Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.458/2005 /leb

Urteil vom 29. Juli 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Müller, Karlen,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführerin, vertreten durch
Rechtsanwalt Dr. Markus Raess,

gegen

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

Gegenstand
Ausschaffungshaft gemäss Art. 13b ANAG,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, Haftrichter, vom 28. Juni 2005.

Sachverhalt:
A.
Die chinesische Staatsangehörige X._____, geb. 1987, reiste nach eigenen Angaben am 22. Juni 2005 in einem Flugzeug von Paris nach Zürich-Kloten. Dort hielt sie sich im Transitbereich des Flughafens auf, wo sie am 26. Juni 2005 polizeilich angehalten und verhaftet wurde. Am 27. Juni 2005 verfügte die Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Zürich, Migrationsamt, die sofortige Wegweisung von Boru Kong und ordnete die Ausschaffungshaft bis zum 25. September 2005 an. Der Haftrichter am Bezirksgericht Zürich prüfte und genehmigte die Haft am 28. Juni 2005. Gleichzeitig lud er das Migrationsamt ein, das bei ihm gestellte Asylgesuch von X._____ an die zuständigen Behörden weiterzuleiten.
B.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 19. Juli 2005 an das Bundesgericht beantragt X._____, der Entscheid des Haftrichters vom 28. Juni 2005 sei aufzuheben und sie sei unverzüglich aus der Ausschaffungshaft zu entlassen. Überdies stellt sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung.

Das Migrationsamt schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Der Haftrichter am Bezirksgericht Zürich hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. X._____ äusserte sich mit Eingabe vom 26. Juli 2005 nochmals zur Sache. Das Bundesamt für Migration hat innert Frist keine Stellungnahme eingereicht.

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, dessen Vollzug (z.B. wegen fehlender Reisepapiere) noch nicht möglich, jedoch absehbar ist (vgl. BGE 130 II 56 E. 1 S. 57 f. mit Hinweisen, 377 E. 1 S. 378 f.). 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 selbst 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.; Urteil des Bundesgerichts 2A.548/2003 vom 26. November 2003, E. 1.2).
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). Nach Art. 105 Abs. 2 OG ist das Bundesgericht an die Feststellung des Sachverhaltes gebunden, wenn - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen erhoben hat. Ausgeschlossen ist damit auch die Berücksichtigung neuer tatsächlicher Vorbringen bzw. nachträglicher Veränderungen des Sachverhalts (BGE 125 II 217 E. 3a mit Hinweisen).

Das Bundesgericht kann insbesondere 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; Urteil des Bundesgerichts 2A.548/2003 vom 26. November 2003, E. 1.3).
2.
2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe bereits bei der ersten Einvernahme durch die Kantonspolizei Zürich am 26. Juni 2005 ein Asylgesuch gestellt, weshalb die formlose Wegweisung, die das Migrationsamt tags darauf verfügte, offensichtlich rechtswidrig sei und nicht die Grundlage für die Ausschaffungshaft bilden könne. Der Haftrichter ging demgegenüber davon aus, die Beschwerdeführerin habe erst an der haftrichterlichen Verhandlung 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 Nach dem das so genannte Flughafenverfahren regelnden Art. 22 Abs. 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni

1998 (AsylG; SR 142.31) wird die Einreise in die Schweiz solchen Personen vorläufig verweigert, die in einem schweizerischen Flughafen um Asyl nachsuchen und bei denen nicht sofort festgestellt werden kann, ob die Voraussetzungen für eine Bewilligung zur Einreise (gemäss Art. 21 AsylG) erfüllt sind. Das Bundesamt für Migration weist den Asylsuchenden gleichzeitig für die voraussichtliche Dauer des Verfahrens, längstens aber für 15 Tage, einen Aufenthaltsort am Flughafen zu und sorgt für angemessene Unterkunft (Art. 22 Abs. 2 AsylG). Während diesen 15 Tagen kann vorsorglich die Wegweisung verfügt werden (Art. 23 Abs. 1-3 AsylG). Dauert das Verfahren länger, ist die Einreise zu bewilligen (Art. 23 Abs. 4 AsylG). Nach Art. 42 Abs. 1 AsylG darf sich der (legal oder illegal eingereiste) Asylsuchende - unter Vorbehalt der vorsorglichen Wegweisung (vgl. Art. 42 Abs. 2-3 AsylG) sowie eines hier nicht interessierenden Sonderfalles (vgl. Art. 112 AsylG) - bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz aufhalten. Sind im Flughafenverfahren oder im ordentlichen Verfahren die Voraussetzungen der vorsorglichen Wegweisung nicht erfüllt, fällt
eine Wegweisung erst dann in Betracht, wenn das Asylgesuch abgelehnt oder wenn darauf nicht eingetreten wird (vgl. Art. 44 Abs. 1 AsylG). Zuständig für den Wegweisungsentscheid ist in beiden Fällen das Bundesamt für Migration (vgl. ebenfalls Art. 44 Abs. 1 AsylG) und nicht die kantonale Fremdenpolizeibehörde.

Die vom kantonalen Migrationsamt am 27. Juni 2005 verfügte und der Beschwerdeführerin eröffnete Wegweisung, eine formlose Wegweisung im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ANAV, wäre daher wegen des asylrechtlichen Status der Beschwerdeführerin offensichtlich unzulässig und klar rechtswidrig, wenn die Beschwerdeführerin zu jenem Zeitpunkt Asylbewerberin 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 sowie das Urteil des Bundesgerichts 2A.548/2003 vom 26. November 2003, E. 2.3, mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung).

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 Migration geführten) Empfangsstelle zu stellen. Gesuche bei anderen kantonalen oder eidgenössischen Behörden sind aber 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; Urteil des Bundesgerichts 2A.548/2003 vom 26. November 2003, E. 2.3, mit Hinweisen).
2.4 Die Beschwerdeführerin ist nach eigener Darstellung am 22. Juni 2005 am Flughafen Zürich-Kloten angereist, offenbar in der Absicht, in der Schweiz ein Asylgesuch zu stellen. In verschiedenem Zusammenhang, so etwa im Hinblick auf das Verschwinden ihrer Reisepapiere, hat sie allerdings unglaubwürdige Angaben gemacht. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb sie nicht sofort nach der Ankunft um Asyl ersucht, sondern sich mehrere Tage lang ohne erkennbaren Anlass im Transitbereich des Flughafens aufgehalten hat. Nachdem sie polizeilich angehalten worden war, hat die Beschwerdeführerin bei ihrer ersten Einvernahme am 26. Juni 2005 eine Rückkehr in die Heimat ausgeschlossen und die Frage gestellt, ob sie nicht als Flüchtling in der Schweiz bleiben könne. Der einvernehmende Polizeibeamte der Kantonspolizei Zürich hat dies in seinem gleichentags erstellten Amtsbericht in dem Sinne festgehalten, die Beschwerdeführerin habe den Wunsch geäussert, als Flüchtling in der Schweiz zu bleiben, und sie sei nicht gewillt, in ihr Heimatland zurückzukehren.

Die Beschwerdeführerin hat damit erkennbar erklärt, den Flüchtlingsstatus in der Schweiz zu beanspruchen und nicht in die Heimat zurückreisen zu wollen. Damit hat sie bereits am 26. Juni 2005 offensichtlich ein Asylgesuch im Sinne von Art. 18 AsylG gestellt, auch wenn sie damals - im Unterschied zur haftrichterlichen Verhandlung - 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 einen Tag danach 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) Entfer-

nungsmassnahme. Damit erweist sich die Ausschaffungshaft auf der Grundlage der tatsächlichen Umstände im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids unabhängig davon, ob ein Haftgrund vorliegt, als unzulässig.
3.
3.1 Das Migrationsamt macht in seiner Vernehmlassung an das Bundesgericht geltend, das Bundesamt für Migration sei inzwischen mit Entscheid vom 11. Juli 2005 auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin in Anwendung von Art. 33 AsylG nicht eingetreten und habe sie aus der Schweiz weggewiesen, was sogar einen neuen, selbständigen Haftgrund darstellen würde (vgl. Art. 13b Abs. 1 lit. d ANAG) Dabei handelt es sich jedoch um einen nachträglich eingetretenen, grundsätzlich unbeachtlichen Umstand. Im Übrigen scheint auch der asylrechtliche Nichteintretensentscheid fälschlicherweise davon auszugehen, dass das Asylgesuch erst nachträglich während der haftrichterlichen Verhandlung gestellt worden sei, um damit der Haft bzw. der bereits ausgesprochenen Wegweisung zu entgehen. Darauf ist freilich im vorliegenden Verfahren nicht einzugehen, zumal nicht bekannt ist, ob gegen den Asylentscheid Beschwerde bei der Schweizerischen Asylrekurskommission erhoben worden ist. Auf jeden Fall kann der asylrechtliche Wegweisungsentscheid nicht die Grundlage für die hier zu prüfende Ausschaffungshaft liefern.
3.2 Zu prüfen bleibt, ob der angefochtene Entscheid durch Substitution der Haftart (auf der Grundlage der Sachlage im Zeitpunkt des haftrichterlichen Entscheids) in dem Sinne geschützt werden könnte, dass davon ausgegangen würde, die Beschwerdeführerin als Asylbewerberin ohne (damals) erstinstanzlichen Wegweisungsentscheid sei nicht in Ausschaffungs-, sondern in Vorbereitungshaft gemäss Art. 13a ANAG genommen worden. 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.548/2003 vom 26. November 2003, E. 3.1). 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 (Urteile des Bundesgerichts 2A.548/2003 vom 26. November 2003, E. 3.1, und 2A.326/2003 vom 23. Juli 2003, E. 1.2.3, mit weiteren Hinweisen). Damit kann das Bundesgericht die Ausschaffungs- nicht durch Vorbereitungshaft ersetzen.
3.3 Unter diesen Umständen bleibt es den kantonalen Behörden überlassen, allenfalls die Anordnung neuer Zwangsmassnahmen aufgrund der aktuellen Sachlage zu prüfen. Der hier zu kontrollierende Haftentscheid erweist sich jedenfalls als bundesrechtswidrig und ist gestützt auf die für das Bundesgericht verbindlichen Sachumstände nicht substituierbar, was zur Folge hat, dass das Bundesgericht die sofortige Haftentlassung anzuordnen hat.
4.
4.1 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen, und die Beschwerdeführerin 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 die Beschwerdeführerin 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 28. Juni 2005 wird aufgehoben.
2.
Die Beschwerdeführerin ist unverzüglich aus der Ausschaffungshaft zu entlassen.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Der Kanton Zürich hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.– zu entschädigen.
5.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
6.

Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Migrationsamt des Kantons Zürich und dem Bezirksgericht Zürich, Haftrichter, und dem Bundesamt für Migration schriftlich (sowie vorweg per Fax) mitgeteilt.
Lausanne, 29. Juli 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Das präsidierende Mitglied: Der Gerichtsschreiber: