

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00451 vom 23. Juli 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-07-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00451

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00451 du 23 juillet 2021

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00451 del 23 luglio 2021

Regeste

Bestätigung Vorbereitungshaft (G.-Nr. GI210066-L) | Vorbereitungshaft; Verhältnismässigkeit, PCR-Test. Die Vorbereitungshaft sichert das Wegweisungsverfahren bzw. die Zeitspanne zwischen der Einleitung des Wegweisungsverfahrens und dem erstinstanzlichen Wegweisungsentscheid. Liegt ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid vor, ist Vorbereitungshaft in der Regel nicht mehr zulässig, und es kann nur noch Ausschaffungshaft angeordnet werden (E. 3.1.2). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht, wenn sich die betroffene Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält und erst nachträglich ein Asylgesuch einreicht, um den drohenden Vollzug einer Weg- oder Ausweisung zu vermeiden (E. 3.1.3). Die Haft ist unrechtmässig, wenn triftige Gründe dafürsprechen, dass die Wegweisung innert vernünftiger Frist nicht vollzogen werden kann (E. 3.3.2). Das einmalige Verweigern eines PCR-Tests lässt die Ausweisung des Beschwerdeführers noch nicht als innert absehbarer Frist unmöglich erscheinen (E. 3.3.3). Die Vorinstanz hat das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt, indem sie die Verhältnismässigkeit der Haft nicht begründete. Die Haft erweist sich vorliegend als verhältnismässig (E. 3.4). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2021.00451 Urteil des Einzelrichters vom 23. Juli 2021 Mitwirkend: Verwaltungsrichter André Moser, Gerichtsschreiberin Nicole Rubin. In Sachen A, vertreten durch RA B, diese substituiert durch MLaw C, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegnerin, betreffend Bestätigung Vorbereitungshaft, hat sich ergeben: I. Das Migrationsamt des Kantons Zürich ordnete am 15. Juni 2021 an, dass A in Vorbereitungshaft im Sinn von Art. 75 Abs. 1 AIG genommen werde. II. Gleichtags beantragte das Migrationsamt beim Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Zürich, die Haftanordnung zu bestätigen und die Haft bis am 15. September 2021 zu bewilligen. Mit Entscheid vom 16. Juni 2021 bestätigte das Zwangsmassnahmengericht die Vorbereitungshaft und bewilligte sie antragsgemäss bis 15. September 2021. III. Dagegen liess A mit Eingabe vom 25. Juni 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erheben und unter Kosten- und Entschädigungsfolgen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die unverzügliche Haftentlassung beantragen. Eventualiter, für den Fall, dass er zwischenzeitlich ausgeschafft bzw. entlassen werden sollte, sei festzustellen, dass die angeordnete Haft unrechtmässig sowie unangemessen gewesen sei. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Sodann wird um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung ersucht. Das Zwangsmassnahmengericht verzichtete am 30. Juni 2021 auf eine Vernehmlassung. Das

Migrationsamt beantragte am 6. Juli 2021 die Abweisung der Beschwerde. Mit Replik vom 15. Juli 2021 liess A mitteilen, dass er am 7. Juli 2021 in Ausschaffungshaft gemäss Art. 76 AIG versetzt worden sei. Dennoch sei im Rahmen dieses Verfahrens am Feststellungsbegehren festzuhalten und die Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Haft auch im Hinblick auf Art. 5 EMRK zu bewerten. Der Einzelrichter erwägt:

E. 1.1

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. 1.2

Obwohl der Beschwerdeführer aus der Vorbereitungshaft entlassen und in Ausschaffungshaft genommen wurde (vgl. hinten E. 2), hat er weiterhin ein schutzwürdiges Interesse an der Überprüfung der Frage, ob die Vorbereitungshaft rechtmässig erfolgte, so rügt er doch insbesondere auch eine Verletzung der EMRK (vgl. VGr, 15. September 2020, VB.2020.00567, E. 2.1; BGE 142 I 135 E. 1.3.1).

E. 2

Der Beschwerdeführer ist litauischer Staatsangehöriger und die litauischen Behörden haben seiner Rückübernahme zugestimmt. Mit Verfügung des Migrationsamts vom 19. Juli 2019 wurde die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA des Beschwerdeführers widerrufen und dieser aus der Schweiz weggewiesen. Er erhielt Frist, das schweizerische Staatsgebiet bis spätestens 31. August 2019 zu verlassen. Dagegen erhobene Rechtsmittel blieben erfolglos. Dem Beschwerdeführer wurde eine neue Ausreisefrist bis zum 12. August 2020 bzw. 21. August 2021 gesetzt. Vom 25. Februar 2021 bis zum 14. Juni 2021 befand sich der Beschwerdeführer im Strafvollzug. Die Beschwerdegegnerin ordnete am 10. Juni 2021 Ausschaffungshaft an. Im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs betreffend Ausschaffungshaft stellte der Beschwerdeführer sinngemäss ein Asylgesuch bzw. machte er geltend, ein solches stellen zu wollen. Am 15. Juni 2021 ordnete die Beschwerdegegnerin anstelle der Ausschaffungshaft die hier strittige Vorbereitungshaft an. Gleichzeitig setzte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer Frist, sein Wiedererwägungs- und Mehrfachgesuch (der Beschwerdeführer hatte bereits früher erfolglos Asyl beantragt) beim Staatssekretariat für Migration (SEM) bis spätestens 25. Juni 2021 einzureichen. Nachdem diese Frist unbenutzt verstrichen war, ordnete die Beschwerdegegnerin erneut Ausschaffungshaft an.

E. 3.1.1

Gemäss 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. 3.1.2

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 etc. 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.

E. 3.1.3

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. 3.2

Gegen den Beschwerdeführer liegt ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vor. Dennoch hat die Beschwerdegegnerin Vorbereitungshaft angeordnet, was zulässig ist, wenn die Voraussetzungen von Art. 75 Abs. 1 lit. f AIG erfüllt sind (s. E. 3.1.2 f.). Die Frist zur Ausreise hat der Beschwerdeführer unbenutzt verstreichen lassen. Seit dem rechtskräftigen Widerruf der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA und der damit verbundenen Wegweisung hatte der Beschwerdeführer mehrere Monate Zeit, um ein Asylgesuch einzureichen; nichtsdestotrotz tat er dies erst kurz nach seiner Verhaftung angesichts der drohenden Ausschaffung. Damit ist zu vermuten, dass er das Asylgesuch einreichte, um den Vollzug der Wegweisung zu vermeiden.

E. 3.3.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, der Vollzug der Wegweisung sei nicht absehbar, da die litauischen Behörden bei der Einreise das Vorweisen eines negativen PCR-Tests verlangen würden und er sich weigere einen solchen Test zu machen.

E. 3.3.2

Ist der Vollzug der Wegweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar (Art. 80 Abs. 6 lit. a AIG), lässt sich die Vorbereitungshaft nicht mehr mit einem hängigen Wegweisungsverfahren rechtfertigen. Wie es sich mit der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Einzelnen verhält, bildet Gegenstand einer nach pflichtgemäsem Ermessen vorzunehmenden Prognose. Massgebend ist, ob die Wegweisung 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). 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. 3.3.3

Unbestrittenermassen ist zurzeit für die Einreise nach Litauen ein negativer PCR-Test erforderlich. Es lässt sich aufgrund der aktuellen Pandemiesituation nicht abschätzen, wann dieses Erfordernis wegfallen wird. Der Beschwerdeführer hat im Rahmen der Ausschaffungshaft bereits einmal einen PCR-Test verweigert. Diese einmalige Verweigerung allein vermag die Ausweisung des Beschwerdeführers aber noch nicht als innert absehbarer Frist unmöglich erscheinen lassen. Zudem sind mittlerweile auch PCR-Tests auf Speichelbasis möglich (<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/testen.html>), sodass sich die damit einhergehenden Unannehmlichkeiten in Grenzen halten und auch für den Beschwerdeführer zumutbar sind. Dies umso mehr, als der Beschwerdeführer den Test – wie er selber vorbringen lässt – nicht deswegen verweigert, um den Vollzug der Wegweisung zu verhindern, sondern vielmehr aufgrund seiner medizinischen Vorbelastung wegen des "unangenehmen und teils schmerzhaften" Testverfahrens. Der Vollzug der Wegweisung erscheint somit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit noch als innert absehbarer Frist möglich.

E. 3.4.1

Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, die Vorinstanz hätte die Möglichkeit milderer Massnahmen zur Haft und generell die Verhältnismässigkeit nicht geprüft. Damit habe sie das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt, was auch einen Grund darstelle, den Beschwerdeführer aus der Haft zu entlassen. Der schlechte Gesundheitszustand des Beschwerdeführers sei ebenfalls nicht erwähnt bzw. berücksichtigt worden.

E. 3.4.2

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). Im Rahmen der Kontrolle der Verhältnismässigkeit der Haft muss der Haftrichter die Möglichkeit milderer Massnahmen tatsächlich prüfen und sich jeweils bezogen auf den Einzelfall dazu äussern, weshalb diese seiner Ansicht nach nicht als hinreichend wirksam zur Sicherung des Wegweisungsvollzugs gelten können. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist berührt, wenn der Haftrichter schematisch und ohne weitere Begründung davon ausgeht, es bestehe von vornherein keine mildere Massnahme als die Inhaftierung. Aus dem Haftentscheid muss ersichtlich werden, ob und welche anderen Massnahmen geprüft und aus welchem Grund sie verworfen wurden. Der entsprechende Aspekt gehört zum haftrichterlichen Prüfungsprogramm. Fehlt es an einer entsprechenden Begründung, wird dem Betroffenen die Möglichkeit genommen, den Haftentscheid sachgerecht bei der nächsthöheren Instanz anzufechten und sich mit den diesbezüglichen Überlegungen des Haftrichters auseinanderzusetzen (BGr, 21. Juni 2018, 2C_466/2018, E. 5.2.1 f.; vgl. 27. Juni 2019,

2C_263/2019, E. 4.3.2; VGr, 24. Januar 2020, VB.2019.00853, E. 5.1).

E. 3.4.3

Im vorinstanzlichen Entscheid lassen sich keine Erwägungen zur Verhältnismässigkeit der Vorbereitungshaft oder zum Gesundheitszustand des Beschwerdeführers finden.

Demgemäss hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt.

Gemäss der Rechtsprechung kann aber eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die über die gleiche Kognition wie ihre Vorinstanz verfügt. Von einer Rückweisung ist sodann selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. VGr, 30. April 2020, VB.2019.00558, E. 3.1 mit weiterem Hinweis; BGE 137 I 195 E. 2.3.2; Griffel, Kommentar VRG, § 8 N. 37 f.). Vorliegend würde eine Rückweisung einen formalistischen Leerlauf darstellen. Die Beschwerdegegnerin hat sich in ihrer Beschwerdeantwort zur Verhältnismässigkeit geäussert und der Beschwerdeführer hatte Gelegenheit, zur Beschwerdeantwort Stellung zu nehmen. Die Gehörsverletzung kann somit vorliegend geheilt werden, ihr ist aber bei den Kosten Rechnung zu tragen.

E. 3.4.4

Angesichts dessen, dass der Beschwerdeführer bereits mehrfach strafrechtlich verurteilt wurde (u. a. wegen Hausfriedensbruch, Diebstahl und Betrug) und er bereits wegen Missachtung der Aus- oder Eingrenzung verurteilt wurde, erscheinen mildere Massnahmen als nicht zielführend. Die Vorbereitungshaft erweist sich auch als geeignet, den Wegweisungsvollzug sicherzustellen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung fällt weiter ins Gewicht, dass angesichts der wiederholten Straffälligkeit des Beschwerdeführers das öffentliche Interesse am Vollzug der Wegweisung als relativ hoch zu qualifizieren ist. Dagegen vermögen die gesundheitlichen Probleme des Beschwerdeführers die Haft nicht als unverhältnismässig zu qualifizieren und erscheint er aufgrund der Akten als hafterstehungsfähig. Alles in allem vermögen die privaten Interessen des Beschwerdeführers an seiner Haftentlassung die öffentlichen Interessen nicht zu überwiegen.

E. 3.4.5

Weitere Umstände, welche die Ausschaffungshaft als unverhältnismässig oder in anderer Weise rechtswidrig erscheinen lassen, sind weder ersichtlich noch werden sie vom Beschwerdeführer behauptet. Die Beschwerde ist demgemäss abzuweisen.

E. 4.1

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer zur Hälfte aufzuerlegen und die andere Hälfte der Kosten hat aufgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz diese zu tragen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG; BGr, 20. Januar 2017, 1C_233/2016, E. 6.2). Mangels überwiegenden Obsiegens ist dem Beschwerdeführer sodann eine Parteientschädigung zu versagen (§ 17 Abs. 2 VRG). Zu prüfen bleibt das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung.

E. 4.2

Gemäss § 16 Abs. 1 VRG haben Private, denen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich 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).

E. 4.3

Der Beschwerdeführer erscheint aufgrund der Akten 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 [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 16 N. 80). Dem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteiständung ist daher zu entsprechen und dem Beschwerdeführer RA B, substituiert durch MLaw C, als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

E. 4.4

Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers reichte mit Beschwerdeerhebung, ergänzt durch die Replik, ihre Honorarnote ein. Der darin geltend gemachte Zeitaufwand von 14,25 Stunden (wovon 9,75 Stunden à Fr. 110.- durch die Praktikantin geleistet wurden) sowie die Auslagen von Fr. 16.30 erscheinen mit Blick auf die Bedeutung des Verfahrens und die sich darin stellenden rechtlichen Fragen noch als angemessen (§ 9 Abs. 1 Satz 2 GebV VGr). Die Rechtsvertreterin ist demgemäss mit insgesamt Fr. 2'078.80 zu entschädigen.

E. 4.5

Der Beschwerdeführer wird auf § 16 Abs. 4 VRG hingewiesen, wonach eine Partei, der die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteiständung gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens.

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