

# **BVGer C-987/2012 vom 19. September 2013**

Bundesverwaltungsgericht, 2013-09-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-987\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-987_2012)

FR: TAF C-987/2012 du 19 septembre 2013

IT: TAF C-987/2012 del 19 settembre 2013

## **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, 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 (geb. 1996) ist nicht volljährig und folglich grundsätzlich nicht handlungsfähig (vgl. Art. 12 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Sie wird von einem von ihr selber bevollmächtigten Rechtsanwalt vertreten. Die Prozessfähigkeit der Beschwerdeführerin ist als Sachurteilsvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen.

#### **E. 1.3.1**

Als verfahrensrechtliches Korrelat der Handlungsfähigkeit wird die Prozessfähigkeit nach den zivilrechtlichen Vorschriften beurteilt (vgl. Isabelle Häner, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 48 Rz. 5). Sie setzt demnach die Urteilsfähigkeit und die Volljährigkeit voraus (Art. 13 ff. ZGB). Urteilsfähige Minderjährige können grundsätzlich nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben (vgl. Art. 19 ZGB). Im Verwaltungsverfahren werden sie demnach in der Regel durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten (vgl. Art. 296 und 304 ZGB); selbständig wahrnehmen können sie indessen ihre « höchstpersönlichen Rechte », d.h. diejenigen Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen (vgl. Art. 19c Abs. 1 ZGB; Marantelli-Sonanini/Said Huber, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 6 N 14; Margrith Bigler-Eggenberger, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., Basel 2010 [nachfolgend: BSK ZGB I], Art. 19 N 32; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S.

180 f.; BGE 112 II 102 E. 1 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-3311/2007 vom 16. April 2010 E. 1.2). Im Bereich dieser Rechte, die eine besondere Beziehungsnähe zur Persönlichkeit aufweisen und bei denen Entscheide folglich verstärkt Rechtfertigung in der Persönlichkeitsstruktur der Betroffenen finden müssen, wird den urteilsfähigen Minderjährigen die Freiheit der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung gewährt (vgl. Eugen Bucher, Berner Kommentar, Das Personenrecht, Die natürlichen Personen, Erster Teilband, 3. Aufl., Bern 1976, Art. 19 N 190 f.; Bigler-Eggenberger, BSK ZGB I, Art. 19 N 37). Demnach können urteilsfähige Minderjährige solche Rechte auch durch einen Vertreter ihrer Wahl geltend machen (vgl. BGE 120 Ia 369 E. 1a; Bucher, a.a.O., Art. 19 N 199 f. u. 313 ff.). Ansonsten ist im Verwaltungsverfahren die Bestellung eines « gewillkürten Vertreters » grundsätzlich handlungsfähigen Personen vorbehalten (vgl. Marantelli-Sonani/Huber, Praxiskommentar VwVG, Art. 11 N 5 f.).

### **E. 1.3.2**

Zu prüfen ist demnach, ob die Anfechtung eines Einreiseverbots als höchstpersönliches Recht einzustufen ist. Als solche gelten gemäss Lehre und Praxis beispielsweise die Wahrnehmung der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ff. ZGB, der Erwerb eines Bürgerrechts, die Ausübung der Verteidigungsrechte im Strafverfahren, die Einreichung eines Asylgesuchs sowie die Ergreifung von in diesem Kontext stehenden Rechtsmitteln (vgl. Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 07.26; Bucher, a.a.O., Art. 19 N 22 ff.; Bigler-Eggenberger, BSK ZGB I, Art. 19 N 41 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-3311/2007 E. 1.2; EMARK 1996 Nr. 4 E. 2d). Das Einreiseverbot ist eine präventivpolizeiliche Massnahme, mit welcher der betroffenen ausländischen Person die Einreise oder Rückkehr in die Schweiz - und allenfalls in das Hoheitsgebiet aller Schengen-Staaten - verwehrt wird, um künftige Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu verhindern (vgl. Andrea Binder Oser, in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 67 N 2 f.). Nachdem Zuwiderhandlungen gegen das Einreiseverbot strafrechtlich sanktioniert werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. d i.V.m. Art. 115 Abs. 1 Bst. a AuG; vgl. auch Sachverhalt Bst. K) und beschuldigte urteilsfähige Jugendliche ihre Parteirechte im Strafverfahren selbständig wahrnehmen können (vgl. Art. 19 Abs. 2 und Art. 38 Abs. 1 Bst. a der Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 [JStPO]), muss es einer urteilsfähigen minderjährigen Person konsequenterweise auch möglich sein, sich selbständig - resp. durch Bevollmächtigung eines von ihr bestellten gewillkürten Vertreters - im Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gegen den Erlass eines Einreiseverbots zur Wehr zu setzen. Dieses Recht steht urteilsfähigen Minderjährigen um ihrer Persönlichkeit willen zu (vgl. Art. 19c ZGB).

### **E. 1.3.3**

Es stellt sich daher die Frage, ob die im relevanten Zeitpunkt 15 ½ Jahre alte Beschwerdeführerin mit Bezug auf die Wahrnehmung des Rechts, sich gegen das Einreiseverbot zur Wehr zu setzen, als urteilsfähig angesehen werden kann. Zu prüfen ist, ob sie fähig war und ist, in diesem konkreten Zusammenhang vernunftgemäss zu handeln (vgl. Art. 16 ZGB; Hausheer/Aebi-Müller, a.a.O., Rz. 06.19 ff.; Frank Th. Petermann, Urteilsfähigkeit, Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 102). Den Akten sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, die zu diesbezüglichen Zweifeln Anlass geben würden. Der Rechtsvertreter der

Beschwerdeführerin weist zwar vor einem anderen Hintergrund darauf hin, dass die Beschwerdeführerin in rechtlichen Fragen unbedarft sei und nur ungenügende Sprachkenntnisse und eine rudimentäre Schulbildung habe (vgl. Sachverhalt Bst. I). Daraus lässt sich indes nicht ableiten, dass sie sich bezüglich der Anfechtung des Einreiseverbots nicht einen vernunftgemässen eigenen Willen bilden konnte. Namentlich das Protokoll der polizeilichen Befragung vom 17. Januar 2012 (ZH act. 31) vermittelt den Eindruck, dass sie die wesentlichen, in der Schweiz geltenden gesetzlichen Vorschriften an sich durchaus kennt und folglich auch die Tragweite eines Einreiseverbots einschätzen sowie vernunftgemäss über dessen Anfechtung entscheiden kann. Es ist somit von der Urteilsfähigkeit und damit von der Prozessfähigkeit der Beschwerdeführerin auszugehen.

#### **E. 1.3.4**

Aufgrund der Akten erscheint es im Übrigen als wahrscheinlich, dass der Rechtsvertreter mit Zustimmung der sich im Ausland befindlichen Eltern eingesetzt wurde (vgl. ZH act. 38). Selbst wenn die Anfechtung des Einreiseverbots nicht als (relativ) höchstpersönliches Recht eingestuft würde, wäre daher wohl von einem zumindest stillschweigenden Einverständnis der gesetzlichen Vertreter zur Prozessführung und zur Einsetzung eines Rechtsvertreters auszugehen (vgl. Christophe A. Herzig, Die Partei- und Prozessfähigkeit von Kindern und Jugendlichen sowie ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, AJP 2013 S. 188.).

#### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin grundsätzlich zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

#### **E. 1.5**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Angelegenheit endgültig (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 - 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 2011/43 E. 6.1 sowie BVGE 2011/1 E. 2).

#### **E. 3.1**

In formeller Hinsicht wird primär gerügt, die Vorinstanz habe das Einreiseverbot erlassen, ohne der Beschwerdeführerin - resp. ihrem Rechtsvertreter - vorgängig Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Auf diese Weise habe die Vorinstanz den Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] sowie Art. 29 ff. VwVG) verletzt, was zur Aufhebung des Einreiseverbots führen müsse.

### **E. 3.2**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst eine Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Garantien (vgl. etwa Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 202 ff.; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse Vol. II. Les droits fondamentaux, 2. Aufl., Bern 2006, S. 606 ff.; Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 846 ff.). Gleichsam das Kernelement des rechtlichen Gehörs ist das Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung, welches den Betroffenen einen Einfluss auf die Ermittlung des wesentlichen Sachverhalts sichert. Die Behörde muss diese Äusserungen zur Kenntnis nehmen und sich damit in der Entscheidungsfindung und -begründung sachgerecht auseinandersetzen. Diese Prüfungs- und Berücksichtigungspflicht liegt bereits Art. 30 VwVG zu Grunde, kommt aber besonders deutlich in Art. 32 Abs. 1 VwVG zum Ausdruck, der bestimmt, dass die Behörde alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien würdigt, bevor sie verfügt (vgl. BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 29 N 80 ff., Art. 30 N 3 ff. u. Art. 32 N 7 ff.; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich/Basel/Genf 2013, N 214 ff. u. N 546 f.).

### **E. 3.3**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst auch das Recht, sich in einem Verfahren vertreten zu lassen (vgl. BGE 132 V 443 E. 3.3; BGE 119 Ia 260 E. 6a; BVGE 2011/39 E. 4.1; Gerold Steinmann, in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 29 Rz. 31; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1704). Dieses Recht wird im Verwaltungsverfahren in Art. 11 VwVG konkretisiert und soll der Partei ermöglichen, ihren Standpunkt im Verfahren wirksam und fundiert zur Geltung zu bringen, was wesentlich zur Waffengleichheit zwischen dem Einzelnen und den Behörden und damit zu einem fairen Verfahren beiträgt (vgl. Albertini, a.a.O., S. 279; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 8 N 56). Wurde ein Vertreter bezeichnet, muss die Behörde, solange die Partei die Vollmacht nicht widerruft, alle für die Partei bestimmten Mitteilungen an deren Vertreter vornehmen; dies umfasst u.a. auch die Aufforderungen zur Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs (vgl. Art. 11 Abs. 3 VwVG sowie Marantelli-Sonanini/Huber, Praxiskommentar VwVG, Art. 11 N 16 u. N 29 f.).

### **E. 3.4**

Die Vertretung einer Partei durch einen frei bestimmten Dritten ist unter Vorbehalt des Erfordernisses des persönlichen Handelns jederzeit möglich (vgl. zur Bestellung eines Vertreters durch eine urteilsfähige minderjährige Person vorne E. 1.3.1). Die Rechtsbeziehungen zwischen dem « gewillkürten Vertreter » und dem Vertretenen werden grundsätzlich vom Privatrecht bestimmt (vorab durch Art. 32 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Die Bestellung erfolgt durch Bevollmächtigung des Vertreters. Die Handlungen oder Unterlassungen des Rechtsvertreters gelten unmittelbar für oder gegen die vertretene Partei, wie wenn sie selbst gehandelt hätte. Der Umfang der Vertretungsbefugnis richtet sich nach der Vollmacht. Das verfassungsmässige Recht auf Vertretung gilt indes nicht absolut. Eine Einschränkung ist unter Wahrung der

Verhältnismässigkeit zulässig, wenn sachliche Gründe es rechtfertigen. So sind Verfahrenshandlungen von der Möglichkeit der Vertretung ausgenommen, die eine persönliche Mitwirkung des oder der Vertretenen erfordern (vgl. BVGE 2011/39 E. 4.1). Eine vertretene Partei bleibt sodann, sofern die Voraussetzungen gegeben sind, selbst nach Bekanntgabe eines Vertreters prozess- und postulationsfähig. Sie kann bei der Behörde weiterhin persönliche Eingaben vornehmen. Diese sind im Rahmen von Art. 32 VwVG sowie auch mit Blick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör zu prüfen. Widersprechen sich die tatsächlichen Erklärungen der Partei und ihres Vertreters, sind diese im Lichte der Regeln über die Beweiswürdigung zu beurteilen (vgl. Marantelli-Sonanini/Huber, Praxiskommentar VwVG, Art. 11 N 19 mit Hinweisen).

### **E. 3.5**

Die formelle Rüge betreffend eine Verletzung des Rechts auf vorgängige Äusserung und Anhörung und des Rechts auf Vertretung ist im Folgenden vor einer allfälligen inhaltlichen Beurteilung zu prüfen.

### **E. 4.1**

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin reichte dem BFM mit Schreiben vom 12. Oktober 2011 eine von der Beschwerdeführerin unterzeichnete Vollmacht ein. Die Bevollmächtigung durch die minderjährige Beschwerdeführerin war im vorliegenden Fall zulässig (s. vorne, E. 1.3). Sowohl am 17. Januar 2012, als die Beschwerdeführerin von der Stadtpolizei Winterthur Gelegenheit erhielt, sich im Hinblick auf eine allfällige Verhängung einer Fernhalte-massnahme zu äussern (vgl. ZH act. 33), als auch am 18. Januar 2012, als die Vorinstanz das angefochtene Einreiseverbot erliess, war die Beschwerdeführerin durch RA Claude Hentz vertreten; dessen Vollmacht hatte sie nicht widerrufen. Dieses Vertretungsverhältnis ergab sich für das Bundesamt ohne Weiteres aus den Akten und war diesem auch bewusst. Dies ergibt sich aus den an den Rechtsvertreter gerichteten Korrespondenzen vom 5. und 28. Dezember 2011, mit welchen die Frist zur Stellungnahme im Rahmen des rechtlichen Gehörs gesetzt resp. bis 31. Januar 2012 verlängert wurde.

### **E. 4.2**

Der Einwand der Vorinstanz, die bis am 31. Januar 2012 laufende Frist zur Stellungnahme sei mit Erlass des Einreiseverbots vom 18. Januar 2012 gegenstandslos geworden, ist klarerweise unbehelflich. Dass es sich nicht um zwei verschiedene Verfahren handelt, zeigt sich bereits darin, dass das Bundesamt in der Begründung der angefochtenen Verfügung nicht nur auf die Vorfälle vom Januar 2012, sondern auch auf weiter zurückliegende Geschehnisse Bezug nahm (« Die obengenannte Person musste durch die zuständige Behörde wegen wiederholter Widerhandlung gegen das AuG aus der Schweiz weg-gewiesen werden »). Es ist sodann auch widersprüchlich, wenn die Vorinstanz einerseits die Ansicht vertritt, mit dem Erlass des Einreiseverbots sei das Verfahren betreffend die Gewährung des rechtlichen Gehörs gegenstandslos geworden, und im folgenden Absatz betont, das Einreiseverbot vom 18. Januar 2012 sei « in Würdigung sämtlicher bis dahin bekannter Umstände » erlassen worden (vgl. Duplik vom 29. April 2013, S. 2).

### **E. 4.3**

Die Vorinstanz bringt sodann vor, die Beschwerdeführerin habe anlässlich der Einvernahme vom 17. Januar 2012 auf den Beizug ihres Anwalts verzichtet und sei sich über ihre Handlungen und die Bedeutung des Einreiseverbots im Klaren gewesen. Man habe sie zum Erlass einer Fernhalte-massnahme befragt, sie habe jedoch nicht erwähnt, dass sie nach wie

vor anwaltlich vertreten sei. Dem urteilsfähigen Vertretenen stehe jederzeit das Recht zu, selber zu handeln, und die Behörden seien deshalb - von einer Pflichtverteidigung abgesehen - nicht verpflichtet, von Amtes wegen in jedem Fall einen Rechtsvertreter beizuziehen.

#### **E. 4.3.1**

Während ein genereller Verzicht auf das rechtliche Gehör unzulässig ist, kann eine urteilsfähige betroffene Person im Einzelfall von dessen Inanspruchnahme absehen (vgl. Waldmann/Bickel, Praxiskommentar VwVG, Art. 29 N 64; Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979; Ralph Malacrida, Der Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich 1992, S. 29 f. u. S. 207 ff.). Die Verzichtserklärung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Freilich darf ein solcher Grundrechtsverzicht nicht leichthin, sondern nur gestützt auf schlüssige Indizien angenommen werden. Verlangt ist sodann, dass eine hinreichende Orientierung durch die Behörden erfolgt ist. Ob ein rechtsgültiger Verzicht vorliegt, ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Zu berücksichtigen ist namentlich auch, ob die betroffene Person rechtskundig ist bzw. durch einen Rechtsbeistand vertreten ist, sodass davon auszugehen ist, dass sie über den Umfang ihrer Parteirechte resp. die Tragweite ihres Verzichts im Bilde ist (vgl. Albertini, a.a.O., S. 334; Saladin, a.a.O., S. 108; BGE 118 Ia 17 E. 1d; BGE 101 Ia 309 E. 2b).

#### **E. 4.3.2**

Die Beschwerdeführerin wurde am 17. Januar 2012 als beschuldigte Person im Jugendstrafverfahren betreffend Verdacht auf widerrechtliche Einreise und Aufenthalt in der Schweiz polizeilich befragt (vgl. ZH act. 31 f.; Art. 1 ff. des Jugendstrafgesetzes vom 20. Juni 2003 [JStG]; Art. 3 f. JStPO; Art. 157 ff. der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO]). Sie war damals 15 ½ Jahre alt und kann im Zusammenhang mit dieser Situation als urteilsfähig angesehen werden (s. vorne, E. 1.3.3). Als urteilsfähige beschuldigte Jugendliche konnte sie ihre Parteirechte in diesem Verfahren selbständig wahrnehmen oder einen Anwalt mit der Verteidigung betrauen (vgl. Art. 19 Abs. 2 u. Art. 23 JStPO; betreffend die für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht entscheidende und daher nicht zu prüfende Frage der notwendigen Verteidigung vgl. Art. 24 Bst. b JStPO). Zu Beginn der Einvernahme wurde sie darauf hingewiesen, dass sie « auf eigenes Kostenrisiko eine Verteidigung bestellen » könne, und antwortete, dies verstanden zu haben (vgl. ZH act. 31 Frage 2). Diese Einvernahme dauerte von 11.22 Uhr bis um 12.39 Uhr. Kurze Zeit später (von 12.50 Uhr bis 12.53 Uhr) gewährte ihr die Stadtpolizei Winterthur die Möglichkeit, sich zur Wegweisung sowie zur allfälligen Verhängung eines Einreiseverbots zu äussern. Die Beschwerdeführerin gab dabei Folgendes zu Protokoll: « Ich komme nicht mehr in die Schweiz. Weiter habe ich nichts dazu zu sagen » (vgl. ZH act. 33).

#### **E. 4.3.3**

Urteilsfähige Minderjährige können persönlichkeitsnahe Grundrechte selbständig ausüben (vgl. Art. 11 Abs. 2 BV; Art. 19c ZGB; Urteil des Bundesgerichts 1P.549/2001 vom 11. Januar 2002 E. 3.4 f.; Ruth Reusser/Kurt Lüscher, in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 11 Rz. 36). Dies gilt im Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren betreffend den Erlass resp. die Anfechtung eines Einreiseverbots, zu dessen selbständiger Führung die urteilsfähige

Beschwerdeführerin wie dargetan berechtigt ist (s. vorne, E. 1.3), ohne Weiteres auch für den Anspruch auf rechtliches Gehör, der den betroffenen Personen ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht im Verfahren garantiert (vgl. dazu Herzig, a.a.O., S. 186 ff.; BGE 137 II 266 E. 3.2). Diese Grundrechtsmündigkeit beinhaltet grundsätzlich auch die Freiheit, im Einzelfall auf die Wahrnehmung der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Ansprüche zu verzichten, wobei jedoch die dargelegten Voraussetzungen zu beachten sind (s. vorne, E. 4.3.1).

#### **E. 4.3.4**

Die Beschwerdeführerin hat keine ausdrückliche Erklärung abgegeben, wonach sie auf ihr Recht verzichten wolle, sich im Verwaltungsverfahren auf wirksame Weise via ihren Rechtsvertreter vorgängig zu äussern (s. vorne, E. 3.2 f.). Daraus, dass die Beschwerdeführerin im Jugendstrafverfahren darauf verzichtete, « auf eigenes Kostenrisiko eine Verteidigung zu bestellen », anlässlich der Anhörung zum Einreiseverbot ihren Rechtsanwalt nicht erwähnte und ausführte, sie habe weiter « nichts dazu zu sagen » (s. vorne, E. 4.3.2), kann auch kein stillschweigender resp. konkludenter Verzicht abgeleitet werden. Eine solche Annahme käme vorliegend einer Unterstellung gleich und ist schon allein deshalb unangebracht, weil Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit haben (vgl. Art. 11 Abs. 1 BV sowie Art. 3 i.V.m. Art. 12 Abs. 2 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 [KRK]), weshalb bei ihnen ein Grundrechtsverzicht nur mit Zurückhaltung angenommen werden darf; dies muss für einen konkludenten Verzicht verstärkt gelten. Vorliegend sprechen sodann die Umstände der Anhörung (polizeiliche Einvernahme, Inhaftierung, keine Rechtsvertretung) sowie die besondere Verletzlichkeit der Beschwerdeführerin (unbegleitete jugendliche Angehörige einer ethnischen Minderheit, mangelnde Sprachkenntnisse, offenbar nur rudimentäre Schulbildung) dagegen, ihre Aussagen und ihr Verhalten als Verzicht auf die wirksame Ausübung des Äusserungs- und Vertretungsrechts zu interpretieren. Dass die Beschwerdeführerin bereits mehrfach in Verwaltungs- und Strafverfahren verwickelt war (vgl. ZH act. 2 ff.; 8 ff.; 21 ff.; 31 ff.), vermag daran nichts zu ändern. Festzuhalten ist zudem, dass es sich beim Jugendstrafprozess und beim ausländerrechtlichen Massnahmeverfahren um zwei verschiedene Verfahren handelt; auch aus diesem Grund kann der Verzicht, im Strafverfahren einen Rechtsanwalt beizuziehen, nicht für das Verfahren betreffend das Einreiseverbot gelten. Die Beschwerdeführerin musste ausserdem auch nicht annehmen, dass ihre Verhaltensweise als Grundrechtsverzicht interpretiert werden würde, zumal keinerlei diesbezügliche behördliche Orientierung erfolgt war.

#### **E. 4.4**

Zusammengefasst hat die Beschwerdeführerin nicht darauf verzichtet, das ihr zustehende Äusserungsrecht auf wirksame Weise via ihren Rechtsvertreter wahrzunehmen. Durch die neuerliche Einreise und Festnahme der Beschwerdeführerin im Januar 2012 wurde die dem Rechtsvertreter vom BFM bis zum 31. Januar 2012 verlängerte Frist zur Stellungnahme auch nicht hinfällig. Das Bundesamt war demnach nicht berechtigt, das Einreiseverbot bereits vor Ablauf dieser Frist zu erlassen (vgl. Art. 30 Abs. 1 sowie Art. 32 Abs. 1 VwVG). Indem es die Verfügung trotz noch laufender Frist zur Stellungnahme erliess, verletzte es nicht nur den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin (Art. 29 Abs. 2 BV), sondern zusätzlich auch den Vertrauensgrundsatz (Art. 9 BV). Dieser verpflichtet sowohl Private als auch Behörden, sich im Rechtsverkehr loyal und vertrauenswürdig - und nicht widersprüchlich - zu verhalten (vgl. BGE 137 I 69 E. 2.5.1; Urteil des

Bundesverwaltungsgerichts C 8376/2010 vom 19. Februar 2013 E. 8.2 je mit Hinweisen). Dass die Vorgehensweise des Bundesamtes zufolge « Gefahr im Verzug » gerechtfertigt gewesen sein könnte (vgl. Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG), wird von der Vorinstanz zu Recht nicht geltend gemacht (vgl. dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C 5331/2009 vom 3. August 2012 E. 4.2). Es bestand demnach auch kein sachlicher Grund, das Recht der Beschwerdeführerin einzuschränken, sich im Verfahren vertreten zu lassen (s. vorne, E. 3.3 f.). Es wäre dem Bundesamt ohne Weiteres möglich gewesen, den ihm bekannten Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin über die neuesten Geschehnisse zu informieren und, falls erforderlich, die Frist zur Stellungnahme nochmals kurz zu verlängern. Erst im Anschluss daran wäre das Einreiseverbot - nach Würdigung der Vorbringen gemäss Art. 32 Abs. 1 VwVG - in korrekter Weise zu begründen und zu eröffnen gewesen (vgl. Art. 11 Abs. 3, Art. 34 f. u. Art. 38 VwVG).

### **E. 5.1**

Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.2 mit Hinweisen). Darauf kann in nicht besonders schwerwiegenden Fällen verzichtet werden, wenn die betroffene Person sich vor einer Rechtsmittelinstanz äussern kann, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüft; zudem darf dem Betroffenen daraus kein Nachteil erwachsen (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.3; BGE 135 I 279 E. 2.6; BVGE 2012 Nr. 9 E. 3.4; BVGE 2009/61 E. 4.1.3 je mit Hinweisen). Diese sogenannte « Heilung » ist aber in der Regel ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt. Selbst dann kann jedoch ausnahmsweise von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abgesehen werden, wenn und soweit dies zu einem « formalistischen Leerlauf » und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 133 I 201 E. 2.2; BGE 132 V 387 E. 5.1; BVGE 2009 Nr. 36 E. 7.3 f.; kritisch dazu aus der Lehre z.B. Patrick Sutter, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 29 Rz. 21 ff. mit Hinweisen). Diesen verfahrensökonomischen Überlegungen ist freilich dann kein entscheidendes Gewicht beizumessen, wenn ein Verfahren für eine Vielzahl anderer Fälle mit vergleichbaren Konstellationen von Bedeutung ist. Es gilt zu verhindern, dass die Vorinstanz darauf vertraut, von ihr missachtete Verfahrensrechte würden systematisch nachträglich geheilt. Ansonsten verlören die gerade für das erstinstanzliche Verfahren vorgesehenen prozessualen Garantien ihren Sinn (vgl. BGE 126 II 111 E. 6b; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C 3988/2012 vom 26. August 2013 E. 4.1, C 2558/2009 vom 10. Januar 2012 E. 4.3 sowie C 5331/2009 E. 4.4 je mit Hinweisen).

### **E. 5.2**

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. Allerdings ist vorliegend von einer besonders schwerwiegenden Verletzung der Parteirechte auszugehen, zumal einer Jugendlichen die wirksame Ausübung eines Kernelements des rechtlichen Gehörs versagt wurde. Dass die Vorinstanz mit ihrer Vorgehensweise auch den Vertrauensgrundsatz (Art. 9

BV) verletzt hat, spricht zusätzlich gegen eine Heilung des Verfahrensmangels, ebenso wie der Umstand, dass Entscheide betreffend Einreiseverbote eine grosse Ermessenskomponente beinhalten (vgl. BGE 104 Ib 129 E. 7). Die Gehörsverletzung stellt sodann keinen Einzelfall dar (vgl. etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2558/2009 E. 4.3 f. mit weiteren Hinweisen).

## **E. 6**

Bei dieser Sachlage ist auf die weiteren formellen und materiellen Rügen der Beschwerdeführerin nicht weiter einzugehen. Fest steht, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die Verfügung vom 18. Januar 2012 aufzuheben. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen an das BFM zur Neu beurteilung zurückzuweisen.

## **E. 7.1**

Bei diesem Verfahrensausgang sind der Beschwerdeführerin keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG; BGE 132 V 215 E. 6.1; MAILLARD, Praxiskommentar VwVG, Art. 63 N 14).

## **E. 7.2**

Der Beschwerdeführerin ist für die im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erwachsenen notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]); das am 20. Februar 2012 gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung ist daher gegenstandslos. Das Gericht setzt die Parteientschädigung auf Grund der vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 14. Juli 2012 eingereichten Kostennote fest (vgl. Art. 14 Abs. 1 VGKE), mit der die Kosten der Vertretung bei einem zeitlichen Aufwand von 12 Stunden und 10 Minuten auf Fr. 3'015.60 (inkl. Barauslagen und MwSt.) veranschlagt werden. Dabei fällt aber auf, dass auch Positionen abgerechnet werden, welche nicht das vorliegende Verfahren betreffen (insb.: Abholung der Klientin aus der Haft am 20. Januar 2013). Der ausgewiesene Gesamtaufwand erscheint sodann auch angesichts der Vorbefassung des Rechtsvertreters, der teilweise unnötig ausführlichen Rechtsschriften und der nicht besonders komplexen Sach- und Rechtslage als überhöht. In Würdigung aller Bemessungsfaktoren ist die Parteientschädigung daher auf angemessene Fr. 2'500.- (inkl. Auslagen und MwSt.) festzusetzen.

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