

# **BVGer C-8211/2007 vom 16. Mai 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-05-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-8211\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-8211_2007)

FR: TAF C-8211/2007 du 16 mai 2008

IT: TAF C-8211/2007 del 16 maggio 2008

## **Regeste**

Einreise

## **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 Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, das mit der Ablehnung eines Wiedererwägungsgesuches betreffend Einreisesperre eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Wiedererwägungsentscheide unterliegen grundsätzlich den gleichen Rechtsmitteln wie die ursprüngliche Verfügung (Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 67.109 E. 1d mit Hinweis). Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz keine abweichenden Bestimmungen vorsieht (Art. 37 VGG).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist als Adressat der Verfügung vom 1. November 2007 zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 49 ff. 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 ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.451/2002 vom 28. März 2003 E. 1.2, sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

C-135/2006 vom 20. Dezember 2007 E. 2 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3**

Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) am 1. Januar 2008 wurde das ehemalige Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer abgelöst (vgl. Art. 125 AuG i.V.m. Ziff. I des Anhangs zum AuG). Auf Verfahren, die vor diesem Zeitpunkt eingeleitet wurden, bleibt das bisherige Recht anwendbar (vgl. Art. 126 Abs. 1 AuG sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3912/2007 vom 14. Februar 2008 E. 2). Die angefochtene Verfügung erging vor dem Inkrafttreten des AuG. Für die materielle Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist daher auf die altrechtliche Regelung abzustellen.

#### **E. 4.1**

Das Wiedererwägungsgesuch ist der formlose Rechtsbehelf, mit welchem eine betroffene Person die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde darum ersucht, auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen und diese abzuändern oder aufzuheben (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1828; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 31 Rz. 26). Im Verwaltungsverfahren des Bundes ist die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen nicht ausdrücklich geregelt. Die Rechtsprechung leitet dieses Institut direkt aus Art. 29 BV sowie insbesondere aus Art. 66 VwVG ab, welcher die Möglichkeit der Revision von Beschwerdeentscheiden vorsieht (VPB 67.109 E. 3a mit Hinweisen). Dem Einzelnen steht ein Anspruch auf Wiedererwägung zu, wenn sich die Verhältnisse seit Erlass der ursprünglichen Verfügung erheblich verändert haben oder wenn Tatsachen und Beweismittel angeführt werden, die im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand. Die Wiedererwägung darf indessen nicht dazu dienen, rechtskräftige Verwaltungsentscheide immer wieder in Frage zu stellen oder Rechtsmittelfristen zu umgehen (BGE 120 Ib 42 E. 2b S. 46 f. mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 2A.20/2004 vom 7. April 2004 E. 3.2; VPB 63.45 E. 3a in fine).

#### **E. 4.2**

Bezogen auf den Verfahrensgegenstand ist primär zu prüfen, ob die nach der Rechtskraft der Einreisesperre hinzugekommenen sachverhaltlichen Umstände es rechtfertigen, die auf unbestimmte Dauer angeordnete Fernhaltemassnahme vorzeitig aufzuheben. In die hierbei vorzunehmende Ermessensausübung hat vorweg der Grundsatz des Gesetzesvorranges einzufließen. Die Behörde darf das ihr zustehende Ermessen nicht so ausfüllen, dass das Ergebnis im Widerspruch zum geltenden Recht steht. Die Behörde ist ferner an die Kriterien gebunden, die sich aus dem Sinn und Zweck der konkreten gesetzlichen Ordnung ergeben. Schliesslich hat die Behörde allgemeine Grundsätze des Verwaltungshandelns zu beachten, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Verwaltungsakten (zu letzterem vgl. Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, a.a.O., Rz. 586 ff.).

#### **E. 5.1**

Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, hat der Beschwerdeführer gegen die über ihn am 8. Juni 2004 verhängte Einreisesperre eine Beschwerde eingereicht. Diese Beschwerde hat das

EJPD mit Entscheidung vom 3. Januar 2005 abgewiesen, womit die Einreisesperre in formelle Rechtskraft erwuchs.

## **E. 5.2**

Die erwähnte Fernhaltemassnahme stützt sich zur Hauptsache auf ein Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 7. Mai 2001, mit welchem der Beschwerdeführer wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz - in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Lenzburg vom 12. Juli 2000 - zu einer Zuchthausstrafe von vier Jahren sowie einer unbedingten Landesverweisung von zehn Jahren verurteilt worden war. Die Strafbehörden erachteten es damals als erwiesen an, dass der Betroffene als selber nicht drogenabhängiger, auf einer höheren Hierarchiestufe agierender Dealer versucht hat, ein Drogengeschäft über vier Kilogramm Heroin (Reinheitsgrad 23 %) abzuwickeln. Ganz generell sind ausländische Straftäter, die durch Verbreitung harter Drogen die Gesundheit anderer gefährden oder beeinträchtigen, während einer gewissen Zeit von der Schweiz fernzuhalten. Damit soll der weiteren Ausbreitung des verbotenen Handels mit Betäubungsmitteln entgegengewirkt werden. Aufgrund der Zunahme solcher Straftaten ist zum Schutz der Allgemeinheit durch eine kontinuierliche und strenge Verwaltungspraxis zu verdeutlichen, dass schwere Widerhandlungen gegen das BetmG mit langjährigen Fernhaltemassnahmen geahndet werden. Der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit ist dabei durch Abschreckung nicht nur des jeweiligen Straftäters, sondern auch anderer potenzieller Rechtsbrecher weit möglich zu gewährleisten (vgl. dazu BGE 131 II 352 E. 4.3.1 S. 359 f., BGE 125 II 521 E. 4a S. 526 oder die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-137/2006 vom 31. März 2008 E. 6.8 und C-88/2006 vom 13. Juni 2007 E. 5.3). Vor diesem Hintergrund sind die Vorbringen des Rechtsvertreters einer Würdigung zu unterziehen.

## **E. 6**

Die wiedererwägungsweise Aufhebung der Einreisesperre rechtfertigt sich nach Auffassung des Parteivertreters allein schon wegen der positiven persönlichen Entwicklung und des Wohlverhaltens seines Mandanten in den vergangenen Jahren. Wie ihm vom früheren Beschwerdeverfahren her bekannt ist, bedeutet die fehlende Befristung der verfügten Einreisesperre nicht, die Massnahme solle für den Rest des Lebens des Betroffenen gelten. Vielmehr will die verfügende Behörde damit zum Ausdruck bringen, dass es ihr zurzeit nicht möglich ist, eine zuverlässige Prognose darüber zu machen, wie lange ein relevantes Risiko für die öffentliche Sicherheit und Ordnung anzunehmen ist. Wenn sich eine von einer unbefristeten Einreisesperre betroffene ausländische Person in der Folge während langer Zeit klaglos verhält, so ist dies ein Argument, welches für den nachträglichen Wegfall des öffentlichen Sicherheitsbedürfnisses und somit für eine nachträglich wesentlich veränderte Sachlage sprechen kann, wobei es jedoch auf die gesamten Umstände des jeweiligen Einzelfalles abzustellen gilt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-137/2006 vom 31. März 2008 E. 6.7 mit Hinweis).

### **E. 6.1**

Angesichts des massnahmebegründenden deliktischen Verhaltens ist (wie angetönt) ein strenger Massstab anzuwenden, wenn es um die Beurteilung des gegenwärtigen Gefährdungspotenzials geht. Zwar liegen die Urteile des Bezirksgerichts Lenzburg und des Obergerichts des Kantons Aargau bald acht bzw. sieben Jahre zurück, und seit der letzten Strafhandlung sind nunmehr zehn Jahre verstrichen. Allerdings werfen die fraglichen

Urteile ein denkbar schlechtes Licht auf den Verurteilten. Der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand, es liege kein allzu schwerer Fall vor, kann im vorliegenden Verfahren nicht mehr gehört werden (vgl. Art. 66 Abs. 3 VwVG). Vor allem aber gilt es zu berücksichtigen, dass für die Berechnung der Dauer des klaglosen Verhaltens nicht auf den Begehungs- oder Urteilszeitpunkt, sondern auf das Datum der letzten Haftentlassung, die am 5. Oktober 2001 erfolgte, abzustellen ist. Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer seine Strafen verbüsst hat und ihm im Strafvollzug eine gute Führung attestiert wurde, kann nicht leichthin gefolgert werden, die Gefahr einer erneuten Begehung von Betäubungsmitteldelikten der gleichen Art bestehe nicht mehr. Mit Blick auf die von ihm verletzten Rechtsgüter erweist sich denn die seit seiner letzten Haftentlassung abgelaufene Bewährungszeit von sechseinhalb Jahren als zu kurz, als dass bereits von einer grundlegenden und gefestigten Wandlung ausgegangen werden könnte (zum Ganzen vgl. BGE 130 II 493 E. 5 S. 504). Zudem ist nicht bekannt, ob er im Kosovo einer geregelten Erwerbstätigkeit nachgeht. Aus einem Führungszeugnis vom 6. Februar 2007 geht einzig hervor, dass er in seiner Heimat strafrechtlich nicht negativ in Erscheinung getreten ist, was als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt werden darf. Ansonsten wird in dieser Hinsicht nichts Substanzielles vorgebracht. Wohl steht es einer ausländischen Person jederzeit offen, ein Wiedererwägungsgesuch zu stellen, einem solchen kann im Kontext der hier eine vorrangige Bedeutung geniessenden öffentlichen Interessen jedoch erst Aussicht auf Erfolg beschieden sein, wenn der Betroffene das Land über einen längeren Zeitraum hinweg ("pendant un laps de temps significatif") verlassen und den Tatbeweis für konstantes Wohlverhalten erbracht hat (BGE 130 II 493 E. 5 S. 504). Nach welcher Dauer dies der Fall sein wird, mag zum heutigen Zeitpunkt offen bleiben, zumal die Periode des Wohlverhaltens bezogen auf die Lebenssituation des Beschwerdeführers offenkundig noch nicht ausreicht, um von einer wesentlich veränderten Sachlage auszugehen.

### **E. 6.2**

Gegen die Fortdauer der Einreisesperre sprechen aus der Sicht des Beschwerdeführers sodann die Familienverhältnisse, die sich drastisch verändert hätten. Konkret verweist er auf das am 27. März 2006, nach der Rechtskraft der Einreisesperre geborene gemeinsame Kind E.\_\_\_\_\_. Dabei wird verkannt, dass die Belastungssituation für die Familie - sie bestand damals aus der in der Schweiz niedergelassenen Ehefrau und den beiden Töchtern A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ - schon im Beschwerdeverfahren betreffend die Anordnung der Einreisesperre geprüft worden war (vgl. den entsprechenden Entscheid des EJPD vom 3. Januar 2005). Behördlicherseits ebenfalls nie in Abrede gestellt wurde, dass der Beschwerdeführer stets versucht hat, die Kontakte zur hiesigen Familie im Rahmen seiner Möglichkeiten aufrecht zu erhalten. Im vorliegenden Kontext stellt die blossе Tatsache, dass der Massnahmebelastete inzwischen ein drittes Mal Vater geworden ist, deshalb keinen neuen Sachumstand dar, der zu einer anderen Beurteilung der Angelegenheit führen könnte.

### **E. 6.3**

Schliesslich beruft sich der Beschwerdeführer, anders als im ordentlichen Beschwerdeverfahren, nunmehr explizit auf Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV. Solange eine unbedingte Landesverweisung bestand, verblieb für die Vorinstanz und das EJPD kaum Raum, sich mit der Vereinbarkeit der auf unbestimmte Dauer verhängten Fernhaltungsmassnahme mit den genannten Bestimmungen zu befassen (vgl. BGE 124 II 289 E. 3a S. 291 f.). Trotzdem stellt der Wegfall der gerichtlichen Landesverweisung auch unter

besagtem Blickwinkel kein Sachverhaltselement dar, das eine Anpassung der als Dauerverfügung konzipierten Einreisesperre im Sinne der Ausführungen des Rechtsvertreters nahelegen würde. Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV dienen dem Schutz eines von staatlichen Eingriffen ungestörten Familienlebens und vermitteln im Ausländerrecht identische Ansprüche (BGE 129 II 215 E. 4.2 S. 218 f.). Selbst wenn die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Einschränkungen seines Familienlebens in den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK eingreifen sollten, wäre ein entsprechender Eingriff gestützt auf Art. 8 Ziff. 2 EMRK als zulässig zu betrachten. In vorliegendem Zusammenhang können allfällige Einschränkungen des Privat- bzw. Familienlebens des Beschwerdeführers aufgrund sachlicher und funktioneller Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht Verfahrensgegenstand sein, soweit diese auf das Fehlen eines dauerhaften Aufenthaltsrechts in der Schweiz zurückzuführen sind. Gleiches galt analog bereits im ordentlichen Rechtsmittelverfahren. Die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen fällt grundsätzlich in die Zuständigkeit der Kantone, wobei im Falle einer Bewilligungserteilung auch die bestehende Einreisesperre aufzuheben wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.141/2002 vom 19. Juli 2002 E. 1.4). Der frühere Wohnkanton ist bis auf Weiteres nicht zu einer erneuten Aufenthaltsregelung bereit (siehe die Stellungnahme des Migrationsamtes Kanton Aargau vom 8. Oktober 2007). Solange die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht zur Diskussion steht, dürfte sich der Beschwerdeführer ohnehin nur besuchsweise in der Schweiz aufhalten. Dabei ist zu beachten, dass er als kosovarischer Staatsangehöriger der allgemeinen Visumpflicht untersteht (vgl. Art. 3 ff. der ehemaligen Verordnung vom 14. Januar 1998 über Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern [aVEA, AS 1998 194] bzw. neu Art. 3 ff. der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über das Einreise- und Visumverfahren [VEV, SR 142.20]) und somit selbst im Falle der wiedererwägungsweisen Aufhebung der Fernhaltemassnahme nicht bewilligungsfrei in die Schweiz einreisen könnte. Zudem ist ihm die Einreise in die Schweiz nicht generell verwehrt. Es steht ihm vielmehr die Möglichkeit offen, aus wichtigen Gründen die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhaltemassnahme zu beantragen (vgl. Art. 13 Abs. 1 Satz 4 aANAG bzw. neu Art. 67 Abs. 4 AuG). Die Suspension wird aber praxisgemäss nur für eine kurze und klar begrenzte Zeit gewährt. Nicht bewilligt würden Einreisen zum Zwecke der Familienzusammenführung (siehe den Visumsantrag vom 4. Juli 2006, dem deswegen nicht stattgegeben wurde). Im Weiteren kann davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer in der Lage wäre, die von ihm angeführten Beziehungen zu hier lebenden nächsten Angehörigen auch auf andere Weise als durch persönliche Besuche zu pflegen. Bezüglich der Interessen der Ehefrau und den drei Kindern wiederum lässt sich festhalten, dass Besuchsreisen in den Kosovo wohl mit gewissen Kosten und Aufwand verbunden, aber - wie bis anhin - grundsätzlich möglich sind. Die Verhältnisse haben sich mithin auch im Kontext der Teilrevision des StGB sowie der Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV nicht in einer Weise geändert, dass sich eine vorzeitige Aufhebung der Einreisesperre rechtfertigen liesse.

#### **E. 7**

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers vom 22. September 2007 zu Recht abgewiesen (vgl. Art. 49 VwVG). Die vorliegende Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 8**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer die Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dispositiv Seite 13

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