

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00347 vom 12. November 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-11-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00347](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00347)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00347 du 12 novembre 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00347 del 12 novembre 2020

## Regeste

kurzfristige Festhaltung (GI200039-L) | Verhältnismässigkeit einer kurzfristigen Festhaltung über Nacht. Die kurzfristige Festhaltung gemäss Art. 73 Abs. 1 lit. a AIG darf sachlich wie zeitlich nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist (E. 3.1). Jede Person, der die Freiheit entzogen wird, hat Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte unterrichtet zu werden (E. 4.1). Die nachträgliche, erneute Zustellung einer bereits zugestellten Aufforderung zum Verlassen der Schweiz kann dem Erfordernis der Orientierung über die Gründe der kurzfristigen Festhaltung nicht genügen. Ob die Behörde mit der Aushändigung eines Informationsblatts ihrer Orientierungspflicht nachgekommen ist, kann offenbleiben (E. 4.3). Zur Wahrung der Verhältnismässigkeit setzt die kurzfristige Festhaltung nach Art. 73 Abs. 1 lit. a AIG voraus, dass, besondere Umstände vorbehalten, die fragliche Verfügung zeitnah zur erfolgten Festhaltung des Betroffenen diesem eröffnet wird. Für die vorliegend zu beurteilende Festhaltung des Beschwerdeführers vom 11. auf den 12. Januar 2020 sind solche besondere Umstände aber weder dargetan noch ersichtlich, weshalb die Festhaltung in zeitlicher Hinsicht als unverhältnismässig zu qualifizieren ist (E. 5.1). Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2020.00347 Urteil der 1. Kammer vom 12. November 2020 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz) , Verwaltungsrichter André Moser, Ersatzrichter Bruno Fässler, Gerichtsschreiber José Krause. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegnerin, betreffend kurzfristige Festhaltung (GI200039-L), hat sich ergeben: I. A wurde am 10. Januar 2020 von der Stadtpolizei Zürich wegen des Verdachts auf Widerhandlung gegen das AIG in Haft genommen und der Staatsanwaltschaft C zugeführt. Diese erliess in der Folge am 11. Januar 2020 einen Strafbefehl wegen rechtswidrigen Aufenthalts und geringfügiger Widerhandlung gegen das AIG. Sie entliess A im Verlauf desselben Tages aus der Haft. Er wurde jedoch nach erneuter Haft erst am 12. Januar 2020 aufgrund einer Haftentlassungsanordnung des Migrationsamts entlassen, wobei ihm eine Ausreiseaufforderung ausgehändigt wurde. II. Am 5. Februar 2020 liess A ein Gesuch um richterliche Überprüfung der kurzfristigen Festhaltung vom 11. bis 12. Januar 2020 stellen. Das Zwangsmassnahmengericht des Bezirks Zürich stellte mit Urteil und Verfügung vom 21. April 2020 die Rechtmässigkeit der Festhaltung fest. III. Gegen diesen Entscheid erhob A am 25. Mai 2020 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich Beschwerde und beantragte unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates die Feststellung der

Widerrechtlichkeit der Festhaltung. Er ersuchte zudem um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung. Das Migrationsamt und das Zwangsmassnahmengericht des Bezirks Zürich verzichteten je auf eine Vernehmlassung. Die Kammer erwägt:

### **E. 1.1**

Gemäss § 43 Abs. 1 lit. b VRG ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht unzulässig gegen Entscheide der erstinstanzlichen Zivil- und Strafgerichte, ausgenommen Beschwerden betreffend Massnahmen nach Art. 73–78 AIG. Das Zwangsmassnahmengericht am Bezirksgericht Zürich stellte mit Urteil und Verfügung vom 21. April 2020 fest, dass die Festhaltung des Beschwerdeführers vom 11. bis 12. Januar 2020 rechtmässig gewesen sei. Zur Begründung stützte es sich dabei auf Art. 73 Abs. 1 lit. a AIG. Damit fällt die angefochtene Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts unter den Ausnahmetatbestand von § 43 Abs. 1 lit. b VRG. Die Beschwerde fällt folglich in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts.

### **E. 1.2**

Beschwerden betreffend Massnahmen nach Art. 73–78 AIG 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 dem vorliegenden Fall grundsätzliche Bedeutung zukommt, erfolgt die Beurteilung durch die Kammer.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer reiste am 4. Juni 2015 in die Schweiz ein und reichte am selben Tag ein Asylgesuch ein. Dieses wurde mit Verfügung des Staatssekretariats für Migration vom 15. September 2017 abgewiesen. Gleichzeitig wurde die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz angeordnet. Das Bundesverwaltungsgericht wies eine Beschwerde gegen diesen Entscheid am 14. August 2018 ab. Der Wegweisungsentscheid vom 15. September 2017 wurde damit rechtskräftig. Das Migrationsamt des Kantons Zürich setzte dem Beschwerdeführer am 23. August 2018 eine Frist bis zum 21. September 2018 zur Ausreise aus der Schweiz. Der Beschwerdeführer verblieb jedoch ohne gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz. In der Folge wurde der Beschwerdeführer bislang dreimal postalisch durch das Migrationsamt zu Gesprächen in Bezug auf dessen Rückreise vorgeladen. Der Beschwerdeführer kam diesen Aufforderungen unbestrittenermassen immer nach.

### **E. 2.2**

Erstmals verhaftet wurde der Beschwerdeführer am 27. November 2018 wegen des Verdachts auf rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz. Er wurde am 28. November 2018 mit Strafbefehl zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen verurteilt sowie am selben Tag mit der Aufforderung zu einer unverzüglichen Ausreise aus der Schweiz durch das Migrationsamt entlassen. Der Beschwerdeführer verblieb aber in der Schweiz. Am 14. März 2019 wurde er erneut verhaftet. Am 15. März 2019 wurde ein weiterer Strafbefehl gegen den Beschwerdeführer erlassen. Das Migrationsamt verfügte am selben Tag sodann ein weiteres Mal dessen Entlassung aus der Haft mit der Aufforderung zum selbständigen Verlassen der Schweiz unter Androhung von Ausschaffungshaft und zwangsweiser Sicherstellung des Wegweisungsvollzuges. Schliesslich wurde der Beschwerdeführer am 10. Januar 2020 erneut verhaftet. Am selben Tag wurde er von der Polizei befragt und anschliessend der Staatsanwaltschaft C zugeführt. Diese erliess am 11. Januar 2020 einen

Strafbefehl wegen rechtswidrigen Aufenthalts und geringfügiger Widerhandlung gegen das AIG. Der Beschwerdeführer wurde sodann im Verlauf des 11. Januar 2020 von der Staatsanwaltschaft entlassen, mit derselben Verfügung jedoch in den Polizeigewahrsam der Kantonspolizei Zürich übergeben. Diese verfügte stellvertretend für das Migrationsamt (vgl. § 1 Abs. 2 Verordnung über den Vollzug der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht vom 4. Dezember 1996) seine Haftentlassung am 12. Januar 2020, wobei dem Beschwerdeführer erneut eine Ausreiseaufforderung ausgehändigt wurde.

### **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer rügt, die Haft vom 11. auf den 12. Januar 2020 sei rechtswidrig gewesen, da kein Haftgrund vorgelegen habe. Die Haft sei sodann unverhältnismässig gewesen, da sie nicht erforderlich gewesen sei. Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, dass ein Haftgrund gemäss Art. 73 Abs. 1 lit. a AIG vorgelegen habe, da die Verfügung vom 12. Januar 2020 betreffend Ausreiseaufforderung ausgehändigt worden sei. Die Haft sei sodann erforderlich gewesen, da stets eine Überprüfung des Einzelfalles aufgrund der aktuellen Gegebenheiten erfolgen müsse.

### **E. 3.1**

Die Freiheit darf einer Person nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden (Art. 31 Abs. 1 BV). Die kurzfristige Festhaltung einer Person greift in die verfassungsrechtlich geschützte Bewegungsfreiheit ein (Art. 10 Abs. 2 BV). Nach Art. 36 Abs. 1 BV bedürfen Grundrechtseinschränkungen einer gesetzlichen Grundlage. Sie müssen weiter durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV) und sich sodann als verhältnismässig erweisen (Art. 36 Abs. 3 BV). Schliesslich ist der Kerngehalt eines Grundrechts unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV). Die kurzfristige Festhaltung darf sachlich wie zeitlich nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist (Thomas Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Peter Uebersax et al. [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. A., Basel 2009, Rz. 10.48; vgl. auch Andreas Zünd, in: Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli/Constantin Hruschka/Fanny de Weck, Kommentar Migrationsrecht, 5. A., Zürich 2019, Art. 73 AIG N. 3). Die kurzfristige Festhaltung darf nur so lange dauern, wie es nötig ist. Dabei entfällt die Notwendigkeit, wenn die erforderliche Mitwirkung oder Befragung stattgefunden hat (VGr, 5. Dezember 2016, VB.2016.00289, E. 5.2 mit Hinweis).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 73 Abs. 1 lit. a AIG kann die zuständige Behörde des Bundes oder des Kantons Personen ohne Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung zur Eröffnung einer Verfügung im Zusammenhang mit ihrem Aufenthaltsstatus festhalten. Die Vorinstanz vertritt nun die Auffassung, dass die Inhaftierung des Beschwerdeführers auf der Aushändigung der Verfügung vom 12. Januar 2020 betreffend Ausreiseaufforderung gründete und damit eine genügende gesetzliche Grundlage besass. Zunächst ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer von der Staatsanwaltschaft gestützt auf ein angebliches Rücklieferungsgesuch des Migrationsamts am 11. Januar 2020 in den Polizeigewahrsam der Kantonspolizei übergeben wurde (vgl. § 25 lit. d des Polizeigesetzes [PolG] vom 23. April 2007 in Verbindung mit § 28 PolG). Ein schriftliches Rücklieferungsgesuch (im Sinn eines Zuführungersuchens) des Migrationsamts kann aber den Akten nicht entnommen werden. Nachdem der 11. Januar 2020 ein Samstag war, ist

davon auszugehen, dass die Kantonspolizei stellvertretend für das Migrationsamt die Zuführung an sie bei der Staatsanwaltschaft beantragt hat. Jedenfalls ist nicht anzunehmen, dass die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 11. Januar 2020 eine falsche Tatsache beurkundet, sodass zumindest von einem (mündlichen) Zuführungsgesuch durch die Kantonspolizei auszugehen ist.

#### **E. 4.1**

Jede Person, der die Freiheit entzogen wird, hat Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte unterrichtet zu werden. Sie muss die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen. Sie hat insbesondere das Recht, ihre nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen (Art. 31 Abs. 2 BV). Diese verfassungsmässigen Grundsätze werden in Art. 73 Abs. 3 lit. a AIG für die kurzfristige Festhaltung wie folgt umschrieben: Wird eine Person festgehalten, so muss sie über den Grund ihrer Festhaltung informiert werden. Information und Belehrung (Orientierung) sind wesentlicher Teil des Schutzes vor rechtswidrigem Freiheitsentzug. Sie gelten für alle Arten des Freiheitsentzugs. Bei der Pflicht zur Information gibt weniger der Gegenstand der Information (der abhängig ist vom Motiv des Freiheitsentzugs und den konkreten Umständen) zu Zweifeln Anlass als deren Umfang. Der EGMR konkretisiert diesen Umfang in Abhängigkeit vom Recht, eine gerichtliche Überprüfung der Haft zu verlangen (Art. 5 Abs. 4 EMRK): Die Behörde muss über die rechtlichen und tatsächlichen Gründe der Haft so informieren, dass die inhaftierte Person von diesem Recht wirksam Gebrauch machen kann. Information und Belehrung können mündlich oder schriftlich abgegeben werden. Damit sie für die betroffene Person verständlich sind, kann es notwendig sein, einen Dolmetscher oder Übersetzer beizuziehen. Die Orientierung hat "unverzüglich" zu erfolgen. Das ist dem Wortlaut nach ein strengeres Erfordernis, als es Art. 5 Abs. 2 EMRK aufstellt ("in möglichst kurzer Frist"). Tatsächlich sollte die erste Orientierung idealerweise im Moment des Freiheitsentzugs erfolgen (vgl. Frank Schürmann, Basler Kommentar, 2015, Art. 31 BV N. 19 ff.).

#### **E. 4.2**

Den Akten ist weder eine schriftliche Orientierung noch eine allenfalls protokollierte mündliche Orientierung des Beschwerdeführers über die Gründe für dessen kurzfristige Festhaltung im Sinn von Art. 73 AIG vom 11. bis zum 12. Januar 2020 zu entnehmen. Eine solche Orientierung hätte nach dem Gesagten unverzüglich erfolgen müssen, nachdem die – vorliegend nicht streitgegenständliche – strafprozessuale Festnahme vom 10. bis 11. Januar 2020 durch Haftentlassungsentscheid der Staatsanwaltschaft vom 11. Januar 2020 beendet war, jedenfalls aber nach erfolgter polizeilicher Zuführung an das Migrationsamt bzw. dessen Stellvertreterin. Da der Beschwerdeführer kein Deutsch spricht, hätte eine solche Orientierung nach dem oben Ausgeführten auch in eine für ihn verständliche Sprache übersetzt werden müssen.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer wurde mit der fraglichen Verfügung vom 12. Januar 2020 zum selbständigen Verlassen der Schweiz aufgefordert. Ihm wurde sodann die Anordnung von Ausschaffungshaft und die zwangsweise Sicherstellung des Wegweisungsvollzuges angedroht. Bereits am 28. November 2018 und am 15. März 2019 waren dem Beschwerdeführer aber je eine Verfügung mit identischem Wortlaut übergeben worden. Damit wurde dem Beschwerdeführer am 12. Januar 2020 bei seiner Haftentlassung nichts

Neues mitgeteilt. Diese nachträgliche, erneute Zustellung einer bereits zugestellten Aufforderung zum Verlassen der Schweiz kann somit dem Erfordernis der Orientierung über die Gründe der kurzfristigen Festhaltung nicht genügen. Sie war weder in einer Sprache, welche der Beschwerdeführer verstand, noch mit dem vom Gesetzgeber gewollten Inhalt. Immerhin erhielt der Beschwerdeführer offenbar ein Informationsblatt in seiner Sprache. Ob die Behörde damit ihrer Orientierungspflicht in ausreichendem Mass nachgekommen ist oder ob die strittige Festhaltung bereits in diesem Zusammenhang als rechtswidrig zu qualifizieren ist, kann allerdings offengelassen werden, denn sie ergibt sich bereits aus einem anderen Grund.

## **E. 5**

Der Beschwerdeführer rügt die Unverhältnismässigkeit seiner Festhaltung.

### **E. 5.1**

Wie erwähnt, darf die kurzfristige Festhaltung zeitlich nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist (oben E. 3.1). Der Beschwerdeführer wurde am 10. Januar 2020, 11.10 Uhr, festgenommen, ab dem 11. Januar 2020, 18.10 Uhr, gestützt auf Art. 73 AIG festgehalten und schliesslich am 12. Januar 2020 aus der Haft entlassen. Dieser Grundrechtseingriff dauerte damit länger, als es notwendig gewesen wäre, um das in Art. 73 Abs. 1 lit. a AIG vorgesehene Ziel (Eröffnung einer Verfügung im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsstatus) zu erreichen. Es ist nicht ersichtlich, warum die für das Migrationsamt handelnde Kantonspolizei dem Beschwerdeführer nicht sogleich ab dem Moment, in dem er in ihrem Gewahrsam war, eine Verfügung betreffend Ausreiseaufforderung aushändigen konnte – zumal diese nicht neu abgefasst werden musste, sondern dafür auf bereits übergebene Verfügungen mit identischem Wortlaut (siehe oben E. 4.3) zurückgegriffen werden konnte. Zur Wahrung der Verhältnismässigkeit setzt die kurzfristige Festhaltung nach Art. 73 Abs. 1 lit. a AIG voraus, dass, besondere Umstände vorbehalten, die fragliche Verfügung zeitnah zur erfolgten Festhaltung des Betroffenen diesem eröffnet wird (vgl. auch VGr, 1. März 2018, VB.2017.00767, E. 5 bezüglich kurzfristigen Festhaltungen von 45 bzw. 40 Minuten). Für die vorliegend zu beurteilende Festhaltung des Beschwerdeführers vom 11. auf den 12. Januar 2020 sind solche besondere Umstände aber weder dargetan noch ersichtlich, weshalb sie in zeitlicher Hinsicht als nicht erforderlich und damit als unverhältnismässig zu qualifizieren ist.

### **E. 5.2**

Nicht zu folgen ist schliesslich der vorinstanzlichen Argumentation, wonach die Festhaltung zulässig gewesen sei, um der zuständigen Behörde die Gelegenheit zur Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Ausschaffungshaft zu geben. Eine behördliche Prüfung einer weitergehenden Anordnung als Haftgrund sprengt den klaren Wortlaut von Art. 73 Abs. 1 lit. a AIG; eine solche Auslegung über den Wortlaut der Bestimmung hinaus wäre überdies mit dem Erfordernis von Art. 31 Abs. 1 BV hinsichtlich des Mindestmasses an Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage nicht vereinbar. Die kurzfristige Festhaltung im Sinn von Art. 73 AIG steht denn auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (gerade) nicht im Zusammenhang mit der Ausschaffung (vgl. BGE 144 II 16 E. 4.3). Verwaltungsbehörden sind ständig gefordert, zwischen verschiedenen Massnahmen zu wählen, ohne dass sie dafür zwingend auf den Gewahrsam des Betroffenen angewiesen wären. Abgesehen davon befand sich der Beschwerdeführer – wie gesehen – bereits einen Tag zur Überprüfung seiner Personalien in Haft und hätte das Migrationsamt in der

Zwischenzeit durchaus über das weitere Vorgehen entscheiden können.

**E. 6**

Nach dem Gesagten erweist sich die Haft als unverhältnismässiger Eingriff in die Rechte des Beschwerdeführers. Es ist damit festzustellen, dass der Freiheitsentzug des Beschwerdeführers vom 11. bis 12. Januar 2020 widerrechtlich war.

**E. 7**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Sodann hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung zu entrichten (§ 17 Abs. 2 VRG). Als angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 2'000.-, wobei die Entschädigung seinem Rechtsvertreter ausbezahlt ist. Damit wird das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters gegenstandslos.

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