

# **BVGer F-10/2016 vom 20. September 2016**

Bundesverwaltungsgericht, 2016-09-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_F-10\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-10_2016)

FR: TAF F-10/2016 du 20 septembre 2016

IT: TAF F-10/2016 del 20 settembre 2016

## **Regeste**

Einreiseverbot

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Verfügungen des SEM, die ein Einreiseverbot nach Art. 67 AuG zum Gegenstand haben, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art.31 ff. VGG). Dieses entscheidet endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

### **E. 1.2**

Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. auch Art. 2 Abs. 4 VwVG).

### **E. 1.3**

Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens kam die Vorinstanz in Anwendung von Art. 58 VwVG insoweit auf die angefochtene Verfügung zurück, als sie die Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS II zurücknahm. Diesbezüglich ist die Beschwerde gegenstandslos geworden.

### **E. 1.4**

Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten, soweit sie nach dem teilweisen Zurückkommen der Vorinstanz noch im Streit steht (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 Sachverhalts und - soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat - die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Recht 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 2014/1 E. 2 m.H.).

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 2 Abs. 2 AuG gilt das Ausländergesetz nur soweit für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (EG, bzw. heute ihrer Rechtsnachfolgerin, der Europäischen Union [EU]) und ihre Familienangehörigen, als das Abkommen vom 21.

Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681) keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das Ausländergesetz günstigere Bestimmungen vorsieht. Dasselbe gilt nach Art. 2 Abs. 3 AuG für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) und deren Familienangehörige in Bezug auf das Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21. Juni 2001 (SR 0.632.31).

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer ist zwar Angehöriger eines Staates, der weder der EU noch der EFTA angehört (Drittstaatsangehöriger). Es ist jedoch entgegen der Auffassung der Vorinstanz mit einer Belgierin verheiratet, die als Angehörige eines Mitgliedstaates der EU und Vertragsstaates des Freizügigkeitsabkommens (Vertragsausländerin) aus dem Freizügigkeitsabkommen originär berechtigt ist. Er könnte sich daher im Sinne eines von der Berechtigung seiner Ehefrau abgeleiteten Rechts ebenfalls auf das Freizügigkeitsabkommen berufen. Voraussetzung wäre die Inanspruchnahme von Freizügigkeitsrechten durch die originär berechtigte Ehefrau (vgl. Urteil des BGer 2C\_1092/2013 vom 4. Juli 2014 E. 6.2.3; ferner Giulia Santangelo, Kein abgeleitetes Recht auf Freizügigkeit ohne Ausübung des Freizügigkeitsrechts durch den originär Berechtigten, in: dRSK, publiziert am 5. Dezember 2014). Das ist jedoch nicht der Fall. Die Streitsache beurteilt sich daher ausschliesslich nach dem schweizerischen Ausländerrecht.

### **E. 4.1**

Das SEM kann Einreiseverbote unter anderem gegenüber Ausländerinnen und Ausländern verfügen, 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). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AuG). Die Anordnung eines Einreiseverbots von mehr als fünf Jahren Dauer ist zulässig, wenn von der ausländischen Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht (Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AuG). Aus humanitären Gründen kann von der Verhängung eines Einreiseverbots abgesehen oder ein solches vorübergehend aufgehoben werden (Art. 67 Abs. 5 AuG).

### **E. 4.2**

Das Einreiseverbot dient der Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (BBl 2002 3709, 3813). Soweit Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG mit dem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unmittelbar an vergangenes Verhalten der betroffenen ausländischen Person anknüpft, steht die Gefahrenabwehr durch Generalprävention im Sinne der Einwirkung auf andere Rechtsgenossen im Vordergrund (zur Generalprävention im Ausländerrecht vgl. etwa Urteil des BGer 2C\_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5 mit Hinweisen). Die Spezialprävention kommt zum Tragen, soweit Art. 67 Abs. 2 Bst. b AuG als alternativen Fernhaltegrund die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch die betroffene ausländische Person selbst nennt.

### **E. 4.3**

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 u.a. die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (BBl 2002

3709, 3813). Ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt u.a. vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (vgl. Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Unter diese Begriffsbestimmung fallen auch Normen des Ausländerrechts (BBl 2002 3709, 3813). Der Schluss auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung setzt dagegen voraus, dass konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen wird (Art. 80 Abs. 2 VZAE).

### **E. 5.1**

Die angefochtene Verfügung verweist zur Begründung des Einreiseverbots auf den rechtskräftigen Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 2. Dezember 2015, mit dem der Beschwerdeführer der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. a AuG schuldig gesprochen und zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen sowie einer Busse von Fr. 300.- verurteilt wurde. Die Staatsanwaltschaft sah es als erstellt an, dass der Beschwerdeführer am 1. Dezember 2015 im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. a AuG rechtswidrig in die Schweiz gelangte, weil er nach seiner Einreise in den Schengen-Raum Ende Juli 2015 den bewilligungsfreien Aufenthalt von 90 Tagen bereits Ende Oktober 2015 erschöpft hatte. Das habe der Beschwerdeführer gewusst und auch gewollt. Der Beschwerdeführer bestreitet den dem Strafbefehl zugrundeliegenden objektiven Tatbestand nicht. Er macht jedoch geltend, dass er keine Kenntnis davon gehabt habe, dass er während des hängigen ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahrens in Belgien nicht im Schengen-Raum frei herumreisen könne, sei es, dass ihm die belgischen Behörden eine falsche Auskunft erteilt hätten, sei es, dass er die Auskunft missverstanden habe. Eine vorsätzliche Verletzung ausländerrechtlicher Bestimmungen könne ihm jedenfalls nicht vorgeworfen werden.

### **E. 5.2**

Zum objektiven Tatbestand ist zu bemerken, dass sich nicht visumpflichtige Drittstaatsangehörige, wie es der Beschwerdeführer als Staatangehöriger Albaniens und Inhaber eines albanischen biometrischen Reisepasses ist (Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Anhang II der Verordnung [EG] Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 [ABl. 81/1 vom 21.03.2001] in der Fassung der Verordnung [EU] Nr. 1091/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 [ABl. L 329/1 vom 14.12.2010]), während 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen grundsätzlich bewilligungsfrei im Schengen-Raum bewegen dürfen (Art. 20 Abs. 1 SDÜ in der Fassung der Verordnung [EU] Nr. 610/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 [ABl. L 182/1 vom 29.06.2013]). Die Rechtmässigkeit des weiteren Aufenthaltes beurteilt sich nach dem nationalen Recht. Das schweizerische Ausländerrecht sieht diesbezüglich vor, dass Staatangehörige von Nichtmitgliedstaaten der EU und der EFTA für Aufenthalte von mehr als 90 Tagen ein nationales Visum (Art. 5 der Verordnung vom 22. Oktober 2008 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204]) und eine Bewilligung benötigen (Art. 9 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Der Beschwerdeführer hatte aber den bewilligungsfreien Aufenthalt im Schengen-Raum von 90 Tagen ausgeschöpft, als er am 1. Dezember 2015 in die Schweiz gelangte. Das hierfür notwendige Visum und eine Bewilligung hatte der Beschwerdeführer jedoch nicht. Seine Einreise und sein Aufenthalt in der Schweiz waren

daher rechtswidrig. An dieser Feststellung vermag nichts zu ändern, dass der Aufenthalt des Beschwerdeführers in Belgien nach Auskunft der dortigen Behörden trotz Rechtswidrigkeit geduldet wurde.

### **E. 5.3**

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die Anordnung eines Einreiseverbots kein vorsätzliches Handeln erfordert. Es genügt, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen normalerweise keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhalte-massnahme 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 der zuständigen Stelle zu informieren (vgl. Urteil des BVGer C-6661/2014 vom 22. Oktober 2015 E. 6.4). Dass der Beschwerdeführer in guten Treuen angenommen hat, er sei während des hängigen belgischen Verfahrens auf Bewilligung seines Aufenthalts berechtigt, sich unabhängig von der Dauer seines Voraufenthalts frei im Schengen-Raum zu bewegen, kann ihm ohnehin nicht geglaubt werden. Zum einen zeigte er sich anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme als Beschuldigter vom 1. Dezember 2015 durchaus orientiert über seine Rechtsstellung. Zum anderen wurde er gemäss Auskunft der zuständigen belgischen Behörde darüber in Kenntnis gesetzt, dass er während des hängigen ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahrens nicht berechtigt sei, in Europa zu reisen. Schliesslich verwickelt sich der Beschwerdeführer selbst in einen Widerspruch, wenn er auf Rechtsmittelebene geltend macht, er habe eine von den belgischen Behörden erhaltene Auskunft so verstanden, dass er reisen könne, nachdem er in der polizeilichen Einvernahme noch bestritten hatte, von den belgischen Behörden überhaupt eine Auskunft erhalten zu haben.

### **E. 5.4**

Aus den vorerwähnten Gründen ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer den Fernhaltegrund eines Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a erster Halbsatz AuG gesetzt hat.

### **E. 6**

Den Entscheid darüber, ob ein Einreiseverbot anzuordnen und wie es zeitlich auszugestalten ist, legt Art. 67 Abs. 2 AuG in das pflichtgemässe Ermessen der Behörde. Im Vordergrund steht dabei regelmässig der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der eine wertende Abwägung zwischen den berührten privaten und öffentlichen Interessen verlangt. Ausgangspunkt der Überlegungen bilden die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse der betroffenen ausländischen Person (Art. 96 AuG; ferner statt vieler Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 555 ff.). Die Behörde hat jedoch im Rahmen der Ermessensausübung auch andere Grundsätze des Verwaltungshandelns zu beachten, wie das Willkürverbot, das Gebot der rechtsgleichen Behandlung und das Gebot von Treu und Glauben (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 434).

### **E. 6.1**

Eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, wie sie sich der Beschwerdeführer zuschulden kommen liess, begründet ein generalpräventiv motiviertes

Interesse an der Fernhaltung der fehlbaren ausländischen Person. Entscheidend zu Gunsten des Beschwerdeführers spricht allerdings der geringfügige Unrechtsgehalt seiner Zuwiderhandlung. Er geriet bereits am Tag seiner Einreise in die Schweiz in eine Polizeikontrolle und wurde am Folgetag weggewiesen. Der objektiv rechtswidrige Aufenthalt des Beschwerdeführers in Belgien wurde nach Auskunft der dortigen Behörden geduldet (ZH-act. 4/10) und kann daher dem Beschwerdeführer nicht im Sinne eines Malus entgegengehalten werden. Des Weiteren steht zwar fest, dass der Beschwerdeführer von Deutschland kommend in die Schweiz gelangte. Wie lange er sich ausserhalb Belgiens in Deutschland oder einem anderen Schengen-Staat aufhielt, ist jedoch nicht bekannt. Somit kann dem Beschwerdeführer eine Überschreitung der bewilligungsfreien Aufenthaltstage gemäss Art. 20 Abs. 1 SDÜ (sog. "Overstay") nur im zeitlichen Umfang von zwei Tagen zum Vorwurf gemacht werden.

### **E. 6.2**

Auf der anderen Seite sind keine persönlichen Bindungen des Beschwerdeführers zur Schweiz ersichtlich, die im Rahmen einer Interessenwägung zu seinen Gunsten angeführt werden könnten. Immerhin ist zu berücksichtigen, dass die Fernhaltemassnahme grundsätzlich geeignet ist, die Ehefrau des Beschwerdeführers bei der Ausübung ihrer Rechte aus dem Freizügigkeitsabkommen zu behindern. Es ist jedoch hervorzuheben, dass dem Beschwerdeführer, sollte er zusammen mit seiner Ehefrau in die Schweiz reisen wollen, die Einreise ungeachtet des vorliegenden Einreiseverbots gestattet werden müsste, falls keine Gefahr im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA und der dazu entwickelten Rechtsprechung vorliegt (vgl. Giulia Santangelo, a.a.O., Rz. 18 mit Hinweis). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der Praktikabilität eines solchen Einreiseverbots, die jedoch an dieser Stelle nicht vertieft abgehandelt werden muss.

### **E. 6.3**

Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit führt eine wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen zum Ergebnis, dass das angefochtene Einreiseverbot dem Grundsatz nach zwar nicht zu beanstanden ist. Die angeordnete Dauer von drei Jahren erscheint jedoch in Anbetracht sämtlicher Beurteilungselemente als unverhältnismässig. Hauptsächlich aber ist darauf hinzuweisen, dass ein illegaler Aufenthalt von zwei Tagen in Overstay-Konstellationen, wie sie in der vorliegenden Streitsache gegeben ist, klar unterhalb der Schwelle liegt, ab der die Vorinstanz in ständiger Praxis - besondere Umstände vorbehalten - ein Einreiseverbot gegen die fehlbare ausländische Person verhängt. Solche besonderen Umstände sind vorliegend nicht ersichtlich, sodass das Einreiseverbot nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit problematisch ist, sondern sich gleichzeitig unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots als nicht haltbar erweist. Es ist daher ersatzlos aufzuheben.

### **E. 7**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, soweit sie noch im Streit liegt, und die angefochtene Verfügung ist ersatzlos aufzuheben.

### **E. 8**

Für dieses Verfahren sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Dem Beschwerdeführer ist ferner für die im Verfahren vor dem

Bundesverwaltungsgericht erwachsenen 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]). Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 i.V.m. Art. 10 ff. VGKE). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nicht Anwalt ist (Art. 10 Abs. 2 VGKE) und ein Mehrwertsteuerzuschlag mangels Steuerpflicht bei Dienstleistungen, die an im Ausland wohnhafte Mandanten erbracht werden, nicht geschuldet wird (vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. a MWSTG [SR 641.20] i.V.m. Art. 8 Abs. 1 MWSTG).

## **E. 9**

Dieses Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG). Dispositiv S. 12

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