Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.347/2003 /zga

Urteil vom 24. November 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Bundesrichterin Yersin,
Gerichtsschreiber Uebersax.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Migrationsdienst des Kantons Bern, Eigerstrasse 73, 3011 Bern,
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern.

Gegenstand
Ausgrenzung aus dem Gebiet der Einwohnergemeinde Bern,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil
des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern
vom 5. Juni 2003.

Sachverhalt:
A.
Der angolanische Staatsangehörige X._____, geboren am 25. November 1966, reiste am 25. Mai 1999 in die Schweiz ein und stellte hier ein Asylgesuch. Mit Entscheid vom 24. September 1999 lehnte das Bundesamt für Flüchtlinge das Gesuch von X._____ ab und wies ihn aus der Schweiz weg. Eine Beschwerde an die Schweizerische Asylrekurskommission blieb erfolglos, womit der negative Asylentscheid am 3. Januar 2000 rechtskräftig wurde. Wegen Schwierigkeiten bei der Papierbeschaffung konnte die Wegweisung von X._____ bisher nicht vollzogen werden.
B.
Im Rahmen der so genannten Aktion NERO wurde X._____ am 11. März 2003 von der Stadtpolizei Bern angehalten. Er trug einen Minigrip mit 0,7 g brutto Marihuana und eine Barschaft von Fr. 122.05 auf sich. Mit - inzwischen rechtskräftigem - Strafmandat vom 25. März 2003 wurde er wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer Busse von Fr. 100.– verurteilt.

Am 8. April 2003 verfügte der Migrationsdienst des Kantons Bern auf Antrag der Fremdenpolizei der Stadt Bern, gestützt auf Art. 13e des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20), die Ausgrenzung von X._____ aus dem Gebiet der Gemeinde Bern, ausgenommen für Vorsprachen nach behördlicher Vorladung.

Mit Urteil vom 5. Juni 2003 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern eine dagegen erhobene Beschwerde ab.
C.
Dagegen führt X._____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht mit dem sinngemässen An-

trag, das Urteil des Verwaltungsgerichts sei ersatzlos aufzuheben.

Der Migrationsdienst und das Verwaltungsgericht des Kantons Bern schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Das Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung hat die ihm zugestellte Einladung zur Vernehmlassung der Abteilung Vollzugsunterstützung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements weitergeleitet; beide Behörden haben innert Frist keine Stellungnahme eingereicht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Der angefochtene Entscheid wurde in Anwendung von öffentlichem Recht des Bundes von einer kantonal letztinstanzlichen Gerichtsbehörde im Sinne von Art. 98 lit. g in Verbindung mit Art. 98a OG gefällt. Eine Ausnahme gemäss Art. 99-102 OG - insbesondere nach Art. 100 Abs. 1 lit. b OG - liegt nicht vor. Die frist- und formgerecht eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich daher in Anwendung von Art. 97 ff. OG als zulässig.
1.2 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, gerügt werden (Art. 104 lit. a OG). Hat wie hier eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden, so ist das Bundesgericht jedoch an deren tatsächliche Feststellungen gebunden, es sei denn, diese erwiesen sich als offensichtlich unrichtig oder unvollständig oder seien unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften getroffen worden (Art. 105 Abs. 2 OG; BGE 125 II 633 E. 1c.).
2.
2.1 Gemäss Art. 13e ANAG kann die zuständige kantonale Behörde einem Ausländer, der keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt und der die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet, insbesondere zur Bekämpfung des widerrechtlichen Betäubungsmittelhandels, die Auflage machen, ein ihm zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten.

Diese als Ein- und Ausgrenzung bezeichnete Massnahme, welche mit dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht (AS 1995 151) eingeführt wurde, hat eine doppelte Funktion. Sie dient einerseits dazu - gerade in Bereichen, die durch das Strafrecht kaum abgedeckt werden können - gegen Ausländer vorgehen zu können, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören oder gefährden, bei denen aber die sofortige Wegweisung nicht möglich ist, weil noch ein Asylverfahren hängig ist oder die Reisepapiere fehlen; verletzen sie die angeordnete Ein- oder Ausgrenzung, wird die Vorbereitungs- oder Ausschaffungshaft angeordnet. Eine Ein- oder Ausgrenzung kommt anderseits 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 des Bundesgerichts 2A.148/2003 vom 30. Mai 2003 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen auf unveröffentlichte Urteile des Bundesgerichts; Botschaft des Bundesrates vom 22. Dezember 1993 zum Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, BBl 1994 I 317 und 327).

Die Massnahme der Ein- oder Ausgrenzung unterliegt im Übrigen 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.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).
2.2 Nicht bei jedem Ausländer, der keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung hat, darf ohne weitere Voraussetzungen eine Ein- oder Ausgrenzung verfügt werden. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Schwelle für die Anordnung der Massnahmen allerdings nicht sehr hoch anzusetzen, geht es dabei doch nur um freiheitsbeschränkende Massnahmen, die einen relativ leichten Eingriff in die persönliche Freiheit des Ausländers darstellen. Um die Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu definieren, ist deshalb von einem weiten Begriff des Polizeigüterschutzes auszugehen. Darunter fällt nicht nur eigentlich deliktisches Verhalten, wie etwa Drohungen gegen Heimleiter oder andere Asylbewerber. Vielmehr genügt es

bereits, dass konkrete Anhaltspunkte für den Verdacht der Begehung strafbarer Handlungen - etwa im Drogenmilieu - bestehen, der Ausländer Kontakte zu extremistischen Kreisen unterhält oder dass er ganz allgemein in grober Weise gegen ungeschriebene Regeln des sozialen Zusammenlebens verstösst. Nicht jede Bagatelle rechtfertigt jedoch eine Ein- oder Ausgrenzung (Urteil des Bundesgerichts 2A.148/2003 vom 30. Mai 2003 E. 2.3 und 3.3, mit weiteren Hinweisen auf nicht veröffentlichte Urteile des
Bundesgerichts; BBl 1994 I 327; Hugi Yar, a.a.O., Rz. 7.124).

Nach der Praxis des Bundesgerichts genügt hingegen der blosse Verdacht auf Begehung strafbarer Handlungen im Drogenmilieu, insbesondere auch schon blosser Drogenkonsum. Wird der Ausländer wiederholt im Drogenmilieu angehalten, vermag dies den ernsthaften Verdacht zu begründen, dass er jeweils nicht lediglich als Zuschauer der Drogenszene ertappt wurde, sondern dass er, sei es als Händler oder als Konsument, aktiv am unerlaubten Drogenumschlag beteiligt war; dies gilt insbesondere, wenn bei ihm auch nur einmal eine geringfügige Menge Betäubungsmittel gefunden wird, welche er zum Eigenkonsum gekauft haben will. Für einen hinreichend konkreten Verdacht genügt es indessen nicht, dass der Ausländer bloss an Orten angetroffen wird, wo nach Kenntnis der Behörden (auch) Drogen gehandelt werden (Urteil des Bundesgerichts 2A.148/2003 vom 30. Mai 2003 E. 2.3 und 3.3, mit Hinweisen auf weitere nicht veröffentlichte Urteile des Bundesgerichts).
3.
3.1 Der Beschwerdeführer verfügt nicht über eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung. Er bestreitet auch nicht, dass er bei seiner Anhaltung im Besitz von Marihuana war. Hingegen ficht er die tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts in anderer Hinsicht an.
3.2 Zunächst macht der Beschwerdeführer geltend, nicht in der Drogenszene angehalten worden zu sein; die Feststellung der Vorinstanz, er habe sich "auf dem Vorplatz der Reithalle" aufgehalten, sei falsch und unter Verletzung seiner Verfahrensrechte zustande gekommen, sei doch bei der polizeilichen Einvernahme kein Dolmetscher anwesend gewesen; da er nur Lingala und etwas Französisch verstehe, habe er den polizeilichen Einvernahmen nicht folgen können.

Das Verwaltungsgericht wendet dagegen ein, der Beschwerdeführer mache erstmals vor Bundesgericht geltend, seine Aussagen vor der Polizei hätten wegen damaliger sprachlicher Verständigungsschwierigkeiten keinen Beweiswert. Im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sind rechtliche Noven nicht ohne weiteres unzulässig. Wie es sich damit verhält, kann aber offen bleiben. In seiner Beschwerdeschrift vom 14. April 2003 an das Verwaltungsgericht hat der Beschwerdeführer selber ausgeführt, auf der Neubrückstrasse "kurz vor dem Einbiegen in die Bollwerkstrasse" unterwegs gewesen zu sein. Wie sowohl der Beschwerdeführer als auch das Verwaltungsgericht in dessen Vernehmlassung festhalten, handelt es sich bei der im angefochtenen Urteil verwendeten Bezeichnung "Vorplatz der Reithalle" nicht um ein klar umgrenztes Gebiet. Die Neubrückstrasse verläuft entlang der Reithalle sowie dem Platz und dem Parkplatz, die davor liegen, und mündet an dessen Ende in das Bollwerk. Selbst wenn die Angaben des Beschwerdeführers zutreffen sollten, hätte er sich somit in unmittelbarer Nähe des Eingangsbereichs der Reithalle und damit des Drogenmilieus vor der Reithalle befunden. Ob die polizeilichen Feststellungen den strafprozessualen
Verfahrensanforderungen genügen, braucht hier nicht entschieden zu werden. Jedenfalls kann im vorliegenden Zusammenhang auf die eigenen Aussagen des Beschwerdeführers in seiner Rechtsschrift an das Verwaltungsgericht abgestellt werden, ohne dass auf die Aussagen im polizeilichen Ermittlungsverfahren zurückgegriffen zu werden braucht, womit der Frage nicht weiter nachzugehen ist, ob damals ein Dolmetscher hätte beigezogen werden müssen oder nicht. Die fragliche tatsächliche Feststellung der Vorinstanz ist daher unter dem beschränkten Gesichtswinkel von Art. 105 Abs. 2 OG nicht zu beanstanden.
3.3 Der Beschwerdeführer ficht sodann die Folgerung des Verwaltungsgerichts an, es bestehe gegen ihn ein begründeter konkreter Verdacht des Betäubungsmittelhandels. Er verkennt dabei, dass ihm nicht die tatsächliche Beteiligung an einem Betäubungsmittelhandel vorgeworfen wird, sondern dass die Vorinstanz lediglich festgestellt hat, es bestehe ein entsprechender Verdacht, wofür weniger strenge Anforderungen an die Beweislage gelten. Was der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang im Hinblick auf die vorhandenen Beweise vorträgt, schlägt nicht durch. Das Verwaltungsgericht weist im angefochtenen Entscheid mit Grund darauf hin, dass auch das sichergestellte Marihuana vom Beschwerdeführer erworben werden musste und dass bereits der Kauf oder die schenkungsweise Annahme von Drogen gemäss Art. 19 f. des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, BetmG; SR 812.121) strafbar

sind. Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer hingegen nicht vor, am Verkauf von Drogen mitgewirkt zu haben. Auch die Annahme der Vorinstanz, es liege ein konkreter Verdacht der Beteiligung am Betäubungsmittelhandel vor, ist somit nicht zu beanstanden.
4.
4.1 Der Beschwerdeführer wurde nicht direkt im Drogenmilieu in einer verlassenen Gegend, sondern lediglich in der Nähe der Drogenszene in einem durchaus bevölkerten Gebiet angehalten. Allein deswegen würde sich eine Ausgrenzung nicht rechtfertigen. Der Beschwerdeführer trug aber darüber hinaus Marihuana auf sich. Dabei handelte es sich zwar lediglich um eine geringe Menge, die angeblich zum Eigenkonsum bestimmt war. Die Umstände, insbesondere die Kombination des Besitzes von Marihuana und des Aufenthalts in der Nähe zur Drogenszene, lassen aber den Verdacht der Beteiligung am Betäubungsmittelhandel zu (vgl. E. 3.3). Damit kann davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 13e ANAG zumindest gefährdet bzw. dass die verfügte Ausgrenzung gemäss der gleichen Bestimmung der Bekämpfung des widerrechtlichen Betäubungsmittelhandels dient.
4.2 Der angefochtene Entscheid erscheint auch nicht unverhältnismässig. Der Beschwerdeführer wurde nicht in Haft genommen, sondern kann sich in der Schweiz weiterhin relativ frei bewegen. Es wird ihm einzig verwehrt, das Gebiet der Gemeinde Bern zu betreten. Da eine Stadt wie Bern notorischerweise verschiedene oder jedenfalls wechselnde Drogenszenen hat, rechtfertigt sich eine Ausgrenzung vom gesamten Gemeindegebiet. Die Massnahme ist daher geeignet, den Beschwerdeführer vom Drogenmilieu der Stadt Bern fernzuhalten und damit den gesetzlichen Zweck zu erfüllen. Für besondere Fälle wie erforderliche Arztbesuche steht es dem Beschwerdeführer frei, um eine Ausnahmeerlaubnis nachzusuchen; die Behörden haben ihm solche Ausnahmebewilligungen auf begründete Gesuche hin denn auch in Aussicht gestellt. Damit erweist sich das Verhältnismässigkeitsprinzip als gewahrt.
4.3 Der Beschwerdeführer bringt schliesslich vor, seine Anhaltung und die im Anschluss daran ergangene Ausgrenzung gründeten vorwiegend darauf, dass er schwarzer Hautfarbe sei, und trügen rassistische Züge; dies gehe nur schon daraus hervor, dass die Polizeiaktion, die zu seiner Anhaltung geführt habe, als "Aktion NERO" bezeichnet worden sei. Der Migrationsdienst räumt zwar ein, der verwendete Begriff sei "etwas missverständlich", macht aber geltend, NERO stehe für "Neue Erfolgreiche Repressionsorganisation" und es seien bei der fraglichen Polizeiaktion nicht nur schwarze Menschen, sondern Verdächtige jeglicher Herkunft und Rasse angehalten worden.

Tatsächlich gibt es keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass nicht rassistische Gesichtspunkte der Auswahl der in der Aktion NERO angehaltenen Menschen zugrunde lagen. Der Beschwerdeführer kann seinen Standpunkt auch nicht beweisen, sondern argumentiert letztlich mit Vermutungen. Der gewählte Begriff war aber zumindest mehrdeutig, was den Behörden bewusst sein musste. Er war auch geeignet, bei den Betroffenen, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, Argwohn zu erwecken. Dies vermag jedoch für sich allein einen rassistischen Charakter der angefochtenen Massnahme nicht zu belegen.
5.
Der angefochtene Entscheid verstösst nicht gegen Bundesrecht, womit sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet erweist und abzuweisen ist.

Bei diesem Verfahrensausgang würde der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Er hat jedoch ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Da er als abgewiesener Asylbewerber über keine Arbeitserlaubnis verfügt und von der Sozialhilfe lebt und da sein Begehren nicht als von vornherein aussichtslos erscheint, ist ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (vgl. Art. 152 Abs. 1 OG). Damit sind keine Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren zu erheben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
2.1 Dem Beschwerdeführer wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2.2 Es werden keine Kosten erhoben.
3.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Migrationsdienst und dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern sowie dem Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 24. November 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: