

# **BGer 2C 287/2017 vom 13. November 2017**

Bundesgericht, 2017-11-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_287\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_287_2017)

FR: TF 2C 287/2017 du 13 novembre 2017

IT: TF 2C 287/2017 del 13 novembre 2017

## **Regeste**

Eingrenzung | Bürgerrecht und Ausländerrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d, Art. 90 BGG ) und das SEM ist dazu legitimiert ( Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG ; Art. 14 Abs. 2 der Organisationsverordnung für das EJPD vom 17. November 1999 [OV-EJPD; SR 172.213.1]). Da die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein reformatorisches Rechtsmittel ist ( Art. 107 Abs. 2 BGG ), sind grundsätzlich rein kassatorische Rechtsbegehren nicht zulässig. Das SEM beantragt in seinem Rechtsbegehren bloss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids. In Kombination mit der Beschwerdebegründung wird jedoch klar, dass es die Bestätigung des Entscheids des Zwangsmassnahmengerichts vom 28. September 2016 anstrebt. Die Beschwerde ist damit zulässig (vgl. BGE 137 II 313 E. 1.3 S. 317; Urteil 2C\_289/2015 vom 5. April 2016 E. 1.4, nicht publ. in: BGE 142 II 218 ).

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 74 Abs. 1 AuG kann die zuständige Behörde einer Person die Auflage machen, ein ihr zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen (Eingrenzung) oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten (Ausgrenzung), wenn a. sie keine Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt und sie die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet; diese Massnahme dient insbesondere der Bekämpfung des widerrechtlichen Betäubungsmittelhandels; oder b. ein rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt und konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die betroffene Person nicht innerhalb der Ausreisefrist ausreisen wird, oder sie die ihr angesetzte Ausreisefrist nicht eingehalten hat; c. die Ausschaffung aufgeschoben wurde (Art. 69 Abs. 3). Der Ausgrenzung kommt eine mehrfache Funktion zu: Sie dient einerseits (in der Variante von Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG) dazu, gegen Ausländer vorgehen zu können, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden, bei denen aber eine sofortige Wegweisung nicht möglich ist. Sie kommt auch in Betracht, wenn der Ausländer wegen eines länger dauernden Wegweisungshindernisses gar nicht ausgeschafft werden kann, aber die Notwendigkeit besteht, ihn von bestimmten Orten fernzuhalten, namentlich um Verstösse gegen die Sicherheit und Ordnung zu verhindern ( BGE 142 II 1 E. 2.2 S. 3f.). Andererseits (in der Variante von Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG) ist die Ein- und Ausgrenzung - was sich auch aus ihrer systematischen Stellung im Gesetz ergibt - eine Zwangsmassnahme zur Sicherstellung und Durchsetzung von Fernhaltungsmassnahmen; sie ist eine mildere Massnahme als die Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft (Art. 75 ff. AuG), d.h. sie geht weniger weit als der ausländerrechtlich begründete Freiheitsentzug; sie

darf aber wie dieser eine gewisse Druckwirkung zur Durchsetzung der Ausreisepflicht entfalten; die Massnahme erlaubt, die weitere Anwesenheit des Ausländers im Land zu kontrollieren und ihm gleichzeitig bewusst zu machen, dass er sich hier illegal aufhält und nicht vorbehaltlos von den mit einem Anwesenheitsrecht verbundenen Freiheiten profitieren kann ( BGE 142 II 1 E. 2.2 und 4.5; GRÉGOR CHATTON/LAURENT MERZ, in: Nguyen/Amarelle [eds.], Code annoté de droit des migrations, Vol. II, LEtr, 2017, Art. 74 n. 22).

### **E. 2.2**

Die Massnahme hat dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu entsprechen: Sie muss geeignet sein, um das damit verfolgte Ziel erreichen zu können und darf nicht über das hierzu Erforderliche hinausgehen. Auf begründetes Gesuch hin muss die zuständige Behörde für gewisse Gänge zu Behörden, Anwalt, Arzt oder Angehörigen Ausnahmen bewilligen, soweit die entsprechenden Grundbedürfnisse nicht sachgerecht und grundrechtskonform im bezeichneten Aufenthaltsgebiet selber abgedeckt werden können. Schliesslich muss die Massnahme auch die Zweck-Mittel-Relation wahren ( BGE 142 II 1 E. 2.3 S. 4 f.).

### **E. 2.3**

Da die Ein- oder Ausgrenzung verschiedene Zwecke verfolgt (E. 2.1) ist zur Prüfung der Verhältnismässigkeit zunächst das angestrebte Ziel zu bestimmen und alsdann - in einem zweiten Schritt - die ins Auge gefasste Massnahme daran zu messen, ob damit das gesteckte Ziel erreicht werden kann ( BGE 142 II 1 E. 2.4 S. 5). Geht es nicht um die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG), sondern um die Durchsetzung von Fernhaltungsmassnahmen (Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG), kann die Massnahme ihr Ziel nur erreichen, wenn die Ausreise tatsächlich möglich ist. Andernfalls kann die Massnahme ihr Ziel von vornherein nicht erreichen und erweist sie sich damit als unverhältnismässig (TARKAN GÖKSU, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], SHK AuG, Art. 74 Rz. 17; vgl. analog für die Durchsetzungshaft, Art. 78 Abs. 6 lit. a AuG und BGE 140 II 409 E. 2.3.2 S. 412 f).

### **E. 3.1**

Dem Beschwerdegegner wird keine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung im Sinne von Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG vorgeworfen. Hingegen sind die Voraussetzungen für eine Eingrenzung nach Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt: Es ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner äthiopischer Staatsangehöriger ist, dass gegen ihn ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vorliegt und dass er die ihm angesetzte Ausreisefrist nicht eingehalten hat.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz begründet ihr Urteil wie folgt: Der Zweck der Eingrenzung nach Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG bestehe darin, den Verbleib der ausländischen Person zu kontrollieren sowie ihre Verfügbarkeit für die Vorbereitung und Durchführung der Ausschaffung sicherzustellen. Dieses Ziel verfehle eine Eingrenzung, wenn die Ausschaffung als nicht möglich zu qualifizieren sei. In diesem Fall sei die Eingrenzung kein geeignetes Mittel zur Vorbereitung und Durchführung der Ausschaffung. Erweise sich der Vollzug der Ausschaffung als unmöglich, so sei die Eingrenzung gestützt auf Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG nicht zulässig. Gemäss einem Schreiben des SEM sei eine Rückkehr äthiopischer Staatsangehöriger nur auf freiwilliger Basis möglich; aufgrund der Haltung der

äthiopischen Behörden könnten aber äthiopische Staatsbürger nicht zwangsweise ausgeschafft werden. Eine Ausschaffung sei daher als unmöglich im Rechtssinne zu werten, weshalb die angeordnete Eingrenzung als zur Zielerreichung ungeeignet und dementsprechend unverhältnismässig sei.

### **E. 3.3**

Das SEM bringt vor, im Jahre 2016 sei eine Person nach Äthiopien zurückgeführt worden; zwölf weitere seien freiwillig (kontrolliert, selbständig) nach Äthiopien zurückgekehrt. Sofern sich die ausreisepflichtige Person kooperationsbereit zeige und die entsprechenden Angaben zu ihrer Person liefere, seien die äthiopischen Behörden bereit, Ersatzreisepapiere auszustellen. Die Wegweisung könne also im Rahmen einer Rückführung bzw. einer freiwilligen Rückkehr vollzogen werden. Die Ausreise sei somit möglich.

### **E. 3.4**

Der Beschwerdegegner bestreitet nicht, dass eine Ausreise nach Äthiopien freiwillig bzw. nach Vollzugsstufe 1 gemäss Art. 28 Abs. 1 lit. a Zwangsanwendungsverordnung (ZAV; SR 364.3; Zustimmung zur selbständigen Rückreise) möglich ist. Er bringt jedoch vor, die Eingrenzung nach Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG ziele nur auf die Vorbereitung und Durchführung der Ausschaffung ab, nicht der freiwilligen Ausreise. Es sei kein Fall bekannt, in dem die äthiopischen Behörden dem zwangsweisen Vollzug der Wegweisung zugestimmt oder ihren Staatsangehörigen gegen deren Willen Reisepapiere für eine solche Ausschaffung ausgestellt hätten. Es liege somit nicht ausschliesslich am mangelnden Bemühen des Beschwerdegegners, dass keine Reisepapiere für die Ausschaffung ausgestellt werden, sondern mindestens genauso daran, dass die äthiopischen Behörden sich weigerten, der Ausschaffung äthiopischer Staatsangehöriger zuzustimmen, wenn diese sich nicht freiwillig um Reisepapiere bemühten.

### **E. 3.5**

Aufgrund dieser insoweit übereinstimmenden Vorbringen der Beteiligten ist somit davon auszugehen, dass eine zwangsweise Ausschaffung des Beschwerdegegners nach Äthiopien jedenfalls zur Zeit nicht möglich ist, dass aber eine freiwillige bzw. selbständige Ausreise möglich wäre und dass die äthiopischen Behörden zu diesem Zweck auch allenfalls erforderliche Reisepapiere ausstellen würden.

## **E. 4**

Zu prüfen ist, ob - wie die Vorinstanz und der Beschwerdegegner annehmen - die Eingrenzung im Sinne von Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG einzig auf die Vorbereitung und Durchführung der (zwangsweisen) Ausschaffung gerichtet und deshalb unzulässig ist, wenn eine solche unmöglich erscheint.

### **E. 4.1**

Dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich eine solche Einschränkung der Zweckrichtung nicht entnehmen. Einzige gesetzliche Voraussetzungen für die Massnahme sind das Vorliegen eines rechtskräftigen Wegweisungsentscheids und das Verstreichenlassen der Ausreisefrist oder konkrete Anzeichen, dass die Ausreise unterbleiben werde. Der Wortlaut spricht somit dagegen, dass die Massnahme nur zulässig sein soll, wenn eine Ausschaffung möglich ist.

### **E. 4.2**

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung findet sich bisweilen die Aussage, Zweck der Massnahme sei es, den Verbleib der ausländischen Person zu kontrollieren sowie ihre Verfügbarkeit für die Vorbereitung und Durchführung der Ausschaffung sicherzustellen (erstmalig im Urteil 2C\_1044/2012 vom 5. November 2012 E. 3.1; unter Hinweis auf dieses Urteil sodann BGE 139 I 206 E. 2.4; Urteile 2C\_830/2015 vom 1. April 2016 E. 5.3; 2C\_54/2015 vom 22. Juni 2015 E. 2; 2C\_218/2013 vom 26. März 2013 E. 6; 2C\_1089/2012 vom 22. November 2012 E. 5). Die Aussage wird allerdings nicht begründet; sie stützt sich bloss auf eine Aussage in der Literatur, die ihrerseits ebenfalls nicht begründet wird. Aus den zitierten Entscheiden ergibt sich zudem nicht, dass dies der einzige Zweck der Eingrenzung wäre: Das Bundesgericht führt ebenso aus, die Eingrenzung dürfe auch eine gewisse Druckwirkung zur Durchsetzung der Ausreisepflicht entfalten ( BGE 142 II 1 E. 2.2 und 4.5 ; 139 I 206 E. 2.4 S. 212 f.; zit. Urteile 2C\_54/2015 E. 2; 2C\_1044/2012 E. 3.1).

#### **E. 4.3**

In systematischer Auslegung ergibt sich, dass Art. 74 AuG nicht im 4. Abschnitt des 10. Kapitels ("Ausschaffung"; Art. 69-71a) steht, sondern im 5. Abschnitt ("Zwangsmassnahmen"; Art. 73-82). Diese Massnahmen stehen nur zum Teil im Zusammenhang mit der Ausschaffung (namentlich die Ausschaffungshaft, Art. 76), zum Teil aber nicht, so namentlich die kurzfristige Festhaltung (Art. 73 AuG) und die Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG). Zweck der Durchsetzungshaft ist es, die ausreisepflichtige Person in jenen Fällen zu einer Verhaltensänderung zu 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 ( BGE 135 II 105 E. 2.2.1 S. 107; Urteile 2C\_624/2011 vom 12. September 2011 E. 2.1; 2C\_700/2015 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3.3). Sie ist auch und gerade dann zulässig, wenn die Ausschaffungshaft nicht zulässig ist, weil die Ausschaffung nicht möglich ist ( BGE 134 I 92 E. 2.1.2 S. 94 f.; 134 II 201 E. 2.2 S. 204 ff.; Urteil 2C\_538/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.3.2). Anders als die Ausschaffungshaft (Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG) wird die Durchsetzungshaft erst dann unzulässig, wenn auch eine selbständige und pflichtgemässe Ausreise nicht möglich ist, obwohl die betroffene Person den behördlich vorgegebenen Mitwirkungspflichten nachgekommen ist (Art. 78 Abs. 6 lit. a AuG; Urteil 2C\_624/2011 vom 12. September 2011 E. 3). Die Ein- oder Ausgrenzung verfolgt - als gegenüber der Haft milderes Mittel - dasselbe Ziel wie diese (zit. Urteile 2C\_1089/2012 E. 5; 2C\_1044/2012 E. 3.1) und kann daher ebenfalls dazu dienen, die spontane Ausreise zu fördern (CHATTON/MERZ, a.a.O., Art. 74 N 22 ). Die Systematik des Gesetzes spricht somit gegen die Auffassung der Vorinstanz.

#### **E. 4.4**

Weiter enthält das Gesetz in Art. 64e bereits eine Bestimmung, wonach die ausländische Person nach Eröffnung einer Wegweisungsverfügung verpflichtet werden kann, sich regelmässig bei einer Behörde zu melden, angemessene finanzielle Sicherheiten zu leisten oder Reisedokumente zu hinterlegen. Ginge es nur darum, den Verbleib zu kontrollieren und die Verfügbarkeit für die Vorbereitung und Durchführung der (zwangsweisen) Ausschaffung sicherzustellen, so könnte das mit dieser Meldepflicht erreicht werden, wie der Beschwerdegegner mit Recht vorträgt. Die Eingrenzung muss somit einem anderen Zweck dienen.

#### **E. 4.5**

Dies ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte:

#### **E. 4.5.1**

Das ANAG (BS 1 121) hatte in Art. 13e (in der Fassung vom 18. März 1994) das Rayonverbot nur für Ausländer vorgesehen, die keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzen und die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören oder gefährden, also die Regelung, wie sie dem heutigen Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG entspricht. Der bundesrätliche Entwurf zum AuG hatte ursprünglich bloss die Übernahme dieser Regelung vorgeschlagen (Art. 71 des Entwurfs, BBl 2002 3815, 3872). Im Verlaufe der parlamentarischen Beratung wurde jedoch die heutige lit. b aufgenommen, zunächst als Ergänzung von Art. 13e ANAG im Rahmen der Revision des AsylG (Amtl. Bull. 2005 S 373 f., N 1202 f.), zugleich aber auch als Erweiterung der entsprechenden Bestimmung im AuG (Amtl. Bull. 2005 N 1241, S 976). Im Ständerat wurde die Bestimmung damit begründet, die Ein- und Ausgrenzung, die bisher einzig zum Zweck der Verhinderung von Gefährdungen oder Verletzungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung angeordnet werden könne, solle neu auch für Personen angeordnet werden können, welche nach einem rechtskräftigen Weg- oder Ausweisungsentscheid ihre Ausreisefrist ungenutzt verstreichen lassen und damit ihre Ausreisepflichten verletzen (Amtl. Bull. 2005 S 374 [Kommissionssprecherin Heberlein]). Auch im Nationalrat unterstützte die Mehrheit der Kommission diese Erweiterung mit der Begründung, damit erfolge eine Verbesserung im Hinblick auf die Durchsetzung der Wegweisung, indem die Massnahme auch angeordnet werden könne, weil jemand der Ausreisepflicht nicht nachkomme, dies als mildere Massnahme gegenüber der Haft und gerade auch in den Fällen, in denen keine Ausschaffungshaft angeordnet werden könne; das Ziel sei, die Bewegungsfreiheit der entsprechenden Personen einzuschränken (Amtl. Bull. 2005 N 1202 f. [Fluri, Donzé, Bundesrat Blocher, Kommissionssprecher Perrin]). Die Minderheit beantragte, auf diese Erweiterung zu verzichten, weil es unverhältnismässig sei, das blosses Nichtbefolgen einer administrativen Verfügung mit einem Rayonverbot zu sanktionieren (Amtl. Bull. 2005 N 1202 [Levrat, Vischer]). Der Rat folgte aber der Mehrheit. Aus dieser Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Massnahme bewusst auf das blosses Nichtbefolgen der Ausreiseverpflichtung erweitern wollte.

#### **E. 4.5.2**

Der heutige Beschwerdegegner hat sich vor der Vorinstanz auf die Botschaft vom 18. November 2009 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EG betreffend die Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG) (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands) und über eine Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Automatisierte Grenzkontrolle, Dokumentenberaterinnen und Dokumentenberater, Informationssystem MIDES) (BBl 2009 8881) berufen: Dort hatte der Bundesrat ausgeführt, die EU-Rückführungsrichtlinie sehe in Art. 7 Abs. 3 zur Vermeidung der Fluchtgefahr die Möglichkeit vor, Drittstaatsangehörige bereits während einer laufenden Ausreisefrist zu verpflichten, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten (a.a.O. 8898 f.). Dementsprechend wurde Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG in diesem Sinne ergänzt (AS 2010 5925, 5930), nachdem die ursprüngliche Fassung in jedem Fall die Nichteinhaltung der Ausreisefrist vorausgesetzt hatte. Der Beschwerdegegner folgert daraus, die Eingrenzung setze Fluchtgefahr voraus, was bei ihm nicht der Fall sei. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden: Der ganze Art. 7 Abs. 3 der Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG über gemeinsame Normen und

Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, für die Schweiz verbindlich aufgrund von Art. 2 Ziff. 1 des Bundesbeschlusses vom 18. Juni 2010 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustausches zwischen der Schweiz und der EG betreffend die Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie, in Kraft seit 1. Januar 2011, AS 2010 5925) mitsamt dem darin enthaltenen Verweis auf die Vermeidung einer Fluchtgefahr bezieht sich einzig auf Massnahmen während der Dauer der Ausreisefrist, also auf einen Zeitraum, in welchem die betroffene Person sich noch rechtmässig im Lande aufhält. Ist hingegen die Ausreisefrist verstrichen, wird der Aufenthalt unrechtmässig und die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, alle erforderlichen Massnahmen zur Vollstreckung der Rückkehrentscheidung zu ergreifen, wenn die betreffende Person nicht freiwillig ausgereist ist (Art. 8 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie). Dafür ist Fluchtgefahr nicht vorausgesetzt. Allerdings sind Zwangsmassnahmen zur Durchführung der Abschiebung nur als letztes Mittel vorzunehmen (Art. 8 Abs. 4 Rückführungsrichtlinie). Daraus folgt, dass zwischen der völlig freiwilligen Ausreise und der zwangsweisen Ausschaffung andere Massnahmen angeordnet werden müssen, um die Befolgung der Rückkehrentscheidung sicherzustellen. Die Eingrenzung ist gerade eine dieser Massnahmen, die der Umsetzung der Verpflichtungen aus der Rückführungsrichtlinie dienen.

#### **E. 4.6**

Sinn und Zweck der in Art. 74 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Massnahme, wie er sich aus Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte ergibt, ist somit, dass die rechtskräftige Wegweisungsverfügung durchgesetzt und damit der rechtmässige Zustand wiederhergestellt wird. Es gibt keinen Grund, weshalb sich diese Zielsetzung nur auf die zwangsweise Ausschaffung, nicht aber auf die Förderung der freiwilligen Rückkehr beziehen soll. Denn auch wenn der rechtskräftig weggewiesene Ausländer (noch) nicht ausgeschafft wird oder werden kann, hält er sich nach Ablauf der Ausreisefrist unrechtmässig im Land auf.

#### **E. 4.7**

Für diese Betrachtung sprechen auch allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts:

##### **E. 4.7.1**

Der Adressat einer rechtskräftigen Verfügung ist primär verpflichtet, selber dieser Verfügung nachzukommen. Die behördliche Vollstreckung (vgl. Art. 39 ff. VwVG) gilt als "ultima ratio", wenn der Betroffene seiner Verpflichtung nicht selber nachkommt. Unterbleibt aus irgendwelchen Gründen die behördliche Vollstreckung oder ist sie nicht möglich, so entbindet das den Verfügungsadressaten nicht von seiner Rechtspflicht, die Verfügung zu befolgen. Ist die Realexekution durch unmittelbaren Zwang (Art. 41 Abs. 1 lit. b VwVG) aus irgendwelchen Gründen nicht möglich, so bleibt der Verfügungsadressat trotzdem verpflichtet, die Verfügung zu befolgen. Tut er dies nicht, so sind andere gesetzlich vorgesehene Sanktionen anzuwenden, um den Betroffenen indirekt zur Einhaltung seiner Verpflichtung zu bewegen, so z.B. die Strafverfolgung (Art. 41 Abs. 1 lit. c und d VwVG) oder andere indirekt wirkende Sanktionen (BGE 134 I 293 E. 3.2 und 3.3). Die Verhältnismässigkeit dieser Massnahmen kann nicht damit verneint werden, dass sie nicht auf die Realvollstreckung abzielen; im Gegenteil sind diese Massnahmen gerade deshalb anzuordnen, weil die Realexekution nicht möglich ist oder nicht zum Ziel führt (JAAG/HÄGGI FURRER, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 41 Rz. 33).

#### **E. 4.7.2**

Analoges gilt für die Wegweisung: Der rechtskräftig Weggewiesene ist verpflichtet, die Schweiz zu verlassen. Diese Pflicht kann entweder durch selbständige Ausreise oder durch behördliche Ausschaffung umgesetzt werden. Abgesehen von hier nicht zur Diskussion stehenden Sonderfällen im Rahmen des Dublin-Verfahrens ( BGE 140 II 74 E. 2.3 und 2.4 S. 76 ff.) ist die selbständige Ausreise (Art. 64d Abs. 1 AuG) primär: Der behördliche Wegweisungsvollzug (Ausschaffung, Art. 69 AuG) erfolgt nur subsidiär (ZÜND, in: Komm. Migrationsrecht, 4. Aufl., Art. 69 Rz. 2; GÄCHTER/KRADOLFER, SHK AuG, Art. 69 Rz. 3; REVEY, in: Nguyen/Amarelle, a.a.O., Art. 69 n. 8; Art. 7 und 8 der Rückführungsrichtlinie und dazu Urteil 2C\_168/2013 vom 7. März 2013 E. 3.2). Wenn aus irgendwelchen Gründen der behördliche Wegweisungsvollzug bzw. die Ausschaffung nicht möglich ist oder unterbleibt, ändert dies nichts an der Ausreiseverpflichtung (vgl. BGE 130 II 377 E. 3.2.3 und 3.3.2 S. 383 ff.; 130 II 56 E. 4.2.3 S. 62 f.; Urteile 2C\_252/2008 vom 10. Juni 2008 E. 2.4; 2A.514/2006 vom 23. Januar 2007 E. 3.2 und 3.3.4). Reist der Betroffene nicht aus, obwohl ihm das objektiv möglich wäre, verhält er sich rechtswidrig (Urteile 2C\_17/2017 vom 22. Mai 2017 E. 4.3.2; 6S.152/2006 vom 3. August 2006 E. 1.2.3 und 1.2.4). Er kann sich nicht darauf beschränken zu warten, bis die Behörden zur zwangsweisen Ausschaffung schreiten. Auch wenn aus irgendwelchen Gründen ein zwangsweiser Vollzug der Wegweisung nicht möglich ist, besteht ein grundlegendes rechtsstaatliches Interesse daran, dass rechtskräftige Verfügungen befolgt werden. Das Gesetz will zu diesem Zweck den Behörden alternative Mittel zur Rechtsdurchsetzung in die Hand geben. Die Eingrenzung ist eine Massnahme, die indirekt darauf abzielt, den Betroffenen zur Einhaltung seiner Rechtspflicht zu bewegen. So wenig wie bei anderen indirekt wirkenden Massnahmen (vorne E. 4.7.1) kann bei der Eingrenzung die Zwecktauglichkeit verneint werden mit dem Argument, die Realexekution sei nicht möglich. Im Gegenteil ist die Eingrenzung auch und gerade dann ein legitimes Mittel zur Durchsetzung der rechtskräftigen Ausreiseverpflichtung, wenn eine zwangsweise Ausschaffung nicht möglich ist (vgl. BGE 124 IV 280 E. 2b S. 282 f.; 126 IV 30 ).

#### **E. 4.8**

Insgesamt sprechen alle Auslegungselemente gegen die Auffassung der Vorinstanz. Die Eingrenzung nach Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG ist erst dann untauglich zur Erreichung ihres Zwecks (vorne E. 2.3), wenn sowohl die Ausschaffung als auch die freiwillige Ausreise objektiv unmöglich sind.

#### **E. 5.1**

Da dem Beschwerdegegner die freiwillige Rückkehr nach Äthiopien möglich ist (vorne E. 3.5), ist die angeordnete Massnahme grundsätzlich rechtmässig. Die Verhältnismässigkeit kann nicht mit der vorinstanzlichen Argumentation verneint werden. Sie ist auch sonst zu bejahen:

#### **E. 5.2**

In Bezug auf den räumlichen Ausdehnungsbereich hatte der Beschwerdegegner vor der Vorinstanz argumentiert, die Einschränkung auf den Bezirk V. \_\_\_\_\_ verunmögliche ihm den Zugang zu den in Zürich angebotenen Gratisdeutschkursen; er stellte aber nicht in Frage, dass es auch Deutschkurse im Bezirk V. \_\_\_\_\_ gebe. Weiter bemängelte er, dass sich in U. \_\_\_\_\_ keine Moschee befinde, womit er aber verkannte, dass das Zwangsmassnahmengericht gerade aus diesem Grund den ursprünglich auf die Gemeinde

U.\_\_\_\_\_ begrenzten Rayon auf den ganzen Bezirk V.\_\_\_\_\_ ausgeweitet hatte, wo sich eine Moschee befindet. Es kann nicht ernsthaft behauptet werden, die Eingrenzung auf den Bezirk V.\_\_\_\_\_ würde ihm alle sozialen Kontakte verunmöglichen. Im Übrigen ist die Eingrenzung die mildere Massnahme als die Durchsetzungshaft, die grundsätzlich in Fällen wie dem vorliegenden auch möglich wäre (Art. 78 AuG; vorne E. 4.3). Wäre das strengere Mittel zulässig, kann auch das mildere nicht unverhältnismässig sein (Urteil 2A.514/2006 vom 23. Januar 2007 E. 3.3.4).

### **E. 5.3**

Auch die angeordnete Dauer der Massnahme von zwei Jahren ist nicht unverhältnismässig (vgl. zit. Urteil 2C\_54/2015, wo es ebenfalls um eine zweijährige Eingrenzung ging) : Das Erfordernis der Verhältnismässigkeit einer (direkten oder indirekten)

Vollstreckungsmassnahme enthält nicht nur ein Übermass-, sondern auch ein

Untermassverbot: Die angeordnete Massnahme soll nicht weiter gehen als zur Erreichung des Zieles erforderlich ist, aber auch nicht weniger weit: Es soll diejenige Massnahme angeordnet werden, die das angestrebte Ziel (gerade noch) sicherstellt (JAAG/HÄGGI FURRER, a.a.O., Art. 42 Rz. 13; MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 2013, S. 30; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2014, S. 165 Rz. 7). Der Beschwerdeführer lebt nun seit dem Ablauf der Ausreisefrist bereits fast zwei Jahre illegal in der Schweiz, ohne dass er Papiere beschafft oder sonstwie seine Rückreise organisiert hat, obwohl ihm dies möglich wäre. Das legitime Ziel der Massnahme, nämlich den Beschwerdegegner zur Einhaltung seiner Rechtspflicht zur Ausreise zu bewegen (vorne E. 4.7.2) ist offensichtlich noch nicht erreicht, so dass die Massnahme nicht über das Erforderliche hinausgeht. Da der Aufenthalt des Beschwerdegegners seit Ablauf der Ausreisefrist ohnehin in der ganzen Schweiz rechtswidrig ist, verbietet ihm die Eingrenzung auf den Bezirk V.\_\_\_\_\_ nichts was ihm nicht ohnehin schon verboten ist (Art. 10 ff. und Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG), sondern versieht lediglich dieses Verbot für den übrigen Teil des Landes mit einer zusätzlichen und höheren Strafandrohung (Art. 119 Abs. 1 AuG; BGE 142 II 1 E. 4.5 S. 8). Wenn der Beschwerdegegner seiner Rechtspflicht nachkommt und effektiv ausreist, wird die Eingrenzung und damit auch die Strafandrohung ohnehin wegfallen. Der Beschwerdegegner hat es in der Hand, durch rechtmässiges Verhalten die Massnahme hinfällig werden zu lassen (vgl. zur Ausschaffungshaft Urteil 2C\_252/2008 vom 10. Juni 2008 E. 2.4; zur Durchsetzungshaft zit. Urteil 2C\_624/2011 E. 3).

### **E. 5.4**

Es spricht daher nichts dagegen, den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts zu bestätigen.

### **E. 6**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten grundsätzlich dem Beschwerdegegner aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Er ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung. Diese kann ihm gewährt werden, da von seiner Bedürftigkeit auszugehen ist und sein Standpunkt nicht aussichtslos erschien, nachdem ihn die letzte kantonale Instanz geschützt hatte ( Art. 64 Abs. 1 BGG ).