Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.548/2003 /kil

Urteil vom 26. November 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Müller,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Markus Raess, Ilgenstrasse 22, Am Römerhof, Postfach 218, 8030 Zürich,

gegen

Migrationsamt des Kantons Zürich, Berninastrasse 45, Postfach, 8090 Zürich,
Bezirksgericht Zürich, Haftrichter, Wengistrasse 28, Postfach, 8026 Zürich.

Gegenstand
Ausschaffungshaft (Art. 13b ANAG),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Haftrichter, vom 24. Oktober 2003.

Sachverhalt:
A.
Der angeblich aus dem Iran stammende X._____, geb. ... 1972, reiste nach eigener Darstellung am 22. Oktober 2003 mit einem gefälschten Pass und mit Hilfe eines Schleppers von der Türkei her kommend mit dem Flugzeug in die Schweiz ein. Nachdem er die Passkontrolle am Flughafen Zürich-Kloten passiert hatte, begab er sich in die Innenstadt von Zürich, wo er gleichentags den Polizeiposten am Hauptbahnhof Zürich kontaktierte. In der Folge wurde er verhaftet. Mit Strafbefehl vom 23. Oktober 2003 verurteilte ihn die Bezirksanwaltschaft Zürich wegen Widerhandlung gegen ausländerrechtliche Vorschriften mit 30 Tagen Gefängnis bedingt. Gleichentags wurde er dem Migrationsamt des Kantons Zürich überführt, welches ihn sofort aus der Schweiz wegwies und in Ausschaffungshaft nahm. Mit Urteil vom 24. Oktober 2003 prüfte und bestätigte der Haftrichter am Bezirksgericht Zürich die Ausschaffungshaft bis zum 22. Januar 2004.
B.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 17. November 2003 beantragt X._____, der Entscheid des Haftrichters sei aufzuheben und er sei unverzüglich aus der Ausschaffungshaft zu entlassen. Ausserdem ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung.

Das Migrationsamt schliesst unter Verweis auf seine Haftverfügung und das Urteil des Haftrichters und ohne ergänzende Erwägungen auf Abweisung der Beschwerde. Das Bezirksgericht Zürich hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1

Die zuständige Behörde kann einen Ausländer in Ausschaffungshaft nehmen, sofern die Voraussetzungen von Art. 13b des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) erfüllt sind. Danach ist zunächst erforderlich, dass ein erstinstanzlicher, nicht notwendigerweise auch rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt (vgl. BGE 121 II 59 E. 2a S. 61; 125 II 369 E. 3a S. 374; 122 II 148 E. 1 S. 150 f.), dessen Vollzug (z.B. wegen fehlender Reisepapiere) noch nicht möglich, jedoch absehbar ist (BGE 125 II 369 E. 3a S. 374, 377 E. 2a S. 379). Auf die weiteren Voraussetzungen der Ausschaffungshaft ist hier vorerst nicht einzugehen.
1.2 Die Ausschaffungshaft ist eine Massnahme zum Vollzug einer Weg- oder Ausweisung. Erste Voraussetzung für ihre Zulässigkeit ist daher, dass eine derartige Entfernungsmassnahme angeordnet worden ist. Dabei ist nicht erforderlich, dass die Massnahme rechtskräftig ist; vielmehr genügt ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid (BGE 121 II 59 E. 2a S. 61).

Der Haftrichter hat sich im Rahmen der Prüfung, ob die Ausschaffungshaft rechtmässig ist, Gewissheit darüber zu verschaffen, ob ein kantonaler Weg- oder Ausweisungsentscheid oder ein Wegweisungsentscheid einer Bundesbehörde vorliegt. Nicht zu prüfen hat er jedoch, ob die Weg- oder Ausweisung selber rechtmässig ist. Liegt hingegen eine erstinstanzliche Weg- oder Ausweisungsverfügung oder eine formlose Wegweisung im Sinne von Art. 17 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAV; SR 142.201) in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 ANAG vor, welche einen augenfälligen Fehlentscheid darstellt, soll der Haftrichter die Bestätigung der Ausschaffungshaft verweigern, kann doch eine Zwangsmassnahme zur Durchsetzung einer klaren Rechtswidrigkeit nicht zulässig sein. Das heisst nicht, dass der Haftrichter verpflichtet ist, Abklärungen über die Zustände im Heimatland des Ausländers zu treffen, um etwa eine diesem dort drohende konkrete Gefährdung im Hinblick auf die Zumutbarkeit der Ausschaffung beurteilen zu können. Eine offensichtlich rechtswidrige Aus- oder Wegweisung, welche der Richter zwingend berücksichtigen muss, liegt von vornherein nie vor, wenn zu deren
Feststellung noch Sachverhaltsabklärungen notwendig wären. In Frage kommen am ehesten offenkundige Formfehler, etwa wenn eine für eine Wegweisung klarerweise nicht zuständige Behörde eine derartige Massnahme angeordnet hat. Die Ausschaffungshaft darf sodann nicht bewilligt werden zur Durchsetzung der gegen einen Ausländer verfügten Entfernungsmassnahme, wenn diese wegen des fremdenpolizeilichen Status des Ausländers unzulässig ist (BGE 121 II 59 E. 2b und c S. 61 f.).
1.3 Das Bundesgericht prüft im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Anwendung von Bundesrecht von Amtes wegen und frei (Art. 104 lit. a in Verbindung mit Art. 114 Abs. 1 OG). Es kann daher einen die Ausschaffungshaft bestätigenden Entscheid des kantonalen Haftrichters aufheben, wenn eine im beschriebenen Sinn offenkundig rechtswidrige Weg- oder Ausweisung vorliegt, unabhängig davon, ob die Frage der Rechtmässigkeit der Entfernungsmassnahme im kantonalen Verfahren aufgeworfen worden ist. Anders verhält es sich bloss dann, wenn sich die Rechtswidrigkeit erst aus tatsächlichen Umständen ergibt, deren Missachtung durch den kantonalen Richter nicht als eine im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG qualifiziert unkorrekte Sachverhaltsermittlung erscheint (BGE 121 II 59 E. 2d S. 63).
2.
2.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe bereits am Tag seiner Einreise auf dem Polizeiposten der Kantonspolizei Zürich ein Asylgesuch gestellt, weshalb die formlose ausländerrechtliche Wegweisung, die das Migrationsamt tags darauf verfügt hat, offensichtlich rechtswidrig sei und nicht die Grundlage für die Ausschaffungshaft bilden könne. Der Haftrichter ging demgegenüber davon aus, der Beschwerdeführer habe erst an der haftrichterlichen Verhandlung, als er ausdrücklich aussagte, in der Schweiz um Asyl ersuchen zu wollen, ein Asylgesuch gestellt; folgerichtig hat er dem Migrationsamt entsprechende Mitteilung erstattet; gleichzeitig ging er sinngemäss davon aus, die Ausschaffungshaft sei im Zeitpunkt ihrer Anordnung zulässig gewesen und brauche praxisgemäss wegen eines nachträglich gestellten Asylgesuchs nicht zwingend aufgehoben zu werden, wenn mit einer Erledigung in absehbarer Zeit gerechnet werden kann (vgl. das Urteil 2A.487/2003 vom 31. Oktober 2003, mit Hinweisen auf weitere bundesgerichtliche Urteile).
2.2 Gemäss Art. 42 Abs. 1 des Asylgesetzes (AsylG; SR 142.31) in der Fassung vom 26. Juni 1998 darf sich der Ausländer unter dem hier nicht in Betracht fallenden Vorbehalt von Art. 112 AsylG bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz aufhalten, wenn er ein Asylgesuch in der Schweiz gestellt hat. Die vom Migrationsamt am 23. Oktober 2003 verfügte und dem Beschwerdeführer eröffnete Wegweisung, eine formlose Wegweisung im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ANAV, wäre daher wegen des asylrechtlichen Status des Beschwerdeführers of-

fensichtlich unzulässig und klar rechtswidrig, wenn der Beschwerdeführer zu jenem Zeitpunkt Asylbewerber gewesen sein sollte.
2.3 Nach Art. 18 AsylG gilt jede Äusserung, mit der eine Person zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um Schutz vor Verfolgung nachsucht, als Asylgesuch. Entgegen einer weit verbreiteten Meinung muss das Wort "Asyl" nicht genannt werden, wenn jemand um Asyl ersuchen will, obwohl die ausdrückliche Verwendung dieses Wortes hilfreich sein kann. Entscheidend ist aber nicht, ob ausdrücklich "Asyl" verlangt, sondern einzig, ob die Schweiz um Schutz vor Verfolgung ersucht wird, wobei von einem weiten Verfolgungsbegriff auszugehen ist, der sich auch auf mögliche Wegweisungshindernisse bezieht (vgl. BGE 121 II 59 E. 3c S. 65, das Urteil des Bundesgerichts 2A.386/2001 vom 9. Oktober 2001, E. 3, und den Grundsatzentscheid der Schweizerischen Asylrekurskommission vom 28. April 1993 in VPB 58/1994 Nr. 32 sowie in EMARK 1993 Nr. 17; Alberto Achermann/Christina Hausammann, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern/Stuttgart 1991, S. 235 f. und 292 ff.; Mario Gattiker, Das Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern 1999, S. 22 f.; Walter Kälin, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 152 f. und 259 f.; Walter Stöckli, Asyl, in Uebersax/Münch/Geiser/Arnold [Hrsg.], Ausländerrecht, Basel/Genf/ München 2002, Rz. 8.95).

Nach Art. 19 Abs. 1 AsylG ist das Asylgesuch zwar bei einer schweizerischen Vertretung, bei der Einreise an einem geöffneten Grenzübergang oder an einer (vom Bundesamt für Flüchtlinge geführten) Empfangsstelle zu stellen. Gesuche von bereits in der Schweiz anwesenden Ausländern bei anderen kantonalen oder eidgenössischen Behörden sind aber, selbst wenn die Einreise illegal erfolgt ist, nicht ungültig, sondern die gesuchstellende Person ist nach Aufnahme der Personalien an die nächstgelegene Empfangsstelle zu verweisen (vgl. Art. 8 der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999, Asylverordnung 1, AsylV 1; SR 142.311; Gattiker, a.a.O., S. 26; Stöckli, a.a.O., Rz. 8.96).
2.4 Der Beschwerdeführer ist nach seiner illegalen Einreise nicht untergetaucht und hat auch nicht private Kontakte aufgenommen oder Schwarzarbeit gesucht. Vielmehr hat er noch am gleichen Tag, nur wenige Stunden nach seiner Einreise, aus eigenem Antrieb, und ohne behördlich angehalten worden zu sein, die Kantonspolizei und damit eine schweizerische Behörde aufgesucht. Er hat dort gemäss Befragungsprotokoll ausgesagt, im Iran vom Islam zum Christentum konvertiert zu sein, weswegen er am 14. Oktober 2003 von der Polizei verhaftet worden sei; da er als Konvertit die Todesstrafe riskiere, sei er sofort geflüchtet. Bei der Befragung zur Wegweisung führte der Beschwerdeführer an, nicht gewillt zu sein, in sein Heimatland zurückzukehren.
Nach Art. 3 AsylG sind Flüchtlinge Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, unter anderem wegen ihrer Religion ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden (Abs. 1). Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken (Abs. 2). Nach Art. 5 AsylG darf sodann keine Person in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib, ihr Leben oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (vgl. auch Art. 25 Abs. 2 BV).

Der Beschwerdeführer machte am 22. Oktober 2003 gegenüber der Kantonspolizei eine staatliche Verfolgung aufgrund eines gemäss Art. 3 AsylG massgeblichen Zusammenhanges geltend: Er behauptete, wegen seines Glaubens der Gefahr der Todesstrafe und sonstigen polizeilichen Schikanen ausgesetzt zu sein. Zudem gab er an, aus diesem Grund in der Schweiz bleiben und nicht in sein Heimatland zurückkehren zu wollen. Damit hat er offensichtlich ein Asylgesuch im Sinne von Art. 18 AsylG gestellt, auch wenn er damals das Wort "Asyl" nicht verwendete. Die Kantonspolizei, spätestens aber das Migrationsamt hätten dies erkennen und das Verfahren nach Art. 8 AsylV 1 einleiten müssen. Die vom Migrationsamt verfügte formlose Wegweisung erweist sich daher als eindeutig rechtswidrig.
2.5 Unter diesen Umständen fehlt es für die vom Migrationsamt des Kantons Zürich angeordnete und vom Haftrichter bestätigte Ausschaffungshaft an der Voraussetzung einer (wenigstens erstinstanzlichen) Entfernungsmassnahme. Damit erweist sich die Ausschaffungshaft unabhängig davon, ob ein Haftgrund vorliegt, insbesondere ob Untertauchensgefahr im Sinne von Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG erfüllt gewesen wäre, als unzulässig.
3.
3.1 Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer als Asylbewerber allenfalls statt in Ausschaffungs- in Vorberei-

tungshaft gemäss Art. 13a ANAG genommen werden könnte. Eine solche Substitution käme allerdings nur in Frage, wenn der gleiche Haftgrund, wie er von den Vorinstanzen für die Ausschaffungshaft geprüft worden ist, ebenfalls Grundlage der Vorbereitungshaft bilden könnte (vgl. BGE 129 II 1 E. 4 S. 9 f.; 125 II 377 E. 2c S. 381; Urteil des Bundesgerichts 2A.487/2003 vom 31.10.2003, E. 3). Eine Substitution der Haftart ist vorliegend jedoch ausgeschlossen: Die Vorinstanzen haben die Ausschaffungshaft einzig mit Untertauchensgefahr gemäss Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG begründet, welche keinen Haftgrund für die Vorbereitungshaft bildet (Urteil des Bundesgerichts 2A.326/2003 vom 23. Juli 2003, E. 1.2.3, mit weiteren Hinweisen). Damit kann jedenfalls das Bundesgericht die Ausschaffungs- nicht durch Vorbereitungshaft ersetzen.
3.2 Schliesslich fragt es sich, ob die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist zur ergänzenden Prüfung, ob allenfalls ein anderer Haftgrund für Vorbereitungshaft erfüllt sei. Ein solches Vorgehen würde sich indessen nur rechtfertigen, wenn es gewisse minimale Anhaltspunkte dafür gäbe, ein entsprechender Haftgrund könnte vorliegen. Das trifft jedoch nicht zu.

In Frage käme von vornherein lediglich der Haftgrund von Art. 13a lit. a ANAG, wonach in Vorbereitungshaft genommen werden kann, wer sich im Asyl- oder Wegweisungsverfahren weigert, seine Identität offenzulegen, mehrere Asylgesuche unter verschiedenen Identitäten einreicht oder wiederholt einer Vorladung ohne ausreichende Gründe keine Folge leistet. Wohl ist der Beschwerdeführer nach eigener Darstellung mit einem falschen Pass eingereist, den er im Übrigen nicht mehr besitzen, sondern seinem Schlepper nach erfolgter Einreise wieder abgegeben haben will. Es gibt aber keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Beschwerdeführer im Asylverfahren weigert, seine wahre Identität offenzulegen bzw. diese gegenüber den schweizerischen Behörden verheimlicht. Nachdem sich der Beschwerdeführer kurze Zeit nach seiner Einreise noch am gleichen Tag selber an die Behörden gewandt hat, besteht vielmehr vorerst kein Grund zur Annahme, er erfülle die Voraussetzungen von Art. 13a lit. a ANAG. Damit entfällt von vornherein auch die Möglichkeit der Anordnung von Vorbereitungshaft (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.487/2003 vom 31.10.2003, E. 2.2, sowie die Urteile 2A.146/2000 und 2A.147/2000 vom 27. April 2000, je E. 3, mit umfassenden Hinweisen).

Die Sache braucht demnach nicht an die Vorinstanz zurückgewiesen zu werden zur Prüfung der Zulässigkeit von Vorbereitungshaft.
4.
4.1 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen, und der Beschwerdeführer muss unverzüglich aus der Haft entlassen werden.
4.2 Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 156 Abs. 2 OG). Hingegen hat der Kanton Zürich den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (vgl. Art. 159 OG).
4.3 Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen, und der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, Haftrichter, vom 24. Oktober 2003 wird aufgehoben.
2.
Der Beschwerdeführer ist unverzüglich aus der Ausschaffungshaft zu entlassen.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'500.– zu entschädigen.
5.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
6.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Migrationsamt des Kantons Zürich und dem Bezirksgericht Zürich, Haftrichter, (diesen zusätzlich vorweg per Fax) sowie dem Bundesamt für Flüchtlinge schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. November 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: