

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00282 vom 22. November 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-11-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2022.00282](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00282)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00282 du 22 novembre 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00282 del 22 novembre 2022

## Regeste

Bestätigung Ausschaffungshaft (G.-Nr. GI220052-L) | Verhältnismässigkeit der Haft. 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 (E. 5.2). Vom Haftrichter blieb die Möglichkeit milderer Massnahmen ungeprüft, weshalb auch nicht ersichtlich ist, aus welchem Grund diese verworfen wurden. Auch die Beschwerdegegnerin legt nicht in substantzierter Weise dar, dass mildere Mittel als die Ausschaffungshaft unwirksam seien; dies geht ebenso wenig aus den Akten hervor. Mit einer illegalen Ausreise des Beschwerdeführers in einen Drittstaat ist – nachdem sich der Beschwerdeführer bereits seit mehr als 20 Jahren in der Schweiz aufhält – nicht zu rechnen (E. 5.3). Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2022.00282 Urteil der Einzelrichterin vom 22. November 2022 Mitwirkend: Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiber Jonas Alig. In Sachen A, vertreten durch RA B, diese substituiert durch C, Beschwerdeführer, gegen Migrationsamt des Kantons Zürich, Beschwerdegegnerin, betreffend Bestätigung Ausschaffungshaft (G.-Nr. GI220052-L), hat sich ergeben: I. Das Migrationsamt des Kantons Zürich ordnete am 23. März 2022 an, dass A in Ausschaffungshaft im Sinn von Art. 76 Abs. 1 AIG genommen werde. II. Am 12. April 2022 beantragte das Migrationsamt beim Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Zürich, die Haftanordnung zu bestätigen und die Haft bis am 11. Juli 2022 zu bewilligen. Mit Entscheid vom 13. April 2022 bestätigte das Zwangsmassnahmengericht die Ausschaffungshaft und bewilligte sie antragsgemäss bis 11. Juli 2022. III. Dagegen erhob A am 13. Mai 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen – die Aufhebung der Ausschaffungshaft und die unverzügliche Haftentlassung. Eventualiter sei die Rechtswidrigkeit der Haft festzustellen. In formeller Hinsicht beantragte er, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung zu gewähren und es sei Rechtsanwältin B, substituiert durch C, als amtliche Vertretung einzusetzen. Das Zwangsmassnahmengericht verzichtete am 18. Mai 2022 auf eine Vernehmlassung. Das Migrationsamt teilte am 24. Mai 2022 mit, es habe gleichentags die Haftentlassung des Beschwerdeführers verfügt und beantragte, die Beschwerde abzuweisen, eventualiter als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Mit Replik vom 6. Juni 2022 hielt A an seinen Rechtsbegehren und Sachverhaltsausführungen fest, wobei er bemerkte, dass sich die Streitsache auf das Eventualbegehren und die Kostenfolge reduziere. Hinsichtlich

der amtlichen Vertretung ersuchte er – in Abweichung vom ursprünglichen Antrag – um die Einsetzung von RA B. Die Einzelrichterin 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 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. 1.2**

Der Beschwerdeführer wurde am 24. Mai 2022 aus der Ausschaffungshaft entlassen, womit das aktuelle und praktische Interesse an der Überprüfung des Haftentscheids dahinfiel. In Fällen, in denen – wie hier – auf vertretbare Weise die Verletzung der EMRK gerügt wird, ist auf eine Beschwerde indes auch dann einzutreten, wenn kein aktuelles und praktisches Interesse mehr besteht (BGr, 15. Dezember 2017, 2C\_481/2017, E. 1.3; BGE 142 I 135 E. 1.3.1).

### **E. 2**

Der 1961 geborene Beschwerdeführer, Staatsangehöriger von Jamaika, reiste letztmals am 21. Februar 2000 von Deutschland herkommend in die Schweiz ein. Ihm wurden zur Vorbereitung der Heirat mehrere Kurzaufenthaltsbewilligungen erteilt. Am 1. Juli 2000 heiratete er D. Im Rahmen des Familiennachzugs erhielt er eine Aufenthaltsbewilligung, welche zuletzt bis am 30. Juni 2004 verlängert wurde. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Dezember 2005 wurde die kinderlos gebliebene Ehe geschieden. Mit Verfügung vom 27. September 2004 wies das Migrationsamt das Verlängerungsgesuch der Aufenthaltsbewilligung von A ab, verweigerte ihm den Aufenthalt im Kanton Zürich und setzte ihm Frist zum Verlassen des Kantons Zürich bis am 31. Dezember 2004. Die dagegen erhobenen Rechtsmittel wiesen der Regierungsrat des Kantons Zürich mit Beschluss vom 30. August 2006 und das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 13. Dezember 2006 ab. Das Bundesamt für Migration ([BFM]; heute Staatssekretariat für Migration [SEM]) dehnte die kantonale Wegweisungsverfügung mit Verfügung vom 26. März 2007 auf das ganze Gebiet der Schweiz aus. Der Beschwerdeführer kam der Aufforderung, die Schweiz zu verlassen, nicht nach und hielt sich nach Ablauf der gesetzten Ausreisefrist weiter in der Schweiz auf. Am 21. März 2008 wurde er in Zürich verhaftet und das Migrationsamt ordnete mit Verfügung vom 23. März 2008 Ausschaffungshaft an, die vom Bezirksgericht Zürich mit Verfügung vom 26. März 2008 bestätigt wurde. Am 8. September 2008 wurde er vorzeitig aus der Haft entlassen. Am 4. November 2008 heiratete der Beschwerdeführer die 1976 geborene E (geborene F) in Zürich. Am 19. Juni 2009 wurde dem Beschwerdeführer im Rahmen des Familiennachzugs erneut eine Aufenthaltsbewilligung erteilt, welche letztmals bis am 3. November 2013 verlängert worden ist. Mit Urteil vom 19. September 2017 wurde diese Ehe geschieden. Der Beschwerdeführer wurde mehrmals wegen Betäubungsmitteldelikten und wegen ausländerrechtlicher Delikte verurteilt. Mit Strafbefehl vom 9. Dezember 2020 war er zudem wegen falscher Anschuldigung bestraft worden.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 76 Abs. 1 AIG kann eine Person in Ausschaffungshaft genommen werden, wenn ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid oder eine erstinstanzliche

Landesverweisung nach Art. 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. 3.2.1**

Gegen den Beschwerdeführer liegt unbestrittenermassen ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vor.

### **E. 3.2.2**

Die Vorinstanz stützte die Bestätigung der Ausschaffungshaft zu Recht auf Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und Ziff. 4 AIG. Demnach kann eine Person in Haft genommen werden, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sie sich der Ausschaffung entziehen will, insbesondere weil sie der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 AIG sowie Art. 8 Abs. 1 lit. a oder Abs. 4 AsylG nicht nachkommt (Ziff. 3) oder ihr bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass sie sich behördlichen Anordnungen widersetzt (Ziff. 4). Dies ist regelmässig dann anzunehmen, wenn die ausländische Person bereits einmal untergetaucht ist, durch erkennbar unglaubwürdige und widersprüchliche Angaben die Vollziehungsbemühungen zu erschweren versucht oder sonst klar zu erkennen gibt, dass sie nicht bereit ist, in ihren Heimatstaat zurückzukehren (BGE 130 II 56 E. 3.1; BGr, 11. April 2018, 2C\_268/2018, E. 2.1). Der blosser Umstand, dass die betroffene Person innert der ihr gesetzten Frist das Land nicht verlassen hat oder eine bloss abstrakte Vermutung, dass sie sich der Wegweisung entziehen könnte, genügen für sich alleine nicht; vielmehr muss die zuständige Behörde in jedem konkreten Fall aufgrund der verschiedenen Indizien eine individuelle Prognose stellen (BGE 143 II 113, nicht publizierte E. 2.1; BGE 140 II 1 E. 5.3). Es trifft zu, dass der Beschwerdeführer bereits mehrfach vergeblich aufgefordert wurde, die Schweiz zu verlassen und er sich in der jüngeren Vergangenheit nicht an einem festen Ort aufhielt. Die Vorinstanz hat somit das Vorliegen des Haftgrunds nach Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und 4 AIG zu Recht bejaht, was in der Beschwerdeschrift auch nicht substantiell in Abrede gestellt wird.

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass sofern die jamaikanische Botschaft dem Beschwerdeführer keinen Pass ausstelle, die Ausschaffung nicht vorhersehbar sei und der Beschwerdeführer mangels faktischer Durchführbarkeit aus der Haft zu entlassen sei.

### **E. 4.2**

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 dafür sprechen, 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. Eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung durch den Betroffenen vorbehalten, welche die Verhältnismässigkeit der Aufrechterhaltung der Haft wegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses in einem etwas anderen Licht erscheinen lassen kann, ist dabei nicht notwendigerweise auf die maximale Haftdauer, sondern vielmehr auf einen den gesamten Umständen des konkreten Falles angemessenen Zeitraum abzustellen (BGE 130 II 56 E. 4.1.3).

### **E. 4.3**

Am 25. April 2022 wurde der Beschwerdeführer hinsichtlich der Beschaffung von Reisepapieren im Rahmen eines virtuellen Interviews mit dem Konsul der jamaikanischen Botschaft befragt. Gemäss einer E-Mail des SEM vom 11. Mai 2022 wurde es von der Kantonspolizei Zürich darüber informiert, dass die Botschaft alle Angaben nach Jamaika geschickt habe und auf neue Instruktionen warte; es müsse bis zu einer Rückmeldung mit mehreren Monaten gerechnet werden. Es war nach dem Gesagten zu erwarten, dass die Reisepapiere – zumal unter den konkreten Umständen des Falls von einem Zeitraum von 6 Monaten auszugehen war – innert absehbarer Zeit beschafft werden könnten. Es war nicht ausgeschlossen, dass die darauf zu organisierende Rückführung innert vernünftiger Frist gelingen könnte. Somit erweist sich der Wegweisungsvollzug als durchführbar im Sinn von Art. 80 Abs. 6 lit. a AIG.

### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer bestreitet die Verhältnismässigkeit der Haft. Er gibt an, die Vorinstanz hätte die Verhältnismässigkeit nicht auch nur ansatzweise geprüft. Es seien mildere Mittel infrage gekommen.

### **E. 5.2**

Die Ausschaffungshaft 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, 27. Juni 2019, 2C\_263/2019, E. 4.1; 11. Mai 2018, 2C\_312/2018, E. 3.3.2). 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. 5.3**

Das Urteil des Zwangsmassnahmengerichts beschränkt sich diesbezüglich auf die pauschale Feststellung, dass "nach dem Gesagten keine milderen Mittel statt Ausschaffungshaft" ersichtlich seien und sich die Ausschaffungshaft vorliegend als verhältnismässig erweise. Die vorangehenden Erwägungen beziehen sich – abgesehen von der Erwägung, dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass sich der Beschwerdeführer an einer bestimmten Adresse zur Verfügung halten würde – indes primär auf den Haftgrund und nicht auf die Verhältnismässigkeit. Vom Haftrichter ungeprüft blieb daher die Möglichkeit milderer Massnahmen, weshalb auch nicht ersichtlich ist, aus welchem Grund diese verworfen wurden. Offenbar ging der Haftrichter davon aus, es bestehe zum Vornherein keine mildere Massnahme als die Inhaftierung des Beschwerdeführers. Indes hat die Weigerung, freiwillig auszureisen und die gesetzte Ausreisefrist einzuhalten, unter dem Blickwinkel von Art. 76 und Art. 80 AIG für sich noch nicht zwingend zur Folge, dass die Ausschaffungshaft in jedem Fall verhältnismässig ist (BGr, 16. November 2018, 2C\_576/2018, E. 3.2.4). In ihrer Beschwerdeantwort vom 24. Mai 2022 bringt die Beschwerdegegnerin nun vor, ohne festen Wohnsitz des Beschwerdeführers könne eine mildere Massnahme nicht als zielführend betrachtet werden. Dem ist nicht zu folgen: Gerade hier käme eine mit der Zuweisung einer Unterkunft verbundene Eingrenzung infrage. Der beschwerdegegnerische Hinweis auf die fehlende Mitwirkung bei der Papierbeschaffung des Beschwerdeführers schliesst die Tauglichkeit der Eingrenzung, welche eine gewisse Druckwirkung zur Durchsetzung der Ausreisepflicht entfalten darf (BGE 144 II 16 E. 4.2 f.), nicht zwangsläufig aus. Insgesamt legt die Beschwerdegegnerin auch nicht in substantzierter Weise dar, dass mildere Mittel als die Ausschaffungshaft unwirksam seien; dies geht ebenso wenig aus den Akten hervor. Mit einer illegalen Ausreise des Beschwerdeführers in einen Drittstaat ist – nachdem sich der Beschwerdeführer bereits seit mehr als 20 Jahren in der Schweiz aufhält – nicht zu rechnen.

### **E. 5.4**

Nach dem Gesagten war die ausländerrechtliche Inhaftierung unverhältnismässig. Die Beschwerde ist somit im Sinne des Eventualbegehrens, die Rechtswidrigkeit der Haft sei festzustellen – auf welches die Beschwerde im Rahmen der Replik reduziert wurde –, gutzuheissen.

### **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.

### **E. 6.2**

Entsprechend seinem Obsiegen ist dem Beschwerdeführer in Anwendung von § 17 Abs. 2 lit. b VRG eine Parteientschädigung für die Bemühungen seiner Rechtsvertretung zuzusprechen. Als angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 1'000.- (inkl. Mehrwertsteuer), zahlbar an seine Rechtsvertreterin.

### **E. 6.3**

Zu prüfen bleibt das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung.

### **E. 6.3.1**

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. 6.3.2**

Der Beschwerdeführer erscheint als mittellos im Sinn des Gesetzes. Sodann war die Beschwerde nicht offensichtlich aussichtslos. In Anbetracht der nicht einfachen Fragestellungen war der Beschwerdeführer zur Geltendmachung seiner Ansprüche auf eine Rechtsvertretung angewiesen (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 16 N. 80 f.). Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteiständung ist daher zu entsprechen und dem Beschwerdeführer Rechtsanwältin B als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

### **E. 6.3.3**

Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers reichte mit der Replik ihre Honorarnote ein. Der darin geltend gemachte Zeitaufwand (wovon 6,4 Stunden durch die Rechtsanwältin und 3,5 Stunden 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 als angemessen (§ 9 Abs. 1 Satz 2 GebV VGr). Somit beläuft sich der Entschädigungsanspruch auf insgesamt Fr. 1'809.30. Daran anzurechnen ist der zugesprochene Betrag von Fr. 1'000.-, sodass die Rechtsvertreterin mit Fr. 809.30 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.