

2024 VII/4

Auszug aus dem Urteil der Abteilung VI
i.S. A. gegen Staatssekretariat für Migration
F-594/2023 vom 29. Januar 2024

Einreiseverbot. Gesetzesrevision. Gesetzeslücke.**Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG**

1. Durch die Revision von Art. 67 Abs. 1 AIG wurde der Anwendungsbereich von dessen Bst. c unbeabsichtigt eingeschränkt. Das neue Tatbestandselement « weggewiesen » vereitelt den Willen des Gesetzgebers, alle unerwünschten ausländischen Personen mit einem Einreiseverbot belegen zu können (E. 7.9).
2. Es liegt eine (unechte) Lücke vor, die auf ein gesetzgeberisches Versehen zurückzuführen ist. Der Fernhaltegrund gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG ist entgegen dem Wortlaut auch auf Personen anzuwenden, die nicht weggewiesen worden sind (E. 7.11).

Interdiction d'entrée. Révision de la loi. Lacune de la loi.**Art. 67 al. 1 let. c LEI**

1. La révision de l'art. 67 al. 1 LEI a involontairement restreint le champ d'application de la let. c de cette disposition. L'exigence d'une décision de renvoi réduit à néant la volonté du législateur de prononcer une interdiction d'entrée à l'encontre de toutes les personnes étrangères dont la présence en Suisse est indésirable (consid. 7.9).
2. La loi comporte une lacune (improprement dite) résultant d'une inadvertance du législateur. Contrairement à la lettre de la loi, une interdiction d'entrée peut être prononcée sur la base de l'art. 67 al. 1 let. c LEI même en l'absence d'une décision de renvoi (consid. 7.11).

Divieto d'entrata. Revisione legislativa. Lacuna della legge.**Art. 67 cpv. 1 lett. c LStrI.**

1. Con la revisione dell'art. 67 cpv. 1 LStrI il campo di applicazione della sua lett. c è stato involontariamente limitato. Il nuovo ele-

mento costitutivo « allontanato » vanifica l'intenzione del legislatore di poter pronunciare un divieto d'entrata a tutti gli stranieri indesiderati (consid. 7.9).

- 2. Sussiste una lacuna (impropria) riconducibile a una svista del legislatore. Contrariamente al testo della norma, il motivo del divieto d'entrata ai sensi dell'art. 67 cpv. 1 lett. c LStrI si applica anche alle persone che non sono state allontanate (consid. 7.11).**

Aus den Erwägungen:

7.

Zunächst ist zu prüfen, ob die Vorinstanz gestützt auf Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG (SR 142.20) – trotz Fehlens einer Wegweisungsverfügung – ein Einreiseverbot gegen die Beschwerdeführerin verhängen durfte.

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 Gesetzeslücke 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 beziehungsweise 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).

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).

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 Abs. 3–5 wurden nicht geändert) lautet folgendermassen:

¹ Das SEM verfügt unter Vorbehalt von Absatz 5 Einreiseverbote gegenüber ausgewiesenen 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 ausgewiesen 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.

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:

- 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 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl L 348/98 vom 24.12.2008 (nachfolgend: Rückführungsrichtlinie)

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 »).

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.

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 Bundeserlasse, darunter das AIG, geändert. Die Voraussetzungen und Verfahren für die Eingabe der Ausschreibungen zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung werden neu durch die 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 7.12.2018 (nachfolgend: SIS-VO-Grenze) geregelt ([...]). Diese sieht unter anderem 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).

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, 3514 Ziff. 2.6.2). Neu *muss* das Staatssekretariat für Migration (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, Art. 117 oder Art. 118 AIG) verstossen haben oder dies versucht haben, ebenfalls zwingend ein Einreiseverbot erlassen werden.

7.8 Neben dem erwähnten – hier nicht interessierenden – neuen Fernhaltegrund 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, 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 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 Fernhaltemassnahme 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.

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 Fernhaltemassnahme im Fall des Verstosses gegen die öffentliche 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 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2002 3709, 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.

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.

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.

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.