

# **BVGer F-594/2023 vom 29. Januar 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-01-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_F-594\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-594_2023)

FR: TAF F-594/2023 du 29 janvier 2024

IT: TAF F-594/2023 del 29 gennaio 2024

## **Regeste**

Einreiseverbot

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Verfügungen des SEM, die ein Einreiseverbot nach 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**

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

### **E. 1.4**

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

## **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 die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt des Entscheids (BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2020 VII/4 E. 2.2; 2014/1 E. 2).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin moniert, die Vorinstanz habe ihre Begründungspflicht verletzt, indem sie hinsichtlich des Entzugs der aufschiebenden Wirkung lediglich festgehalten habe, dass diese aus den «gleichen Gründen» zur Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit entzogen werde. Die Vorinstanz habe folglich den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht genügend begründet beziehungsweise keine Interessenabwägung vorgenommen.

### **E. 3.2**

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) ergibt sich für die Behörden die Pflicht, ihren Entscheid ausreichend und nach-

F-594/2023 Seite 5 vollziehbar zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG; BGE 145 IV 99 E. 3.1). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteipunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 143 III 65 E. 5.2).

### **E. 3.3**

Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung 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 (BGE 142 II 218 E. 2.8.1; 137 I 195 E. 2.3.2).

### **E. 3.4**

Die Vorinstanz verweist zur Begründung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung auf die Gründe, die zur Verhängung des Einreiseverbots geführt haben. Sie bezieht sich somit auf ihre Erwägung, wonach die Beschwerdeführerin gegen schengenrechtliche Einreise- und Aufenthaltsvorsetzungen verstossen und dementsprechend die öffentliche Sicherheit und Ordnung ernsthaft gefährdet habe, wobei sich das Einreiseverbot unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Beschwerdeführerin im Rahmen des rechtlichen Gehörs als verhältnismässig und gerechtfertigt erweise.

### **E. 3.5**

In der Zwischenverfügung vom 10. Februar 2023 erwog das Bundesverwaltungsgericht, diese Begründung sei nicht zu beanstanden. Eine allfällige – geringfügige – Verletzung der Begründungspflicht aufgrund des Umstands, dass die Vorinstanz es unterliess, im Kontext des Entzugs der aufschiebenden Wirkung die privaten Interessen der Beschwerdeführerin zu explizieren und darzulegen, inwiefern diese die öffentlichen Interessen nicht zu überwiegen vermöchten, wäre jedenfalls im Beschwerdeverfahren geheilt worden. Im Übrigen wurde mit Zwischenverfügung vom 30. März 2023 die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederhergestellt.

F-594/2023 Seite 6

### **E. 4**

Nach Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG verfügt das SEM ein Einreiseverbot gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden. Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. Es kann für eine längere Dauer verfügt werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 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. 5.1**

Die Vorinstanz begründet das Einreiseverbot damit, dass die Beschwerdeführerin sich weit über den bewilligungsfreien Aufenthalt hinaus im Schengen-Raum aufgehalten habe. Folglich liege ein Verstoss gegen die schengenrechtlichen Einreisevoraussetzungen vor, womit eine ernsthafte Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einhergehe. Der Fernhaltegrund nach Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG sei erfüllt.

### **E. 5.2**

Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin (mit Hinweis auf das Urteil des BVGer F-3585/2022 vom 4. Januar 2023 E. 6 ff.) im Wesentlichen geltend, das zweijährige Einreiseverbot sei als unverhältnismässig lang zu qualifizieren. Sie – die Beschwerdeführerin – sei am 19. Juli 2022 in die Schweiz eingereist und habe sich «direkt und bis zum 16. August 2022» in eine Klinik begeben. Anschliessend habe sie mit ihrem in der Schweiz wohnhaften Lebenspartner die Schweiz bereist. Am 14. Oktober 2022 sei sie notfallmässig in ein Spital eingeliefert worden, weil sie sich «beinahe» zwei Finger abgetrennt habe. Am 24. Oktober 2022 seien ihr die Fäden entfernt worden, und am 12. November 2022 sei sie schliesslich ausgereist. Somit habe sie die bewilligungsfreie Zeit um lediglich 27 Tage überschritten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei zu berücksichtigen, dass bei Drittstaatsangehörigen der Rückfallgefahr im Vergleich zu Staatsangehörigen einer Vertragspartei des FZA (SR 0.142.112.681) eine geringere Tragweite zukomme. In Bezug auf ihre privaten Interessen macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe als Kind mehrere Jahre in der Schweiz gelebt und spreche fließend Französisch. Ihr Vater sei Schweizer. Von 1997 bis 2002 sei sie in Besitz einer B-, und von 2002 bis 2012 einer C-Bewilligung gewesen. Sie fühle sich der Schweiz dementsprechend sehr verbunden und sehe sie als ihre Heimat an. Zudem lebe

F-594/2023 Seite 7 ihr Lebenspartner hier. Auch habe sie keine anderen Verstösse gegen ausländerrechtliche oder andere Vorschriften begangen. Vor diesem Hintergrund sei schliesslich, unabhängig von der Dauer und vom Bestand des Einreiseverbots, die Ausschreibung im SIS zu löschen.

### **E. 5.3**

In ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, es lägen keine neuen Tatsachen oder Beweismittel vor, die eine Änderung ihres Entscheids rechtfertigen würden. Die Beschwerdeführerin habe den bewilligungsfreien Aufenthalt um 47 Tage – und nicht, wie von ihr vorgebracht, um 27 Tage – überzogen (sog. Overstay). Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte illegale Aufenthalt von 27 Tagen werde nicht belegt. Zudem bestünden keine Zweifel an der Berechnung durch die Grenzbehörden. Ein illegaler Aufenthalt von 47 Tagen liege denn auch dem Strafbefehl vom 11. Januar 2023 des B.\_\_\_\_\_ zugrunde, welcher in Rechtskraft erwachsen sei. Es wäre der Beschwerdeführerin und ihrem Lebenspartner ausserdem ohne Weiteres zumutbar gewesen, den Aufenthalt in der Schweiz zu regeln.

### **E. 5.4**

In der Replik vom 12. Juni 2023 macht die Beschwerdeführerin geltend, der Wortlaut von Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG sei klar: Die Vorinstanz könne ausschliesslich gegenüber «weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern» Einreiseverbote verfügen. Den «Materialien zur Änderung von Art. 67 AIG per 22. November 2022» seien keine Ausführungen zu entnehmen, welche «eine von diesem klaren Wortlaut abweichende Auslegung» rechtfertigten. Folglich bestehe ohne (rechtskräftige) Wegweisung keine Rechtsgrundlage, um ein Einreiseverbot zu verfügen. In Bezug auf die Dauer des Overstay räumt die Beschwerdeführerin ein, zwar sei im Strafbefehl vom 11. Januar 2023 von einem 47-tägigen Overstay ausgegangen worden; indessen erschliesse sich nicht, wie diese Berechnung zustande gekommen sei. Sie – die Beschwerdeführerin – sei am 19. Juli 2023 via Grossbritannien, das nicht zum Schengen-Raum gehöre, in die Schweiz eingereist. Der Zeitraum vom 17. Oktober 2022 bis und mit 12. November 2022 betrage 27 Tage. Ferner habe sie keine Einsprache gegen den Strafbefehl erhoben, da sie sich im Ausland aufgehalten habe und davon ausgegangen sei, dass die Busse auch bei einem Overstay von 27 Tagen geschuldet gewesen sei. Die urteilende Behörde dürfe ferner gemäss BGE 124 II 103 E. 1c/aa unter bestimmten Voraussetzungen, u.a. wenn klare Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellungen bestünden, von den tatsächlichen Feststellungen eines Strafurteils abweichen.

F-594/2023 Seite 8

### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin darf als US-amerikanische Staatsangehörige gemäss Art. 8 Abs. 3 der Verordnung vom 15. August 2018 über die Einreise und die Visumerteilung (VEV, SR 142.204) in den Schengen-Raum einreisen und sich während 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen grundsätzlich bewilligungsfrei im Schengen-Raum bewegen. Der Referenzzeitraum für die Berechnung der Aufenthaltsdauer ist vorliegend der Zeitraum vom 17. Mai 2022 bis 12. November 2022 (180 Tage). Die Anzahl der Aufenthaltstage der Beschwerdeführerin im Schengen-Raum wurde in der Verzeigungsverfügung der Kantonspolizei C. \_\_\_\_\_ vom 15. November 2022 aufgelistet (SEM-act. 3, pag. 43 f.). Der Beschwerdeführerin wurde diesbezüglich das rechtliche Gehör gewährt. Die Berechnungsgrundlage der illegalen Aufenthaltsdauer sollte ihr demnach – entgegen ihrer Behauptung – bekannt sein. Gemäss Passstempel verbrachte sie vom 9. bis 13. Juni 2022 (SEM-act. 3, pag. 37) einen fünftägigen Aufenthalt im Schengen-Raum. Am 1. Juli 2022 (SEM-act. 3, pag. 36) reiste sie erneut für fünf Tage in den Schengen-Raum ein, ehe sie am 5. Juli 2022 (SEM-act. 3, pag. 35) wieder ausreiste. Vom 7. Juli 2022 (SEM-act. 3, pag. 37) bis zum 16. Juli 2022 (SEM-act. 3, pag. 36) hielt sie sich abermals im Schengen-Raum auf – dieses Mal für zehn Tage. Schliesslich reiste sie am 19. Juli 2022 (SEM-act. 3, pag. 35) in die Schweiz ein und hielt sich hier ohne Unterbruch bis zur Ausreise am 12. November 2022 (SEM-act. 3, pag. 35) auf. Die Beschwerdeführerin hat somit die bewilligungsfreie Aufenthaltsdauer um 47 Tage überschritten. Bei der Berechnung ihres Overstay hat sie die beiden je fünftägigen Aufenthalte vom 9.–13. Juni 2022 und vom 1.–5. Juli 2022 sowie den zehntägigen Aufenthalt vom 7.–16. Juli 2022 nicht berücksichtigt.

### **E. 6.2**

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin durch den Overstay von 47 Tagen gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen hat.

### **E. 7**

Zunächst ist zu prüfen, ob die Vorinstanz gestützt auf Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG – trotz Fehlens einer Wegweisungsverfügung – ein Einreiseverbot gegen die Beschwerdeführerin verhängen durfte.

### **E. 7.1**

Obschon sich die Vorinstanz (trotz Aufforderung) nicht zur strittigen Frage geäußert hat, ist (auch unter Berücksichtigung der nachträglich eingereichten Vernehmlassung) davon auszugehen, dass sie zumindest implizit ein gesetzgeberisches Versehen beziehungsweise eine Gesetzes-

F-594/2023 Seite 9 lücke annimmt im Sinn, dass die Anordnung eines Einreiseverbots gestützt auf Art. 67 Abs.1 Bst. c AIG – trotz fehlender gesetzlicher Grundlage – auch ohne Wegweisung zulässig sei. Eine (echte) Gesetzeslücke besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Gibt das Gesetz eine Antwort, die aber nicht befriedigt, liegt grundsätzlich eine unechte Lücke vor, die auszufüllen dem Gericht verwehrt ist. Anders verhält es sich nur, wenn die vom Gesetz gegebene Antwort als sachlich unhaltbar angesehen werden muss bzw. auf einem offensichtlichen Versehen des Gesetzgebers, einer gesetzgeberischen Inkongruenz oder einer planwidrigen Unvollständigkeit beruht. Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte (BGE 147 V 423 E. 4.2; 146 V 121 E. 2.5; 142 V 402 E. 4.2).

### **E. 7.2**

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt ihr eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (BGE 147 V 79 E. 7.3.1; 138 II 440 E. 13; 137 III 217 E. 2.4.1).

### **E. 7.3**

Die seit dem 22. November 2022 in Kraft stehende (und zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses am 5. Dezember 2022 anwendbare) Fassung von Art. 67 Abs. 1 und 2 AIG (die Absätze 3–5 wurden nicht geändert) lautet folgendermassen:

F-594/2023 Seite 10 1 Das SEM verfügt unter Vorbehalt von Absatz 5 Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn: a. die Wegweisung nach Artikel 64d Absatz 2 Buchstaben a–c sofort vollstreckbar ist; b. diese nicht innerhalb der

angesetzten Frist ausgereist sind; c. sie gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden; oder d. sie bestraft worden sind, weil sie Handlungen im Sinne von Artikel 115 Absatz 1, 116, 117 oder 118 begangen haben oder weil sie versucht haben, solche Handlungen zu begehen. 2 Es kann Einreiseverbote gegenüber Ausländerinnen und Ausländern verfügen, die: a. Sozialhilfekosten verursacht haben; b. in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft (Art. 75–78) genommen worden sind. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, setzt die Verhängung eines Einreiseverbots nach dem Wortlaut der heute geltenden Fassung von Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG die Wegweisung der ausländischen Person voraus: «Das SEM verfügt [...] Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn sie gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden». Auch der französischen («à un étranger frappé d'une décision de renvoi») sowie italienischen («a uno straniero allontanato») Fassung lässt sich keine davon abweichende Bedeutung entnehmen. Der Wortlaut der Bestimmung erscheint somit zunächst eindeutig.

#### **E. 7.4**

Der Sinn von Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG ist jedoch nur vordergründig klar. Wird die bis zum 21. November 2022 gültig gewesene Fassung sowie deren Kontext in die Betrachtung einbezogen, ergeben sich Zweifel, ob die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf weggewiesene Personen in der zu regelnden Konstellation dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Art. 67 Abs. 1 und 2 AIG lauteten in der bis zum 21. November 2022 gültig gewesenen Fassung vom 18. Juni 2010 (AS 2010 5925) folgendermassen: 1 Das SEM verfügt unter Vorbehalt von Absatz 5 Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn:

F-594/2023 Seite 11 a. die Wegweisung nach Artikel 64d Absatz 2 Buchstaben a–c sofort vollstreckt wird; b. diese nicht innerhalb der angesetzten Frist ausgereist sind. 2 Es kann Einreiseverbote gegenüber Ausländerinnen und Ausländern verfügen, die: a. gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden; b. Sozialhilfekosten verursacht haben; c. in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft (Art. 75–78) genommen worden sind. Die Konzeption von Art. 67 aAbs. 1 AIG war Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 (Rückführungsrichtlinie, ABl L 348/98 vom 24.12.2008) nachgebildet. Gemäss dieser Norm gehen Rückkehrentscheidungen (Wegweisungen) mit einem Einreiseverbot einher, falls keine Frist für die freiwillige Ausreise eingeräumt wurde (Art. 11 Abs. 1 Bst. a Rückführungsrichtlinie; entspricht dem Element «sofort vollstreckt») oder der Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen wurde (Art. 11 Abs. 1 Bst. b Rückführungsrichtlinie; entspricht dem Element «nicht innert Frist ausgereist»).

#### **E. 7.5**

Inhaltlich ergibt sich aus Art. 67 aAbs. 1 und aAbs. 2 AIG, dass das Tatbestandselement «weggewiesen» ausnahmslos in Konstellationen erscheint, welche die Wegweisung betreffen. So war gemäss Art. 67 Abs. 1 aBst. a AIG zwingend ein Einreiseverbot anzuordnen, wenn die Wegweisung gemäss Art. 64d Abs. 2 Bst. a–c AIG sofort vollstreckt wurde (bzw. sofort vollstreckt werden konnte). Das Tatbestandselement «weggewiesen» ist in dieser Konstellation unabdingbar, indem eine ausländische Person,

deren Wegweisung sofort vollstreckt wird, zwangsläufig weggewiesen sein muss. Ähnlich verhält es sich in dem durch Art. 67 Abs. 1 aBst. b AIG geregelten Fall: Eine ausländische Person, der eine Ausreisefrist angesetzt worden ist, muss zwingend mit einer Wegweisung belegt sein. In beiden Varianten geht es um die Vollstreckung der Wegweisung, welche im ersten Fall «sofort», im zweiten Fall nach Ansetzung einer Frist erfolgen soll.

#### **E. 7.6**

Im Zuge der Übernahme und Umsetzung der drei Schengen-Verordnungen betreffend das Schengener Informationssystem (Reformpaket SIS) in den Bereichen Polizei, Rückkehr und Grenze (Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands [AS 2021 365]) wurden verschiedene

F-594/2023 Seite 12 Bundeserlasse, darunter das AIG, geändert. Die Voraussetzungen und Verfahren für die Eingabe der Ausschreibungen zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung werden neu durch die SIS-VO-Grenze geregelt (vgl. E. 4.2). Diese sieht u.a. einen neuen Grund für die Ausschreibung zwecks Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im SIS (Art. 24 Abs. 2 Bst. c SIS-VO-Grenze) sowie eine Ausschreibungspflicht vor, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet ist oder wenn ein Einreiseverbot gemäss der Rückführungsrichtlinie verfügt worden ist (Art. 24 Abs. 1 Bst. a und b SIS-VO-Grenze).

#### **E. 7.7**

Um diesen Änderungen Rechnung zu tragen, wurde Art. 67 AIG angepasst und ergänzt (vgl. Botschaft vom 6. März 2020 zur Genehmigung und Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Rechtsgrundlagen über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems [SIS] [Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands] und zur Änderung des Bundesgesetzes über das Informationssystem für den Ausländer- und den Asylbereich, BBl 2020 3465, hier 3514 Ziff. 2.6.2). Neu muss das SEM bei Personen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden, zwingend ein Einreiseverbot verfügen. Demgegenüber handelte es sich bei Art. 67 Abs. 2 aBst. a AIG um eine «kann»-Bestimmung, welche den Entscheid über ein Einreiseverbot gegenüber Ausländerinnen und Ausländern – unabhängig von einer allfälligen Wegweisung – in das Ermessen des SEM legte. Ausserdem muss gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. d AIG neu in Fällen, in denen Personen gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen (Art. 115 Abs. 1, Art. 116, 117 oder 118 AIG) verstossen haben oder dies versucht haben, ebenfalls zwingend ein Einreiseverbot erlassen werden.

#### **E. 7.8**

Neben dem erwähnten – hier nicht interessierenden – neuen Fernhaltgrund nach Art. 67 Abs. 1 Bst. d AIG bestand der Hauptzweck der Gesetzesrevision darin, in Umsetzung des Reformpakets SIS-II die Massnahme dem Ermessen der Behörde zu entziehen, wenn eine der Tatbestandsvarianten von Art. 67 Abs. 2 aBst. a AIG erfüllt war. So heisst es in den Erläuterungen zum neuen Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG (BBl 2020 3465, hier 3525 Ziff. 2.7.1): «Bei Personen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden, ist neu zwingend ein Einreiseverbot zu verfügen (neuer Bst. c). Gestützt auf Artikel 24 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung «SIS Grenze» wird diese Verfügung

F-594/2023 Seite 13 auch im SIS eingetragen. Bisher war diese Bestimmung eine Kann-Bestimmung (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG)». Weil Art. 67 AIG bereits zwei Bestimmungen enthielt, welche die obligatorische Verhängung einer Fernhaltmassnahme vorsehen (Art. 67 aAbs. 1 AIG; vgl. E. 7.4), wurde Art. 67 Abs. 2 aBst. a AIG in den alten Abs. 1 transferiert. In den beiden dort geregelten Fallkonstellationen (Wegweisung sofort vollstreckbar bzw. Ausreise nicht innert Frist erfolgt) war eine Wegweisung vorausgesetzt, was – wie in E. 7.5 dargelegt – durchaus sachgerecht war.

### **E. 7.9**

Der Gesetzgeber liess indessen bei der Revision ausser Acht, dass der Kontext von Art. 67 aAbs. 1 AIG nicht mit dem Kontext von Art. 67 Abs. 2 aBst. a AIG übereinstimmt. Er konzentrierte sich auf den zwingenden Charakter der Fernhaltmassnahme im Fall des Verstosses gegen die öffentlichen Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland beziehungsweise deren Gefährdung und übersah dabei, dass eine Wegweisung in diesem Fall sachlogisch nicht notwendig ist; im Gegenteil: Wird die Anwendbarkeit der Massnahme auf weggewiesene Personen beschränkt, ist ein Einreiseverbot nicht nur gegenüber unerwünschten ausländischen Personen, die freiwillig ausgereist sind, sondern auch gegenüber ausländischen Personen, die sich im Ausland befinden und dort gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen haben, ausgeschlossen. Letzteres erscheint paradox, war nach dem alten Recht doch auch mit dem Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder deren Gefährdung im Ausland die Voraussetzung für ein Einreiseverbot erfüllt. Eine Wegweisung ist in dieser Konstellation nicht erforderlich. Gerade mit Blick auf den Hintergrund der Gesetzesrevision (vgl. E. 7.7 und 7.8) kann es nicht der Wille des Gesetzgebers sein, derartige Fälle vom Anwendungsbereich des Einreiseverbots auszuschliessen. Dies umso weniger, als sich in den Materialien keine Anhaltspunkte dafür finden, dass diesbezüglich eine Änderung beabsichtigt war. Der Gesetzgeber wollte lediglich den Fernhaltegrund «Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland oder deren Gefährdung» obligatorisch erklären. Das Element der Wegweisung wird weder in der Botschaft noch in den parlamentarischen Beratungen erwähnt. Durch die Transferierung unter den (bestehenden) Tatbestand von Art. 67 Abs. 1 AIG («gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern») wurde der Anwendungsbereich von Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG eingeschränkt, ohne dass dies beabsichtigt war. Schliesslich entspricht diese Einschränkung auch nicht dem übergeordneten Normzweck, welcher generell der Fernhaltung unerwünschter ausländischer Personen gilt (vgl. Botschaft vom 8. März 2022 zum Bundesgesetz

F-594/2023 Seite 14 über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2002 3709, hier 3813). Das Tatbestandselement «weggewiesen» hat nur einen Sinn, wenn der Fernhaltegrund auf der Nichtbeachtung der Wegweisung basiert (wie in Art. 67 aAbs. 1). Im Fall von Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG vereitelt dieses (nicht beabsichtigte) Tatbestandselement den Willen des Gesetzgebers, alle unerwünschten ausländischen Personen mit einem Einreiseverbot belegen zu können.

### **E. 7.10**

Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist ein qualifiziertes Schweigen klar zu verneinen. Der Gesetzgeber hat die Frage, ob im neuen Recht ohne Vorliegen einer Wegweisung ein Einreiseverbot ausgesprochen werden kann, gerade nicht mit Nein beantwortet. Dies

ergibt sich auch aus der Vorgängernorm in Kombination mit dem Umstand, dass nichts in den Materialien darauf hindeutet, der Gesetzgeber hätte diese Änderung herbeiführen wollen.

#### **E. 7.11**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. E. 7.1) liegt eine unechte Lücke vor, indem die Bestimmung – isoliert betrachtet – vollständig erscheint, indessen keine befriedigende Antwort liefert auf die Frage, ob ein Einreiseverbot ausgesprochen werden kann gegenüber ausländischen Personen, welche nicht weggewiesen worden sind. Damit erweist sich die Redaktion von Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG als klassisches gesetzgeberisches Versehen. Die Norm ist insofern planwidrig unvollständig (vgl. E. 7.1), als deren Wortlaut es verbietet, gegenüber nicht weggewiesenen ausländischen Personen, welche den erwähnten Fernhaltegrund gesetzt haben, ein Einreiseverbot auszusprechen. Aufgrund dessen ist die Norm ausnahmsweise einer richterlichen Lückenfüllung zugänglich. Das Gericht darf und muss diese unechte Lücke füllen im Sinn, dass der Fernhaltegrund gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG auch auf Personen, die nicht weggewiesen wurden, anzuwenden ist.

#### **E. 7.12**

Diese Auslegung ist im Übrigen auch mit der Rückführungsrichtlinie kompatibel. Deren Art. 6 Abs. 1 verpflichtet die Mitgliedstaaten, grundsätzlich gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung zu erlassen. Art. 11 Abs. 1 Rückkehrrichtlinie schreibt vor, in welchen Fällen die Rückkehrentscheidung zwingend mit einem Einreiseverbot einhergeht. Eine Verpflichtung, nur gegen weggewiesene Personen eine Fernhaltemassnahme auszusprechen, enthält die Richtlinie indessen nicht. Nichts spricht dagegen, Einreiseverbote auch gegen Personen aus Drittstaaten zu verhängen, die – aus welchen Gründen auch immer – keine Rückkehrentscheidung erhalten haben.

F-594/2023 Seite 15

#### **E. 7.13**

Die Frage, ob die erwähnten Schlussfolgerungen auf Art. 67 Abs. 1 Bst. d AIG zu übertragen sind, muss hier offengelassen werden, da die streitige Massnahme sich nicht auf diesen Fernhaltegrund stützt.

#### **E. 8**

Der Gesetzgeber ist eingeladen, das Versehen bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit zu korrigieren (vgl. dazu Erläuternder Bericht des Staatssekretariats für Migration vom 15. Dezember 2023, Ziff. 1.1.6 und 3.1.6, abrufbar unter < <https://www.sem.admin.ch> > Das SEM > Laufende Rechtssetzungsprojekte > Änderung des Ausländer- und Integrationsgesetzes (Erleichterung der selbstständigen Erwerbstätigkeit, Berücksichtigung des Lebensmittelpunkts und Zugriffe auf Informationssysteme). Es versteht sich von selbst, dass das SEM seine Weisungen zu Art. 67 Abs. 1 und 2 AIG per sofort anzupassen hat (SEM, Weisungen AIG vom Oktober 2013 [Stand 1. September 2023] Ziff. 8.10.1.1).

#### **E. 9.1**

Nach dem Gesagten war die Vorinstanz im Grundsatz berechtigt, im vorliegenden Fall ein Einreiseverbot zu verhängen. Dass die Beschwerdeführerin den Fernhaltegrund nach Art.

67 Abs. 1 Bst. c AIG gesetzt hat, wurde bereits festgehalten (vgl. E. 6.2). Das Einreiseverbot ist somit im Grundsatz zu bestätigen.

### **E. 9.2**

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 wer- tenden Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung und den privaten Interessen, welche die betroffene Person an der zeitli- chen Beschränkung der Massnahme hat (BVGE 2016/33 E. 9.2; 2014/20 E. 8.1). Ausgangspunkt der Überlegungen bilden die Stellung der verletz- ten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidri- gen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse der betroffenen auslän- dischen Person (Art. 96 Abs. 1 AIG; ferner statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHL- MANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

### **E. 9.3**

Der Verstoss der Beschwerdeführerin gegen ausländerrechtliche Be- stimmungen wiegt mit einem Overstay von 47 Tagen objektiv nicht leicht. Der Einhaltung zentraler ausländerrechtlicher Normen kommt eine hohe Bedeutung zu, geht es doch darum, eine funktionierende Rechtsordnung

F-594/2023 Seite 16 gewährleisten zu können. Entsprechend ist die ausländerrechtliche Ord- nung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen (BVGE 2014/20 E. 8.2; Urteil des BVGer F-1641/2019 vom 14. September 2022 E. 4.1.1). Es besteht daher bereits aus generalpräventiven Gründen ein öffentliches Interesse an einer zeitlich befristeten Fernhaltung der Be- schwerdeführerin, zumal sich Drittstaatsangehörige – im Gegensatz zu Staatsangehörigen einer Vertragspartei des Freizügigkeitsabkommens (FZA, SR 0.142.112.681) – nur beschränkt auf eine geringe Rückfallgefahr berufen können (vgl. BGE 139 II 121 E. 6.1; 136 II 5 E. 4.2; BVGE 2017 VII/2 E. 4.4). Das Einreiseverbot erscheint jedoch auch aus spezialprä- ventiven Gründen angezeigt, um sie bei künftigen Aufenthalten in der Schweiz von der erneuten Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abzuhalten. Es besteht somit ein öffentliches Interesse an der befristeten Fernhaltung der Beschwerdeführerin.

### **E. 9.4**

Dem öffentlichen Interesse an der Massnahme sind die privaten Inte- ressen der Beschwerdeführerin gegenüberzustellen. Diese weist als Toch- ter eines Schweizer Bürgers, welche in ihrer Kindheit mehrere Jahre in der Schweiz gelebt hat, relativ enge Verbindungen zur Schweiz auf. Wenn- gleich sie den Beweis, dass es sich bei ihrem Gastgeber in der Schweiz um ihren Lebenspartner handelt, schuldig bleibt (als Beweis wurde eine Parteibefragung angeboten), weshalb diese Tatsache dem Entscheid nicht zugrunde zu legen ist, sind doch ihre persönlichen Interessen, ungehindert in die Schweiz einreisen zu dürfen, nicht von der Hand zu weisen. Eine emotionale Bindung zu dem Land, in dem sie mehrere Jahre ihrer Kindheit verbracht hat, begründet ein achtenswertes privates Interesse an der Ein- reise. Dies hat denn auch – in Kombination mit dem Ausbleiben einer Ant- wort des SEM auf die mit Zwischenverfügung vom 30. März 2023 gestellte Frage – dazu geführt, dass die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederhergestellt worden ist. Das öffentliche Interesse an einer befristeten Fernhaltung der Beschwerdeführerin wird

durch deren private Situation leicht relativiert.

### **E. 9.5**

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist, in Bezug auf seine Dauer von zwei Jahren jedoch als unverhältnismässig lang erscheint. Die Angelegenheit ist als Grenzfall zu werten im Sinn, dass einzig das achtenswerte private Interesse an der Einreise in diesem spezifischen Fall eine Reduktion der Dauer der Massnahme zu rechtfertigen vermag. Ein einjähriges Einreiseverbot bietet genügend Gewähr dafür, dass die Beschwerdeführerin künftig die in der Schweiz beziehungsweise im Schengen-Raum geltenden

F-594/2023 Seite 17 migrationsrechtlichen Vorschriften befolgt. Die Dauer des Einreiseverbots ist somit auf ein Jahr zu reduzieren. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde fällt mit dem vorliegenden Urteil dahin. Daraus ergibt sich, dass das Einreiseverbot – ohne Anrechnung der Zeitspanne, während der die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederhergestellt war – auf den 4. Oktober 2024 zu befristen ist (Zeitspanne 1: 5. Dezember 2022 bis 29. März 2023 = 115 Tage [dem Einreiseverbot anzurechnen]; Zeitspanne 2: 30. März 2023 bis 28. Januar 2024 [aufschiebende Wirkung, nicht dem Einreiseverbot anzurechnen]; Zeitspanne 3: 29. Januar 2024 [Dahinfallen der aufschiebenden Wirkung] bis ein Jahr = 250 Tage [dem Einreiseverbot anzurechnen]).

### **E. 10**

Zu prüfen bleibt die Rechtmässigkeit der von der Vorinstanz angeordneten und von der Beschwerdeführerin beanstandeten Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS.

#### **E. 10.1**

Wird gegen eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation besitzt, ein Einreiseverbot verhängt, so wird sie nach Massgabe der Bedeutung des Falles im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und 24 der [hier noch anwendbaren] Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des SIS-II, ABl. L 381/4 vom 28.12.2006 [SIS-II-VO], abgelöst am 6. März 2023 durch: 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, ABl. L312/14 vom 7.12.2018 [SIS-VO-Grenze]; vergleiche diesbezüglich deren Art. 65).

#### **E. 10.2**

Mit Blick auf den Overstay von 47 Tagen ist nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdeführerin die Einreise in das Hoheitsgebiet sämtlicher Schengen-Staaten verboten wurde (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 Ziff. 3 SIS-II-Verordnung), handelt es sich doch vorliegend um einen Verstoss gegen nationale Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt. Die mit der Ausschreibung der Fernhaltungsmassnahme einhergehende zusätzliche Beeinträchtigung ihrer Bewegungsfreiheit hat die Beschwerdeführerin in

F-594/2023 Seite 18 Kauf zu nehmen. Damit erweist sich die angeordnete SIS-Ausschreibung als rechtmässig.

## **E. 11**

Nach dem Gesagten verletzt die angefochtene Verfügung Bundesrecht, soweit das Einreiseverbot die Dauer eines Jahres überschreitet. Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen und das Einreiseverbot bis zum 4. Oktober 2024 zu befristen.

### **E. 12.1**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens im Umfang des Unterliegens (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Kosten werden auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin zur Hälfte auferlegt. Die Differenz von Fr. 500.– ist ihr zurückzuerstatten.

### **E. 12.2**

Der Beschwerdeführerin ist für die durch die anwaltliche Vertretung erwachsenen notwendigen Kosten zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung im Umfang des Obsiegens zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Mangels Kostennote ist die Höhe der Parteientschädigung aufgrund der Akten festzulegen. Mit Blick auf den aktenkundigen Aufwand und die Komplexität der Streitsache sowie in Anwendung der gesetzlichen Bemessungskriterien von Art. 8 ff. VGKE erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– als angemessen. Dieser Betrag ist in Berücksichtigung des Verfahrensausgangs auf Fr. 1'000.– zu reduzieren. Die Vorinstanz ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen. (Dispositiv nächste Seite)

F-594/2023 Seite 19

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