Urteilskopf

125 II 465

46. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 29. September 1999 i.S. A. gegen Fremdenpolizei des Kantons Zürich und Bezirksgericht Zürich (Haftrichter) (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 13b Abs. 1 lit. b ANAG in Verbindung mit Art. 13a lit. c ANAG und Art. 13b Abs. 2 ANAG; ausländerrechtliche Ausschaffungshaft.

Der Ausländer, dem eine Einreisesperre auferlegt worden ist, währenddem er sich in der Schweiz aufhielt, kann nur wegen Missachtung dieser Einreisesperre in Ausschaffungshaft gesetzt werden, wenn er die Schweiz verlassen hat und erneut einreist. Dieselbe Voraussetzung gilt auch für die Anordnung einer neuen Haft, wenn sich der Ausländer bereits einmal früher während der gesetzlich zulässigen Höchstdauer in Ausschaffungshaft befand (E. 3).

Anforderungen an den Beweis, dass der Ausländer tatsächlich aus- und wieder eingereist ist (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 13b al. 1 let. b LSEE en relation avec l'art. 13a let. c LSEE et art. 13b al. 2 LSEE; détention en vue de refoulement en matière de police des étrangers.

L'étranger, qui a fait l'objet d'une interdiction d'entrée pendant qu'il se trouvait en Suisse, ne peut être mis en détention en vue du refoulement que pour violation de cette interdiction d'entrée, ce qui présuppose qu'il ait quitté la Suisse et y soit revenu. Cette même condition vaut aussi lorsqu'une nouvelle détention en vue du refoulement est ordonnée, alors que l'étranger a auparavant déja épuisé la durée légale maximum de la détention en vue du refoulement (consid. 3).

Exigences relatives à la preuve que l'étranger est effectivement sorti du pays et y est entré à nouveau (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 13b cpv. 1 lett. b LDDS in relazione con gli art. 13a lett. c LDDS e art. 13b cpv. 2 LDDS; carcerazione in vista di sfratto in materia di polizia degli stranieri.

Lo straniero, colpito da un divieto d'entrata mentre si trovava in Svizzera, può essere posto in stato di carcerazione in vista di sfratto soltanto in caso di violazione di tale interdizione, la qual cosa presuppone che egli abbia lasciato il territorio elvetico per poi farvi rientro. La medesima condizione vale anche nel caso in cui viene nuovamente ordinato l'arresto dopo che lo straniero era già stato in precedenza incarcerato in vista di sfratto per la durata legale massima del provvedimento (consid. 3).

Esigenze in merito alla prova che lo straniero sia effettivamente uscito dalla Svizzera e vi abbia poi fatto ritorno (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 466

Der nach eigenen Angaben aus Angola stammende A., geb. 1961, alias B., reiste am 7. Januar 1994 in die Schweiz ein und ersuchte hier um Asyl. Das Bundesamt für Flüchtlinge wies das Gesuch am 28. April 1994 ab, ordnete jedoch gleichzeitig die vorläufige Aufnahme des Gesuchstellers an. Am 28. Juli 1995 hob das Bundesamt für Flüchtlinge die vorläufige Aufnahme auf, nachdem A. wiederholt straffällig geworden war (verschiedene Ladendiebstähle). Am 1. März 1996 verfügte das Bundesamt für Ausländerfragen gegen A. eine bis zum 1. März 2001 gültige Einreisesperre. Bereits wenige Tage vorher, am 27. Februar 1996, hatte die Fremdenpolizei des Kantons Zürich A. wegen Untertauchensgefahr in Ausschaffungshaft genommen. Diese wurde mehrmals verlängert. Nachdem die Ausschaffungshaft vom 13. März 1996 bis zum 6. Mai 1996 wegen des Vollzugs verschiedener strafrechtlicher Freiheitsstrafen unterbrochen war, blieb A. bis zum 16. Januar 1997 in Haft. Insgesamt verbrachte er 267 Tage in Ausschaffungshaft. Die Ausschaffung liess sich jedoch nicht vollziehen. In der Folge wurde A. wiederholt polizeilich angehalten und festgenommen, unter anderem wegen Verdachts der Begehung von (kleineren) Straftaten, namentlich Ladendiebstahls. Im März 1999 ergab ein in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Flüchtlinge erstelltes Sprachgutachten, dass es sich bei A. wahrscheinlich um einen Angehörigen der Demokratischen Republik Kongo mit dem Namen B. handelt. Die Botschaft dieses Staates in Bern stellte in der Folge denn auch einen entsprechenden Laissez-passer aus. Ein Ausschaffungsversuch scheiterte indessen am 28. Mai 1999 daran, dass A. das Reisepapier zerriss. Am 2. August 1999 nahm die Kantonspolizei Basel-Stadt A. in Begleitung eines weiteren Ausländers beim Grenzübergang Lysbüchel fest. Der Grenzwächter, welcher ihn angehalten hatte, gab an, die beiden Ausländer hätten versucht, von Frankreich aus in die Schweiz zu gelangen. A. wurde in der Folge der Fremdenpolizei des Kantons Zürich zugeführt, welche ihn am 4. August 1999 aus der Schweiz wegwies und wegen Missachtung der ihm auferlegten Einreisesperre mit Wirkung ab dem 2. August 1999 die Ausschaffungshaft

anordnete. Der Haftrichter am Bezirksgericht Zürich prüfte und bestätigte die Haft am 6. August 1999. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 6. September 1999 an das Bundesgericht beantragt A., der Haftentscheid sei aufzuheben und er sei unverzüglich aus der Haft zu entlassen; eventuell sei das Hafturteil aufzuheben und die Sache zu ergänzender Untersuchung und zu neuem Entscheid an den Haftrichter zurückzuweisen. Die Fremdenpolizei des Kantons Zürich schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Der Haftrichter am Bezirksgericht Zürich hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat innert Frist nicht Stellung genommen. A. nahm die Gelegenheit wahr, sich nochmals zur Sache zu äussern. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und ordnet die sofortige Freilassung von A. an.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. a) Die zuständige Behörde kann einen Ausländer in Ausschaffungshaft nehmen, sofern die Voraussetzungen von Art. 13b ANAG erfüllt sind. Danach ist erforderlich, dass ein erstinstanzlicher, nicht notwendigerweise auch rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt (vgl. BGE 121 II 59 E. 2 S. 61; BGE 122 II 148 ff.), dessen Vollzug (z.B. wegen fehlender Reisepapiere) noch nicht möglich, jedoch absehbar ist. Zudem muss einer der in Art. 13b Abs. 1 ANAG genannten Haftgründe bestehen (BGE 124 II 1 E. 1 S. 3). b) Nach Art. 105 Abs. 2 OG ist das Bundesgericht an die Feststellung des Sachverhaltes gebunden, wenn eine richterliche Behörde als Vorinstanz den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen erhoben hat. Ausgeschlossen ist damit auch die Berücksichtigung neu-

er tatsächlicher Vorbringen bzw. nachträglicher Veränderungen des Sachverhalts (BGE 125 II 217 E. 3a, mit Hinweisen).

3. a) Gemäss Art. 13b Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 13a lit. c ANAG (in der hier noch anwendbaren Fassung vom 18. März 1994; AS 1995 146; vgl. nunmehr die noch nicht in Kraft getretene Fassung vom 26. Juni 1998 in AS 1999 1111 und 1117) kann die zuständige kantonale Behörde einen Ausländer zur Sicherstellung des Vollzugs eines Weg- oder Ausweisungsentscheides in Haft nehmen, wenn dieser eine Einreisesperre missachtet hat und nicht sofort weggewiesen werden kann.

BGE 125 II 465 S. 468

Eine Einreisesperre entfaltet an sich ab dem Zeitpunkt, in dem sie verfügt wird, Wirkung. Beim Ausländer, der sich bereits im Ausland befindet, gilt dies ohne weiteres. Demgegenüber ist die Wirkung beim Ausländer, der sich bei Anordnung der Einreisesperre in der Schweiz aufhält, beschränkt. Diese kann zwar Nebenwirkungen haben, sich etwa im Zusammenhang mit anderen fremdenpolizeilichen Entscheiden wie solchen über Gesuche um Bewilligungen auswirken; im Hinblick auf den eigentlichen Gehalt der Einreisesperre, nämlich das Verbot, in die Schweiz einzureisen, ist die Wirkung aber aufgeschoben. Insofern setzt die Einreisesperre zwingend voraus, dass der Ausländer aus der Schweiz vorweg ausreist. Hinzu kommt, dass nach der hier noch anwendbaren Fassung von Art. 13a lit. c ANAG der Ausländer die Einreisesperre missachten muss. Erforderlich ist also auch ein subjektives Element - das mit Inkrafttreten der neuen Fassung der Bestimmung wegfallen wird -, d.h. der Ausländer muss wissentlich und willentlich gegen die Einreisesperre verstossen (vgl. AB 1997 S 1361 f. und 1998 N 536 ff.). Das kann er letztlich nur, wenn auch für ihn klar sein muss, dass er von ausländischem Gebiet in schweizerisches eindringt bzw. dieses vorher verlassen hat, wenn er sich ursprünglich in der Schweiz aufgehalten hat. b) Nach Art. 13b Abs. 2 ANAG darf die Ausschaffungshaft erstmalig für höchstens drei Monate angeordnet und danach um höchs-tens sechs Monate verlängert werden. Insgesamt gilt somit eine absolute Höchstdauer von neun Monaten. Befand sich der Ausländer bereits einmal in Ausschaffungshaft, so ist gegebenenfalls lediglich noch eine erneute Inhaftierung für die verbleibende Dauer zulässig. Hat er gar schon die gesetzliche Höchstdauer in Ausschaffungshaft verbracht, ist die Anordnung einer neuen Haft gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann zulässig, wenn die Umstände nachträglich eine entscheidwesentliche Änderung erfahren haben. Das trifft namentlich zu, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen, welche die neuerliche Einsperrung begründen, sich erst nach Entlassung aus der früheren Haft ergeben haben (Urteil des Bundesgerichts vom 10. Dezember 1996 i.S. Razzar, in RDAF 1997 1 S. 29; unveröffentlichtes Urteil vom 29. Mai 1997 i.S. Lamari; ALAIN WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, in RDAF 1997 1 S. 341; vgl. auch ANDREAS ZÜND, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht: Verfahrensfragen und Rechtsschutz, in AJP 1995 S. 865).
Die Anordnung einer neuen Haft gestützt auf den Haftgrund der Nichtbeachtung einer Einreisesperre setzt auch unter diesem

BGE 125 II 465 S. 469

Gesichtspunkt voraus, dass der Ausländer zwischenzeitlich die Schweiz verlassen hat. Nur in diesem Fall kann davon ausgegangen werden, dass die erste Wegweisung, für welche sich der Ausländer bereits einmal in Ausschaffungshaft befand, vollzogen worden ist. Reist er wieder ein, eröffnet er die Möglichkeit eines neuen Wegweisungsverfahrens unter geänderten Voraussetzungen. Zwischen dem ersten und dem zweiten Entfernungsverfahren besteht ein klarer Bruch, womit sich diesfalls auch die erneute Anordnung von Ausschaffungshaft als zulässig erweist.

4. a) Der Haftrichter muss über die Zulässigkeit der Haft aufgrund der mündlichen Verhandlung und der vorhandenen Akten entscheiden. Für die Haftvoraussetzungen trägt die Fremdenpolizei die Beweislast. Soweit sich aus den Akten oder der Befragung nicht schlüssig etwas anderes ergibt, muss jedenfalls dann auf die Behauptungen des inhaftierten Ausländers abgestellt werden, wenn diese nicht als völlig unglaubwürdig erscheinen (vgl. ANDREAS ZÜND, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in ZBJV 132/1996 S. 76). b) Im vorliegenden Fall stützte sich der Haftrichter auf den Festnahme-Rapport vom 2. August 1999 sowie auf eine Aktennotiz vom 5. August 1999. Gemäss dem ersten Dokument soll der Beschwerdeführer versucht haben, am Zollamt Lysbüchel in die Schweiz einzureisen. Die Aktennotiz hält ein Telefongespräch mit dem Grenzwächter fest, der den Beschwerdeführer angehalten hat; danach stehe nicht fest, wie lange sich dieser in Frankreich aufgehalten habe; zweifelsfrei sei er aber mit einer weiteren Person zu Fuss von Frankreich her gekommen. Der Haftrichter erachtete diese beiden Dokumente als genügenden Beweise dafür, dass der Beschwerdeführer in die Schweiz eingereist sei. Ob der Sachverhalt weiter zu erhärten sei, liess er offen, hielt aber dennoch einschränkend fest, die erwähnten Akten reichten für die Bestätigung der Ausschaffungshaft «einstweilen sicher» aus. c) In BGE 125 II 217 E. 3a S. 221 hat das Bundesgericht festgehalten, es prüfe den Haftentscheid grundsätzlich lediglich aufgrund der Sachlage, wie sie sich dem Haftrichter präsentierte. Was der Beschwerdeführer dort nicht ausdrücklich vortrage oder was sich nicht offensichtlich aus den damals bekannten Akten ergebe, dürfe es bei seinem Entscheid an sich nicht berücksichtigen. Im vorliegenden Zusammenhang ist zu beachten, dass unter anderem gerade die Frage strittig war, ob eine Ausschaffungshaft angesichts der bereits früher vom Beschwerdeführer abgesessenen Ausschaffungshaft

von nahezu neun Monaten Dauer überhaupt noch zulässig ist. Mit Blick auf die gesetzlich ausdrücklich festgelegte Höchstdauer erweist sich die erneute Anordnung von Ausschaffungshaft als besonders einschneidend. Es ist daher ein klarer Beweis dafür zu verlangen, dass die Schweiz örtlich und auch zeitlich für jedenfalls eine gewisse Minimaldauer verlassen wurde. Es kann hier offen bleiben, wie die örtlichen und zeitlichen Grenzen genau zu ziehen sind bzw. inwieweit dies überhaupt in allgemeiner Weise möglich ist. Auch ein relativ kurzer Aufenthalt im grenznahen Gebiet kann immerhin eine Aus- und Wiedereinreise bedeuten. Nicht verwirklicht wäre dies aber, solange ein Ausländer sich lediglich entlang der Grenze bewegt und dabei zwischendurch ausländisches Gebiet betritt, wie dies im grenznahen Raum regelmässig vorkommen kann. Fraglich ist das Vorliegen einer eigentlichen Aus- und Wiedereinreise - unter Verletzung einer Einreisesperre - auch dann, wenn der Ausländer von den ausländischen Grenzdiensten unmittelbar aufgegriffen und wieder in die Schweiz zurückgeschoben wird. Abzuwägen sind demnach die gesamten bekannten Umstände. So ist eher anzunehmen, dass ein Ausländer die Schweiz verlassen hat, wenn er hier keine Bindungen unterhält bzw. diese abgebrochen hat. Weniger wahrscheinlich erscheint dies hingegen, wenn erhärtet ist, dass solche Bindungen (weiter) bestehen und es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Ausländer zumindest einen eigentlichen Ausflug ins Ausland unternommen hat. d) Der Beschwerdeführer hatte bereits vor der Kantonspolizei Zürich geltend gemacht, sich zwar im grenznahen Raum aufgehalten zu haben, aber gar nie in Frankreich gewesen, sondern immer in der Schweiz geblieben zu sein. Diesen Standpunkt hat er vor dem Haftrichter wiederholt. Zudem hat seine damalige Vertreterin vor dem Haftrichter ausdrücklich vorgetragen, eine erneute Inhaftierung sei unzulässig, da als höchst fraglich erscheine, ob der Beschwerdeführer nach Frankreich ausgereist und von dort wieder in die Schweiz eingereist sei. Dem entspricht, dass der Beschwerdeführer ohne jegliches Gepäck oder sonstige Gegenstände, die auf einen Auslandaufenthalt oder auch nur einen grösseren Ausflug schliessen liessen, angehalten wurde. Zu berücksichtigen ist sodann, dass es dem inhaftierten Beschwerdeführer kaum möglich war, innert vier Tagen genügende Gegenbeweise beizubringen. Immerhin hat seine damalige Vertreterin vor dem Haftrichter aber ausdrücklich bestätigt, der Beschwerdeführer sei seit Januar 1997 ständig in Zürich wohnhaft gewesen. Als seine

Betreuerin sei sie Solidarmieterin, weil der Beschwerdeführer ohne Aufenthaltsberechtigung keinen Mietvertrag erhalte. Sie zahle die Miete, die ihr vom Beschwerdeführer regelmässig mit dem Geld der Asylfürsorge zurückerstattet werde. Das letzte Mal habe er dies 14 Tage vorher getan. Da die Aussage von der Vertreterin des Beschwerdeführers stammt, kann sie zwar möglicherweise nicht als eigentliche Zeugenaussage gewertet werden; sie hätte aber doch nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Dies gilt umso mehr, als die Vertreterin erst kurzfristig aufgeboten wurde, die Akten sowie die genauen Zusammenhänge vorweg nicht kannte und daher auch keine geeigneten Beweismittel an die Verhandlung mitbringen konnte. e) Aufgrund dieser Umstände lag dem Haftrichter kein klarer Beweis dafür vor, dass der Beschwerdeführer aus der Schweiz tatsächlich in massgeblicher Weise ausgereist und danach wieder eingereist war. Selbst wenn der Beweis als erbracht erachtet wird, dass der Beschwerdeführer von französischem Gebiet her kam, lässt dies allein den Schluss auf eine vollzogene Aus- und Wiedereinreise nicht zwingend zu. Im Übrigen ging auch der Haftrichter selbst lediglich von einer «einstweilen» genügenden Sachlage aus. Daraus hat er aber weder in materieller noch in prozessualer Hinsicht Folgerungen gezogen. So wäre es etwa möglich gewesen, die Haft nur für eine kurze Dauer zu bewilligen und den Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit zu ergänzender Beweisführung zu gewähren. Stattdessen hat der Haftrichter die Haft ohne Einschränkung für drei Monate bewilligt. Dieses Vorgehen verletzt die Verfahrensrechte des Beschwerdeführers und ist unverhältnismässig. Im Rahmen einer ergänzenden Beweisabnahme hätte der Beschwerdeführer Gelegenheit gehabt, die nunmehr dem Bundesgericht eingereichten Beweismittel bereits dem Haftrichter vorzulegen, aus denen mit einiger Deutlichkeit hervorgeht, dass er seine Beziehungen zur Schweiz nie abgebrochen hat. So hat er namentlich die Wohnungsmiete regelmässig und noch relativ kurz vor der Inhaftierung beglichen, und er stand auch in regelmässigem Kontakt zu den für ihn zuständigen sozialen Diensten. f) Es ist zwar nicht zu übersehen, dass es sich beim Beschwerdeführer um einen besonders renitenten Ausländer handelt. Er erschwert die Ausschaffungsbemühungen der Behörden nicht nur erheblich, sondern setzt sich sogar aktiv dagegen ein; so hat er insbesondere den Laissez-passer, den die Behörden von der Demokratischen Republik Kongo erwirken konnten, zerrissen. Zudem ist er straffällig, wobei er immerhin, soweit ersichtlich, nicht

gewalttätig ist und auch keine Delikte begangen hat, welche Leib und Leben anderer gefährden. Sein diesbezügliches Verhalten kann jedoch ohnehin nicht dazu führen, dass die Beurteilung der tatbestandsmässigen Frage, ob er aus- und wieder eingereist sei, strenger zu beurteilen wäre. Dies hat im Übrigen auch der Haftrichter nicht verkannt. Demnach ist nach dem heutigen Beweisstand das Vorliegen des Haftgrundes der Missachtung einer Einreisesperre nicht erwiesen. Nachdem der Beschwerdeführer nunmehr bereits seit bald zwei Monaten in Haft ist, bedeutet eine weitere Inhaftierung zudem, dass er insgesamt länger als während der im Gesetz festgelegten Höchstdauer eingesperrt ist; dies gilt im Übrigen unabhängig vom rechnerischen Verhältnis der bereits 1996/97 abgesessenen 267 Tage Ausschaffungshaft zu den gesetzlich vorgesehenen neun Monaten, sodass im vorliegenden Verfahren offen bleiben kann, wievielen Tagen die gesetzlichen neun Monate entsprechen. Unter diesen Umständen verletzt der angefochtene Entscheid Bundesrecht. Der Haftrichter hat auch den Sachverhalt unvollständig abgeklärt sowie gegen wesentliche Verfahrensrechte verstossen. Als Ergebnis des vorliegenden Verfahrens kommt damit nur die sofortige Entlassung des Beschwerdeführers aus der Haft in Frage. Die kantonalen Behörden werden aber weiterhin alles Nötige vorzukehren haben, um den Beschwerdeführer ausschaffen zu können.