



VB.2022.00174

Urteil

der 1. Kammer

vom 12. Mai 2022

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichter Lukas Widmer, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtsschreiber Jonas Alig.

In Sachen

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

vertreten durch RA lic.iur. Ursula Weber,
substituiert durch MLaw Raphael Moos,
Advokatur Gartenhof,
Gartenhofstrasse 15, Postfach, 8036 Zürich,

Beschwerdeführer,

gegen

Migrationsamt des Kantons Zürich,
Postfach, 8090 Zürich,

Beschwerdegegnerin,

betreffend Verlängerung Durchsetzungshaft (GI220028-L),

hat sich ergeben:

I.

Das Migrationsamt des Kantons Zürich ordnete am 21. Februar 2022 an, dass [REDACTED] [REDACTED] in Durchsetzungshaft im Sinn von Art. 78 Abs. 1 AIG genommen werde (act. 10/160). Das Zwangsmassnahmengericht bestätigte die Durchsetzungshaft mit Urteil vom 25. Februar 2022 (act. 10/167). Mit Entscheid vom 16. März 2022 bewilligte das Zwangsmassnahmengericht die – vom Migrationsamt am 15. März 2022 beantragte (act. 10/174) – Verlängerung der Durchsetzungshaft bis 21. Mai 2022 (act. 4).

II.

Gegen das Urteil des Zwangsmassnahmengerichts vom 16. März 2022 erhob [REDACTED] [REDACTED] mit Eingabe vom 28. März 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung von Disp.-Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids sowie die umgehende Entlassung aus der Durchsetzungshaft, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer) zulasten des Beschwerdegegners. Weiter beantragte er, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter in der Person des Unterzeichners zu bestellen (act. 2).

Das Zwangsmassnahmengericht verzichtete am 30. März 2022 auf eine Vernehmlassung (act. 7). Am 5. April 2022 beantragte das Migrationsamt die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde (act. 9). Mit Eingabe vom 8. April 2022 hielt [REDACTED] an seinen Anträgen fest.

Die Kammer erwägt:

1.

Beschwerden betreffend Massnahmen nach Art. 73–78 AIG werden von der Einzelrichterin oder dem Einzelrichter behandelt, sofern sie nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der

Kammer zur Beurteilung überwiesen werden (§ 38b Abs. 1 lit. d Ziff. 4 in Verbindung mit § 43 Abs. 1 lit. b VRG sowie § 38b Abs. 2 VRG). Vorliegend stellen sich Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, womit Anlass für eine Überweisung an die Kammer besteht.

2.

Der Beschwerdeführer ist eritreischer Staatsangehöriger, reiste am 14. September 2015 in die Schweiz ein und stellte am selben Tag ein Asylgesuch (vgl. act. 10/5). Mit Entscheid vom 23. Mai 2018 wies das Staatssekretariat für Migration (SEM) das Asylgesuch ab und wies den Beschwerdeführer aus der Schweiz weg (act. 10/19). Auf die dagegen gerichtete Beschwerde trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 17. Juli 2018 mangels Leistung des geforderten Kostenvorschusses nicht ein (act. 10/23), woraufhin das SEM die Ausreisefrist neu auf den 22. August 2018 ansetzte (act. 10/24).

Am 6. August 2018 verschwand der Beschwerdeführer aus der ihm zugeteilten Unterkunft und galt in der Folge als unbekanntem Aufenthalts (act. 10/30 f.). Am 6. September 2018 wurde er im Rahmen eines Dublin-Verfahrens aus Österreich in die Schweiz zurücküberstellt (act. 10/29).

Am 9. April 2019 sprach die Staatsanwaltschaft See/Oberland den Beschwerdeführer per Strafbefehl der Sachbeschädigung schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen (act. 10/60).

Mit Verfügung des Migrationsamtes vom 18. Juli 2019 wurde der Beschwerdeführer, gestützt auf Art. 74 AIG, auf die Gemeinde Adliswil eingegrenzt (act. 10/74). Diese Massnahme wurde ihm am 2. August 2019 eröffnet (act. 10/76). Am 16. September 2019 sowie am 10. Februar 2021 wurde der Beschwerdeführer per Strafbefehl wegen Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung bestraft (act. 10/92; act. 10/132).

Das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers vom 19. Dezember 2019 zum Asylentscheid vom 23. Mai 2018 (vgl. act. 10/102) wies das SEM mit Verfügung vom 9. Januar 2020 ab (act. 10/117). Die dagegen gerichtete Beschwerde wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 25. März 2020 ebenfalls abgewiesen (act. 10/121).

Am 21. Februar 2022 ordnete das Migrationsamt an, dass der Beschwerdeführer in Durchsetzungshaft genommen werde (act. 10/160). Mit Urteil vom 25. Februar 2022 bestätigte das Zwangsmassnahmengericht die Durchsetzungshaft (act. 10/167).

3.

3.1 Hat eine Person ihre Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz innerhalb der ihr angesetzten Frist nicht erfüllt und kann die rechtskräftige Weg- oder Ausweisung aufgrund ihres persönlichen Verhaltens nicht vollzogen werden, so kann sie, um der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen, in Haft genommen werden, sofern die Anordnung der Ausschaffungshaft nicht zulässig ist und eine andere, mildere Massnahme nicht zum Ziel führt (Art. 78 Abs. 1 AIG). Die Durchsetzungshaft kann für einen Monat angeordnet werden. Ist die betroffene Person weiterhin nicht bereit, ihr Verhalten zu ändern und auszureisen, kann die Haft mit Zustimmung der zuständigen kantonalen richterlichen Behörde jeweils um zwei Monate verlängert werden (Art. 78 Abs. 2 AIG).

3.2 Das Instrument der Durchsetzungshaft hat den Charakter einer Beugehaft. Sie soll die ausreisepflichtige Person in jenen Fällen zu einer Verhaltensänderung bewegen, in denen nach Ablauf der Ausreisefrist der Vollzug der rechtskräftig gegen sie angeordneten Weg- oder Ausweisung – trotz entsprechender behördlicher Bemühungen – ohne ihre Kooperation nicht (mehr) möglich erscheint. Die Durchsetzungshaft bildet das letzte Mittel, wenn und soweit keine andere Massnahme (mehr) zum Ziel führt, den illegal anwesenden Ausländer auch gegen seinen Willen in seine Heimat verbringen zu können (BGE 140 II 409 E. 2.1; 133 II 97 E. 2.2).

Die Voraussetzungen für eine Durchsetzungshaft sind typischerweise dann gegeben, wenn ein Ausländer trotz vorhandener Reisepapiere nicht ausgeschafft werden kann, weil sich Rückführungen in das betreffende Land ohne Einverständnis des Betroffenen nicht durchführen lassen. Bei diesen Umständen soll sie den Ausländer zur freiwilligen Ausreise bewegen. Die Durchsetzungshaft kann aber auch dazu dienen, einen ausreisepflichtigen Ausländer zur Mitwirkung bei der Beschaffung von Papieren oder zur Bestimmung seiner Identität zu zwingen (BGr, 6. November 2007, 2C_411/2007, E. 2.2 mit Hinweisen). Dabei

muss der Grund für die Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs im persönlichen Verhalten der ausländischen Person liegen (Martin Businger, *Ausländerrechtliche Haft*, Zürich etc. 2015, S. 199).

3.3 Gegen den Beschwerdeführer liegt ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vor (vgl. E. 2).

3.4

3.4.1 Die Durchsetzungshaft nach Art. 78 AIG kommt – wie gesehen – nur infrage, wenn in der letzten Phase die Ausschaffung an der Verweigerung einer notwendigen Mitwirkungshandlung scheitert (Andreas Zünd in: Marc Spescha/Andreas Zünd/Peter Bolzli/Constantin Hruschka/Fanny de Weck [Hrsg.], *Kommentar Migrationsrecht*, 5. A., Zürich 2019 [Kommentar Migrationsrecht], Art. 78 AIG N. 3). Die Mitwirkungspflicht nach Art. 90 lit. c AIG lässt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung – aufgrund ihrer Formulierung "insbesondere" und gestützt auf ihren Sinn und Zweck – ohne Verletzung von Bundesrecht so verstehen, dass sie alle Vorkehrungen umfasst, die der Heimatstaat für die Einreise voraussetzt (BGr, 10. Februar 2021, 2C_35/2021, E. 3.2). Aus einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 90 lit. c AIG ergibt sich indes, dass von der Mitwirkungspflicht nur zumutbare Vorkehrungshandlungen erfasst werden (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV). Ohnehin ist die Durchsetzungshaft dann untauglich, wenn sowohl die Ausschaffung als auch die freiwillige Ausreise objektiv unmöglich sind (BGE 147 II 49 E. 4.2.2).

Eritrea akzeptiert keine zwangsweisen Rückführungen (vgl. act. 10/101; vgl. auch BGr, 25. März 2020, 2C_200/2020, E. 5.3.2), womit die objektive Unmöglichkeit der Ausschaffung feststeht. Umstritten ist indes, ob im vorliegenden Fall zumutbare Vorkehrungshandlungen verlangt werden bzw., ob überhaupt von einer objektiven Möglichkeit der freiwilligen Rückkehr nach Eritrea auszugehen ist (vgl. act. 2 Ziff. 10 ff.; act. 11 Ziff. 3 f.).

3.4.2 Aus dem – vom SEM selbst online zur Verfügung gestellten (www.sem.admin.ch > Asyl/Schutz vor Verfolgung > Asylsuchende aus Eritrea) – Bericht des European Asylum Support Office (EASO; seit dem 19. Januar 2022: Europäische Asylagentur [EUAA]),

"Eritrea – National service, exit, and return, Country of Origin Information Report" vom September 2019 ergibt sich Folgendes (EASO, S. 55 f.):

- Alle im Ausland lebenden Eritreerinnen und Eritreer – unabhängig davon, ob sie das Land legal oder illegal verlassen haben – sind verpflichtet, 2 % ihres Einkommens (Lohn oder Sozialleistungen) als "Rehabilitation and Reconstruction Tax (RRT)" zu bezahlen.
- Eritreerinnen und Eritreer, die zurückkehren möchten und den Nationaldienst nicht abgeleistet haben, müssen darüber hinaus das Formular 4/4.2 unterzeichnen, das umgangssprachlich als "form of repentance" oder "letter of regret" bezeichnet wird und den Titel "Immigration and Citizenship Services Request Form" trägt. In diesem Formular geben sie zu, eine Straftat begangen zu haben, und akzeptieren die Strafe dafür. Die englische Übersetzung des Originaltextes (in Tigrinya) lautet: "I ... confirm [...] that I regret having committed an offence by not completing the national service and am ready to accept appropriate punishment in due course."

Zumal die eritreischen Behörden die genannten Voraussetzungen generell zur Anwendung bringen (vgl. EASO, S. 55 ff.), erscheint es obsolet, mit der Beurteilung der sich hier stellenden Rechtsfragen zuzuwarten, bis sich der Beschwerdeführer nachweislich vergeblich um Reisepapiere bemüht hat (vgl. aber hinsichtlich der Möglichkeit zur Ausreise im Zusammenhang mit einer Eingrenzung BGr, 25. März 2020, 2C_200/2020, E. 5.3.2).

3.4.3 Unter den gegebenen Umständen kann grundsätzlich nicht von der Möglichkeit der freiwilligen Ausreise ausgegangen werden.

Bei abgewiesenen Asylbewerberinnen und Asylbewerbern, die nur mit Nothilfe unterstützt wurden, lässt es sich nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass sie die 2%-Steuer aufbringen können und sie es damit selbst in der Hand haben, die Durchsetzungshaft durch eigenes Handeln zu beenden. Die Beschwerdegegnerin macht nicht geltend, dass der Beschwerdeführer über finanzielle Mittel verfügt, während der Beschwerdeführer glaubwürdig dartut,

die 2%-Steuer nicht entrichten zu können (act. 11 Ziff. 4.2). Es ist nicht ersichtlich, dass bzw. wie es dem Beschwerdeführer möglich wäre, Papiere zu beschaffen bzw. freiwillig nach Eritrea zurückzukehren.

Sofern vom eritreischen Konsulat darüber hinaus verlangt wird, dass der sogenannte "letter of regret" – und damit eine Erklärung, eine Straftat begangen zu haben und eine Strafe zu akzeptieren – unterschrieben wird, kann ganz generell nicht mehr von einer Möglichkeit zur freiwilligen Rückkehr ausgegangen werden, deren Erzwingen mittels Durchsetzungshaft zumutbar erscheint (vgl. auch Tobias Grasdorf-Meyer/Lisa Ott/Luzia Vetterli, Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht, Bern 2021, Rz. 1364): Das Unterschreiben einer solchen Erklärung stellt keine zumutbare Vorkehrungshandlung im Sinn der Mitwirkungspflicht nach Art. 90 lit. c AIG dar.

3.5 Nach dem Gesagten erscheint die Durchsetzungshaft unzulässig. Dies hat die Haftentlassung des Beschwerdeführers zur Folge.

4.

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. Sodann hat die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung zu entrichten (§ 17 Abs. 2 VRG). Da dem Beschwerdeführer in Anwendung von § 16 Abs. 1 und 2 VRG die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren ist, ist die Parteientschädigung seiner Rechtsvertreterin zuzusprechen. Sie wird angerechnet an die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes.

Der Beschwerdeführer wird darauf hingewiesen, dass er zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist (§ 16 Abs. 4 VRG).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.

Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, Zwangsmassnahmengericht, vom 16. März 2022 wird aufgehoben. Der Beschwerdeführer ist umgehend aus der Durchsetzungshaft zu entlassen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

Fr. 2'000.--; die übrigen Kosten betragen:

Fr. 95.-- Zustellkosten,

Fr. 2'095.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
5. Dem Beschwerdeführer wird in der Person von Rechtsanwältin Ursula Weber, substituiert durch MLaw Raphael Moos, eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt. Diese wird aufgefordert, dem Verwaltungsgericht innert einer Frist von 30 Tagen nach Zustellung dieses Urteils eine detaillierte Zusammenstellung über den Zeitaufwand und die Barauslagen einzureichen, ansonsten die Entschädigung nach Ermessen festgesetzt würde (§ 9 Abs. 2 GebV VGr). Die Nachzahlungspflicht gemäss § 16 Abs. 4 VRG bleibt vorbehalten.
6. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Vertreterin des Beschwerdeführers für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.- auszurichten, zahlbar innert 30 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids. Diese Parteientschädigung wird angerechnet an die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands.

7. Gegen dieses Urteil kann Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

8. Mitteilung an:
 - a) die Parteien (vorab per E-Mail: moos@advogar.ch und partner@ma.zh.ch);
 - b) die Gefängnisverwaltung des Flughafengefängnisses Zürich
(vorab per E-Mail: flughafengefaengnis@ji.zh.ch und fhg.zentrale@ji.zh.ch);
 - c) die Kantonspolizei, Ausschaffungsbüro
(vorab per E-Mail: fpsa-am-k@kapo.zh.ch);
 - d) das Staatssekretariat für Migration, Abteilung Rückkehr;
 - e) das Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgericht Zürich
(vorab per E-Mail: zmg.zuerich@gerichte-zh.ch);
 - f) den Regierungsrat.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Versandt:

Abkürzungsverzeichnis:

AIG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (SR 142.20)
BGG	Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
GebV VGR	Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 (LS 175.252)
VRG	Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959 (LS 175.2)