



## **Urteil vom 12. Dezember 2014**

---

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),  
Richter Daniele Cattaneo,  
Richterin Marie-Chantal May Canellas,  
Gerichtsschreiberin Susanne Stockmeyer.

---

Parteien

1. X. \_\_\_\_\_,  
2. Y. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch  
lic. iur. Jürg Federspiel, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführende,

gegen

**Bundesamt für Migration (BFM)**, Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Einreiseverbot (Wiedererwägung).

**Sachverhalt:****A.**

Der Beschwerdeführer 1 (geb. 1979) ist kosovarischer Staatsangehöriger. Am 27. November 1996 reiste er erstmals in die Schweiz ein und stellte in der Folge ein Asylgesuch, welches vom Bundesamt für Flüchtlinge (BFF; heute Bundesamt für Migration [BFM]) abgewiesen wurde; gleichzeitig wurde seine vorläufige Aufnahme in der Schweiz verfügt. Nach Aufhebung der vorläufigen Aufnahme wurde ihm eine Ausreisefrist auf den 31. Oktober 1998 bzw. – nach Beendigung einer erneuten vorläufigen Aufnahme – auf den 31. Mai 2000 angesetzt. Am 5. Juni 2000 erfolgte die Ausreise des Beschwerdeführers 1 aus der Schweiz.

**B.**

Am 14. August 2001 gelangte der Beschwerdeführer 1 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz und heiratete am 27. August 2001 eine hier aufenthaltsberechtigte Landsfrau (geb. 1982; nachfolgend: Beschwerdeführerin 2), welche mittlerweile über eine Niederlassungsbewilligung verfügt. Daraufhin erhielt der Beschwerdeführer 1 eine Aufenthaltsbewilligung im Kanton Zürich. Das Ehepaar hat drei gemeinsame Kinder (geb. 2002, 2007 und 2009).

**C.**

Mit Urteil vom 20. Juni 2003 verurteilte das Bezirksgericht Zürich den Beschwerdeführer 1 wegen mehrfacher Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel, der Verletzung von Verkehrsregeln sowie Urkundenfälschung zu 5 Jahren Zuchthaus. Daraufhin verfügte das Migrationsamt des Kantons Zürich am 16. Dezember 2003 die Abweisung des Gesuchs des Beschwerdeführers 1 um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Kanton Zürich und die unverzügliche Wegweisung aus dem zürcherischen Kantonsgebiet nach Entlassung aus dem Strafvollzug. In der Folge wurde die kantonale Wegweisung mit Verfügung des Bundesamts für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES, heute BFM) vom 2. Februar 2004 auf die ganze Schweiz sowie auf das Fürstentum Liechtenstein ausgedehnt.

**D.**

Des Weiteren erliess das IMES mit Verfügung vom 30. Januar 2004 gegen den Beschwerdeführer 1 eine auf unbestimmte Dauer gültige Einreiseperrre (heute Einreiseverbot). Zur Begründung wurde ausgeführt, sein Ver-

halten habe zu Klagen Anlass gegeben (mehrfache Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz). Seine Anwesenheit sei deshalb unerwünscht.

**E.**

Das Gesuch des Beschwerdeführers 1 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Wiedererwägung) wurde mit Verfügung der kantonalen Behörde vom 21. September 2005 abgewiesen.

**F.**

Der Beschwerdeführer 1 wurde am 24. September 2005 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen und gleichentags ausgeschafft.

**G.**

Mit Schreiben vom 31. Oktober 2011 lehnte das Migrationsamt des Kantons Zürich das Gesuch des Beschwerdeführers 1 um Bewilligung der Einreise zum Verbleib bei der Ehefrau ab.

**H.**

Das BFM wies mit Verfügung vom 5. Dezember 2012 ein Gesuch der Beschwerdeführenden vom 8. Oktober 2012 um vorzeitige Aufhebung des gegen den Beschwerdeführer 1 bestehenden Einreiseverbots ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die durch den Beschwerdeführer 1 begangenen Straftaten seien unbestritten. Es ergäben sich daher keine neuen erheblichen Tatsachen, die zum Zeitpunkt des Erlasses der Einreisesperre nicht bekannt gewesen wären. Daran ändere auch die aus dem Gesuch herauszulesende Einsicht und Reue sowie die Absicht zum Wohlverhalten nichts. Es sei zudem richtig, dass gemäss Art. 67 Abs. 3 Ausländergesetz (AuG, SR 142.20) nur noch Einreiseverbote von maximal 5 Jahren verhängt würden. Wenn die betroffene Person jedoch eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle, könne das Einreiseverbot für eine längere oder unbefristete Dauer verfügt werden. Dies sei vorliegend der Fall. Bei auf unbefristete Dauer verfügten Einreiseverboten werde eine Aufhebung nach der bestehenden Praxis in der Regel frühestens nach zehn Jahren geprüft. Da der Beschwerdeführer am 24. September 2005 aus der Schweiz ausgeschafft worden sei, könne eine vorzeitige Aufhebung des Einreiseverbots frühestens per September 2015 geprüft werden. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Gründe vermöchten die Aufhebung der Fernhaltmassnahme zu einem früheren Zeitpunkt nicht zu rechtfertigen.

**I.**

Die Beschwerdeführenden beantragen mit Rechtsmitteleingabe vom 25. Januar 2013, der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 5. Dezember 2012 sei aufzuheben und das Gesuch um (umgehende) Aufhebung des Einreiseverbots vom 8. Oktober 2012 sei gutzuheissen. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, entgegen der Ansicht der Vorinstanz habe sich insbesondere die persönliche und familiäre Situation des Beschwerdeführers 1 tatsächlich und erheblich geändert, weshalb nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung durchaus eine wiedererwägungsweise Aufhebung des Einreiseverbots möglich und angebracht wäre. Zudem habe das BFM verkannt, dass Einreiseverbote grundsätzlich jederzeit auch aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen aufgehoben werden könnten. Die Vorinstanz habe es hingegen unterlassen, die Aufhebung des Einreiseverbots unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen. Gerade aus solch humanitären oder anderen wichtigen Gründen sei eine Aufhebung des Einreiseverbots schon zum gegenwärtigen Zeitpunkt angebracht. Zwar sei dem BFM zuzustimmen, dass die vom Beschwerdeführer begangenen Straftaten grundsätzlich einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG darstellten. Die entsprechende Verurteilung würde nun aber schon bald 10 Jahre zurückliegen. Seither habe sich der Beschwerdeführer 1 dann aber bis heute stets bewährt und sich rein gar nichts mehr zuschulden kommen lassen. Nicht nur im Strafvollzug, auch seit bald 7 Jahren in Freiheit habe er sich absolut wohl verhalten. Damit habe er klar gezeigt und auch bewiesen, dass er sich zum Guten verändert habe und längst kein sicherheitsmässiges Risiko mehr darstelle. Er habe zudem zwei weitere Kinder (geb. 2007 und 2009) mit seiner in der Schweiz niedergelassenen Ehefrau, welche erst nach der Ausfällung der Einreisesperre geboren worden seien. Alle würden unter der Trennung leiden. Der Beschwerdeführer 1 könne im Falle der Aufhebung des Einreiseverbots in der Schweiz gleich eine Arbeitsstelle auf dem Bau antreten. Damit sei es ihm auch möglich, seine Familie finanziell zu unterstützen, was letztlich im öffentlichen Interesse liege und den Bezug von Sozialleistungen durch seine Familie reduzieren würde.

**J.**

Mit Zwischenverfügung vom 6. März 2013 gab das Bundesverwaltungsgericht dem Gesuch der Beschwerdeführenden um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Verbeiständung nicht statt.

**K.**

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 30. April 2013 die Abweisung der Beschwerde.

**L.**

Die Beschwerdeführenden hielten mit Replik vom 6. Juni 2013 an den mit Rechtsmitteleingabe vom 25. Januar 2013 gestellten Begehren fest.

**M.**

Mit Zwischenverfügung vom 18. März 2014 stellte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführenden einen aktualisierten Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister vom 23. September 2013 zu, aus dem hervorgeht, dass der Beschwerdeführer 1 am 7. Mai 2013 vom Untersuchungsamt Altstätten wegen rechtswidriger Einreise (trotz Fernhaltemassnahme) zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen sowie einer Busse von Fr. 300.- verurteilt worden war.

**N.**

Zur Stellungnahme eingeladen, machen die Beschwerdeführenden mit schriftlicher Eingabe vom 14. April 2014 geltend, die neuere Verurteilung könne den Anschein erwecken, mit dem Wohlverhalten des Beschwerdeführers 1 sei es vorbei; dem sei jedoch nicht so. Er sei am 16. März 2013 an der Schweizerischen Grenze verhaftet worden, doch habe er damals gar nicht in die Schweiz kommen wollen, sondern von Österreich nach Italien gehen wollen. Nur weil er die falsche Richtung genommen habe, sei er ungewollt in die Schweiz gelangt. Es handle sich somit nicht um einen böswilligen Verstoss gegen das Einreiseverbot. Der Vorfall tue dem Beschwerdeführer 1 unendlich leid. Er habe auch die deswegen ausgesprochene Busse bezahlt.

**O.**

Mit Schreiben vom 18. August 2014 reichten die Beschwerdeführenden – auf Ersuchen des Bundesverwaltungsgerichts hin – einen aktuellen kosovarischen Strafregisterauszug sowie eine aktuelle Wohnsitzbestätigung des Beschwerdeführers 1 ein.

**P.**

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

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, das mit der Abweisung eines Gesuchs um wiedererwägungsweise Aufhebung eines Einreiseverbots eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

**1.2** Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.3** Der Beschwerdeführer 1 ist als Verfügungsbetroffener legitimiert; seine Ehefrau, die Beschwerdeführerin 2, ist von der Massnahme mitbetroffen und ebenfalls zur Ergreifung des Rechtsmittels berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

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

### **2.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie – falls nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht 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).

### **3.**

Auf Beschwerdeebene wird das Einholen eines Berichtes der Schule und

des Sozialamts beantragt. Diesbezüglich gilt es auszuführen, dass der Behörde grundsätzlich die Pflicht zukommt, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln (Art. 12 VwVG). Im Rahmen der Sachverhaltsermittlung ist sie hierbei gehalten, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese geeignet sind, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. Kommt die Behörde bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, die Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, kann sie auf die Erhebung weiterer Beweise verzichten, ohne durch diese antizipierte Beweiswürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV zu verletzen (vgl. zum Ganzen BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 f. m.H.). Vorliegend erschliesst sich der entscheidungswesentliche Sachverhalt in hinreichender Weise aus den Akten. Für die Beurteilung der privaten Interessen der Beschwerdeführenden kann sich das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen auf die vorinstanzlichen Akten und die kantonalen Akten stützen. Dementsprechend erweisen sich die offerierten Beweismittel als unnötig, womit von der beantragten Vorkehr in antizipierter Beweiswürdigung ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs abgesehen werden kann (BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 f. m.H.).

#### **4.**

Die Vorinstanz ist auf das Gesuch der Beschwerdeführenden um wiedererwägungsweise Aufhebung des Einreiseverbots eingetreten, hat dieses materiell geprüft und einen neuen Sachentscheid getroffen. Das Bundesverwaltungsgericht kann daher mit voller Kognition (vgl. Art. 49 VwVG) prüfen, ob sich das gegen den Beschwerdeführer 1 bestehende Einreiseverbot im heutigen Zeitpunkt noch als bundesrechtskonform erweist.

#### **5.**

**5.1** Mit Inkrafttreten des Ausländergesetzes am 1. Januar 2008 wurde das ANAG (BS 1 121) abgelöst (vgl. Art. 125 AuG i.V.m. Ziffer I des Anhangs 2 zum AuG). Das Ausländergesetz beansprucht Geltung für alle Verfahren, die nach seinem Inkrafttreten eingeleitet wurden, sei es auf Gesuch hin oder von Amtes wegen (vgl. Art. 126 Abs. 1 AuG e contrario; BVGE 2008/1 E. 2 m.H.).

**5.2** Die am 30. Januar 2004 gegen den Beschwerdeführer 1 verhängte Fernhaltmassnahme wurde unter der Geltung des alten Rechts erlassen, jedoch durch das Inkrafttreten des Ausländergesetzes in ihrer Wirkung

nicht berührt, entspricht das Einreiseverbot gemäss Art. 67 AuG doch der altrechtlichen Einreisesperre nach Art. 13 ANAG. Das Gesuch um deren wiedererwägungsweise Aufhebung datiert vom 8. Oktober 2012, weshalb auf das Verfahren die Bestimmungen des AuG anwendbar sind. Insoweit bei der Anwendung des neuen Rechts auf Verhältnisse abgestellt wird, die noch unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind und beim Inkrafttreten des neuen Rechts andauern, liegt eine unechte Rückwirkung vor, die – vorbehältlich des Vertrauensschutzprinzips – grundsätzlich zulässig ist (vgl. Urteil des BVGer C-760/2012 vom 24. Juli 2013 E. 5).

## 6.

**6.1** Gemäss Art. 67 Abs. 1 AuG wird ein Einreiseverbot vom BFM unter Vorbehalt von Absatz 5 gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern verfügt, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a – c AuG sofort vollstreckt wird (Bst. a) oder die betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht innert der angesetzten Frist nachgekommen ist (Bst. b). Es kann nach Art. 67 Abs. 2 AuG sodann gegen ausländische Personen erlassen werden, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Bst. a), Sozialhilfekosten verursacht haben (Bst. b) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Bst. c).

**6.2** Eine Fernhaltemassnahme wird nach Art. 67 Abs. 3 Satz 1 AuG für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. Sie kann – entgegen den beschwerdeweisen Ausführungen – für eine längere Dauer verfügt werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 Satz 2 AuG). Sah die frühere Rechtsprechung bei schwerwiegenden Verstössen gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung noch die Verhängung einer Fernhaltemassnahme von unbestimmter Dauer vor (vgl. BVGE 2013/4 E. 7.3 und BVGE 2008/24 E. 4.3 m.H.), so hat das Bundesverwaltungsgericht unlängst in seinem Urteil C-5819/2012 vom 26. August 2014 entschieden, dass nunmehr sämtliche Einreiseverbote, welche das BFM gestützt auf Art. 67 Abs. 1 und Abs. 2 AuG verfügt, zwingend auf eine *bestimmte Dauer* zu befristen sind (vgl. dazu ausführlich E. 6.1 - E. 6.9). Die Verbotsdauer kann dabei fünf Jahre überschreiten und bis maximal 15 Jahre betragen (im Wiederholungsfall 20 Jahre). Bei der Bemessung der Verbotsdauer ist jeweils im Einzelfall den betroffenen privaten Interessen und – dies im Rahmen der Würdigung des öffentlichen Interesses – insb. auch der Stellung der

gefährdeten Rechtsgüter gebührend Rechnung zu tragen (vgl. E. 7 des genannten Urteils). Eine vorzeitige Aufhebung der Fernhaltungsmassnahme kann zudem nach Art. 67 Abs. 5 AuG jederzeit erfolgen, wenn humanitäre oder andere wichtigen Gründe vorliegen. Der genannte Artikel ist mithin spezialgesetzliche Grundlage für die Wiedererwägung eines Einreiseverbots (vgl. dazu Urteile des BGer 2C\_487/2012 vom 2. April 2013 E. 4.5.4 – 4.6 sowie BVGer C-2120/2013 vom 20. Februar 2014 E. 5.1).

## 7.

**7.1** Wie bereits die altrechtliche Einreisesperre stellt das Einreiseverbot eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 3813). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter; sie umfasst u.a. die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3809). In diesem Sinne liegt nach Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung insbesondere vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden. Bestand ein solches Verhalten in der Vergangenheit, so wird die Gefahr entsprechender künftiger Störungen von Gesetzes wegen vermutet (BBl 2002 3760; ferner Urteil des BVGer C-2488/2012 vom 21. Februar 2014 E. 3.2 m.H.). Somit können die vorliegenden Rechtsgüterverletzungen als Teil der objektiven Rechtsordnung ein Einreiseverbot nach sich ziehen, allerdings nicht als Sanktion, sondern als Massnahme zum Schutz künftiger Störungen (vgl. BBl 2002 3813).

**7.2** Der Beschwerdeführer 1 wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Juni 2003 wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (mehrfache Begehung), grober Verletzung der Verkehrsregeln sowie Urkundenfälschung zu einer Zuchthausstrafe von 5 Jahren verurteilt. Die abgeurteilten Straftaten stellen ohne weiteres auch unter neuem Recht Gründe für die Verhängung einer Fernhaltungsmassnahme dar (vgl. Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG). Dies wird auch von den Beschwerdeführenden nicht in Abrede gestellt (vgl. Beschwerde vom 25. Januar 2013). Vorliegend ist damit zu prüfen, ob das öffentliche Sicherheitsbedürfnis an einer Fernhaltung des Beschwerdeführers 1 auch heute noch besteht, ob von einer schwerwiegenden Gefahr von Art. 67 Abs. 3 AuG ausgegangen werden kann und

ob sich die Massnahme weiterhin als verhältnismässig erweist. Gegebenenfalls ist das Einreiseverbot – im Sinne der neuen bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 6.2) – zwingend zu befristen.

## **8.**

**8.1** Vorliegend gilt es zu prüfen, ob die Verweigerung der wiedererwägungsweisen Aufhebung der Fernhaltungsmassnahme durch die Vorinstanz in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit steht dabei im Vordergrund. Unter diesem Gesichtspunkt ist eine wertende Abwägung vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme einerseits und den von der Massnahme beeinträchtigten privaten Interessen des Betroffenen andererseits. Die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse des Verfügungsbelasteten bilden dabei den Ausgangspunkt der Überlegungen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rz. 613 ff.).

**8.1.1** Die Beschwerdeführenden machen in ihrer Rechtsmitteleingabe vom 25. Januar 2013 geltend, die dem Strafurteil vom 20. Juni 2003 zugrunde liegenden Delikte würden schon viel mehr als 10 Jahre zurückliegen und die entsprechende Verurteilung liege sogar schon bald 10 Jahre zurück. Seither habe sich der Beschwerdeführer 1 dann aber – was wesentlich sei – bis heute stets bewährt und sich rein gar nichts mehr zuschulden kommen lassen. Nicht nur im Strafvollzug sondern auch seit bald 9 Jahren in Freiheit habe er sich absolut wohlverhalten; dies obschon er im Kosovo unter schwierigsten Bedingungen lebe, wo er für ein bescheidenes Entgelt aber trotzdem legal arbeite. Auch bei der Einreise in die Schweiz im Rahmen einer Suspension des Einreiseverbots sei er wieder fristgerecht ausgereist; gleich mehrfach und jahrelang habe er somit gezeigt, dass er längst aus seinen früheren Fehlern gelernt habe und es ihm ein grosses Anliegen sei, sich trotz schwierigen Bedingungen an die Gesetze zu halten.

**8.1.2** Im Hinblick auf die vom Beschwerdeführer 1 im Jahr 2002 begangenen Drogendelikte ist auszuführen, dass im Einklang mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bei solchen Delikten ein strenger Massstab zur Anwendung gebracht wird (BGE 125 II 521 E. 4a S. 527; vgl. auch Urteil des BGer 2C\_768/2011 vom 4. Mai 2012 E. 4.3). Dass sich der Beschwerdeführer im Strafvollzug wohlverhalten hat,

ist unter den dort herrschenden Umständen zu erwarten. Ohnehin ist primär darauf abzustellen, wie lange sich eine straffällig gewordene Person nach ihrer Haftentlassung in Freiheit bewährt hat (vgl. Urteil des BVGer vom 26. August 2014 E. 5.4 m.H.). Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführenden entspricht es hingegen nicht den Tatsachen, dass sich der Beschwerdeführer 1 seit Entlassung aus dem Strafvollzug nichts mehr habe zuschulden kommen lassen. So wurde er am 7. Mai 2013 wegen rechtswidriger Einreise in die Schweiz trotz Fernhaltungsmassnahme zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen und einer Busse von Fr. 300.- verurteilt (vgl. Strafbefehl des Untersuchungsamts Altstätten). Sein diesbezügliches Vorbringen, er habe damals gar nicht in die Schweiz kommen, sondern von Österreich nach Italien gehen wollen; nur weil er die falsche Richtung genommen habe, sei er ungewollt in die Schweiz gelangt, muss als Schutzbehauptung gewertet werden, immerhin ist die strafurteilende Behörde von einem vorsätzlichen Verhalten ausgegangen (siehe dazu Art. 115 Abs. 3 AuG) und der diesbezügliche Strafbefehl vom 7. Mai 2013 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Mit diesen Ausführungen ist in casu gerade nicht davon auszugehen, der Beschwerdeführer 1 habe sich *vollumfänglich* klaglos verhalten (was zu erwarten gewesen wäre). Auch wenn es sich lediglich um ein geringfügiges Delikt handelt, zeigt es doch auf, dass der Beschwerdeführer 1 noch immer Mühe bekundet, sich an die geltende Rechtsordnung zu halten. Vor diesem gesamten Hintergrund besteht somit auch zum heutigen Zeitpunkt ein öffentliches Interesse an seiner Fernhaltung.

**8.2** Zu prüfen ist, ob im Falle des Beschwerdeführers 1 das Kriterium der *schwerwiegenden Gefahr* gemäss Art. 67 Abs. 3 Satz 2 AuG erfüllt ist. Gemäss Art. 67 Abs. 3 AuG wird das Einreiseverbot für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt; eine längere Dauer kann nur dann angeordnet werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Ein solche Gefahr kann sich aus der Hochwertigkeit der deliktisch bedrohten Rechtsgüter (insb. Leib und Leben, körperliche und sexuelle Integrität und Gesundheit), aus der Zugehörigkeit der Tat zur Schwere der Delikte mit grenzüberschreitendem Charakter (z.B. Terrorismus, Menschenhandel, Drogenhandel oder organisierte Kriminalität), aus der mehrfachen Begehung – unter Berücksichtigung einer allfälligen Zunahme der Schwere der Delikte – oder auch aus der Tatsache, dass keine günstige Prognose gestellt werden kann, ergeben. Die zu befürchtenden Delikte müssen einzeln oder in ihrer Summe das Potenzial haben, um eine aktuelle und schwerwiegende Gefahr zu begründen (vgl. BGE 139 II 121 E. 6.3; BVGE 2013/4 E. 7.2.4). Hieraus ergibt

sich die prinzipielle Zulässigkeit von Fernhaltmassnahmen, welche die in Art. 67 Abs. 3 Satz 1 AuG genannte Höchstdauer von fünf Jahren überschreiten.

**8.2.1** Der Beschwerdeführer 1 wurde – wie bereits ausgeführt – wegen mehrfacher Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von aArt. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 i.V.m. aArt. 19 Ziff. 2 Bst. a BetmG (SR 812.121), grober Verletzung der Verkehrsregeln sowie Urkundenfälschung zu einer Zuchthausstrafe von 5 Jahren verurteilt. Die Betäubungsmitteldelikte beging er im Zeitraum vom 1. April 2002 bis 25. Mai 2002, wobei er diversen Personen insgesamt ca. 7.5 kg Heroin lieferte und davon 0.5 kg wieder zurücknahm. Zudem wurde bei ihm 7 kg Heroin gefunden. Insgesamt beziehen sich seine Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz auf 14.5 kg Heroin (vgl. Urteil und Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Juni 2003 S. 36f.). Die strafurteilende Behörde stufte das Verschulden des Beschwerdeführers 1 als recht schwer ein. Er habe einen umtriebigen Handel mit grundsätzlich grossen Drogenmengen betrieben und sich über längere Zeit zum Teil eines organisierten Netzes von Drogenhändlern gemacht. Zwar habe es nachweislich Personen gegeben, die ihm hierarchisch übergeordnet gewesen seien, und deren Weisungen er befolgt habe. Er sei aber nicht auf der untersten Hierarchiestufe des Drogenhandels, der Feinverteilung auf der Gasse tätig gewesen, sondern habe angesichts der bezogenen und verkauften Mengen als Drogenhändler mittlerer Hierarchiestufe agiert. Er sei selber nicht drogenabhängig; seine Motive seien rein finanzieller Natur gewesen (vgl. S. 40 f.).

**8.2.2** Insbesondere die dem Strafscheid vom 20. Juni 2003 zugrunde liegenden Drogendelikte sprechen generell für eine besondere Tätergefährlichkeit, denn diese haben nicht nur in Bezug auf den Kreis der Opfer, sondern auch angesichts ihrer räumlichen Ausbreitungsmöglichkeiten gravierende Auswirkungen (vgl. Urteil des BVerfG C-6127/2013 vom 7. Oktober 2014 E. 4.5). Damit ist – selbst wenn vorliegend lediglich von einem geringen Rückfallrisiko ausgegangen werden müsste – ein solches Risiko angesichts der bedrohten Rechtsgüter nicht hinzunehmen (vgl. Urteil des BVerfG 2C\_76/2011 vom 26. Juli 2011 E. 3). Kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer 1 mit dem Verstoss gegen eine ausländerrechtliche Vorschrift gezeigt hat, dass er offensichtlich Mühe bekundet, sich an die geltende Rechtsordnung zu halten (vgl. E. 8.1.2). Aus diesem Grund scheint es zum heutigen Zeitpunkt gerechtfertigt, (noch) von einer schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auszugehen, die nach wie vor eine Fernhaltmassnahme von über 5 Jahren rechtfertigt.

## 9.

**9.1** Nach dem Gesagten besteht grundsätzlich weiterhin ein öffentliches Interesse an einer Fernhaltungsmassnahme. Hingegen gilt es, das Einreiseverbot zu befristen. Im Folgenden ist im Bezug auf die Dauer der Fernhaltungsmassnahme eine wertende Abwägung vorzunehmen zwischen diesem öffentlichen Interesse und den privaten Interessen.

**9.2** Der Beschwerdeführer 1 macht als *private Interessen* geltend, er habe nebst seinem im Jahr 2002 geborenen Sohn Z.\_\_\_\_\_ zwei weitere Kinder (geb. 2007 und 2009) mit seiner in der Schweiz niedergelassenen Ehefrau, der Beschwerdeführerin 2. Die familiäre Situation und vor allem auch das Wohl der Kinder, die ihren Vater bräuchten, würden klar eine Aufhebung des Einreiseverbots erfordern. Damit beruft er sich auf das Recht auf Familienleben gemäss Art. 8 EMRK und Art. 13 BV.

**9.2.1** Die vorliegenden Einschränkungen des Privat- bzw. Familienlebens der Beschwerdeführenden können allerdings aufgrund sachlicher und funktioneller Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht Verfahrensgegenstand sein, soweit sie auf das Fehlen eines dauerhaften Aufenthaltsrechts in der Schweiz zurückzuführen sind (vgl. Urteil des BVGer C-4509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 7.3 m.H.). Mit Verfügung des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2003 wurde das Gesuch des Beschwerdeführers 1 um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung abgewiesen. Ein erneutes Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Wiedererwägung) vom 15. September 2005 wurde von den kantonalen Behörden ebenfalls abgewiesen; seit dem 25. September 2005 lebt der Beschwerdeführer 1 nun im Kosovo. Auch einem Gesuch vom 31. Oktober 2011 war kein Erfolg beschieden. Die Wohnsitznahme in der Schweiz wie auch die Pflege regelmässiger persönlicher Kontakte zu seinen in der Schweiz lebenden Familienmitgliedern scheitern daher grundsätzlich bereits an einem fehlenden Anwesenheitsrecht hierzulande. Eine allfällige neue Bewilligung im Rahmen des Familiennachzugs ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Hierfür ist der Kanton zuständig, wobei das Einreiseverbot im Falle einer Bewilligungserteilung aufzuheben wäre (vgl. das Urteil des BVGer C-4941/2008 vom 23. November 2009 E. 7.3 m.H.). Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang der replikweise Hinweis der Beschwerdeführenden auf das Urteil des EGMR vom 16. April 2013 in Sachen Udeh gegen die Schweiz (Nr. 12020/09), geht es dort doch um die Beurteilung eines Bleiberechts in der Schweiz, welches vorliegend – wie bereits ausgeführt – nicht Gegenstand des Verfahrens ist. Ohnehin führte dieses

Urteil nicht zu einer Änderung der schweizerischen Rechtsprechung zum Aufenthaltsrecht, u.a. auch deshalb, weil der EGMR den Fall gestützt auf Sachverhalte beurteilte, die sich erst nach dem beanstandeten Entscheid des Bundesgerichts ergeben hatten (vgl. BGE 139 I 325 E. 2 und Urteil des BGer 2C\_360/2013 vom 21. Oktober 2013 E. 2.5 m.H.).

**9.2.2** Damit stellt sich im Folgenden nunmehr die Frage, ob das über die Verweigerung des Aufenthaltsrechts hinausgehende, durch das Einreiseverbot zusätzlich bewirkte Erschwernis vor Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV standhält.

**9.2.3** Dem Umstand, dass der Beschwerdeführer 1 und seine hier in der Schweiz lebenden Ehefrau nach Verhängung der Fernhaltemassnahme am 30. Januar 2004 (vgl. Verfügung der IMES) nochmals Eltern zweier Kinder (geb. 2007 und 2009) geworden sind, ist entgegenzuhalten, dass die Kinder im Wissen um das Einreiseverbot gezeugt wurden. Das Ehepaar musste damit rechnen, dass ein Zusammenleben der Familie in der Schweiz für eine lange Dauer nicht möglich sein würde. Vorliegend muss zudem berücksichtigt werden, dass dem Beschwerdeführer 1 durch das Einreiseverbot Besuchsaufenthalte bei seinen Familienangehörigen in der Schweiz nicht schlichtweg untersagt werden. Es steht ihm offen, wie ihm bereits bekannt ist, aus wichtigen Gründen die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhaltemassnahme zu beantragen (Art. 67 Abs. 5 AuG). Diese Suspension wird freilich praxismässig jeweils nur für eine kurze und klar begrenzte Zeit gewährt (vgl. Urteil des BVGer C-2681/2010 vom 6. Mai 2011 E. 6.3 m.H.). Es ist davon auszugehen, dass der Kontakt zwischen dem Beschwerdeführer 1 und seiner Familie während der Dauer des Einreiseverbots bis zu einem gewissen Grad mit kontrollierten befristeten Besuchsaufhalten in der Schweiz aufrecht erhalten werden kann. Zudem kann die Familie des Beschwerdeführers 1 diesen im Kosovo besuchen und den Kontakt auch mittels Telefon und modernen Kommunikationsmitteln aufrecht erhalten. Den dabei mitzuberücksichtigenden Art. 3 Abs. 1 der Kinderrechtskonvention sowie Art. 11 BV (vgl. dazu BGE 135 I 153 E. 2.2.2 m.H.) wird unter den konkreten Begebenheiten Genüge getan. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer 1 im Falle der Aufhebung des Einreiseverbots in der Schweiz gleich eine Arbeitsstelle auf dem Bau antreten könnte (vgl. Beschwerde vom 25. Januar 2013), kann hingegen vorliegend keine Beachtung finden.

**9.2.4** Inwiefern die Beschwerdeführenden durch die Fernhaltemassnahme in ihrem Recht auf Ehe und Familie nach Art. 14 BV eingeschränkt sein

sollen, ist schliesslich nicht ersichtlich. Die fragliche Bestimmung beinhaltet lediglich das Recht, ohne Beeinträchtigung des Staates eine Ehe einzugehen bzw. auf die Eingehung einer Ehe zu verzichten (Recht auf Ehe) sowie das Recht, eine Familie zu gründen (vgl. Urteil des BVGer C-3254/2012 vom 14. November 2012 E. 5.5 m.H.).

**9.3** Eine wertende Gewichtung führt das Bundesverwaltungsgericht unter Würdigung sämtlicher Umstände zum Schluss, dass dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers 1 hinreichend Rechnung getragen wird, wenn die verhängte Fernhaltmassnahme auf den 23. September 2015 zu befristen ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden liegen hingegen in casu keine humanitären oder anderen wichtigen Gründe vor, welche es rechtfertigen würden, das Einreiseverbot aufzuheben (vgl. Art. 67 Abs. 5 AuG).

#### **10.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und die Einreisesperre auf den 23. September 2015 zu befristen.

#### **11.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführenden reduzierte Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Im Umfang ihres Obsiegens ist ihnen eine gekürzte Parteientschädigung in gerichtlich festzusetzender Höhe zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Einreiseverbot bis zum 23. September 2015 befristet.

**2.**

Die reduzierten Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 800.- werden den Beschwerdeführenden auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 400.- wird zurückerstattet.

**3.**

Den Beschwerdeführenden wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 400.- zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Einschreiben; Formular: Zahladresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...])
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Antonio Imoberdorf

Susanne Stockmeyer

Versand: