

BVGer F-4278/2023 vom 4. Juli 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-07-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-4278_2023_d20230704

FR: TAF F-4278/2023 du 4 juillet 2023

IT: TAF F-4278/2023 del 4 luglio 2023

Regeste

Einreiseverbot | Einreiseverbot; Verfügung des SEM vom 4. Juli 2023

Erwägungen

E. 1.1

Verfügungen des SEM betreffend Einreiseverbote sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG).

E. 1.2

Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.3

Der Beschwerdeführer ist zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (Art. 50 Abs. 1 VwVG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

E. 1.4

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

E. 2

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann vorliegend die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (vgl. Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgeblich ist grundsätzlich die Sachlage im Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer rügt in formeller Hinsicht, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, weil er vor dem Erlass der angefoch-

F-4278/2023 Seite 5 tenen Verfügung des SEM nicht zur beabsichtigten Verhängung des Einreiseverbots und dessen voraussichtlicher Dauer angehört worden sei.

E. 3.2

Das Recht des Betroffenen, vor Erlass einer Verfügung angehört zu werden (vgl. Art. 30 Abs. 1 VwVG), stellt einen wesentlichen Teilgehalt des in Art. 29 Abs. 2 der

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) statuierten Anspruchs auf rechtliches Gehör dar (vgl. z. B. BGE 132 II 485 E. 3.2 S. 494, 129 V 73 E. 4.1 S. 74, je m.H.).

E. 3.3

Aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass dem Beschwerdeführer vorgängig Gelegenheit zur Stellungnahme zum Einreiseverbot eingeräumt worden wäre. Er beruft sich daher grundsätzlich zu Recht auf eine Verletzung seines Gehörsanspruchs. Diese Verfahrensverletzung ist indessen als nachträglich geheilt zu betrachten, da er auf Beschwerdeebene mehrfach Gelegenheit gehabt hat, sich zur Anordnung des Einreiseverbots zu äussern und das Bundesverwaltungsgericht in der vorliegenden Beschwerdesache über volle Kognition verfügt (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f., 132 V 387 E. 5.1 S. 390, 131 II 271 E. 11.7.1 S. 304, je m.H.).

E. 3.4

Weiter rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung der Aktenführungspflicht. Die angefochtene Verfügung sei am selben Tag ergangen, an welchem sein Rechtsvertreter beim SEM um Akteneinsicht ersucht habe. Den daraufhin zugesandten Akten fehle der Antrag des Kantons B. _____ oder das Begleitschreiben, mit welchem das Migrationsamt der Vorinstanz Akten zugesandt hätte. Ob und mit welcher Begründung das Migrationsamt ein Gesuch bei der Vorinstanz um Erlass eines Einreiseverbots gestellt habe, sei jedoch für das vorinstanzliche Verfahren relevant.

E. 3.4.1

Dazu hält die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung fest, das Administrieren einer sehr hohen Zahl von Einreiseverboten geschehe praxisgemäss nur elektronisch, mithin im Zentralen Migrationsinformationssystem (ZEMIS), weshalb sich naturgemäss kein physischer Antrag des Migrationsamtes in den Akten befinde. Der Antrag mit der Übermittlung der Akten sei systemtechnisch am 29. Juni 2023 geschehen. Ohnehin setze die Verfügung eines Einreiseverbotes nach Art. 67 AIG keinen kantonalen Antrag voraus. Die Schreiben vom 20. (verfasst vom Kanton) und 27. März 2023 (verfasst vom Beschwerdeführer) würden sich tatsächlich nicht in den SEM-Akten finden lassen, weshalb sei nicht mehr rekonstruierbar. Im Rahmen der Vernehmlassung seien diese Aktenstücke seitens des Kantons dem SEM (nochmals) übermittelt worden. Der Wegweisungsverfügung des

F-4278/2023 Seite 6 Migrationsamtes vom 5. April 2023, welche sich im Zeitpunkt der Verfügung nachweislich in den SEM-Akten befunden habe, könne aber entnommen werden, dass die Stellungnahme des Beschwerdeführers zum rechtlichen Gehör sowie der Antrag auf das Einreiseverbot dem SEM weitergeleitet worden seien. Selbst wenn die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 27. März 2023 zum Erlass einer Fernhaltungsmassnahme nicht vorgelegen hätte, hätte sie am Entscheid des SEM vom 4. Juli 2023 nichts geändert, da bei einer Verletzung des rechtlichen Gehörs eine Heilung derselben möglich sei.

E. 3.4.2

In seiner Replik erachtet der Beschwerdeführer die Behauptung des SEM, das Migrationsamt habe ein Begehren um Erlass eines Einreiseverbots gegen ihn gestellt, als aktenwidrig. So sei es nicht der Zweck des ZEMIS, Begehren zwischen kantonalen

Migrationsämtern und dem SEM zu übermitteln. Ferner gebe die Vorinstanz zu, dass sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe, und stelle diesen Umstand erst noch als etwas Gewöhnliches dar.

E. 3.4.3

Die Aktenführungspflicht ergibt sich aus dem Akteneinsichtsrecht, welches in Art. 26 ff. VwVG geregelt ist und einen Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör darstellt. Die Aktenführung hat geordnet, übersichtlich sowie vollständig zu sein und es muss ersichtlich werden, wer sie erstellt hat und wie sie zustande gekommen ist (vgl. dazu ausführlich BVGE 2011/37 E. 5.4.1). Vorliegend hat das SEM zunächst am 6. Juli 2023 Akteneinsicht gewährt (Akteneinsichtsgesuch vom 3. Juli 2023) und dem Beschwerdeführer in der Folge auf sein Gesuch um ergänzende Akteneinsicht vom 28. Juli 2023 gleichentags die paginierten Akten mit Aktenverzeichnis zukommen lassen. Im Aktenverzeichnis wurden die Aktenstücke sodann nummeriert und einzeln beschrieben; auch ist der Ersteller des Verzeichnisses ersichtlich.

Soweit im Umstand, wonach die kantonalen Schreiben vom 20. und 27. März 2023 gemäss SEM aus nicht nachvollziehbaren Gründen im vorinstanzlichen Verfahren keinen Eingang in die Akten gefunden hätten, eine Verletzung der Aktenführungspflicht erkannt werden kann, ist dieser Mangel als geheilt zu erachten, zumal die Verletzung auf Beschwerdeebene behoben wurde (Übermittlung dieser Schriftstücke vom Kanton an das SEM im Verlauf der vorinstanzlichen Vernehmlassung; Möglichkeit zur Stellungnahme im Rahmen des Replikrechts). Überdies standen dem Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung (mit vorgängigem Aktenstudium) die beiden fraglichen Aktenstücke bereits zur Verfügung,

F-4278/2023 Seite 7 nachdem ihm (respektive seinem Rechtsvertreter) das Schreiben vom 20. März 2023 vom Migrationsamt direkt eröffnet wurde und es sich beim Dokument vom 27. März 2023 um seine eigene Stellungnahme handelt.

E. 4.1

Nach Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG kann das SEM unter Vorbehalt von Absatz 5 ein Einreiseverbot gegenüber Ausländerinnen und Ausländern verfügen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden. Ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt insbesondere vor bei einer Missachtung von gesetzlichen Vorschriften oder behördlichen Verfügungen (Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung liegt vor, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einer Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führt (Art. 77a Abs. 2 VZAE). Das Einreiseverbot wird grundsätzlich für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AIG). Die verfügende Behörde kann ausnahmsweise aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot endgültig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 erster Satz AIG).

E. 4.2

Das in Art. 67 AIG geregelte Einreiseverbot stellt keine Sanktion dar, sondern 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 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 3709, 3813). Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft an das Risiko einer künftigen Gefährdung an. Gestützt auf sämtliche Umstände des Einzelfalles ist eine entsprechende Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss primär das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. anstelle vieler Urteil des BVGer F-4025/2017 vom 1. Oktober 2018 E. 3.2 m.H.). Es genügt dabei, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen in der Regel keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltungsmassnahme dar. Jeder Ausländerin und jedem Ausländer obliegt es, sich über bestehende Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit den ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei der zuständigen Behörde zu informieren (vgl. Urteil des BVGer F-5969/2016 vom 28. September 2017 E. 4.4. m.H.).

F-4278/2023 Seite 8

E. 4.3

Der Bestand und die Dauer des Einreiseverbots sind in jedem Fall unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 96 Abs. 1 AIG) zu überprüfen. Eine Prognose, für welchen Zeitraum die Sicherungsmassnahme notwendig sein wird, ist naturgemäss nicht möglich. Abstufungen betreffend die Dauer ergeben sich aus der wertenden Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung und den privaten Interessen, welche die betroffene Person an der zeitlichen Beschränkung der Massnahme hat (BVGE 2016/33 E. 9.2; 2014/20 E. 8.1). 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 Abs. 1 AIG; Urteil des BVGer F-1419/2020 vom 11. August 2020, E. 3.4; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

E. 5.1

Die Vorinstanz begründet das Einreiseverbot damit, dass der Beschwerdeführer vom (Nennung Gericht) mit Urteil vom (...) wegen (Nennung Delikte) zu einer Freiheitsstrafe von (...) Monaten verurteilt und mit einer Geldstrafe von (...) bestraft worden sei. Er sei in der Zwischenzeit aus dem Strafvollzug entlassen und aufgefordert worden, die Schweiz bis am

E. 5.2

Der Beschwerdeführer führt demgegenüber in seiner Beschwerde an, das Strafurteil des (Nennung Gericht) vom (...) sei nicht in Rechtskraft erwachsen. Dem Strafurteil fehle es an einer Sachverhaltsdarstellung sowie einer Urteilsbegründung, weshalb daraus der strafrechtliche Vorwurf nicht ersichtlich sei. Das SEM wisse daher nicht, ob das Strafgericht explizit auf die Anordnung einer Landesverweisung verzichtet habe oder nicht. Aufgrund der angemeldeten Berufung und der fehlenden Rechtskraft des Strafurteils wäre demnach die Anordnung der Landesverweisung oder der

F-4278/2023 Seite 9 Verzicht hierauf nicht rechtskräftig. Für die Verhängung eines Einreiseverbots von mehr als drei Jahren müsse aber ein rechtskräftiges und begründetes Strafurteil vorliegen, damit beurteilt werden könne, ob das Einreiseverbot nicht gegen das Verbot des Dualismus verstosse. Ferner lasse sich aus einem nicht rechtskräftigen Strafurteil ohne Kenntnis des zugrundeliegenden Sachverhalts und des Strafvorwurfs kein vergangenes Verhalten des Betroffenen ableiten, welches in Bezug auf eine allfällige Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geprüft werden könne. Ein nicht rechtskräftiges Strafurteil sei kein Verdachtsmoment. Zwar könne aus im Strafverfahren erhobenen Beweisen und dem dort erwiesenen Verhalten eines Betroffenen eine allfällige Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abgeleitet werden. Ein nicht rechtskräftiges Dispositiv eines Strafurteils sei hingegen ungeeignet, etwas über das Verhalten eines Betroffenen auszusagen. Der von der Vorinstanz angeführte Grund, namentlich das erwähnte Strafurteil, stelle somit keinen rechtmässigen Grund für den Erlass des Einreiseverbots dar. Indem die Vorinstanz aus der nicht rechtskräftigen Verurteilung seiner Person ohne Kenntnis des zugrundeliegenden Sachverhalts auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geschlossen habe, verletze sie die Unschuldsvermutung.

E. 5.3

In seiner Vernehmlassung hält das SEM fest, aus der Stellungnahme vom 27. März 2023 sowie den weiteren Akten seien keine aussergewöhnlichen, schwerwiegenden privaten Interessen des Beschwerdeführers ersichtlich, welche das öffentliche Interesse an seiner Fernhaltung überwiegen könnten und zu einer anderen Entscheidung führen würden. In Bezug auf die Verhältnismässigkeitsprüfung sei zu beachten, dass er aufgrund der rechtskräftigen Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung an ihn und seine Familie ohnehin nicht mehr in der Schweiz wohnen könne. Auch würden aufgrund der Akten keine humanitären oder anderen wichtigen Gründe bestehen, welche rechtfertigen könnten, von der Verhängung eines Einreiseverbots ganz abzusehen (Art. 67 Abs. 5 AIG). Das private Interesse des Beschwerdeführers an einer ungehinderten Einreise in die Schweiz und den Schengen-Raum sei vor diesem Hintergrund gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung als untergeordnet zu erachten. Ferner dürfe ein Einreiseverbot unabhängig vom Strafverfahren verfügt und auch verhängt werden, wenn ein rechtskräftiges Urteil fehle; so handle es sich bei der Anordnung eines Einreiseverbotes doch um eine präventivpolizeiliche Massnahme, welche nicht an die Erfüllung einer Strafnorm, sondern an das Vorliegen einer Polizeigefahr geknüpft sei. Der Beschwerdeführer habe klarerweise gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit verstossen, weshalb der Fernhaltegrund erfüllt sei. Aus den vorliegenden Akten habe

F-4278/2023 Seite 10 der Sachverhalt in Bezug auf die Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit hinreichend erstellt werden können. Bezüglich der Unschuldsvermutung sei ergänzend festzuhalten, dass sie im Administrativverfahren keine Geltung beanspruchen könne.

E. 5.4

Dem hält der Beschwerdeführer in seiner Replik entgegen, dass aus den Akten der Vorinstanz der Sachverhalt, aufgrund dessen er mit – nicht rechtskräftigem – Urteil vom (...) des (Nennung Gericht) verurteilt worden sei, nicht hervorgehe. Die Ausfertigung des begründeten Strafurteils stehe weiterhin aus. Auch seien weder die Anklageschrift der

Staatsanwaltschaft B. _____ noch die den Sachverhalt belegenden Beweismittel in den vor- instanzlichen Akten enthalten. Die Behauptung der Vorinstanz, er würde die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden, sei daher unzutreffend. Mithin fehle ein Verfügungsgrund für den Erlass eines Einreiseverbotes. Bezüglich der Unschuldsvermutung lägen keine hinreichenden Verdachts- momente vor, die den Erlass eines Einreiseverbotes – auch bei Fehlen ei- nes rechtskräftigen Urteils – rechtfertigen könnten.

E. 5.5

In seiner Stellungnahme vom 8. April 2024 führt der Beschwerdeführer schliesslich an, aus dem begründeten Strafurteil vom (...) lasse sich nichts zu seinen Ungunsten ableiten. Aufgrund der politischen Motivation und sei- ner missbräuchlichen Verurteilung in C. _____ könne einzig und allein wegen dieser Tatsache und ohne weitere Anhaltspunkte nicht davon aus- gegangen werden, dass er tatsächlich gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in C. _____ verstossen habe. Entsprechend dürfe auf das C. _____ Strafurteil, welches im begründeten Strafurteil nur nebenbei er- wähnt werde, nicht abgestellt werden und dürfe dieses auch bei der Ent- scheidfindung nicht berücksichtigt werden. Weiter würden sich in den Ak- ten der Vorinstanz das Urteil (...) des (Nennung Gericht) und das Bundes- gerichtsurteil 20_32/2022 vom 25. November 2022 wiederfinden. Gegen- stand der Urteile sei die Ablehnung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilli- gung gewesen. In diesen Urteilen sei ebenfalls seine Verurteilung in C. _____ erwähnt worden. Sowohl die Vorinstanz als auch das Migrati- onsamt hätten diese Verurteilung jedoch ohne Abklärung des massgeben- den Sachverhalts zum Anlass genommen, gegen ihn ein Einreiseverbot zu verhängen. Umso weniger dürfe auf diese Verurteilung nun behelfsmässig zurückgegriffen werden, zumal das begründete Urteil keine hinreiche Grundlage für den Erlass eines Einreiseverbots darstelle. Im Weiteren habe er die Verfehlungen weder ganz noch teilweise eingestanden und der Sachverhalt sei und bleibe umstritten, so hinsichtlich seiner (nicht rechts- kräftigen) Verurteilungen wegen (Nennung Straftatbestände). Er werde im

F-4278/2023 Seite 11 Berufungsverfahren seine Unschuld beweisen. Zudem würden die Akten nichts enthalten, was zur Klärung der strafrechtlichen Vorwürfe beitragen könnte. Aus den Freisprüchen und den Einstellungsverfügungen vom (...) könne und dürfe bezüglich des Einreiseverbots nichts zu seinen Lasten abgeleitet werden. Würden die Verfahren in C. _____ berücksichtigt, sei der Schluss zulässig, dass das schweizerische Strafverfahren gegen ihn ein Teil der Auseinandersetzungen zwischen ihm und seinem ehemaligen Geschäftspartner sei. Aufgrund der Unschuldsvermutung gelte er weiterhin als unbescholten und aufgrund der privaten Natur der Auseinandersetzung könne nicht behauptet werden, er habe die öffentliche Ordnung und Sicher- heit verletzt oder er würde diese gefährden. 6. 6.1 Vorweg gilt zu prüfen, ob das fünfjährige Einreiseverbot, welches sich auf eine – nicht rechtskräftige – Verurteilung wegen (Nennung Straftatbe- stände) stützt, das Dualismusverbot verletzt. 6.1.1 Am 1. Oktober 2016 sind im Zuge der Umsetzung des mit der An- nahme der Ausschaffungsinitiative geschaffenen Art. 121 Abs. 3 bis 6 BV die Bestimmungen über die obligatorische und fakultative Landesverwei- sung (Art. 66a ff. StGB) in Kraft getreten. Gleichzeitig wurden Art. 62 Abs. 2 AIG und Art. 63 Abs. 3 AIG eingeführt, die den Widerruf von Bewilligungen (und anderer Verfügungen nach dem AIG) für unzulässig erklären, der nur damit begründet wird, dass ein Delikt begangen wurde, für das ein Straf- gericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt, jedoch von einer Landesverweisung abgesehen hat. Damit sollte vermieden werden, dass

der unter dem früheren Recht bestandene Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und ausländerrechtlichem Bewilligungswiderruf wieder eingeführt würde. Der ausländerrechtliche Widerruf ist daher unzulässig, wenn er allein gestützt auf ein Delikt erfolgt, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt und keine Landesverweisung ausgesprochen hat (vgl. hierzu Urteil des BVGer F-3533/2021 vom 8. März 2023 E. 5.1 m.H.). 6.1.2 Eine vergleichbare Regelung der Zulässigkeit eines Einreiseverbots kennt das AIG nicht. Verfügt jedoch eine straffällige ausländische Person über einen Aufenthaltstitel in der Schweiz, der aufgrund Art. 62 Abs. 2 AIG bzw. Art. 63 Abs. 3 AIG nicht widerrufen werden kann, dann ist im Sinne einer Reflexwirkung auch ein Einreiseverbot nach Art. 67 AIG unzulässig. Denn eine ausländische Person mit einem gültigen Aufenthaltstitel kann ohnehin nicht mit einem Einreiseverbot belegt werden. Auf die Frage, wie

F-4278/2023 Seite 12 zu verfahren ist, wenn die betroffene Person – wie in casu – keinen Aufenthaltstitel besitzt, lässt sich dem AIG weder unmittelbar noch mittelbar eine Antwort entnehmen. In seinem Grundsatzurteil BVGE 2023 VII/7 nahm sich das Bundesverwaltungsgericht dieser Frage im Kontext der fakultativen Landesverweisung nach Art. 66abis StGB an. Es erkannte eine echte Gesetzeslücke, die es modo legislatoris unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele – der Vermeidung des Dualismus und der Verschärfung der bestehenden Praxis gegenüber straffälligen Ausländerinnen und Ausländern – durch eine differenzierte Regelung schloss (ebenda E. 5 und 6.1-6.2 m.H.). Dabei hielt es unter anderem fest, dass der implizite Verzicht auf eine fakultative Landesverweisung in dem Sinne, dass die Staatsanwaltschaft den Fall mit einem Strafbefehl erledigt oder das Strafgericht diese Frage in seinem Urteil nicht behandelt, obwohl es dazu befugt wäre, das SEM nicht bindet (Urteil F-1776/2019 E. 6.4 m.w.H.). 6.1.3 Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des (Nennung Gericht) vom (...) wegen (Nennung Delikte) zu einer Freiheitsstrafe von (...) Monaten verurteilt und mit einer Geldstrafe von (...) bestraft. Gegen dieses Urteil legten die Parteien Berufung ein (vgl. Beschwerdebeilagen 7 und 8). Bei den aufgeführten Straftatbeständen handelt es sich um Delikte, welche gemäss Art. 66abis StGB einer fakultativen Landesverweisung zugänglich sind. 6.1.4 Nachdem das (Nennung Gericht) die Frage einer fakultativen Landesverweisung in seinem Urteil nicht behandelte, obwohl es dazu befugt gewesen wäre, stellt dies mithin einen impliziten Verzicht dar, welcher das SEM nicht bindet (Urteil F-1776/2019 E. 6.4 m.w.H.). 6.1.5 Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass die Vorinstanz vorliegend nicht an die strafrechtliche Beurteilung gebunden war und somit das Dualismusverbot nicht verletzt hat. Mit dem von der Staatsanwaltschaft des Kantons B._____ zur Anklage gebrachten Verhalten des Beschwerdeführers liegt eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG vor, die grundsätzlich ein Einreiseverbot rechtfertigen kann.

E. 6.1

Vorweg gilt zu prüfen, ob das fünfjährige Einreiseverbot, welches sich auf eine - nicht rechtskräftige - Verurteilung wegen (Nennung Straftatbestände) stützt, das Dualismusverbot verletzt.

E. 6.1.1

Am 1. Oktober 2016 sind im Zuge der Umsetzung des mit der Annahme der Ausschaffungsinitiative geschaffenen Art. 121 Abs. 3 bis 6 BV die Bestimmungen über die

obligatorische und fakultative Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB) in Kraft getreten. Gleichzeitig wurden Art. 62 Abs. 2 AIG und Art. 63 Abs. 3 AIG eingeführt, die den Widerruf von Bewilligungen (und anderer Verfügungen nach dem AIG) für unzulässig erklären, der nur damit begründet wird, dass ein Delikt begangen wurde, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt, jedoch von einer Landesverweisung abgesehen hat. Damit sollte vermieden werden, dass der unter dem früheren Recht bestandene Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und ausländerrechtlichem Bewilligungswiderruf wieder eingeführt würde. Der ausländerrechtliche Widerruf ist daher unzulässig, wenn er allein gestützt auf ein Delikt erfolgt, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt und keine Landesverweisung ausgesprochen hat (vgl. hierzu Urteil des BVGer F-3533/2021 vom 8. März 2023 E. 5.1 m.H.).

E. 6.1.2

Eine vergleichbare Regelung der Zulässigkeit eines Einreiseverbots kennt das AIG nicht. Verfügt jedoch eine straffällige ausländische Person über einen Aufenthaltstitel in der Schweiz, der aufgrund Art. 62 Abs. 2 AIG bzw. Art. 63 Abs. 3 AIG nicht widerrufen werden kann, dann ist im Sinne einer Reflexwirkung auch ein Einreiseverbot nach Art. 67 AIG unzulässig. Denn eine ausländische Person mit einem gültigen Aufenthaltstitel kann ohnehin nicht mit einem Einreiseverbot belegt werden. Auf die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die betroffene Person - wie in casu - keinen Aufenthaltstitel besitzt, lässt sich dem AIG weder unmittelbar noch mittelbar eine Antwort entnehmen. In seinem Grundsatzurteil BVGE 2023 VII/7 nahm sich das Bundesverwaltungsgericht dieser Frage im Kontext der fakultativen Landesverweisung nach Art. 66abis StGB an. Es erkannte eine echte Gesetzeslücke, die es modo legislatoris unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele - der Vermeidung des Dualismus und der Verschärfung der bestehenden Praxis gegenüber straffälligen Ausländerinnen und Ausländern - durch eine differenzierte Regelung schloss (ebenda E. 5 und 6.1-6.2 m.H.). Dabei hielt es unter anderem fest, dass der implizite Verzicht auf eine fakultative Landesverweisung in dem Sinne, dass die Staatsanwaltschaft den Fall mit einem Strafbefehl erledigt oder das Strafgericht diese Frage in seinem Urteil nicht behandelt, obwohl es dazu befugt wäre, das SEM nicht bindet (Urteil F-1776/2019 E. 6.4 m.w.H.).

E. 6.1.3

Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des (Nennung Gericht) vom (...) wegen (Nennung Delikte) zu einer Freiheitsstrafe von (...) Monaten verurteilt und mit einer Geldstrafe von (...) bestraft. Gegen dieses Urteil legten die Parteien Berufung ein (vgl. Beschwerdebeilagen 7 und 8). Bei den aufgeführten Straftatbeständen handelt es sich um Delikte, welche gemäss Art. 66abis StGB einer fakultativen Landesverweisung zugänglich sind.

E. 6.1.4

Nachdem das (Nennung Gericht) die Frage einer fakultativen Landesverweisung in seinem Urteil nicht behandelte, obwohl es dazu befugt gewesen wäre, stellt dies mithin einen impliziten Verzicht dar, welcher das SEM nicht bindet (Urteil F-1776/2019 E. 6.4 m.w.H.).

E. 6.1.5

Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass die Vorinstanz vorliegend nicht an die strafrechtliche Beurteilung gebunden war und somit das Dualismusverbot nicht verletzt hat. Mit dem von der Staatsanwaltschaft des Kantons B. _____ zur Anklage gebrachten

Verhalten des Beschwerdeführers liegt eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG vor, die grundsätzlich ein Einreiseverbot rechtfertigen kann.

E. 7

Juli 2023 zu verlassen. Die begangenen Delikte würden einen Verstoss gegen die Gesetzgebung darstellen, womit eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einhergehe (Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG). Der Erlass einer Fernhaltemassnahme von 5 Jahren zur Vermeidung künftiger Delikte sei auch unter Berücksichtigung der privaten Interessen des Beschwerdeführers gerechtfertigt und verhältnismässig. Er habe während der Dauer des Einreiseverbots zu beweisen, dass er gewillt und fähig sei, sich in Zukunft an die geltende Rechtsordnung zu halten. Private Interessen, die das öffentliche Interesse an künftigen kontrollierten Einreisen überwiegen könnten, würden sich weder aus den Akten ergeben noch seien solche im Rahmen des rechtlichen Gehörs geltend gemacht worden.

E. 7.1

Der Beschwerdeführer wendet sodann ein, dass er gegen das Strafurteil vom (...) fristgerecht Berufung eingelegt habe, weshalb dieses noch nicht in Rechtskraft erwachsen sei. In diesem Berufungsverfahren werde er seine Unschuld beweisen.

F-4278/2023 Seite 13

E. 7.2

Dem Beschwerdeführer wird unter anderem vorgeworfen, er habe (Darlegung Vorwürfe). Das (Nennung Gericht) befand ihn am (...) deshalb des (Nennung Straftatbestände) schuldig. Zwar ist dieses Urteil noch nicht rechtskräftig. Jedoch gelten im Administrativverfahren andere Verfahrens- und Beweisregeln als im Strafrecht. Das Strafrecht und das Ausländerrecht verfolgen unterschiedliche Ziele, schützen andere Interessen und sind voneinander unabhängig. So ist die Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des Ausländerrechts nicht notwendigerweise mit der Verletzung von Strafbestimmungen deckungsgleich. Die Migrationsbehörde lässt sich zudem von anderen Überlegungen leiten als die Strafbehörde. Während die Entscheidung des Strafgerichts in erster Linie von der strafrechtlichen Zurechnung sowie von Überlegungen im Zusammenhang mit den Aussichten auf eine soziale Wiedereingliederung des Verurteilten bestimmt wird, ist bei den Migrationsbehörden die Sorge um die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausschlaggebend. Die ausländerrechtliche Beurteilung kann daher strenger oder anders ausfallen als diejenige der Strafbehörde (vgl. BGE 140 I 145 E. 4.3; 130 II 493 E. 4.2; Urteile des BVGer F-2128/2022 vom 28. November 2022 E. 6.5.2; F-1367/2019 vom 20. Juli 2021 E. 9.3.2).

E. 7.3

Im Ausländerrecht hat die Behörde folglich in eigener Kompetenz unter Zugrundelegung spezifischer ausländerrechtlicher Kriterien zu beurteilen, ob eine Polizeigefahr besteht. Entsprechend kann ein Einreiseverbot auch dann ergehen, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, sei es, weil ein Strafverfahren nicht eröffnet oder eingestellt wurde oder, wie in casu, noch hängig ist (vgl. Urteile des BVGer F-5081/2021 vom 31. Oktober 2022 E. 8.2; F-4221/2021 vom 24. Juni 2022 E. 5.1). Unter Berücksichtigung des strafrechtlichen Prinzips der Unschuldsvermutung darf die Behörde jedoch Verfehlungen, die nicht (oder noch nicht) zu einer Verurteilung geführt haben, nur berücksichtigen, soweit sie

unbestritten sind oder wenn aufgrund der Akten keine ernsthaften Zweifel bestehen, dass sie der betreffenden Person zur Last zu legen sind (vgl. Urteil des BGer 2C_39/2016 vom 31. August 2016 E. 2.5; Urteil F-1367/2019 E. 9.3.4).

E. 7.4

Vorliegend bestehen klare Verdachtsmomente dafür, dass die fehlbaren Handlungen stattgefunden haben. Laut der Begründung des vom (...) datierenden Strafurteils ist zweifelsfrei erstellt, dass (Darlegung der fehlbaren Handlungen). Aufgrund der detaillierten und schlüssigen Feststellungen in den im Strafurteil aufgeführten Protokollen und Einvernahmen (S. 22-42) sowie des Aussageverhaltens der beschuldigten Person bestehen für das Bundesverwaltungsgericht keine ernsthaften Zweifel, dass

F-4278/2023 Seite 14 dem Beschwerdeführer fehlbare Handlungen gegen das Vermögen sowie den Rechts- beziehungsweise Geschäftsverkehr anzulasten sind.

E. 7.5

Nach dem Gesagten lässt die aktenkundige Beweislage den rechts- genügend klaren Schluss zu, dass im dargelegten Rahmen fehlbare Handlungen stattgefunden haben, womit der Beschwerdeführer hinreichenden Anlass zur Verhängung eines Einreiseverbots im Sinne von Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG gegeben hat. Die Voraussetzungen dieses Tatbestandes sind somit erfüllt.

E. 8

Zu prüfen bleibt die Verhältnismässigkeit der Massnahme (vgl. E. 4.3).

E. 8.1

Den Entscheid darüber, ob ein Einreiseverbot anzuordnen und wie es zeitlich auszugestalten ist, legt Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG in das pflichtgemässe Ermessen der Behörde. Eine Prognose, für welchen Zeitraum die Sicherungsmassnahme notwendig sein wird, ist naturgemäss nicht möglich. Die Dauer des Einreiseverbots ergibt sich aus der wertenden Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung der betroffenen Person und deren privaten Interessen an der zeitlichen Beschränkung der Massnahme (BVGE 2016/33 E. 9.2; 2014/20 E. 8.1). 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 AIG; ferner statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

E. 8.2

Der Beschwerdeführer bestreitet, dass von ihm eine Gefahr für künftige Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgehe. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Anordnung des Einreiseverbots bereits aus spezialpräventiven Gründen angezeigt ist, um ihn bei künftigen Aufenthalten in der Schweiz von der erneuten Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abzuhalten. Zu berücksichtigen ist zudem das generalpräventiv motivierte Interesse, die öffentliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen (vgl. Urteil des BGer 2C_282/2012 vom 31. Juli 2012 E 2.5 m.H.). So soll ein Einreiseverbot angesichts der negativen Folgen andere ausländische Personen dazu anhalten, sich an die rechtliche Ordnung des Gastlandes zu halten. Es besteht demnach ein general- und spezialpräventiv motiviertes Interesse an seiner

Fernhaltung. Darüber hinaus kommt bei Drittstaatsangehörigen der Rückfallgefahr im Vergleich mit Staatsangehörigen einer Vertragspartei

F-4278/2023 Seite 15 des Freizügigkeitsabkommens (FZA, SR 0.142.112.681) eine geringere Tragweite zu (BGE 139 II 121 E. 6.1; 136 II 5 E. 4.2; BVGE 2017 VII/2 E. 4.4). Es besteht somit ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers. Private Interessen macht er derweil keine geltend und solche ergeben sich auch nicht aus den Akten.

E. 8.3

Eine wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass das auf fünf Jahre befristete Einreiseverbot dem Grundsatz nach und in Bezug auf seine Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

E. 9

Verhältnismässig, zur Wahrung der Interessen der Gesamtheit aller Schengen-Staaten notwendig und nicht zu beanstanden ist schliesslich die Ausschreibung des Einreiseverbots im Schengener Informationssystem (vgl. Art. 21 und 24 der Verordnung [EU] 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems [SIS] im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006), geht es doch in Konstellationen wie der vorliegenden um zentrale Bestimmungen der migrationsrechtlichen Ordnung (vgl. Urteile des BVGer F-6944/2023 vom 25. November 2024 E. 8.2; F-3986/2021 vom 15. März 2023 E. 6; F-2524/2021 vom

E. 10

Die angefochtene Verfügung erweist sich aufgrund der vorstehenden Erwägungen als rechtmässig im Sinne von Art. 49 VwVG. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

E. 11

Mit dem Entscheid in der Hauptsache ist der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegenstandslos geworden.

E. 12

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art 63 Abs. 1 VwVG) und auf insgesamt Fr. 1'200.– festzusetzen (Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE,

F-4278/2023 Seite 16 SR 173.320.2]). Der in der gleichen Höhe geleistete Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden. Eine Parteientschädigung fällt ausgangsgemäss ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG). (Dispositiv nächste Seite)

F-4278/2023 Seite 17

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