaft als unverhältnismässig (E. 5). Gutheissung.

## 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 aus Serbien wurde am 4. März 2020 einer polizeilichen Kontrolle unterzogen und wegen des Verdachts auf ausländerrechtliche Widerhandlungen verhaftet. Nach Einvernahme des Beschwerdeführers am 5. März 2020 wurde er tags darauf per Strafbefehl der mehrfachen rechtswidrigen Einreise sowie des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts für schuldig befunden. Ebenso am 6. März 2020 belegte zunächst das Staatssekretariat für Migration SEM den Beschwerdeführer mit einem Einreiseverbot vom 8. März 2020 bis 7. März 2022. Sodann wies das Migrationsamt den Beschwerdeführer aus der Schweiz weg und erklärte die Wegweisung gestützt auf Art. 64d Abs. 2 AIG für sofort vollstreckbar. Darauf war für den 8. März 2020 ein (DEPU-)Rückführungsflug nach Serbien gebucht, welcher indes aufgrund des beschwerdeführerischen Verhaltens

abgebrochen werden musste. Anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 9. März 2020 stellte der Beschwerdeführer ein Asylgesuch. Am 10. März 2020 bestätigte das Zwangsmassnahmengericht die am 9. März 2020 beantragte Vorbereitungshaft und bewilligte die Haft bis am 5. Juni 2020.

### **E. 3.1**

Nach Art. 75 Abs. 1 AIG kann eine Person, die keine Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt, während der Vorbereitung des Entscheids über ihre Aufenthaltsberechtigung zur Sicherstellung der Durchführung eines Wegweisungsverfahrens für höchstens sechs Monate in Haft genommen werden, wenn einer der in Art. 75 Abs. 1 AIG genannten Haftgründe besteht (Tarkan Göksu in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, Art. 75 N. 4).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 80 Abs. 5 AIG können Haftentlassungsgesuche frühestens einen Monat nach der Haftüberprüfung eingereicht werden. Auf Haftentlassungsgesuche, welche innerhalb der Sperrfrist gestellt werden, ist grundsätzlich nicht einzutreten. Da eine Entlassung jedoch jederzeit möglich ist, hat die Administrativbehörde die Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit fortlaufend zu prüfen (BGE 124 II 1 E. 2c). Erweist sich die Haft aufgrund neuer Umstände als augenfällig rechtswidrig und erfolgt keine Entlassung, kann sich die betroffene Person trotz Sperrfrist mit einem Haftentlassungsgesuch an das Gericht wenden (BGE 124 II 1 E. 3a; VGr, 4. Juli 2018, VB.2018.00347, E. 3.2). Erheblich veränderte Umstände hat das Bundesgericht in einem Fall bejaht, als der Vollzug der Wegweisung in die damalige Bundesrepublik Jugoslawien (infolge des Einsatzes der NATO und deren Luftangriffe) nicht mehr durchführbar war (BGE 125 II 217 E. 3c/bb).

### **E. 3.3**

Vor diesem Hintergrund hatte die Vorinstanz anlässlich der Behandlung des am 24. März 2020 eingegangenen Haftentlassungsgesuchs zu prüfen, ob sich die Umstände seit der Haftprüfung am 10. März 2020 grundlegend geändert haben. Dies ist im vorliegenden Fall zu bejahen: Die für den 8. März 2020 geplante Rückführung per Flugzeug nach Serbien scheiterte am Widerstand des Beschwerdeführers am Flughafen Zürich, was aufzeigt, dass zum Zeitpunkt des haftrichterlichen Entscheids vom 10. März 2020 der Wegweisungsvollzug als möglich zu qualifizieren war. Aufgrund der seit dem 16. März 2020 herrschenden "ausserordentlichen Lage" im Zusammenhang mit dem Coronavirus/COVID-19 ist die Durchführung der Wegweisung zwar nicht generell als unmöglich zu qualifizieren (vgl. VGr, 16. April 2020, VB.2020.00199, E. 5.2). Die Frage nach der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs ist indes jeweils auf einen den gesamten Umständen des konkreten Falles angemessenen Zeitraum zu beurteilen (BGr, 11. April 2018, 2C\_268/2018, E. 2.3.1), weshalb hinsichtlich einer erfolgreichen Ausschaffung des Beschwerdeführers vorliegend erheblich veränderte Umstände (unten E. 5) zu erblicken sind. Der Wegweisungsvollzug ist auch im vorliegenden Verfahren relevant, setzt doch auch die Vorbereitungshaft – wie die Ausschaffungshaft – die rechtliche und tatsächliche Durchführbarkeit der Ausschaffung voraus (BGE 127 II 168, Regeste; BGr, 26. März 2013, 2C\_218/2013, E. 2.3). Folglich hätte die Vorinstanz auf das Haftentlassungsgesuch eintreten und dieses materiell behandeln müssen. Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz erübrigt sich indessen, da die

Rechtmässigkeit der Vorbereitungshaft (dazu sogleich) gestützt auf die Akten beurteilt werden kann.

#### **E. 4.1**

Die Vorbereitungshaft dient der Sicherung des Wegweisungsverfahrens. Sie sichert damit die Zeitspanne zwischen der Einleitung des Wegweisungsverfahrens und dem erstinstanzlichen Wegweisungsentscheid (Martin Businger, *Ausländerrechtliche Haft*, Zürich et al. 2015, S. 147). Liegt ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid vor, ist Vorbereitungshaft in der Regel nicht mehr zulässig, und es kann nur noch Ausschaffungshaft angeordnet werden (VGr, 7. März 2019, VB.2019.00090, E. 3.1.2). Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen, wenn erst nachträglich, d. h. während der Ausschaffungshaft, ein Asylgesuch gestellt wird (BGE 125 II 377 E. 2b). Schiebt ein Ausländer ein Asylgesuch nach, liegt mit dem Asylverfahren nämlich zusätzlich ein neues erstinstanzliches Wegweisungsverfahren vor, das mit Vorbereitungshaft gesichert werden kann (Businger, S. 169, mit Hinweisen). Gemäss Art. 75 Abs. 1 lit. f AIG ist die Anordnung von Vorbereitungshaft zulässig, wenn sich die betroffene Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält, ein Asylgesuch einreicht und damit offensichtlich bezweckt, den drohenden Vollzug einer Weg- oder Ausweisung zu vermeiden. Ein solcher Zweck wird vermutet, wenn eine frühere Einreichung des Asylgesuchs möglich und zumutbar war und wenn das Gesuch in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit einer Verhaftung, einem Strafverfahren, dem Vollzug einer Strafe oder dem Erlass einer Wegweisungsverfügung eingereicht wird. Bei einer illegalen Einreise ist die Möglichkeit einer früheren Einreichung anzunehmen, wenn Wochen oder Monate bis zur Einreichung des Asylgesuchs vergehen, ohne dass ein Rechtfertigungsgrund wie bspw. eine Erkrankung vorliegt. In diesem Fall liegt es am Betroffenen, diese Vermutung zu widerlegen (Businger, S. 173 f.).

#### **E. 4.2**

Gegen den Beschwerdeführer liegt ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vor (Verfügung des Migrationsamts vom 6. März 2020). Dennoch hat die Beschwerdegegnerin die Vorbereitungshaft angeordnet, was nach dem vorstehend Dargelegten zulässig ist, wenn die Voraussetzungen von Art. 75 Abs. 1 lit. f AIG erfüllt sind. Der Beschwerdeführer reiste nach eigener Aussage Mitte Februar 2020 in die Schweiz ein. Bis zu seinem Asylantrag am 9. März 2020 (oben E. 2) liess er indes mehrere Wochen verstreichen (zumal er nach eigener Aussage bereits in den Jahren 2017 und 2019 in der Schweiz war); nichtsdestotrotz tat er dies erst kurz nach Erlass der Wegweisungsverfügung angesichts der drohenden Ausschaffung. Damit ist zu vermuten, dass er das Asylgesuch einreichte, um den Vollzug der Wegweisung zu vermeiden (VGr, 7. März 2019, VB.2019.00090, E. 3.2.1). Damit ist der Haftgrund von Art. 75 Abs. 1 lit. f AIG erfüllt.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer erachtet die angeordnete Vorbereitungshaft als unverhältnismässig.

##### **E. 5.1**

Die Vorbereitungshaft muss verhältnismässig und zweckbezogen auf die Sicherung des Wegweisungsverfahrens ausgerichtet sein; es muss jeweils aufgrund sämtlicher Umstände geklärt werden, ob sie (noch) geeignet bzw. erforderlich erscheint und nicht gegen das Übermassverbot, d. h. das sachgerechte und zumutbare Verhältnis von Mittel und Zweck, verstösst (BGr, 18. Februar 2020, 2C\_65/2020, E. 3.1 mit Hinweisen).

## **E. 5.2**

Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung fällt ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer bisher einzig wegen Verstössen gegen ausländerrechtliche Bestimmungen (oben E. 2) verurteilt wurde; eine relevante Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch den Beschwerdeführer ist – entgegen der unsubstanzierten Behauptung in der Wegweisungsverfügung – den Akten nicht zu entnehmen. Dies wirkt sich insofern auf die maximal mögliche Haftdauer, welche sich grundsätzlich an Art. 79 AIG (und nicht an Art. 75 AIG) orientiert ( Gregor T. Chatton/Laurent Merz in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations – Volume II: Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), Bern 2017, Art. 75 N. 7), aus, als diese vorliegend nicht (annähernd) ausgeschöpft werden darf. Weiter gilt es zu beachten, dass die im Zusammenhang mit dem Coronavirus/COVID-19 getroffenen Massnahmen im Flughafengefängnis (Besuchsverbot; keine Arbeitsmöglichkeiten), zwar nicht bewirken, dass das Haftregime unzulässig wäre; jedoch ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsbeurteilung zu beachten, dass das Haftregime verschärft wurde. Dabei liegt es auf der Hand, dass sich solche Einschränkungen – verglichen mit denjenigen, mit welchen sich die gesamte Bevölkerung der Schweiz aufgrund der "ausserordentlichen Lage" und aufgrund der bundesrätlichen Massnahmen konfrontiert sieht – für Inhaftierte besonders einschneidend auswirken. Sodann ist die Aussage der Beschwerdegegnerin, wonach der Vollzug der Wegweisung weiterhin absehbar sei, dahingehend zu relativieren, dass aufgrund der "ausserordentlichen Lage" im Zusammenhang mit dem Coronavirus/COVID-19 Prognosen mit erhöhter Unsicherheit behaftet sind. Schliesslich sind die familiären Verhältnisse in die Prüfung einzubeziehen: Der Beschwerdeführer ist Vater von drei in der Schweiz wohnhaften Kindern, was indes aufgrund der zumindest unklaren Beziehungssituation nur geringfügig zu seinen Gunsten spricht.

## **E. 5.3**

Insgesamt und unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände ist die angeordnete Vorbereitungshaft als unverhältnismässig zu qualifizieren. Dies hat die Haftentlassung des Beschwerdeführers zur Folge.

## **E. 6**

Schliesslich verlangt der Beschwerdeführer die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Haftentlassungsverfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht.

### **E. 6.1**

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bei der erstmaligen Haftprüfung eine unentgeltliche Verbeiständung nicht vorbehaltlos geboten, sondern nur, wenn besondere Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur bestehen, welche eine solche (ausnahmsweise) rechtfertigen, was jeweils aufgrund der Umstände im Einzelfall zu prüfen ist (BGE 134 I 92 E. 3.2.2; 122 I 275 E. 3b). Diese Rechtsprechung ist im vorliegenden Fall beizuziehen (vgl. BGr, 21. Dezember 2016, 2C\_724/2016, E. 2).

### **E. 6.2**

Aufgrund der neuen Umstände (Coronavirus/COVID-19) und der damit verbundenen Komplexität der neuen rechtlichen Fragen ist die Notwendigkeit des Beizugs einer Rechtsvertretung zu bejahen. Folglich ist dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren in der Person von Rechtsanwältin B in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 der

Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 25. März 2020 eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen. Das Zwangsmassnahmengericht ist zur Festsetzung der Entschädigung einzuladen.

#### **E. 7.1**

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 war der Beizug eines Vertreters gerechtfertigt, weshalb die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung zu entrichten hat (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 1'000.-. Da dem Beschwerdeführer in Anwendung von § 16 Abs. 1 und 2 VRG die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren ist, ist die Parteientschädigung seiner Rechtsvertreterin zuzusprechen. Sie wird angerechnet auf die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands.

#### **E. 7.2**

Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers reichte mit Beschwerdeerhebung und Replik zwei Honorarnoten ein. Der darin geltend gemachte Zeitaufwand sowie die Auslagen von Fr. 16.30 erscheinen mit Blick auf die Bedeutung des Verfahrens und die sich darin stellenden rechtlichen Fragen als angemessen (§ 9 Abs. 1 Satz 2 GebV VGr). Allerdings ist der Stundeansatz für nicht juristische Vertretung praxisgemäss auf Fr. 100.- festzusetzen. Somit beläuft sich der Entschädigungsanspruch auf insgesamt Fr. 2'071.30. Daran anzurechnen ist der zugesprochene Betrag von Fr. 1'000.-, sodass die Rechtsvertreterin mit Fr. 1'071.30 zu entschädigen ist. Der Beschwerdeführer wird darauf hingewiesen, dass er zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist (§ 16 Abs. 4 VRG).

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