

BVGer F-6599/2023 vom 6. Juni 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-06-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-6599_2023_d20230606

FR: TAF F-6599/2023 du 6 juin 2023

IT: TAF F-6599/2023 del 6 giugno 2023

Regeste

Einreiseverbot | Einreiseverbot; Verfügung des SEM vom 6. Juni 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).

F-6599/2023 Seite 4

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 einzutreten (Art. 50 Abs. 1 VwVG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

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

Der Beschwerdeführer ist (Nennung Staatszugehörigkeit) und damit einer Vertragspartei des Abkommens 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). Gemäss Art. 2 Abs. 2 AIG ist daher das ordentliche Ausländerrecht – bestehend aus dem AIG und seinen Ausführungsverordnungen – nur soweit anwendbar, als das FZA keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das ordentliche Ausländerrecht günstigere Bestimmungen vorsieht.

E. 4.1

Zu prüfen ist vorab, ob die Vorinstanz – wie in der Beschwerdeschrift geltend gemacht – den Sachverhalt unvollständig und unrichtig festgestellt hat, indem sie die weiteren strafrechtlichen Abklärungen nicht abgewartet und aktenwidrig feststellt haben soll, der Beschwerdeführer verfüge über keine Bindungen zur Kernfamilie in der Schweiz.

E. 4.2

Die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts kann nach Art. 49 Bst. b VwVG gerügt werden. Unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn der Verfügung ein falscher und aktenwidriger Sachverhalt zugrunde gelegt wird oder Beweise falsch gewürdigt

F-6599/2023 Seite 5 worden sind; unvollständig ist sie, wenn nicht alle für den Entscheid wesentlichen Sachumstände berücksichtigt werden (vgl. bspw. Urteil des BVGer F-6037/2022 vom 11. Mai 2023 E. 3.2 m.H.).

E. 4.2.1

Zum Vorwurf, das SEM habe die weiteren strafrechtlichen Abklärungen nicht abgewartet, ist festzuhalten, dass bei den Migrationsbehörden – anders als bei den Strafbehörden – die Sorge um die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausschlaggebend ist. Da im Ausländerrecht die Behörde in eigener Kompetenz unter Zugrundelegung spezifischer ausländerrechtlicher Kriterien zu beurteilen hat, ob eine Polizeigefahr besteht, kann ein Einreiseverbot auch bei noch hängigem Strafverfahren ergehen (vgl. bspw. Urteil des BVGer F-5081/2021 vom 31. Oktober 2022 E. 8.2). 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 vom 20. Juli 2021 E. 9.3.4 m.w.H. [nicht publ. in BVGE 2021 VII/4]). Da vorliegend klare Verdachtsmomente für fehlbares Verhalten bestehen und der Beschwerdeführer denn auch mit Strafbefehl der (Nennung Strafbehörde) des Kantons B. _____ vom (...) wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz für schuldig erklärt und mit einer bedingten Geldstrafe bestraft wurde, war das SEM nicht gehalten, die weiteren strafrechtlichen Ermittlungen oder eine Verurteilung durch die zuständige Strafbehörde abzuwarten.

E. 4.2.2

Sodann hat sich das SEM unter Bezugnahme auf die Verfahrensakten – so insbesondere das Einvernahmeprotokoll der Kantonspolizei B. _____ vom (...), worin ihm auch Fragen zu seiner Wohn-, Lebens- und Aufenthaltssituation und derjenigen seiner Ehefrau gestellt wurden (vgl. SEM act. 6) – mit der individuellen Situation des Beschwerdeführers respektive dem polizeilich festgehaltenen Sachverhalt sowie seinen privaten Interessen an einem weiteren Verbleib in der Schweiz auseinandergesetzt. Er konnte überdies am Schluss zu den beabsichtigten Massnahmen (Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme; Ein- und Ausgrenzung) Stellung nehmen. In diesem Zusammenhang führte er zu einem möglichen Einreiseverbot lediglich an, dies würde ihm nicht gefallen. Zur Ein- oder Ausgrenzung gab er an, es sei gut, wenn es so entschieden werde beziehungsweise fragte er sich, ob er überhaupt etwas dagegen tun könne; im Übrigen verfüge er derzeit über keinen Aufenthaltstitel in der Schweiz (vgl. SEM act.

F-6599/2023 Seite 6 6/pag. 35). Insgesamt ist nicht ersichtlich, in welcher Hinsicht hier noch konkrete weitere, rechtserhebliche Abklärungen vorgenommen werden müssten. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer die Auffassung und Schlussfolgerungen der Vorinstanz hinsichtlich der Würdigung seiner Aussagen und der Aktenlage nicht teilt, beschlägt im Weiteren nicht formell-rechtliche Ansprüche, sondern die materiell-rechtliche Würdigung des Sachverhalts. Es liegt somit keine unvollständige oder unrichtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts vor; auch ist eine Verletzung anderer Verfahrensrechte nicht erkennbar.

E. 4.3

Die formelle Rüge erweist sich somit als unbegründet. Folglich rechtfertigt sich eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung nicht. Das Eventualbegehren (Rechtsbegehren Ziff. 2) ist abzuweisen.

E. 5

Nach Art. 67 Abs. 1 AIG verfügt das SEM unter Vorbehalt von Abs. 5 Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a-c sofort vollstreckt wird (Bst. a), diese nicht innerhalb der angesetzten Frist ausgereist sind (Bst. b), sie gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Bst. c) oder sie bestraft worden sind, weil sie Handlungen im Sinne von Art. 115 Abs. 1, 116, 117 oder 118 begangen haben oder weil sie versucht haben, solche Handlungen zu begehen (Bst. d).

Das Einreiseverbot wird (grundsätzlich) für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AIG). Es kann für eine längere Dauer angeordnet werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 zweiter 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. 6.1

Im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens stellt ein Einreiseverbot nach Art. 67 AIG eine Massnahme dar, welche die Ausübung vertraglich zugesicherter Rechte auf Freizügigkeit – hier des Rechts auf Einreise (Art. 3 FZA) – einschränkt. Solche Massnahmen sind gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA nur zulässig, wenn sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind (Ordre-Public-

F-6599/2023 Seite 7 Vorbehalt). Die Konkretisierung des Ordre-Public-Vorbehalts erfolgt durch die drei Richtlinien 64/221/EWG (ABl. Nr. 56/850 vom 4.4.1964), 72/194/EWG (ABl. Nr. L 121/32 vom 26.5.1972) und 75/35/EWG (ABl. Nr. L 14/14 vom 20.1.1975) in ihrer Fassung zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens (Art. 16 Abs. 1 FZA i.V.m. Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA) und die vor diesem Zeitpunkt bestandene, einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH; Art. 16 Abs. 2 FZA). In diesem Sinne schränkt das Freizügigkeitsabkommen die ausländerrechtlichen Befugnisse nationaler Behörden bei der Handhabung ausländerrechtlicher Massnahmen wie des Einreiseverbots ein.

E. 6.2

Abweichungen vom Grundsatz des freien Personenverkehrs sind nach der Rechtsprechung eng auszulegen. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA setzt ausser der Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, wie sie jede Gesetzesverletzung darstellt, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Ob das der Fall ist, beurteilt sich gemäss Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 64/221/EWG ausschliesslich nach dem persönlichen Verhalten der betreffenden Person, wobei gemäss Abs. 2 der genannten Bestimmung eine strafrechtliche Verurteilung für sich allein nicht genügt. Sie kann nur insoweit herangezogen werden, als die ihr zugrundeliegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darstellt. Art. 5 Anhang I FZA steht mit anderen Worten Massnahmen entgegen, die im Sinne eines Automatismus an vergangenes Fehlverhalten anknüpfen, und solchen, die allein aus Gründen der Generalprävention angeordnet werden. Insoweit kommt es im Unterschied zum Landesrecht auf das Rückfallrisiko an, wobei die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr desto geringer ist, je schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen wiegen (vgl. BGE 139 II 121 E. 5.3).

E. 7.1

Die Vorinstanz begründete das Einreiseverbot damit, dass der Beschwerdeführer anlässlich einer Kontrolle (Nennung Gewicht) Haschisch mitgeführt habe und bei der anschliessenden Hausdurchsuchung weitere rund (Nennung Gewicht) Haschisch vorgefunden worden seien. Er habe dieses an andere Personen weitergegeben. Er sei in der Folge weggewiesen und die Wegweisung sofort vollstreckt worden. Damit würden Verstösse gegen die Gesetzgebung und eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegen. Es bestehe ein spezialpräventiv begründetes, gewichtiges öffentliches Interesse an seiner Fernhaltung. Aufgrund

F-6599/2023 Seite 8 des bisherigen Verhaltens und der an den Tag gelegten kleinkriminellen Energie sei weiterhin von einer Rückfallgefahr und damit auch von einer gegenwärtigen und hinreichend schweren Gefährdung, die Grundinteressen der Gesellschaft berühre, im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA auszugehen. Der Erlass einer Fernhaltungsmassnahme von 3 Jahren sei auch unter Berücksichtigung der privaten Interessen und unter Berücksichtigung der in der Einvernahme erfolgten Stellungnahme im Rahmen des rechtlichen Gehörs gerechtfertigt und verhältnismässig. Es sei dem Beschwerdeführer als EU-Bürger ohne Weiteres zuzumuten, sich in seinem Heimatstaat eine Existenz aufzubauen und zu beweisen, dass er willens und fähig sei, die volle Verantwortung für sein Verhalten zu tragen. Eine Beeinträchtigung seiner privaten Interessen durch die beabsichtigte Anordnung eines Einreiseverbots mache der Beschwerdeführer sodann nicht geltend.

E. 7.2

In seiner Rechtsmitteleingabe entgegnet der Beschwerdeführer, es drohe ihm ausgehend von den – bestrittenen – Feststellungen der Polizei prima vista ein obligatorischer Landesverweis, womit er erkennbar notwendigerweise hätte verteidigt werden müssen. Davon vor seiner Befragung keine Verteidigung bestellt worden sei und er auf die Wiederholung der Beweiserhebung nicht verzichtet habe, seien seine Aussagen, auf die sich das SEM in der angefochtenen Verfügung stütze, nicht verwertbar. Weiter komme dem Einreiseverbot zusammen mit der vorgängigen Wegweisung die gleiche Wirkung wie einem strafrechtlichen Landesverweis zu. Analog dem Widerruf einer Bewilligung – der

unzulässig sei, wenn er nur damit begründet werde, dass ein Delikt begangen worden sei, für das ein Strafgericht von einer Landesverweisung abgesehen habe (mit Hinweis auf Art. 62 Abs. 2 AIG) – dürften hier die migrationsrechtlichen Verfügungen nicht einer allfälligen strafrechtlichen Verurteilung vorgreifen. Im strafrechtlichen Verfahren sei noch kein Urteil ergangen. Bis zur rechtskräftigen Verurteilung bleibe jede Person unschuldig (Art. 10 Abs. 1 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0]). Das Einreiseverbot sei auch unter diesem Gesichtspunkt rechtswidrig und entsprechend aufzuheben. Im Übrigen vermöge eine Verurteilung für sich noch keine Massnahme zu begründen. Dementsprechend müssten die Anforderungen an ein Einreiseverbot, das sich nicht auf eine Verurteilung stützen könne, umso höher sein. Selbst wenn sich die Einvernahmen als verwertbar erweisen sollten, verbleibe die Beweislage zu seinen Lasten dürftig. Der blosser Verweis darauf, dass bei ihm Haschisch gefunden worden sei, das zum Weiterverkauf beziehungsweise zur Vermittlung gedacht gewesen sei, vermöge diesen Anforderungen jedenfalls nicht zu genügen; weder für eine Verurteilung noch für die Aussprache einer Wegweisung. Eine konkrete Gefährdung der

F-6599/2023 Seite 9 öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die von ihm ausgehen solle, lasse sich mit den Ausführungen der Vorinstanz damit nicht begründen. Mit dem Erlass des Einreiseverbots sei die Vorinstanz dem Strafverfahren und einem Gerichtsurteil in rechtswidriger Weise zugekommen, obschon keinerlei Beweise vorliegen würden. Bei Haschisch beziehungsweise Cannabis handle es sich ferner um eine weiche Droge; im August 2022 sei das Verbot von Cannabis zu medizinischen Zwecken aufgehoben worden. Zudem sei generell bekannt, dass Cannabis insbesondere bei chronischen Schmerzen, Krämpfen und Nebenwirkungen von Chemotherapie symptomlindernd wirken könne. Insgesamt liege weder eine konkrete noch eine schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Gesundheit vor. Sein Anspruch auf einen visumsfreien Aufenthalt, welcher ihm als EU-Bürger aufgrund des FZA zustehe, dürfe deswegen nicht eingeschränkt werden.

E. 7.3

In seiner Vernehmlassung vom 21. August 2024 bringt das SEM vor, es dränge sich vorliegend eine Fernhaltemassnahme umso mehr auf, als der Beschwerdeführer selber anführe, dass bei ihm die Aussprache einer obligatorischen Landesverweisung zwingend sei. Demzufolge würde das Strafgericht eine Fernhaltemassnahme mit einer Mindestdauer von fünf Jahren anordnen, was über die Dauer der angeordneten Fernhaltemassnahme des SEM hinausgehen würde. Im Übrigen würde es dem Massnahmencharakter eines Einreiseverbots widersprechen, wenn das SEM den Erlass einer Landesverweisung oder die Feststellungen einer Strafbehörde abwarten müsste. Das SEM sei nicht von den Feststellungen einer mit demselben Sachverhalt befassten Strafbehörde abgewichen (mit Hinweis auf das Urteil des BGer 6B_105/2021 vom 29. November 2021 E. 3.5.2 f.). Der Beschwerdeführer sei denn auch am (...) rechtskräftig wegen mehrfacher Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie Betäubungsmittelkonsum verurteilt worden. Sollte das Strafgericht eine Landesverweisung anordnen, würde das Einreiseverbot aufgehoben.

E. 7.4

In der Replik bestreitet der Beschwerdeführer die vorinstanzlichen Ausführungen in der Vernehmlassung und führt aus, die Behauptung, wonach er geltend gemacht haben soll, dass bei ihm die Anordnung einer gemäss Gesetz obligatorischen Landesverweisung

zwingend sei, entbehre jeglicher Grundlage. Er habe vielmehr ausgeführt, dass ihm aufgrund der bestrittenen Feststellungen der Kantonspolizei auf den ersten Blick ein obligatorischer Landesverweis drohe. Dies führe dazu, dass er im Strafverfahren notwendig verteidigt werden müsse. Das SEM habe jedoch richtigweise festgestellt, dass er mittlerweile rechtskräftig verurteilt worden sei.

F-6599/2023 Seite 10 Dies bedeute indes nicht, dass damit das verfügte Einreiseverbot zulässig werde. Die zuständige Strafverfolgungsbehörde habe ausdrücklich von der Anordnung einer Landesverweisung abgesehen. Wie in der Beschwerde bereits angeführt, dürfe vorliegend die migrationsrechtliche Verfügung nicht zu einer "verwaltungsrechtlichen Landesverweisung" führen. Das Einreiseverbot sei daher rechtswidrig und entsprechend aufzuheben.

E. 7.5

In seiner ergänzenden Vernehmlassung führt das SEM an, es handle sich bei der vom Beschwerdeführer erwähnten Strafverfolgungsbehörde um die (Nennung Behörde)._____. Diese könne keine Landesverweisung anordnen, da das Strafbefehlsverfahren nicht mit Massnahmen nach Art. 66a und 66abis StGB (SR 311.0) verbunden werden könne. Ausserdem sei er unter anderem wegen Art. 19 Abs. 1 BetrMG verurteilt worden, womit eine fakultative Landesverweisung zum Tragen käme. Der implizite oder explizite Verzicht der Staatsanwaltschaft auf eine Landesverweisung binde das SEM nicht. Ausserdem ergebe sich ein weiterer Fernhaltegrund aus dem Umstand, dass die Wegweisung sofort vollstreckt worden sei (mit Hinweis auf Art. 67 Abs. 1 Bst. a AIG). Eine Verletzung des Dualismusverbots sei nicht ersichtlich. Inwiefern die Staatsanwaltschaft ausdrücklich auf die Landesverweisung verzichtet hätte, ergebe sich aus dem Strafbefehl vom (...) im Übrigen nicht.

E. 7.6

In seiner Triplik entgegnet der Beschwerdeführer, der Verzicht der Staatsanwaltschaft auf eine Landesverweisung liege ebengerade darin begründet, dass die Angelegenheit mit einem Strafbefehl abgeschlossen worden sei. Ansonsten hätte sie die Angelegenheit beim zuständigen Gericht zur Anklage gebracht. Die diesbezüglichen Ausführungen des SEM würden fehlgehen. Dem verfügten Einreiseverbot komme die gleiche Wirkung zu wie einem strafrechtlichen Landesverweis. Das Verbot sei entsprechend unzulässig, zumal ein Anwendungsfall von Art. 62 Abs. 2 AIG vorliege.

E. 8.1

Es gilt zu prüfen, ob das dreijährige Einreiseverbot, welches sich auf Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz und eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung stützt, das Dualismusverbot verletzt.

E. 8.1.1

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 sind die Art. 62 Abs. 2 AIG und Art. 63 Abs. 3 AIG eingeführt worden, die den Widerruf von

F-6599/2023 Seite 11 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.; ANDREAS ZÜND/ARTHUR BRUNNER, Abgrenzung des ausländerrechtlichen Bewilligungswiderrufs zur strafrechtlichen Landesverweisung, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser/Luzia Vetterli [Hrsg.], Ausländerrecht, 3. Auflage 2022, Rz. 10.85 ff.).

E. 8.1.2

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 von 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 (vgl. ADANK-SCHÄRER/ANTONIAZZA-HAFNER YANNICK, Interdiction d'entrée prononcée à l'encontre d'un étranger délinquant, in: AJP/PJA 7/2018 S. 886 ff., S. 887; NOÉMIE GONSETH/GREGOR T. CHATTON/CÉLIEN TAILLARD, Les interdictions d'entrée dans tous leurs états, et leurs liens avec l'expulsion pénale, in: Sicherheit&Recht 2/2022 S. 93 ff., S. 114). Auf die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die betroffene Person – wie in casu – keinen Aufenthaltstitel mehr besitzt (vgl. SEM act. 4/pag. 25; BVGer act. 4 [kant. Straftaten 2.2 act. 4 S. 6]), 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. 66bis 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.).

F-6599/2023 Seite 12

E. 8.1.3

Dabei hielt es 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 (BVGE 2023 VII/7 E. 6.4 m.w.H.).

E. 8.1.4

Bei einem expliziten Verzicht ist zu unterscheiden. Ergeht er im Rahmen eines Strafbefehlsverfahrens, wird das SEM ebenfalls nicht gebunden, da der Staatsanwaltschaft nach geltendem Recht (Art. 352 Abs. 2 StPO) die Zuständigkeit fehlt, eine Landesverweisung anzuordnen. Verzichtet dagegen ein Strafgericht explizit auf eine fakultative Landesverweisung, verliert das SEM die Zuständigkeit, für dasselbe Delikt ein Einreiseverbot von drei Jahren oder mehr zu verhängen (BVGE 2023 VII/7 E. 6.5).

E. 8.2

Angesichts des am (...) gegen den Beschwerdeführer ergangenen und in Rechtskraft erwachsenen Strafbefehls der zuständigen (Nennung Straf- behörde) war die Vorinstanz – unbesehen der Frage, ob ein impliziter oder expliziter Verzicht auf eine fakultative Landesverweisung vorliegt – vorlie- gend nicht an die strafrechtliche Beurteilung gebunden und hat somit das Dualismusverbot nicht verletzt.

Daran ändert nichts, dass das in Frage stehende Einreiseverbot bereits während Hängigkeit des Strafverfahrens ausgesprochen wurde. So gelten im Administrativverfahren andere Verfahrens- und Beweisregeln als im Strafrecht. Das Strafrecht und das Ausländerrecht verfolgen unterschiedli- che Ziele, schützen andere Interessen und sind voneinander unabhängig. Die Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des Ausländerrechts ist dabei nicht notwendigerweise mit der Verletzung von Strafbestimmungen deckungsgleich. Die Migrationsbehörde lässt sich zu- dem von anderen Überlegungen leiten als die Strafbehörde. Die auslän- derrechtliche 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; statt vieler: Urteil des BVGer F-2128/2022 vom 28. November 2022 E. 6.5.2). Entsprechend kann ein Einreiseverbot auch dann ergehen, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, sei es, weil ein Strafverfahren nicht eröff- net oder eingestellt wurde oder, wie in casu, im damaligen Zeitpunkt noch hängig war (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 ha- ben, nur berücksichtigen, soweit sie unbestritten sind oder wenn aufgrund

F-6599/2023 Seite 13 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 vom 20. Juli 2021 E. 9.3.4 [nicht publ. in BVGE 2021 VII/4]). Vorliegend bestanden aufgrund der ein- deutigen Aussagen respektive des Eingeständnisses des Beschwerdefüh- rers klare Verdachtsmomente dafür, dass die fehlbaren Handlungen statt- gefunden haben (vgl. auch E. 9.1 nachfolgend).

E. 9.1

Mitarbeitende der Kantonspolizei B._____ gaben zu Protokoll, dass anlässlich einer Verkehrskontrolle beim Beschwerdeführer im Fahrzeug brutto (Nennung Gewicht) Haschisch sichergestellt werden konnten. Der Beschwerdeführer gab anlässlich dieser Kontrolle an, weitere Betäubungs- mittel zuhause zu haben (vgl. BVGer act. 4 [kant. Strafsachen 2.2 act. 12]). Bei der anschliessenden polizeilichen Einvernahme als beschuldigte Per- son brachte er vor, dass er das mitgeführte Haschisch jemandem überge- ben sollte. Ausserdem habe er noch zirka (Nennung Gewicht) Haschisch zuhause. Zudem konsumiere er (Nennung Häufigkeit) Haschisch und Ma- rihwana (vgl. SEM act. 6; BVGer act. 4 [kant. Strafsachen 2.2 act. 3]). Bei der gleichentags durchgeführten Hausdurchsuchung am Wohnsitz des Be- schwerdeführers konnte eine grössere Menge an Haschisch von insge- samt (...) g sichergestellt werden (vgl. BVGer act. 4 [kant. Strafsachen 2.2 act. 2 S. 4 und act. 8 S. 2]). Anlässlich der delegierten Einvernahme als beschuldigte Person gemäss Art. 157 und 312 StPO bestätigte der Be- schwerdeführer die Aussagen der polizeilichen Einvernahme. Er habe im Auftrag eines gewissen D._____ das Haschisch entgegennehmen und es einer weiteren Person übergeben sollen. Geld dafür habe er keines er- halten. D._____ habe ihm jedoch vor (Nennung Zeitpunkt) Fr. (...).– für eine

medizinische Operation gegeben. Das Haschisch habe ihm ein gewisser E. _____ vorbeigebracht. Er habe dies zum ersten Mal getan. Seine Ehefrau habe von dem Ganzen nichts mitbekommen und sei nicht in die Sache involviert (vgl. SEM act. 6 = BVGer act. 4 [kant. Stra fakten 2.2 act. 4]). Mit Strafbefehl vom (...) wurde der Beschwerdeführer sodann wegen Widerhandlungen (Vergehen und Übertretung) gegen das Betäubungsmittelgesetz (...) verurteilt (vgl. BVGer act. 20/Beilage 2). Der Strafbefehl erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Dadurch liegt ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG vor, der Grundlage für den Erlass eines Einreiseverbots bildet.

E. 9.2

Der Beschwerdeführer wurde überdies mit Verfügung der (Nennung Behörde) vom (...) gemäss Art. 64d Abs. 2 AIG mit sofortiger Wirkung aus

F-6599/2023 Seite 14 der Schweiz weggewiesen (SEM act. 3 und 4). Dabei stützte sich die Verfügung wohl auf Art. 64d Abs. 2 Bst. a AIG, was ebenfalls ein Einreiseverbot nach sich zieht (vgl. Art. 67 Abs. 1 Bst. a AIG).

E. 9.3

Nachfolgend ist zu prüfen, ob von ihm eine nach dem FZA vorausgesetzte Rückfallgefahr ausgeht. Gemäss Bundesgericht sind die Anforderungen, welche an die hinzunehmende Rückfallgefahr zu stellen sind, umso niedriger, je schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen wiegen (BGE 139 II 121 E. 5.3). Der Beschwerdeführer wurde am (...) wegen mehrerer Vergehen und Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen und zu einer bedingten Geldstrafe verurteilt. Auch wenn der Vollzug der Geldstrafe unter Ansetzung einer (...)jährigen Probezeit aufgeschoben wurde, schöpfte der Staatsanwaltschaft den Strafrahmen gemäss Art. 34 Abs. 1 StGB voll aus und bestrafte den Beschwerdeführer zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen (vgl. BVGer act. 20/Beilage 2). Sodann betrifft die (Nennung Tathandlungen) von Betäubungsmitteln einen Bereich, der wegen der Hochwertigkeit der betroffenen Rechtsgüter (Leben, Gesundheit vieler Menschen) besonders sensibel ist. Das bedeutet somit, dass vorliegend die Anforderungen an die Wiederholungsgefahr herabgesetzt sind. Der Beschwerdeführer verübte seine Tat überdies nicht in einem jugendlichen Alter, sondern war zur Tatzeit bereits (...) Jahre alt. Zudem hat er seine Tat weder geleugnet noch scheint er diese für besonders schlimm oder verächtenswert zu halten: So gab er anlässlich der delegierten Einvernahme bei der Polizei an, seine Handlungen seien so etwas wie ein Gefallen gewesen; das Ganze sei nichts, auf was er sich freuen oder stolz sein könne (vgl. BVGer act. 4 [kant. Stra fakten 2.2 act. 4 S. 9]). In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung festgehalten, dass wer leugnet, weil er sich der Tat schämt, die Strafe fürchtet, um seine Stellung oder das Fortkommen seiner Angehörigen bangt und ihnen Schande ersparen will, eher Gewähr für künftiges Wohlverhalten bietet als einer, der das Verbrechen offen zugibt, es aber nicht für verwerflich hält oder sich gegenüber den Folgen seiner Tat gleichgültig zeigt (vgl. BGE 101 IV 257 S. 258 f.). Der Beschwerdeführer war offenbar ohne Weiteres bereit, gestützt auf ein blosses Telefonat von D. _____ die besagten Betäubungsmittel entgegenzunehmen, aufzubewahren und zum bestimmten Zeitpunkt weiterzugeben, um diesem einen "Gefallen" zu erweisen. Insgesamt ist nicht von einer günstigen Prognose auszugehen. Da der Beschwerdeführer überdies selber Drogen (...) konsumiert, ist diese Rückfallgefahr umso höher einzuschätzen. Auch wenn es gemäss

dem Beschwerdeführer das

F-6599/2023 Seite 15 erste Mal gewesen sei, dass er für jemanden Haschisch aufbewahrt habe und hätte weitergeben sollen, ist aufgrund der Art der Straftaten, der mehreren Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz, der Hochwertigkeit der betroffenen Rechtsgüter (Leben, Gesundheit vieler Menschen) und der damit verbundenen Gefährdung und Verletzung von besonders schützenswerten Rechtsgütern und der relativen Gleichgültigkeit des Beschwerdeführers gegenüber den Folgen seines strafbaren Verhaltens vorliegend – entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht – bereits eine moderate Rückfallgefahr als ausreichend zu erachten, um von einer gegenwärtigen, tatsächlichen und hinreichend schweren Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA auszugehen.

E. 10.1

Den Entscheid darüber, ob ein Einreiseverbot anzuordnen und wie es zeitlich auszugestalten ist, legt Art. 67 Abs. 2 AIG in das pflichtgemässe Ermessen der Behörde. Zentrale Bedeutung kommt dabei 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, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

E. 10.2

Der Beschwerdeführer hat sich mit seiner Verurteilung wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz in einem besonders sensiblen Bereich strafbar gemacht (vgl. zur strengen Praxis statt vieler: Urteil des BGer 2C_768/2011 vom 4. Mai 2012 E. 4.3; Urteile des BVGer F-6102/2017 vom 8. August 2018; F-2404/2017 vom 24. April 2018). Vom Beschwerdeführer geht zudem, wie in E. 9.3 ausgeführt wurde, nach wie vor eine gegenwärtige und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aus. Dementsprechend ist das öffentliche Interesse an der Anordnung eines Einreiseverbots als erheblich zu qualifizieren. Zu berücksichtigen ist im Rahmen der öffentlichen Interessen sodann, dass der Beschwerdeführer wohl zu einer bedingt ausgesprochenen Geldstrafe, jedoch mit 180 Tagessätzen zu Fr. 30.– im höchsten Bereich eines möglichen Strafmasses verurteilt wurde (vgl. Art. 34 Abs. 1 StGB: Bestimmt es das Gesetz nicht anders, so beträgt die Geldstrafe mindestens drei und höchstens 180 Tagessätze. Das Gericht bestimmt deren Zahl nach dem Verschulden des Täters.). Die Staatsanwaltschaft ging also offensichtlich von einem nicht unerheblichen

F-6599/2023 Seite 16 Verschulden des Beschwerdeführers aus. An dieser Einschätzung nichts zu ändern vermag der Umstand, dass sich der festgelegte Tagesansatz im untersten Rahmen bewegt, wird dieser doch von den persönlichen und insbesondere den wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers bestimmt (vgl. Art. 34 Abs. 2 StGB: "Ein Tagessatz beträgt in der Regel mindestens 30 und höchstens 3000 Franken. Das Gericht kann den Tagessatz ausnahmsweise bis auf 10 Franken senken, wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters dies gebieten. (...) Es bestimmt die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem

Existenzminimum.). Nachdem der Beschwerdeführer im Tatzeit- punkt bereits knapp (...) -jährig war, keiner Erwerbstätigkeit nachging, kein Vermögen auswies und auch seine Ehefrau lediglich ein geringes Einkom- men erwirtschaftet, erstaunt es daher nicht, dass der Tagesansatz von der Strafbehörde sehr niedrig angesetzt wurde (vgl. BVGer act. 4 [kant. Straf- akten 2.2 act. 4 S. 3 und S. 5 f.]; BVGer act. 20).

Dieses öffentliche Interesse überwiegende private Interessen sind den Ak- ten nicht zu entnehmen. Soweit in diesem Zusammenhang seine Ehe mit einer EU-Bürgerin und die mit dem auferlegten Einreiseverbot allenfalls verbundenen Schwierigkeiten, die eheliche Beziehung weiterführen zu können, zu berücksichtigen sind, vermag er daraus nichts zu seinen Guns- ten abzuleiten. Den Akten zufolge sei er seit (Nennung Dauer) mit seiner Ehefrau zusammen, lebe aber derzeit in F._____. Sie würden einander respektieren; das Leben sei schwierig, ob zusammen oder getrennt. Auf Nachfrage zu seinem Lebensmittelpunkt gab der Beschwerdeführer an, seine Frau halte sich wohl mehr in der Schweiz und er mehr in F._____ auf (vgl. SEM act. 6 S. 10 f.). Er sei bereits im Jahr (...) in der Schweiz gewesen und sei im (Nennung Zeitpunkt) erneut gekommen, da er seinen Platz unter der Sonne suche; auf die Frage, was er seit seiner neuerlichen Einreise gemacht habe, antwortete er, er sei mit Freunden in den Ausgang und habe Poker gespielt. Er verfüge derzeit in der Schweiz über keinen Aufenthaltstitel, jedoch jeweils in G._____ und H._____ (vgl. SEM act. 6 S. 5 f.). Zudem fügte er an, über wenige Bekannte in der Schweiz zu verfügen; dies seien Leute, mit denen man ab und zu sprechen könne (vgl. SEM act. 6 S. 5). Aus diesen Aussagen sind keinerlei Anhaltspunkte er- sichtlich, welche eine Trennung des Familienlebens als unverhältnismäs- sig und unzumutbar erscheinen lassen würden. Er bringt in seinen Einga- ben auf Beschwerdeebene keinerlei Argumente vor, welche Anlass zu ei- ner anderen Einschätzung geben könnten. Das Einreiseverbot ist schon aufgrund des fehlenden Aufenthaltstitels und der Möglichkeit von

F-6599/2023 Seite 17 Besuchen und weiteren Kontaktmöglichkeiten zu relativieren. So halten sich sowohl der Beschwerdeführer als auch seine Ehefrau regelmässig in ihrer Heimat F._____ auf, weshalb das Einreiseverbot nicht zu einer fun- damentalen Veränderung der familiären Verhältnisse führt. Sodann kann er den Kontakt mit seiner Ehefrau und anderen Bekannten in der Schweiz auch über verschiedene moderne Kommunikationsmittel aufrechterhalten und pflegen. Er hat die vorübergehende Einschränkung in der Pflege sol- cher Kontakte selbst zu verantworten und in Kauf zu nehmen. Die privaten Interessen des Beschwerdeführers vermögen angesichts seiner Delin- quenz gegen hochwertige Rechtsgüter das gewichtige öffentliche Inte- resse an einer Fernhaltmassnahme nicht entscheidend aufzuwiegen.

E. 10.3

Ein dreijähriges Einreiseverbot erscheint unter Berücksichtigung der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts im Zusammenhang mit Betäu- bungsmitteldelikten (vgl. statt vieler: Urteile des BVGer F-2404/2017 E. 6.5; F-6102/2017 E. 6.4) und des diesbezüglich strengen Beurteilungs- massstabes (vgl. BGE 139 I 145 E. 2.5) auch in Berücksichtigung der Art der vorliegend gehandelten Betäubungsmittel sowie des Strafmasses (be- dingt ausgesprochene Geldstrafe) als durchwegs angemessen.

E. 10.4

In Betrachtung aller relevanter Faktoren gelangt das Gericht daher zum Schluss, dass das von der Vorinstanz verhängte dreijährige Einreise- verbot eine verhältnismässige und

angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

E. 11

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

E. 12.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Nachdem mit Zwischenverfügung vom 14. August 2024 sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gutgeheissen worden und nicht von einer relevanten Verbesserung seiner finanziellen Situation auszugehen ist, sind keine Kosten zu erheben.

E. 12.2

In der genannten Zwischenverfügung ist der rubrizierte Rechtsanwalt, Christian Torrado, als unentgeltlicher Rechtsbeistand eingesetzt worden. Das Gericht setzt die Parteientschädigung und die Entschädigung für die

F-6599/2023 Seite 18 amtlich bestellten Anwälte und Anwältinnen auf Grund der Kostennote fest. Es ist dem Rechtsbeistand folglich ein amtliches Honorar zulasten der Gerichtskasse auszurichten. Es wurde keine Kostennote eingereicht. Der notwendige Vertretungsaufwand lässt sich indes aufgrund der Aktenlage zuverlässig abschätzen, weshalb auf die Einholung einer solchen verzichtet wird (vgl. Art. 14 Abs. 2 in fine des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Festsetzung des amtlichen Honorars erfolgt in Anwendung der Art. 8–11 sowie Art. 12 VGKE. Das Bundesverwaltungsgericht geht im Falle des Unterliegens bei amtlicher Vertretung in der Regel von einem Stundenansatz von Fr. 200.– bis Fr. 220.– für Anwältinnen und Anwälte aus. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 8 ff. VGKE) ist dem unentgeltlichen Rechtsbeistand zulasten des Bundesverwaltungsgerichts ein amtliches Honorar von gerundet Fr. 3'400.– (3'080 [14x 220] plus 70 [Auslagen] inkl. 250 [Mehrwertsteuerzuschlag i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE]) auszurichten. Gelangt der Beschwerdeführer später zu hinreichenden Mitteln, so hat er dem Gericht das amtliche Honorar zu erstatten (Art. 65 Abs. 4 VwVG). (Dispositiv nächste Seite)

F-6599/2023 Seite 19

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