

# Bezirksgericht Zürich

Zwangsmassnahmengericht



---

Geschäfts-Nr.: GI150241-L / U

Mitwirkend: Bezirksrichter lic.iur. Th. Fleischer  
Gerichtsschreiber lic.iur. L. Casciaro

## Verfügung vom 19. August 2015

in Sachen

, geboren 3. Februar 1985, von Guinea, Beruf unbekannt,  
Nothilfezentrum Uster, Schützenhausstr. 6, 8610 Uster,  
Beschwerdeführer

vertreten durch Alfred Ngoyi wa Mwanza, Baumackerstr. 42, 8050 Zürich

gegen

Migrationsamt des Kantons Zürich, ZH 1.561.459 / mmi, Berninastr. 45, Post-  
fach, 8090 Zürich,  
Beschwerdegegner

betreffend **Beschwerde gegen Ausgrenzung**

### Erwägungen:

1. Das Migrationsamt des Kantons Zürich (nachfolgend: Migrationsamt) hat den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 4. Mai 2015 (eröffnet am 1. Juli 2015; MA-act. 65) aus der Stadt Winterthur ausgegrenzt. Das rechtliche Gehör dazu wurde dem Beschwerdeführer gewährt, indem er auf einem in französischer Sprache verfassten Blatt auf sein Recht, sich zur Ausgrenzung zu äussern, hingewiesen wurde. Er verzichtete jedoch darauf sich zur Ausgrenzung zu äussern (act. 2; MA-act. 62). Innert der Rechtsmittelfrist liess der Beschwerdeführer von seinem gehörig bevollmächtigten (act. 3) Rechtsbeistand Alfred Ngoyi wa Mwanza eine Beschwerde gegen die Ausgrenzung verfassen, welche hierorts am 22. Juli 2015 einging (act. 1). Zusammenfassend wurde die Beschwerde damit begründet, dass beide Voraussetzungen von Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG (Fehlen einer Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung *und* Gefährdung/Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit) nicht gegeben seien und ausserdem die Ausgrenzung nicht verhältnismässig sei. Sodann wurde die aufschiebende Wirkung der Beschwerde beantragt (act. 1). Mit Verfügung vom 22. Juli 2015 wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen und dem Migrationsamt Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 4). Nachdem am 24. Juli 2015 die Stellungnahme des Migrationsamtes einging (act. 5), wurde gleichentags dem Beschwerdeführer Frist zur Replik angesetzt (act. 6). Innert einmal bis zum 15. August 2015 erstreckter Frist (act. 7 und 8) ging keine Replik ein. Es ist dementsprechend aufgrund der Akten des Migrationsamtes (zitiert als "MA-act.") sowie der bisherigen Eingaben zu entscheiden.

2. Die zuständige kantonale Behörde kann einer Person die Auflage machen, ein ihr zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten, wenn 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 (Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG). Die Schwelle zur An-

ordnung einer Ein- oder Ausgrenzung liegt nicht sehr hoch. Verdachtsmomente für eine Beteiligung am Drogenhandel reichen aus. Jenes Mass an Gewissheit, das für eine strafrechtliche Verurteilung vorausgesetzt wird, ist nicht erforderlich (vgl. zuletzt Urteil 2C\_197/2013 des Bundesgerichts vom 31. Juli 2013, Erw. 3.1. mit Hinweisen auf weitere Bundesgerichtsurteile). Als Einschränkung der verfassungsmässigen Grundrechte muss die Ausgrenzung in jedem Fall verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Das heisst die Ausgrenzung muss ein geeignetes und das mildeste, erforderliche Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels sein sowie einer Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinn standhalten, mithin muss der damit verfolgte Zweck das dafür gewählte Mittel der Ausgrenzung gerechtfertigt erscheinen lassen.

2.1. Das Asylverfahren des Beschwerdeführers ist eigenen, unbestrittenen und mit den Akten übereinstimmenden Angaben zufolge hängig. Der Beschwerdeführer verkennt allerdings die Rechtslage, wenn er daraus ableitet, er sei somit nicht illegal in der Schweiz und die erste Voraussetzung von Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG deshalb nicht gegeben (act. 1 S. 2). Tatsächlich ist der Beschwerdeführer zurzeit nicht illegal in der Schweiz, was jedoch nichts daran ändert, dass der Beschwerdeführer über keine Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung nach den Art. 32 bis 34 AuG verfügt. Er gehört deswegen zum Personenkreis, bei dem eine Ausgrenzung nach Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG möglich ist.

2.2. Gemäss Rapport der Stadtpolizei Winterthur vom 8. April 2014 flüchtete der Beschwerdeführer, als er von der Polizei zu einer Kontrolle angehalten wurde, und verschluckte dabei zwei Kokainperlen mit einem Gewicht von je ca. einem Gramm. Im Polizeirapport ist weiter zu lesen, der Beschwerdeführer sei beobachtet worden, wie er vor seiner Anhaltung aus der Wohnung von

gekommen sei. Im Zusammenhang mit dieser Person habe es im Februar 2010 wiederholt Hinweise in Bezug auf Kokainhandel gegeben. Ausserdem sei dem Beschwerdeführer durch die Stadtpolizei Winterthur bereits am 29. Oktober 2011 und 19. Dezember 2011 die Ausgrenzung angedroht worden. Am 19. Dezember 2011 habe auch Kokain sichergestellt werden können.

Die angebliche Sicherstellung von Kokain bei der Anhaltung vom 19. Dezember 2011 ist aktenwidrig. Dem entsprechenden Polizeirapport des nämlichen Polizeikorps vom 24. Dezember 2011 (MA-act. 46) lässt sich entnehmen, dass "bei der erfolgten Effektenkontrolle und Leibesvisitation [...] kein BM [Betäubungsmittel] sichergestellt werden [konnte]".

Betreffend den aktuellen Vorfall unterzeichnete der Beschuldigte ein Formular "Übertretung Betäubungsmittel-Gesetz", in welchem er sich im Sinne des polizeilichen Vorwurfs geständig erklärte, sich am Steinackerweg in Winterthur "verdächtig verhalten" zu haben, versucht zu haben, sich durch kurze Flucht der Polizeikontrolle zu entziehen und bei seiner Kontrolle aus der rechten Hosentasche zwei Portionen Kokain hervorgeholt und oral eingenommen zu haben. Ausserdem erklärte er sich darin geständig, monatlich einmal Kokain zu konsumieren (MA-act. 61). Dieser Vorhalt ist in deutsch verfasst. Ob dem Beschwerdeführer der Vorhalt, wie dies beim rechtlichen Gehör betreffend Ausgrenzung geschehen ist, in eine für ihn verständliche Sprache (gemäss Rapport Französisch und Englisch) übersetzt wurde, ist nicht ersichtlich. Die Deutschkenntnisse des Beschwerdeführers bezeichnet der rapportierende Wachtmeister Winkler jedenfalls als "gebrochen". Der Beschwerdeführer lässt von seinem Rechtsbeistand indessen nicht geltend machen, es werde ihm zu Unrecht eine Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes vorgeworfen, sondern lässt vielmehr (sinngemäss) vortragen, die ihm dafür auferlegte Busse von Fr. 200.- (diese ist zwar nicht aktenkundig) sei nicht so hoch ausgefallen, dass gesagt werden könne, das zugrunde liegende Delikt komme einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gleich (act. 1). Damit aber ist zumindest in diesem Verfahren davon auszugehen, der dem Beschuldigten von der Polizei gemachte Vorwurf treffe zu.

Aktenkundig ist also, dass der Beschwerdeführer einmal pro Monat Kokain konsumiert und am 2. April 2015 im Besitz von 2 Kügelchen Kokain war, als er sich in Winterthur aufhielt. Im Polizeirapport (MA-act. 61) wurde vermerkt, "der Handel mit Kokain [habe] im aktuellen Fall nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden [können]". Dies ist wohl wahr. Darüber hinaus ist aber festzustellen, dass sich in den Akten nicht bloss keine rechtsgenügenden Nachweise, son-

dern schon gar keine konkreten Hinweise auf einen Drogenhandel des Beschwerdeführers finden. Aus dem Polizeirapport ergibt sich ferner, dass die Polizei einen Zusammenhang zwischen dem Quartier Winterthur-Seen und Drogenkonsum des Beschwerdeführers zu sehen scheint. Dieser soll sich daraus ergeben, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2011 zweimal dort kontrolliert worden sei und nun mit Kokain dort angehalten werden konnte (MA-act. 61 S. 3). Der erste Vorfall aus dem Jahr 2011, also der vom 29. Oktober 2011, ist schon gar nicht aktenkundig. Der zweite Vorfall (vom 19. Dezember 2011) hat, wie erwähnt, soweit aktenkundig, nichts mit Drogen zu tun. Sodann ist weder dargetan noch gerichtsnotorisch, dass das Quartier Winterthur-Seen Schauplatz einer Drogenszene wäre. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall auch von dem vom Bundesgericht mit Urteil vom 24. November 2003 (BGer 2A.347/2003) beurteilten Fall. Dort wurde gestützt auf das damalige ANAG die Ausgrenzung einer Person, die mit 0,7 Gramm Marihuana im unmittelbaren Umkreis der Berner "Reithalle" betroffen werden konnte, für rechtens befunden. Während die Berner "Reithalle" – dies ist auch in Zürich gerichtsnotorisch – Mittelpunkt einer Drogenszene war im fraglichen Zeitpunkt, lässt sich das von Winterthur-Seen nicht sagen. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer zwar Drogen konsumiert, indessen nicht in der Drogenszene verkehrt.

In rechtlicher Hinsicht ist der verbotene Konsum und die damit zwingend verbundene verbotene Beschaffung von Kokain auf dem Schwarzmarkt ohne Weiteres als Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Sinne von Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG zu qualifizieren (vgl. dazu auch den zitierten Entscheid des Bundesgerichts vom 24. November 2003). Einerseits ist nämlich schon der Konsum an sich ordnungswidrig, andererseits fördert die Beschaffung letztlich auch den illegalen Drogenhandel und schafft damit ein Risiko für die öffentliche Sicherheit.

2.3. Wird ein gelegentlicher Drogenkonsument, welcher in einer eigentlichen Drogenszene verkehrt, davon abgehalten, sich an den einschlägigen Orten aufzuhalten, dürfte dies durchaus einen Einfluss auf seinen Drogenkonsum haben. Namentlich kann mit Fug davon ausgegangen werden, dass insbesondere

der "Gelegenheitskiffer" viel eher Marihuana konsumiert, wenn er sich an den einschlägigen Orten (etwa die "Reithalle" in Bern) aufhält, da er dort mit Gleichgesinnten dem Drogenkonsum frönen kann und darüber hinaus die Drogen vor Ort sogleich erhältlich sind. An diesen Überlegungen dürfte sich das Bundesgericht im Urteil vom 24. November 2003 orientiert haben. Der Beschwerdeführer verkehrt und konsumiert jedoch nicht in einer Drogenszene. Ebenso wenig versorgt er als Händler eine Szene mit Drogen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Aufenthalt in Winterthur-Seen den Kokainkonsum des Beschwerdeführers fördern oder überhaupt erst möglich machen soll. Selbst wenn davon ausgegangen würde (wofür die Akten jedoch keine Grundlage bieten), der Beschwerdeführer beschaffe sich das Kokain in Winterthur-Seen, ist damit noch nicht gesagt, dass er sich das Kokain nicht auch anderswo beschaffen könnte. Dasselbe gilt mit Blick auf das Gebiet der Stadt Winterthur, von welchem er ausgegrenzt wurde. Der Beschwerdeführer wohnt im Nothilfezentrum in Uster. Damit stellt die Ausgrenzung aus Winterthur noch nicht einmal eine Erschwerung des Kokainkaufs dar, denn für die Reise nach Winterthur benötigt er mindestens solange wie – beispielsweise – für die Fahrt nach Zürich, wo bekanntlich ebenfalls Kokain auf dem Schwarzmarkt erworben werden kann. Abgesehen davon ist die Beschaffung von Kokain nicht nur durch persönliches Aufsuchen eines Dealers möglich. Dem verfügenden Gericht ist bekannt, dass Kokain häufig bei einem Dealer per Mobiltelefon bestellt und von diesem ausgeliefert wird. Unter diesen Umständen erscheint die Ausgrenzung des Beschwerdeführers aus der Stadt Winterthur nicht geeignet, ihn vom Kokainkonsum abzuhalten und damit eine Förderung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu erreichen. Damit wären mit der Ausgrenzung aus der Stadt Winterthur höchstens noch pönale Zwecke zu verfolgen, was jedoch nicht zulässig ist. Mangels Geeignetheit ist die Ausgrenzung somit nicht verhältnismässig. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen.

3. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Beschwerdeführer verlangt ferner eine Parteientschädigung (act. 1). Im Rekursverfahren kann die unterliegende Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe ihres Gegners verpflichtet werden, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger

Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Vorliegend unterliegt die Beschwerdegegnerin. Der Beschwerdeführer war auf eine juristische Unterstützung angewiesen. Schon das Einreichen einer Beschwerde in deutscher Sprache, innert Frist und in einer justiziablen Form erfordert juristisches Basiswissen oder zumindest eine gewisse Gewandtheit im Umgang mit Behörden sowie grundlegende Sprachkenntnisse. Beides dürfte dem Beschwerdeführer abgehen. Fragen kann man sich einzig, ob das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht im Sinne von § 17 Abs. 2 VRG als Rekursverfahren zu gelten habe oder nicht. Das Verwaltungsgericht bezeichnet das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht verschiedentlich beiläufig als Rekursverfahren, ohne dass es in jenen Entscheiden darauf angekommen wäre (vgl. etwa Urteile VB.2011.00685 vom 23. November 2011, Erw. 4.2.2 und VB.2013.00458 vom 18. Juli 2013, Erw. 7). In einem weiteren Entscheid erwog es, dem obsiegenden Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht eine Parteientschädigung zuzusprechen, sah davon jedoch ab, weil der Beschwerdeführer durch eine Ordnungswidrigkeit das Verfahren veranlasst hatte (Urteil VB.2011.00465 vom 8. September 2011, Erw. 6.2). Der Entscheid geht stillschweigend davon aus, § 17 Abs. 2 VRG sei anwendbar, wenn das Zwangsmassnahmengericht die Verfügung einer Verwaltungsbehörde auf Antrag des Verfügungsadressaten überprüfen muss. Die mit § 17 Abs. 2 VRG verfolgten Zwecke (Entschädigung für erheblichen Aufwand; finanzieller Anreiz gegen rechtswidrige Anordnungen; KASPAR PLÜSS in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Auflage, N 13 zu § 17 VRG) sprechen im Übrigen auch für die Anwendung von § 17 Abs. 2 VRG.

Das Verwaltungsgericht argumentiert im Urteil vom 8. September 2011 (VB.2011.00465), gestützt auf das Verursacherprinzip sei es möglich, die der obsiegenden Partei an sich zustehende Parteientschädigung zu kürzen oder ganz zu verweigern, sofern jener ein ordnungswidriges Verhalten anzulasten ist (unter Hinweis auf ALFRED KÖLZ/JÜRGEN BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 17 N 33).

Der Beschwerdeführer versties durch den Besitz von zwei Gramm Kokain gegen das Betäubungsmittelgesetz, was schon an sich eine Ordnungswidrigkeit darstellt. Darüber hinaus ergriff er anlässlich der polizeilichen Anhaltung die Flucht und verschluckte die mitgeführten Kokainperlen, welches Verhalten durchaus geeignet war, das Misstrauen der Polizei zu wecken. Dieses darf sich zwar nicht in einem – zumindest was das vorliegende Verfahren betrifft – unbegründeten Verdacht des Drogenhandels niederschlagen. Andererseits war für den Beschwerdeführer aber absehbar, dass sein ordnungswidriges und verbotenes Verhalten den Anschein erwecken kann, er handle mit Drogen. Auch wenn die Beschwerde gutzuheissen ist, so ist der Beschwerdeführer aus diesen Gründen doch als Urheber dieses Verfahrens zu betrachten. Es ist dem Beschwerdeführer deshalb die beantragte Prozessentschädigung zu verweigern.

**wird verfügt:**

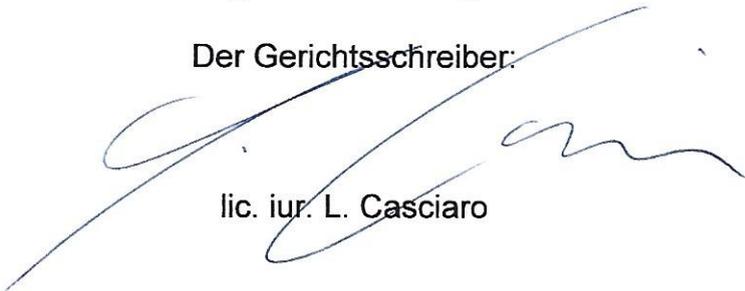
1. Die Beschwerde gegen die Ausgrenzungsverfügung wird gutgeheissen und die Ausgrenzung des Beschwerdeführers wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Dem Beschwerdeführer wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an
  - den Rechtsvertreter im Doppel für sich und den Beschwerdeführer (mit Gerichtsurkunde)
  - die Kantonspolizei Zürich
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich unter Beilage der Aktenje gegen Empfangsschein sowie an
  - das Bundesamt für Migration, Abteilung Rückkehr, Quellenweg 6, 3003 Bern/Wabern zur Kenntnisnahme.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Mitteilung an **Beschwerde** beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erhoben werden.

Die Beschwerdeschrift muss einen Antrag und eine Begründung enthalten. Der angefochtene Entscheid ist beizulegen oder genau zu bezeichnen. Die angerufenen Beweismittel sind genau zu bezeichnen und soweit möglich beizulegen. Einer allfälligen Beschwerde kommt keine aufschiebende Wirkung zu.

Zürich, 19. August 2015

BEZIRKSGERICHT ZÜRICH  
Zwangsmassnahmengericht

Der Gerichtsschreiber:

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'L. Casciaro', is written over the text 'Der Gerichtsschreiber:'.

lic. iur. L. Casciaro