

# **BVGer C-8114/2010 vom 5. März 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-03-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-8114\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-8114_2010)

FR: TAF C-8114/2010 du 5 mars 2012

IT: TAF C-8114/2010 del 5 marzo 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 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**

Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsbetroffene legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

### **E. 1.4**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

## **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 - soweit 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 2011/1 E. 2, BVGE 2007/41 E. 2).

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin beantragt im vorliegenden Verfahren das Einholen eines Amtsberichtes bei der Gemeinde X.\_\_\_\_\_, die Befragung von C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_

und B. \_\_\_\_\_ sowie den Beizug der Strafakte bei der Staatsanwaltschaft Oberwallis. Überdies wird auch ihre persönliche Einvernahme angeregt. Diesbezüglich gilt es Folgendes festzuhalten: Der Behörde kommt grundsätzlich die Pflicht zu, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln (Art. 12 VwVG). Zudem ist die Behörde verpflichtet, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese geeignet sind, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. Kommt die Behörde bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, die Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, kann sie auf die Erhebung weiterer Beweise verzichten, ohne durch diese antizipierte Beweiswürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) zu verletzen (vgl. zum Ganzen BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 mit Hinweis). Der entscheidende Sachverhalt erschliesst sich, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, in hinreichender Weise aus den Akten. Von den beantragten Beweismittellofferten kann daher in antizipierter Beweiswürdigung ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs abgesehen werden.

#### **E. 4**

Wird gegen eine Person, welche nicht Angehörige eines Staates ist, der durch eines der Schengen-Assoziierungsabkommen gebunden ist (vgl. Anhang 1 Ziffer 1 AuG), 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) grundsätzlich im Schengener Informationssystem ([SIS], vgl. dazu Art. 92 ff. SDÜ) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben. Eine solche Ausschreibung einer Person im SIS zur Einreiseverweigerung aufgrund einer vom BFM verhängten Fernhaltmassnahme 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]). 5.1. Auf den 1. Januar 2011 trat als Folge der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes eine neue Fassung von Art. 67 AuG 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 worden sind (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 Fernhaltmassnahmen ist mit den obgenannten Grundsätzen vereinbar (vgl. BBl 2009 8896 ad Art. 67 Abs. 3 in fine). Für die Beschwerdeführerin ändert sich dadurch im Ergebnis nichts.

5.2. Wie bereits die altrechtliche Einreisesperre (vgl. Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG, BS 1 121]) ist das Einreiseverbot keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern eine Massnahme zur Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 3709, 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; deren Verletzung ist namentlich gegeben bei erheblichen oder wiederholten Verstössen gegen gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen sowie bei Nichterfüllung öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Verpflichtungen (Botschaft, a.a.O., 3809; vgl. auch Art. 80 Abs. 1 Bst. a und b der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201] sowie 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. 13 mit Hinweisen).

5.3. Allgemein gilt, dass für die Verhängung eines Einreiseverbots kein vorsätzlicher Verstoss gegen ausländerrechtliche Bestimmungen erforderlich ist. Es genügt, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- oder Aufenthaltsvorschriften stellen normalerweise keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltmassnahme dar. Jeder Ausländerin und jedem Ausländer obliegt, sich über bestehende Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei den zuständigen Stellen zu informieren (vgl. statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4639/2010 vom 15. Februar 2011 E. 5.3 mit Hinweis).

6.1. Sofern sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, benötigen Ausländerinnen und Ausländer für einen Aufenthalt in der Schweiz von bis zu drei Monaten keine Bewilligung (Art. 10 Abs. 1 AuG). Demgegenüber benötigen Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 AuG). Art. 9 Abs. 1 VZAE hält präzisierend fest, dass Ausländerinnen und Ausländer ohne Erwerbstätigkeit in der Schweiz für einen Aufenthalt von bis zu drei Monaten innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten nach Einreise keine Bewilligung benötigen und sich nicht anmelden müssen (bewilligungsfreier Aufenthalt). Die Einreisevoraussetzungen nach Art. 5 AuG müssen während des gesamten bewilligungsfreien Aufenthalts erfüllt sein (Art. 9 Abs. 2 VZAE).

6.2. Die Beschwerdeführerin bestreitet zu keiner Zeit, in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgegangen zu sein. Bereits anlässlich ihrer Befragung durch die DBM am 26. Februar 2010 machte sie geltend, für die Familie Y. \_\_\_\_\_ zu arbeiten. Sie erhalte einen Lohn von Fr. 2'000.- sowie freie Kost und Logis. Ihr Arbeitgeber ziehe ihr auch die AHV und Pensionskasse vom Lohn ab. Des Weiteren zahle er ihr die Krankenkasse. Die von der Beschwerdeführerin vorgenommenen Arbeitsleistungen sind mit diesen Ausführungen zweifellos als Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AuG zu qualifizieren, für

welche sie vorgängig eine Bewilligung hätte einholen müssen. Vor diesem Hintergrund kann es auch keine Rolle spielen, dass die Beschwerdeführerin eine sehr enge Beziehung zu den von ihr betreuten Kindern aufgebaut habe und für die Familie Trost und Stütze in schwierigen Zeiten gewesen sei. Mit rechtskräftigem Strafbefehl des Untersuchungsrichteramts Oberwallis vom 13. Dezember 2010 wurde sie denn auch zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätze zu je Fr. 30.- und zu einer Busse von Fr. 200.- verurteilt. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren. Die Beschwerdeführerin hat somit offensichtlich ausländerrechtlichen Bestimmungen zuwidergehandelt (vgl. Art. 115 Abs. 1 Bst. c AuG).

7.1. Die Vorinstanz begründet das verhängte Einreiseverbot weiter damit, die Beschwerdeführerin habe in Ausschaffungshaft genommen werden müssen.

7.2. Mit Verfügung der DBM vom 3. November 2010 wurde festgestellt, dass im Falle der Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für die Anordnung der Ausschaffungshaft gemäss des damaligen Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 AuG gegeben waren. Aufgrund konkreter Anzeichen sei zu befürchten, dass sie sich der Ausschaffung entziehen wolle. Die kantonale Behörde führte aus, die Beschwerdeführerin sei im Jahr 2004 illegal in die Schweiz gekommen und habe seither bei der Familie Y. \_\_\_\_\_ als Haushälterin gearbeitet. Das Gesuch um Aufenthaltsbewilligung sei mit - mittlerweile rechtskräftiger - Verfügung vom 15. Juni 2010 abgelehnt worden; gleichzeitig sei ihr eine Ausreisefrist per 31. Juli 2010 angesetzt worden. Die Ausschaffung habe man ihr anlässlich der polizeilichen Anhörung vom 3. November 2010 angekündigt.

7.3. Die Beschwerdeführerin bestreitet denn auch nicht, in Ausschaffungshaft gewesen zu sein, macht aber beschwerdeweise geltend, den negativen Entscheid der DBM vom 15. Juni 2010 - worin auch die Ausreisefrist angesetzt wurde - nie erhalten zu haben. Dieser sei im Übrigen auch der Gemeinde X. \_\_\_\_\_ zugestellt worden, welche die Pflicht gehabt hätte, ihr den Entscheid zu eröffnen und ihr dessen negative Bedeutung - die Ausreise aus der Schweiz - darzulegen. Die Gemeinde habe dies jedoch versäumt, da sie davon ausgegangen sei, der Entscheid sei ihr nur informationshalber zugegangen. Hätte die Beschwerdeführerin vom negativen Entscheid gewusst, hätte sie diesen respektiert und sie wäre geordnet ausgereist. Es sei für sie ein grosser Schock gewesen, als sie anfangs November in Ausschaffungshaft versetzt worden sei. Diese Sachverhaltsdarstellung deckt sich mit der Aktenlage. So hat die Beschwerdeführerin bereits anlässlich der polizeilichen Anhörung vom 3. November 2010 ausgesagt, sie habe den negativen Entscheid der DBM vom 15. Juni 2010 nie erhalten. Das letzte Mal habe sie im Februar 2010 vom Migrationsamt gehört, als sie schriftlich befragt worden sei. Damit sei sie auch nicht in Kenntnis der ihr gesetzten Ausreisefrist gewesen (vgl. Polizeiprotokoll vom 3. November 2010, Frage 10 und Frage 11). Einem Schreiben der Gemeinde X. \_\_\_\_\_ vom 3. Dezember 2010 ist zudem zu entnehmen, man habe am 16. Juni 2010 ein Schreiben der Dienststelle für Bevölkerung und Migration erhalten. Wegen der Bemerkung "Motif: Zur Information (...)" sei man hingegen davon ausgegangen, es handle sich lediglich um ein Informationsschreiben. Auf dieses Schreiben wird auch im Entscheid des Staatsrates des Kantons Wallis vom 18. Mai 2011 Bezug genommen. Aufgrund dieses Umstands sowie des Hinweises, dass die Vorinstanz weder beweisen könnte, dass die Sendung den Postbetrieben tatsächlich zur Beförderung übergeben worden sei noch dass und wann sie dem Adressaten zugestellt worden sei, wurde festgestellt, dass die Eröffnung der Verfügung vom 15. Juni 2010 unter einem Mangel leide. Weiter wurde aus den Akten geschlossen, die Beschwerdeführerin habe am 24. November 2010 zum ersten Mal Kenntnis von der negativen Verfügung erhalten, als ihr die Dienststelle für Bevölkerung und Migration eine Kopie des Aktendossiers zugesandt habe.

Vor diesem Hintergrund ist der Beschwerdeführerin nicht vorzuwerfen, sie habe die ihr in der negativen Verfügung vom 15. Juni 2010 angesetzte Ausreisefrist ungenutzt verstreichen lassen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ihre Ausreise - in Kenntnis des Entscheides - fristgerecht und ordnungsgemäss erfolgt wäre. Die Beschwerdeführerin äusserte sich anlässlich ihrer Befragung durch die DBM am 26. Februar 2010 denn auch dahingehend, dass wenn sie keine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz erhalte, sie wieder nach Hause (Serbien) gehen könnte. Sie würde wieder mit ihrem Ehemann und ihren Kindern leben. Die Ausschaffungshaft kann ihr somit nicht angelastet werden. Demzufolge stützt sich die Vorinstanz zu Unrecht auf Art. 67 Abs. 1 Bst. d AuG in der Fassung vom 1. Januar 2008 bzw. Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG in der Fassung vom 1. Januar 2011. 7.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen hat, indem sie einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit nachging (Art. 115 Abs. 1 Bst. c AuG). Der Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG ist somit gegeben, weshalb sich die Verhängung der Fernhaltmassnahme in grundsätzlicher Hinsicht als gerechtfertigt erweist. 8.1. 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. statt vieler Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 613 ff.). 8.2. Das Fehlverhalten der Beschwerdeführerin wiegt objektiv nicht leicht. Sie war über Jahre hinweg in der Schweiz erwerbstätig, ohne dass sie im Besitze einer entsprechenden Arbeitsbewilligung war. Sie hat somit ausländerrechtliche Normen missachtet, denen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine zentrale Bedeutung zukommt. 8.3. Auf der anderen Seite ist die Gefahr weiterer gleichgelagerter Zuwiderhandlungen nicht in dem Masse zu veranschlagen, wie zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung von der Vorinstanz angenommen wurde. Mitberücksichtigen kann man, dass die Beschwerdeführerin von sich aus die Legalisierung ihres Status anstrebte. Sie legte ihre Verhältnisse von Anfang an offen und zeigte sich gegenüber den Behörden kooperativ. Zudem verfügte sie über einen gültigen serbischen Pass. 8.4. Eine Abwägung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen führt zum Ergebnis, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist, in der ausgesprochenen Dauer von fünf Jahren jedoch als unangemessen lang erscheint. Angesichts der konkreten Umstände ist davon auszugehen, dass dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung der Beschwerdeführerin mit einem Einreiseverbot von drei Jahren Dauer hinreichend Rechnung getragen wird.

## **E. 9**

Aus diesen Erwägungen folgt, dass das auf fünf Jahre bemessene Einreiseverbot Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und das gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot auf drei Jahre - bis zum 3. November 2013 - zu befristen.

## **E. 10**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die (ermässigten) Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Eine Parteientschädigung ist nicht auszurichten, da der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin keine verhältnismässig hohen Kosten entstanden sind (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 4 VGKE). (Dispositiv nächste Seite)

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