

# **BVGer C-56/2011 vom 12. Oktober 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-10-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-56\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-56_2011)

FR: TAF C-56/2011 du 12 octobre 2012

IT: TAF C-56/2011 del 12 ottobre 2012

## **Regeste**

Einreiseverbot

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, welches mit der Anordnung eines Einreiseverbotes eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

### **E. 1.2**

Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (vgl. Art. 49 ff. VwVG). 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 und - sofern 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 ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung (vgl. BVGE 2011/1 E. 2, BVGE 2007/41 E. 2 und Urteil des BVGer A-2682/2007 vom 7. Oktober 2010 E. 1.2 und 1.3). 3.3.1 In formeller Hinsicht wird gerügt, die angefochtene Verfügung sei lediglich mit der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz begründet worden. Deshalb könne die Vorinstanz im Nachhinein nicht argumentieren, das Einreiseverbot stütze sich auch auf andere Gesetzesverstösse. 3.2 Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind die Behörden verpflichtet, schriftliche Verfügungen zu begründen. Die Begründungspflicht ist Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Sie soll verhindern, dass die Behörden sich von unsachlichen Motiven leiten lassen, und es der betroffenen Person ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Eine

sachgerechte Anfechtung ist nur möglich, wenn sich sowohl die Partei wie auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Anforderungen an die Begründung sind umso höher, je weiter der Entscheidungsspielraum der entscheidenden Behörde und je komplexer die Sach- und Rechtslage ist (vgl. BVGE 2007/27 E. 5.5.2 und BGE 133 I 270 E. 3.1 S. 277 je mit Hinweisen, sowie FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, N 17 ff. zu Art. 35 ebenso LORENZ KNEUBÜHLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 4 ff. zu Art. 35 VwVG). Eine Verletzung des Gehörsanspruchs führt grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Im Falle der Verletzung der Begründungspflicht kann der Mangel auf Rechtsmittelebene geheilt werden, wenn die Vorinstanz die Entscheidungsgründe in einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden Weise darlegt und die Rechtsmittelinstanz der betroffenen Partei im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels die Möglichkeit einräumt, sich dazu zu äussern (vgl. LORENZ KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 19 ff. zu Art. 35 mit Hinweisen).

3.3 Die Begründung der angefochtenen Verfügung ist knapp ausgefallen und ziemlich summarisch gehalten. Die Vorinstanz verweist auf einen einzigen Grund (Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz) derentwegen sie eine Fernhaltemassnahme von vier Jahren für angezeigt erachtet. Auch wenn andere hierzulande beanstandete Verhaltensweisen des Beschwerdeführers (illegale Einreise, Bezug von Sozialhilfe, Ausschaffung in sein Heimatland), die diesem hinlänglich bekannt sind, nicht im Einzelnen aufgeführt sind, so ist dennoch klar, dass auch diese bei der Verfügung der Fernhaltemassnahme miteinbezogen wurden. So wurde die illegale Einreise des Beschwerdeführers in die Schweiz zeitgleich mit der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz abgeurteilt. Die Vorinstanz hat zwar einen Teil der Verfügungsbegründung nachgeschoben, doch der Beschwerdeführer hätte dazu Stellung nehmen können. Eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist somit als geheilt zu erachten (vgl. Bst. S).

#### **E. 4.1**

Wird gegen eine Person, welche nicht Angehörige eines Staates ist, der durch eines der Schengen-Assoziierungsabkommen (vgl. Anhang 1 Ziffer 1 AuG) gebunden ist, 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) normalerweise im SIS (vgl. dazu Art. 92 ff. SDÜ) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben. Eine solche Ausschreibung einer Person im SIS zur Einreiseverweigerung aufgrund einer vom BFM verhängten Fernhaltemassnahme bewirkt, dass ihr die Einreise in das Hoheitsgebiet der Schengen-Mitgliedstaaten verweigert wird (vgl. 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]).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer ist nicht Bürger eines Schengenstaates, weshalb das fragliche Einreiseverbot im SIS ausgeschrieben wurde (Art. 96 SDÜ). Das in Art. 25 SDÜ vorgesehene Konsultationsverfahren 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 (Art. 25 SDÜ; vgl. hierzu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4342/2010 vom 9. Mai 2011 E. 3.2). Einzelfallweise bestehen weitere Lockerungsmöglichkeiten (bezogen auf Einreisen in die Schweiz siehe beispielsweise die Möglichkeit der Suspension des Einreiseverbots gemäss Art. 67 Abs. 5 AuG). Vorliegend wurde die Schweiz von keiner anderen Vertragspartei konsultiert und der Beschwerdeführer besitzt derzeit auch kein Aufenthaltsrecht in einem Schengenstaat. Die Ausschreibung im SIS erfolgte daher zu Recht.

#### **E. 5.1**

Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot entspricht der altrechtlichen Einreisesperre des Art. 13 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121). Auf den 1. Januar 2011 trat als Folge der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes eine neue Fassung in Kraft (vgl. zum Ganzen 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 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 bei der Ansetzung von Fernhaltemassnahmen ist mit den obgenannten Grundsätzen vereinbar [vgl. Botschaft vom 18. November 2009 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs 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 S. 8896)] weswegen sich für den Beschwerdeführer im Ergebnis nichts ändert (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3304/2009 vom 18. Januar 2012 E. 5.1 mit Hinweis).

## **E. 5.2**

Wie bereits die altrechtliche Einreisesperre ist das Einreiseverbot keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3813). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG (welcher der alten Fassung von Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG entspricht) bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter. Sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (BBl 2002 3809; vgl. auch Rainer J. Schweizer/Patrick Sutter/Nina Widmer, in: Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, Teil B, Rz. 12 und 13 mit Hinweisen). In diesem Sinne liegt nach Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unter anderem dann vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden. Somit können die vorliegenden Rechtsgüterverletzungen als Teil der objektiven Rechtsordnung ein Einreiseverbot nach sich ziehen, allerdings nicht als Sanktion, sondern als Massnahme zum Schutz künftiger Störungen (vgl. BBl 2002 3813).

## **E. 5.3**

Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil und Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 25. November 2010 wegen eines Vergehens gegen das Ausländergesetz (Art. 115 Abs. 1 lit. A und b AuG) und der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.-- ohne Aufschiebung sowie mit einer Busse von Fr. 500.-- bestraft. Die Voraussetzungen für ein Einreiseverbot gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG in der Fassung vom 1. Januar 2008 bzw. Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG in der Fassung vom 1. Januar 2011 sind zweifelsohne erfüllt. 6. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer in Ausschaffungshaft genommen und ausgeschafft werden musste, weshalb er auch diesbezüglich Gründe für die Verhängung einer Fernhaltungsmassnahme gesetzt hat (vgl. Art. 67 Abs. 1 Bst. c AuG in der Fassung vom 1. Januar 2008 bzw. Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG in der Fassung vom 1. Januar 2011 und Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG). Diese Ergänzung der vorinstanzlichen Begründung ist im Sinne einer Motivsubstitution durchaus möglich und zulässig (vgl. E. 3 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1231/2007 vom 23. Juni 2008 E. 2). 7. 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. statt vieler Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. vollständig überarbeitete Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 613 ff.). 7.1 In casu besteht ohne Zweifel ein öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers. Durch Missachtung von Vorschriften im Zusammenhang mit Einreise und Aufenthalt wird das ausländerrechtliche System in seinen zentralsten Bereichen in Frage gestellt. Ein Einreiseverbot wirkt hier einerseits generalpräventiv, indem es andere Ausländerinnen und Ausländer angesichts der nachteiligen Folgen dazu anhält, sich an die

Einreise- und Aufenthaltsvorschriften des Gastlandes zu halten. Aber auch unter dem Aspekt der Spezialprävention ist von einem besonderen öffentlichen Interesse auszugehen, zumal der Beschwerdeführer sich trotz Verhängung einer Fernhaltemassnahme (vgl. Einreiseverbot der Vorinstanz vom 1. Dezember 2009) nicht davon abhalten liess, illegal in die Schweiz einzureisen und sich hier rechtswidrig aufzuhalten. Die mitgeführten gefälschten Ausweispapiere veranschaulichen eine durchdachte und zweckgerichtete Vorgehensweise. Dass sein Rechtsvertreter ihn erst im Januar 2010 über das Einreiseverbot informiert haben soll, ist nicht belegt. Den Akten ist zu entnehmen, dass das Einreiseverbot dem Rechtsvertreter am 9. Dezember 2009 zugestellt worden ist. Überdies hat er innerhalb der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Juni 2009 angesetzten Probezeit delinquent. Dies lässt den Schluss zu, dem Beschwerdeführer fehle es weitgehend an der Einsicht sich rechtskonform zu verhalten, weshalb das öffentliche Interesse an einem über die ursprüngliche Fernhaltemassnahme hinaus befristeten Einreiseverbot als bedeutend einzustufen ist. Dennoch muss festgehalten werden, dass die schwersten Verfehlungen des Beschwerdeführers bereits beim ersten Einreiseverbot berücksichtigt wurden. Die Vorinstanz hielt diesbezüglich in ihrer Vernehmlassung fest, sie habe bei der Festsetzung der Höhe des Einreiseverbots der persönlichen und familiären Situation des Beschwerdeführers weitestgehend Rechnung getragen. Ohne deren Berücksichtigung sowie der Tatsache, dass dieser sich seit Kindheit in der Schweiz aufgehalten habe, wäre laut Vorinstanz aufgrund der wiederholten schweren Gesetzesverstösse und Verurteilungen ohne weiteres eine Fernhaltemassnahme auf unbestimmte Zeit gerechtfertigt gewesen (vgl. Bst. R). Die Straftaten, welche der Beschwerdeführer nach Verhängung des ersten Einreiseverbots verübt hat, wiegen deutlich weniger schwer, als jene, welche er vor der Verhängung des ersten Einreiseverbots begangen hat (vgl. Bst. B ff.). Überdies enthalten die Akten der Vorinstanz einen Strafregisterauszug einer anderen Person. Dieser listet ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Februar 1998 auf, welches einen Dritten mit ähnlichen Personalien wegen mehrfachen Raubes sowie Versuchs dazu, mehrfacher Gehilfenschaft zu Raub und mehrfacher Gehilfenschaft zu betrügerischem Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage mit acht Monaten Gefängnis bestrafte. Die Vermutung liegt nicht fern, dass sich die Vorinstanz bei der Festsetzung der Höhe des ersten Einreiseverbots fälschlicherweise auch auf dieses Urteil stützte.

7.2 Persönliche Interessen bringt der Beschwerdeführer keine vor, können jedoch darin erblickt werden, dass seine zwei Kinder, welche das Schweizer Bürgerrecht besitzen, in der Schweiz leben. Die Wirkung des Einreiseverbots besteht jedoch nicht darin, dass dem Beschwerdeführer während dessen Geltungsdauer Besuchsaufenthalte bei ihm nahe stehenden Personen in der Schweiz schlichtweg untersagt wären. Es steht ihm vielmehr die Möglichkeit offen, aus wichtigen Gründen mittels Gesuch die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhaltemassnahme zu beantragen (Art. 67 Abs. 5 AuG). Die Suspension wird aber praxisgemäss nur für eine kurze und klar begrenzte Zeit gewährt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2681/2010 vom 6. Mai 2011 E. 6.3 mit Hinweis). Der Kontakt zwischen ihm und seinen in der Schweiz lebenden Kinder kann im Übrigen auch auf andere Weise als durch Besuche in der Schweiz gepflegt werden (Briefverkehr, Telefonate, Videotelefonie). Das Fehlen eines dauerhaften Aufenthaltsrechts des Beschwerdeführers steht häufigeren persönlichen Kontakten mit seinen Kindern in der Schweiz bereits entgegen.

7.3 Eine wertende Gewichtung der sich entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist, in der ausgesprochenen Dauer von vier Jahren jedoch als unangemessen lang

erscheint. Angesichts der konkreten Umstände ist davon auszugehen, dass dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers mit einem Einreiseverbot von zwei Jahren hinreichend Rechnung getragen wird.

#### **E. 8**

Aus diesen Erwägungen folgt, dass das auf vier Jahre bemessene Einreiseverbot Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und das gegen den Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot auf zwei Jahre, bis zum 29. November 2014, zu befristen. 9. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die ermässigten Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1, 2 und 3 Bst. b des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Im Umfang seines Obsiegens ist dem Beschwerdeführer eine gekürzte Parteientschädigung in gerichtlich festzusetzender Höhe zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE).

#### **E. 10**

Das vorliegende Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). (Dispositiv nächste Seite)

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