

BVGer F-6984/2023 vom 16. November 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-11-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-6984_2023_d20231116

FR: TAF F-6984/2023 du 16 novembre 2023

IT: TAF F-6984/2023 del 16 novembre 2023

Regeste

Einreiseverbot | Einreiseverbot; Verfügung des SEM vom 16. November 2023

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 als Verfügungsadressatin, die ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat, zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen (Rechtsmittelfrist [Art. 50 Abs. 1 VwVG], Form der Beschwerde [Art. 52 VwVG] und Bezahlung des Kostenvorschusses [Art. 63 Abs. 4 VwVG]) sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 1.4

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

F-6984/2023 Seite 4

E. 2

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – sofern wie vorliegend keine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – 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 (vgl. BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2020 VII/4 E. 2.2).

E. 3

Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Es sei ihr keine Möglichkeit gewährt worden, ihre Ansichten und Argumente vorzubringen.

E. 3.1

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses umfasst das Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache äussern zu können (Art. 30 VwVG). Die Behörde würdigt, bevor sie verfügt, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Damit verbunden ist die Pflicht der Behörde, ihren Entscheid ausreichend und nachvollziehbar zu begründen (Art. 35 Abs.1 VwVG; BGE 145 IV 99 E. 3.1 m.w.H.).

E. 3.2

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. 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 als 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 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

F-6984/2023 Seite 5 (BGE 142 II 218 E. 2.8.1; 137 I 195 E. 2.3.2; 136 V 117 E. 4.2.2.2; 133 I 201 E. 2.2; BVGE 2012/24 E. 3.4).

E. 3.3

Anlässlich einer mündlichen Befragung vom 6. November 2023 (vorinstanzliche Akten [SEM-act.] 8) informierte das Migrationsamt die Beschwerdeführerin erst auf deren Frage hin, ob sie wieder in die Schweiz einreisen könne, dass der Erlass eines Einreiseverbots möglich sei und sie diesfalls nicht mehr in die Schweiz und den Schengen-Raum einreisen dürfte. Damit erfolgte zwar die Aufklärung hinsichtlich der potenziellen Konsequenzen eines rechtswidrigen Aufenthalts. Allerdings wurde ihr im Anschluss daran nicht mehr Gelegenheit geboten, sich dazu zu äussern. Dies stellt eine Verletzung des Äusserungsrechts dar. Infolgedessen erscheint der Hinweis in der vorinstanzlichen Verfügung, wonach in der Befragung keine privaten Interessen geltend gemacht wurden, als unstatthaft. Die Vorinstanz hat denn auch im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung keine vollständige Interessenabwägung vorgenommen beziehungsweise vornehmen können, indem sie betreffend die privaten Interessen einzig auf das Familiennachzugsgesuch verwiesen hat, ohne jedoch auf die Familienverhältnisse einzugehen. Die Beschwerdeführerin hatte indes im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, in dem sie nunmehr anwaltlich vertreten war, die Möglichkeit, sich zu äussern und ihre privaten Interessen darzulegen, wobei das Bundesverwaltungsgericht sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. E. 3.2). Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist damit geheilt.

E. 4.1

Nach Art. 67 Abs. 1 Bst. b AIG verfügt das SEM unter Vorbehalt von Absatz 5 derselben Bestimmung Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen ausländischen Personen, wenn diese nicht innerhalb der angesetzten Frist ausgereist sind.

E. 4.2

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). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann von der Verhängung eines Einreiseverbots abgesehen oder ein Einreiseverbot endgültig oder vorübergehend aufgehoben werden (Art. 67 Abs. 5 AIG).

F-6984/2023 Seite 6

E. 4.3

Das in Art. 67 AIG geregelte Einreiseverbot stellt keine Sanktion dar, sondern eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 3709, S. 3813). Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft mithin an das Risiko einer künftigen Gefährdung an. Gestützt auf sämtliche Umstände des Einzelfalles ist eine entsprechende Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss primär das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen. Es genügt dabei, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann (vgl. anstelle vieler Urteile des BVGer F-3475/2022 vom 15. März 2024 E. 3.2; F-4025/2017 vom 1. Oktober 2018 E. 3.2 m.H.).

E. 5.1

In Bezug auf die Begründung des Einreiseverbots führte die Vorinstanz aus, dass die Beschwerdeführerin nach Ablauf ihres Besuchervisums nicht aus der Schweiz ausgereist sei, sondern um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Familiennachzug (recte: zur erwerbslosen Wohnsitznahme) ersucht habe. Nach Abweisung ihres Gesuches und der diesbezüglichen Verwaltungsbeschwerde habe sie sodann die angesetzte Ausreisefrist per

E. 5.2

Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin in ihrer Rechtsmittelergänzung im Wesentlichen geltend, sie verweile seit mehreren Jahren dank jeweils verlängerten Besuchervisum für jeweils sechs Monate pro Jahr in der Schweiz und gefährde die öffentliche Sicherheit und Ordnung in keiner Weise. Die verspätete Ausreise sei auf einen Irrtum zurückzuführen. Sie sei überzeugt gewesen, sich während des ausländerrechtlichen Verfahrens in der Schweiz aufhalten zu dürfen. Nachdem sie über ihren Irrtum aufgeklärt worden sei, habe sie die Schweiz per 18. November 2023 verlassen. Sie habe dies gemacht, obwohl ihr bewusst gewesen sei, dass bei einer Verweigerung der Ausreise eine zwangsweise Durchsetzung der Wegweisung aufgrund ihres Alters und Gesundheitszustands nicht hätte erfolgen können. Dies zeige, dass sie ohne weiteres gewillt sei, die

F-6984/2023 Seite 7 Schweizer Rechtsordnung unter Inkaufnahme der für sie damit verbundenen Lebensgefahr zu respektieren. Ihr Gesundheitszustand sei durch fortgeschrittene Demenz, (weitere gesundheitliche Beschwerden), geprägt, der eine intensive, spezialisierte medizinische Versorgung und psychosoziale Unterstützung

erfordern würde. Zudem sei die Aufrechterhaltung des Kontakts zu ihren vier in der Schweiz wohnhaften Kindern nur im Rahmen von regelmässigen Besuchen möglich, zumal sie bei Telefongesprächen jeweils nicht spreche und somit ein typisches Verhalten der Demenzerkrankung zeige. Ferner sei die erforderliche Behandlungstherapie im Heimatland nicht gewährleistet, weshalb ihr zwingend zu ermöglichen sei, zumindest sporadisch in die Schweiz einzureisen, um die Familie besuchen und ärztliche Untersuchungen wahrnehmen zu können. Die finanzielle Verantwortung werde hierfür vollumfänglich von ihrer Familie übernommen und sichergestellt.

E. 5.3

Die Vorinstanz äusserte sich in ihrer Vernehmlassung vom 26. Februar 2024 dahingehend, dass das Kantonsgericht Luzern die Beschwerde gegen den Negativentscheid des JSD betreffend die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung mit Urteil vom 17. Januar 2024 abgewiesen habe. Im Rahmen des rechtskräftig abgeschlossenen Wegweisungsverfahrens sei festgehalten worden, dass eine Behandlung der gesundheitlichen Probleme der Beschwerdeführerin im Heimatland möglich sei. Die für eine Einreise aus medizinischen Gründen vorausgesetzte Bereitschaft zur fristgerechten Wiederausreise sowie das Vorhandensein der finanziellen Mittel für die Behandlung seien nicht gegeben. Aus den gesundheitlichen Beschwerden könne sie kein besonderes Interesse an einer Einreise in die Schweiz während der Gültigkeit des Einreiseverbotes ableiten. Insgesamt sei von einer Missachtung ausländerrechtlicher Bestimmungen auszugehen und die Anordnung des Einreiseverbots zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu Recht erfolgt. Es bestehe ein hohes öffentliches Interesse daran, rechtswidrige Aufenthalte, die mit hohen Kosten für die öffentliche Hand verbunden seien, zu verhindern. Hinzu komme die spezialpräventive Zielsetzung, weiteren Verstössen der Beschwerdeführerin entgegenzuwirken. Die Dauer der Fernhaltmassnahme sei zudem mit Blick auf die ständige Praxis und Rechtsprechung als verhältnismässig zu erachten.

E. 5.4

Mit Replik vom 28. März 2024 bestreitet die Beschwerdeführerin erneut, eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darzustellen und eine adäquate medizinische Behandlung im Heimatland erhalten zu können. Im Wesentlichen betont sie, dass die Fernhaltmassnahme

F-6984/2023 Seite 8 unverhältnismässig und rechtswidrig sei. Dies wird insbesondere damit begründet, dass ihr Gesundheitszustand und das damit verbundene Erfordernis zur medizinischen Betreuung in der Schweiz, das von ausgewiesenen Fachspezialisten bestätigt sei, das generalpräventive Interesse an ihrer Fernhaltung überwiege. Zudem betreffe das Einreiseverbot nicht nur sie, sondern auch ihre Familie in der Schweiz, die für ihre Pflege verantwortlich sei und stehe insgesamt im Widerspruch zu den grundlegenden humanitären Prinzipien und dem Recht auf Hilfe in Notlagen. 6. Vorliegend steht fest, dass die Beschwerdeführerin nach Ablauf des Besuchervisums nicht ausgereist und der bis am 30. Juni 2022 respektive nach Abweisung der Beschwerde bis zum 10. Februar 2023 angesetzten Ausreisefrist nicht nachgekommen ist. Den Ausreiseaufforderungen des Migrationsamts vom 12. September 2023, 22. September 2023 und vom 3. Oktober 2023 leistete sie ebenfalls keine Folge. Erst nach mündlichen Befragungen vom 6. November 2023 durch das Migrationsamt (SEM-act. 8) und die Luzerner Polizei (SEM-act. 6) konnte die freiwillige Ausreise unter Begleitung des Arztdienstes der OSEARA AG per 18.

November 2023 organisiert werden. Folglich ist der Fernhaltegrund gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. b AIG erfüllt. 7.1 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, Art. 67 Abs. 5 AIG) zu überprüfen. Eine Prognose, für welchen Zeitraum die Sicherungsmassnahme notwendig sein wird, ist naturgemäss nicht möglich. Abstufungen betreffend die Dauer ergeben sich aus der wertenden Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung und den privaten Interessen, welche die betroffene Person an der zeitlichen Beschränkung der Massnahme hat (BVGE 2016/33 E. 9.2; 2014/20 E. 8.1). Ausgangspunkt der Überlegungen bilden die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse der betroffenen ausländischen Person (Art. 96 Abs. 1 AIG; ferner statt vieler HÄ- FELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.). 7.2 Objektiv betrachtet wiegt das Fehlverhalten der Beschwerdeführerin nicht leicht, kommt doch den ausländerrechtlichen Normen im Zusammenhang mit Einreise, Aufenthalt und Aufnahme einer Erwerbstätigkeit

F-6984/2023 Seite 9 grundsätzlich eine zentrale Bedeutung zu, wenn es darum geht, eine funktionierende Rechtsordnung zu gewährleisten. Entsprechend ist die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen (BVGE 2014/20 E. 8.2; Urteil des BVGer F-594/2023 vom 29. Januar 2024 E. 9.3). Es besteht daher aus generalpräventiven Gründen ein öffentliches Interesse an einer zeitlich befristeten Fernhaltung der Beschwerdeführerin. Aus spezialpräventiven Gründen erscheint das Einreiseverbot ebenfalls angezeigt, um sie bei künftigen Aufenthalten in der Schweiz von einem erneuten rechtswidrigen Aufenthalt abzuhalten. Es besteht demnach ein öffentliches Interesse an der Verhängung der Fernhaltemassnahme. 7.3 Das beschriebene Fehlverhalten der Beschwerdeführerin ist hingegen insoweit zu relativieren, als dass ihr dieses aufgrund der Demenzerkrankung nicht vollumfänglich vorgeworfen werden kann (siehe auch E. 7.4). Diesbezüglich ist den Akten zu entnehmen, dass bereits im Jahr 2021 eine Demenz mittelgradiger Ausprägung und eine begleitende depressive Symptomatik festgestellt wurden (siehe etwa SEM-act. 7, S. 168). Die behandelnde Allgemeinärztin sprach im Oktober 2023 von einer nunmehr fortgeschrittenen Demenz (SEM-act. 7, S. 133). Unbestritten ist, dass in den letzten Jahren regelmässige Besuchsaufenthalte in die Schweiz erfolgten, ohne die Gültigkeit des Besuchervisums zu überschreiten, wobei die 90-tägigen Visa jeweils unpräjudiziell um weitere 90 Tage verlängert wurden (vgl. SEM-act. 5, S. 79). Die Vorinstanz stellte zwar korrekt fest, dass sich aus dem ausländerrechtlichen Verfahren betreffend das Gesuch um Familiennachzug beziehungsweise erwerbslose Wohnsitznahme bis zum rechtskräftigen Entscheid kein Anwesenheitsrecht ergibt, sondern der Entscheid vielmehr im Ausland abzuwarten ist. Allerdings hatte das Migrationsamt Kenntnis von der Anwesenheit der Beschwerdeführerin und gab während des ausländerrechtlichen Verfahrens weitere Abklärungen zur Reisefähigkeit in Auftrag (SEM-act. 5, S. 78). Daraufhin erfolgte die aktive Ausreiseorganisation erst im September 2023 und somit sechs Monate nach der zuletzt angesetzten Ausreisefrist durch das JSD. Anlässlich einer polizeilichen Einvernahme vom 6. November 2023 betreffend den Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts machte die Beschwerdeführerin schliesslich geltend, keine Kenntnis darüber zu haben, sich rechtswidrig in der Schweiz aufzuhalten und ins Heimatland zurückkehren zu müssen. Im Verlauf dieser Befragung zeichnete sich deutlich ab, dass die rechtlich nicht vertretene und unbegleitete Beschwerdeführerin überfordert war. Zahlreiche Fragen hat sie nicht verstanden und/oder konnte sie nicht beantworten (siehe

z.B. SEM-act. 6 F 2, 6 ff., 12 ff. oder 26 ff.); bereits am Anfang gab

F-6984/2023 Seite 10 sie an, sie wisse nicht, woher sie komme und was der Befrager spreche (SEM-act. 6 F 3). Sie leide an Demenz, sei sehr vergesslich und ihr Gehirn sei «gelöscht» (SEM-act. 6 F 14). Nach erfolgter mündlicher Aufklärung über ihren Anwesenheitsstatus erhielt sie vom Migrationsamt gleichentags eine letzte Ausreisefrist bis 15. November 2023. Gemäss E-Mail der Beschwerdeführerin vom 14. November 2023 sei ein entsprechender Flug für den Ausreisetermin gebucht worden, dieser habe jedoch aufgrund der durch das Migrationsamt verzögerten Hinterlegung ihres Reisedokuments beim Flughafendienst SwissREPAT in Zürich auf den 18. November 2023 verschoben werden müssen (BVGer-act. 1, Beilage 6). 7.4 Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Beschwerdeführerin bis zum Ablauf des letzten Besuchervisums stets fristgerecht aus der Schweiz ausgereist war und die freiwillige Ausreise nach der mündlichen Erläuterung ihres Anwesenheitsstatus in der Schweiz schliesslich termingerecht und kooperativ erfolgt ist. Dass sie die Schweiz nach Ablauf des letzten Besuchervisums nicht fristgerecht verlassen hat, kann nicht losgelöst vom Hintergrund ihrer gesundheitlichen Beschwerden und insbesondere der fortschreitenden Demenz betrachtet werden (siehe E. 7.3).

Diesbezüglich ist der Einstellungsverfügung der zuständigen Staatsanwaltschaft vom 26. Januar 2024 (BVGer-act. 7, Beilage 1) zu entnehmen, dass der Beschwerdeführerin aufgrund der fehlenden Kenntnis ihres rechtswidrigen Aufenthaltes weder eine wissentliche und willentliche noch eine fahrlässige Widerhandlung gegen die Bestimmungen des AIG vorgeworfen wurde. Es wurde dahingestellt, ob der objektive Tatbestand erfüllt gewesen wäre, da sie nicht gewusst habe, dass sie die Schweiz hätte verlassen müssen und zeitweise nicht einmal mehr realisierte, dass sie sich in der Schweiz aufhielt. Folglich wurde davon ausgegangen, dass sie infolge ihrer Demenz nicht fähig war, das Unrecht ihres Handelns einzusehen oder nach einer allfälligen Einsicht zu handeln. Vor diesem Hintergrund ist das öffentliche Interesse an der Fernhaltung demnach sowohl in general- als insbesondere in spezialpräventiver Hinsicht stark zu relativieren. 7.5 Den öffentlichen sind die privaten Interessen der Beschwerdeführerin an einer Einreise in die Schweiz gegenüberzustellen. Diesbezüglich brachte sie vor, die privaten Gründe seien angesichts der Notwendigkeit einer medizinischen Behandlung in der Schweiz und ihrer hier wohnhaften Familie höher zu werten als die öffentlichen Interessen. 7.6 Die beanstandeten Beeinträchtigungen des Familienlebens und der Gesundheitsversorgung sind nur soweit rechtserheblich, als sie

F-6984/2023 Seite 11 unmittelbar auf das Einreiseverbot zurückzuführen sind (zum Ganzen vgl. BVGE 2014/20, E. 8.3.4). Die kantonalen Instanzen stellten übereinstimmend fest, dass kein Abhängigkeitsverhältnis der Beschwerdeführerin zu ihren in der Schweiz lebenden erwachsenen Kindern besteht (BGE 141 II 1 E. 6.1 m.H.). Ferner hielten sie in Übereinstimmung mit der Einschätzung der Vorinstanz fest, dass sämtliche Erkrankungen der Beschwerdeführerin im Heimatland behandelbar seien und Möglichkeiten bestünden, die notwendige Betreuung durch private Pflegefachkräfte sowie alternierende Besuchsaufenthalte im Kosovo zu gewährleisten (vgl. SEM-act. 4, S. 66; SEM-act. 5 S. 74; SEM-act. 7, S. 171–174; BVGer-act. 7, Beilage 2). Demgegenüber bleibt festzuhalten, dass angesichts ihres fortgeschrittenen Alters und ihrer Erkrankungen dennoch ein gewisses Interesse der Beschwerdeführerin besteht, ihre Kinder und Enkelkinder in der Schweiz zu besuchen. Das private Interesse der Beschwerdeführerin an einer ungehinderten Einreise in die Schweiz ist somit als nicht unerheblich anzusehen. 7.7 Eine wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen führt zum Ergebnis, dass das

Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist. In Bezug auf die Dauer von drei Jahren erscheint die Fernhaltungsmassnahme jedoch als unverhältnismässig, zumal das öffentliche Interesse – wie dargelegt – stark zu relativieren ist. Das während der letzten rund anderthalb Jahren bestehende Einreiseverbot bietet genügend Gewähr dafür, dass dem öffentlichen Interesse an künftigen kontrollierten Einreisen in die Schweiz beziehungsweise den Schengen-Raum und an der rechtzeitigen Wiederausreisen Rechnung getragen wird. Das Einreiseverbot ist deshalb auf den Urteilszeitpunkt zu befristen. 8. 8.1 Wird gegen eine Person, die – wie vorliegend – 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 Verordnung [EU] Nr. 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. L 312/14 vom 07.12.2018 [SIS-VO-Grenze]).

F-6984/2023 Seite 12 8.2 Art. 24 Abs. 1 Bst. b SIS-VO-Grenze fordert die Ausschreibung einer Einreiseverweigerung, wenn der Mitgliedstaat gemäss Verfahren, die mit der Richtlinie 2008/115/EG in Einklang stehen, ein Einreiseverbot gegen einen Drittstaatsangehörigen verhängt hat. Die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (nachfolgend: Rückführungsrichtlinie) ermöglicht mit der Wegweisung eine angemessene Ausreisefrist zu setzen (Art. 7 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie). Diese Rückkehrentscheidungen gehen gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b der Rückführungsrichtlinie mit einem Einreiseverbot einher, sofern der Ausreisefrist nicht nachgekommen wurde. Die innerstaatliche Umsetzung der erwähnten Bestimmungen ist in Art. 64d Abs. 2 Bst. a–c AIG und Art. 67 Abs. 1 AIG (vgl. BBl 2009 8881, S. 8894 ff.) erfolgt, sodass eine Ausschreibung in diesen Fällen gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Bst. b SIS-VO-Grenze zwingend vorgeschrieben ist (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer F-763/2024 vom 20. Februar 2025, E. 8.3). 8.3 Mit Verfügung des Migrationsamts vom 2. Juni 2022 wurde die Beschwerdeführerin aus der Schweiz weggewiesen, wobei ihr eine Ausreisefrist bis zum 30. Juni 2022 angesetzt wurde (bestätigt durch den Entscheid des JSD vom 5. Dezember 2022 mit Fristansetzung zur Ausreise bis zum

E. 6

Vorliegend steht fest, dass die Beschwerdeführerin nach Ablauf des Besuchervisums nicht ausgereist und der bis am 30. Juni 2022 respektive nach Abweisung der Beschwerde bis zum 10. Februar 2023 angesetzten Ausreisefrist nicht nachgekommen ist. Den Ausreiseaufforderungen des Migrationsamts vom 12. September 2023, 22. September 2023 und vom 3. Oktober 2023 leistete sie ebenfalls keine Folge. Erst nach mündlichen Befragungen vom 6. November 2023 durch das Migrationsamt (SEM-act. 8) und die Luzerner Polizei (SEM-act. 6) konnte die freiwillige Ausreise unter Begleitung des Arztdienstes der OSEARA AG per 18. November 2023 organisiert werden. Folglich ist der Fernhaltegrund gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. b AIG erfüllt.

E. 7.1

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, Art. 67 Abs. 5 AIG) zu überprüfen. Eine Prognose, für welchen Zeitraum die Sicherungsmassnahme notwendig sein wird, ist naturgemäss nicht möglich. Abstufungen betreffend die Dauer ergeben sich aus der wertenden Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung und den privaten Interessen, welche die betroffene Person an der zeitlichen Beschränkung der Massnahme hat (BVGE 2016/33 E. 9.2; 2014/20 E. 8.1). Ausgangspunkt der Überlegungen bilden die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse der betroffenen ausländischen Person (Art. 96 Abs. 1 AIG; ferner statt vieler Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

E. 7.2

Objektiv betrachtet wiegt das Fehlverhalten der Beschwerdeführerin nicht leicht, kommt doch den ausländerrechtlichen Normen im Zusammenhang mit Einreise, Aufenthalt und Aufnahme einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich eine zentrale Bedeutung zu, wenn es darum geht, eine funktionierende Rechtsordnung zu gewährleisten. Entsprechend ist die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen (BVGE 2014/20 E. 8.2; Urteil des BVGer F-594/2023 vom 29. Januar 2024 E. 9.3). Es besteht daher aus generalpräventiven Gründen ein öffentliches Interesse an einer zeitlich befristeten Fernhaltung der Beschwerdeführerin. Aus spezialpräventiven Gründen erscheint das Einreiseverbot ebenfalls angezeigt, um sie bei künftigen Aufenthalten in der Schweiz von einem erneuten rechtswidrigen Aufenthalt abzuhalten. Es besteht demnach ein öffentliches Interesse an der Verhängung der Fernhaltungsmassnahme.

E. 7.3

Das beschriebene Fehlverhalten der Beschwerdeführerin ist hingegen insoweit zu relativieren, als dass ihr dieses aufgrund der Demenzerkrankung nicht vollumfänglich vorgeworfen werden kann (siehe auch E. 7.4). Diesbezüglich ist den Akten zu entnehmen, dass bereits im Jahr 2021 eine Demenz mittelgradiger Ausprägung und eine begleitende depressive Symptomatik festgestellt wurden (siehe etwa SEM-act. 7, S. 168). Die behandelnde Allgemeinärztin sprach im Oktober 2023 von einer nunmehr fortgeschrittenen Demenz (SEM-act. 7, S. 133). Unbestritten ist, dass in den letzten Jahren regelmässige Besuchsaufenthalte in die Schweiz erfolgten, ohne die Gültigkeit des Besuchervisums zu überschreiten, wobei die 90-tägigen Visa jeweils unpräjudiziell um weitere 90 Tage verlängert wurden (vgl. SEM-act. 5, S. 79). Die Vorinstanz stellte zwar korrekt fest, dass sich aus dem ausländerrechtlichen Verfahren betreffend das Gesuch um Familiennachzug beziehungsweise erwerbslose Wohnsitznahme bis zum rechtskräftigen Entscheid kein Anwesenheitsrecht ergibt, sondern der Entscheid vielmehr im Ausland abzuwarten ist. Allerdings hatte das Migrationsamt Kenntnis von der Anwesenheit der Beschwerdeführerin und gab während des ausländerrechtlichen Verfahrens weitere Abklärungen zur Reisefähigkeit in Auftrag (SEM-act. 5, S. 78). Daraufhin erfolgte die aktive Ausreiseorganisation erst im September 2023 und somit sechs Monate nach der zuletzt angesetzten Ausreisefrist durch das JSD. Anlässlich einer polizeilichen Einvernahme vom 6. November 2023 betreffend den Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts machte die Beschwerdeführerin schliesslich geltend, keine Kenntnis darüber zu haben, sich rechtswidrig in der Schweiz aufzuhalten und ins Heimatland zurückkehren zu müssen. Im Verlauf dieser Befragung zeichnete sich deutlich ab, dass die rechtlich nicht vertretene und

unbegleitete Beschwerdeführerin überfordert war. Zahlreiche Fragen hat sie nicht verstanden und/oder konnte sie nicht beantworten (siehe z.B. SEM-act. 6 F 2, 6 ff., 12 ff. oder 26 ff.); bereits am Anfang gab sie an, sie wisse nicht, woher sie komme und was der Befrager spreche (SEM-act. 6 F 3). Sie leide an Demenz, sei sehr vergesslich und ihr Gehirn sei «gelöscht» (SEM-act. 6 F 14). Nach erfolgter mündlicher Aufklärung über ihren Anwesenheitsstatus erhielt sie vom Migrationsamt gleichentags eine letzte Ausreisefrist bis 15. November 2023. Gemäss E-Mail der Beschwerdeführerin vom 14. November 2023 sei ein entsprechender Flug für den Ausreisetern gebucht worden, dieser habe jedoch aufgrund der durch das Migrationsamt verzögerten Hinterlegung ihres Reisedokuments beim Flughafendienst SwissREPAT in Zürich auf den 18. November 2023 verschoben werden müssen (BVGer-act. 1, Beilage 6).

E. 7.4

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Beschwerdeführerin bis zum Ablauf des letzten Besuchervisums stets fristgerecht aus der Schweiz ausgereist war und die freiwillige Ausreise nach der mündlichen Erläuterung ihres Anwesenheitsstatus in der Schweiz schliesslich termingerecht und kooperativ erfolgt ist. Dass sie die Schweiz nach Ablauf des letzten Besuchervisums nicht fristgerecht verlassen hat, kann nicht losgelöst vom Hintergrund ihrer gesundheitlichen Beschwerden und insbesondere der fortschreitenden Demenz betrachtet werden (siehe E. 7.3). Diesbezüglich ist der Einstellungsverfügung der zuständigen Staatsanwaltschaft vom 26. Januar 2024 (BVGer-act. 7, Beilage 1) zu entnehmen, dass der Beschwerdeführerin aufgrund der fehlenden Kenntnis ihres rechtswidrigen Aufenthaltes weder eine wissentliche und willentliche noch eine fahrlässige Widerhandlung gegen die Bestimmungen des AIG vorgeworfen wurde. Es wurde dahingestellt, ob der objektive Tatbestand erfüllt gewesen wäre, da sie nicht gewusst habe, dass sie die Schweiz hätte verlassen müssen und zeitweise nicht einmal mehr realisierte, dass sie sich in der Schweiz aufhielt. Folglich wurde davon ausgegangen, dass sie infolge ihrer Demenz nicht fähig war, das Unrecht ihres Handelns einzusehen oder nach einer allfälligen Einsicht zu handeln. Vor diesem Hintergrund ist das öffentliche Interesse an der Fernhaltung demnach sowohl in general- als insbesondere in spezialpräventiver Hinsicht stark zu relativieren.

E. 7.5

Den öffentlichen sind die privaten Interessen der Beschwerdeführerin an einer Einreise in die Schweiz gegenüberzustellen. Diesbezüglich brachte sie vor, die privaten Gründe seien angesichts der Notwendigkeit einer medizinischen Behandlung in der Schweiz und ihrer hier wohnhaften Familie höher zu werten als die öffentlichen Interessen.

E. 7.6

Die beanstandeten Beeinträchtigungen des Familienlebens und der Gesundheitsversorgung sind nur soweit rechtserheblich, als sie unmittelbar auf das Einreiseverbot zurückzuführen sind (zum Ganzen vgl. BVGE 2014/20, E. 8.3.4). Die kantonalen Instanzen stellten übereinstimmend fest, dass kein Abhängigkeitsverhältnis der Beschwerdeführerin zu ihren in der Schweiz lebenden erwachsenen Kindern besteht (BGE 141 II 1 E. 6.1 m.H.). Ferner hielten sie in Übereinstimmung mit der Einschätzung der Vorinstanz fest, dass sämtliche Erkrankungen der Beschwerdeführerin im Heimatland behandelbar seien und Möglichkeiten bestünden, die notwendige Betreuung durch private Pflegefachkräfte sowie alternierende Besuchsaufenthalte im Kosovo zu gewährleisten (vgl. SEM-act. 4, S. 66;

SEM-act. 5 S. 74; SEM-act. 7, S. 171-174; BVGer-act. 7, Beilage 2). Demgegenüber bleibt festzuhalten, dass angesichts ihres fortgeschrittenen Alters und ihrer Erkrankungen dennoch ein gewisses Interesse der Beschwerdeführerin besteht, ihre Kinder und Enkelkinder in der Schweiz zu besuchen. Das private Interesse der Beschwerdeführerin an einer ungehinderten Einreise in die Schweiz ist somit als nicht unerheblich anzusehen.

E. 7.7

Eine wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen führt zum Ergebnis, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist. In Bezug auf die Dauer von drei Jahren erscheint die Fernhaltmassnahme jedoch als unverhältnismässig, zumal das öffentliche Interesse - wie dargelegt - stark zu relativieren ist. Das während der letzten rund anderthalb Jahren bestehende Einreiseverbot bietet genügend Gewähr dafür, dass dem öffentlichen Interesse an künftigen kontrollierten Einreisen in die Schweiz beziehungsweise den Schengen-Raum und an der rechtzeitigen Wiederausreisen Rechnung getragen wird. Das Einreiseverbot ist deshalb auf den Urteilszeitpunkt zu befristen.

E. 8.1

Wird gegen eine Person, die - wie vorliegend - 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 Verordnung [EU] Nr. 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. L 312/14 vom 07.12.2018 [SIS-VO-Grenze]).

E. 8.2

Art. 24 Abs. 1 Bst. b SIS-VO-Grenze fordert die Ausschreibung einer Einreiseverweigerung, wenn der Mitgliedstaat gemäss Verfahren, die mit der Richtlinie 2008/115/EG in Einklang stehen, ein Einreiseverbot gegen einen Drittstaatsangehörigen verhängt hat. Die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (nachfolgend: Rückführungsrichtlinie) ermöglicht mit der Wegweisung eine angemessene Ausreisefrist zu setzen (Art. 7 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie). Diese Rückkehrentscheidungen gehen gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b der Rückführungsrichtlinie mit einem Einreiseverbot einher, sofern der Ausreisefrist nicht nachgekommen wurde. Die innerstaatliche Umsetzung der erwähnten Bestimmungen ist in Art. 64d Abs. 2 Bst. a-c AIG und Art. 67 Abs. 1 AIG (vgl. BBl 2009 8881, S. 8894 ff.) erfolgt, sodass eine Ausschreibung in diesen Fällen gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Bst. b SIS-VO-Grenze zwingend vorgeschrieben ist (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer F-763/2024 vom 20. Februar 2025, E. 8.3).

E. 8.3

Mit Verfügung des Migrationsamts vom 2. Juni 2022 wurde die Beschwerdeführerin aus der Schweiz weggewiesen, wobei ihr eine Ausreisefrist bis zum 30. Juni 2022 angesetzt wurde (bestätigt durch den Entscheid des JSD vom 5. Dezember 2022 mit Fristansetzung zur Ausreise bis zum 10. Februar 2023). Mit der Wegweisungsverfügung liegt im Sinn von Art. 7 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie und Art. 64d Abs. 1 AIG eine angemessene

Fristansetzung vor. Dieser ist die Beschwerdeführerin nicht nachgekommen, womit die Voraussetzungen für eine Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Bst. b SIS-VO-Grenze erfüllt sind. Zudem erweist sich die Ausschreibung in Anbetracht der Fernhaltegründe (vgl. E. 7.2) und unter Berücksichtigung der privaten Interessen der Beschwerdeführerin als rechtmässig und hält vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit stand. Namentlich macht die Beschwerdeführerin keine entgegenstehenden privaten Interessen geltend, welche die mit der Ausschreibung der Fernhaltemassnahme im SIS einhergehende zusätzliche Einschränkung ihrer Bewegungsfreiheit als unverhältnismässig erscheinen liesse. Die SIS-Ausschreibung ist indes in Übereinstimmung mit der Reduktion der zeitlichen Dauer des Einreiseverbots ebenfalls auf den Urteilszeitpunkt hin zu befristen.

E. 9

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die ausgesprochene Dauer des Einreiseverbots von drei Jahren Bundesrecht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist deshalb teilweise gutzuheissen und das gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot auf den Zeitpunkt des vorliegenden Urteils zu befristen. Die Ausschreibung im SIS ist entsprechend anzupassen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 10

Februar 2023). Mit der Wegweisungsverfügung liegt im Sinn von Art. 7 Abs. 1 der Rückführungsrichtlinie und Art. 64d Abs. 1 AIG eine angemessene Fristansetzung vor. Dieser ist die Beschwerdeführerin nicht nachgekommen, womit die Voraussetzungen für eine Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Bst. b SIS-VO-Grenze erfüllt sind. Zudem erweist sich die Ausschreibung in Anbetracht der Fernhaltegründe (vgl. E. 7.2) und unter Berücksichtigung der privaten Interessen der Beschwerdeführerin als rechtmässig und hält vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit stand. Namentlich macht die Beschwerdeführerin keine entgegenstehenden privaten Interessen geltend, welche die mit der Ausschreibung der Fernhaltemassnahme im SIS einhergehende zusätzliche Einschränkung ihrer Bewegungsfreiheit als unverhältnismässig erscheinen liesse. Die SIS-Ausschreibung ist indes in Übereinstimmung mit der Reduktion der zeitlichen Dauer des Einreiseverbots ebenfalls auf den Urteilszeitpunkt hin zu befristen. 9. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die ausgesprochene Dauer des Einreiseverbots von drei Jahren Bundesrecht verletzt (Art. 49

F-6984/2023 Seite 13 VwVG). Die Beschwerde ist deshalb teilweise gutzuheissen und das gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot auf den Zeitpunkt des vorliegenden Urteils zu befristen. Die Ausschreibung im SIS ist entsprechend anzupassen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 10.1

Bei diesem Verfahrensausgang ist von einem hälftigen Unterliegen der Beschwerdeführerin auszugehen, womit sie die Verfahrenskosten zur Hälfte zu tragen hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Kosten werden in Anwendung von Art. 63 Abs. 4bis VwVG i.V.m. Art. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin zur Hälfte auferlegt. Zudem ist die Beschwerdeführerin erst im Beschwerdeverfahren zu ihrem Äusserungsrecht gelangt, was es im Kostenpunkt zu berücksichtigen gilt (vgl. E. 3.3). Angesichts dessen sind die Verfahrenskosten auf Fr. 300.–

zu reduzieren. Die Differenz von Fr. 700.– ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

E. 10.2

Für die notwendigen Kosten der Rechtsvertretung ist der Beschwerdeführerin im Umfang des Obsiegens eine (gekürzte) Parteientschädigung zuzusprechen. Diese geht zulasten der Vorinstanz (vgl. Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG). Mangels einer Kostennote setzt das Gericht die Parteientschädigung nach pflichtgemäßem Ermessen fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Mit Blick auf den aktenkundigen Aufwand und die Komplexität der Streitache sowie in Anwendung der gesetzlichen Bemessungskriterien von Art. 8 ff. VGKE ist die Parteientschädigung auf insgesamt Fr. 1'600.– (inkl. Auslagen) festzulegen. Dieser Betrag ist unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs mit teilweiseem Obsiegen und der Verletzung des rechtlichen Gehörs auf Fr. 1'000.– zu reduzieren. Weil der Wohnsitz der Beschwerdeführerin als Empfängerin der anwaltschaftlichen Dienstleistung im Ausland liegt, ist kein Zuschlag für die Mehrwertsteuer auszurichten (Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und 18 Abs. 1 MWSTG [SR 641.20] sowie Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE; vgl. auch Urteil des BVGer F-3614/2019 vom 30. April 2020 E. 8.2). Das SEM ist anzuweisen, der Beschwerdeführerin diesen Betrag als Parteientschädigung auszurichten. (Dispositiv nachfolgende Seite)

F-6984/2023 Seite 14

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