

BVGer F-4728/2019 vom 9. März 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-03-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-4728_2019

FR: TAF F-4728/2019 du 9 mars 2021

IT: TAF F-4728/2019 del 9 marzo 2021

Regeste

Einreiseverbot

Erwägungen

E. 1.1

Verfügungen des SEM, die ein Einreiseverbot im Sinne von Art. 67 AIG (SR 142.20) zum Gegenstand haben, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

E. 1.2

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

E. 1.3

Der Beschwerdeführer ist zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (Art. 50 und 52 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 und - soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat - die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

E. 3

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Begründungspflicht, weil die angefochtene Verfügung auf seine Argumente in der Stellungnahme vom 8. Juli 2019 nicht eingehe. Die Rüge ist - wie im Folgenden zu zeigen ist - nicht gerechtfertigt.

E. 3.1

Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG ist eine Verfügung zu begründen. Ob die Begründung den rechtlichen Anforderungen genügt, ergibt sich daraus, ob sie ihre Funktion im Kontext des rechtlichen Gehörs erfüllt. Diese besteht darin, die beschwerdeführende Partei in die Lage zu versetzen, die Motive der Behörde nachzuvollziehen und die Verfügung sachgerecht anzufechten. Nicht erforderlich ist, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten

einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Es genügt, wenn aus der Gesamtheit der Begründung implizit hervorgeht, weshalb das Vorgebrachte als unrichtig oder unwesentlich übergangen wird (BGE 141 V 557 E. 3.2.1; 137 II 266 E. 3.2; 136 I 229 E. 5.2).

E. 3.2

Dieser Anforderung wird die angefochtene Verfügung im Wesentlichen gerecht. Die Vorinstanz legt darin knapp aber verständlich dar, warum sie von einem erheblichen Rückfallrisiko ausgeht und auch unter Berücksichtigung der ins Verfahren eingebrachten privaten Interessen ein auf vier Jahre befristetes Einreiseverbot als gerechtfertigte und verhältnismässige Massnahme betrachtet. Einzig auf den vom Beschwerdeführer im Rahmen des vorgängig gewährten rechtlichen Gehörs angeführten Vergleichsfall ging sie erst in ihrer Vernehmlassung ein. Soweit darin überhaupt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt werden kann, wiegt sie leicht und kann angesichts der Möglichkeit des Beschwerdeführers zur Stellungnahme und der vollen Kognition des Bundesverwaltungsgerichts als geheilt betrachtet werden (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 m.H.).

E. 4.1

Das SEM kann 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 (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AIG). 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 AIG). Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Grundsatzurteil vom 26. August 2014 (BVGE 2014/20) entschieden, dass Einreiseverbote, die auf der Grundlage von Art. 67 Abs. 1 oder 2 AIG ergehen, zwingend auf eine bestimmte Dauer zu befristen sind. Die Verbotsdauer kann dabei bis maximal 15 Jahre, im Wiederholungsfall 20 Jahre betragen. Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AIG).

E. 4.2

Das Einreiseverbot dient der Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (BB1 2002 3709, 3813). Soweit Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG mit dem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung an vergangenes Verhalten des Betroffenen anknüpft, steht die Gefahrenabwehr durch Generalprävention im Sinne der Einwirkung auf das Verhalten anderer ausländischer Personen im Vordergrund (zur Generalprävention im Ausländerrecht vgl. etwa Urteil des BGer 2C_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5 m.H.). Die Spezialprävention im Sinne der Einwirkung auf das Verhalten des Betroffenen selbst kommt zum Tragen, soweit Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG als alternativen Fernhaltegrund die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch den Betroffenen selbst nennt. Ob eine solche Gefährdung vorliegt, ist gestützt auf die gesamten Umstände des Einzelfalles im Sinne einer Prognose zu beurteilen, die sich in erster Linie auf das vergangene Verhalten des Betroffenen abstützen muss.

E. 4.3

Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter. Sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (vgl. BBl 2002 3709, 3813). Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt unter anderem vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (vgl. Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE; inhaltlich identisch mit Art. 80 Abs. 1 Bst. a VZAE in der bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung). Der Schluss auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung setzt dagegen konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen wird (Art. 77a Abs. 2 VZAE).

E. 4.4

Eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AuG setzt mehr voraus als eine einfache Gefährdung nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a zweiter Halbsatz AuG. Verlangt wird eine qualifizierte Gefahr, über die nach Massgabe aller Umstände des Einzelfalles zu befinden ist. Eine solche Gefahr darf nicht leichthin angenommen werden. Sie kann sich beispielsweise aus der Hochwertigkeit des deliktisch bedrohten Rechtsguts ergeben (z.B. Leib und Leben, körperliche und sexuelle Integrität, Gesundheit), aus der Zugehörigkeit des drohenden Delikts zur besonders schweren Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension (z.B. Terrorismus, Menschen- und Drogenhandel, organisierte Kriminalität), aus der wiederholten Delinquenz und ihrer zunehmenden Schwere oder aus der Abwesenheit einer günstigen Prognose. Die zu befürchtenden Delikte müssen einzeln oder in ihrer Summe das Potenzial haben, eine aktuelle und schwerwiegende Gefahr zu begründen (BGE 139 II 121 E. 6.3; BVGE 2014/20 E. 5.2).

E. 5.1

Anlass für das angefochtene Einreiseverbot bilden die mit Urteil des Bezirksgerichts Lenzburg vom 2. März 2017 abgeurteilten Straftaten des Beschwerdeführers. Er wurde im abgekürzten Verfahren des mehrfachen Diebstahls schuldig gesprochen und zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, bedingt aufgeschoben bei einer Probezeit von 5 Jahren, sowie einer Busse von Fr. 10'000.- verurteilt.

E. 5.2

Aus der vom Beschwerdeführer akzeptierten Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau ergibt sich, dass er von der Post CH AG als Temporärmitarbeiter im Warenumschlag einer Logistikzentrale angestellt war und dort unter anderem als Stapelfahrer arbeitete. In der Zeit vom 1. April 2015 bis zu seiner Festnahme am 4. Dezember 2015 entwendete er während der Arbeit eine Vielzahl von Postsendungen im Deliktsbetrag von Fr. 95'750.-. Bei dem Diebesgut handelte es sich weitgehend um Fotokameras, Objektive und Fotozubehör. Ein Kameraset verkaufte er über eine Onlineplattform, einen weiteren Kamerasatz behielt er zum Eigengebrauch, den grossen Rest lagerte er in seinem Keller zwecks Weiterverkaufs ein. Konkret hatte er vor, die Ware entweder in Österreich unter Mithilfe eines in Wien wohnhaften Bruders zu veräussern oder aber die Gerätschaften einem nicht näher bekannten kosovarischen Staatsangehörigen zu verkaufen, der in Kosovo ein Fotogeschäft führen soll.

E. 5.3

Mit seiner Delinquenz stellte der Beschwerdeführer eine erhebliche kriminelle Energie und eine ausgeprägte Geringschätzung der schweizerischen Rechtsordnung unter Beweis, wie schon im Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 24. Oktober 2018 zutreffend festgestellt wird. Denn kaum zwei Jahre in der Schweiz, selbst ohne materielle Not - er und seine Ehefrau waren erwerbstätig - und darüber hinaus noch verantwortlich für seine Familie mit neugeborenem Kind, entschied er sich bewusst gegen das Recht, nützte seine Vertrauensstellung an seinem Arbeitsort aus und beging fortlaufend Diebstähle in beträchtlichem Ausmass. Die Deliktsserie dauerte insgesamt acht Monate und endete erst mit seiner Festnahme am 4. Dezember 2015. Es kann mit Fug davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer ohne Festnahme sein deliktisches Verhalten fortgeführt, das Deliktsgut veräussert und sich in erheblichem Mass bereichert hätte. Ausdruck dieser Tatumstände bildet die empfindliche Freiheitsstrafe von 2 Jahren und die Länge der auf 5 Jahre bemessenen Probezeit.

E. 6.1

Angesichts der dargelegten Umstände besteht für das Bundesverwaltungsgericht kein Zweifel, dass vom Beschwerdeführer zum Zeitpunkt seiner Festnahme am 4. Dezember 2015 eine im Sinne von Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG qualifizierte Gefahr ausging.

E. 6.2

Was die weitere Entwicklung der Gefahrenlage betrifft, so kommt dem Beschwerdeführer zugute, dass sich seine Delinquenz nicht gegen ein besonders hochwertiges Rechtsgut, sondern «nur» gegen das Vermögen richtete und er, soweit bekannt, nicht vorbestraft war und sich auch nichts mehr zuschulden kommen liess. Allerdings stand er unter dem Druck des Strafverfahrens, einer immer noch laufenden Probezeit und des ausländerrechtlichen Widerrufsverfahrens. Seinem Wohlverhalten nach seiner Festnahme kommt daher nur eine eingeschränkte Bedeutung zu. Dass er zuvor nicht aktenkundig mit dem Gesetz in Konflikt geraten war, wird dadurch relativiert, dass der Beschwerdeführer trotz familiärer Verantwortung und ohne nachvollziehbaren Grund quasi aus dem Stand eine erhebliche Delinquenz an den Tag legen konnte. Da zudem über die weitere Lebensgestaltung des Beschwerdeführers nach der Ausreise aus der Schweiz nichts bekannt ist, übersteigt die Gefährdungslage immer noch, wenn auch knapp, die qualifizierende Schwelle des Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG.

E. 6.3

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer nicht nur die Fernhaltegründe einer Verletzung und Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG gesetzt hat, sondern dass die von ihm ausgehende Gefahr auch heute noch im Sinne von Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG schwer wiegt. Die Regelmaximaldauer für ein Einreiseverbot von fünf Jahren gelangt daher nicht zur Anwendung.

E. 7.1

Zu prüfen ist weiter, ob die angefochtene Fernhaltemassnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Den Entscheid darüber, ob ein Einreiseverbot anzuordnen und wie es innerhalb des zulässigen zeitlichen Rahmens zu befristen ist, legt Art. 67 Abs. 2 AIG in das pflichtgemässe Ermessen der Behörde (BGE 139 II 121 E. 6.5.1; 108 Ib 196 E. 4a). Zentrale Bedeutung kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu, 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 AIG; ferner statt vieler Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

E. 7.2

Vom Beschwerdeführer geht eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG aus. Weiter oben wurde im Kontext der Eingriffsvoraussetzungen ausführlich darauf eingegangen, sodass an dieser Stelle auf Wiederholungen verzichtet werden kann. Daraus ergibt sich ein erhebliches öffentliches Interesse an einer längerfristigen Fernhaltung des Beschwerdeführers. Die zu seinen Gunsten sprechenden Umstände, wie die Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter und sein sonstiges Wohlverhalten während nunmehr fünf Jahren vermögen zwar die von ihm ausgehende Gefahr nicht unter die qualifizierende Schwelle des Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG zu drücken. Sie haben jedoch zur Folge, dass das öffentliche Fernhalteinteresse nur eine Massnahme von unwesentlich mehr als der Regelmaximaldauer von fünf Jahren rechtfertigt.

E. 7.3

Entgegenstehende private Interessen von Gewicht können nur in der familiären Situation des Beschwerdeführers erblickt werden. Er ist mit einer in der Schweiz niedergelassenen Landsfrau verheiratet, mit der er zwei Kinder hat. Seine Ehefrau lebt bereits seit ihrem siebten Lebensjahr in der Schweiz und eines der beiden Kinder bedarf nachweislich besonderer medizinischer Betreuung. Das Bundesgericht stellte denn auch in seinem Urteil fest, dass es den Betroffenen nicht ohne weiteres zumutbar ist, die Familieneinheit im gemeinsamen Heimatland wiederherzustellen. Auch wenn ein Familienleben in der Schweiz in erster Linie am fehlenden Aufenthaltsrecht scheitert und die Wirkungen des Einreiseverbots durch die Möglichkeit seiner Suspension und moderne Kommunikationsmittel gemildert werden (vgl. BVGE 2014/20 E. 8.3.4), liegt es auf der Hand, dass das Einreiseverbot die Familie des Beschwerdeführers empfindlich trifft. Das sich daraus ergebende private Interesse an einem von Fernhaltemassnahmen unbeeinträchtigten Zugang zur Schweiz ist daher von Gewicht.

E. 7.4

Eine wertende Gewichtung und Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das gegen den Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit und der Angemessenheit nicht beanstandet werden kann. Mit Blick auf die vom Beschwerdeführer immer noch ausgehende qualifizierte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung hat die Vorinstanz mit der Befristung des Einreiseverbots auf vier Jahre den Beeinträchtigungen des Familienlebens, denen der Beschwerdeführer und seine Familie während der Geltungsdauer der Fernhaltemassnahme ausgesetzt sind, in ausreichender, wenn nicht gar grosszügiger Weise Rechnung getragen.

E. 7.5

Zu keinem anderen Ergebnis führt die Berufung des Beschwerdeführers auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-984/2014 vom 22. Januar 2015, mit dem ein von der Vorinstanz verhängtes Einreiseverbot von drei Jahren Dauer gegen einen Drogendelinquenten mit Familie in der Schweiz bestätigt wurde. Es handelt sich bei diesem

Urteil um einen nicht verallgemeinerungsfähigen, isolierten Einzelfall, der die grundsätzlich strenge Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei Drogendelikten nicht widerspiegelt (vgl. statt vieler Urteile des BVGer F-867/2018 vom 16. November 2020, F-1301/2017 vom 5. September 2018, C-5539/2014 vom 14. April 2016) und der vor dem Hintergrund des grundsätzlichen Verbots einer «reformatio in peius» zu sehen ist. Der Beschwerdeführer kann aus diesem Urteil unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit nichts für sich ableiten.

E. 8

Anzufügen bleibt, dass Gründe, welche die weitere Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS II als eine unverhältnismässige Massnahme erscheinen liessen, weder geltend gemacht werden, noch ersichtlich sind (vgl. Art. 24 Ziff. 2 Bst. a der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [SIS-II-Verordnung, Abl. L 381/4 vom 28.12.2006]).

E. 9

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung zu Recht ergangen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

E. 10

Dem Beschwerdeführer wurde die unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG gewährt. Es sind ihm daher keine Verfahrenskosten aufzuerlegen, und sein als amtlicher Anwalt eingesetzter Rechtsvertreter ist gemäss Art. 12 i.V.m. Art. 8 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Grundlage für die Berechnung des Honorars und des Auslagenersatzes bildet die Kostennote des Rechtsbeistands vom 15. Januar 2020. Darin stellt er einen Betrag von insgesamt Fr. 4'027.55 in Rechnung, bestehend aus einem Honorar von Fr. 3'665.- (14.66 Stunden zu Fr. 250.-), den Auslagen von Fr. 74.60 und einer Mehrwertsteuer von Fr. 287.95 (7.7 % auf dem Zwischentotal aus Honorar und Auslagen von Fr. 3'739.60). Während die Höhe der Auslagen und des Stundenansatzes zu keinen Bemerkungen Anlass gibt, erscheint der geltend gemachte zeitliche Aufwand von 14.66 Stunden mit Blick auf den Umfang der Eingaben und der rechtlichen und tatbeständlichen Komplexität der Sache als zu hoch. Er ist in Anwendung von Art. 10 Abs. 1 VGKE auf 10 Stunden zu reduzieren, woraus sich ein amtliches Honorar von Fr. 2'772.90 ergibt. Davon entfallen Fr. 2'500.- auf das Honorar, Fr. 74.60 auf die Auslagen und Fr. 198.30 auf die Mehrwertsteuer (7.7 % auf dem Zwischentotal aus Honorar und Auslagen von Fr. 2'574.60). Dieser Betrag ist vom Beschwerdeführer zurückzuerstatten, sollte er zu hinreichenden Mitteln gelangen (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

E. 11

Dieses Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG). (Dispositiv nächste Seite)