

BVGer C-3821/2009 vom 29. September 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-09-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-3821_2009

FR: TAF C-3821/2009 du 29 septembre 2011

IT: TAF C-3821/2009 del 29 settembre 2011

Regeste

Einreiseverbot

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht - unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen - Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche von einer in Art. 33 VGG aufgeführten Behörde erlassen wurden. Darunter fallen unter anderem Verfügungen des BFM betreffend Fernhaltmassnahmen im Sinne von Art. 67 AuG. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

E. 1.2

Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

E. 1.3

Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

E. 2

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat, die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend sind grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt seiner Entscheidung (vgl. BVGE 2011/1 E. 2 und BVGE 2007/41 E. 4.2 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2686/2007 vom 7. Oktober 2010 E. 1.2 und 1.3).

E. 3

Vor der materiellen Prüfung der angefochtenen Verfügung ist auf die formelle Rüge des Beschwerdeführers einzugehen, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör

im Sinne von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verletzt, indem sie ihm keine Gelegenheit gegeben habe, sich zur Ausschreibung der Einreiseverweigerung im SIS und dem daraus resultierenden Einreiseverbot in alle Schengen-Staaten zu äussern.

E. 3.1

Der Anspruch auf rechtliches Gehör, wie ihn Lehre und Rechtsprechung aus Artikel 29 Abs. 2 BV ableiten und wie er sich für das Bundesverwaltungsverfahren aus den Art. 29 ff. VwVG ergibt, umfasst eine Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien (vgl. aus der Literatur etwa Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1680 ff.; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 46, 107 ff.; Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2005, S. 285 ff.). Dazu gehört das Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung (vgl. Art. 30 Abs. 1 VwVG), welches den Betroffenen einen Einfluss auf die Ermittlung des wesentlichen Sachverhaltes sichert. Dabei kommt der von einem Verfahren betroffenen Person der Anspruch zu, sich vorgängig einer behördlichen Anordnung zu allen wesentlichen Punkten, welche die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes betreffen, zu äussern und von der betreffenden Behörde alle dazu notwendigen Informationen zu erhalten (vgl. BVGE 2007/21 E. 10.2).

E. 3.2

Das verfassungsmässige Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung dieses Rechts führt - ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst - grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (vgl. BVGE 2009/61 E. 4.1.3 mit Hinweisen; Bernhard Waldmann/Jürg Bickel in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 29 N 28 f. und N 106 f.). Die Gehörsverletzung ist aber nach ständiger Praxis des Bundesgerichts ausnahmsweise einer Heilung zugänglich, wenn die betroffene Partei die Möglichkeit hat, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, vorausgesetzt diese Instanz ist zur freien Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen befugt, welche der unteren Instanz hätten unterbreitet werden können. Von der Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs kann in solchen Fällen nach dem Grundsatz der Verfahrensökonomie dann abgesehen werden, wenn die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens führen würde. Diese Heilungsmöglichkeit ist unbestritten, wenn es um nicht besonders schwerwiegende Verletzungen von Parteirechten geht. Nach der neueren Rechtsprechung kann eine Heilung aber auch dann erfolgen, wenn schwerwiegende Verfahrensmängel das rechtliche Gehör beeinträchtigt haben und eine Rückweisung den Interessen der Partei an einer beförderlichen Behandlung zuwiderlaufen würde (BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2 S. 126, BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f., BGE 132 V 387 E. 5.1 S. 390; vgl. auch Waldmann/Bickel, a.a.O., Art. 29 N 116 sowie N 125 ff., Lorenz Kneubühler, Gehörsverletzung und Heilung, ZBl. 1998 S. 116, kritisch Patrick Sutter in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 29 Rz. 21).

E. 3.3

Aus den Akten ergibt sich, dass das Ausländeramt des Kantons St. Gallen dem Beschwerdeführer am 31. Juli 2007 im Zusammenhang mit dem Verfahren betreffend Nichtverlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung mitteilte, es beabsichtige, gegen ihn "eine Einreisesperre zu beantragen". Vom Recht zur Stellungnahme machte seine Rechtsvertreterin am 20. September 2007 Gebrauch. Die Vorinstanz erliess das Einreiseverbot aber erst am 7. Mai 2009, nachdem das Aufenthaltsverfahren rechtskräftig abgeschlossen worden war (vgl. Sachverhalt Bst. E und F). In der Zwischenzeit waren die Schengen-Assoziierungsabkommen, die im Rahmen der Übernahme des Schengen-Besitzstandes die SIS-Ausschreibung vorsehen, in Kraft getreten (vgl. Anhang 1 zum AuG und nachfolgend E. 4.2).

E. 3.4

Der Beschwerdeführer begründet seine Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs damit, dass ihm bis anhin keine Gelegenheit gegeben worden sei, sich zur Ausschreibung der Einreiseverweigerung im SIS und dem daraus resultierenden Einreiseverbot in alle Schengen-Staaten zu äussern. Ob darin eine Gehörsverletzung zu erblicken ist, erscheint fraglich, ist doch die SIS-Ausschreibung Folge der neuen Rechtslage, die auch der Parteivertreterin bekannt sein musste. Doch selbst bei Annahme der Verletzung des rechtlichen Gehörs könnte eine solche im vorliegenden Verfahren geheilt werden. Zum Einen wäre keine besonders schwere Verletzung von Verfahrensrechten anzunehmen, stellt doch die SIS-Ausschreibung unter gewissen Voraussetzungen, die vorliegend erfüllt sind, die gesetzliche Regelfolge dar, zu deren Anwendung die Schweiz verpflichtet ist und daher der verfügenden Behörde kaum Entscheidungsspielraum lässt (vgl. nachfolgend E. 6). Zum Anderen kann davon ausgegangen werden, dass die direkte Beurteilung durch das über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz verfügende Bundesverwaltungsgericht (vgl. auch Waldmann/Bickel, a.a.O., Art. 29 N 64 f.) im Interesse des Beschwerdeführers an einer beförderlichen und prozessökonomischen Behandlung seiner Beschwerde liegt, da er nicht die Rückweisung an die Vorinstanz zur Gewährung des rechtlichen Gehörs beantragt hat. Unter den gegebenen Voraussetzungen würde ein allfälliger Mangel als im Beschwerdeverfahren geheilt gelten.

E. 4

Mit Inkrafttreten des Ausländergesetzes am 1. Januar 2008 wurde das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) abgelöst (vgl. Art. 125 AuG i.V.m. Ziffer I des Anhangs 2 zum AuG). Das Ausländergesetz beansprucht Geltung in allen Verfahren, die nach seinem Inkrafttreten eingeleitet wurden, sei es nun auf Gesuch hin oder von Amtes wegen (vgl. Art. 126 Abs. 1 AuG e contrario; ferner BVGE 2008/1 E. 2 mit Hinweisen). Wenn bei der Anwendung des neuen Rechts auf Verhältnisse abgestellt wird, die - wie vorliegend - noch unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind und bei Inkrafttreten des neuen Rechts andauern, liegt eine unechte Rückwirkung vor, die - vorbehaltlich des Vertrauensschutzprinzips - grundsätzlich zulässig ist (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/ St.Gallen 2010, Rz. 337 ff.).

E. 4.1

Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot entspricht der altrechtlichen Einreisesperre des Art. 13 ANAG. Auf den 1. Januar 2011 trat als Folge der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes eine neue Fassung in Kraft (zum Ganzen vgl. BBl 2009 8881 und

AS 2010 5925). Nach Art. 67 Abs. 1 AuG wird ein Einreiseverbot vom BFM unter Vorbehalt von Abs. 5 nun gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern verfügt, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a - c AuG sofort vollstreckt wird (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG) oder die betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht nachgekommen ist (Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG). Es kann nach Art. 67 Abs. 2 AuG sodann gegen ausländische Personen erlassen werden, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Art. 67 Abs. 2 Bst. a), Sozialhilfekosten verursacht haben (Art. 67 Abs. 2 Bst. b) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen werden mussten (Art. 67 Abs. 2 Bst. c). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt. Es kann aber für eine längere Dauer verfügt werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 AuG). Schliesslich kann die verfügende Behörde aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG). Die bisher bestehende Praxis der Vorinstanz hinsichtlich der Bemessung der Dauer von Fernhaltungsmassnahmen ist mit den obgenannten Grundsätzen vereinbar (vgl. BBl 2009 8896 ad Art. 67 Abs. 3 in fine), weswegen sich für den Beschwerdeführer im Ergebnis nichts ändert (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2482/2009 vom 28. Januar 2011 E. 6.2).

E. 4.2

Wird gegen eine Person, die nicht das Bürgerrecht eines Mitgliedstaates der Europäischen Union besitzt (Drittstaatsangehörige), ein Einreiseverbot nach Art. 67 AuG verhängt, wird diese Person gestützt auf Art. 94 Abs. 1 und Art. 96 des Übereinkommens vom 19. Juni 1990 zur Durchführung des Übereinkommens betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengener Durchführungsübereinkommen [SDÜ], Abl. L 239 vom 22. September 2000, S. 19-62) und Art. 16 Abs. 2 und 4 des Bundesgesetzes vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI, SR 361) in der Regel im SIS (vgl. dazu Art. 92 ff. SDÜ) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben. Diese Ausschreibung bewirkt dem Grundsatz nach, dass der betroffenen Person die Einreise in das Hoheitsgebiet der Schengen-Mitgliedstaaten verboten ist (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst d und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Schengener Grenzkodex bzw. SGK, Abl. L 105 vom 13. April 2006, S. 1 - 32]). Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, einer solchen Person aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen (die sich namentlich auch aus der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK, SR 0.101] ergeben können) die Einreise in das eigene Hoheitsgebiet zu gestatten (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 Bst. c SGK) bzw. ihr zu diesem Zweck ein Schengen-Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit auszustellen (Art. 25 Abs. 1 Bst. a [ii] der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [Visakodex], Abl. L 243 vom 15. September 2009).

E. 4.3

Das Einreiseverbot will seiner Natur nach nicht vergangenes Fehlverhalten sanktionieren, sondern der Gefahr einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

vorbeugen (siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3813). Die Feststellung einer solchen Gefahr ist ein Wahrscheinlichkeitsurteil, das sich naturgemäss auf vergangenes Verhalten der betroffenen ausländischen Person abstützen muss. Stellt bereits dieses vergangene Verhalten eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar, wird die Gefahr künftiger Störungen von Gesetzes wegen vermutet (BBl 2002 3760; vgl. auch caterina nägeli/nik schoch, Ausländische Personen als Straftäter und Straftäterinnen, in: Peter Uebersax/Thomas Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 22.177; a.M: paul-lukas good/patrick sutter, Einreiseverbot als Sanktion für vergangenes Verhalten oder Mittel zur Gefahrenabwehr?, in: Sicherheit & Recht 3/2010, S. 199 ff.; zur relativierten Bedeutung der Rückfallgefahr bei ausländerrechtlichen Administrativmassnahmen gemäss nationalem Recht vgl. BGE 136 II 5 E. 4.2 S. 20 mit Hinweisen). Das Gesetz lässt deshalb einen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung als Anlass für ein Einreiseverbot genügen, ohne dass die Gefahr einer Störung nachgewiesen werden müsste. Ist die Vermutungsbasis dagegen nicht erfüllt, verlangt Art. 80 Abs. 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) konkrete Anhaltspunkte, dass der Aufenthalt der betreffenden Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt.

E. 4.4

Seit seiner Einreise im Jahre 1982 wurde der Beschwerdeführer mehrfach straffällig. Zuletzt verurteilte ihn das Kantonsgericht St. Gallen am 30. Juni 2004 wegen versuchter vorsätzlicher Tötung, Widerhandlung gegen das Waffengesetz und mehrfacher grober Verletzung von Verkehrsregeln zu einer Zuchthausstrafe von 5 ½ Jahren. Die dagegen gerichtete staatsrechtliche Beschwerde sowie die Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht wurden mit Urteil vom 15. Dezembers 2004 abgewiesen und die kantonalen Entscheide bestätigt. Die in Frage stehenden Rechtsgüterverletzungen, insbesondere das Delikt gegen Leib und Leben stellt nach dem Dargelegten (vgl. E. 4.3) selbstredend einen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG dar. Die Voraussetzungen für die Verhängung eines Einreiseverbots nach dieser Bestimmung erweisen sich demnach ohne weiteres als erfüllt. Was die Parteivertreterin dagegen vorbringt (Zeit, welche seit der Tat im Jahre 1998 verstrichen ist; Alter sowie Gesundheitszustand des Beschwerdeführers; Ehefrau und Kinder in der Schweiz wohnhaft), ist zumindest mit Blick auf die Grundsatzfrage, ob überhaupt ein Einreiseverbot verhängt werden durfte, nicht von Belang.

E. 5.1

Es bleibt zu prüfen, ob die Massnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit steht dabei im Vordergrund. Unter diesem Gesichtspunkt ist eine wertende Abwägung vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme einerseits und den von der Massnahme beeinträchtigten privaten Interessen des Betroffenen andererseits. Die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse des Verfügungsbelasteten bilden dabei den Ausgangspunkt der Überlegungen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 613 ff.).

E. 5.2

Bei der im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmenden ausländerrechtlichen Interessenabwägung steht das vom Kantonsgericht am 30. Juni 2004 beurteilte schwere Gewaltdelikt gegen Leib und Leben im Vordergrund. Angesichts dessen besteht an der Fernhaltung des Beschwerdeführers klarerweise ein erhebliches öffentliches Interesse. Als ebenso offenkundig erweist sich, dass vom Beschwerdeführer eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht, welche die Verhängung einer Fernhaltemassnahme von einer fünf Jahre überschreitenden Dauer zulässt (vgl. Art. 67 Abs. 3 AuG). Der Strafrichter attestierte dem Beschwerdeführer ein schweres Verschulden und eine hohe Gewaltbereitschaft. Vor diesem Hintergrund kommt der Behauptung auf Beschwerdeebene, wonach er weder gegenwärtig noch künftig eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle, keine entscheidende Bedeutung zu. Zu erwähnen ist insbesondere, dass er noch während des Strafvollzugs (auf der Rückfahrt vom Urlaub) eine Verkehrsregelverletzung beging (massive Geschwindigkeitsüberschreitung), was von einer Geringschätzung der hiesigen Rechtsordnung zeugt. In diesem Zusammenhang kann ebenfalls nicht ausgeblendet werden, wie sich ein Ausländer während seiner gesamten Anwesenheit in der Schweiz verhalten hat. Gemäss dem den Beschwerdeführer betreffenden Urteil des Bundesgerichts 2C_477/2008 (Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung) können für die Beurteilung des öffentlichen Interesses selbst Sanktionen berücksichtigt werden, welche dem Verwertungsverbot gemäss Art. 369 Abs. 7 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) unterliegen. In der Regel kann weit zurückliegenden Straftaten keine grosse Bedeutung mehr zukommen, insbesondere wenn es sich wie hier um relativ geringfügige Verfehlungen - wie die Gehilfenschaft zu Diebstahl, die Überschreitung der allgemeinen Höchstgeschwindigkeit, die Widerhandlung gegen die Verordnung des Bundesrates über den Erwerb und das Tragen von Schusswaffen durch jugoslawische Staatsangehörige sowie die Widerhandlung gegen das Gastwirtschaftsgesetz - handelt. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung kommt ihnen aber insofern Relevanz zu, als sie das Bild eines Menschen zeichnen, der während der gesamten Aufenthaltsdauer in der Schweiz Mühe bekundete, sich an die Rechtsordnung zu halten und sich hierzulande zu integrieren. Im Ergebnis ist dem Beschwerdeführer daher eine denkbar schlechte Prognose zu stellen, was nicht nur die Verhängung eines Einreiseverbotes auf mehr als fünf Jahre zu rechtfertigen vermag, sondern überdies Anlass gibt, keine zeitliche Begrenzung vorzusehen. Daran vermag der Umstand, dass der Beschwerdeführer seit seiner bedingten Entlassung im April 2008 nicht mehr straffällig geworden ist, nichts zu ändern. Die Zeit, welche der Beschwerdeführer seither in Freiheit verbracht hat, erweist sich noch als zu kurz (vgl. BVGE 2008/24 E. 4.3 und 6.2), um das öffentliche Interesse an einer Fernhaltung relativieren zu können. Zudem ist die Tatsache zu berücksichtigen, dass ihm bis zum 18. Februar 2010 eine zweijährige Probezeit auferlegt worden ist. Dies könnte für den Beschwerdeführer ebenfalls mit ein Grund gewesen sein, sich während dieser Zeit gesetzeskonform zu verhalten.

E. 5.3

Betreffend das private Interesse an ungehinderten Einreisen in die Schweiz bzw. den Schengenraum macht der Beschwerdeführer u.a. gesundheitliche Gründe geltend. Diese vermögen das öffentliche Interesse jedoch nicht zu überwiegen, selbst wenn davon ausgegangen werden muss, dass die medizinische Versorgung in Bosnien und Herzegowina nicht dem schweizerischen Standard entspricht. Die Notwendigkeit für regelmässige, unkontrollierte Einreisen in die Schweiz aufgrund der geltend gemachten gesundheitlichen

Probleme ist jedenfalls nicht ausgewiesen; gemäss Arztzeugnissen, welche eingereicht wurden bzw. Teil der Vorakten sind, ist der Beschwerdeführer in lockerer medizinischer Kontrolle. Es wird insbesondere nicht dargetan, dass die Medikamente, welche er regelmässig einnehmen muss, im Heimatland nicht erhältlich wären. Schliesslich könnten ihm nötigenfalls auch seine beiden in der Schweiz wohnhaften Söhne oder seine Ehefrau bei deren Besorgung behilflich sein. Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer sich zwar während mehr als 26 Jahren (Oktober 1982 bis April 2009) in der Schweiz aufgehalten hat und so zweifellos über Bindungen zur Schweiz verfügt. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass er erst im Alter von 30 Jahren einreiste. Er ist somit in seinem Heimatland aufgewachsen und hat dort auch die prägenden Jugendjahre verbracht. Trotz relativ langem Aufenthalt ist weder beruflich noch gesellschaftlich eine gute Integration in der Schweiz ersichtlich. Den Vorakten ist zu entnehmen, dass er mehrheitlich zu Leuten aus dem ehemaligen Jugoslawien Kontakt pflegte und trotz langjährigem Aufenthalt die deutsche Sprache nicht beherrscht. Aus dieser Sicht kann nicht von einer unbilligen Massnahme gesprochen werden, wenn er allfällige persönliche Beziehungen nur noch eingeschränkt pflegen kann. Staatsangehörige aus Bosnien und Herzegowina sind seit dem 15. Dezember 2010 von der Visumpflicht befreit, falls sie im Besitz eines biometrischen Reisepasses sind, welcher von Bosnien und Herzegowina ausgestellt wurde, und sie während des maximal 90 Tage dauernden Aufenthalts keine Erwerbstätigkeit ausüben (vgl. www.bfm.admin.ch > Themen > Einreise > FAQ Häufig gestellte Fragen, besucht im August 2011). Deshalb greift das Argument der Vorinstanz nicht mehr, dem Beschwerdeführer entstünden keine unverhältnismässigen und zusätzlichen Nachteile, falls gegen ihn ein Einreiseverbot verfügt würde, da er auf jeden Fall der Visumpflicht unterstünde. Diese neue Rechtslage kann jedoch die Gewichtung der privaten Interessen nicht in einem Masse beeinflussen, dass sie das eminente öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers zu überwiegen vermöchten. Nach wie vor steht es dem Beschwerdeführer offen, eine Suspension seiner Fernhalte-masse zu beantragen (vgl. Art. 67 Abs. 5 AuG). Die Gewährung von Suspensionen bei Vorliegen wichtiger Gründe hat die Vorinstanz denn auch in Aussicht gestellt (vgl. Vernehmlassung vom 18. September 2009).

E. 5.4

Für die vorliegende Interessenabwägung ist die vom Beschwerdeführer im März 2006 während des Strafvollzugs eingegangene Ehe bloss von untergeordneter Bedeutung. Denn im Zeitpunkt der Heirat hatte die Ehegattin von der Straffälligkeit und, da sie den Beschwerdeführer bereits seit längerem kannte, von seinem Vorleben Kenntnis und musste folglich damit rechnen, die Ehe nicht in der Schweiz leben zu können. Zwischen dem Beschwerdeführer und seinen beiden aus erster Ehe stammenden Söhnen besteht kein Abhängigkeitsverhältnis, da beide volljährig sind. Trotzdem ist auf die vom Beschwerdeführer sinngemäss gerügte Verletzung seines Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK näher einzugehen, welche er insbesondere aufgrund der fehlenden Befristung der verhängten Fernhalte-massnahme geltend macht. Zunächst ist hervorzuheben, dass allfällige Einschränkungen des Privat- bzw. Familienlebens des Beschwerdeführers im vorliegenden Zusammenhang aufgrund sachlicher und funktioneller Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht Verfahrensgegenstand sein können, soweit sie auf das Fehlen eines dauerhaften Aufenthaltsrechts in der Schweiz zurückzuführen sind (vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 7.3 mit weiteren Hinweisen). Die Erteilung und Verlängerung von

Aufenthaltsbewilligungen fällt grundsätzlich in die Zuständigkeit der Kantone. Dem Beschwerdeführer wurde die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung durch die zuständigen kantonalen Behörden verweigert und dieser Entscheid in letzter Instanz vom Bundesgericht bestätigt (vgl. bereits erwähntes Urteil 2C_477/2008). Die Pflege regelmässiger persönlicher Kontakte zu Ehefrau und Kindern scheitert daher bereits an seinem fehlenden Anwesenheitsrecht hierzulande. Die Wirkungen des Einreiseverbots bestehen zudem nicht darin, dass dem Beschwerdeführer während dessen Geltungsdauer Besuchsaufenthalte bei seinen Familienangehörigen in der Schweiz schlichtweg untersagt wären. Es steht ihm vielmehr - wie erwähnt - die Möglichkeit offen, aus wichtigen Gründen mittels begründetem Gesuch die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhaltmassnahme zu beantragen (Art. 67 Abs. 5 AuG). Die Suspension wird praxismässig für eine kurze und klar begrenzte Zeit gewährt (vgl. zum Ganzen wiederum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4509/2009 vom 7. Januar 2010). Somit stellt sich im vorliegenden Verfahren nuremehr die Frage, ob die über die Verweigerung des Aufenthaltsrechts hinausgehende, durch das Einreiseverbot zusätzlich bewirkte Erschwernis (Beantragen einer Suspension) vor Art. 8 Ziff. 1 EMRK (und Art. 13 Abs. 1 BV) standhält. Dies ist mit Blick auf das beschriebene öffentliche Interesse zu bejahen. Selbst wenn von einem unter dem Gesichtspunkt von Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK relevanten Eingriff ausgegangen würde, wäre ein solcher unter den konkreten Begebenheiten gestützt auf Art. 8 Ziff. 2 EMRK als gerechtfertigt zu qualifizieren. Denn in neueren Urteilen des Bundesgerichts (in Verfahren betreffend das Anwesenheitsrecht) werden bei der im Rahmen von Art. 8 EMRK vorzunehmenden Interessenabwägung und den diesbezüglich einzubeziehenden Gesichtspunkten explizit ordnungs- und sicherheitspolizeiliche Interessen vorbehalten (BGE 135 I 143 E. 4 insb. E. 4.1 in fine und 4.4 S. 150 ff., BGE 135 I 153 E. 2.2.4 S. 158 sowie BGE 136 I 285 E. 5.3 S. 289). Zweifellos erreicht das deliktische Verhalten des Beschwerdeführers auch unter diesem Blickwinkel die erforderliche Schwere, welche einen Eingriff in das Privat- und Familienleben als gerechtfertigt erscheinen liesse.

E. 5.5

Zusammenfassend führt eine wertende Gewichtung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen zum Ergebnis, dass das von der Vorinstanz verfügte Einreiseverbot sowohl dem Grundsatz nach als auch in der zeitlichen Wirkung als verhältnismässig und angemessen zu bestätigen ist.

E. 6

Die Rechtsvertreterin beantragt im Sinne eines Eventualbegehrens, es sei von einer SIS-Ausschreibung abzusehen bzw. bei einer bereits erfolgten Ausschreibung deren Löschung zu veranlassen.

E. 6.1

Art. 96 SDÜ, der die Voraussetzungen der SIS-Ausschreibung regelt, lautet wie folgt: (1) Die Daten bezüglich Drittausländern, die zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sind, werden aufgrund einer nationalen Ausschreibung gespeichert, die auf Entscheidungen der zuständigen Verwaltungsbehörden und Gerichte beruht, wobei die Verfahrensregeln des nationalen Rechts zu beachten sind. (2) Die Entscheidungen können auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die nationale Sicherheit, die die Anwesenheit eines Drittausländers auf dem Hoheitsgebiet der Vertragspartei bedeutet, gestützt werden. Dies

kann insbesondere der Fall sein a) bei einem Drittausländer, der wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist; b) bei einem Drittausländer, gegen den ein begründeter Verdacht besteht, dass er schwere Straftaten, einschliesslich solcher im Sinne von Artikel 71 [SDÜ] begangen hat, oder gegen den konkrete Hinweise bestehen, dass er solche Taten in dem Hoheitsgebiet einer Vertragspartei plant. (3) Die Entscheidungen können ebenso darauf beruhen, dass der Drittausländer ausgewiesen, zurückgewiesen oder abgeschoben worden ist, wobei die Massnahme nicht aufgeschoben oder aufgehoben worden sein darf, ein Verbot der Einreise oder des Aufenthalts enthalten oder davon begleitet sein muss und auf der Nichtbeachtung des nationalen Rechts über die Einreise oder den Aufenthalt von Ausländern beruhen muss. Das SDÜ nennt damit gegenüber dem nationalen Recht (namentlich was Art. 96 Abs. 2 Bst. a SDÜ betrifft) engere Voraussetzungen für die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung. Die Schweiz als ausschreibender Vertragsstaat darf damit eine SIS-Ausschreibung nur vornehmen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. auch Art. 104 Abs. 1 SDÜ).

E. 6.2

Infolge der Inkraftsetzung der Schengen-Assoziierungsabkommen wurde das Bundesgesetz vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI, SR 361) erlassen. Dieses sieht vor, dass das Bundesamt für Polizei (fedpol) unter Mitwirkung anderer Behörden des Bundes und der Kantone den nationalen Teil des SIS, welches fachtechnisch N-SIS genannt wird, betreibt (vgl. Art. 16 Abs. 1 BPI). Dieses Instrument dient gemäss Art. 16 Abs. 2 Bst. b BPI den Stellen des Bundes und der Kantone unter anderem bei der Erfüllung der Anordnung und Überprüfung von Einreisesperren und Einreisebeschränkungen gegenüber Drittstaatsangehörigen. Das fedpol sowie das BFM haben zur Erfüllung dieser Aufgaben Zugriff darauf (vgl. Art. 16 Abs. 5 Bst. a sowie b BPI). Mit Art. 16 Abs. 8 BPI delegierte der Gesetzgeber die Regelung der weiteren Einzelheiten, wie insbesondere die Zugriffsberechtigung für die Bearbeitung der verschiedenen Datenkategorien sowie die Rechte der betroffenen Personen, an den Bundesrat. Dem ist die Landesregierung mit der Verordnung vom 7. Mai 2008 über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung, SR 362.0) nachgekommen. Deren Art. 21 Abs. 1 schreibt vor, dass das BFM eine Ausschreibung im Sinne von Art. 96 SDÜ immer dann vornimmt, wenn es ein Einreiseverbot nach Art. 67 Abs. 1 und 2 AuG erlässt (zum Vorgehen im Falle einer Ausschreibung durch das fedpol vgl. Art. 21 Abs. 2 i.V.m. Art. 16 N-SIS-Verordnung).

E. 6.3

Die gemachten Ausführungen zeigen auf, dass die Ausschreibung im SIS durch das BFM nicht zu beanstanden ist. Der Beschwerdeführer ist nicht Bürger eines Schengenstaates und wurde wegen einer Straftat verurteilt, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist. Im Übrigen sind die Einwände des Beschwerdeführers unbehelflich: Ob eine Ausschreibung im SIS erfolgt oder nicht, hängt keineswegs davon ab, ob sich die betreffende Person im Ausland je etwas hat zu Schulden kommen lassen. Denn Sinn und Zweck des Schengener Durchführungsübereinkommens bildet einerseits die Reisefreiheit im ganzen Schengenraum, andererseits der grenzüberschreitende Kampf gegen das Verbrechen, weshalb das ganze Schengengebiet als ein Raum anzusehen ist. Des Weiteren kann nicht veranlasst werden, dem Beschwerdeführer die Möglichkeit zu geben, seine Geschwister und deren Familien in Österreich besuchen zu können; vielmehr hat dieser ein

entsprechendes Ersuchen im genannten Staat zu stellen. Schliesslich wird der behauptete Umstand, der Beschwerdeführer könne nicht in die Schweiz reisen, da er aufgrund seines Bauchaortenaneurysmas nicht fliegen könne, nicht mit ausreichenden Arztzeugnissen belegt. Die von seiner Rechtsvertreterin eingereichten Dokumente (vgl. Sachverhalt Buchstabe H) beschreiben ganz im Gegenteil eine gelungene Operation des Beschwerdeführers.

E. 6.4

Der Vollständigkeit halber ist auf das in Art. 25 SDÜ geregelte vorgesehene Konsultationsverfahren hinzuweisen. Dieses regelt, wann der ausschreibende Vertragsstaat die Einreiseverweigerung gegenüber einem Drittstaatsangehörigen im SIS wieder löscht. Dies wäre dann der Fall, wenn ein anderes Schengenland dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt oder zusicherte. Ein solcher Aufenthaltstitel wird aber nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe erteilt, insbesondere wegen humanitärer Erwägungen oder infolge internationaler Verpflichtungen (vgl. hierzu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-20/2010 vom 12. Oktober 2010 E. 6.2.1). Damit wird den Anforderungen an die Verhältnismässigkeit Genüge getan. Einzelfallweise bestehen weitere Lockerungsmöglichkeiten (bezogen auf Einreisen in die Schweiz siehe beispielsweise die genannte Möglichkeit der Suspension des Einreiseverbots gemäss Art. 67 Abs. 5 AuG). Vorliegend wurde die Schweiz von keiner anderen Vertragspartei konsultiert. Zudem sind keine weiteren Lockerungsmöglichkeiten ersichtlich. Da der Beschwerdeführer derzeit auch kein Aufenthaltsrecht in einem Schengenstaat besitzt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C 2681/2010 vom 6. Mai 2011 E. 4.2), erfolgte die Ausschreibung im SIS daher rechtmässig.

E. 7

Aus diesen Erwägungen folgt, dass das unbefristete Einreiseverbot unter dem Gesichtspunkt von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist und dass die bereits erfolgte Ausschreibung im SIS nach Art. 96 SDÜ zu Recht erfolgte. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

E. 8

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der unterliegende Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1, 2 und 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

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