

Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
2A.514/2006 /leb

Urteil vom 23. Januar 2007  
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Merkli, Präsident,  
Bundesrichter Hungerbühler, Karlen,  
Gerichtsschreiber Merz.

Parteien  
Bundesamt für Migration, Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Beschwerdeführer,

gegen

X.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegner,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Luca Tenchio,  
Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden, Asyl und Massnahmevollzug, Karlihof 4, 7000 Chur,  
Bezirksgerichtspräsidium Plessur,  
Poststrasse 14, 7000 Chur.

Gegenstand  
Ausgrenzung gemäss Art. 13e ANAG,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den  
Entscheid des Bezirksgerichtspräsidiums Plessur  
vom 27. Juli 2006.

Sachverhalt:

A.

Der aus dem Irak stammende X.\_\_\_\_\_ (geb. 1985) reiste am 30. Juli 2003 in die Schweiz ein. Er stellte unter falscher Angabe seines Namens, Geburtsdatums und Staatsangehörigkeit ein Asylgesuch. Das Bundesamt für Flüchtlinge trat deswegen am 13. August 2003 gestützt auf Art. 32 Abs. 2 lit. b des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31) auf das Gesuch nicht ein und wies X.\_\_\_\_\_ aus der Schweiz weg; es forderte ihn auf, die Schweiz sofort zu verlassen. Dem kam X.\_\_\_\_\_ nicht nach.

Am 6. Dezember 2004 heiratete X.\_\_\_\_\_ eine in der Schweiz niedergelassene italienische Staatsangehörige. Am 24. März 2005 wurde die gemeinsame Tochter Y.\_\_\_\_\_ geboren. Das Gesuch der Ehefrau um Bewilligung des Aufenthaltes von X.\_\_\_\_\_ im Rahmen des Familiennachzuges wurde vom Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden (als kantonale Fremdenpolizei) mit Verfügung vom 23. Februar 2005 abgelehnt. Die dagegen beim Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement Graubünden erhobene Verwaltungsbeschwerde blieb erfolglos; der diesbezügliche Entscheid vom 2. November 2005 erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Anfang April 2006 gelangte die Ehefrau von X.\_\_\_\_\_ wegen ehelicher Schwierigkeiten an den Eheschutzrichter. Mit Verfügung vom 22. Juni 2006 bewilligte der zuständige Richter das Getrenntleben der Eheleute und stellte die gemeinsame Tochter unter die Obhut der Mutter. Vier Tage später teilte die Ehefrau dem Richter mit, sich scheiden lassen zu wollen.

Bereits zuvor hatte die kantonale Fremdenpolizei X. \_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 4. April 2006 aufgefordert, die Schweiz bis spätestens zum 30. April 2006 zu verlassen. Auf die dagegen erhobene Beschwerde trat das Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement Graubünden mit Entscheid vom 2. Mai 2006 nicht ein. Zwischenzeitlich (am 24. April 2006) hatte X. \_\_\_\_\_ ein Gesuch um Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung eingereicht, auf welches die kantonale Fremdenpolizei mit Verfügung vom 24. Mai 2006 ebenfalls nicht eintrat. Über die dagegen erhobenen Rechtsmittel wurde noch nicht rechtskräftig entschieden.

B.

Am 13. Juli 2006 ordnete das Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden gestützt auf Art. 13e des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) an, X. \_\_\_\_\_ dürfe das Gebiet der Stadt Chur auf unbestimmte Zeit nicht betreten. Die hiegegen erhobene Beschwerde hiess das Bezirksgerichtspräsidium Plessur mit Entscheid vom 27. Juli 2006 gut und hob die Verfügung vom 13. Juli 2006 auf. Es erachtete die angefochtene Verfügung als ungeeignet und daher unverhältnismässig.

C.

Das Bundesamt für Migration (im Folgenden: Bundesamt) hat am 7. September 2006 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Es beantragt, den Entscheid des Bezirksgerichtspräsidiums Plessur vom 27. Juli 2006 aufzuheben und die Verfügung des Amtes für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden zu bestätigen. Eventualiter sei das Verfahren im Sinne der Erwägungen zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes und zu neuem Entscheid an das Bezirksgerichtspräsidium zurückzuweisen.

D.

Das Amt für Polizeiwesen Graubünden hat erklärt, dass es die Anträge des Bundesamtes unterstütze. Das Bezirksgerichtspräsidium Plessur hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. X. \_\_\_\_\_ schliesst auf Abweisung der Beschwerde; eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Verfahren im Sinne der Erwägungen zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Zwar ist am 1. Januar 2007 das neue Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; AS 2006 1205) in Kraft getreten. Gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG ist hier allerdings noch das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) anwendbar, da der angefochtene Entscheid vor Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes ergangen ist.

2.

Nach Art. 103 lit. b OG in Verbindung mit Art. 14 Abs. 2 der Organisationsverordnung vom 17. November 1999 für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD; SR 172.213.1) ist das Bundesamt für Migration (BFM) im Bereich des Ausländerrechts befugt, gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu führen. Dabei muss grundsätzlich kein spezifisches öffentliches Interesse an der Anfechtung der Verfügung nachgewiesen werden. Erforderlich ist nur, dass es der beschwerdeführenden Verwaltungseinheit nicht lediglich um die Behandlung abstrakter Fragen des objektiven Rechts, sondern um konkrete Rechtsfragen eines tatsächlich bestehenden Einzelfalles geht (BGE 129 II 1 E. 1.1 S. 3 f., 11 E. 1.1 S. 13, mit Hinweisen). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall, in dem die Anwendung der Bestimmungen über die Ein- und Ausgrenzung im Ausländerrecht umstritten ist, erfüllt.

An der Beurteilung der Beschwerde muss aber auch ein hinreichendes Interesse gegeben sein, das im Zeitpunkt des Entscheides des Bundesgerichts noch fortbesteht (vgl. BGE 128 II 193 E. 1 S. 196; Urteile 2A.338/2004 vom 1. Dezember 2004, E. 1.2 mit Hinweisen; 2A.748/2006 vom 18. Januar 2007, E. 2 und 3). Art. 13e ANAG, auf den sich die hier streitige Massnahme der Fremdenpolizei stützt, wurde mit Wirkung ab dem 1. Januar 2007 revidiert, wobei das neue Recht auch auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Gesetzesänderung hängigen Verfahren Anwendung finden soll (vgl. AS 2006 4770 sowie zur Inkraftsetzung und Geltung AS 4762 und 4767, insbesondere Ziff. III, Abs. 1 der Übergangsbestimmungen). Allerdings wurden die bereits vor dem 1. Januar 2007 bestehenden Gründe, die eine Ein- oder Ausgrenzung nach Art. 13e ANAG rechtfertigen können, nicht

abgeändert. Abgesehen von einem zusätzlichen Anwendungsfall (im neuen Abs. 1 lit. b geregelt) hat Art. 13e Abs. 1 ANAG, auf den sich der angefochtene Entscheid stützt, nur eine geringfügige sprachliche Anpassung erfahren, die seinen Inhalt jedoch nicht ändert. Ausserdem ist die hier streitige Frage der Verhältnismässigkeit der Massnahme auch unter dem neuen Recht von Belang. Demzufolge ist ein hinreichendes Interesse an der Beurteilung der in der Beschwerde aufgeworfenen Fragen gegeben.

Auf die form- und fristgerecht erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher einzutreten.

3.

3.1 Gemäss Art. 13e Abs. 1 ANAG in der bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Fassung (AS 1995 151) bzw. Art. 13e Abs. 1 lit. a ANAG in der ab dem 1. Januar 2007 geltenden Fassung (AS 2006 4770) kann die zuständige kantonale Behörde einem Ausländer, der keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt und der die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet, die Auflage machen, ein ihm zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten. Diese Massnahme kann insbesondere zur Bekämpfung des Betäubungsmittelhandels angeordnet werden.

Der Ein- oder Ausgrenzung kommt eine doppelte Funktion zu. Sie bezweckt einerseits - namentlich in Bereichen, die durch das Strafrecht kaum abgedeckt werden -, gegen Ausländer vorgehen zu können, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören oder gefährden, bei denen aber die sofortige Wegweisung nicht möglich ist, weil etwa noch ein Asylverfahren hängig ist oder die Reisepapiere fehlen; verletzen sie die verfügte Ein- oder Ausgrenzung, wird die Vorbereitungs- oder Ausschaffungshaft angeordnet. Eine Ein- oder Ausgrenzung kommt andererseits aber auch in Betracht, wenn der Ausländer wegen eines länger andauernden Wegweisungshindernisses gar nicht ausgeschafft werden kann, aber die Notwendigkeit besteht, ihn von bestimmten Orten fernzuhalten; in diesem Fall kann der Ausländer bei Missachtung der Anordnung gemäss Art. 23a ANAG mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Haft bestraft werden (Urteil 2A.347/2003 vom 24. November 2003, E. 2.1, Pra 2004 Nr. 76 S. 444, mit Hinweisen).

Wohl hatte der Gesetzgeber für die Massnahme der Ein- und Ausgrenzung nach Art. 13e Abs. 1 lit. a ANAG in erster Linie die Betäubungsmitteldelinquenz im Auge, was im Gesetzestext zum Ausdruck kommt. Das schliesst aber nicht aus, auch andere drohende Verstösse gegen Sicherheit und Ordnung zu erfassen, zumal die Bestimmung offen, im Sinne einer Generalklausel, formuliert ist. Um die Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu definieren, ist von einem weiten Begriff des Polizeigüterschutzes auszugehen (Urteil 2A.347/2003 vom 24. November 2003, E. 2.2, Pra 2004 Nr. 76 S. 444). Die fremdenpolizeilichen Vorschriften gehören zur öffentlichen Ordnung der Schweiz. Eine Ein- oder Ausgrenzung kann sich somit auch dann rechtfertigen, wenn der Ausländer wiederholt oder schwerwiegend fremdenpolizeiliche Vorschriften oder Anordnungen missachtet (Urteile 2A.193/1995 vom 13. Juli 1995, E. 2b; 2A.583/2000 vom 6. April 2001, E. 3a; 2A.501/2005 vom 30. August 2005, E. 2.1).

3.2 Einzelne Verstösse gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften vermögen zwar für sich allein genommen eine Ein- oder Ausgrenzung nach Art. 13e Abs. 1 lit. a ANAG noch nicht zu rechtfertigen. Eine Ein- oder Ausgrenzung kann insbesondere nicht auf diese Bestimmung gestützt werden, nur weil der Ausländer seiner Ausreisepflicht nicht nachgekommen ist; für diesen Fall wurde nun auf den 1. Januar 2007 die Tatbestandsalternative des Art. 13e Abs. 1 lit. b ANAG eingeführt (vgl. das Votum von Bundesrat Blocher bei der Beratung der Gesetzesrevision im Nationalrat, AB 2005 N 1203). Im vorliegenden Fall ist jedoch erstellt, dass sich der Beschwerdegegner behördlichen Anordnungen wiederholt und beharrlich widersetzt hat:

Er reiste im Jahre 2003 illegal in die Schweiz ein und stellte unter einer falschen Identität ein Asylgesuch, auf welches mit Entscheid vom 13. August 2003 rechtskräftig nicht eingetreten wurde. Den Aufforderungen zur Ausreise kam er in der Folge nicht nach und bezog unter einem falschen Namen von August 2003 bis Juni 2004 Sozialhilfegelder. Wegen Verschaffens von falschen fremdenpolizeilichen Ausweispapieren und rechtswidrigen Verbleibens in der Schweiz (Art. 23 Abs. 1 al. 1 und 4 ANAG) sowie wegen des Erwirkens von Geldleistungen durch unwahre Angaben (Art. 115 lit. a AsylG) wurde er daher mit Strafmandat vom 21. Juni 2005 mit 20 Tagen Gefängnis bedingt bestraft.

Entgegen seiner Behauptung verhält sich der Beschwerdegegner seit August 2003 nicht tadellos. Auch nach der erwähnten strafrechtlichen Verurteilung und trotz entsprechender Aufforderung war er nicht bereit, die Schweiz zu verlassen, obwohl seine Versuche, auf dem Wege des Familiennachzuges eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten, gescheitert waren und er über einen gültigen Reisepass verfügt. Er hatte erst im Zuge der Vorbereitung der Eheschliessung mit einer italienischen Staatsangehörigen seine wahre Identität offenbart. Zuvor hatte er noch während mehreren Monaten an seiner falschen Identität festgehalten und dadurch einen zwangsweisen Wegweisungsvollzug vereitelt. Seit seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung weigert er sich, den Behörden seine neue Adresse bzw. seinen genauen Verweilort anzugeben. Auch hat er klar zum Ausdruck gegeben, dass er trotz fehlendem Aufenthaltsrecht nicht auszureisen gedenke. Das Verhalten des Beschwerdegegners kann nicht anders interpretiert werden, als dass er sich einer etwaigen Ausschaffung entziehen will, was den Haftgrund der Untertauchensgefahr (Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG; vgl. BGE 130 II 377 E. 3.2.2 und E. 3.3.3 S. 382 ff.) erfüllen würde. Das erwähnte Verhalten des Beschwerdegegners kann mithin nicht als Bagatelle abgetan werden. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdegegner angibt, über seinen Rechtsvertreter sei eine Kontaktaufnahme möglich.

Unter den genannten Umständen erscheint es - entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners - nicht als bundesrechtswidrig, wenn die Vorinstanzen in seinem Verhalten eine Störung der öffentlichen Ordnung erblicken, die zu einer Ein- oder Ausgrenzungsmassnahme führen kann.

### 3.3

3.3.1 Die Massnahme der Ein- oder Ausgrenzung unterliegt allerdings dem Prinzip der Verhältnismässigkeit. Sie muss geeignet und erforderlich sein, die Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu beseitigen; überdies müssen Zweck und Mittel in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen, was insbesondere bei der Festlegung der Grösse des Rayons und der Dauer der Massnahme zu beachten ist (Urteile 2A.347/2003 vom 24. November 2003, E. 2.1, Pra 2004 Nr. 76 S. 444; 2A.148/2003 vom 30. Mai 2003, E. 2.4, und 2A.583/2000 vom 6. April 2001, E. 2c; Thomas Hugi Yar, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold [Hrsg.], Ausländerrecht, Basel/Genf/München 2002, Rz. 7.125).

3.3.2 Die Vorinstanz hat die gegen den Beschwerdegegner verfügte Ausgrenzung als unverhältnismässig bezeichnet. Es sei nicht notwendig, ihn vom Stadtgebiet Chur fernzuhalten. Mit der Ausgrenzung könne an seiner fortdauernden Missachtung der öffentlichen Ordnung nichts geändert werden. Die Ausgrenzung sei weder geeignet, seine Ausreise zu erzwingen noch ihn dazu anzuhalten, seinen Aufenthaltsort bekannt zu geben und sich damit dem jederzeitigen behördlichen Zugriff auszusetzen. Als ungeeignete Massnahme sei die Ausgrenzung demnach unverhältnismässig und damit rechtswidrig.

3.3.3 Der Beschwerdegegner hält sich nach seinen eigenen Angaben im Stadtgebiet Chur auf. Er verfüge nur dort über ein kleines soziales Netz, das ihn in seiner derzeitigen Lage stütze. Die kantonalen Behörden haben ihm angeboten, sich bis zu seiner Ausreise in der Nothilfeunterkunft Realta aufzuhalten, was er abgelehnt hat.

3.3.4 Der Beschwerdegegner ist verpflichtet, die Schweiz zu verlassen. Er darf sich insbesondere weder nach Art. 42 AsylG noch nach Art. 1 der Vollziehungsverordnung zum ANAG (ANAV; SR 142.201) ohne Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung bis zum Entscheid über entsprechende Gesuche in der Schweiz aufhalten. Daher geht die Berufung auf das soziale Netz, das ihn in Chur stütze, ins Leere. Im Gegenteil, der Beschwerdegegner nutzt dieses soziale Netz gerade dafür, sich vor den Behörden verborgen zu halten, was seine Ausgrenzung aus dem Stadtgebiet Chur erforderlich macht. Im Übrigen sind die Behörden bereit, ihm andernorts die notwendige Nothilfe bis zur Ausreise zu leisten. Eine Rückkehr in die Heimat als Iraker kurdischer Abstammung erscheint auch nicht ausgeschlossen (vgl. Urteile 2A.671/2006 vom 11. Dezember 2006, E. 2.2.2, und 2A.581/2006 vom 18. Oktober 2006, E. 4.1).

Wenn die Vorinstanz anführt, die Ausgrenzung könne an der fortdauernden Missachtung der öffentlichen Ordnung nichts ändern, so stellt sie eine Prognose an. Es kann jedoch nicht zum Vornherein gesagt werden, der Ausländer werde die Ausgrenzungsverfügung missachten, zumal er dadurch Gefahr liefe, entweder strafrechtlich zu einer Gefängnisstrafe verurteilt (nach Art. 23a ANAG) oder in Ausschaffungshaft genommen zu werden (etwa nach Art. 13b Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 13a lit. b ANAG). Jedenfalls wird sich der von der Ausgrenzung betroffene Beschwerdegegner kaum mehr längere Zeit ungehindert in Chur bewegen können.

Es ist somit nicht ausgeschlossen, dass sich der Beschwerdegegner der Ausgrenzungsmassnahme fügt und den Behörden in der Folge sein Aufenthaltsort bekannt wird, bzw. dass sich der Beschwerdegegner gar zur

(selbständigen) Ausreise entschliesst, da er ausserhalb von Chur offenbar keinen Bekanntenkreis hat. Demnach kann der Massnahme nicht die Eignung abgesprochen werden. Im Übrigen stellt die Ausgrenzung aus dem Stadtgebiet Chur ein milderes Mittel dar als etwa die Eingrenzung auf das Gebiet einer anderen Gemeinde oder die Anordnung der Ausschaffungshaft, die hier ebenfalls in Betracht gekommen wären. Wollte man der Einschätzung der Vorinstanz folgen, wären letztlich drastischere Massnahmen erlaubt bzw. notwendig, was nicht im Interesse des Beschwerdegegners läge. Bei einer Haft müsste er damit rechnen, dass er sein Besuchsrecht gegenüber seiner in Chur lebenden Tochter kaum mehr ausüben können. Wie das Bundesamt dagegen richtig bemerkt hat, kann die Wahrnehmung des Besuchsrechts bei einer Ausgrenzung auf Antrag durch Ausnahmebewilligungen ermöglicht werden.

3.3.5 Nach dem Gesagten ist die Ausgrenzung verhältnismässig. Demzufolge durfte die kantonale Fremdenpolizei diese Massnahme anordnen. Der angefochtene Entscheid des Bezirksgerichtspräsidiums, der die verfügte Ausgrenzung aufgehoben hat, erweist sich als bundesrechtswidrig. Auf die vom Bundesamt geäusserte Befürchtung, der Beschwerdegegner wolle seine Tochter entführen, was die Vorinstanz als haltlos bezeichnet hat, braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden.

3.4 Damit ist die Beschwerde gutzuheissen, der Entscheid vom 27. Juli 2006 aufzuheben und die Verfügung des Amtes für Polizeiwesen und Zivilrecht vom 13. Juli 2006 zu bestätigen.

4.

Bei diesem Verfahrensausgang werden Parteienschädigungen gemäss Art. 159 Abs. 2 OG nicht geschuldet. An sich hätte der Beschwerdegegner die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 156 OG). Dieser hat indes die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung beantragt. Sein Rechtsbegehren erwies sich nicht zum Vornherein als aussichtslos (vgl. Art. 152 Abs. 1 OG; BGE 109 Ia 5 E. 4 S. 9). Daher ist dem Gesuch des bedürftigen Beschwerdegegners stattzugeben und von der Erhebung von Kosten abzusehen. Mit diesem Urteil ist auch der Entscheid der Vorinstanz über die Verlegung der Kosten und Parteienschädigung aufgehoben. Vor allem mit Blick auf die dem Beschwerdegegner ebenfalls im vorinstanzlichen Verfahren durch Verfügung vom 18. Juli 2006 bewilligte unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung sieht das Bundesgericht von einer Neuverlegung der dortigen Kosten gemäss Art. 157 OG ab.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Bezirksgerichtspräsidiums Plessur vom 27. Juli 2006 aufgehoben. Die Verfügung des Amtes für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden vom 13. Juli 2006 wird bestätigt.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird gutgeheissen:

2.1 Es werden keine Kosten erhoben.

2.2 Rechtsanwalt Luca Tenchio wird für das bundesgerichtliche Verfahren als unentgeltlicher Rechtsbeistand eingesetzt und aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 1'500.– entschädigt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden und dem Bezirksgerichtspräsidium Plessur schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. Januar 2007

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: