

BVGer C-6577/2012 vom 28. April 2014

Bundesverwaltungsgericht, 2014-04-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6577_2012

FR: TAF C-6577/2012 du 28 avril 2014

IT: TAF C-6577/2012 del 28 aprile 2014

Regeste

Einreiseverbot

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, das 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 zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

E. 1.4

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Angelegenheit endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des BGG).

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 - falls nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat - die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet 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 seines Entscheides (vgl. BVGE 2012/21 E. 5.1, 2011/43 E. 6.1 und 2011/1 E. 2).

E. 3

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Im Entscheid des BFM werde behauptet, er habe unter falschen Angaben ein italienisches Schengenvisum erschlichen, wobei nicht erwähnt werde, worin diese

falschen Angaben bestünden. Des weiteren bringt er vor, die geplante Massnahme sei ihm nicht bereits zuvor eröffnet worden. Somit sei ihm keine Gelegenheit gegeben worden, sich bei der Wahrung des rechtlichen Gehörs beraten zu lassen. Als er von der Flughafenpolizei festgehalten worden sei, sei ihm Gelegenheit gegeben worden, zum Einreiseverbot Stellung zu nehmen. Aus seiner handschriftlichen Bemerkung könne man unschwer entnehmen, dass er nicht verstanden habe, um was es gegangen sei.

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 Häfelin et al., Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2010, Rz. 1680 ff.; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., 1998, S. 46, 107 ff.; Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 2005, S. 285 ff.). Dazu gehört das Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung (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

Ebenfalls Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV ist die Begründungspflicht. Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind die Behörden verpflichtet, schriftliche Verfügungen zu begründen. Dies 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 tatbestandlichen 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 Uhlmann/Schwank, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2009, Art. 35 N. 17 ff. S. 802 ff.; ebenso Lorenz Kneubühler, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 35 Rz. 4 ff. S. 509 ff. mit Hinweisen).

E. 3.3

Auf den Gehörsanspruch als solchen kann nicht verzichtet werden. Ob das rechtliche Gehör gewährt wurde, ist im Beschwerdeverfahren von Amtes wegen zu überprüfen (vgl. KÖLZ/HÄNER. a.a.O., S. 46). 4.4.1 Aus den Akten geht hervor, dass die Kantonspolizei Zürich dem Beschwerdeführer am 11. September 2012 unter Hinweis auf Bst. F (hat sich bereits drei Monate innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten im Gebiet der

Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder der Schweiz aufgehalten) des Formulars "Rechtliches Gehör zur Prüfung von Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahmen" die Verweigerung der Einreise sowie die Prüfung von Fernhaltungsmassnahmen signalisierte und ihm dazu das rechtliche Gehör gewährte. Von dieser Möglichkeit hat er Gebrauch gemacht und - so die Übersetzung in den Akten - ausgeführt "Ich habe meinen Pass von Zürich aus in die Türkei gesendet, für eine Erneuerung, weil mein Visum fast abgelaufen ist. Ich gehe in eine Sprachschule um Deutsch zu lernen. Habe meinen Pass bevor der Zeitraum von 90 Tagen abgelaufen ist, in ein Schengen-Office geschickt. Da das Schengenbüro in der Türkei noch im Besitz ist von meinem Pass, ist das der Grund für die Verspätung. In diesem Zeitraum war ich nicht nur in Zürich, sondern auch in Paris und in Wien, aus geschäftlichen Gründen auch einmal in Holland. Ansonsten hatte ich keinerlei illegale Tätigkeiten und bin auch nicht einer Arbeit nachgegangen". Dass dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör nicht durch die verfügende Behörde selbst gewährt wurde, ist nicht von Belang (zum Ganzen vgl. Urteil des BVGer C-8562/2010 vom 11. Oktober 2012 E. 4.3 mit Hinweis). Abgesehen davon besteht hier ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Gehörsgewährung und Verfügungserlass. Sein Gehörsanspruch wurde somit durch das beschriebene Vorgehen der Behörden ohne weiteres gewahrt. Den Akten ist zu entnehmen (vgl. Ziff. 7 des oben erwähnten Formulars), dass der Beschwerdeführer anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs auf die Zustellung einer beschwerdefähigen Verfügung verzichtete und gleichentags nach Istanbul zurück reiste. Die Verfügung vom 29. Oktober 2012 konnte ihm aufgrund seines Aufenthalts im Heimatstaat nicht bereits früher eröffnet werden. 4.2 Hinsichtlich der Verletzung der Begründungspflicht lässt sich festhalten, dass die angefochtene Verfügung zu wenig konzis begründet worden ist. Die Formulierung, der Beschwerdeführer habe unter falschen Angaben ein italienisches Schengenvisum erschlichen und so die Behörden getäuscht, ist nicht klar genug. Die Vorinstanz hätte dem Beschwerdeführer vorhalten müssen, dass er höchstens 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen in den Schengen-Raum einreisen dürfe und somit sein italienisches Schengenvisum nicht gültig sei, da er sich bereits kürzlich 90 Tage in der Schweiz aufgehalten habe und erst am 13. November 2012 erneut in den Schengen-Raum einreisen dürfe. 4.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt grundsätzlich - ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst - zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Ob eine Gehörsgewährung im konkreten Fall für den Ausgang der Streitsache in materieller Hinsicht von Bedeutung ist, d.h. ob die Behörde dadurch zu einer Änderung veranlasst werden könnte, spielt also keine Rolle (vgl. PATRICK SUTTER in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., Art. 29 Rz. 16 S. 426; MOSER et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2013, S. 193 Rz. 3.110; BGE 132 V 387 E. 5 S. 390; 127 V 431 E. 3d.aa; BVGE 2007/30 E. 5.5.1). Dieser Grundsatz wird allerdings dadurch relativiert, dass die Verletzung des Gehörsanspruchs gegebenenfalls durch die Rechtsmittelinstanz geheilt werden kann. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nach ständiger Praxis des Bundesgerichts ausnahmsweise einer Heilung zugänglich, wenn die betroffene Partei die Möglichkeit hat, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die zur freien Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen befugt ist, 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 (BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; 132 V 387 E. 5.1 S. 390 und ebenso bereits 116 V 182 E. 1b S. 185 f. mit

Hinweisen sowie E. 3d S. 187). Nach in der Lehre vertretener Auffassung fällt eine Heilung dabei nur in Fällen nicht besonders schwerwiegender Verletzungen von Parteidrechten in Betracht (Waldmann/ Bickel, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 29 N 115 f. S. 644; SUTTER, a.a.O., Rz. 21 ff.; MOSER et al, a.a.O., Rz. 3.112). Demgegenüber hat das Bundesgericht in jüngeren Entscheiden die eben dargelegten Grundsätze auch im Zusammenhang mit schwerwiegenden Verletzungen des rechtlichen Gehörs anwendbar erklärt und damit grundsätzlich die Auffassung vertreten, auch solche Verletzungen seien einer Heilung zugänglich (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f. mit Hinweis). Diesen Entscheiden ist seitens der Lehre teilweise heftige Kritik erwachsen (vgl. insb. SUTTER, a.a.O., Rz. 21; vgl. auch WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N 116 sowie N 125 ff.).

4.4 Das Bundesverwaltungsgericht verfügt im vorliegenden Verfahren über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz und ist zur freien Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen befugt. Eine Voraussetzung für die (ausnahmsweise) Heilung der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör wäre somit gegeben. Eine Prüfung kann im vorliegenden Fall jedoch unterbleiben (vgl. nachstehende Erwägungen).

5.5.1 Das BFM verfügt Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, 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 innert Frist nachgekommen ist (Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG). Es kann sodann nach Art. 67 Abs. 2 AuG Einreiseverbote gegen ausländische Personen erlassen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG), Sozialhilfekosten verursacht haben (Art. 67 Abs. 2 Bst. b AuG) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG). 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).

5.2 Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot bildet eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. 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 bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter; sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (vgl. BBl 2002 S. 3809). 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 u.a. vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden. Widerhandlungen gegen das Ausländerrecht fallen unter diese Begriffsbestimmung und können als solche ein Einreiseverbot nach sich ziehen (vgl. BBl a.a.O., S. 3813). Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft an das Bestehen eines Risikos einer künftigen Gefährdung an. Es ist gestützt auf die gesamten Umstände des Einzelfalls eine entsprechende Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss in erster Linie das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. BVGer C 2725/2013 vom 4. November 2013 E. 3.3 mit Hinweis).

5.3 Bürger von Drittstaaten dürfen über die Aussengrenzen des Schengen-Raums für einen Aufenthalt von höchstens 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen einreisen, wenn sie im

Besitz gültiger Reisedokumente sind, die zum Grenzübertritt berechtigen. Ferner benötigen sie ein Visum, falls ein solches nach Massgabe der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind, erforderlich ist. Kein Visum benötigen Drittstaatsangehörige, die Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels sind oder über ein gültiges Visum für den längerfristigen Aufenthalt verfügen (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. a AuG, Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Oktober 2008 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204] i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b 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, SGK, ABl. L 105 vom 13.04.2006, S. 1-32, Art. 4 VEV [nachfolgend: Schengener Grenzkodex]). Gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a iv der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [nachfolgend: Visakodex]) wird ein Visum verweigert, wenn sich der Antragsteller im laufenden Sechsmonatszeitraum bereits drei Monate im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten aufgehalten hat.

5.4 Aufgrund seiner Staatsangehörigkeit (Türkei) unterliegt der Beschwerdeführer der Visumpflicht. Den Akten der Migrationsbehörde des Kantons Zürich lässt sich entnehmen, dass der Betroffene am 17. Mai 2012 mit einem Schengen-Touristenvisum (Typ C) in die Schweiz einreiste. Am 18. Juni 2012 stellte er ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, um einen Deutschkurs zu besuchen. Das Migrationsamt des Kantons Zürich teilte ihm mit Schreiben vom 11. Juli 2012 mit, dass er bei Ablauf der gemäss Visum bewilligten Aufenthaltsdauer, das heisst am 14. August 2012 zur Ausreise verpflichtet sei. Am 11. September 2012 versuchte der Beschwerdeführer mit einem italienischen Schengenvisum, (Typ C), gültig für den Zeitraum vom 30. Juli 2012 bis zum 29. Juli 2013, in die Schweiz einzureisen. Eine Person, welche im Besitze eines Schengen-Visums ist, darf sich jedoch höchstens drei Monate pro Halbjahr im Schengenraum aufhalten (vgl. E. 5.3 und beispielsweise BVerfGE C-2771/2010 vom 3. Februar 2012 E. 5.1). Die italienischen Behörden hätten dem Beschwerdeführer die Erteilung eines Visums verweigern müssen (vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. a iv Visakodex). Es stellt sich nun die Frage, ob das Vorgehen der italienischen Behörden dem Beschwerdeführer angelastet werden kann.

5.5 Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in unrichtige Zusicherungen, Auskünfte, Mitteilungen oder Empfehlungen einer Behörde, wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat, die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war, der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen konnte, er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (Urteil des BVerfGE 2C_721/2013 vom 15. Februar 2014 E. 6.1 mit Hinweis). Gleiches muss auch für erteilte Genehmigungen (Sichtvermerk) gelten.

5.6 Den Akten ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer anlässlich der Kontrolle und Anhaltung durch die Kantonspolizei Zürich am 11. September 2012 angegeben hat, seinen Reisepass zum italienischen Konsulat nach Istanbul gesandt zu haben, um erneut ein Visum zu bekommen, da er gewusst habe, dass er von den Italienern eher ein Visum erhalte. Dieses Vorgehen spricht dafür, dass er gehandelt haben muss, dass er nicht erneut bzw. sofort in den Schengen-Raum einreisen darf. Die Vorinstanz legt jedoch

nicht dar, gegen welche Bestimmung der Beschwerdeführer verstossen haben soll. Der Beschwerdeführer verfügte bei seiner Einreise in die Schweiz über ein Schengen-Visum. Dass die italienischen Behörden dieses für den vorgesehenen Zeitraum (bei bereits vorbestehendem Sichtvermerk) nicht *tel quel* hätten ausstellen dürfen, darf dem Beschwerdeführer in analoger Anwendung von Art. 9 BV nicht angelastet werden. Er durfte darauf vertrauen, dass das Visum gültig ist. Seinem Fehlverhalten (rund zwei Monate zu früh in die Schweiz eingereist) wurde anschliessend mit der verweigerten Einreise durch die schweizerischen Behörden genüge getan. Inwieweit eine andere Rechtsverletzung vorliegen sollte, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Da dem Beschwerdeführer keine Rechtsverletzung angelastet werden kann, bleibt somit kein Raum für ein Einreiseverbot.

6. Bei dieser Sachlage steht fest, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, die Verfügung vom 29. Oktober 2012 aufzuheben.

7. Entsprechend dem Verfahrensausgang sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen und der geleistete Kostenvorschuss ist ihm zurückzuerstatten (Art. 63 Abs. 1 VwVG). In Berücksichtigung des Umfangs und der Notwendigkeit der Eingaben sowie der Schwierigkeit und Bedeutung der Streitsache ist ihm eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- (ohne MWST [vgl. dazu BVer C-1677/2011 v. 13. Januar 2012 E. 5.3]) zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). (Dispositiv nächste Seite)

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