



Urteil vom 22. Oktober 2015

Besetzung

Richterin Ruth Beutler (Vorsitz),
Richter Andreas Trommer,
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiber Kilian Meyer.

Parteien

X._____,
vertreten durch lic. iur. Urs Ebnöther, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einreiseverbot (Suspension).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1974, serbischer Staatsangehöriger) reiste 1995 erstmals in die Schweiz ein und wurde kurz darauf wegen eines Einbruchdiebstahls festgenommen. Während der Untersuchungshaft ersuchte er erfolglos um Asyl. Im Jahr 2001 wurde er nach Belgrad ausgeschafft. Ende 2003 reiste er erneut in die Schweiz ein und wurde wiederum straffällig. Er wurde u.a. wegen gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls zu Freiheitsstrafen von insgesamt über sieben Jahren verurteilt. Die Vorinstanz verfügte am 15. September 2004 ein Einreiseverbot auf unbestimmte Dauer. Im selben Jahr heiratete der Beschwerdeführer eine Schweizer Bürgerin, mit der er zwei Kinder hat (geb. 2004 und 2008). Die Familie lebte von Juli 2007 bis im Sommer 2010 in Serbien. Danach kehrte die Ehefrau mit den Kindern in die Schweiz zurück. Mehrere Gesuche des Beschwerdeführers um Familiennachzug sowie um Aufhebung des Einreiseverbots wurden abgewiesen. In den Jahren 2013 und 2014 missachtete er das Einreiseverbot wiederholt und wurde deshalb zu zwei unbedingten Freiheitsstrafen von je sechs Monaten verurteilt. Diese Strafen verbüsste er vom Februar 2014 bis zur bedingten Entlassung am 1. Oktober 2014; gleichentags wurde er nach Belgrad ausgeschafft (vgl. Urteil des BVGer C-6660/2014 vom 12. August 2015 Sachverhalt Bst. A und B).

B.

Mit Verfügung vom 13. Oktober 2014 wies die Vorinstanz ein Gesuch des Beschwerdeführers um Aufhebung des Einreiseverbotes ab. Im Rahmen des darauf folgenden Beschwerdeverfahrens befristete die Vorinstanz das Einreiseverbot (gültig bis 14. September 2017). Das Bundesverwaltungsgericht wies die Beschwerde daraufhin mit Urteil C-6660/2014 ab, soweit sie nicht durch Wiedererwägung gegenstandslos geworden war.

C.

Der Beschwerdeführer ersuchte mit Schreiben vom 12. Februar 2015 bei der Vorinstanz um Suspension des Einreiseverbots und führte zur Begründung aus, er möchte mit seiner Familie Ferien in der Schweiz verbringen (vgl. SEM act. 1 S. 3). Nach einem abschlägigen Bescheid der Vorinstanz (vgl. SEM act. 3 S. 9) ersuchte er mit Schreiben vom 29. April 2015 um Erlass einer anfechtbaren Verfügung (vgl. SEM act. 5 S. 11). Mit Verfügung vom 8. Mai 2015 wies die Vorinstanz das Gesuch um Suspension des Einreiseverbots ab. Gemäss ständiger Praxis würden Fernhaltemassnahmen nur ausnahmsweise suspendiert, wenn an der Einreise ein besonderes

schweizerisches Interesse bestehe oder zwingende humanitäre Gründe vorlägen. Überdies müssten stets auch die gewöhnlichen Einreisevoraussetzungen erfüllt sein. Die jüngst erfolgten Verurteilungen zeigten, dass der Beschwerdeführer nach wie vor nicht gewillt oder fähig sei, sich an die geltende Ordnung zu halten. Entsprechend scheinne seine Wiederausreise nicht gesichert (vgl. SEM act. 6 S. 12 f.).

D.

Der Beschwerdeführer beantragt mit Rechtsmitteleingabe vom 11. Juni 2015, die Vorinstanz sei anzuweisen, das Einreiseverbot für zwei Monate bzw. für mindestens 30 Tage aufzuheben. Es gehe um den persönlichen Kontakt mit der Familie an deren ständigen Wohnort. Am liebsten würde er seine Familie über Weihnachten und im Januar sehen, wenn auch die Kinder ihre Geburtstage feierten. Gemäss Praxis der Vorinstanz würden ab dem zweiten Jahr nach Erlass eines Einreiseverbots Suspensionen von 14 Tagen pro Jahr gewährt, ab dem vierten Jahr seien Suspensionen von 30 Tagen und ab dem sechsten Jahr solche von zwei Monaten pro Jahr möglich. Seine Strafen hätte er verhindern können, wenn er rechtzeitig um Suspensionen ersucht hätte. Der Unrechtsgehalt seiner Tat müsse relativiert werden. Das private Interesse überwiege auch, weil sein Einreiseverbot bereits zu Ende sein sollte. Die Vergehen gegen das Ausländergesetz dürften nicht ins Gewicht fallen. Mit der beantragten Suspension könne er sich nicht mehr der rechtswidrigen Einreise schuldig machen. Er habe sodann alles Interesse daran, die Schweiz wieder rechtzeitig zu verlassen.

E.

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 9. September 2015 die Abweisung der Beschwerde.

F.

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit erheblich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des SEM betreffend Verweigerung der Suspension eines Einreiseverbots sind mit Beschwerde beim BVGer anfechtbar (vgl. Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG). Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG).

1.2 Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 – 52 VwVG).

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

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. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

3.1 Eine mit einem Einreiseverbot belegte ausländische Person darf nur mit Ermächtigung des SEM das schweizerische Staatsgebiet betreten (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. d AuG i.V.m. Art. 67 Abs. 5 AuG). Die Ermächtigung erfolgt in Gestalt einer zeitlich begrenzten Aussetzung des Einreiseverbots, der sog. Suspension, wenn humanitäre oder andere wichtige Gründe vorliegen (Art. 67 Abs. 5 AuG). Die zur Begründung der Suspension vorgebrachten privaten Interessen müssen umso evidentere sein, je schwerer die Umstände wiegen, die zur Verhängung der Fernhaltemassnahme geführt haben. Im Anwendungsbereich des Schengen-Rechts wird die Suspension von der Möglichkeit gedeckt, einer Person, welche die allgemeinen Einreisevoraussetzungen nicht erfüllt, aus humanitären Gründen, Gründen des nationalen Interesses oder infolge völkerrechtlicher Verpflichtungen die Einreise zu gestatten (vgl. Art. 5 Abs. 4 Bst. c Schengener Grenzkodex [SGK] sowie Art. 2 Abs. 4 der Verordnung vom 22. Oktober 2008 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204]) bzw. – falls diese Person der Visumpflicht unterliegt – ihr ein Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit zu erteilen (vgl. Art. 25 Abs. 1 Bst. a Ziff. i Visakodex [VK] sowie Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 4 VEV; vgl. BVGE 2011/48 E. 6.2).

3.2 Geht es um den Besuch von Familienangehörigen in der Schweiz, sind im Kontext der Suspension eines Einreiseverbots – je nach Konstellation –

namentlich auch Ansprüche nach Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK sowie Aspekte des Kindeswohls (Art. 3 KRK) zu prüfen (vgl. Urteil des BVGer C-7261/2014 vom 23. September 2015 E. 4.4. m.H.).

4.

4.1 Die Vorinstanz hat die Verweigerung der Suspension mit dem Argument begründet, es müssten – neben den besonderen Voraussetzungen gemäss Art. 67 Abs. 5 AuG – «in jedem Fall auch die in diesem Sinn gewöhnlichen Einreisevoraussetzungen erfüllt sein». Die jüngst erfolgten Verurteilungen (vgl. Sachverhalt Bst. A) zeigten, dass der Beschwerdeführer nach wie vor nicht gewillt oder fähig sei, sich an die geltende Ordnung zu halten. Entsprechend scheine «denn auch seine anstandslose und fristgerechte Wiederausreise in keiner Art und Weise als gesichert».

4.2 Die Vorinstanz stützte ihre abweisende Verfügung im Wesentlichen auf das Kriterium der ausreichenden Gewähr für eine fristgerechte Wiederausreise, welches einen Spezialfall der Voraussetzung bildet, wonach einreisewillige Drittstaatsangehörige keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen dürfen (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 AuG; Art. 5 Abs. 1 Bst. e SGK; Art. 14 Abs. 1 Bst. d und Art. 21 Abs. 1 VK; BVGE 2014/1 E. 4.3 m.H.). Die Bedeutung der fristgerechten Wiederausreise ist indes im Kontext der Suspension zu relativieren. Einerseits kann (auch) von diesem Einreisekriterium abgewichen werden, wenn wichtige Gründe vorliegen (vgl. E. 3.1 m.H.). Andererseits können Zweifel an der gesicherten Wiederausreise in Konstellationen wie der vorliegenden grundsätzlich nicht als zentrales Argument gegen die Bewilligung einer Suspension vorgebracht werden. Wird mittelfristig das Zusammenleben der Familie in der Schweiz angestrebt, haben die betroffenen Personen ein hohes Interesse daran, sich während des befristeten Aufenthalts in der Schweiz an die Rechtsordnung zu halten. Andernfalls riskieren sie, dass ihnen keine weiteren Suspensionen gewährt werden und das Einreiseverbot verlängert wird (vgl. Urteil C-7261/2014 E. 4.6 f.).

4.3 Im Falle des Beschwerdeführers ist zu berücksichtigen, dass er das Einreiseverbot in den Jahren 2013 und 2014 wiederholt missachtet hat und aus diesem Grund – bzw. jeweils wegen rechtswidriger Einreise und rechtswidrigen Aufenthalts – zu zwei unbedingten Freiheitsstrafen von je sechs Monaten verurteilt wurde (vgl. Sachverhalt Bst. A). Das gegen ihn seit dem Jahr 2004 bestehende Einreiseverbot wäre unter Berücksichtigung des Zeitablaufs und der familiären Verhältnisse aufzuheben gewesen, wenn er nicht während der Massnahmedauer auf diese Weise neue

Fernhaltegründe gesetzt hätte. Das Gericht hielt überdies fest, dass diese jüngsten ausländerrechtlichen Verstösse auch die Legalprognose betreffend andere Deliktsarten trüben (vgl. Urteil C-6660/2014 E. 6.3 f. m.H.).

4.4 Die Vorinstanz hat im Wesentlichen auf ein Kriterium abgestellt, dem im vorliegenden Kontext nur eine relativierte Bedeutung zukommt (vgl. E. 4.2). Die geforderte *Interessenabwägung* (vgl. E. 3) hat die Vorinstanz nicht vorgenommen und dementsprechend den Sachverhalt nicht hinreichend abgeklärt. Nicht geprüft wurde namentlich, mit welcher Absicht sich der Beschwerdeführer in den Jahren 2013 und 2014 rechtswidrig in der Schweiz aufhielt bzw. ob es ihm tatsächlich, wie behauptet, einzig um den Besuch der Familie ging. Damit einhergehend wäre die Frage zu beantworten, welches Mass an Risiko für die öffentliche Sicherheit und Ordnung mit einer Einreise des Beschwerdeführers einherginge. Betreffend das Risiko einer nicht fristgerechten Wiederausreise ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer sich mittlerweile bewusst sein sollte, dass ein Verbleib in der Schweiz über die Zeitdauer einer gewährten Suspension hinaus der bestehenden Perspektive, dereinst für mehr als nur einen kurzen Besuchsaufenthalt zu seiner Familie zurückkehren zu können, abträglich wäre (vgl. E. 4.2; C-6660/2014 E. 6.5.2 in fine). Sodann ist die Vorinstanz ihrer Pflicht zur Prüfung der Verhältnismässigkeit der Entscheidung nicht nachgekommen und hat die zu berücksichtigenden familiären Interessen vollständig ausgeklammert. Die angefochtene Verfügung verletzt daher Bundesrecht: Die Vorinstanz hat die primär relevanten Voraussetzungen der Suspension nicht geprüft und den erheblichen Sachverhalt nicht berücksichtigt (vgl. Art. 49 Bst. a und b VwVG).

4.5 Die Vorinstanz hat aufgrund der von ihr eingenommenen unkorrekten Rechtsauffassung entscheidungsrelevante Gesichtspunkte, bei deren Beurteilung ihr ein gewisser Ermessensspielraum zukommt, nicht geprüft. Dies rechtfertigt eine kassatorische Entscheidung (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG; Urteil C-7261/2014 E. 5; WEISSENBERGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 61 N. 15). Die Beschwerde ist gutzuheissen, die Verfügung vom 8. Mai 2015 aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an das SEM zur beförderlichen Neuurteilung – nach korrekter Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Vornahme der geforderten Interessenabwägung – zurückzuweisen.

5.

Bei diesem Verfahrensausgang sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG; BGE 132 V 215 E. 6.1) und es ist

ihm eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Es wurde keine Kostennote eingereicht, so dass die Parteientschädigung aufgrund der Akten und nach pflichtgemäss auszuübendem Ermessen festzusetzen ist (vgl. Art. 14 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VGKE).

Dispositiv S. 8

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung vom 8. Mai 2015 wird aufgehoben und die Sache wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der bereits bezahlte Kostenvorschuss von Fr. 800.– wird zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– (inkl. Barauslagen) zu bezahlen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz (Ref.-Nr. [...]; Akten retour)
- das Amt für Migration und Integration des Kantons Aargau (Ref.-Nr. [...])

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Ruth Beutler

Kilian Meyer

Versand: