Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.241/2002 /kil

Urteil vom 28. Juni 2002
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Bundesrichter Müller, Bundesrichterin Yersin, Bundesrichter Merkli,
Gerichtsschreiber Feller.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Generalsekretariat, 3003 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

A._____, geb. 1979,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Frau Afra Weidmann, Hardturmstrasse 338, 8005 Zürich,
Migrationsamt des Kantons Zürich, Berninastrasse 45,
8090 Zürich,
Bezirksgericht Zürich, Haftrichter, Wengistrasse 28, Postfach, 8026 Zürich.

Ausschaffungshaft gemäss Art. 13b ANAG

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Haftrichter, vom 20. April 2002

Sachverhalt:
A.
A._____, aus Rwanda stammend, reiste am 2. April 2002 zusammen mit ihrer Tochter (geboren 1995) mit dem Flugzeug von Johannesburg her kommend in die Schweiz ein. Sie trug einen auf eine andere, aus Moçambique stammende Person lautenden Reisepass auf sich. Sie stellte im Transitbereich des Flughafens Zürich ein Asylgesuch. Das Bundesamt für Flüchtlinge verweigerte ihr gleichentags die Einreise in die Schweiz und wies ihr und ihrem Kind den Transitbereich des Flughafens Zürich als Aufenthaltsort zu, längstens bis zum 16. April 2002 (Asylverfahren am Flughafen, sog. Flughafenverfahren, gemäss Art. 22 AsylG).

Mit Verfügung vom 9. April 2002 bestätigte das Bundesamt für Flüchtlinge, dass A._____ und ihrem Kind die Einreise in die Schweiz nicht bewilligt werde. Zudem wies es sie vorsorglich aus der Schweiz weg, und zwar nicht nach ihrem Heimatland, sondern gestützt auf Art. 23 Abs. 1 AsylG nach Südafrika. Die vorsorgliche Wegweisung wurde für sofort vollstreckbar erklärt und mit dem Vollzug der Wegweisung der Kanton Zürich beauftragt. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung entzog das Bundesamt die aufschiebende Wirkung. Gegen diese Verfügung gelangte A._____ mit Beschwerde an die Schweizerische Asylrekurskommission, wobei sie insbesondere ein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung stellte. Die Instruktionsrichterin der Asylrekurskommission wies das Gesuch am 12. April 2002 ab, ebenso am 15. April 2002 ein diesbezügliches Wiedererwägungsgesuch.

Auf den 16. April 2002 wurde ein begleiteter Rückflug von A._____ und ihrer Tochter nach Südafrika organisiert. Sie vereitelte diesen Ausschaffungsversuch durch ihr Verhalten (Schreien im Flugzeug). Sie wurde anschliessend verhaftet, und am 18. April 2002 ordnete das Migrationsamt des Kantons Zürich gegen sie die Ausschaffungshaft an (schriftlich begründete Haftverfügung mit Antrag an den Haftrichter auf Bestätigung der Ausschaffungshaft vom 19. April 2002).

Nach mündlicher Verhandlung lehnte der Haftrichter des Bezirksgerichts Zürich den Antrag auf Bestätigung der Ausschaffungshaft am 20. April 2002 ab. In den Akten befindet sich allerdings, als Seite 6 des Verhandlungs-Protokolls, ein Verfügungsdispositiv, worin festgehalten ist, dass die Anordnung der Ausschaffungshaft bestätigt und die Haft bis 15. Juli 2002 bewilligt werde. Massgeblich war aber offensichtlich die mit Begründung versehene vollständige Ausfertigung der Haftrichterverfügung, womit die Genehmigung der Haft abgelehnt wurde.

A._____ wurde aus der Haft entlassen, und sie ist, mit ihrem Kind, in die Schweiz eingereist. Die Schweizerische Asylrekurskommission erachtete daher das Flughafenverfahren und die vorsorgliche Wegweisung als dahingefallen und schrieb die Beschwerde betreffend Einreiseverweigerung und vorsorgliche Wegweisung mit Beschluss vom 25. April 2002 als gegenstandslos geworden ab. Seither ist ein ordentliches Asylverfahren eröffnet worden.

B.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 16. Mai 2002 beantragt das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement dem Bundesgericht, die Verfügung des Haftrichters des Bezirksgerichts Zürich vom 20. April 2002 sei aufzuheben.

A._____ beantragt Abweisung der Beschwerde. Der Haftrichter (ausdrücklich) und das Migrationsamt (stillschweigend) haben auf Vernehmlassung verzichtet. Der Haftrichter hat die Akten eingereicht. Da in der Begründung des angefochtenen Entscheids mittelbar ein Entscheid (Zwischenverfügung) der Schweizerischen Asylrekurskommission in Frage gestellt scheint, ist dieser Gelegenheit gegeben worden, dem Bundesgericht allfällige Bemerkungen zum Fall zukommen zu lassen. Sie hat davon Gebrauch gemacht und am 30. Mai 2002 Stellung genommen. Die Stellungnahme ist den Parteien zur Kenntnis gebracht worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ist das in der Sache zuständige Departement und damit berechtigt, namens des Bundes die Verfügung des Haftrichters, der als letzte kantonale Instanz entschieden hat, mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anzufechten (Art. 103 lit. b OG).

Der Bund führt im öffentlichen Interesse Beschwerde. Das Beschwerderecht des Bundes soll den richtigen und rechtsgleichen Vollzug des Bundesverwaltungsrechts sicherstellen. Dabei muss grundsätzlich kein spezifisches öffentliches Interesse an der Anfechtung der Verfügung nachgewiesen werden (BGE 113 Ib 219 E. 1b S. 221; BGE 127 II 32 E. 1b S. 35; 125 II 633 E. 1a S. 635, je mit Hinweisen). Erforderlich ist nur, dass es dem beschwerdeführenden Departement nicht um die Behandlung abstrakter Fragen des objektiven Rechts, sondern um konkrete Rechtsfragen eines tatsächlich bestehenden Einzelfalles geht (vgl. BGE 125 II 633 E. 1a und b S. 635). Dies ist jedenfalls hinsichtlich der vorab zum Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemachten Rechtsfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Haftrichter eine vom Bundesamt für Flüchtlinge verfügte und von der Schweizerischen Asylrekurskommission bestätigte - vorsorgliche - Wegweisung im Hinblick auf die Kontrolle der Rechtmässigkeit fremdenpolizeirechtlicher Haft überprüfen und gegebenenfalls für unverbindlich erklären kann, der Fall. Dasselbe gilt für die Frage, ob der Haftrichter die für die Beurteilung des Haftgrundes von Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG massgeblichen Kriterien
richtig gehandhabt hat. An der Beurteilung der Beschwerde besteht damit ein hinreichendes Interesse. Dass die Beschwerdegegnerin unmittelbar nach Eröffnung des Haftrichterentscheids aus der Haft entlassen wurde und zudem der mit dem gegenstandslos gewordenen Flughafenverfahren verbundene Wegweisungsentscheid dahingefallen ist, ist damit unerheblich.

Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzutreten.

2.

Wurde ein erstinstanzlicher, nicht notwendigerweise auch rechtskräftiger (vgl. BGE 121 II 59 E. 2 S. 61) Wegweisungsentscheid eröffnet, so kann die zuständige Behörde einen Ausländer zur Sicherstellung von dessen

Vollzug in Ausschaffungshaft nehmen, wenn die Voraussetzungen von Art. 13b ANAG erfüllt sind.
2.1 Der einzige vom Gesetz vorgesehene und unter Berücksichtigung von Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK zulässige Zweck der Ausschaffungshaft ist die Sicherstellung eines Weg- oder Ausweisungsentscheids (vgl. BGE 125 II 217 E. 1 S. 219). Bei der Kontrolle der Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Haft gemäss Art. 13c Abs. 2 ANAG hat die richterliche Behörde daher vorerst zu prüfen, ob ein solcher den Ausländer zur Ausreise verpflichtender Entscheid vorliegt (BGE 121 II 59 E. 2a und b S. 61).

Das Bundesamt für Flüchtlinge wies die Beschwerdegegnerin vorsorglich aus der Schweiz weg. Die Schweizerische Asylrekurskommission (bzw. deren Instruktionsrichterin) hat es abgelehnt, die aufschiebende Wirkung der gegen diese Wegweisungsverfügung erhobenen Beschwerde wieder herzustellen.

Dass ein Wegweisungsentscheid vorliegt, wird von keiner Seite in Frage gestellt. Der Haftrichter geht jedoch davon aus, dass aus den von der Beschwerdegegnerin im Haftprüfungsverfahren eingereichten Unterlagen geschlossen werden müsse, dass sie in Südafrika nicht werde einreisen und dort nicht um Schutz werde nachsuchen können. Der Haftrichter weicht damit von der Einschätzung ab, welche das Bundesamt für Flüchtlinge seiner Wegweisungsverfügung und die Schweizerische Asylrekurskommission ihrer Zwischenverfügung zu Grunde gelegt haben. Das Departement macht mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend, der Haftrichter habe seine Prüfungskompetenz überschritten, indem er in dem Sinn den Wegweisungsentscheid missachtet habe.
2.2
2.2.1 Was die Haftvoraussetzung des Bestehens eines Aus- oder Wegweisungsentscheids betrifft, kann der Haftrichter die Frage der Rechtmässigkeit der Weg- oder Ausweisung nur in eng begrenztem Rahmen aufwerfen (BGE 121 II 59 E. 2 S. 61 ff.; zudem BGE 125 II 217 bezüglich der Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Sinne von Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG).
In einem neuesten zur Publikation bestimmten Urteil (BGE 2A.170/2002 vom 4. Juni 2002) hat das Bundesgericht als Regel aufgestellt, dass der Haftrichter sich bloss vergewissern muss, ob ein Weg- oder Ausweisungsentscheid ergangen ist, dass er die Rechtmässigkeit eines derartigen Entscheids hingegen nicht überprüfen kann, und zwar weder im Grundsatz noch hinsichtlich der Modalitäten der Wegweisung (beispielsweise die Bestimmung des Landes, wohin der Ausländer weggewiesen werden soll). Dies gilt ausgesprochen für im Asylverfahren ergangene Wegweisungsentscheide, wo sowohl durch die Bedürfnisse des Asylverfahrens bedingte prozessuale Besonderheiten bestehen als auch spezifische materielle Kriterien (insbesondere hinsichtlich der Bewertung einer Verfolgungssituation im Land, wohin der Ausländer weggewiesen werden soll) massgeblich sind; Entscheide der vom Gesetzgeber hiefür speziell eingesetzten Fachorgane sind für den Haftrichter bindend. Anders verhält es sich höchstens in Bezug auf Wegweisungen gemäss Art. 12 Abs. 1 ANAG und, in vermindertem Masse, allenfalls noch bezüglich anderer erstinstanzlicher Wegweisungsentscheide von Fremdenpolizeibehörden ausserhalb des Asylverfahrens. Die Massgeblichkeit von Wegweisungsentscheiden soll der Haftrichter im Hinblick auf die Rechtmässigkeit der Ausschaffungshaft allerdings nur dann in Frage stellen können, wenn sie augenfällig unzulässig bzw. derart offensichtlich falsch sind, dass sie sich letztlich als nichtig erweisen (BGE 2A.170/2002 vom 4. Juni 2002, E. 2.2.2).

Dies gilt auch hinsichtlich Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG. Wohl ist nach dieser Bestimmung die Haft zu beenden und hat der Haftrichter die Genehmigung der Ausschaffungshaft dann zu verweigern, wenn sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist. Soll aber mit der Ausschaffungshaft die Vollstreckung eines Wegweisungsentscheids sichergestellt werden, wobei die zuständige Wegweisungsbehörde sich im Wegweisungsentscheid selber gerade mit der Frage der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeit bzw. mit der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs befasst hat, ist der Haftrichter im beschriebenen Sinn grundsätzlich an diese Einschätzung gebunden. Anders verhält es sich - unter dem Gesichtspunkt von Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG - bloss dann, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse seit dem Zeitpunkt, da über die Wegweisung befunden wurde, entscheidend verändert haben (vgl. dazu BGE 125 II 217 E. 2b S. 222 ff.). Auch dann aber wird der Betroffene, jedenfalls soweit es um rechtliche Gründe geht, die dem Wegweisungsvollzug (nunmehr) entgegenstehen könnten, vorerst eher versuchen müssen, bei der zuständigen Behörde eine Wiedererwägung (bzw. Revision) des Wegweisungsentscheids
zu erwirken (vgl. BGE 125 II 217 E. 2 S. 221 oben).

Was im Übrigen Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG betrifft, ist klarzustellen, dass sich die Beendigung der Haft bzw. die Verweigerung der richterlichen Haftgenehmigung nicht schon dann rechtfertigt, wenn Zweifel bezüglich der Möglichkeit oder Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs bestehen, sondern bloss dann, wenn für die Undurchführbarkeit des Vollzugs der Entfernungsmassnahme triftige Gründe sprechen; es muss praktisch feststehen, dass sich die Ausschaffung - innert der zulässigen Höchstdauer der Haft - nicht (mehr) wird realisieren lassen (BGE 125 II 217 E. 2 S. 220, mit Hinweisen).
2.2.2 Das Bundesamt für Flüchtlinge begründete seine Wegweisungsverfügung damit, dass eine Ausschaffung nach Südafrika zumutbar sei. Es stellte insbesondere fest, dass Südafrika den aus dem Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Flüchtlingsabkommen, SR 0.142.30) und den Zusatzprotokollen fliessenden Verpflichtungen nachkomme und dass durch die vorsorgliche Wegweisung keine konkrete Gefährdung der Beschwerdegegnerin und ihres Kindes im Sinne von Art. 3 Abs. 1 AsylG bewirkt werde. Zudem erwähnte es, dass die Beschwerdegegnerin sich sechs Tage in Südafrika aufgehalten habe, ohne dort um Asyl ersucht zu haben, was zum Schluss zwinge, dass sie nicht verfolgt sei. Die Instruktionsrichterin der Asylrekurskommission pflichtete dieser Auffassung in ihrer Zwischenverfügung betreffend Nichtwiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vom 12. April 2002 vollumfänglich bei und nahm zur Behauptung Stellung, in Südafrika würde der Beschwerdegegnerin der asylrechtliche Schutz verweigert und sie käme dort, bei schlechten Haftbedingungen, in Haft. Zudem hat sie in einer weiteren Verfügung vom 15. April 2002 eine Wiedererwägung der Zwischenverfügung vom 12. April 2002 abgelehnt, wobei sie insbesondere, im Hinblick auf
die Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs, auf eine Stellungnahme der südafrikanischen Botschaft einging und feststellte, dass diese nichts an der Einschätzung ändere, dass der Beschwerdegegnerin keine Gefährdung nach Art. 14a Abs. 4 ANAG drohe.

Der Haftrichter hat die Genehmigung der Ausschaffungshaft hauptsächlich mit der Begründung verweigert, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit bestehe, dass die Beschwerdegegnerin in Südafrika nicht einreisen und angesichts des in der Schweiz hängigen Asylgesuchs nicht um Schutz nachsuchen könne. Damit hat er eine Würdigung der Tatsachen- und Rechtslage vorgenommen, die von der nur wenige Tage zurückliegenden Beurteilung der Asylbehörden abwich, und insofern den Wegweisungsentscheid als solchen in Frage gestellt. Dazu war er nach dem vorne Gesagten nicht berechtigt, auch nicht unter Berücksichtigung von Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG: Es ist zunächst von Bedeutung, dass die Asylrekurskommission zum Zeitpunkt des Wiedererwägungsentscheids vom 15. April 2002 Kenntnis von der Fax-Auskunft der südafrikanischen Botschaft hatte, wonach Südafrika sich nicht verpflichtet sehe, eine Person, die nach der Durchreise durch dieses Land in einem anderen Land um Asyl ersucht habe, bei sich aufzunehmen. Sodann ist hervorzuheben, dass die Auskünfte der Botschaft und auch des UNO-Hochkommissariats für Flüchtlinge allein von der Vertreterin der Beschwerdegegnerin veranlasst und sehr kurzfristig erteilt wurden. Wie vollständig Anfragen und Auskünfte waren,
kann dahin gestellt bleiben; für sich allein sind derartige Stellungnahmen jedenfalls zum Vornherein nicht geeignet, die Wegweisung als krass fehlerhaft bzw. nichtig erscheinen zu lassen. Was allfällige tatsächliche Vollzugshindernisse betrifft, so lagen dem Haftrichter - angesichts der zeitlichen Verhältnisse naheliegenderweise - noch keine Ergebnisse von behördlichen Kontaktaufnahmen, d.h. von zwischenstaatlichen Verhandlungen im Einzelfall, vor. Unter diesen Umständen fehlte es in diesem Verfahrensstadium an genügend konkreten Anhaltspunkten, welche die Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs als unwahrscheinlich erscheinen liessen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Haftrichter die Möglichkeit gehabt hätte, die Haft vorerst nur für einen beschränkten Zeitraum, in Erwartung der weiteren Entwicklung, zu genehmigen.

Soweit der Haftrichter die Genehmigung der Ausschaffungshaft mit der Begründung ablehnte, dass die Durchführbarkeit der Wegweisung höchst unwahrscheinlich sei, hat er Bundesrecht verletzt.
3.
Das Migrationsamt hat seine Haftverfügung auf den Haftgrund von Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG gestützt. Dieser Haftgrund ist dann gegeben, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass der Ausländer sich der Ausschaffung entziehen will, insbesondere weil sein bisheriges Verhalten darauf schliessen lässt, dass er sich behördlichen Anordnungen widersetzt (Haftgrund der "Untertauchensgefahr", Kriterien zusammengefasst in BGE 122 II 49 E. 2 a S. 50 f., s. auch BGE 125 II 369 E. 3 b/aa S. 375).

Die Beschwerdegegnerin trug bei der Ankunft am Flughafen Zürich einen auf eine andere Person lautenden Pass bei sich und bekundete damit grundsätzlich ihre Bereitschaft, ihr Fortkommen durch Vorspiegeln einer falschen Identität zu erleichtern. Der Gebrauch falscher Papiere stellt nach der Rechtsprechung eines der massgeblichen Kriterien für die Annahme von Untertauchensgefahr dar. Der Haftrichter hat indessen darauf hingewiesen, dass die Beschwerdegegnerin mittlerweile Unterlagen zur Feststellung ihrer wahren Identität eingereicht habe; wegen des hängigen Asylgesuchs, auf dessen Gutheissung sie hoffe, könne unter diesen Umständen nicht von einer erheblichen Untertauchensgefahr gesprochen werden. Nicht erwähnt wird in der Haftrichterverfügung, dass bereits auf den 16. April 2002 ein Rückflug nach Südafrika organisiert worden war, die Beschwerdegegnerin den Ausschaffungsversuch aber vereitelt hat, indem sie im Flugzeug zu schreien begann. Zwar darf einem Ausländer, dessen Asylverfahren noch nicht abgeschlossen ist, im Hinblick auf die Beurteilung der Untertauchensgefahr nicht ohne weiteres zum Nachteil gereichen, dass er seinen Wunsch, nicht - in sein Heimatland - zurückgeschafft zu werden, zum Ausdruck bringt (vgl. beispielsweise
Urteil 2A.465/2001 vom 31. Oktober 2001, E. 2c). Wer aber die Vollstreckung eines von den zuständigen Asylbehörden für vollstreckbar erklärten Wegweisungsentscheids vereitelt, gibt in ganz ausgeprägten Masse zu erkennen, dass er nicht bereit ist, für ihn negativen Anordnungen Folge zu leisten. Indem der Haftrichter diesen Vorfall bei der Beurteilung der Untertauchensgefahr nicht berücksichtigte, hat er ein wesentliches Entscheidelement ausser Acht gelassen. Das Vorliegen des Haftgrundes von Art. 13b Abs.1 lit. c ANAG auf diese Weise zu verneinen, verletzt Bundesrecht.

Dass die Beschwerdegegnerin die Ausschaffung vereitelt hat, wäre auch für die Prüfung der Verhältnismässigkeit der Haft von Bedeutung. Diesbezüglich hat der Haftrichter auf die durch die Haft bedingte - immerhin bloss vorübergehende und durch Besuche unterbrochene - Trennung von Mutter und Kind hingewiesen, welche für sich allein die Ausschaffungshaft aber nicht unzulässig werden liesse.

4.

Mit der in der Haftrichterverfügung enthaltenen Begründung liess sich die Nichtgenehmigung der Ausschaffungshaft nicht rechtfertigen. Angesichts der prozessualen Situation (Wegfall des Wegweisungsentscheids durch die Beendigung des Flughafenverfahrens) erübrigt es sich, die Sache zu neuem Entscheid über das Vorliegen sämtlicher Haftvoraussetzungen an den Haftrichter zurückzuweisen, nachdem die massgeblichen Rechtsfragen, die zum Gegenstand der Behördenbeschwerde gemacht worden sind, in den vorstehenden Erwägungen beantwortet worden sind. Es genügt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben; weitere Anordnungen sind nicht zu treffen.

5.

Bei diesem Verfahrensausgang würde die Beschwerdegegnerin als unterliegende Partei kostenpflichtig (Art. 156 OG). Unter den gegebenen Umständen rechtfertigt es sich jedoch, von der Erhebung einer Gerichtsgebühr abzusehen. Anspruch auf eine Parteientschädigung besteht nicht (die Beschwerdegegnerin ist unterliegende Partei; für die obsiegenden Behörden gilt Art. 159 Abs. 2 zweiter Teilsatz OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen, und die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Haftrichter, vom 20. April 2002 wird aufgehoben.

2.

Es werden keine Kosten erhoben.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Bezirksgericht Zürich, Haftrichter, und dem Migrationsamt des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. Juni 2002

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: