

## **BGer 2C\_701/2019 vom 17. Januar 2020**

Bundesgericht, 2020-01-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_701\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_701_2019)

FR: TF 2C\_701/2019 du 17 janvier 2020

IT: TF 2C\_701/2019 del 17 gennaio 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen einen Endentscheid betreffend eine Eingrenzung ist zulässig ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 90 BGG ) und der Beschwerdeführer ist dazu legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ).

Anfechtungsobjekt kann allerdings nur der kantonale letztinstanzliche Entscheid bilden ( Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG ), welcher aufgrund des Devolutiveffekts die ursprüngliche Verfügung vom 11. Juni 2019 ersetzt hat ( BGE 39 II 404 E. 2.5 S. 415; 134 II 142 E. 1.4 S. 144 ). Das Rechtsbegehren auf Aufhebung dieser Verfügung ist als Antrag auf Aufhebung des kantonsgerichtlichen Urteils zu interpretieren.

#### **E. 2**

Das Bundesgericht prüft frei und von Amtes wegen die richtige Anwendung von Bundesrecht ( Art. 95 lit. a und Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen oder auf Rüge hin berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich, ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG ). Es prüft die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Dazu gehört auch die Rüge, der rechtserhebliche Sachverhalt sei willkürlich festgestellt worden: Die Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich ( Art. 9 BV ), wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat ( BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 265 f.; Urteil 2C\_310/2014 vom 25. November 2014 E. 1.2 ). Die entsprechende Rüge ist substantiiert vorzubringen; auf rein appellatorische Kritik an der Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung geht das Bundesgericht nicht ein ( BGE 139 II 404 E. 10.1 S. 444 f. ).

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG kann die zuständige Behörde einer Person unter anderem die Auflage machen, ein ihr zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen (Eingrenzung), wenn 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. Die Eingrenzung ist (in der Variante von Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG ) eine Zwangsmassnahme zur Sicherstellung und

Durchsetzung von Fernhaltemassnahmen; 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 S. 3 f. und 4.5 S. 8).

### **E. 3.2**

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 ( BGE 142 II 1 E. 2.3. S. 4 f.).

### **E. 3.3**

Die rechtskräftig weggewiesene Person ist primär verpflichtet, selbständig auszureisen. Die Ausschaffung ( Art. 69 AIG ) ist subsidiär zur freiwilligen Ausreise. Mit Urteil BGE 144 II 16 vom 13. November 2017 hat das Bundesgericht klargestellt, dass die Eingrenzung nach Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG auch und gerade dann zulässig ist, wenn eine zwangsweise Ausschaffung nicht möglich ist, aber der Betroffene die freiwillige Ausreise verweigert. Die Eingrenzung ist eine Massnahme, die indirekt darauf abzielt, den Betroffenen zur Einhaltung seiner Rechtspflicht zu bewegen (a.a.O., E. 4). Erst wenn auch eine freiwillige Ausreise objektiv nicht möglich ist, wäre die Eingrenzung nicht zwecktauglich und daher unzulässig (a.a.O., E. 2.3 und 4.8).

### **E. 4**

Es ist nicht bestritten, dass der Beschwerdeführer rechtskräftig weggewiesen wurde und trotz Ablauf der Ausreisefrist nach wie vor in der Schweiz weilt. Die Voraussetzungen einer Eingrenzung nach Art 74 Abs. 1 lit. b AIG sind damit grundsätzlich erfüllt.

#### **E. 4.1**

Streitig und im Folgenden zu prüfen ist, ob es dem Beschwerdeführer objektiv unmöglich ist, aus der Schweiz auszureisen.

Eine solche Unmöglichkeit kann namentlich dann bestehen, wenn die betroffene Person in ihr Heimatland nicht zumutbarerweise zurückkehren kann, weil ihr dort Folter oder unmenschliche Behandlung droht ( Art. 25 BV ; Art. 3 EMRK ), und wenn sie auch in kein anderes Land ausreisen kann. Zu denken ist weiter etwa an eine länger dauernde Transportunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen oder an eine ausdrückliche oder zumindest klar erkennbare und konsequent gehandhabte Weigerung des Heimatstaates, gewisse Staatsangehörige zurückzunehmen (vgl. Urteil 2C\_252/2008 vom 10. Juni 2008 E. 2.2). Sodann sind gemäss Art. 8 Abs. 4 AsylG die betroffenen Personen nach Vorliegen eines vollziehbaren Wegweisungsentscheids verpflichtet, bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere mitzuwirken. Jeder Ausländer hat nach Völkerrecht das Recht, sich in der Schweiz zur konsularischen Vertretung seines Heimatstaates zu begeben (Art. 36 Ziff. 1 lit. a des Wiener Übereinkommens vom 24. April 1963 über konsularische Beziehungen [WÜK; SR 0.191.02]), welches die Aufgabe hat, den eigenen Staatsangehörigen Pässe und Reiseausweise auszustellen (Art. 5 lit. d WÜK). Nach Treu und Glauben ist im zwischenstaatlichen Verkehr zu vermuten, dass sich die Staaten völkerrechtskonform verhalten, solange nicht konkrete Anzeichen dafür bestehen, dass dies nicht der Fall ist ( BGE 142 II 218 E. 3.3 S. 228 f.). Berufte sich ein Ausländer darauf, eine Ausreise sei nicht möglich, weil er keine Reisepapiere habe und sein Heimatstaat ihm die Rückkehr oder die Ausstellung von Papieren verweigere, so ist er aufgrund seiner Mitwirkungspflicht

verpflichtet, dies zu belegen und zumindest darzulegen, dass er sich bei der zuständigen Vertretung darum bemüht hat (vgl. Urteil 2C\_13/2012 vom 8. Januar 2013 E. 4.4.2). Bei ungenügender Mitwirkung kann eine Eingrenzung angeordnet werden (Urteil 2C\_54/2015 vom 22. Juni 2015 E. 4.1).

Solange die betroffene Person freiwillig ausreisen kann, liegt keine Unmöglichkeit vor, auch wenn eine zwangsweise Ausschaffung nicht möglich ist (Caroni/Grasdorf-Meyer/Ott/Scheiber, Migrationsrecht, 3. Aufl. 2014, S. 334). Zudem muss die Unmöglichkeit der freiwilligen Ausreise oder zwangsweisen Ausschaffung durch Umstände bedingt sein, die ausserhalb der Einflussmöglichkeit der zur Mitwirkung verpflichteten weggewiesenen Person liegen.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat gestützt auf die Asylakten und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts festgestellt, der Beschwerdeführer habe angegeben, chinesischer Staatsangehöriger tibetischer Ethnie zu sein. Sie erachtete jedoch eine Sozialisation in der von ihm angegebenen Region als unglaubhaft. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass er in einem Land ausserhalb der Volksrepublik China gelebt habe.

Der Beschwerdeführer habe zwar Bemühungen unternommen, um Papiere zur Ausreise erhältlich zu machen, insgesamt sei er seiner Mitwirkungspflicht jedoch nur ungenügend nachgekommen. Der Beschwerdeführer habe versucht, auf der Botschaft der Volksrepublik China Papiere erhältlich zu machen, da er aber nach den bisherigen Erkenntnissen gerade nicht aus Tibet/China stamme und dort nicht aufgewachsen sei, könnten seine Bemühungen nicht als zielführend eingestuft werden. Sodann habe er den chinesischen Behörden zwar gewisse Angaben zu seiner Herkunft geliefert, ihnen jedoch keine konkreten Dokumente zur Feststellung seiner Identität zukommen lassen.

Solange sich der Beschwerdeführer nicht bemühe, wahrheitsgetreue Angaben zu seiner Identität und Herkunft zu machen, könnten weder die angefragten Botschaften noch die Migrationsbehörden ihm bei der Beschaffung von Reisepapieren behilflich sein. Damit sei es dem Verhalten des Beschwerdeführers zuzuschreiben, dass seine Identität bzw. Herkunft noch nicht festgestellt werden konnte. Der fehlende Vollzug der Wegweisung sei folglich nicht durch Umstände bedingt, die ausserhalb der Einflussmöglichkeit des zur Mitwirkung verpflichteten weggewiesenen Beschwerdeführers lägen.

Nach der Aktenlage könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdeführer in Indien aufgewachsen sei und dort allenfalls über eine Aufenthaltsberechtigung verfüge. Zu berücksichtigen sei in diesem Zusammenhang, dass gemäss dem SEM die indischen Behörden für Personen tibetischer Ethnie mit nachgewiesenem geregeltem Aufenthalt in Indien Ersatzreisedokumente ausstellten.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, er sei den Behörden stets zur Verfügung gestanden und habe mit diesen während den letzten acht Jahren kooperiert, ohne je unterzutauchen. Mit Hilfe der Behörden wäre es möglich, seine Identität mit Fingerabdrücken festzustellen und diese bei den Botschaften der in Frage kommenden Herkunftsländer abzugleichen. Er habe sich dazu bereit erklärt; dies sei jedoch nur unter Mitwirkung der Behörden möglich. Die Aussagen der Vorinstanz, ein Fingerabdruckvergleich in Indien sei lediglich zielführend, wenn ein entsprechendes

Ausweisdokument vorliege, sei weder zutreffend noch belegt. Indien besitze die grösste biometrische Datenbank, die rund 99 % der Bevölkerung erfasse und enthalte nebst Fingerabdrücken auch Adresse, Foto und Iris-Scans.

Ungeachtet dessen, ob diese Aussagen zutreffen, muss sich der Beschwerdeführer entgegen halten lassen, dass er selbst in Abrede stellt, in Indien je aufenthaltsberechtigt gewesen zu sein. Der Vorwurf, die Behörden hätten in treuwidriger Weise ihm ihre Mitwirkung vorenthalten, ist insofern nicht nur widersprüchlich, sondern geradezu mutwillig. Was die Möglichkeit eines Fingerabdruckvergleichs in Nepal anbelangt, ist zu berücksichtigen, dass dieses Land gemäss dem SEM weder über ein zentrales Register noch über umfassende biometrische Datenbanken verfügt. Mangels einer Offenlegung der Identität und detaillierter Angaben zu den Aufenthaltsorten des Beschwerdeführers besteht insofern keine Möglichkeit, zielgerichtete Abklärungen über die Schweizer Vertretungen dort vorzunehmen. Der Einwand des Beschwerdeführers erweist sich insofern als unbegründet.

#### **E. 4.4**

Der Beschwerdeführer kann weiter auch nichts zu seinen Gunsten ableiten, dass er aufgrund seines Heiratswunsches ein grosses persönliches Interesse an der Beschaffung der nötigen Papiere habe. Dieses wird zwar nicht in Abrede gestellt, steht aber im Widerspruch zu seiner ungenügenden Mitwirkung zur Offenlegung seiner Identität und Herkunft.

#### **E. 4.5**

Unmassgeblich ist zudem auch das Vorbringen, eine Ausreise aus der Schweiz für Personen der tibetischen Minderheit Chinas sei gemäss der Praxis bestimmter Kantone objektiv unmöglich bzw. ihr illegaler Aufenthalt in der Schweiz sei deshalb straffrei. Angesichts dessen, dass die Herkunft des Beschwerdeführers weiterhin unbekannt ist und dies durch den Beschwerdeführer nicht substantiiert in Frage gestellt worden ist, ist diese Sachverhaltsfeststellung für das Bundesgericht verbindlich.

#### **E. 4.6**

Schliesslich ist dem Beschwerdeführer auch nicht zu folgen, insoweit er vorbringt, das Ziel der Eingrenzung dürfe sich nicht in der Druckwirkung erschöpfen: Wie dargelegt (E. 3.1), ist es gerade das Ziel der Eingrenzung im Sinne von Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG, den Betroffenen zur Befolgung seiner Ausreiseverpflichtung und zu einer Offenlegung seiner Identität und zu weiteren Angaben bezüglich seiner Herkunft zu veranlassen (vgl. Urteil 2C\_541/2017 vom 19. Januar 2018 E. 4.3).

#### **E. 4.7**

Zusammengefasst ist demnach festzuhalten, dass der fehlende Vollzug der Wegweisung nicht durch Umstände bedingt ist, die ausserhalb der Einflussmöglichkeit des zur Mitwirkung verpflichteten weggewiesenen Beschwerdeführers liegen. Er kann sich folglich auch nicht darauf berufen, dass für ihn eine Ausreise aus der Schweiz objektiv unmöglich sei.

#### **E. 5**

Zu prüfen ist ferner noch, ob die Massnahme verhältnismässig ist.

#### **E. 5.1**

Die Eingrenzung nach Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG bezweckt entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht bloss, dass sich der Betroffene den Behörden zur Verfügung hält;

vielmehr dient sie - als milderes Mittel gegenüber der Durchsetzungshaft - dazu, den Weggewiesenen zur Befolgung seiner Ausreiseverpflichtung zu veranlassen ( BGE 144 II 16 E. 4 S. 22), und muss zu diesem Zweck so einschneidend wirken, dass das angestrebte Ziel erreicht wird (a.a.O., E. 5.3).

#### **E. 5.2**

Die Vorinstanz erachtet die Eingrenzung als geeignet und erforderlich, um den Beschwerdeführer zur weiteren Mitwirkung zu bewegen. Es sei zudem nicht ersichtlich, inwiefern eine mildere Massnahme hierzu geeignet wäre. Eine blosser Meldepflicht scheine in der vorliegenden Ausgangslage nicht angemessen, den Beschwerdeführer zu einer weitergehenden Kooperation zu bewegen, würde ihn eine solche kaum einschränken und somit auch nicht die nötige Druckwirkung entfalten können (vgl. Urteil 2C\_946/2017 vom 17. Januar 2018 E. 7).

#### **E. 5.3**

In Bezug auf den räumlichen Ausdehnungsbereich bringt der Beschwerdeführer vor, die Einschränkung auf die Stadt Luzern verunmögliche ihm ein Zusammenleben mit seiner Verlobten, zu der er ein eheähnliches Verhältnis pflege. Da diese in Wil sesshaft sei und dort über die Woche einer Arbeit nachgehe, könne sie den Beschwerdeführer lediglich am Wochenende besuchen. Da es verboten sei, in der Notunterkunft, in welcher der Beschwerdeführer lebe, Besuch zu empfangen, müsste das Paar jeweils ein Hotelzimmer in Luzern nehmen.

#### **E. 5.4**

Diese Ausführungen überzeugen nicht: 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 (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 2014, S. 165 Rz. 7). Der Beschwerdeführer lebt nun seit dem Ablauf der Ausreisefrist bereits seit mehr als sieben Jahren illegal in der Schweiz, ohne dass er Papiere beschafft oder sonstwie seine Rückreise organisiert hätte. Das legitime Ziel der Massnahme, nämlich den Beschwerdeführer 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 Beschwerdeführers seit Ablauf der Ausreisefrist ohnehin in der ganzen Schweiz rechtswidrig ist, verbietet ihm die Eingrenzung auf die Stadt Luzern nichts, was ihm nicht ohnehin schon verboten ist ( Art. 10 ff. und Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG ), sondern versieht lediglich dieses Verbot für den übrigen Teil des Landes mit einer zusätzlichen und höheren Strafandrohung ( Art. 119 Abs. 1 AIG ; BGE 142 II 1 E. 4.5 S. 8). Wenn der Beschwerdeführer seiner Rechtspflicht nachkommt und effektiv ausreist, wird die Eingrenzung und damit auch die Strafandrohung ohnehin wegfallen.

Der Beschwerdeführer 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 vgl. Urteil 2C\_624/2011 vom 12. September 2011 E. 3). Im Übrigen steht es der Freundin des Beschwerdeführers frei, letzteren in Luzern zu besuchen und den Kontakt mit ihm so aufrecht zu erhalten (vgl. Urteil 2C\_1044/2012 vom

5. November 2012 E. 3.4). Die Tatsache, dass sie gemäss den Angaben des Beschwerdeführers viel arbeite und daher wenig Zeit habe, steht dem nicht entgegen. Die angeordnete Dauer der Massnahme von 18 Monaten stellt zudem einen angemessenen zeitlichen Horizont dar und ist daher auch nicht unverhältnismässig (vgl. Urteil 2C\_54/2015 vom 22. Juni 2015 E. 3).

#### **E. 5.5**

Schliesslich behauptet der Beschwerdeführer, die Eingrenzung verletze das von Art. 8 Ziff. 1 EMRK gewährleistete Recht auf Privatleben, weil es ihm verwehrt sei, gemeinsam mit seiner Freundin, mit der er seit acht Jahren eine eheähnlichen Partnerschaft führe, in einer gemeinsamen Wohnung zu leben.

Wohl können sich Personen ohne (gefestigtes) Aufenthaltsrecht, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen wird bzw. aus objektiven Gründen hingenommen werden muss, auf den Schutz des Privat- und Familienlebens berufen ( BGE 138 I 246 E. 3.3 S. 252 ff.). Eine solche Situation wurde im genannten Präjudiz in Bezug auf das Arbeitsverbot eines hier seit 15 Jahren lebenden Staatsangehörigen von Bangladesh grundsätzlich bejaht, doch wurden die öffentlichen Interessen am Vollzug negativer asylrechtlicher Entscheide dennoch als überwiegend gewertet (vgl. Art. 8 Ziff. 2 EMRK ), weil der Vollzug der Wegweisung nach wie vor grundsätzlich möglich war. Da dies ebenfalls auf den vorliegenden Fall zutrifft, kann auch der Beschwerdeführer, welcher sich seit acht Jahren in der Schweiz aufhält, bezüglich die ihn betreffende Eingrenzung keine Ansprüche aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK herleiten.

Im Übrigen kommt der Beziehung des Beschwerdeführers, die sich auf Wochenendbesuche und tägliche Telefonate seiner Freundin beschränkt, kein eheähnlicher Charakter im Sinne der Rechtsprechung zu (vgl. Urteil 2C\_458/2013 vom 23. Februar 2014 E. 2.1). Keine staatliche Massnahme hindert schliesslich die Freundin in Luzern ihren Wohnsitz zu nehmen und mit dem Beschwerdeführer zusammenzuleben.

#### **E. 5.6**

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

#### **E. 6**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten grundsätzlich dem Beschwerdeführer 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 es angesichts der seit dem 3. September 2015 bestehenden Eingrenzung nicht aussichtslos erschien, dass ihre Verlängerung unverhältnismässig sei.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.