

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00055 vom 9. Februar 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-02-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2021.00055](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00055)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00055 du 9 février 2021

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00055 del 9 febbraio 2021

## Regeste

Verlängerung Ausschaffungshaft (GI210008-L) | Absehbarkeit des Vollzugs. Dass der Beschwerdeführer während seiner Ausschaffungshaft ein Asylgesuch eingereicht hat, lässt den Wegweisungsentscheid nicht entfallen. Das Bundesgericht erachtet die Fortsetzung der Ausschaffungshaft in dieser Situation als zulässig, falls mit dem Abschluss des Asylverfahrens und dem Vollzug der Wegweisung in absehbarer Zeit zu rechnen ist. Diese Rechtsprechung betrifft indes in erster Linie Fälle, in denen mit keiner nennenswerten Verzögerung der Ausschaffung gerechnet werden muss. Sie lehnt sich gemäss dem Bundesgericht an den Entscheid des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) i.S. Arslan (C 534/11) vom 30. Mai 2013 an: Danach findet die Rückführungsrichtlinie keine Anwendung zwischen dem Schutzantrag bis zum Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung darüber oder bis zur Entscheidung über einen allfälligen Rechtsbehelf; dem steht indessen – so der Entscheid des EuGH – nicht entgegen, dass wer sich bereits gemäss Art. 15 der Rückführungsrichtlinie in Haft befindet, auf der Grundlage einer nationalen Rechtsvorschrift weiterhin festgehalten werden darf, falls sich nach einer fallspezifischen Beurteilung sämtlicher relevanter Umstände ergibt, dass der Schutzantrag einzig und allein zu dem Zweck gestellt wurde, den Vollzug der Rückführungsentscheidung zu verzögern oder zu gefährden. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nicht (allein) nach der Art des Verfahrens, in dem das Asylgesuch behandelt wird (Nichteintretensentscheid, Mehrfachgesuch usw.), sondern vor allem nach einer Abschätzung der wahrscheinlichen weiteren Dauer des Asylverfahrens (E. 3.2.1). Angesichts dessen, dass keine klaren Prognosen über die Verfahrensdauer und die Erfolgsaussichten des Asylgesuchs möglich sind, kein Mehrfachgesuch vorliegt und der Beschwerdeführer das Gesuch nach Treu und Glauben auch nicht früher hätte einreichen müssen, ist auf der Grundlage objektiver Kriterien nicht davon auszugehen, dass das Asylgesuch des Beschwerdeführers einzig und allein zu dem Zweck gestellt wurde, den Vollzug der Rückführungsentscheidung zu verzögern oder zu gefährden. Mit dem Abschluss des Asylverfahrens und dem Vollzug der Wegweisung ist nicht in absehbarer Zeit zu rechnen (E. 3.2.4). Teilweise 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 zu überweisen sind (§ 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**

Gemäss Art. 76 Abs. 1 AIG kann eine Person in Ausschaffungshaft genommen werden, wenn ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid oder eine erstinstanzliche Landesverweisung nach Artikel 66a oder 66a bis StGB vorliegt, dessen bzw. deren Vollzug noch nicht möglich, jedoch absehbar ist und einer der in Art. 76 Abs. 1 lit. b AIG genannten Haftgründe besteht. Zudem muss die Ausschaffungshaft verhältnismässig erscheinen, die Ausschaffung selbst rechtlich und tatsächlich möglich sein (Art. 80 Abs. 6 lit. a AIG) und müssen die für die Weg- oder Ausweisung notwendigen Vorkehren umgehend getroffen werden (Art. 76 Abs. 4 AIG).

### **E. 3.1**

Gegen den Beschwerdeführer liegt unbestrittenermassen eine (rechtskräftige) Landesverweisung gestützt auf Art. 66a StGB vor.

#### **E. 3.2.1**

Dass der Beschwerdeführer während seiner Ausschaffungshaft ein Asylgesuch eingereicht hat, lässt den Wegweisungsentscheid nicht entfallen. Das Bundesgericht erachtet die Fortsetzung der Ausschaffungshaft in dieser Situation als zulässig, falls mit dem Abschluss des Asylverfahrens und dem Vollzug der Wegweisung in absehbarer Zeit zu rechnen ist (vgl. BGr, 9. April 2018, 2C\_260/2018, E. 4.2; 11. April 2018, 2C\_268/2018, E. 2.1.1; BGE 140 II 409 E. 2.3.3 S. 413; 125 II 377 E. 2b S. 380). Diese Rechtsprechung betrifft indes in erster Linie Fälle, in denen mit keiner nennenswerten Verzögerung der Ausschaffung gerechnet werden muss. Sie lehnt sich gemäss dem Bundesgericht an den Entscheid des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) i. S. Arslan (C-534/11) vom 30. Mai 2013 an: Danach findet die Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl L 348 vom 24. Dezember 2008 S. 98 ff.; vgl. Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004 [SR 0.362.3], Art. 2 Abs. 2 in Verbindung mit Anhang B) keine Anwendung zwischen dem Schutzantrag bis zum Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung darüber oder bis zur Entscheidung über einen allfälligen Rechtsbehelf; dem steht indessen – so der Entscheid des EuGH – nicht entgegen, dass wer sich bereits gemäss Art. 15 der Rückführungsrichtlinie in Haft befindet, auf der Grundlage einer nationalen Rechtsvorschrift weiterhin festgehalten werden darf, falls sich nach einer fallspezifischen Beurteilung sämtlicher relevanter Umstände ergibt, dass der Schutzantrag einzig und allein zu dem Zweck gestellt wurde, den Vollzug der Rückführungsentscheidung zu verzögern oder zu gefährden. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nicht (allein) nach der Art des Verfahrens, in dem das Asylgesuch behandelt wird (Nichteintretensentscheid, Mehrfachgesuch usw.), sondern vor allem nach einer Abschätzung der wahrscheinlichen weiteren Dauer des Asylverfahrens (BGr, 21. Juni 2018, 2C\_466/2018, E. 3.2.3 mit Hinweis).

#### **E. 3.2.2**

Der Beschwerdeführer, der nigerianischer Staatsbürger ist, war bis anhin der Ansicht, in Spanien über ein Aufenthaltsrecht zu verfügen. Er bemühte sich offensichtlich, diesen Anspruch nachzuweisen und reichte der Beschwerdegegnerin noch Mitte Dezember 2020

entsprechende Dokumente ein, unter anderem eine Terminvereinbarung mit der spanischen Polizei ("TOMA DE HUELLAS [EXPEDICIÓN DE TARJETA] Y RENOVACIÓN DE DURACIÓN") für den 9. Februar 2021. Kohärent hat er stets kommuniziert, dass er nach Spanien zurückgehen wolle, sich aber weigere, nach Nigeria zu reisen, weil er dort grosse Probleme habe. Nachdem die spanischen Behörden ein erneutes Begehren des Staatssekretariats für Migration (SEM) um Rückübernahme – trotz Beilage der Dokumente des Beschwerdeführers von Mitte Dezember 2020 – am 23. Dezember 2020 abschlägig beurteilten, das Verwaltungsgericht am 29. Dezember 2020 im Verfahren VB.2020.00848 entschied, dass es nicht ersichtlich sei, dass der Beschwerdeführer über ein Aufenthaltsrecht in Spanien verfüge (a. a. O. E. 4.2.3), und das Zwangsmassnahmengengericht ein im Zusammenhang mit den neuen Dokumenten gestelltes Haftentlassungsgesuch am 4. Januar 2021 abwies, lag für den Beschwerdeführer objektiv eine veränderte Situation vor. Insofern kann nicht gesagt werden, dass der Beschwerdeführer den Asylantrag vom 14. Januar 2021 einzig und allein eingereicht habe, um den Vollzug der Rückführungsentscheidung zu verzögern oder zu gefährden. Er hat sein Asylgesuch in einem Zeitpunkt eingereicht, in dem er nach guten Treuen trotz all seiner Bemühungen nicht mehr damit rechnen konnte, nach Spanien – wo er sich zuvor jahrelang legal aufgehalten hatte und nach eigenen Angaben Vater eines Kindes mit spanischer Staatsangehörigkeit ist – zurückkehren zu können. Entgegen der Beschwerdegegnerin verhielt sich der Beschwerdeführer somit dadurch, dass er das Asylgesuch einreichte, obwohl er zuvor ausgeführt hatte, nach Spanien zurückkehren zu wollen, nicht widersprüchlich.

### **E. 3.2.3**

Bei den Akten liegt denn auch eine E-Mail des SEM vom 28. Januar 2021. Das Asylgesuch sei im Zentralen Migrationsinformationssystem ZEMIS verbucht, der Gesuchsteller dürfe den Ausgang seines Asylverfahrens in der Schweiz abwarten. Die Anhörung des Beschwerdeführers sei für den 8. Februar 2021 geplant, "an sich könnte der Entscheid vor dem 15. Februar erfolgen." Der Entscheid wachse erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist in Rechtskraft. Zwar könne in Ausnahmefällen einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen werden, angesichts der Eingabe der Rechtsvertretung vom 14. Januar 2021 liege ein solcher Ausnahmefall aber eher nicht vor. So oder so könne ein Entscheid aber nicht vollzogen werden, solange er nicht rechtskräftig sei. Damit sei ausgeschlossen, dass der Sonderflug Mitte Februar durchgeführt werden könne. Mit der – vor der Anhörung des Beschwerdeführers erfolgten – sehr vagen Aussage des SEM, dass der Entscheid über das Asylgesuch "an sich" vor dem 15. Februar 2021 erfolgen könnte, ist noch keine nachvollziehbare Einschätzung über die zu erwartende Dauer des Asylverfahrens verbunden. Eine Prognose über die Erfolgsaussichten des Asylverfahrens des Beschwerdeführers ist nicht möglich. Es bestehen denn auch keine Hinweise auf ein Mehrfachgesuch des Beschwerdeführers. Ob dem Beschwerdeführer überhaupt Asyl gewährt werden könnte oder ob (nur, aber immerhin) aufgrund seiner Flüchtlingseigenschaft der Wegweisungsvollzug vorläufig aufgeschoben würde, kommt es entgegen der Beschwerdegegnerin nicht an.

### **E. 3.2.4**

Angesichts dessen, dass keine klaren Prognosen über die Verfahrensdauer und die Erfolgsaussichten des Asylgesuchs möglich sind, kein Mehrfachgesuch vorliegt und der Beschwerdeführer das Gesuch nach Treu und Glauben auch nicht früher hätte einreichen müssen, ist auf der Grundlage objektiver Kriterien nicht davon auszugehen, dass das

Asylgesuch des Beschwerdeführers einzig und allein zu dem Zweck gestellt wurde, den Vollzug der Rückführungsentscheidung zu verzögern oder zu gefährden. Mit dem Abschluss des Asylverfahrens und dem Vollzug der Wegweisung ist nicht in absehbarer Zeit zu rechnen. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde in der Hauptsache gutzuheissen und der Beschwerdeführer aus der Haft zu entlassen.

#### **E. 4**

Ernsthafte Zweifel daran, ob die Absehbarkeit des Vollzugs der Wegweisung gegeben ist, ergeben sich inzwischen im Übrigen auch daraus, dass, nachdem bereits der Frontex-Rückführungsflug im Dezember 2020 abgesagt wurde, auch eine Anmeldung zum Frontex-Sonderflug im Januar 2021 nicht möglich war. Ausserdem stornierte die Beschwerdegegnerin die polizeiliche SwissREPAT-Rückführung für den Januar 2021 noch im Dezember 2020. Nun heisst es vonseiten des SEM, ein Sonderflug der Schweiz nach Nigeria werde "voraussichtlich" im Februar 2021 stattfinden. Am 13. Januar 2021 wurde diesbezüglich angekündigt, dass weitere Informationen in den nächsten Tagen folgen würden. Bei den Akten findet sich diesbezüglich indes nichts, insbesondere auch keine konkrete Flugbuchung. Inzwischen liegt daher die Annahme nahe, dass die mehrfachen organisatorischen Schwierigkeiten bei der Organisation eines begleiteten Rückschaffungsflugs nach Nigeria mit der Covid-Pandemie zusammenhängen. Letztlich kann aber offenbleiben, wie es sich damit verhält.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer beantragt im Übrigen, es sei festzustellen, dass im Rahmen seiner Anhörung durch die Beschwerdegegnerin vom 12. Januar 2021 sein rechtliches Gehör verletzt wurde, da seine Rechtsvertreterin weder zu diesem Termin vorgeladen noch darüber informiert worden sei. Das Erfordernis einer solchen Einladung bzw. Information entspreche der aktuellen Rechtsprechung des Zwangsmassnahmengerichts, weshalb das angefochtene Urteil nicht nachzuvollziehen sei und gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV verstosse. Nach § 4 VZAUG ist einer Person ausländischer Nationalität vor einem Antrag auf Haftverlängerung das rechtliche Gehör zu gewähren. Nach § 6 Abs. 1 VZAUG ist die in Haft genommene Person ausländischer Nationalität berechtigt, eine zur Vertretung befugte Person zu bezeichnen und mit dieser mündlich und schriftlich zu verkehren. Das Verwaltungsgericht entschied bereits im Verfahren VB.2020.00283, dass keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt, wenn anlässlich der genannten Anhörung – die vor dem Erlass eines Verwaltungsakts ergeht und keine strafrechtlichen (Erst-)Eiņvernahme darstellt (vgl. dazu: Art. 158 StPO) – die befragte Person nicht ausdrücklich auf die Möglichkeit hingewiesen wird, einen Anwalt beizuziehen; indes sei ohne Beisein der Rechtsvertreterin ein – ohnehin nur ausnahmsweise möglicher – Verzicht auf ein so gewichtiges prozessuales Recht wie jenes der Verhandlung vor dem Richter generell nicht zulässig (VGr, vom 4. Juni 2020, VB.2020.00283, E. 2.1.2 f. mit Hinweisen). Entsprechend verletzte auch die Unterlassung der Einladung bzw. der Information der Rechtsvertreterin über die Anhörung durch die Beschwerdegegnerin das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht. Dass – wie vom Beschwerdeführer behauptet – eine andere Praxis der Vorinstanz besteht und das vorinstanzliche Urteil damit den Rechtsgleichheitsgrundsatz verletzt, ist nicht rechtsgenügend nachgewiesen.

#### **E. 6.1**

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. Für die Überwälzung der Verfahrenskosten an die Vorinstanz, wie dies der Beschwerdeführer fordert, besteht kein Anlass (dazu Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich 2014 [Kommentar VRG], § 13 N. 45). Sodann war der Beizug eines Vertreters gerechtfertigt, weshalb die Beschwerdegegnerin – und nicht die beschwerdeführerisch beehrte Vorinstanz (dazu Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 27) – 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 der unentgeltlichen Rechtsbeistandin.

#### **E. 6.2**

Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers reichte mit Beschwerdeerhebung ihre Honorarnote 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). Somit beläuft sich der Entschädigungsanspruch auf insgesamt Fr. 1'491.30. Daran anzurechnen ist der zugesprochene Betrag von Fr. 1'000.-, sodass die Rechtsvertreterin mit Fr. 491.30 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.